

# N.º 2

PRIMER SEMESTRE

JUNIO 2023

**La discapacidad en el Estatuto de los Trabajadores...** pág. 5  
Carmen Sánchez Trigueros

**El impacto de la tecnología en las relaciones laborales: retos presentes y desafíos futuros** ..... pág. 39  
Henar Álvarez Cuesta

**El contrato internacional de trabajo y la ley del país de ejecución de la prestación laboral en el derecho internacional privado de la Unión Europea** ..... pág. 61  
Javier Carrascosa González

**Los incentivos a la jubilación voluntaria de los empleados públicos de la administración local**..... pág. 89  
Antonio Monteverde Rentero

**Contratos laborales encubiertos en las prácticas universitarias** ..... pág. 103  
Carolina Armero Jiménez

**Una mirada crítica de género al nuevo régimen de empleadas de hogar**..... pág. 127  
Asunción Iniesta Valera

**La problemática de la exclusión de determinados colectivos del ámbito personal de los convenios colectivos**..... pág. 139  
Miguel Ángel Garrido Palacios

**¿Pueden los Secretarios de Ayuntamiento controlar la contratación laboral irregular en las administraciones públicas?** ..... pág. 157  
Beatriz Selma Penalva

**La conciliación de la vida familiar y laboral: comentario de la Sentencia de 19 de diciembre de 2022 del TSJ de Madrid**..... pág. 187  
Araceli Martínez García Donas

**Recensión del libro de Antonio Baylos Grau «Deslocalizaciones de empresas y despidos colectivos»** ..... pág. 195  
Jesús Rentero Jover

# REVISTA JUSTICIA & TRABAJO

© Editorial Colex S.L.

Calle Costa Rica, número 5, 3º B (local comercial), 15004, A Coruña (Galicia)

☎ 91 109 41 00      @ info@colex.es

revistajusticiasocial@colex.es

## DIRECCIÓN

**M.ª Elisa Cuadros Garrido**

Profesora Contratada doctora Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia.

**Belén García Romero**

Catedrática Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia.

**Alejandra Selma Penalva**

Catedrática Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia.

## CONSEJO EDITORIAL

**Raquel Aguilera Izquierdo**

Profesora Titular Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,  
Universidad Complutense de Madrid

**Jaime Cabeza Pereiro**

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,  
Universidad de Vigo

**Alberto Cámara Botía**

Catedrático Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,  
Universidad de Murcia

**Belén Cardona Rubert**

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,  
Universidad de Valencia

**Rosario Cristóbal Roncero**

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,  
Universidad Complutense de Madrid

**Mª Elisa Cuadros Garrido**

Profesora Contratada doctora Derecho del Trabajo y  
de la Seguridad Social, Universidad de Murcia

**Joaquín Dólera López**

Abogado laboralista

**Ángel Espiella Menéndez**

Catedrático de Derecho Internacional Privado, Universidad de Oviedo

**Fabrizio Ferraro**

Ricercatore a tempo determinato di diritto del  
lavoro presso il Dipartimento di Scienze giuridiche,  
Università degli studi di Roma Sapienza

**Antonio Fernández García**

Profesor Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,  
Universidad Oberta Catalunya

**Andrea Franconi**

Universidad de Buenos Aires, Argentina

**Belén García Romero**

Catedrática Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,  
Universidad de Murcia

**Juan Gil Plana**

Profesor Titular Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la  
Universidad Complutense y Magistrado Suplente de la Sala de lo  
Social de la Audiencia Nacional

**Nuria Garrido Cuenca**

Catedrática Derecho Administrativo, Universidad de Castilla La Mancha

**Nuria Paulina García Piñero**

Profesora Titular Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,  
Universidad Complutense

**Mª Carmen González Carrasco**

Catedrática Derecho Civil, Universidad de Castilla La Mancha

**José Luis Goñi Sein**

Catedrático Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,  
Universidad Pública de Navarra

**Julen Llorens Espada**

Profesor Contratado doctor Derecho del Trabajo y de la  
Seguridad Social, Universidad Pública de Navarra

**María Inmaculada Marín Alonso**

Profesora Titular Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,  
Universidad de Sevilla

**Mirentxu Marín Malo**

Profesora ayudante doctora Derecho del Trabajo y de la  
Seguridad Social, Universidad Pública de Navarra

**Domenico Mezzacapo**

Professore ordinario di Diritto del lavoro, Sapienza Università  
di Roma.

Presidente della Commissione di certificazione dei contratti  
di lavoro

**Gratiela Florentina Moraru**

Profesora ayudante doctora Derecho del Trabajo y de la  
Seguridad Social, Universidad de Castilla La Mancha

**Pilar Ortiz García**

Profesora Titular de Sociología, Universidad de Murcia

**Mª Magnolia Pardo López**

Profesora Titular Derecho Administrativo, Universidad de Murcia

**Ana Isabel Pérez Campos**

Profesora Titular Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,  
Universidad Rey Juan Carlos

**Jesús Rentero Jover**

Magistrado jubilado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior  
de Justicia de Castilla La Mancha

**Beatriz Rodríguez Sanz de Galdeano**

Catedrática Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,  
Universidad Pública de Navarra

**María José Romero Rodenas**

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,  
Universidad de Castilla La Mancha

**Mercedes Sánchez Ruiz**

Profesora Titular de Derecho Mercantil, Universidad de Murcia

**Carmen Sánchez Trigueros**

Catedrática Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la  
Universidad de Murcia y Directora de la Unidad de Igualdad de la  
Universidad de Murcia

**Concepción Sanz Sáez**

Profesora asociada Derecho del Trabajo y del la Seguridad Social,  
Universidad de Castilla La Mancha

**Alejandra Selma Penalva**

Catedrática Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,  
Universidad de Murcia

**Eduardo Enrique Taléns Visconti**

Profesor contratado doctor de Derecho del Trabajo y de la  
Seguridad Social, Universidad de Valencia

COORDINACIÓN, EDICIÓN, DISEÑO Y MAQUETACIÓN: Editorial Colex

ISSN: 2952-1955

# PRESENTACIÓN

Con mucha ilusión, vemos publicado el número dos de la Revista *Justicia & Trabajo*, que procedemos a presentar con un nuevo formato que incluye una sección de comentario de sentencias y un aumento el número de artículos científicos a ocho, frente a los cinco de la edición anterior.

Este número sale unos días después de los resultados de las elecciones municipales y autonómicas, lo que nos lleva contextualizar con el panorama y la situación actual, pues ello tiene consecuencias para nuestra disciplina jurídica. Lo que han dicho los comicios del 28 de mayo de 2023, ha provocado un adelanto de las elecciones generales, la disolución de las Cortes y el decaimiento de todos los proyectos y proposiciones de ley que estaban pendientes de terminar su tramitación en el Congreso y de validación en el Senado. Se ha paralizado de la *Ley de Familias*, la *Ley sobre el Desperdicio Alimentario* y la *Ley de Movilidad Sostenible*, entre otras. Cabe destacar que la primera de estas tenía importantes consecuencias en el terreno de investigación que nos ocupa, pues los permisos retribuidos de la *Ley de Familias* venían a cumplir lo establecido en la Directiva Europea 2019/1158, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores en materia de conciliación, por lo que, esperemos, que estas licencias se rescaten tras el nuevo Gobierno de la Nación.

En la revista de este semestre los autores provienen, de un lado, de esferas diversas de la práctica profesional, y, de otro, del ámbito académico, lo que las directoras consideramos que enriquece la revista por ofrecer distintas ópticas de investigación.

Comenzamos con un artículo de la catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia, Carmen Sánchez Trigueros, en el que analiza detalladamente todas las aristas que presentan los *trabajadores discapacitados*, partiendo de los principios de no discriminación y de respeto a la intimidad y poniendo de relieve las dudas derivadas de la reforma de 2021 del contrato de formación en relación a este colectivo.

Seguidamente, Henar Álvarez Cuesta, catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León, escribe sobre una cuestión de presente y futuro, la *tecnología digital en el campo de las relaciones laborales* como elemento disruptivo con la fuerte tensión entre poder empresarial, especialmente el poder de dirección y control sobre los derechos fundamentales de las personas empleadas, un terreno que nos lleva al Derecho Constitucional del Trabajo.

El tercer artículo, a cargo de Javier Carrascosa González, catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Murcia, versa sobre en los cada vez más frecuentes *desplazamientos internacionales de trabajadores*, fruto de la globalización de la economía. Se parte de la regla *lex loci laboris* pues constituye la columna vertebral del Derecho Internacional Privado del Trabajo, se exploran también los mecanismos de corrección de tal criterio, y en especial, el orden público internacional del foro, las leyes de policía y la aplicación de la ley del lugar del trabajo temporal.

A continuación, el abogado de UGT, Antonio Monteverde Rentero, analiza en su artículo, la evolución de la doctrina de Sala III del Tribunal Supremo relativa a los *premios por jubilación* que tradicionalmente han sido parte de los Acuerdos de Condiciones de Trabajo de ámbito municipal en relación a las distintas problemáticas que la naturaleza de los citados incentivos conlleva en la legalidad de los mismos.

En quinto lugar, la abogada Carolina Armero Jiménez aborda la controvertida cuestión de *las prácticas universitarias externas*, su delimitación y distinción de otras figuras jurídicas para poder diferenciar estas de los tan frecuentes contratos de trabajos encubiertos en la Universidad.

Seguidamente, la inspectora de trabajo, Asunción Iniesta Valera, estudia el *régimen de las personas trabajadoras del hogar*, como sabemos recientemente reformado por Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social, la autora llega incluso a afirmar que *estamos ante la encrucijada de mantenimiento o desaparición del régimen de empleadas de hogar*.

Por su parte, el abogado y profesor de la Universidad Complutense, Miguel Ángel Garrido Palacios, realiza una delimitación en la *aplicación del ámbito personal de los convenios colectivos por necesidades empresariales* y distinguiendo entre las causas justificadas y razonables para su despliegue de los supuestos fraudulentos que vulneran la legalidad.

El último artículo científico, a cargo de la funcionaria Beatriz Selma Penalva, trata una cuestión inédita, prácticamente, y además en primera persona, el *progresivo debilitamiento de la figura del secretario general de un Ayuntamiento*, que a su vez coincidió con el exponencial incremento de las irregularidades en la contratación laboral efectuada por las Administraciones Públicas.

Inaugura nuestra nueva *sección de comentarios de sentencia*, la abogada y doctora en Derecho por la Universidad de Castilla La Mancha, Araceli Martínez García-Donas, analizando una interesante sentencia del TSJ de Madrid sobre una cuestión de plena actualidad como es la adaptación de la jornada laboral por conciliación familiar.

Finalmente, el miembro de nuestro comité editorial, Jesús Rentero Jover, realiza una *recensión* de la última obra de Antonio Baylos *Deslocalizaciones de empresas y despidos colectivos* de la editorial Bomarzo publicada a finales de 2022, una monografía que resulta imprescindible en una materia tan compleja como la que se analiza.

En definitiva, un número con muy diferentes cuestiones de actualidad e interjurídico que esperamos que tenga una lectura interesante y útil.

Murcia a 1 de junio de 2023.

**Elisa Cuadros Garrido**  
Codirectora Revista *Justicia & Trabajo*

# LA DISCAPACIDAD EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

**Carmen Sánchez Trigueros**

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Murcia

**Palabras clave:** Discapacidad, no discriminación, igualdad, empleabilidad  
**Keywords:** Disability, non-discrimination, equality, employability

**Resumen:** La cuestión concreta a abordar en estas páginas consiste, por un lado, en el estudio de las medidas dirigidas a las personas con discapacidad en el ET en materia de condiciones de trabajo, y por otro, en la presentación de propuestas, que contribuyan a conseguir esa pretendida igualdad en las condiciones de trabajo de las personas con discapacidad con los demás trabajadores. Este objetivo exige obviamente la incorporación de nuevas formas de trabajo para este colectivo y en consecuencia de organización empresarial. Concretamente se examinará el vigente ET, que prevé medidas específicas en las condiciones de trabajo para personas con discapacidad, así como determinados aspectos, tales como la discriminación que pueden sufrir los trabajadores con discapacidad, una de las cuestiones más graves que contempla el ET en diversos lugares de su articulado (arts. 4.2.c, 17.1); la protección frente al acoso (art. 4.2.e, 54.2.g); contrato formativo (art. 11); dirección y control de la actividad laboral y correlativa capacidad del trabajador (art. 20.3); movilidad geográfica (art. 40.5) y prioridad de permanencia en la empresa (art. 40.7); suspensión del contrato, (art. 45.1.d); reducción de jornada (art. 37 ET); excedencia (art. 46.3); duración adicional de los permisos por nacimiento de hijo, extinción por causas objetivas (art. 53.2), etc. Se analizará la idoneidad de tales medidas y su posible mejora incluyendo nuevas propuestas.

**Abstract:** The specific question to be addressed in these pages consists, on the one hand, in the study of the measures aimed at people with disabilities in the ET in terms of working conditions, and on the other, in the presentation of proposals, which contribute to achieving this alleged equality in the working conditions of people with disabilities with other workers. This objective obviously requires the incorporation of new forms of work for this group and consequently of business organization. Specifically, the current ET will be examined, which provides for specific measures in working conditions for people with disabilities, as well as certain aspects, such as the discrimination that workers with disabilities may suffer, one of the most serious issues that the ET contemplates in various places of its articles (arts. 4.2.c, 17.1); protection against harassment (art. 4.2.e, 54.2.g); training contract (art. 11); direction and control of the work activity and correlative capacity of the worker (art. 20.3); geographic mobility (art. 40.5) and priority of permanence in the company (art. 40.7); suspension of the contract, (art. 45.1.d); reduction of working hours (art. 37 ET); leave of absence (art. 46.3); additional duration of permits due to the birth of a child, termination for objective reasons (art. 53.2), etc. The suitability of such measures and their possible improvement including new proposals will be analyzed.

**Sumario:** I. PLANTEAMIENTO DE LAS CUESTIÓN. II. EL TRABAJO DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD EN EL ARTICULADO DEL ET: PROPUESTAS DE MEJORA. 1. Consideración como relación laboral especial del trabajo en los Centros Especiales de Empleo. A) La inserción laboral de personas con discapacidad. B) Las relaciones laborales de carácter especial. C) Los Centros Especiales de Empleo. D) Las dudas derivadas de la reforma de 2021 sobre contratos formativos. E) Criterios jurisprudenciales relevantes. 2. Aplicación de los principios de no discriminación por razón de discapacidad y de respeto a la intimidad. A) Enunciado de principios. B) Proscripción de discriminaciones. C) Los ajustes razonables. D) Despido por discapacidad. E) El acoso. 3. Fomento del empleo ordinario a través de los contratos formativos: ampliación del requisito de la antigüedad del título y la bonificación de la cuota empresarial. B) Contrato para obtención de práctica profesional. C) Contrato de formación en alternancia. D) Regla Especial. E) Seguridad Social 4. Fomento del empleo del art. 17.3 ET5. Protección frente al acoso por razón de discapacidad. A) Las previsiones legales. B) Tipología judicial. 6. Dirección y control de la actividad laboral y correlativa capacidad del trabajador. 7. Reducción de jornada de trabajo diaria por cuidado de persona con discapacidad. 8. Derecho preferente ante una movilidad geográfica. 9. Suspensión del contrato por nacimiento y cuidado del menor. 10. Excedencia por cuidado de un familiar con discapacidad. 11. Prioridad de permanencia en la empresa ante un despido colectivo. 12. Licencia semanal durante el preaviso en la extinción por causas objetivas. 13. Despido por ineptitud en la sentencia recurrida por aplicación del apartado 4 del mismo artículo. 14. Despido por morbilidad. III. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS.

## I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La Constitución española, tras reconocer el derecho al trabajo (art. 35.1 CE) y al pleno empleo (art. 40.1 CE), establece una protección especial para las personas con discapacidad al determinar en su art. 49 que «*los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos*». No extraña este mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo las políticas necesarias a fin de situar a las personas con discapacidad en una posición de igualdad con las demás. Este colectivo tiene mayores dificultades para encontrar un empleo que el resto de la población, lo cual supone que existe una situación de desigualdad real entre aquel y el resto de los ciudadanos en relación al acceso al mercado de trabajo<sup>1</sup>.

Pese a la anunciada elaboración de un «*Estatuto de las Personas Trabajadoras del siglo XXI*», y en tanto así sucede, lo cierto es que el Estatuto de los Trabajadores (ET) sigue apareciendo como la norma laboral por antonomasia en materia de contrato de trabajo. Vaya por delante que en él no aparece un concepto de trabajador con discapacidad, lo que obliga a la remisión a la normativa general sobre persona con discapacidad. Ahora bien, sí aparecen referencias en diversos aspectos de las relaciones laborales. Precisamente, la finalidad de estas páginas consiste en examinar tales supuestos, presuponiendo que existen porque el

---

1 ALONSO BRAVO, M., BLANCO MARTÍN, J.M.: «La relación laboral de los minusválidos y los Centros Especiales de Empleo», en *Empleo y minusvalía. Marco jurídico de la integración laboral de los minusválidos*. Editorial Feclaps, Valladolid, 1998, pág. 69.

legislador considera que requieren un tratamiento específico a fin de lograr el objetivo de remover los obstáculos que impiden la equiparación con aquellos otros trabajadores que no presentan discapacidad<sup>2</sup>.

Aunque ahora se contemple con poco entusiasmo, en parte por su propia denominación, la Ley de Integración Social de los Minusválidos (LISMI)<sup>3</sup> supuso un punto de inflexión, al convertirse en la primera norma con rango de Ley que desarrolla la expuesta previsión constitucional. Dicha norma pretendió dar entrada en nuestro sistema jurídico a las declaraciones internacionales sobre integración laboral y social de las personas con discapacidad. Desde entonces se ha despertado una mayor conciencia de la necesidad de adoptar medidas y acciones positivas que permitan la equiparación en el acceso, permanencia y salida de las relaciones laborales de este colectivo<sup>4</sup>. Tras experimentar diversas reformas, fue finalmente objeto de refundición y derogación mediante el Real Decreto Legislativo 1/2013.

Este precepto recién citado, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con discapacidad y su inclusión social (LGDPD)<sup>5</sup>, traspone la Directiva 2000/78/CE sobre no discriminación en materia empleo y constituye la norma fundamental para regular los derechos de las personas con discapacidad es la norma fundamental. Se trata de una situación de «*dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores*» (art. 1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad). Las garantías antidiscriminatorias no están condicionadas a la calificación legal de la capacidad laboral en los términos específicos de la legislación en materia de pensiones de Seguridad Social.

Durante los últimos años ha sido importante el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, que tiene por objeto la regulación del reconocimiento de grado de discapacidad, el establecimiento de nuevos baremos aplicables, la determinación de los órganos competentes para realizar dicho reconocimiento y el procedimiento a seguir, todo ello con la finalidad de que la valoración y calificación del grado discapacidad que afecte a la persona sea uniforme en todo el territorio del Estado, garantizando con ello la igualdad de condiciones para el acceso de la ciudadanía a los beneficios, derechos económicos y servicios que los organismos públicos otorguen<sup>6</sup>. El nuevo Real Decreto 888/2022, de 18 de octubre, lo deroga y

---

2 FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: *Inserción laboral de personas con discapacidad y capacidad intelectual límite: diagnóstico y propuestas*. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pág. 95.

3 Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (BOE núm. 103, de 30 de abril).

4 FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: «Acciones positivas en las condiciones laborales de personas con discapacidad para un nuevo Estatuto de los Trabajadores», en VV.AA.: *El Estatuto de los Trabajadores. 40 años después*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Colección Informes y Estudios (Serie General, núm. 24), Madrid, 2020, pág. 105.

5 BOE núm. 289, de 3 de diciembre.

6 Asimismo, la Orden de 2 de noviembre de 2000, por la que se determina la composición, organización y funciones de los Equipos de Valoración y Orientación dependientes del Instituto de Mayores y Servicios Sociales y se desarrolla el procedimiento de actuación para la valoración del grado de discapacidad dentro del ámbito de la Administración General del Estado.

establece el nuevo procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, con la declarada finalidad de «*que la evaluación del grado de discapacidad que afecte a la persona sea uniforme en todo el territorio del Estado, garantizando con ello la igualdad de condiciones para el acceso de la ciudadanía a los derechos previstos en la legislación*» (art. 1º)<sup>7</sup>.

Por su lado, la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, ha modificado diversos preceptos de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, de modo que «a los efectos» de ciertos temas «se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento las personas pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez y las personas pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad».

## II. EL TRABAJO DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD EN EL ARTICULADO DEL ET: PROPUESTAS DE MEJORA

### 1. Consideración como relación laboral especial del trabajo en los Centros Especiales de Empleo

#### A) La inserción laboral de personas con discapacidad

Hay una conciencia creciente de que las dificultades a las que se enfrentan las personas con discapacidad, a la hora de obtener y conservar un empleo, se deben más a la forma en la que el trabajo está estructurado y organizado que a la discapacidad en sí misma, y que esos obstáculos pueden ser superados si se adoptan las medidas adecuadas. Surgen diversas fórmulas para la inserción de las personas con discapacidad en el mercado laboral, tanto el ordinario (que debe ser el paradigma) como el empleo protegido (que debe ser una alternativa al anterior, concebido como pasarela o transición hacia el empleo ordinario)<sup>8</sup>, en las administraciones públicas, en talleres protegidos o como autónomos.

---

7 Su importante Disposición Transitoria Primera prescribe que «Quienes, con anterioridad a la entrada en vigor de este real decreto, tuvieran reconocido un grado de discapacidad igual o superior al treinta y tres por ciento con arreglo al procedimiento establecido en el Real Decreto 1723/1981, de 24 de julio, o en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, no precisarán de un nuevo reconocimiento. Cuando se realice la revisión de dichas valoraciones, de oficio o a instancia de parte, se aplicará lo previsto en este real decreto».

8 En este sentido, CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Instrumentos para la promoción del empleo ordinario de las personas con discapacidad intelectual», en VV.AA. (Dir. Fernández Orrico, F.J.): *Inclusión laboral de personas con discapacidad intelectual. Respuestas a problemas de acceso y permanencia en el empleo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 215.



La discapacidad puede ser congénita o adquirida, y la persona con discapacidad puede serlo *ab origine* o como consecuencia de un contrato de trabajo: el colectivo de personas con discapacidad se compone tanto de los incapacitados permanentes incluidos en la Seguridad Social, como de los no comprendidos y cuya discapacidad empiecen el grado del 33%, idéntico al grado de incapacidad permanente parcial<sup>9</sup>.

Debemos huir del concepto caritativo de la discapacidad. La Seguridad Social cumple una importante función de compensación en relación con las personas con discapacidad y sus minusvalías, debiendo adaptarse a las nuevas circunstancias y avances, dando respuesta a nuevos problemas como la dependencia. Suele pensarse que las normas de Seguridad Social no facilitan la compatibilidad entre trabajo y cobertura a las personas con minusvalías que desean incorporarse o permanecer en la vida activa, como medio más adecuado para una plena realización personal: compatibilizar el trabajo y la conservación de los derechos y su perfección por la correspondiente cotización no resulta fácil en nuestra Seguridad Social<sup>10</sup>.

### B) Las relaciones laborales de carácter especial

El art. 2.1 ET contempla una serie de relaciones laborales «*de carácter especial*», sobre cuya regulación únicamente señala que debe respetar «*los derechos básicos reconocidos por la Constitución*» (art. 2.2 ET). La regulación especial parte de la necesidad de adaptar o excluir en mayor o menor medida la regulación laboral común ante el fenómeno de expansión, por la flexibilidad del concepto de contrato de trabajo, del ámbito de aplicación del ordenamiento laboral.

La apertura g) de dicho artículo 2.1 viene contemplando como especial la relación laboral «*de los trabajadores con discapacidad que presten sus servicios en los centros especiales de empleo*». El supuesto procede del art. 41 de la derogada LISMI<sup>11</sup> y desarrollado por el Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los Centros Especiales de Empleo<sup>12</sup>. Con fidelidad a la terminología coetánea, puede decirse que esta norma quiere recoger un esquema de derechos y deberes laborales, lo más aproximado posible al de las relaciones laborales comunes, aunque junto a ellas acoge una serie de peculiaridades derivadas de las específicas condiciones del colectivo, de forma que se cumpla el objetivo de integración laboral propio de estos Centros Especiales.

---

9 DUEÑAS HERRERO, L.J. y PYÑEYROA DE LA FUENTE, A.J.: La Seguridad Social de los minusválidos, en *Marco jurídico de la integración laboral de los minusválidos*. Editorial Feclaps, Valladolid, 1998, pág. 198.

10 CABRA DE LUNA, M.A., «Discapacidad y aspectos sociales: la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal como ejes de una nueva política a favor de las personas con discapacidad y sus familias. Algunas consideraciones en materia de protección social», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 50, 2004, págs. 70-71.

11 A su tenor: «Los minusválidos que por razón de la naturaleza o de las consecuencias de sus minusvalías no puedan, provisional o definitivamente, ejercer una actividad laboral en las condiciones habituales, deberán ser empleados en Centros Especiales de Empleo, cuando su capacidad de trabajo sea igual o superior a un porcentaje de la capacidad habitual que se fijará por la correspondiente norma reguladora de la relación laboral de carácter especial de los trabajadores minusválidos que presten sus servicios en Centros Especiales de Empleo».

12 BOE núm. 189, de 8 de agosto de 1985. Dicha ley regula su régimen jurídico.

Como trabajadores aparecen contempladas las personas con discapacidad que, teniendo reconocida una minusvalía en grado igual o superior al 33% (y, como consecuencia, una disminución de su capacidad de trabajo al menos igual o superior a dicho porcentaje), presten sus servicios por cuenta y dentro de la organización de un Centro Especial de Empleo (arts. 1 y 2 RD).

### C) Los Centros Especiales de Empleo

Los Centros Especiales de Empleo se sitúan en el esquema de la LISMI como una fórmula intermedia entre el acceso de los discapacitados a una actividad laboral ordinaria y el acceso a los Centros Ocupacionales. El art. 41 LISMI y el art. 2 ET configuran la relación laboral que se establece entre los discapacitados y los centros especiales de empleo donde prestan sus servicios como una relación laboral de carácter especial, lo cual supone que el régimen jurídico común contenido en el ET solo es de aplicación con carácter supletorio y en la medida que la normativa específica no haya previsto explícitamente una solución distinta para una materia concreta<sup>13</sup>.

El RD 1368/1985 señala expresamente que quedan excluidas de su ámbito de aplicación las relaciones laborales existentes entre los Centros Especiales de Empleo y el personal sin discapacidad reseñable así como las de personas con minusvalía que presten sus servicios en otro tipo de Empresas. La especialidad de esta relación laboral de empleo viene constituida fundamentalmente por los sujetos que asumen las posiciones de trabajador y empresario: sólo unos concretos trabajadores discapacitados y unas empresas organizadas en lo que legalmente se denominan centros especiales de empleo.

### D) Las dudas derivadas de la reforma de 2021 sobre contratos formativos

Tras el RDL 32/2021 el apartado 2º de la nueva DA Vigésima ET (antiguo apartado 3º) continúa manteniendo las peculiaridades previstas en el artículo 7 del RD 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de las personas con discapacidad que trabajen en los Centros Especiales de Empleo<sup>14</sup>. El problema es que el «ajuste terminológico» que ha introducido el RDL 32/2021 ha provocado, a su vez, un «desajuste normativo», pues surgen dudas en torno a qué concreta modalidad (del contrato formativo) se pueden aplicar dichas especificidades. Veamos por qué.

- a) El artículo 7 del RD 1368/1985 consta de 3 apartados. En el primero de ellos se contempla la regla general; esto es, los contratos suscritos por los centros especiales de empleo podrán ajustarse a cualquiera de las modalidades contractuales previstas en el ET (pero sin contemplar ninguna especificidad en su regulación). Sin embargo, el apartado segundo y tercero sí se destinan a prever ciertas particularidades en dos concretas modalidades contractuales: (i) el contrato para la formación y el aprendizaje (apartado

---

13 ALONSO BRAVO, M., BLANCO MARTÍN, J.M.: «La relación laboral de los minusválidos y los Centros Especiales de Empleo», cit., pág. 69.

14 «Continuarán siendo de aplicación a los contratos formativos que se celebren con trabajadores con discapacidad que trabajen en centros especiales de empleo las peculiaridades que para dichos contratos se prevén en el artículo 7 del Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de las personas con discapacidad que trabajen en los Centros Especiales de Empleo».

- 2º); y (ii) el contrato de trabajo a domicilio (apartado 3º). El problema, por tanto, surge con el apartado 2º del artículo 7; previsión que contempla una serie de peculiaridades solo para el «contrato para la formación» (no de prácticas). Entre ellas, las más importantes probablemente sea la de permitir la ampliación de la duración del contrato, previo informe favorable del equipo multiprofesional.
- b) La anterior redacción mantenía, para el contrato para la formación y el aprendizaje, la aplicación de las particularidades del artículo 7 del RD 1368/1985, guardando la coherencia lógica en la remisión normativa (ambos cuerpos legales se referían solo al contrato para la formación).
- c) La nueva redacción sustituye la referencia a «los contratos para la formación y el aprendizaje» por la expresión «los contratos formativos», debiendo entenderse incluido, por tanto, el contrato para la obtención de la práctica profesional<sup>15</sup>.

### E) Criterios jurisprudenciales relevantes

Como complemento de lo anterior parece ilustrativo traer a colación algunos criterios jurisprudenciales acerca de esta relación laboral especial:

- PERIODO DE PRUEBA.- La duración del período de prueba sólo puede superar los topes legales generales (art. 14 ET) si lo admite el Equipo Multiprofesional u organismo análogo<sup>16</sup>.
- FOMENTO DEL EMPLEO.- El contrato temporal para fomento del empleo celebrado por un Centro Especial de Empleo con un trabajador discapacitado es válido a pesar de no estar incluido en el art. 15 del ET<sup>17</sup>.
- CONVENIO APLICABLE (REMUNERACIONES).- El complemento salarial personal, al pasar la relación de ser regulada por el Convenio Colectivo de Jardinería a regularse por el Convenio Colectivo General de Centros y Servicios de Atención a Personas con Discapacidad, debe calcularse con arreglo al salario debido cobrar con arreglo al Convenio de Jardinería y no al que con base en un descuento indebido abonó la empresa, por ser aquél de importe superior<sup>18</sup>.
- CONVENIO SECTORIAL (REMUNERACIONES).- Si una empresa reconocida como centro especial de empleo concurre a una contrata de limpieza, actividad diferente a la que figura en el ámbito funcional de su propio convenio, deberá someterse a las normas convencionales aplicables en el sector, siéndole de aplicación la cláusula de subrogación de contratas prevista en el convenio de limpieza, aunque ello implique la adscrip-

15 En consecuencia, la actual DA Vigésima permite aplicar al contrato formativo (en cualquiera de sus versiones) las previsiones del artículo 7 del RD 1368/1985 (referido solo al contrato para la formación y el aprendizaje), lo que puede generar la duda de si tales especificidades serían predicables respecto del contrato en prácticas. Sea como fuere, el hecho cierto es que la duración del contrato formativo (ya sea en alternancia o para la obtención de la práctica profesional) podrá superarse siempre que se concierte con un discapacitado (artículo 11.4 d del ET); por lo que, con independencia de la naturaleza jurídica del empleador (sea o no un centro especial de empleo), la duración podrá sobrepasarse en todo caso.

16 SSTS 24 diciembre 2001 (RJ 2002, rec. 1901/2001) (Ponente, Sr. Gil Suárez); 24 enero 2002 (RJ 2002, rec. 1815/2001) (Ponente, Sr. Desdentado Bonete).

17 SSTS de 15 junio 2005 (RJ 2005, 6954) (Ponente, Sr. Sampedro Corral); 14 julio 2006 (RJ 2006, 8758) y 11 octubre 2006 (RJ 2007,200) (Ponente, Sr. Agustí Juliá).

18 STS de 17 septiembre 2014 (RJ 2014, 5554) (Ponente, Sr. López García de la Serrana).

ción de trabajadores no discapacitados de la empresa saliente que no tenía la condición de centro especial de empleo<sup>19</sup>.

- DESPIDO OBJETIVO.- Es ajustada a Derecho la extinción del contrato de trabajo por causas organizativas y productivas, basadas en el cierre de determinada línea de actividad como consecuencia de las pérdidas que la misma arrojaba, causa que ya fue alegada en el primer despido declarado improcedente por razones formales seguido de readmisión, y que subsiste en el segundo despido basado en las mismas causas; no siendo necesario hacer constar en la carta de despido que, a pesar de haberse solicitado, no se emitió informe del equipo multiprofesional<sup>20</sup>.
- TRANSMISIÓN DE EMPRESA.- El convenio colectivo sectorial de limpieza de oficinas y locales es aplicable a los centros especiales de empleo, incluidos los preceptos del mismo que disponen de la subrogación de la nueva contratista en los contratos de trabajo de la saliente, aunque ello implique la adscripción de trabajadores no discapacitados<sup>21</sup>.

## 2. Aplicación de los principios de no discriminación por razón de discapacidad y de respeto a la intimidad

### A) Enunciado de principios

Debemos combinar ahora dos principios complementarios: el principio de igualdad y el principio de no discriminación. La igualdad como garantía y desarrollo constitucional es un concepto flexible. El Tribunal Constitucional entiende que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, sino solo aquella que carezca de una justificación objetiva y razonable, en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida<sup>22</sup>.

La discriminación, tal como es prohibida por el art. 14 CE, impide la adopción de tratamientos globalmente entorpecedores de la igualdad de trato o de oportunidades de ciertos grupos de sujetos, teniendo dicho tratamiento su origen en la concurrencia en aquellos de una serie de factores diferenciadores que expresamente el legislador considera prohibidos, por vulnerar la dignidad humana: no siendo cerrado el elenco de factores diferenciales enunciado en dicho art., es claro que la discapacidad física puede constituir una causa real de discriminación.

El principio básico de no discriminación, en el ámbito laboral, se encuentra plenamente acogido por nuestro Derecho. Por un lado, el art. 17.1 ET contiene las principales manifesta-

---

19 SSTS de 21 octubre 2010 (RJ 2010, 7821) (Ponente, Sra. Calvo Ibarlucea); 4 octubre 2011 (RJ 2012, 3353); 4 octubre 2012 (RJ 2012, 10002); 10 octubre 2012 (RJ 2013, 1462); 20 febrero 2013 (RJ 2013, 3607); 9 abril 2013 (RJ 2013, 4150) (Ponente, Sr. Agustí Juliá).

20 STS de 23 junio 2020 (RJ 2020, 2609) (Ponente, Sr. Blasco Pellicer).

21 STS de 21 octubre 2010 (RJ 2010, 7821) (Ponente, Sra. Calvo Ibarlucea).

22 ESCUDERO PRIETO, A. y SERRANO ARGÜELLO, N.: «El acceso al empleo de las personas discapacitadas en el derecho internacional, derecho interno y derecho comparado. Tratamiento especial de los centros ocupacionales», en *Empleo y Minusvalía. Marco jurídico de la integración laboral de los minusválidos*. Editorial Feclaps, Valladolid, 1998, pág. 129.

ciones de discriminación en el ámbito laboral siendo el art. básico en relación con la acción positiva<sup>23</sup> para el acceso al empleo de personas con discapacidad<sup>24</sup>, que posteriormente comentaremos.

## B) Proscripción de discriminaciones

Por otro lado, el art. 4.2.c) ET parece limitar el alcance del derecho de los trabajadores con discapacidad a la no discriminación, pues su segundo inciso señala que «*tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate*» (por tanto, dicha discriminación incluye la discriminación directa e indirecta para el empleo o una vez empleados)<sup>25</sup>.

Así pues, la aptitud para el desempeño del trabajo va a ser clave en la integración laboral de las personas con discapacidad, como nos recuerda la relectura atenta de este art., que también se infiere del concepto de persona con discapacidad de la Unión Europea que se obtiene de la Directiva 2000/78 porqué, a fin de cuentas, la discapacidad es un obstáculo para el ejercicio de la actividad profesional, no es un impedimento ni tampoco la imposibilidad del desarrollo del trabajo. Es más, el control de la vigilancia de la aptitud laboral no puede desvincularse de la vigilancia de salud que se establece en el art. 22 LPRL, conforme a la cual se determinará si el trabajador es apto o no para el trabajo, si puede proseguir con normalidad realizando las funciones de su puesto de trabajo<sup>26</sup>.

Es necesaria una atención concreta, bien definida, a la discriminación por enfermedad y no es buena la solución actual que pasa por (re) convertir la enfermedad en discapacidad (cotidiano por el intérprete judicial, utilizándose en sede judicial el curioso circunloquio de enfermedad equiparable a la discapacidad)<sup>27</sup>.

---

23 Por medidas de acción positiva se entienden aquellas de carácter específico consistentes en evitar o compensar las desventajas derivadas de la discapacidad y destinadas a acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad y su participación plena en los ámbitos de la vida política, económica, social, educativa, laboral y cultural, atendiendo a los diferentes tipos y grados de discapacidad.

24 PÉREZ PÉREZ, J.: *Contratación laboral de las personas con discapacidad. Incentivos y cuotas de reserva*. Lex Nova. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, pág. 205.

25 MARTÍNEZ-PUJALTE, A.L.: «El concepto de discapacidad. Implicaciones de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad para la legislación laboral española», en VVAA (Dir. Fernández Orrico, F. J.): *Inclusión laboral de personas con discapacidad intelectual. Respuestas a problemas de acceso y permanencia en el empleo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 72-73.

26 SERRANO ARGÜELLO, N.: «La integración laboral de las personas con discapacidad estudiada desde la prohibición de discriminación. El ajuste razonable como medida antidiscriminatoria», en VV.AA. (Dir. Fernández Orrico, F.J.) *Inclusión laboral de personas con discapacidad intelectual. Respuestas a problemas de acceso y permanencia en el empleo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 296-297. No se obliga a contratar a quien no sea competente, no esté capacitada o disponible.

27 SERRANO ARGÜELLO, N.: «La integración laboral de las personas con discapacidad estudiada desde la prohibición de discriminación. El ajuste razonable como medida antidiscriminatoria», cit., pág. 297. Señala la autora que la prohibición de discriminación ocupa espacios amplios, pues resulta exigible frente a todos, pero se descubre, al profundizar en este motivo, como la prohibición de discriminación por discapacidad muestra unas aristas peculiares, como la mencionada aptitud para el trabajo.

### C) Los ajustes razonables

Para superar la discriminación por razón de discapacidad el ajuste razonable es una medida estrella en la que el legislador debe poner más su acento, suprimiendo barreras que faciliten el desempeño de las funciones laborales; y sin él, el empresario, la administración o la propia ley se enfrenta a la consideración de esa ausencia como una discriminación por discapacidad, y por tanto ser considerada como una violación de un derecho fundamental<sup>28</sup>.

La exigencia del reconocimiento legal de la situación de discapacidad como condición para la aplicabilidad de los ajustes razonables, es discutible desde la perspectiva del derecho a la igualdad y no discriminación, y por tanto no debería exigirse que la discapacidad esté oficialmente reconocida mediante un certificado de discapacidad o similar, ya que el deber de adaptación debe estar condicionado a exigencias de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.

El artículo 40.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013 viene disponiendo que los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario<sup>29</sup>.

El artículo 4 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, desde luego, avanza en esa dirección. De forma expresa, considera vulneraciones del derecho a la igualdad y no discriminación, la denegación de ajustes razonables.

### D) Despido por discapacidad

La prohibición, en materia de despido, de la discriminación por motivos de discapacidad, se opone a un despido por motivos de discapacidad que, habida cuenta de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad, no se justifique por el hecho de que la persona en cuestión no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate<sup>30</sup>.

No hay discriminación por razón de discapacidad cuando en la enfermedad está ausente todo elemento de juicio que permita considerar que pudiera tratarse de una limitación de larga duración que impidiera la participación plena y efectiva del trabajador en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, para poder asimilar dicha circunstancia a una discapacidad<sup>31</sup>.

---

28 SERRANO ARGÜELLO, N.: La integración laboral de las personas con discapacidad estudiada desde la prohibición de discriminación. El ajuste razonable como medida antidiscriminatoria, cit., pág. 313.

29 Añade que «Para determinar si una carga es excesiva se tendrá en cuenta si es paliada en grado suficiente mediante las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, así como los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen y el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa».

30 SSTS 15 mayo 2018, (rec. 1244/2018), y 3 mayo 2016, (rec. 2351/2016).

31 STS 15 septiembre 2020, (rec. 3387/2017).

## D) El acoso

En cuanto al acoso por razón de discapacidad, señala el art. 4.2.e) ET que los trabajadores tienen derecho al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo. Acoso definido como «toda conducta no deseada relacionada con la discapacidad de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo»<sup>32</sup>.

El acoso por razón de discapacidad puede ser causa de despido disciplinario, por considerarse legalmente un incumplimiento contractual grave y culpable del trabajador. Concretamente, lo que constituye el despido disciplinario en nuestro caso, es el acoso por razón (...) de discapacidad al empresario o a las personas que trabajan en la empresa<sup>33</sup>.

En este sentido, entendemos por acoso por razón de discapacidad toda conducta no deseada relacionada con la discapacidad de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo<sup>34</sup>.

## 3. Fomento del empleo ordinario a través de los contratos formativos: ampliación del requisito de la antigüedad del título y la bonificación de la cuota empresarial

En este punto resulta imprescindible recordar que los contratos formativos vienen regulados por el ET en los términos derivados del RDL 31/2022<sup>35</sup>.

### A) Esquema de la nueva regulación (RDL 31/2022)

Se quiere establecer una regulación eficaz de los contratos formativos, que proporcione un marco idóneo para la incorporación de las personas jóvenes al mercado laboral, ya se trate de contratos en alternancia con los estudios o bien de contratos para la obtención de una práctica profesional adecuada al nivel de estudios. Nuevo modelo: contrato formativo con dos modalidades; de formación en alternancia y para la obtención de práctica profesional.

#### a) Reglas comunes (art. 11.4 ET)

- Transitoriedad: entran en vigor el 30-III-2022 (DF 8ª.1 RDL).
- Transitoriedad: contratos existentes al entrar en vigor la nueva regulación conservan la anterior (DTr 1ª).

---

32 Conforme al art. 2 f) LGDPD.

33 A tenor del art. 54.2.g) ET.

34 Art. 35.7 LGDPD.

35 Seguimos en este punto a ABRIL LARRAÍNZA, P. et alii, *Reformas laborales y de Seguridad Social (RDL 32/2021, L 20/2021, L 21/2021 y L 22/2021)*, Claves Prácticas, Francis Lefebvre, Madrid 2022.

- En seis meses, convocatoria Mesa Diálogo Social para abordar «Estatuto del Becario» (incluye prácticas extra/curriculares) (DA 2ª RDL).
  - Paraliza cómputo la suspensión IT, RDE o RDL, nacimiento, etc.
  - Obligatoria firma escrito y contenido mínimo.
  - Fraude: indefinido y de carácter ordinario.
  - Flexibilidad en casos discapacidad o empresas de inserción.
  - Convenio sectorial (E; C.A.; resto supletoria/) puede precisar puestos, actividades, niveles o grupos profesionales.
  - Posibles en empresas con ERTes o RED (no para *esquirolaje*).
  - Acción protectora de la Seguridad Social completa.
  - Continuidad en empresa: sin prueba y contando antigüedad.
  - Remisión reglamentaria: tope por centro de trabajo, tutor o estabilidad plantilla.
  - Información a RLT sobre convenios de cooperación educativa.
  - Remisión convenio: presencia equilibrada; compromisos conversión a fijos.
  - Cotización: reglas especiales (DTr 2ª RDL).
  - Bonificaciones especiales por trabajadores con discapacidad (retoca DA 20ª ET).
- b) Contrato de formación en alternancia (art. 11.2 ET)
- Objeto: compatibilizar la actividad laboral retribuida con los correspondientes procesos formativos en el ámbito de la formación profesional, los estudios universitarios o el Catálogo de especialidades formativas del Sistema Nacional de Empleo.
  - Persona que no pueda celebrar el de práctica o que posea otra titulación y no haya tenido otro similar.
  - Solo menores de 30 años en ciertos supuestos (en el ámbito de certificados profesionales de nivel 1 y 2: o de programas del Catálogo de especialidades formativas del SPEE).
  - Acuerdo de cooperación centro-empresa y doble tutoría (entidad formativa y empresa).
  - Plan formativo individual elaborado por centro formativo (contenido formación, calendario actividades, requisitos de tutoría para cumplir objetivos).
  - Actividad desempeñada: directamente relacionada con actividades formativas que justifican contratación.
  - Duración (prevista en el Plan formativo): entre 3 y 24 meses, admitiendo discontinuidad.
  - Imprescindible que haya formación teórica y formación práctica.
  - Un solo contrato por cada ciclo, certificado, titulación o itinerario.
  - Máximo de jornada efectiva 65% (año 1º) u 85% (año 2º).
  - Prohibido si mismo puesto «con anterioridad» ocupado > 6 meses
  - NO prueba, horas extras, complementarias o nocturnas.
  - Retribución: la convencional; supletoria/ el 60% (año 1º) 75% (año 2º) de la propia de la actividad desempeñada; siempre SMI.
  - Reglas especiales de cotización (DA 43ª LGSS).
- c) Contrato formativo para obtención de práctica profesional.
- La segunda modalidad o subtipo es el contrato formativo para la obtención de la práctica profesional adecuada al correspondiente nivel de estudios.
- Objeto: desempeñar actividad para adquirir práctica profesional adecuada al nivel de estudios alcanzado.
  - Personas con estudios terminados <3 o <5 (discapacidad) años.



- Título universitario, medio, superior, especialista, máster profesional, certificado profesional, artístico o deportivo.
- Entre 6 y 12 meses, concretables por convenio sectorial (E; C.A.).
- Tope personal por titulación (6/12 meses; G-M-D) y empresa en mismo puesto (aunque diverso título).
- Prueba: máximo de un mes, pero NO h. extras.
- Plan formativo individual y puesto adecuado; tutela.
- Retribución convencional prevista (supletoria: la del Grupo), no inferior a la del contrato en alternancia y a la del SMI.

### B) Contrato para obtención de práctica profesional

El contrato de trabajo en prácticas debe concertarse dentro de los 3 años siguientes a la terminación de los correspondientes estudios, plazo que se amplía a los 5 años si se concierta con una persona con discapacidad (art. 11.3.b) ET)<sup>36</sup>. En la anterior regulación el requisito para formalizar un contrato de trabajo en prácticas, exigía una antigüedad del título del trabajador, de como máximo de 5 años, y si se contrataba a un trabajador con discapacidad esa antigüedad se ampliaba a los 7 años.

Este periodo dentro del cual se puede realizar este contrato trata de establecer una correcta relación entre la formación teórica recibida por el trabajador en sus estudios y la práctica adquirir a través de este contrato. Además, atendiendo a la redacción del ET, lo que determina el cómputo del plazo no es la obtención del título o el correspondiente certificado que acredite la realización de los estudios, sino el propio hecho de la terminación de los estudios.

El art. 11.4.d) ET matiza que los límites de edad y en la duración máxima del contrato formativo no serán de aplicación cuando se concierte con personas con discapacidad o con los colectivos en situación de exclusión social previstos en el art. 2 de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, en los casos en que sean contratados por parte de empresas de inserción que estén cualificadas y activas en el registro administrativo correspondiente. Reglamentariamente se establecerán dichos límites para adecuarlos a los estudios, al plan o programa formativo y al grado de discapacidad y características de estas personas.

Por tanto, una de las particularidades cuando el contrato se formaliza con personas con discapacidad es que el límite máximo de edad, establecido en 30 años, no es de aplicación. La previsión de no exigir este requisito, del límite de edad máxima permitida para celebrar un contrato formativo, puede ayudar a este colectivo a su ocupación laboral, siempre que el empresario, no se limite a ofrecer una formación estándar, sino que tenga en cuenta las necesidades específicas de sus trabajadores con discapacidad respecto a los demás trabajadores, también con este tipo de contrato.

---

36 Se pretende evitar la barrera de la edad en la contratación de los aprendices con discapacidad. En este sentido, SERRANO ARGÜELLO, N.: «La protección a los discapacitados en el trabajo: del perfeccionamiento legal a sus últimos avances a través de la jurisprudencia comunitaria», en VV.AA. (Dir. Cristina Guilarte Martín-Calero): *Estudios y comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad*. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pág. 343.

### C) Contrato de formación en alternancia

El actual contrato de formación en alternancia es equiparable al antiguo contrato para la formación y el aprendizaje y al contrato para la formación profesional dual universitaria. Mientras que el antiguo contrato para la formación y el aprendizaje tenía como objeto declarado «la cualificación profesional de los trabajadores» en un «régimen de alternancia de actividad laboral retribuida en una empresa con actividad formativa», el nuevo contrato de formación en alternancia predica como objeto «compatibilizar la actividad laboral retribuida con los correspondientes procesos formativos»<sup>37</sup>.

En contra de la técnica legislativa utilizada en todas las reformas precedentes de este contrato (en la que siempre se ha marcado la horquilla de edad en la que debían estar incluidos los trabajadores titulares de la relación laboral), el nuevo contrato de formación en alternancia solo contempla un límite —hasta 30 años— en un supuesto concreto —cuando el nexo contractual se suscriba en el marco de certificados de profesionalidad de nivel 1 y 2, y programas públicos o privados de formación en alternancia de empleo-formación, que formen parte del Catálogo de especialidades formativas del Sistema Nacional de Empleo—. Por tanto, en el resto de casos, sería factible entender que no existiría límite de edad alguno.

### D) Regla especial

Insistamos en que el ya mencionado art. 11.4.d ET prescribe que en el caso de que el contrato se celebre con personas con discapacidad o en situación de exclusión social contratadas por empresas de inserción cualificadas y activas en el registro administrativo correspondiente<sup>38</sup>: no serán de aplicación los límites de edad ni duración máxima del contrato. Se emplaza a un ulterior desarrollo reglamentario el establecimiento de dichos límites para adecuarlos a los estudios, al plan o programa formativo y al grado de discapacidad y característica de estas personas.

Adviértase que el nuevo tenor de la ley se refiere al «contrato formativo» por lo que debe entenderse que ambos límites (edad y duración máxima) serán exceptuados en cualquiera de las dos modalidades contractuales (alternancia u obtención de prácticas).

### E) Seguridad Social

La Disposición Adicional Vigésima ET —en su redacción anterior— contemplaba en sus dos primeros apartados (el primero referido al contrato en prácticas y el segundo al contrato para la formación y el aprendizaje) un beneficio para las empresas que contrataran trabajadores con discapacidad a través de dichas modalidades. En concreto, se reconocía el derecho a aplicarse una «reducción del cincuenta por ciento en las cuotas empresariales de la Seguridad Social».

La nueva redacción modifica el sujeto que soportará el coste del beneficio empresarial; es decir, en lugar de aplicarse una reducción de cuotas (con cargo, por tanto, a los presupuestos de la TGSS), se aplicará una bonificación (y, por tanto, con cargo a los presupuestos del SPEE). Eso sí, el apartado 3 de la DA Vigésima advierte que dichas bonificaciones se aplica-

---

37 Nuevo artículo 11.2 del ET.

38 En los términos establecidos en el artículo 2 de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de empresas de inserción.

rán por la TGSS conforme a los datos, aplicaciones y programas de los que disponga para la gestión liquidatoria y recaudatoria de recursos del sistema de la Seguridad Social. El control de su procedencia, corresponderá a la ITSS<sup>39</sup>.

En suma: el establece que las empresas que celebren contratos formativos con trabajadores con discapacidad tienen derecho a una bonificación de cuotas con cargo a los presupuestos del Servicio Público de Empleo Estatal, durante la vigencia del contrato, del 50% de la cuota empresarial de la Seguridad Social correspondiente a contingencias comunes, previstas para estos contratos. Conviene recordar que a partir del 30 de marzo de 2022, el contrato formativo pasa a ser un único contrato con dos variantes: el contrato de formación en alternancia y para la obtención de práctica profesional. Sobre estas reducciones, consideramos que existe margen para incrementar el porcentaje de reducción entre un 65 y el 100% de la cuota empresarial, en función del tipo y del grado de discapacidad<sup>40</sup>.

#### 4. Fomento del empleo del art. 17.3 ET

La utilización de la contratación temporal no causal como medida de fomento del empleo, denominada habitualmente como contratación temporal coyuntural (frente a la estructural o causal), está autorizada por el art. 17 ET al establecer que el Gobierno podrá establecer medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo que tengan por objeto facilitar la contratación de trabajadores demandantes de empleo<sup>41</sup>. En la actualidad, se admite para ciertos colectivos con especiales dificultades para acceder al mercado de trabajo; en concreto, solo se admite en dos supuestos: contrato temporal para fomento del empleo de personas con discapacidad (Disposición Adicional 1ª Ley 43/2006, de 29 diciembre<sup>42</sup>) y el contrato temporal de fomento del empleo en empresas de inserción (art. 15 Ley 44/2007<sup>43</sup>).

---

39 Vid Epígrafe 4 del Capítulo relativo a las Cuestiones de Seguridad Social de la presente obra.

40 En este sentido, FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: «Acciones positivas en las condiciones laborales de personas con discapacidad para un nuevo Estatuto de los Trabajadores», cit., pág. 112. Añade el autor la necesidad en este tipo de contratos formativos, de que se le ofrezca al trabajador la posibilidad de adaptar el puesto de trabajo a su situación concreta de discapacidad, y que los costes que ello suponga, sean asumidos por el Estado, siempre que se justifiquen debidamente, al objeto de superar las barreras que impidan o dificulten a este colectivo el desempeño de su trabajo en igualdad de condiciones que los demás trabajadores.

41 Añadiendo que el Gobierno podrá otorgar subvenciones, desgravaciones y otras medidas para fomentar el empleo de grupos específicos de trabajadores que encuentren dificultades especiales para acceder al empleo. La regulación de las mismas se hará previa consulta a las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas.

42 «Las empresas podrán contratar temporalmente para la realización de sus actividades, cualquiera que fuere la naturaleza de las mismas, a trabajadores con discapacidad desempleados inscritos en la Oficina de Empleo, con un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento o a pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez y a pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad».

43 «Las empresas de inserción y los trabajadores que se encuentren en alguna de las situaciones previstas en el artículo 2 de esta Ley podrán celebrar el contrato regulado en la Disposición adicional primera de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, con las peculiaridades establecidas en este artículo».

Por lo que se refiere al contrato temporal para fomento del empleo de personas con discapacidad, su objeto es satisfacer las necesidades del personal de las empresas, cualquiera que sea la naturaleza de las actividades. Así lo tienen declarado las SSTs 14 julio (RJ 2006, 8758) y 11 octubre 2006 (RJ 2007, 200). Por tanto, este contrato se puede utilizar tanto para cubrir necesidades temporales como indefinidas. Las aludidas sentencias —dictadas para supuestos de contratos celebrados al amparo de normativa ya no vigente— establecieron, en doctrina que resulta vigente independientemente de la concreta regulación aplicable en cada caso, que este tipo de contratos temporales de fomento al empleo son válidos, a pesar de no estar incluidos en el listado del art. 15 ET, como consecuencia de la aludida autorización del art. 17 ET, máxime si su regulación ha sido establecida por norma con rango de ley; y, en consecuencia, su expiración por finalización del tiempo pactado no es constitutiva de despido improcedente. Esta conclusión no se ve alterada por el hecho de que las partes en un anexo contractual establecieran la aplicación supletoria de lo dispuesto en el art. 15 ET, en el art. 3 del RD 2720/1998 y en el convenio de aplicación, pues, estando perfectamente establecida en el contrato su duración y siendo ésta permitida por la DA 1ª de la Ley 43/2006, la normativa supletoria no resulta aplicable por cuanto que nada hay que suplir en este punto al estar clara la modalidad contractual, la duración del contrato que encaja perfectamente en la norma que regula la modalidad y la extinción que —habiendo transcurrido el plazo pactado y mediada la oportuna denuncia— únicamente cabe calificar como válida extinción.

La controversia se cifra en determinar si un contrato temporal de fomento al empleo para trabajadores con discapacidad suscrito al amparo de la Disposición Adicional Primera de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, precisa o no de causa específica de temporalidad de las previstas en el art. 15 ET y, en consecuencia, si al llegar el término final establecido en el contrato, estamos en presencia de una válida extinción contractual o de un despido improcedente.

Resulta en verdad sorprendente que la referida cuestión todavía suscite dudas, porque desde la introducción en nuestro ordenamiento del contrato temporal para fomento del empleo mediante RD 1989/1984, a cuyo amparo se celebraron millones de contratos temporales, siempre estuvo meridianamente claro que la finalidad de esta modalidad de contratación es fomentar el empleo, sin que la empresa tenga que acreditar una causa objetiva de temporalidad, y así se ha mantenido en toda la normativa que desde entonces ha regulado este tipo de contrato, con un ámbito de aplicación progresivamente restringido a grupos o colectivos que presentan especiales dificultades de inserción laboral o mayor riesgo de exclusión social.

No obstante, la Sala Cuarta cumple el mandato que tiene encomendado —fijar el sentido y alcance de las normas— y viene a precisar que la celebración de contratos temporales en fraude de ley por una sociedad mercantil pública determina su caracterización como personal laboral indefinido no fijo, toda vez que los principios de igualdad, mérito y capacidad para el acceso al empleo público deben aplicarse también en las referidas sociedades, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional 1ª, en relación con el art. 55.1, del EBEP<sup>44</sup>.

---

44 SSTs, Pleno, de 18 junio 2020 (RJ 2020, 2635) (Ponente, Sr. Bodas Martín, con Voto Particular del magistrado Sempere Navarro); 18 junio 2020 (RJ 2020, 2747) (Ponente, Sr. Molins García Atance, con Voto Particular del magistrado Sempere Navarro); 18 junio 2020 (RJ 2020, 2859) (Ponente, Sra. Ureste García, con Voto Particular del magistrado Sempere Navarro); 2 julio 2020 (RJ 2020, 3110) (Ponente, Sra. Virolés Piñol, con Voto Particular del magistrado Sempere Navarro).

## 5. Protección frente al acoso por razón de discapacidad

### A) Las previsiones legales

El art. 17.1 ET establece la nulidad de los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta.

### B) Tipología judicial

No existe discriminación indirecta en los casos de centros especiales de empleo, cuya actividad es la limpieza de edificios y locales, y se produce la subrogación empresarial, adjudicándose la contrata también a trabajadores sin discapacidad (para que exista dicha discriminación debe existir una desventaja particular a una persona respecto de otras por razón de discapacidad, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios)<sup>45</sup>.

Pero se declaró la existencia de trato discriminatorio, por la inclusión de un trabajador con discapacidad por error, en el caso de Resolución de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Economía y empleo del Principado de Asturias por la que se autorizaba un expediente de regulación de empleo al ser el único trabajador contratado como afectado de discapacidad en una empresa de más de 50 trabajadores, que no se efectuó justificación individualizada de su inclusión en la lista de afectados por expediente de regulación de empleo, siendo así que de cinco trabajadores de su misma categoría permanecen dos en la empresa, lo que supondrá vulneración de la obligación de tener empleados a un 2% de discapacitados, determinando su cese discriminación por tal causa<sup>46</sup>.

## 6. Dirección y control de la actividad laboral y correlativa capacidad del trabajador

Entre las adaptaciones que se pueden introducir para facilitar la contratación de personas con discapacidad aparecen las medidas de acción positiva para garantizar la igualdad de oportunidades; junto a ella, otra adaptación consiste en atribuir a la empresa la capacidad de introducir mecanismos de control, con el objetivo de comprobar que el trabajador cumple con sus obligaciones y deberes laborales.

El trabajador está obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario, pudiendo adoptar éste las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad, teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad<sup>47</sup>. Por ello, es importante que conozca cuál es la capacidad real de los trabajadores con discapacidad, para evitar que

---

45 STSJ Andalucía (Granada) 6 julio 2011, (rec. 1352/2011).

46 STSJ Asturias 1 marzo 2013, (rec. 229/2013).

47 Art. 20.3 ET.

se produzcan situaciones que excedan de sus posibilidades. En consecuencia, el deber de rendimiento se exprese o no en el contrato, deberá establecerse de modo individualizado<sup>48</sup>.

En este punto se plantea el problema de que la discapacidad sea desconocida por el empresario y el trabajador afectado por alguna discapacidad ejerza su derecho de no querer revelarla (salvo que sea notoria, la empresa no tendrá ocasión de valorar su capacidad real de trabajo de acuerdo con la situación real de capacidad del trabajador, encontrándose en inferioridad de condiciones con respecto a los demás trabajadores)<sup>49</sup>.

El artículo 22.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales impone al empresario la obligación de vigilar periódicamente el estado de salud de los trabajadores en función de los riesgos inherentes al trabajo, excluyéndose la necesidad de que el trabajador afectado preste su consentimiento cuando, entre otros supuestos y previo informe de los representantes de los trabajadores, la realización del reconocimiento sea imprescindible para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para él mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa.

Por otra parte, los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales, que incluyen la vigilancia de la salud de los trabajadores, deben ser concertados con entidades especializadas cuando la empresa no disponga de medios suficientes, pudiendo actuar como tales entidades las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, según los artículos 31 y 32 de la citada Ley, desarrollada en esta concreta materia por el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, y específicamente por el artículo 20 del mismo a los efectos de que aquí se trata.

De dichas normas a veces se infiere que si el Servicio de Prevención considera que concurre falta de aptitud la empresa puede acudir al despido objetivo. Los apartados 2 al 4 del citado artículo 22 LPRL establecen que las medidas de vigilancia y control de la salud de los trabajadores se lleven a cabo respetando el derecho a la intimidad del trabajador y «la confidencialidad de toda la información relacionada con su estado de salud», a la que sólo tienen acceso el personal médico y las autoridades sanitarias competentes, debiendo ser comunicados al trabajador los «resultados» de los reconocimientos, pero no así al empresario, que únicamente será informado «de las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo...».

## 7. Reducción de jornada de trabajo diaria por cuidado de persona con discapacidad

Una conocida previsión del ET dispone que quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo una persona con discapacidad que no desempeñe una actividad retribuida, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo diaria, con la disminución proporcional del salario entre al menos 1/8 y un máximo de la mitad de la duración de aquella<sup>50</sup>.

---

48 ESTEBAN LEGARRETA, R.: «Relación laboral ordinaria de las personas con discapacidad. Reserva de empleo y medidas alternativas», en *Trabajo y protección social del discapacitado*. Editorial Bomarzo, Albacete, 2003.

49 FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: «Acciones positivas en las condiciones laborales de personas con discapacidad para un nuevo Estatuto de los Trabajadores», cit., pág. 113.

50 Art. 37.6 ET.

Corresponde al trabajador determinar el horario y el periodo de disfrute de la reducción de jornada, dentro de su jornada ordinaria, si bien los convenios colectivos pueden establecer criterios respecto de la concreción horaria de la reducción de jornada, en atención a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del trabajador y las necesidades productivas y organizativas de las empresas. El trabajador, salvo fuerza mayor, debe preavisar al empresario con una antelación de 15 días (o la que se determine en el pacto colectivo aplicable) precisando la fecha en que iniciará y finalizará el permiso de lactancia o la reducción de jornada.

En concordancia con este enfoque, la jurisprudencia admite la exención laboral consistente en no realizar actividad laboral los viernes, a fin de poder desplazarse en la tarde del jueves y permanecer hasta el domingo siguiente, y ello por cuidado del padre (persona con discapacidad física, psíquica o sensorial)<sup>51</sup>.

## 8. Derecho preferente ante una movilidad geográfica

Conforme al art. 40.5 ET, para hacer efectivo su derecho de protección a la salud, los trabajadores con discapacidad que acrediten necesidad de recibir fuera de su localidad un tratamiento de habilitación o rehabilitación médico-funcional o atención, tratamiento u orientación psicológica relacionado con su discapacidad, tienen derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional, que la empresa tuviera vacante en otro de sus centros de trabajo en una localidad en que sea más accesible dicho tratamiento; y ello en los términos y las condiciones previstas para las víctimas de violencia de género y de terrorismo<sup>52</sup>, es decir:

La empresa está obligada a comunicar a los trabajadores las vacantes existentes y las que se pudieran producir en el futuro cuando se acredite la necesidad.

El traslado o el cambio de centro de trabajo tendrá una duración inicial de 6 meses, durante los cuales la empresa tendrá la obligación de reservar el puesto de trabajo que anteriormente ocupaban los trabajadores.

Terminado este periodo, los trabajadores podrán optar entre el regreso a su puesto de trabajo anterior o la continuidad en el nuevo. En este último caso, decaerá la mencionada obligación de reserva.

La movilidad geográfica se rige por lo establecido en el ET, con la única especialidad de que los cambios que conllevan requieren el informe previo del equipo multiprofesional<sup>53</sup> (en materia de suspensión del contrato rige una completa remisión a lo previsto en el ET)<sup>54</sup>.

---

51 STSJ Madrid 9 marzo 2016, (rec. 990/2015).

52 Previstas en el art. 40.4 ET.

53 Los equipos multiprofesionales realizan un importante papel en el marco de las unidades de apoyo, con importantes funciones encomendadas, como la realización de informes (preceptivos en determinadas circunstancias), o la constatación y valoración de las condiciones en las que los trabajadores con discapacidad desarrollan sus funciones para el centro especial de empleo.

54 SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: «Especialidades en la discapacidad: empleo protegido y perspectiva de género», en VV.AA. (Dir. Fernández Orrico, F. J.): *Inclusión laboral de personas con discapacidad*

## 9. Suspensión del contrato por nacimiento y cuidado del menor

Según el art. 45.1.d) ET el contrato de trabajo puede suspenderse, en los casos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, de menores de 6 años de edad o de menores de edad mayores de 6 años con discapacidad. Con ello, se amplía la suspensión en los casos en que el menor presente discapacidad y sea mayor de 6 años, si bien, esto será posible hasta que cumpla los 18 años de edad.

Cabe tener presente que hay una prohibición de emplear al trabajador en situación de peligro como medida preventiva, y que atendiendo a la especial sensibilidad que va a tener un carácter temporal, y ante la imposibilidad de adaptar el puesto de trabajo en una primera fase, y de cambiarle a otro puesto en una segunda, se puede suspender el contrato de trabajo por mutuo acuerdo del empresario y trabajador, como medida para prevenir el riesgo<sup>55</sup>.

La cuestión que se plantea, y es importante, es que no se distingue el tipo de discapacidad, pues no es igual una discapacidad física, que una discapacidad intelectual, y dentro de esa distinción también habría que diferenciar el grado de discapacidad: parece razonable que se establezcan tales distinciones, pues en el caso de una discapacidad intelectual con un grado alto de discapacidad debería ampliarse la suspensión sobrepasando incluso los 18 años<sup>56</sup>.

## 10. Excedencia por cuidado de un familiar con discapacidad

Tienen derecho a un periodo de excedencia, de duración no superior a dos años (salvo que se establezca un periodo mayor por negociación colectiva), los trabajadores para atender al cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de discapacidad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida<sup>57</sup>.

No parece razonable interpretar la razón de «edad» de la excedencia por cuidado de familiares del párrafo segundo del art. 46.3 ET, en el sentido de que todos los hijos, y concretamente los mayores de 3 años (a los menores de esa edad, sin realizar ahora mayores precisiones, le es plenamente aplicable la excedencia por cuidado de hijos), sin excepción, no pueden valerse por sí mismos: es claro que todos los menores de una determinada edad no pueden valerse por sí mismos en el sentido de que necesitan cuidados y la ley obliga a sus progenitores a atenderlos; pero no parece que sea este el sentido que se quiere dar a la edad, como razón de la imposibilidad de valerse por sí mismo, en la excedencia por cuidado de familiares de este 46.3 ET<sup>58</sup>.

---

*intelectual. Respuestas a problemas de acceso y permanencia en el empleo.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 396.

55 COS EGEA, M.: «Los trabajadores sensibles a determinados riesgos en la doctrina judicial» *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 121/2010 (BIB/2010/2146), pág. 18.

56 FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: «Acciones positivas en las condiciones laborales de personas con discapacidad para un nuevo Estatuto de los Trabajadores», cit., pág. 115.

57 Art. 46.3 párrafo segundo ET.

58 STS 5 febrero 2021, (rec. 2102/2018).



## 11. Prioridad de permanencia en la empresa ante un despido colectivo

### A) Remisión legislativa

No existe una prioridad de permanencia legal de las personas con discapacidad en los supuestos de despido colectivo, sino que corresponde a los representantes de los trabajadores, en ejercicio de su autonomía colectiva, a través de convenio colectivo o por medio de acuerdo durante el periodo de consultas, incorporar tal prioridad de preferencia de este colectivo.

Lo que el ET dispone es que cabe establecer prioridades de permanencia en el puesto de trabajo en favor de personas con discapacidad, entre otros colectivos, mediante convenio colectivo o acuerdo alcanzado en el periodo de consultas<sup>59</sup>.

### B) Contenidos convencionales

En este sentido, la negociación colectiva puede atender a las personas con discapacidad en sus clausulados con mayor riqueza de contenidos, y que muestre su interés por la plena participación en el mundo laboral de los trabajadores con discapacidad fomentando e instaurando medidas que impidan el despido de la persona con discapacidad o la extinción de la relación laboral<sup>60</sup>.

Así por ejemplo, la prohibición, en materia de despido, de la discriminación por motivos de discapacidad, se opone a un despido por motivos de discapacidad que, habida cuenta de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad, no se justifique por el hecho de que la persona en cuestión no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate<sup>61</sup>.

## 12. Licencia semanal durante el preaviso en la extinción por causas objetivas

En el caso del despido por causas objetivas se debe conceder un plazo de preaviso de 15 días, computado desde la entrega de la comunicación personal al trabajador hasta la extinción del contrato de trabajo. Pues bien, durante este periodo de preaviso el trabajador, o su representante legal si se trata de una persona con discapacidad que lo tuviera, tiene derecho, sin pérdida de su retribución, a una licencia de 6 horas semanales con el fin de buscar nuevo empleo<sup>62</sup>.

---

59 Art. 51.5 ET. Señalar que tiene un tratamiento prácticamente igual al supuesto de movilidad geográfica.

60 SERRANO ARGÜELLO, N.: «La integración laboral de las personas con discapacidad estudiada desde la prohibición de discriminación. El ajuste razonable como medida antidiscriminatoria», cit., pág. 362.

61 SSTS 15 mayo 2018, (rec. 1244/2017), y 3 mayo 2016, (rec. 2351/2015).

62 Art. 53.2 ET.

Ahora bien, para que se despidan por causas objetivas a un trabajador con discapacidad en el caso de ineptitud sobrevenida es necesario que se acredite la imposibilidad de adaptar el puesto de trabajo a las restricciones sufridas por el trabajador, y, en este sentido, el art. 52.c) ET debe ser puesto en conexión con la obligación empresarial de adaptar el trabajo a la persona que como principio general de la acción preventiva se establece en el art. 15.1.d) de la LPRL, y que se concreta en el 25.1, pues, de no poner ambas normas en relación, el incumplimiento del deber de prevención empresarial permitiría justificar el despido objetivo por ineptitud<sup>63</sup>.

Como podemos observar, estamos ante un colectivo que carece de voz propia; son los padres o los responsables de la patria potestad o sus tutores quienes alcanzan la voz para que se les reconozcan derechos laborales y sociales: el propio ET hace un guiño en este sentido cuando atribuye capacidades al representante legal concediéndole una licencia semanal para la búsqueda de empleo del trabajador con discapacidad despedido por despido objetivo<sup>64</sup>.

## 13. Despido por ineptitud

### A) Discapacidad e ineptitud

Hay que insistir en la evolución experimentada por el concepto de discapacidad contemplado como causa de discriminación prohibida en la Directiva 2000/78/CE, desde que la Decisión 2010/48 de la Unión Europea ratificase la Convención de Naciones Unidas<sup>65</sup> sobre los derechos de las personas con discapacidad, momento en el que este instrumento internacional se incorporó al ordenamiento jurídico de la UE.

A partir de dicha incorporación, se produjo una evolución ampliatoria del concepto de discapacidad que el TJUE había aquilatado en la STJUE de 11 julio 2006, asunto Chacón Navas<sup>66</sup>.

Como tiene declarado el TJUE, la Directiva 2000/78 debe interpretarse en la medida de lo posible de conformidad con la Convención de Naciones Unidas. Ello supone que la enfermedad —sea curable o incurable— puede equipararse a discapacidad si acarrea *limitación*, siempre que, además, tal limitación sea de *larga duración*. En concreto, el Tribunal de la Unión señala que el concepto de discapacidad «comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que,

---

63 STSJ Galicia 16 octubre 2017, (rec. 3168/2017).

64 SERRANO ARGÜELLO, N.: «La integración laboral de las personas con discapacidad estudiada desde la prohibición de discriminación. El ajuste razonable como medida antidiscriminatoria», cit., pág. 306.

65 El art. 1 de la Convención dispone lo siguiente: «las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».

66 Así se aprecia en las SSTJUE de 11 abril 2013, asuntos *HK Danmark y Ring y Werge*; de 18 marzo 2014, Z, C-363/12; 18 diciembre 2014, FOA, C-354/13; 1 diciembre 2016, asunto Daouidi, C-395/15 y 18 enero 2018, asunto Ruiz Conejero, C-270/16.

al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración».

Precisamente, respetando y asumiendo la doctrina del Asunto «Ring» —en referencia al *HK Danmark*—, la Sala IV del Tribunal Supremo señaló en su sentencia de 3 mayo 2016 (rcud. 3348/2014) que era necesario introducir una nueva pauta de definición del concepto de discapacidad.

### B) Cuestión polémica

Una trabajadora que viene arrastrando una psicopatología ansioso-depresiva como efecto del estrés postraumático causado por un atraco en la sucursal bancaria donde trabajaba es despedida por su empresa alegando ineptitud sobrevenida ex. art. 52.a) del ET. El despido fue declarado improcedente en la instancia, pronunciamiento que ratificó el TSJ en la sentencia ahora recurrida.

La parte actora presenta RCUd interesando la declaración de nulidad de dicha extinción, alegando diversos motivos. Varios de ellos son desestimados por no apreciar la Sala Cuarta del TS la existencia del requisito de contradicción exigido por el art. 219.1 LRJS. Pero sí entra a examinar el último de ellos, en el que la pretensión de nulidad de articula sobre la afirmación de que la actora tendría la consideración de discapacitada, lo que justificaría, a su entender, la desigual situación en que se halla respecto de otros trabajadores y, por ende, la existencia de un trato discriminatorio por parte de la empresa en la utilización de la referida causa extintiva.

### C) Unificación doctrinal

Aunque se parta de un concepto amplio de discapacidad, incluso de las enfermedades limitativas de larga duración, de acuerdo con la interpretación que de la Directiva 2000/78 hace la jurisprudencia comunitaria, no se aprecia discriminación en el despido realizado al amparo del art. 52.a) del Estatuto de los Trabajadores de quien padece una dolencia sobrevenida de orden psiquiátrico que afecta al desempeño de su función y actividad, habiendo llevado a cabo la empresa múltiples ajustes antes de extinguir el contrato de trabajo<sup>67</sup>.

Pues bien, con independencia de esa evolución conceptual, plenamente acatada por la Sala IV del Tribunal Supremo, se constata que el asunto examinado por la STS de 22 febrero 2018 (RJ 2018, 913) no guarda relación con una situación en que el acto al que se atribuye el efecto discriminatorio se produce como única y exclusiva reacción ante la situación de la trabajadora, que es lo que la Directiva proscribía. Ésta contempla la obligación de la empresa de llevar a cabo los ajustes razonables —de orden físico, psíquico o educativo— que adapten las condiciones del trabajo a las necesidades de la persona en cuestión, y la Sala Cuarta entiende que dichos ajustes habrían sido realizados por la empresa en número suficiente y entidad razonable antes de proceder al despido de la trabajadora; así, se afirma en la sentencia que *«consta de modo detallado que, por parte de la empresa, se llevaron a cabo distintas y sucesivas medidas todas ellas tendentes a la readaptación de la concreta situación de la actora a otros puestos de trabajo que pudieran minimizar las consecuencias de la afectación»*.

---

67 STS de 22 febrero 2018 (RJ 2018, 913) (Ponente, Sra. Arastey Sahún).

Se recuerda a este respecto que, según el art. 5 de la Directiva, los ajustes a los que tienen derecho las personas con discapacidad deben ser «razonables», en el sentido de que no deben constituir una carga excesiva para los empleadores.

Por todo lo anterior, y aunque se parta de que las dolencias de trabajadora permiten caracterizarla como una persona con discapacidad, de acuerdo con el concepto de discapacidad ampliado y perfilado por la STJUE, la situación de la demandante se aleja de lo que en dicha doctrina europea se indica, de suerte que la decisión judicial impugnada, al caracterizar el despido como improcedente —y no nulo— mantiene su adecuación a Derecho al no apreciarse discriminación por discapacidad.

### D) Contenido de la carta de despido

En una extinción de contrato por causa objetiva de ineptitud sobrevenida, la comunicación de cese puede contener limitaciones impuestas por el necesario respeto al derecho fundamental del trabajador a su intimidad y no por ello el cese debe calificarse como despido nulo<sup>68</sup>.

Con esta plataforma normativa, es claro que la empresa no pudo legalmente conocer, ni por ello relatar en la comunicación extintiva que dirigió al trabajador, los defectos físicos apreciados en el reconocimiento de salud efectuado al mismo. La cuestión a resolver es, entonces, la compatibilidad entre las limitaciones impuestas a tal comunicación como consecuencia del derecho fundamental del trabajador a su intimidad y el derecho, también fundamental, del mismo a la oportunidad de defensa frente a la decisión empresarial.

La sentencia aquí glosada razona que la colisión que viene a producirse entre los dos referidos derechos fundamentales del trabajador, que la empresa ha de respetar, no puede resolverse prescindiendo de la terminante reserva de toda la información médica que impone la LPRL. Tal vez esta Ley pudo haber regulado tal reserva con criterio más flexible, puesto que no todos los datos de salud afectan de igual modo a la intimidad personal. La protección civil de este derecho, junto a la del honor y la propia imagen, queda delimitada «por los usos sociales, atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado», según la LO 1/1982, de 5 de mayo. Semejante criterio de proporcionalidad sería también seguramente adoptable en el enjuiciamiento del delito de revelación de secretos que, dentro del título dedicado a los delitos contra la intimidad y otros, tipifica el artículo 199 del Código Penal<sup>69</sup>.

La consecuencia de cuanto precedentemente se ha argumentado no es otra que la estimación del recurso formulado, en cuanto a su único objetivo casacional de unificación de doctrina, atinente a la suficiencia de la comunicación empresarial de extinción del contrato por causa objetiva de ineptitud sobrevenida, conforme al artículo 53.1-a) del ET, sin que haya lugar a la nulidad de tal decisión declarada en la sentencia recurrida por aplicación del apartado 4 del mismo artículo.

---

68 STS de 22 julio 2005 (RJ 2006, 84).

69 Pero todo este análisis es atinente al puro ámbito de «lege ferenda» en cuanto referido a los datos resultantes de los reconocimientos de salud practicados con arreglo a lo dispuesto en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, ya que su expuesta literalidad en la materia no permite al operador jurídico otra opción distinta de la de su estricto cumplimiento.

## 14. Despido por morbilidad

El despido realizado en atención a una prolongada situación de enfermedad no es discriminatorio ni vulnera ningún derecho fundamental del trabajador; por lo demás, el incumplimiento de las exigencias formales contenidas en el art. 55 del Estatuto de los Trabajadores determina la improcedencia del despido, no su nulidad<sup>70</sup>.

El despido motivado por la situación de incapacidad temporal del trabajador no vulnera el derecho a la vida y a la integridad física contemplado en el art. 15 de la Constitución, ni el valor de la dignidad, ni la enfermedad puede asimilarse automáticamente a discapacidad como factor de discriminación prohibido, por lo que procede declararlo improcedente y no nulo<sup>71</sup>. En concreto, es improcedente el despido realizado por la empresa alegando una causa ficticia, bajo rendimiento, cuando la causa real es la enfermedad del trabajador, pero no se aprecia discriminación por no ser tomada en consideración la enfermedad como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para su trabajo, sino la incidencia de la misma en la productividad y en la continuidad del servicio<sup>72</sup>.

*Matización de la doctrina anterior:* es nulo el despido de un trabajador, por lesión de su derecho fundamental a la integridad física, si hallándose en situación de IT es amenazado con el despido si no pide el alta médica voluntaria y se reincorpora inmediatamente al trabajo<sup>73</sup>.

Puesto que la incapacidad permanente constituye una causa extintiva de carácter autónomo, es muy interesante la reacción convencional que intenta mantener el empleo de las personas a las que les sobreviene. Así sucede, por ejemplo, si se dispone que «*El personal laboral declarado con capacidad disminuida por la Seguridad Social o el Servicio de Prevención y Salud Laboral, tiene derecho a ocupar otro puesto de trabajo de categoría similar o inferior, adecuado a sus limitaciones, siempre que existan vacantes, manteniéndose las retribuciones consolidadas anteriormente*». Interpretándolo, se ha interpretado que la regla debe entenderse aplicable aun cuando se haya reconocido al solicitante una incapacidad permanente total para la profesión habitual<sup>74</sup>.

---

70 SSTS 23 septiembre 2002 (RJ 2002, rec. 449/2002), 12 julio 2004 (RJ 2004, 7075) y 23 mayo 2005 (RJ 2005, PROV. 179793). La misma doctrina, pero para un despido objetivo, en STS 29 enero 2001 (RJ 2001, 2069).

71 SSTS de 22 noviembre 2007 (RJ 2008, 2884) (Ponente, Sr. Martín Valverde); 11 diciembre 2007 (RJ 2008, 2884); 18 diciembre 2007 (RJ 2008, 800); 22 enero 2008 (RJ 2008, 16121); 13 febrero 2008 (RJ 2008, 2900); 22 septiembre 2008 (RJ 2008, 5533); 27 enero 2009 (RJ 2009, 2048); 22 mayo 2020 (RJ 2020, 2065) (Ponente, Sra. Arastey Sahún).

72 SSTS de 3 mayo 2016 (RJ 2016, 2152) (Ponente, Sra. Segoviano Astaburuaga) y 15 marzo 2018 (RJ 2018, 1403).

73 STS de 31 enero 2011 (RJ 2011, 922) (Ponente, Sr. Desdentado Bonete).

74 STS de 21 mayo 2020 (RJ 2020, 1771) (Ponente, Sra. Virolés Piñol).

### III. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

#### 1. La técnica legislativa

El Real Decreto Legislativo 1/2013, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con discapacidad y su inclusión social constituye la norma fundamental para regular los derechos de las personas con discapacidad es la norma fundamental en la materia.

Existe un debate, de mayor calado que el meramente formal, acerca de cuál sea el lugar adecuado para albergar la referida regulación. El Estatuto de los Trabajadores no solo es la norma vertebradora de la relación laboral (heredera de la venerable Ley de Contrato de Trabajo nacida durante la II República y adaptada por el régimen nacionalsindicalista) sino también el envoltorio normativo querido por la Ley Fundamental para servir como sede de los derechos y obligaciones en la materia (art. 35.2). En consecuencia parece razonable afrontar esa discusión sobre el eventual trasvase de contenido laboral desde la LGDPD al ET.

La cuestión, además, posee mayor relevancia por cuanto se viene hablando de redactar el Estatuto del Trabajo del siglo XXI.

La inclusión de las previsiones sobre trabajo de las personas con discapacidad en el texto común, quizá en forma de Capítulo o Sección, posee ventajas al menos simbólicas porque permite la más fácil traslación de las construcciones comunes al ámbito de las personas con discapacidad, facilitando así el objetivo de las reglas antidiscriminatorias.

#### 2. La relación laboral de carácter especial

La regulación de esta relación laboral de carácter especial vincula la condición subjetiva requerida con la discapacidad. Conforme a la misma «la determinación del grado de minusvalía se llevará a cabo por los Equipos Multiprofesionales en resolución motivada, aplicándose los correspondientes baremos establecidos en la Orden de 8 de marzo de 1984, o en la correspondiente norma reglamentaria que pueda sustituirla».

Pero, al tiempo, se dispone que *«la disminución de la capacidad de trabajo se apreciará poniéndose ésta en relación con la capacidad normal de trabajo de una persona de similar cualificación profesional»*.

Podría pensarse que estamos ante un problema similar al que se detecta en materia de incapacidad permanente. Hace ya años que la LGSS optó por acudir a un baremo (*«La calificación de la incapacidad permanente en sus distintos grados se determinará en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo que reglamentariamente se establezca»* proclama el art. 194.2 LGSS). Sin embargo lo cierto es que persiste la validez de las categorías previas, en las que se prescinde de la baremación objetiva (cfr. la Disposición Transitoria Vigésima Sexta LGSS).

Quizá fuera conveniente progresar en la clarificación de las condiciones subjetivas que permiten que, para un concreto perfil profesional las personas afectadas por una discapacidad (puede que desconectada de las tareas a realizar) sean titulares de una relación laboral de carácter especial.

La DA Vigésima ET, tras su última modificación, genera alguna disfunción que convendría corregir. La anterior redacción mantenía, para el contrato para la formación y el aprendizaje, la aplicación de las particularidades del artículo 7 del RD 1368/1985, guardando la coherencia lógica en la remisión normativa (ambos cuerpos legales se referían solo al contrato para la formación). La nueva redacción sustituye la referencia a «los contratos para la formación y el aprendizaje» por la expresión «los contratos formativos», debiendo entenderse incluido, por tanto, el contrato para la obtención de la práctica profesional.

### 3. No discriminación por razón de discapacidad y de respeto a la intimidad

La redacción del artículo 4.2.c ET («*tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate*») resulta desafortunada: por una parte, parece dar a entender que la falta de aptitud para desempeñar un puesto de trabajo solo puede deberse a la discapacidad, lo que es obviamente erróneo. Por otro lado, según el tenor literal del precepto la falta de aptitud para desempeñar el trabajo justifica el trato discriminatorio, lo que tampoco es admisible, pues a la luz del art. 14 CE la prohibición de discriminación es absoluta. En consecuencia, se trata de un precepto que debiera modificarse.

Sería deseable la supresión del inciso final del art. 4.2.c) ET, para alinear con la Convención la norma básica de nuestro ordenamiento laboral y para evitar posibles interpretaciones que entiendan que la falta de aptitud de un trabajador para un puesto de trabajo justifica la discriminación o la denegación de ajustes razonables.

En sentido opuesto, la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, ha aportado nuevas luces en la materia, positivando las construcciones jurisprudenciales y perfeccionando los límites de la protección. Dado su carácter horizontal, bien pudiera pensarse en la conveniencia de concordar sus importantes innovaciones con las normas preexistentes. Tanto en ella cuanto en el Real Decreto Legislativo 1/2013 aparece como clave el concepto de ajuste razonable, que la empresa viene obligada a introducir.

### 4. Contratos formativos

No está claro que el aumento del periodo transcurrido desde la obtención del título habilitador suponga una ventaja para las personas con discapacidad, ya que ello complica aún más la práctica de la persona con discapacidad por dos razones: la primera porque esa ampliación del periodo produce un mayor olvido de los conocimientos adquiridos, y sobre todo, en segundo lugar porque será imprescindible una actualización de tales conocimientos<sup>75</sup>.

---

75 En este sentido, FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: «Acciones positivas en las condiciones laborales de personas con discapacidad para un nuevo Estatuto de los Trabajadores», cit., pág. 111. Añade el

Tras las reformas de finales de 2021 aparecen ciertas discordancias entre las previsiones integradas en la regulación reglamentaria remitida y la renovada del ET, siempre por referencia al régimen aplicable a los contratos formativos cuyo titular sea una persona con discapacidad. Las previsiones sobre desarrollo reglamentario debieran activarse y servir para proyectar seguridad al respecto.

## 5. Contratos de fomento del empleo

En concordancia con las previsiones del artículo 17.3 ET, en la actualidad, se admite la contratación para fomento del empleo para ciertos colectivos con especiales dificultades para acceder al mercado de trabajo; en concreto, solo se admite en dos supuestos: contrato temporal para fomento del empleo de personas con discapacidad (Disposición Adicional 1ª Ley 43/2006, de 29 diciembre<sup>76</sup>) y el contrato temporal de fomento del empleo en empresas de inserción (art. 15 Ley 44/2007<sup>77</sup>). Aunque no parece que las nuevas reglas sobre temporalidad afecten a estas opciones, sería aconsejable su actualización y confirmación.

## 6. Poder de dirección frente a persona con discapacidad

El ET requiere a la empresa para tomar en cuenta la situación de discapacidad a la hora de establecer medidas de vigilancia y control de la actividad. Y la LPRL establece que las medidas de vigilancia y control de la salud de los trabajadores se lleven a cabo respetando el derecho a la intimidad del trabajador y «la confidencialidad de toda la información relacionada con su estado de salud», a la que sólo tienen acceso el personal médico y las autoridades sanitarias.

## 7. Reducción de jornada por cuidado de persona con discapacidad

Si la reducción de la jornada está motivada por el cuidado de una persona con discapacidad y además se le reduce proporcionalmente el salario, en función de la reducción de la jornada, es obvio que la capacidad económica se verá reducida en una situación en la que estará especialmente necesitado por la circunstancia de cuidar a una persona con discapa-

---

autor que en lugar de esta ampliación en la antigüedad sería mejor, el establecimiento de la obligación por parte de la empresa de que ofrezca una formación específica que tenga que ver con el trabajo relacionado con los estudios realizados por el trabajador, habida cuenta de las dificultades y barreras que se le puedan presentar al trabajador con discapacidad, sin perjuicio de que incorpore las adaptaciones necesarias en su puesto de trabajo.

76 «Las empresas podrán contratar temporalmente para la realización de sus actividades, cualquiera que fuere la naturaleza de las mismas, a trabajadores con discapacidad desempleados inscritos en la Oficina de Empleo, con un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento o a pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez y a pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad».

77 «Las empresas de inserción y los trabajadores que se encuentren en alguna de las situaciones previstas en el artículo 2 de esta Ley podrán celebrar el contrato regulado en la Disposición adicional primera de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, con las peculiaridades establecidas en este artículo».



cidad (originando no solo una falta de ingresos sino también un aumento de gastos debido a la atención de la persona con discapacidad): convendría una ayuda a través de la Seguridad Social, con una prestación de naturaleza similar a la prestación económica por ejercicio corresponsable del cuidado del lactante, y que consistiría en un subsidio equivalente al 100% de la base reguladora establecida para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, y en proporción a la reducción que experimente la jornada de trabajo (la duración deberá limitarse durante un periodo a determinar, que podría ser de 2 y 3 tres años, en función del tipo y grado de discapacidad)<sup>78</sup>.

## 8. Preferencia en movilidad geográfica

Como propuestas de mejora respecto de la regulación sobre movilidad geográfica, cabría señalar las siguientes<sup>79</sup>:

- Ampliar el periodo previsto para poder optar por volver a su puesto original, de 6 meses (en algunos casos insuficiente), a 1 año.
- Con objeto de facilitar la eliminación de barreras que le impidan al trabajador desarrollar su trabajo en iguales condiciones que los demás trabajadores, establecer el derecho preferente a desarrollar su actividad en otro centro de trabajo que tenga el puesto de trabajo mejor adaptado para realizar su función, si no fuera posible en su centro de trabajo de origen.
- En materia de prioridad de permanencia en la empresa de los representantes de los trabajadores, el art. 40.7 ET matiza que establece que «mediante convenio colectivo o acuerdo alcanzado en el periodo de consultas se podrán establecer prioridades en materia de permanencia a favor de trabajadores de otros colectivos, tales como personas con discapacidad. Opinamos que dejarlo a la negociación colectiva, amplía las posibilidades de vulnerabilidad del trabajador con discapacidad: en lugar de establecer por convenio prioridades en materia de permanencia de los trabajadores con discapacidad, no sería descabellado equipararlos a la prioridad de permanencia en los puestos de trabajo de los representantes de los trabajadores, que establece el ET para ellos, sin necesidad de convenio.

## 9. Duración adicional del permiso por nacimiento y cuidado de menor

La suspensión del contrato por nacimiento y cuidado de menor tiene una duración de 16 semanas para cada progenitor, ampliable en caso de parto múltiple, en 2 semanas más por cada hijo a partir del segundo. En el supuesto de discapacidad del hijo o hija en el nacimiento, adopción, en situación de guarda con fines de adopción o de acogimiento, la suspensión del contrato tendrá igualmente una duración adicional de 2 semanas, una para cada uno de los progenitores (distribución por igual, de una semana cada uno, para ambos progenitores, sin posibilidad de acumular en uno de ellos las 2 semanas)<sup>80</sup>.

---

78 FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: «Acciones positivas en las condiciones laborales de personas con discapacidad para un nuevo Estatuto de los Trabajadores», cit., pág. 116.

79 FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: «Acciones positivas en las condiciones laborales de personas con discapacidad para un nuevo Estatuto de los Trabajadores», cit., pág. 114.

80 Conforme al art. 48.6 ET: igual ampliación procederá en el supuesto de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiple por cada hijo o hija distinta del primero.

En el caso, también de dos progenitores, en el que solo a uno de ellos se le suspenda el contrato de trabajo, porque el otro tenga una relación estatutaria, o sea trabajador por cuenta propia o autónomo, o se encuentre en situación asimilada a la de alta para acceder a la prestación que lleva aparejado el descanso, la Administración de la Seguridad Social entiende que el núcleo diferencial respecto de la familia monoparental es la existencia de dos progenitores, lo que fundamenta el reparto del tiempo de cuidado de los hijos o menores. Por lo tanto, en estos casos el periodo adicional de descanso se debe repartir de forma igualitaria, correspondiendo una semana a cada progenitor<sup>81</sup>.

Parece insuficiente que se otorgue tan solo una semana para cada progenitor en el caso de que el hijo sufra una discapacidad, sirviendo hacer la misma crítica que en otros apartados, pues existe una variedad de discapacidades (física, sensorial intelectual, mental) y de grados de discapacidad, por lo que si se quiere ofrecer una ampliación objetiva del descanso en caso de tener hijos con discapacidad, habrá necesariamente que establecer diferentes duraciones en función del tipo y grado de discapacidad, partiendo al menos de una semana para cada progenitor<sup>82</sup>.

## 10. Excedencia por cuidado de un familiar

Tanto en este caso de excedencia como en el de reducción de jornada sería aconsejable proponer que en la reducción de jornada o de la excedencia protegida para la reincorporación al puesto de trabajo, se incluyan no solo familiares con discapacidad del trabajador sino al propio trabajador con discapacidad<sup>83</sup> (algo que no contempla la actual normativa y que por otro lado parece obvio).

## 11. Prioridad de permanencia en la empresa ante un despido colectivo

Desde luego, la propuesta debe ir encaminada en el mismo sentido de equiparar a los trabajadores con discapacidad a la prioridad que disfrutaban en materia de permanencia en la empresa prevista en el art. 51 ET, de los representantes de los trabajadores, sin necesidad de convenio<sup>84</sup>. Por tanto, el ET llama al convenio colectivo para establecer prioridades de permanencia de las personas con discapacidad en los convenios colectivos.

- 
- 81 Criterio de Gestión de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS núm. 16/2019, de 31 de julio de 2019. En cambio, en el caso de que solo exista un solo progenitor, en principio este disfrutará la totalidad de las dos semanas de descanso. Y ello, por la necesidad de mantener el periodo adicional de dos semanas a favor del único progenitor existente, dada la falta de otro progenitor —sea o no trabajador— que pueda dispensar dichos cuidados; pudiéndose colegir que no ha sido el propósito del legislador privar, en estos supuestos, a los hijos o menores de una semana de cuidados a la que hubieran tenido derecho de existir dos progenitores o de no haber mediado la reforma normativa.
- 82 FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: «Acciones positivas en las condiciones laborales de personas con discapacidad para un nuevo Estatuto de los Trabajadores», cit., págs. 118-119.
- 83 SERRANO ARGÜELLO, N.: «La protección a los discapacitados en el trabajo: del perfeccionamiento legal a sus últimos avances a través de la jurisprudencia comunitaria», cit., pág. 326.
- 84 FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: «Acciones positivas en las condiciones laborales de personas con discapacidad para un nuevo Estatuto de los Trabajadores», cit., pág. 115.

También resulta interesante advertir que existe una cuestión prejudicial planteada alrededor de la incapacidad permanente total como causa de terminación del contrato de trabajo<sup>85</sup>.

## 12. Perspectiva continuada

Algún concepto, como el propio de ajuste razonable, permite deducir que existe un deber empresarial de atender a la situación de la persona con discapacidad que presta sus servicios por cuenta ajena. Esa perspectiva aparece en cualquier momento de la relación laboral o incluso antes de su comienzo; por tanto, se configura como una obligación que se sostiene en el tiempo, y que va desde el momento previo de acceso a la relación laboral<sup>86</sup> hasta su extinción total<sup>87</sup>; es una obligación de tracto sucesivo pues el empresario debe adoptar y mantener estas medidas.

---

85 Auto del TSJ de Baleares fechado el 30 de septiembre de 2022 (rec. 75/2022): 1.- El artículo 5º de la Directiva 2000/78, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y en la ocupación, a la luz los apartados 16, 17, 20 y 21 de su preámbulo, de los artículos 21 y 26 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de los artículos 2 y 27 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (aprobada por la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009), ¿Debe ser interpretados en el sentido de que se opone al mismo la aplicación de una norma nacional que contemple como causa automática de extinción del contrato de trabajo la discapacidad del trabajador/a (al ser declarado en situación de incapacidad permanente y total para su profesión habitual, sin previsión de mejoría), sin previo condicionamiento al cumplimiento por parte de la empresa del mandato de adoptar «ajustes razonables» a la que obliga el referido artículo 5º de la Directiva para mantener el empleo (o justificar la carga excesiva de tal obligación)?

2.- Los artículos 2, apartado 2, y artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, a la luz los apartados 16, 17, 20 y 21 de su preámbulo, de los artículos 21 y 26 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de los artículos 2 y 27 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (aprobada por la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009), ¿Deben ser interpretados en el sentido de que la extinción automática del contrato de trabajo de un trabajador por causa de discapacidad (al ser declarado en situación de incapacidad permanente y total para su profesión habitual), sin previo condicionamiento al cumplimiento del mandato de adoptar «ajustes razonables» a la que obliga el referido artículo 5º de la Directiva para mantener el empleo (o a la previa justificación de la carga excesiva de tal obligación), constituye una discriminación directa, aun cuando una norma legal interna determine tal extinción?».

86 Con el fin de potenciar la promoción profesional, también de quienes disponen de relación laboral de carácter especial en centros especiales de empleo, la cobertura inicial de vacantes y puestos de nueva creación se realizará a través de procesos de promoción interna de trabajadores en activo y excedentes voluntarios. Las personas con discapacidad tendrán derecho a un ajuste razonable de cualquier condición o elemento del sistema de provisión del puesto de trabajo vacante o de nueva creación, a fin de no situarse en situación de desventaja respecto a las personas que no tiene discapacidad. Así lo establece STS 12 julio 2018, FJ 2º, (rec. 82/2017).

87 STJUE 11 abril 2013, Asunto C-335/11: la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que establece que un empleador puede poner fin a un contrato de trabajo con un preaviso abreviado si el trabajador discapacitado de que se trate ha estado de baja por enfermedad, manteniendo su remuneración, durante 120 días en los últimos doce meses,

## IV. BIBLIOGRAFÍA

- ABRIL LARRAÍNZA, P. et al: *Reformas laborales y de Seguridad Social (RDL 32/2021, L 20/2021, L 21/2021 y L 22/2021)*, Claves Prácticas, Francis Lefebvre, Madrid 2022.
- ALONSO BRAVO, M., BLANCO MARTÍN, J.M.: «La relación laboral de los minusválidos y los Centros Especiales de Empleo», en *Empleo y minusvalía. Marco jurídico de la integración laboral de los minusválidos*. Editorial Feclaps, Valladolid, 1998.
- CABRA DE LUNA, M.A.: «Discapacidad y aspectos sociales: la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal como ejes de una nueva política a favor de las personas con discapacidad y sus familias. Algunas consideraciones en materia de protección social», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 50, 2004.
- CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Instrumentos para la promoción del empleo ordinario de las personas con discapacidad intelectual», en VVAA (Dir. Fernández Orrico, F. J.), *Inclusión laboral de personas con discapacidad intelectual. Respuestas a problemas de acceso y permanencia en el empleo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- COS EGEA, M.: «Los trabajadores sensibles a determinados riesgos en la doctrina judicial», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 121/2010 (BIB/2010/2146).
- DUEÑAS HERRERO, L.J. y PYÑEYROA DE LA FUENTE, A.J.: «La Seguridad Social de los minusválidos», en *Marco jurídico de la integración laboral de los minusválidos*. Editorial Feclaps, Valladolid, 1998.
- ESCUDERO PRIETO, A. y SERRANO ARGÜELLO, N.: «El acceso al empleo de las personas discapacitadas en el derecho internacional, derecho interno y derecho comparado. Tratamiento especial de los centros ocupacionales», en *Marco jurídico de la integración laboral de los minusválidos*. Editorial Feclaps, Valladolid, 1998.
- ESTEBAN LEGARRETA, R.: «Relación laboral ordinaria de las personas con discapacidad. Reserva de empleo y medidas alternativas», en *Trabajo y protección social del discapacitado*. Editorial Bomarzo, Albacete, 2003.
- FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: «Un cambio de paradigma: de los programas de empleo con apoyo a los servicios de empleo con apoyo», *Revista de Derecho Laboral vLex*, núm. 7, diciembre 2022.
- FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: «Acciones positivas en las condiciones laborales de personas con discapacidad para un nuevo Estatuto de los Trabajadores», en VV.AA. *El Estatuto de los Trabajadores. 40 años después*, Edita Ministerio de Trabajo y Economía Social, Colección Informes y Estudios (Serie General, núm. 24), Madrid, 2020.

---

cuando esas bajas son consecuencia de que el empleador no adoptó las medidas apropiadas conforme a la obligación de realizar ajustes razonables prevista en el art. 5 de dicha Directiva.

- FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: *Inserción laboral de personas con discapacidad y capacidad intelectual límite: diagnóstico y propuestas*. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- ITURRI GÁRATE, J.C.: «Sobre el proyecto de reforma constitucional en materia de discapacidad», *Revista de Derecho Laboral vLex*, núm. 7, diciembre 2022.
- LOUSADA AROCHENA, J.F.: «Despido y discapacidad tras la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación», *Revista de Derecho Laboral vLex*, núm. 7, diciembre 2022.
- MARTÍNEZ-PUJALTE, A.L.: «El concepto de discapacidad. Implicaciones de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad para la legislación laboral española», en VV.AA. (Dir. Fernández Orrico, F. J.) *Inclusión laboral de personas con discapacidad intelectual. Respuestas a problemas de acceso y permanencia en el empleo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- MONTOYA MEDINA, D.: *Medidas para la inserción laboral de mujeres con discapacidad* (Dir.), Tirant lo Blanch, 2023.
- PALOMAR OLMEDA, A.: «El compromiso público con la discapacidad», *Revista de Derecho Laboral vLex*, núm. 7, diciembre 2022.
- PÉREZ PÉREZ, J.: *Contratación laboral de las personas con discapacidad. Incentivos y cuotas de reserva*. Lex Nova. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015.
- RAMO HERRANDO, M.J.: «Incapacidad permanente. Compatibilidad entre pensión y salario», *Revista de Derecho Laboral vLex*, núm. 7, diciembre 2022.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: «Especialidades en la discapacidad: empleo protegido y perspectiva de género», en VV.AA. (Dir. Fernández Orrico, F. J.) *Inclusión laboral de personas con discapacidad intelectual. Respuestas a problemas de acceso y permanencia en el empleo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Sobre discapacidad y normas laborales», *Revista de Derecho Laboral vLex*, núm. 7, diciembre 2022.
- SERRANO ARGÜELLO, N.: «La integración laboral de las personas con discapacidad estudiada desde la prohibición de discriminación. El ajuste razonable como medida antidiscriminatoria», en VV.AA. (Dir. Fernández Orrico, F. J.) *Inclusión laboral de personas con discapacidad intelectual. Respuestas a problemas de acceso y permanencia en el empleo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- SERRANO ARGÜELLO, N.: «La protección a los discapacitados en el trabajo: del perfeccionamiento legal a sus últimos avances a través de la jurisprudencia comunitaria», en VV.AA. (Dir. Cristina Guilarte Martín-Calero), *Estudios y comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad*. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2016.



# EL IMPACTO DE LA TECNOLOGÍA EN LAS RELACIONES LABORALES: RETOS PRESENTES Y DESAFÍOS FUTUROS<sup>1</sup>

THE IMPACT OF TECHNOLOGY ON INDUSTRIAL RELATIONS: PRESENT  
CHALLENGES AND FUTURE CHALLENGES

**Henar Álvarez Cuesta**

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de León  
halvc@unileon.es

**Palabras clave:** poder de dirección, control empresarial, inteligencia artificial, derecho colectivo, salud laboral

**Keywords:** management power, corporate control, artificial intelligence, collective bargaining law, occupational health and safety

**Resumen:** La tecnología digital supone un elemento disruptivo en el conjunto de relaciones jurídicas, y especialmente ha supuesto un terremoto de ignotas consecuencias en el campo de las relaciones laborales. La tecnología, en este frágil equilibrio, refuerza el poder empresarial, especialmente el poder de dirección (automatizando y facilitando su adopción), y el poder de control sobre las personas empleadas. Como consecuencia, la asimetría de partida se intensifica y acaba por lesionar el ejercicio de los derechos laborales básicos de las personas trabajadoras, desde el derecho al trabajo, al ejercicio de los derechos de descanso, a la salud integral, a la intimidad, o a la protección de sus datos personales.

**Abstract:** Digital technology is a disruptive element in the whole range of legal relations, and in particular it has caused an earthquake of unknown consequences in the field of labour relations. Technology, in this fragile balance, reinforces corporate power, especially managerial power (by automating and facilitating its adoption), and the power of control over employees. As a result, the initial asymmetry is intensified and ends up damaging the exercise of workers' basic labour rights, from the right to work, to the exercise of their right to rest, to full health, to privacy, or to the protection of their personal data.

---

1 Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación Investum/21/LE/0001, titulado «La disrupción tecnológica y digital y los nuevos riesgos emergentes en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo», financiado por la Consejería de Empleo e Industria de la Junta de Castilla y León.

**Sumario:** I. TECNOLOGÍA DIGITAL Y SU IMPACTO EN LAS RELACIONES LABORALES. II. LA DESAPARICIÓN DE LAS COORDENADAS DE TIEMPO Y LUGAR DE TRABAJO. III. LA INCIDENCIA DE LA TECNOLOGÍA EN EL DERECHO A LA SALUD LABORAL. IV. LA AMPLIFICACIÓN DEL PODER DE CONTROL EMPRESARIAL. V. EL PODER DE DIRECCIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL. VI. EL CONTRAPODER COLECTIVO A LA TECNOLOGÍA. VII. BIBLIOGRAFÍA. VIII. INFORMES Y DOCUMENTOS.

## I. TECNOLOGÍA DIGITAL Y SU IMPACTO EN LAS RELACIONES LABORALES

La tecnología digital supone un elemento disruptivo en el conjunto de relaciones jurídicas, y especialmente ha supuesto un terremoto de ignotas consecuencias en el campo de las relaciones laborales.

A la hora de examinar las distorsiones que ha producido, produce y provocará en este ámbito, conviene precisar dos cuestiones interconectadas: en primer lugar, el concepto de tecnología digital utilizado y, en segundo término, las dos facetas en las que ahondar en las consecuencias que acarrea la tecnología, en relación con el contrato de trabajo y con el Derecho Colectivo.

Por cuanto hace a la tecnología en la que centrar la atención, los anclajes de la cuarta revolución industrial, esto es, TIC, robótica, biotecnología, nanotecnología o inteligencia artificial, computación en la nube, el internet de las cosas, la simulación 3D, se entrelazan y contribuyen a redimensionar los procesos de automatización y digitalización, generando diferentes capas de impacto en la esfera laboral.

Específicamente, de atender al peso de la tecnología en el equilibrio regulado por el contrato de trabajo, cabe advertir la diferente posición en la que se hallan, natural y jurídicamente, la persona empresaria y trabajadora, en tanto esta queda subordinada a aquella en virtud del vínculo laboral. La tecnología, en este frágil equilibrio, refuerza el poder empresarial, especialmente el poder de dirección (automatizando y facilitando su adopción), y el poder de control sobre las personas empleadas (amparando una trazabilidad que deviene en transparencia).

Como consecuencia, la asimetría de partida se intensifica (en ocasiones hasta límites insostenibles) y acaba por lesionar el ejercicio de los derechos laborales básicos de las personas trabajadoras, desde el derecho al trabajo, al ejercicio de los derechos de descanso, a la salud integral, a la intimidad, o a la protección de sus datos personales. La tecnología acaba por deshumanizar a las personas trabajadoras hasta un extremo nunca antes conocido, y derechos básicos como derecho al trabajo, a la formación profesional continua, a la ocupación efectiva, a una remuneración suficiente, a la conciliación, a la seguridad y salud, a las vacaciones remuneradas, se volatilizan<sup>2</sup>.

---

2 SERRANO OLIVARES, R., «Nuevas formas de organización empresarial, economía colaborativa -o mejor, economía digital a demanda, trabajo 3.0 y laboralidad», en *Economía colaborativa y trabajo en plataforma, realidades y desafíos*, Bomarzo, Albacete, 2017, pág. 31.



En primer lugar, acaba invisibilizando la propia existencia de quien suscribe un contrato de trabajo, muchas veces, debido a esa tradicional huida de este derecho tuitivo hacia la prestación de servicios por cuenta propia. Así, la empresa ostenta el poder negocial capaz de encubrir una relación por cuenta ajena bajo el manto de la autonomía y las herramientas tecnológicas refuerzan esa falsa independencia de la parte débil. Las muestras proporcionadas por la economía de plataformas son, sin duda, los ejemplos más novedosos de esta huida tradicional. También, y dentro de la esfera laboral, el recurso al teletrabajo puro acaba por individualizar a quienes llevan a cabo esta modalidad, rompiendo los tradicionales lazos de solidaridad entre la fuerza de trabajo.

En segundo término, la tecnología ha hecho emerger una subclase laboral, el e-precaariado<sup>3</sup>. Tanto el trabajo *on demand* como vía *app* acaban expandiendo la precariedad laboral y transfiriendo el riesgo al conjunto de personas trabajadoras<sup>4</sup>. Esta descentralización productiva surgida en el nuevo entorno digital basada en el *crowdsourcing* y en la contratación *on demand*<sup>5</sup> permite a la empresa trocear su actividad en un sinnúmero de pequeñas tareas que puede asignar a numerosos empleados (falsos autónomos) no conectados entre sí, dando forma al Taylorismo del siglo XXI<sup>6</sup> (capitalismo posmoderno<sup>7</sup> o taylorismo digital<sup>8</sup>). La competencia se desplaza entonces de empresas estructuradas a microempresarios que pueden ser conducidos a fenómenos de «*self-exploitation*»<sup>9</sup>. Como ya se ha indicado, se hace referencia a las personas trabajadoras como contratistas independientes (*independent contractors*), «asociados» (*associates*), «encargados de la tarea» (*taskers*), «colaboradores» (*partners*) u otra terminología que desdibuja (invisibiliza) su situación laboral<sup>10</sup>.

## II. LA DESAPARICIÓN DE LAS COORDENADAS DE TIEMPO Y LUGAR DE TRABAJO

De descender al análisis del impacto de la tecnología en las condiciones de trabajo y sin ánimo de exhaustividad, procede prestar atención a cuantas se han visto modificadas de

- 
- 3 Otros los denominan esclavos digitales, RISAK, M. Y WARTER, J., «Legal Strategies towards fair employment conditions in the virtual sweatshop», en *Paper to be presented at the Regulating for Decent Work 2015 Conference Geneva*, 8-10 July 2015, pág. 4.
  - 4 SPRAGUE, R., «Worker (Mis)Classification in the Sharing Economy: Square Pegs Trying to Fit in Round Holes», en *Journal of Labor & Employment Law*, núm. 53, 2015, pág. 4.
  - 5 GINÈS I FABRELLAS, A., «Crowdsourcing sites y nuevas formas de trabajo el caso de Amazon Mechanical Turk», en *Revista Derecho social y empresa*, núm. 6, 2016, pág. 84.
  - 6 TODOLÍ SIGNES, A., *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 27.
  - 7 GINÈS I FABRELLAS, A., «Crowdsourcing sites y nuevas formas de trabajo el caso de Amazon Mechanical Turk», cit., pág. 69.
  - 8 TRILLO, F., «Relaciones de trabajo en la economía digitalizada», en OIT, 2017, [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-europe/-ro-geneva/-ilo-madrid/documents/article/wcms\\_548604.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-europe/-ro-geneva/-ilo-madrid/documents/article/wcms_548604.pdf), pág. 4.
  - 9 DAGNINO, E., «Uber law: perspectiva jurídico-laboral de la sharing/on-demand economy», en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, núm. 3, 2015, pág. 26.
  - 10 Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre La evolución de la naturaleza de las relaciones de trabajo y su impacto en el mantenimiento de un salario digno, así como la incidencia de los avances tecnológicos en el sistema de seguridad social y el Derecho laboral, 2016, pág. 8.

forma más relevante: tiempo y lugar de trabajo, para analizar a continuación los efectos sobre el poder de control y dirección, o el derecho a la protección de la salud y seguridad de las personas trabajadoras.

En cuanto hace al tiempo, una de las presuntas ventajas de la tecnología es su capacidad para facilitar la flexibilidad, de entrada, de salida, y horaria: sin sometimiento a un horario o jornada, parece que la persona empleada es quien decide cuándo y cuánto<sup>11</sup>.

En la práctica, esta flexibilidad en el tiempo del trabajo, con aristas queridas por quien la tiene, o padecidas, es ilusoria<sup>12</sup>; se «diluyen los códigos de espacio y tiempo pues normalizan su uso durante las veinticuatro horas»<sup>13</sup>. El resultado es que la persona trabajadora queda ahora atrapada por el proceso productivo, con independencia del momento, sin separación entre la vida privada y laboral<sup>14</sup>: deviene perpetuamente disponible. De hecho, la jornada de las personas trabajadoras digitales suele ser más amplia que quienes siempre trabajan en el seno de la empresa física<sup>15</sup>; realizan trabajo no retribuido en tiempo que debería ser de descanso; las personas que desarrollan su prestación de servicios con elementos tecnológicos trabajan más que el resto fuera de las horas de trabajo y los fines de semana, a menudo un tiempo no retribuido<sup>16</sup>; y sufren imprevisibilidad en el horario laboral (el 69% de todas las madres solteras dicen que se sienten tensas debido a la imprevisibilidad del tiempo de trabajo)<sup>17</sup>. En conclusión, la tecnología, al permitir tanto la eliminación de las fronteras del tiempo, como incrementar la importancia de la movilidad del trabajo, acaba por provocar una conexión perpetua.

No cabe duda de que las normas reguladoras de la jornada de trabajo y la determinación del horario no resultan adecuadas<sup>18</sup>, ni han sabido incorporar los cambios tecnológicos. La vida privada de las personas trabajadoras requiere una mayor protección en una época de comunicaciones digitales móviles omnipresentes y parece necesario abogar por herramientas legales o convencionales destinadas a restringir la disponibilidad y accesibilidad generalizadas<sup>19</sup>.

---

11 CHERRY, M.A., «Beyond misclassification: the digital transformation of work», en *Comparative Labor Law & Policy Journal*, núm. 2, 2016, pág. 23.

12 SMITH, R. Y LEBERSTEIN, S., «Rights on demand», en *NELP*, 2015, pág. 6.

13 ALEMÁN PÁEZ, F., «El derecho de desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la Loi Travail nº 2016-1088», en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 30, 2017, págs. 12 y ss.

14 GOERLICH PESSET, J.M., «¿Repensar el derecho del trabajo?. Cambios tecnológicos y empleo», en *Gaceta sindical*, núm. 27, 2016, pág. 181.

15 EUROFOUND y OIT, *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, and the International Labour Office, Geneva, 2017, pág. 25.

16 MESSENGER, J.C., «Working anytime, anywhere, the evolution of telework and its effects on the world of work», en *IUSLabor*, núm. 3, 2017, pág. 305.

17 EUROFOUND, *Work on demand: Recurrence, effects and challenges*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2018, pág. 17.

18 RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L. y PÉREZ DEL PRADO, D., *Economía digital, su impacto sobre las condiciones de trabajo y empleo. Estudio de caso sobre dos empresas de base tecnológica*, Fundación Diálogo Social, 2019, pág. 9.

19 Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Los efectos de la digitalización sobre el sector de los servicios y el empleo en el marco de las transformaciones industriales», 2015, pág. 8.

Es verdad que la reforma realizada por el RD-Ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral, en el art. 34.9 ET (que impone un registro obligatorio de la jornada de las personas empleadas, incluyendo el horario concreto de inicio y finalización de la jornada) y el derecho a la desconexión recogido en el art. 88 LO 3/2018, contribuyen a moderar el desequilibrio de poder antes expuesto<sup>20</sup>. Este artículo encomienda a la negociación colectiva (aunque no lo prevé como contenido mínimo<sup>21</sup>) las modalidades de ejercicio de este derecho (no se trataría del reconocimiento al descanso, sino de regular la concreta vía para llevar a cabo el mismo en un mundo hiperconectado), las cuales atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral, y potenciarán el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar. Sin embargo, las cláusulas convencionales que lo recogen todavía no han llegado a un verdadero desarrollo del mismo.

La digitalización y automatización de la producción de bienes y servicios contribuye a desdibujar no solo el tiempo sino también el lugar de la prestación de trabajo<sup>22</sup>. En consecuencia, las coordenadas de espacio y tiempo en el ámbito laboral se han metamorfoseado y adoptan múltiples significados<sup>23</sup>:

- Lugar único: unas veces se unifica y contrae, y ya no es necesaria la disgregación de centros de trabajo, pero este término también hace referencia a un lugar único compartido por trabajadores de múltiples empresas mediante contratas y subcontratas.
- Lugar múltiple: en otras ocasiones, se multiplica y expande cuando se trata de grupos de empresas, entidades productivas vinculadas, multiservicios o trabajadores itinerantes.
- No lugar<sup>24</sup>: en fin, en las últimas simplemente desaparece el entorno físico («la unidad locativa por excelencia, o sea, el puesto de trabajo, se antoja móvil, abierto, multifuncional y desespacializado»<sup>25</sup>) y se ubica en el mundo virtual en todo o en parte, como sucede con el *smart working*<sup>26</sup> o el teletrabajo.

Estrechamente relacionada con la flexibilidad en sentido amplio, la tecnología ofrece nuevas formas de trabajo a distancia, bien para la totalidad de la jornada, bien para ciertas franjas diarias, semanales o mensuales. En el fondo, y por cuanto aquí interesa, la posibilidad de trabajo a distancia está íntimamente relacionada con la desaparición del lugar de trabajo ya examinada.

20 ÁLVAREZ CUESTA, H., «El diálogo social y la negociación colectiva como herramientas para lograr una transición digital justa», en *Lan Harremanak*, núm. 42, 2019.

21 TASCÓN LÓPEZ, R., «El derecho de desconexión del trabajador (potencialidades en el ordenamiento español)», en *Trabajo y derecho*, núm. 41, 2018, pp. 45 y ss.

22 ÁLVAREZ CUESTA, H., «La creación de empleo sostenible en la industria 4.0», en *Proyección transversal de la sostenibilidad en Castilla y León. Varias perspectivas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

23 Sobre estas transformaciones, LAHERA FORTEZA, J., «Las transformaciones del lugar de trabajo», en *Documentación Laboral*, núm. 118, 2019, págs. 13-25.

24 Utilizando el concepto acuñado por AUGÉ, M., *Los no lugares. Espacios del anonimato. Antropología de la Sobremodernidad*, Gedisa, Barcelona, 2009.

25 ALEMÁN PÁEZ, F., «El derecho de desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la Loi travail n° 2016-1088», cit., pp. 12 y ss.

26 RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., «Trabajo en plataformas: innovaciones jurídicas para unos desafíos crecientes», en *Revista de Internet, Derecho y Política*, 2019.

En apariencia el trabajo a distancia gracias a los distintos dispositivos tecnológicos podría ser una de las bazas principales a la hora de articular una estrategia de conciliación entre la vida laboral, personal y familiar, configurándose en muchas empresas y sectores como una de las medidas estrella. Sin embargo, existen estudios que muestran que las horas de trabajo bajo esta modalidad (en todo o en parte), suelen ser más largas que las de aquellos trabajadores que siempre trabajan en las instalaciones del empleador; también tienen más probabilidades de realizar un trabajo remunerado por las tardes y los fines de semana que los trabajadores que siempre trabajan en la oficina, si bien es menos probable que trabajen de noche<sup>27</sup>.

### III. LA INCIDENCIA DE LA TECNOLOGÍA EN EL DERECHO A LA SALUD LABORAL

La tecnología acaba también incidiendo en el derecho a la salud de las personas trabajadoras, desde una perspectiva positiva, puede minorar o eliminar algunos de los riesgos musculoesqueléticos; desde otra, negativa, repercute en la salud mental<sup>28</sup> por varias causas. De un lado, la necesidad de adaptarse social y emocionalmente a la inteligencia de los robots, puede derivar en estrés, ansiedad, depresión u otro tipo de desajustes emocionales por parte de las personas trabajadoras<sup>29</sup>.

También estas enfermedades pueden ser consecuencia de la necesidad de reciclarse para evitar la obsolescencia de los conocimientos de las personas empleadas. La tecnología, dice un informe de la Fundación 1º de Mayo, avanza más rápido que la formación e incluso que la economía<sup>30</sup>. Estos cambios incrementan la velocidad, flexibilidad e independencia en el trabajo; la diferenciación por competencias de las distintas categorías ocupacionales; o el alto impacto en los requerimientos de competencias digitales<sup>31</sup>. Como contrapartida, surge la certeza de la obsolescencia programada, la cual sitúa a las personas trabajadoras frente a una frontera inexpugnable solo capaz de ser derribada por la formación continua, permanente<sup>32</sup> e infinita.

La cuestión es cómo y quién va a proporcionar el necesario reciclaje. Así, solo el 38% de las empresas españolas tienen una estrategia digital formalizada, mientras el 20% no reali-

---

27 MESSENGER, J.C., «Working anytime, anywhere, the evolution of telework and its effects on the world of work», cit., pág. 305.

28 RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *La salud mental de las personas trabajadoras: Tratamiento jurídico preventivo en un contexto productivo postpandemia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

29 RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L. y PÉREZ DEL PRADO, D., *Digitalización y gran empresa. II Informe sobre el impacto de la digitalización en las condiciones de trabajo y empleo*, Fundación Diálogo Social, 2019, p. 89.

30 AA.VV., *La digitalización en el mundo del trabajo*, 2016, pág. 8, [http://www.1mayo.ccoo.es/nova/NBdd\\_ShwdDocumento?cod\\_primaria=1185&cod\\_documento=4869](http://www.1mayo.ccoo.es/nova/NBdd_ShwdDocumento?cod_primaria=1185&cod_documento=4869).

31 CES, *Informe sobre el futuro del trabajo*, 2018, pág. 64.

32 CARRIZOSA PRIETO, E. «Lifelong learning e industria 4.0. Elementos y requisitos para optimizar el aprendizaje en red», en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho*, núm. 1, vol. 6, 2018.

zan ninguna formación en materia digital para sus trabajadores. Más aún, en el 62% de las empresas que han organizado alguna formación en este ámbito, menos del 40% de sus trabajadores han recibido algún curso<sup>33</sup> y faltan datos desagregados sobre la incidencia de dicha formación en el colectivo femenino o si se ha aplicado con perspectiva de género. Tales cifras pudieren obedecer a los escasos incentivos que tienen las empresas para formar a sus trabajadores, pues prefieren imputar el tiempo de la formación al de descanso, para que estén formados y listos para el trabajo<sup>34</sup>. Por tanto, tendrán que invertir tiempo libre y dinero de forma permanente para lograr estar perpetuamente actualizados, y a ello se une la ansiedad y el estrés generados por esa situación.

De interpretar esta necesidad imperiosa en clave de género, las trabajadoras vuelven a quedar relegadas, pues carecen, en muchas ocasiones y debido a los cuidados familiares que asumen, del necesario tiempo de descanso para invertirlo en su propia formación. Tampoco podrán financiar la misma, de estar atrapadas en la espiral de la temporalidad y la parcialidad no deseada ya apuntada.

De otro, la prestación de servicios a través del binomio pantalla y red puede forzar la aparición de problemas de salud física vinculados a la vida sedentaria y la falta de actividad física que casi siempre conlleva el trabajo con ordenadores, lo que puede incrementar el riesgo de accidentes cardiovasculares, obesidad, derrames cerebrales o diabetes; problemas ergonómicos u oftalmológicos derivados de la continua atención a pantallas y posturas inadecuadas. En cuanto hace a los riesgos psicosociales, la infoobesidad o sobrecarga de información que debe procesarse, la hiperconectividad, la conexión permanente, la dilución de los tiempos de vida privada y vida profesional o la incapacidad para desconectar del trabajo, acaban por generar tecnoestrés, tecnoadicción, tecnofobia<sup>35</sup>, nomofobia, y en último término, minan el bienestar y la salud mental de quienes prestan servicios.

## IV. LA AMPLIFICACIÓN DEL PODER DE CONTROL EMPRESARIAL

Las herramientas tecnológicas que se usan para dirigir y monitorear el desempeño de las personas trabajadoras, pese a la posible existencia de distancia física, permiten y amparan un poder de control empresarial omnicomprendivo<sup>36</sup> y lesivo para la intimidad de quienes prestan servicios. Tal férrea trazabilidad viene ayudada, de un lado, por las aplicaciones capaces de externalizar el control de calidad de la prestación de servicios

---

33 AA.VV., España 4.0. El reto de la transformación digital de la economía, 2016, pág. 22, [https://w5.siemens.com/spain/web/es/estudioidigitalizacion/Documents/Estudio\\_Digitalizacion\\_Espana40\\_Siemens.pdf](https://w5.siemens.com/spain/web/es/estudioidigitalizacion/Documents/Estudio_Digitalizacion_Espana40_Siemens.pdf).

34 TODOLÍ SIGNES, A., *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, cit., pág. 44.

35 AGENCIA EUROPEA DE SALUD Y SEGURIDAD EN EL TRABAJO, *Foresing on new and emerging safety and health risk associated with digitalization*, 2015, citado por RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L. y PÉREZ DEL PRADO, D., *Digitalización y gran empresa. II Informe sobre el impacto de la digitalización en las condiciones de trabajo y empleo*, cit., pág. 89.

36 TODOLÍ SIGNES, A., «El impacto de la 'uber economy' en las relaciones laborales, los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo», en *Iuslabor*, núm. 3, 2015, pág. 4.

y, de otro, por la facilidad para observar el trabajo en todo momento y sin coste alguno para la empresa<sup>37</sup>. Estas tecnologías consagran la figura de la persona trabajadora «transparente» y «aumentada», transformando el lugar de trabajo merced a la emisión y flujo contantes de datos<sup>38</sup>.

En cuanto hace a la externalización tecnológica del control empresarial, pasa por su ejercicio desde el entorno digital no sólo por el presunto empleador, sino más intensamente por el conjunto de los clientes. La posibilidad «que ofrece la tecnología de recibir comentarios y calificaciones instantáneos del rendimiento de los trabajadores es esencial para garantizar a las empresas simultáneamente flexibilidad y control»<sup>39</sup>. «Las empresas, en vez de dar instrucciones y controlar el proceso de ejecución para asegurar su calidad, delegan estas funciones en los clientes, utilizando posteriormente dicha información para tomar decisiones» sobre la cuantía salarial o los despidos<sup>40</sup>, sabiendo el cliente y la empresa que una mala calificación no redundan en el servicio que va a volver a obtener de la misma compañía, sino que recae en el concreto prestador de servicios<sup>41</sup>.

El sistema utilizado, pese a las infinitas variables, resulta semejante: a través de puntos, estrellas u otros símbolos obtienen calificación por parte de los clientes<sup>42</sup>. Dicha puntuación no obedece desde luego a criterios objetivos, sino subjetivos, pero conlleva consecuencias para la cuantía del pago (o su existencia), o para el cese en la actividad. Puede incluso contener comentarios discriminatorios o que violen los derechos fundamentales.

Respecto a la posibilidad de trazar la actividad de la persona trabajadora digitalmente, esta tarea puede encomendarse a sistemas de control automatizados como cámaras, ordenadores, sistemas de geolocalización etc.<sup>43</sup>. En todo tipo de ocupaciones, cada vez en mayor medida y con mayor incidencia el empresario tiene a su disposición múltiples instrumentos de control y vigilancia (más o menos invasivos), como la monitorización constante, necesitados de acotamiento y transparencia en su uso y finalidad por la negociación colectiva. En consecuencia, los sujetos negociadores tienen en sus manos la regulación del amplio campo que les señala el art. 87.3 LO 3/2018: establecer criterios de utilización en los distintos lugares de los dispositivos digitales respetando en todo caso los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente, en cuya elaboración deberán participar los representantes de los trabajadores. Como buenas prácticas cabría apuntar cuantas determinen los períodos en que los dispositivos podrán utilizarse para dichos fines privados; creación

---

37 TODOLÍ SIGNES, A., *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, pág. 55.

38 DE STEFANO, V., «Negotiating the algorithm», Technology, digital(-ized) work, and labour protection 'reloaded', en *Regulating for Globalization, Trade, Labor and EU Law Perspectives*, 2017.

39 DE STEFANO, V., «La gig economy y los cambios en el empleo y la protección social», en *Gaceta sindical*, núm. 27, 2016, pág. 155.

40 TODOLÍ SIGNES, A., *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, pág. 56.

41 ÁLVAREZ CUESTA, H., «El diálogo social y la negociación colectiva como herramientas para lograr una transición digital justa», cit.

42 PRASSL, J. y RISAK, M., «Uber, Taskrabbit, & Co, platforms as employers? Rethinking the legal analysis of crowdwork», en *Comparative Labor Law & Policy Journal, Forthcoming, Oxford Legal Studies Research Paper*, núm. 8, 2016, pág. 7.

43 SJS, núm. 33, Madrid 11 febrero 2019, sentencia núm. 53/2019.

de carpetas en los sistemas de almacenamiento como ordenadores, tabletas o en la nube, donde el trabajador pueda incluir información tanto relacionada con la prestación de sus servicios como personal, asegurando que el empresario únicamente puede entrar a vigilar el primer tipo de contenido, quedando la carpeta privada excluida del control de la empresa o filtros de acceso<sup>44</sup>.

El uso de dispositivos tecnológicos puestos a disposición por la empresa o con contenido perteneciente a la empresa en distintos lugares no vinculados al centro de trabajo guarda relación no solo con la intimidad de las personas trabajadoras sino también con la ciberseguridad de la empresa que es necesario ponderar. Así, las personas empleadas han de actuar con la debida «diligencia informática» y utilizar adecuadamente los medios electrónicos y digitales puestos a su disposición, de acuerdo con las instrucciones y los códigos de autorregulación establecidos a tal efecto<sup>45</sup>, en esta ocasión no desde la perspectiva de la productividad, sino de la seguridad de la empresa respecto a su infraestructura, datos de los clientes o secretos empresariales.

El control empresarial gracias a la tecnología se extiende no solo al uso de los dispositivos tecnológicos, también permitirá la grabación de imágenes y/o sonidos o la geolocalización de las personas trabajadoras. Sin entrar en este punto a valorar las posibilidades en presencia para el control empresarial derivadas del uso de la videovigilancia y la geolocalización<sup>46</sup>, los criterios de control impuestos por la citada LO 3/2018<sup>47</sup> y la variada jurisprudencia al efecto<sup>48</sup>, cabe volver a subrayar el radio de actuación de los agentes negociales a la hora de cambiar el enfoque prioritariamente asentado sobre una suerte de presunción de intromisión legítima del empleador en la confidencialidad de los datos y en la esfera privada de los trabajadores<sup>49</sup>. De hecho, la negociación colectiva de nuevo debería en este aspecto proporcionar un contrapeso a esta forma desequilibrada de regulación del poder tecnológico del empleador. Por ejemplo, fijar claramente un principio de necesidad para la implantación de estos mecanismos; prever los tiempos en los que se debería desconectar o suspender la localización por GPS; condicionar ese instrumento a la existencia de una necesidad específica de la empresa<sup>50</sup>; adscribirlos a los medios de trabajo y no sobre las personas; especificar la colocación de las cámaras; o, en fin, cabría plantear si podría una cláusula prohibir de forma absoluta el uso de algún medio de control determinado, como la videovigilancia o vetar la colocación de cámaras ocultas.

---

44 BLÁZQUEZ AGUDO, E., «Novedades laborales en la nueva Ley orgánica de protección de datos», en *Trabajo y Derecho*, núm. 50, 2019.

45 RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., «Trabajo en plataformas: innovaciones jurídicas para unos desafíos crecientes», cit.

46 Sobre los derechos digitales de los trabajadores, por todos, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Derechos laborales digitales: garantías e interrogantes*, Aranzadi/Thomson, Cizur Menor, 2019.

47 Un análisis en SERRANO OLIVARES, R., «Los derechos digitales en el ámbito laboral: comentario de urgencia a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales», en *Iuslabor*, núm. 3, 2018, pág. 6.

48 Baste citar la reciente STEDH 17 octubre 2019, asunto López Ribalda II.

49 BAYLOS GRAU, A., «El papel de la negociación colectiva en la ley de protección de datos personales y garantía de derechos digitales en España», en *Labour and Law Issues*, Vol. 5, núm. 1, 2019.

50 BLÁZQUEZ AGUDO, E., «Novedades laborales en la nueva Ley orgánica de protección de datos», cit.

## V. EL PODER DE DIRECCIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

El poder de dirección de la empresa se ve sobredimensionado gracias a la inteligencia artificial, capaz de facilitar la adopción de decisiones y ejecutarlas en función de un análisis masivo de datos, muchos de ellos personales, y en numerosas ocasiones sin que quien utiliza estas herramientas sepa qué criterios ha seguido en la toma de su decisión. En este sentido, se están empleando estos sistemas de decisiones automatizadas o elaboración de perfiles a la hora de contratar, asignar formación, promocionar, llevar a cabo movi- lidades funcionales o geográficas, modificaciones sustanciales, valorar la productividad, asignar complementos salariales, diseñar el horario, los turnos o las vacaciones o incluso despedir<sup>51</sup>.

Los contrapesos establecidos por la normativa europea y española en materia de pro- tección de datos quedan reducidos a derechos de información y oposición por parte de las personas trabajadoras, manifestándose claramente insuficientes.

Así, cuando se obtengan de la persona trabajadora datos personales relativos a ella, la empresa, en el momento en que estos se obtengan, le facilitará toda la información indicada a continuación (art. 13 RGPD):

- a) La identidad y los datos de contacto del responsable y, en su caso, de su representante;
- b) Los datos de contacto del delegado de protección de datos, en su caso;
- c) los fines del tratamiento a que se destinan los datos personales y la base jurídica del tratamiento;
- d) Cuando el tratamiento se base en ellos, cuáles son los intereses legítimos del respon- sable o de un tercero;
- e) Los destinatarios o las categorías de destinatarios de los datos personales, en su caso;
- f) En su caso, la intención del responsable de transferir datos personales a un tercer país u organización internacional y la existencia o ausencia de una decisión de adecuación de la Comisión, o, en el caso de las transferencias indicadas en los arts. 46 o 47 o el art. 49, referencia a las garantías adecuadas o apropiadas y a los medios para obtener una copia de estas o al hecho de que se hayan prestado.

Además de la información mencionada también ha de facilitar a la persona trabajadora, en el momento en que se obtengan los datos personales, la siguiente información necesaria para garantizar un tratamiento de datos leal y transparente:

- a) El plazo durante el cual se conservarán los datos personales o, cuando no sea posible, los criterios utilizados para determinar este plazo;
- b) La existencia del derecho a solicitar al responsable del tratamiento el acceso a los datos personales relativos al interesado, y su rectificación o supresión, o la limitación de su tratamiento, o a oponerse al tratamiento, así como el derecho a la portabilidad de los datos;

---

51 ÁLVAREZ CUESTA, H., *El impacto de la inteligencia artificial en el trabajo: desafíos y propuestas*, Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor, 2020, págs. 51 y ss.



- c) Cuando el tratamiento esté basado en consentimiento dado de la persona trabajadora, la existencia del derecho a retirar el consentimiento en cualquier momento, sin que ello afecte a la licitud del tratamiento basado en el consentimiento previo a su retirada;
- d) El derecho a presentar una reclamación ante una autoridad de control;
- e) Si la comunicación de datos personales es un requisito legal o contractual, o un requisito necesario para suscribir un contrato, y si el interesado está obligado a facilitar los datos personales y está informado de las posibles consecuencias de que no facilitar tales datos;
- f) La existencia de decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles, y, al menos en tales casos, información significativa sobre la lógica aplicada, así como la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado.

En estos últimos supuestos, la empresa debe informar a la persona trabajadora de esa actividad; aportar información sobre la lógica aplicada; explicar la importancia y consecuencias del tratamiento<sup>52</sup>.

Esta última información que ha de proporcionar la organización productiva se configura como esencial a la hora de pretender aplicar cualquier tipo de decisiones automatizadas a través de IA o analítica de datos y elaboración de perfiles, cuya utilización ha de ser puesta en conocimiento de las personas empleadas a la hora de recopilar sus datos personales por el empleador, quien debe informarles, además, del resto de contenidos supra descritos en términos claros y sencillos, cabría añadir<sup>53</sup>.

Como precaución añadida y, como ya se ha puesto de manifiesto, de conformidad con el art. 15 RGPD, «el interesado tendrá derecho a obtener del responsable del tratamiento confirmación de si se están tratando o no datos personales que le conciernen y, en tal caso, derecho de acceso a los datos personales y a la existencia de decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles».

Tampoco las precauciones establecidas en el art. 22 RGPD con las líneas de fuga que incorpora son suficientes (y mucho menos las previsiones de la LO 3/2018, que no se ocupa «en absoluto de regular tales cuestiones en el ámbito laboral, sino que contiene algunas disposiciones dispersas»<sup>54</sup>), por lo que deviene imprescindible avanzar en la regulación de la Inteligencia Artificial. Así, este precepto define las decisiones automatizadas como aquellas basadas únicamente en el tratamiento automatizado, que representan la capacidad de tomar decisiones por medios tecnológicos sin la participación del ser humano, y prohíbe su aplicación de forma general («todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar») cuando concurren determinados requisitos<sup>55</sup>:

---

52 GOÑI SEIN, J.L., *La nueva regulación europea y española de protección de datos y su aplicación al ámbito de la empresa (incluido el Real Decreto-Ley 5/2018)*, Bomarzo, Albacete, 2018, pág. 135.

53 ÁLVAREZ CUESTA, H., «El consentimiento individual y su alcance en la inteligencia artificial aplicada al ámbito laboral», en *Documentación Laboral*, núm. 126, 2022, págs. 51 y ss.

54 PRECIADO DOMÈNECH, C.H., *Los derechos digitales de las personas trabajadoras*, Aranzadi, Cizur menor, 2018, pág. 233.

55 AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan Inteligencia Artificial. Una introducción*, AEPD, 2020, pág. 29.

- Ausencia de intervención humana. La concurrencia de este condicionante supone la primera línea de fuga del precepto analizado, en tanto no califica la intervención requerida como significativa y no simbólica. No obstante, solo cabe interpretar y exigir que dicha intervención sea significativa, real, con autoridad y competencia suficiente incluso para revertirla, manifestándose en cada una de las decisiones que integran un determinado proceso<sup>56</sup>.
- Produzcan efectos jurídicos.
- O afecte de forma similar y significativa al interesado.

A continuación, el art. 22 permite las decisiones automatizadas sin intervención humana significativa cuando el tratamiento:

- a) Sea necesario para la celebración o la ejecución de un contrato entre el interesado y un responsable del tratamiento;
- b) Esté autorizado por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros (España no la contempla) que se aplique al responsable del tratamiento y que establezca asimismo medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, o
- c) Se base en el consentimiento explícito del interesado.

De emplearse la toma de decisiones automatizadas a través de la Inteligencia Artificial en el ámbito laboral, vuelve a ser de aplicación el deber de informar ya analizado por parte de la empresa al interesado respecto al tipo de tratamiento que se está llevando a cabo con sus datos. En este sentido, no es necesario una compleja explicación de los algoritmos utilizados, pero debe ser suficientemente exhaustiva para que la persona trabajadora entienda los motivos de la decisión, y la complejidad no ha de ser una excusa para no ofrecer dicha información<sup>57</sup>. Siguiendo las indicaciones de la AEPD, debe facilitarse aquella que permita entender el comportamiento del tratamiento, y aunque su contenido dependerá del tipo de IA empleada, parece necesario incorporar las siguientes referencias<sup>58</sup>:

- El detalle de los datos empleados para la toma de decisión, más allá de la categoría, y en particular información sobre los plazos de uso de los datos (su antigüedad).
- La importancia relativa que cada uno de ellos tiene en la toma de decisión.
- La calidad de los datos de entrenamiento y el tipo de patrones utilizados.
- Los perfiles realizados y sus implicaciones.
- Valores de precisión o error según la métrica adecuada para medir la bondad de la inferencia.
- La existencia o no de supervisión humana cualificada.
- La referencia a auditorías, especialmente sobre las posibles desviaciones de los resultados de las inferencias, así como la certificación o certificaciones realizadas sobre el sistema de IA. En el caso de sistemas adaptativos o evolutivos, la última auditoría realizada.

---

56 GINÈS I FABRELLAS, A., «Decisiones automatizadas y elaboración de perfiles en el ámbito laboral y su potencial efecto discriminatorio», en *Algoritmos, Inteligencia Artificial y relación laboral*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, pág. 181.

57 MERCADER UGUINA, J.R., «La gestión laboral a través de algoritmos», en *Digitalización, recuperación y reformas laborales*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2022, pág. 282.

58 AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan Inteligencia Artificial. Una introducción*, cit., pág. 24.

- En el caso de que el sistema IA contenga información de terceros identificables, la prohibición de tratar esa información sin legitimación y de las consecuencias de realizarlo.

En el fondo, lo que persigue el RGPD es que la persona trabajadora (en este caso) sea objeto de un tratamiento leal y transparente en el que se apliquen medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar que se corrigen los factores que introducen inexactitudes en los datos personales y se reduce al máximo el riesgo de error y se impidan, entre otras cosas, efectos discriminatorios en las personas físicas por motivos de raza u origen étnico, opiniones políticas, religión o creencias, afiliación sindical, condición genética o estado de salud u orientación sexual, o que den lugar a medidas que produzcan tal efecto (Considerando 71 RGPD).

La última Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión, de 21 de abril de 2021, se construye sobre el concepto de sistemas de Inteligencia Artificial de alto riesgo. En su clasificación, considera de alto riesgo (y también permite su uso), por cuanto aquí importa, a los sistemas de IA que se utilizan en el empleo, la gestión de los trabajadores y el acceso al autoempleo, sobre todo para la contratación y la selección de personal; para la toma de decisiones relativas a la promoción y la rescisión de contratos; y para la asignación de tareas y el seguimiento o la evaluación de personas en relaciones contractuales de índole laboral, dado que pueden afectar de un modo considerable a las futuras perspectivas laborales y los medios de subsistencia de dichas personas<sup>59</sup>.

Una vez calificado un sistema de IA de aplicación al ámbito laboral como de alto riesgo, para su comercialización y utilización, fabricante y usuario han de cumplir una serie de obligaciones, y entre ellas cabe reseñar a estos efectos el principio de transparencia y explicabilidad. El art. 13.1 de la Propuesta de Reglamento exige que los sistemas de IA considerados de alto riesgo se diseñen y desarrollen de un modo que se garantice que funcionan con un nivel de transparencia suficiente para que los usuarios interpreten y usen correctamente su información de salida. Por ello, estos sistemas han de ir acompañados de las instrucciones de uso correspondientes en un formato digital o de otro tipo adecuado, las cuales incluirán «información concisa, completa, correcta y clara que sea pertinente, accesible y comprensible para los usuarios» (art. 13.2). En el siguiente apartado detalla, en una lista abierta, la información mínima a proporcionar:

- a) La identidad y los datos de contacto del proveedor y, en su caso, de su representante autorizado;
- b) Las características, capacidades y limitaciones del funcionamiento del sistema de IA de alto riesgo, y en particular: su finalidad prevista; el nivel de precisión, solidez y ciberseguridad, con respecto al cual se haya probado y validado el sistema de IA de alto riesgo y que puede esperarse de este, así como las circunstancias conocidas o previsibles que podrían afectar al nivel de precisión, solidez y ciberseguridad esperado; cualquier circunstancia conocida o previsible, asociada a la utilización del sistema de IA de alto riesgo conforme a su finalidad prevista o a un uso indebido razonablemente previsible, que pueda dar lugar a riesgos para la salud y la seguridad o los derechos fundamen-

---

59 ALVAREZ CUESTA, H., «Capítulo I. Inteligencia artificial: derecho de la UE y derecho comparado. La propuesta de una ley sobre IA», en *Discriminación algorítmica en el ámbito laboral*, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2022, págs. 379 y ss.

- tales; su funcionamiento en relación con las personas o los grupos de personas en relación con los que se pretenda utilizar el sistema; cuando proceda, especificaciones relativas a los datos de entrada, o cualquier otra información pertinente en relación con los conjuntos de datos de entrenamiento, validación y prueba usados, teniendo en cuenta la finalidad prevista del sistema de IA;
- c) Los cambios en el sistema de IA de alto riesgo y su funcionamiento predeterminados por el proveedor en el momento de efectuar la evaluación de la conformidad inicial, en su caso;
  - d) Las medidas de vigilancia humana, incluidas las medidas técnicas establecidas para facilitar la interpretación de la información de salida de los sistemas de IA por parte de los usuarios;
  - e) La vida útil prevista del sistema de IA de alto riesgo, así como las medidas de mantenimiento y cuidado necesarias para garantizar el correcto funcionamiento de dicho sistema, también en lo que respecta a la actualización del software.

## VI. EL CONTRAPODER COLECTIVO A LA TECNOLOGÍA

El desequilibrio de poder existente entre las partes del contrato individual desaparece en el ámbito del Derecho Colectivo, donde sí existe un equilibrio y una simetría en las posiciones de partida. Sin embargo, la tecnología vuelve a reforzar los poderes de la empresa amplificando las consecuencias analizadas en el contrato de trabajo. Así, la acción sindical se verá disminuida debido a la huida del trabajo por cuenta ajena y la individualización de quienes trabajen por cuenta ajena.

De igual modo, los derechos de representación y negociación están experimentando retrocesos a la hora de conformar las cifras necesarias para su desarrollo, o a la falta de interés de muchas personas empleadas.

Por tales razones, los sindicatos más representativos están viendo con preocupación que el trabajo provoque un contexto de desprotección —y sumisión— de los derechos fundamentales de los trabajadores frente al empleo por el empresario merced a las nuevas tecnologías y que juzgan inadmisibles desde la perspectiva de la protección de los derechos de los trabajadores y de la dignidad humana<sup>60</sup>. En este ámbito, las organizaciones obreras se consideran actores competentes y legítimos en el marco de la evolución de estos procesos, por lo que han de estar implicados directamente, y desde el principio, en el diseño y desarrollo tecnológico hasta el final en las consecuencias sociales de la implantación de los nuevos sistemas productivos. Entre otros motivos, para mitigar el impacto negativo de los mismos. Por tanto, demandan que, a través de la aplicación de la legislación laboral se recupere el equilibrio en el sistema de relaciones laborales, hoy inclinado hacia la parte empresarial y se fortalezca la capacidad de representación e interlocución de los sindicatos en la nueva economía digital<sup>61</sup>.

Respecto a los conflictos colectivos, ven mermada su capacidad de actuación y consiguiente presión en gran parte por las tecnologías, que sirven al desmantelamiento de los derechos fun-

---

60 UGT/CC.OO., *El futuro del trabajo que queremos*, 2017, pág. 17.

61 UGT/CC.OO.: *El futuro del trabajo que queremos*, cit., pág. 19.

damentales<sup>62</sup>. Las últimas sentencias del Tribunal Constitucional desdibujan en la práctica el poder colectivo, al afirmar que la «efectividad del ejercicio del derecho de huelga no demanda del empresario una conducta dirigida a no utilizar los medios técnicos con los que cuenta en la empresa..., y ello porque lo que garantiza la Constitución es el derecho a realizar la huelga, no el resultado o el éxito de la misma»<sup>63</sup>. Si hoy es inquietante esta doctrina, en la empresa digital devendría un acta de defunción para el histórico derecho de huelga, pues lo vaciaría de contenido práctico: «la doctrina no puede ser más demoledora, porque canoniza que la innovación tecnológica no sería sólo una ventaja competitiva por lo que mejora en productividad, sino por los costes laborales que ahorra al neutralizar la presión de los trabajadores»<sup>64</sup>.

No obstante, en este caso los representantes de las personas trabajadoras cuentan también con nuevas «armas» facilitadas por la tecnología para llevar a cabo su acción sindical (redes sociales, aplicaciones, etc.) y los convenios colectivos se ven enriquecidos (o debieran verse enriquecidos) con nuevos contenidos adaptados a las nuevas coordenadas<sup>65</sup>.

También con los tradicionales derechos de información, consulta y negociación contenidos en el Título III del ET. Así, y respecto a los sistemas de control empresarial que incorporan Inteligencia Artificial, el clásico art. 64.5 ET confiere a los representantes de los trabajadores el derecho a ser informados sobre «todas las decisiones de la empresa que pudieran provocar cambios relevantes en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo en la empresa». Específicamente el comité de empresa tiene la facultad de emitir informe, con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por este, sobre, entre otras, «la implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo, estudios de tiempos, establecimiento de sistemas de primas e incentivos y valoración de puestos de trabajo». Fundándose en ambos preceptos, cabe extraer la conclusión del derecho a ser consultados cuando se utilice este tipo de sistemas de inteligencia artificial en determinados supuestos (organización del trabajo, control y prevención de riesgos laborales)<sup>66</sup> y desde luego cuando se utilice en supuestos de modificaciones sustanciales, traslados de carácter colectivo, suspensiones o despidos colectivos.

Con todo, dadas las importantes consecuencias que comporta la aplicación de esta tecnología en el marco del contrato de trabajo, desde la mesa de diálogo social se prefirió incorporar el derecho de información sobre los algoritmos utilizados en el ámbito laboral de forma explícita.

En tal sentido, el RD-Ley 9/2021 (actual Ley 12/2021, de 28 de septiembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las

---

62 MOLINA NAVARRETE, C., «¿El futuro del trabajo, trabajo sin futuro?. Los ‘mitos finalistas’ en la era digital del ‘neomercado’», en *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 408, 2017, pág. 18.

63 STCo 17/2017, de 2 de febrero.

64 MOLINA NAVARRETE, C., «Derecho y trabajo en la era digital: ¿‘revolución industrial 4.0’ o ‘economía sumergida 3.0’?», en *El futuro del trabajo que queremos. Conferencia Nacional Tripartita*, OIT, Madrid, 2017, págs. 403 y ss.

65 DAGNINO, E., «Labour and labour law in the time of the on-demand economy», en *Revista Derecho social y empresa*, núm. 6, 2016, págs. 51 y ss.

66 PASTOR MARTÍNEZ, A., «Los derechos colectivos de información, consulta y negociación del uso de algoritmos y sistemas de inteligencia artificial», en *Algoritmos, Inteligencia Artificial y relación laboral*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, pág. 352.

personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales) atribuye una nueva competencia a los representantes de los trabajadores en la empresa al incorporar una nueva letra d) en el artículo 64.4 ET, con la siguiente redacción: el comité de empresa tendrá derecho a «ser informado por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles». En cuanto al contenido de la información a proporcionar, la norma hace referencia a parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial. Tales conceptos parecen requerir información sobre los datos utilizados por el algoritmo (información agregada, no el detalle de los concretos datos personales)<sup>67</sup>; sobre la lógica del proceso de toma de decisiones (no sobre la concreta fórmula matemática); y sobre el objetivo pretendido en contraposición a los resultados obtenidos, esto es, la comprensión certera y clara de cómo funciona el algoritmo y su impacto en las condiciones de trabajo<sup>68</sup>, clarificando la opacidad que suelen llevar aparejada los algoritmos<sup>69</sup>. En consecuencia, esta ha de ser completa, fácilmente inteligible, cognoscible y comprensible<sup>70</sup>. La explicación del funcionamiento de estos algoritmos «se ha de interpretar como información que, proporcionada al interesado, le hace consciente del tipo de tratamiento que se está llevando a cabo con sus datos y le proporciona certeza y confianza sobre sus resultados»<sup>71</sup>.

La razón última de esta facultad es que los representantes puedan asegurarse de que la tecnología se utiliza de forma precisa, racional, no discriminatoria, proporcionada, legal y ética<sup>72</sup> y a su vez sean capaces de transmitir dicha información a los trabajadores.

Al tratarse de una facultad de información, su incumplimiento será objeto de sanción en virtud de la Ley de Infracciones y Sanciones (art. 7.7), la cual considera infracción grave «la transgresión de los derechos de información, audiencia y consulta de los representantes de los trabajadores y de los delegados sindicales, en los términos en que legal o convencionalmente estuvieren establecidos». Dicha infracción se sanciona con multa, en su grado mínimo, de 751 a 1.500 euros, en su grado medio de 1.501 a 3.750 euros; y en su grado máximo de 3.751 a 7.500 euros (art. 40.1.b LISOS). Para aquilatar la concreta cantidad según la graduación de la infracción, de conformidad con el art. 39.2 LISOS se atenderá a «la negligencia e intencionalidad del sujeto infractor, fraude o connivencia, incumplimiento de las advertencias previas y requerimientos de la Inspección, cifra de negocios de la empresa, número de trabajadores o de beneficiarios afectados en su caso, perjuicio causado y cantidad defraudada». La escasa precisión del precepto sustantivo y la necesidad de acreditar intencionalidad o fraude en la conducta empresarial de denegación de la información o falta de contenido adecuado de la misma fijarán, en la mayor parte de las ocasiones, la cuantía a pagar en su grado

67 AA.VV., *Documentos sobre el impacto de las nuevas tecnologías en la gestión de las personas y en las relaciones laborales*, Cuatrecasas/Wolters Kluwer, Madrid, 2020, pág. 117.

68 TODOLÍ SIGNES, A., «Cambios normativos en la Digitalización del Trabajo: Comentario a la Ley Rider y los derechos de información sobre los algoritmos», en *Iuslabor*, núm. 2, 2021, pág. 52.

69 CC.OO., *Guía de negociación colectiva y digitalización*, 2020, pág. 25.

70 Sobre su interpretación, AA.VV., *Información algorítmica en el ámbito laboral*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2022.

71 AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, Adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan Inteligencia Artificial. Una introducción, cit. En el mismo sentido, UGT, *Las decisiones algorítmicas en las relaciones laborales*, 2021, pág. 6.

72 ALLEN, R. y MASTERS, D., *Technology Managing People: the legal implications*, TUC, 2021.

mínimo, facilitando con ello la desinformación de los representantes en un punto de cada vez mayor importancia en las relaciones laborales. Tampoco cabe olvidar que la Agencia Española de Protección de Datos puede sancionar aquellas infracciones que se pudieran cometer en materia de uso y tratamiento de los datos personales de las personas trabajadoras a la hora de emplear la Inteligencia Artificial en este ámbito<sup>73</sup>.

El escaso tiempo transcurrido impide valorar el impacto en la práctica de esta nueva competencia en relación con los algoritmos en el mundo laboral, a la espera de la aparición de guías de buenas prácticas impulsadas desde el Gobierno y los sindicatos que permitan comprender mejor su alcance real<sup>74</sup>.

Por tal razón, el papel de la negociación colectiva en la gobernanza de la IA y los sistemas de *big data* en la empresa ha de ser necesariamente protagonista mediante la especificación y ampliación de la facultad concedida por la Ley 12/2021. En definitiva, los convenios son los llamados a cubrir la necesidad detectada de «construir o propiciar sistemas algorítmicos abiertos, accesibles y comprensibles, que puedan ser verificados por los trabajadores y sus representantes, al objeto de comprobar su ecuanimidad, fiabilidad y transparencia»<sup>75</sup>. La negociación colectiva puede servir para dotar de nuevos derechos a la representación legal de las personas trabajadoras y lograr una gestión participada del mismo<sup>76</sup>. No solo el convenio colectivo, también los planes de igualdad deberían incluir la gobernanza algorítmica entre sus contenidos, y en particular la garantía del resto a la diversidad y a la igualdad y no discriminación<sup>77</sup>.

En fin, y perdida la oportunidad de incorporar a la norma legal un registro de algoritmos, tal y como el banco social pretendía: «se establecerá un Registro de Algoritmos Laborales (RAL) en todas las compañías, en donde se inscribirán todas aquellas soluciones informáticas autónomas que tengan una afectación sobre la Organización del Trabajo», el cual será consultable por las personas trabajadoras y su Representación legal<sup>78</sup>. En este punto, cabe especificar que, al menos dentro de las Administraciones Públicas, sí existiría el mencionado registro de cumplir lo contemplado en la Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial, habla de crear un «registro de sistemas automatizados en la Administración Pública que documente los sistemas automatizados ya existentes y futuros. Una de las tareas llevadas a cabo será la evaluación ética y legal de dichos sistemas cuyos objetivos serán reforzar la legitimidad y confianza en los sistemas automatizados de la Administración Pública»<sup>79</sup>.

---

73 ÁLVAREZ CUESTA, H., «La inteligencia artificial, el big data y los algoritmos en la negociación colectiva: un paso más para ampliar la facultad de los representantes de los trabajadores», en *Seminario Internacional sobre Nuevos Lugares, Distintos Tiempos y Modos Diversos de Trabajar: innovación tecnológica y cambios en el ordenamiento social*, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2021, págs. 373 y ss.

74 ÁLVAREZ CUESTA, H., *El impacto de la inteligencia artificial en el trabajo: desafíos y propuestas*, cit., págs. 71 y ss.

75 UGT, *UGT ante la digitalización: tres años de acción sindical*, 2019, pág. 93.

76 PASTOR MARTÍNEZ, A., «Los derechos colectivos de información, consulta y negociación del uso de algoritmos y sistemas de inteligencia artificial», cit., pág. 358.

77 RIVAS VALLEJO, P., *La aplicación de la Inteligencia Artificial al trabajo y su impacto discriminatorio*, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pág. 396.

78 UGT, *Las decisiones algorítmicas en las relaciones laborales*, cit., pág. 5.

79 <https://portal.mineco.gob.es/es-es/ministerio/areas-prioritarias/Paginas/inteligencia-artificial.aspx>

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., *Documentos sobre el impacto de las nuevas tecnologías en la gestión de las personas y en las relaciones laborales*, Cuatrecasas/Wolters Kluwer, Madrid, 2020.
- ALEMÁN PÁEZ, F., «El derecho de desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la Loi Travail nº 2016-1088», en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 30, 2017.
- ALLEN, R. Y MASTERS, D., *Technology Managing People: the legal implications*, TUC, 2021.
- ÁLVAREZ CUESTA, H., «El diálogo social y la negociación colectiva como herramientas para lograr una transición digital justa», en *Lan Harremanak*, núm. 42, 2019.
- ÁLVAREZ CUESTA, H., «La creación de empleo sostenible en la industria 4.0», en *Proyección transversal de la sostenibilidad en Castilla y León. Varias perspectivas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- ÁLVAREZ CUESTA, H., «La inteligencia artificial, el big data y los algoritmos en la negociación colectiva: un paso más para ampliar la facultad de los representantes de los trabajadores», en *Seminario Internacional sobre Nuevos Lugares, Distintos Tiempos y Modos Diversos de Trabajar: innovación tecnológica y cambios en el ordenamiento social*, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2021, págs. 373-394.
- ÁLVAREZ CUESTA, H., «Capítulo I. Inteligencia artificial: derecho de la UE y derecho comparado. La propuesta de una ley sobre IA», en *Discriminación algorítmica en el ámbito laboral*, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2022.
- ÁLVAREZ CUESTA, H., «El consentimiento individual y su alcance en la inteligencia artificial aplicada al ámbito laboral», en *Documentación Laboral*, núm. 126, 2022, págs. 51-68.
- AUGÉ, M., *Los no lugares. Espacios del anonimato. Antropología de la Sobremodernidad*, Gedisa, Barcelona, 2009.
- BAYLOS GRAU, A., «El papel de la negociación colectiva en la ley de protección de datos personales y garantía de derechos digitales en España», en *Labour and Law Issues*, Vol. 5, núm. 1, 2019.
- BLÁZQUEZ AGUDO, E., «Novedades laborales en la nueva Ley orgánica de protección de datos», en *Trabajo y Derecho*, núm. 50, 2019.
- CARRIZOSA PRIETO, E., «Lifelong learning e industria 4.0. Elementos y requisitos para optimizar el aprendizaje en red», en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho*, núm. 1, vol. 6, 2018.
- CHERRY, M.A., «Beyond misclassification: the digital transformation of work», en *Comparative Labor Law & Policy Journal*, núm. 2, 2016.



- DAGNINO, E., «Uber law: perspectiva jurídico-laboral de la sharing/on-demand economy», en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, núm. 3, 2015.
- DAGNINO, E., «Labour and labour law in the time of the on-demand economy», en *Revista Derecho social y empresa*, núm. 6, 2016, págs. 43-65.
- DE STEFANO, V., «La *gig economy* y los cambios en el empleo y la protección social», en *Gaceta sindical*, núm. 27, 2016.
- DE STEFANO, V., ««Negotiating the algorithm», Technology, digital(-ized) work, and labour protection 'reloaded'», en *Regulating for Globalization, Trade, Labor and EU Law Perspectives*, 2017.
- GINÈS I FABRELLAS, A., «Crowdsourcing sites y nuevas formas de trabajo el caso de Amazon Mechanical Turk», en *Revista Derecho social y empresa*, núm. 6, 2016.
- GINÈS I FABRELLAS, A., «Decisiones automatizadas y elaboración de perfiles en el ámbito laboral y su potencial efecto discriminatorio», en *Algoritmos, Inteligencia Artificial y relación laboral*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023.
- GOERLICH PESSET, J.M., «¿Repensar el derecho del trabajo?. Cambios tecnológicos y empleo», en *Gaceta sindical*, núm. 27, 2016.
- GOÑI SEIN, J.L., *La nueva regulación europea y española de protección de datos y su aplicación al ámbito de la empresa (incluido el Real Decreto-Ley 5/2018)*, Bomarzo, Albacete, 2018.
- LAHERA FORTEZA, J., «Las transformaciones del lugar de trabajo», en *Documentación Laboral*, núm. 118, 2019, págs. 13-25.
- MERCADER UGUINA, J.R., «La gestión laboral a través de algoritmos», en *Digitalización, recuperación y reformas laborales*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2022.
- MESSENGER, J.C., «Working anytime, anywhere, the evolution of telework and its effects on the world of work», en *IUSLabor*, núm. 3, 2017.
- MOLINA NAVARRETE, C., «¿El futuro del trabajo, trabajo sin futuro?. Los 'mitos finalistas' en la era digital del 'neomercado'», en *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 408, 2017, págs. 5-20.
- MOLINA NAVARRETE, C., «Derecho y trabajo en la era digital: ¿'revolución industrial 4.0' o 'economía sumergida 3.0'?», en *El futuro del trabajo que queremos. Conferencia Nacional Tripartita*, OIT, Madrid, 2017, págs. 403-424.
- PASTOR MARTÍNEZ, A., «Los derechos colectivos de información, consulta y negociación del uso de algoritmos y sistemas de inteligencia artificial», en *Algoritmos, Inteligencia Artificial y relación laboral*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023.

- PRASSL, J. Y RISAK, M., «Uber, Taskrabbit, & Co, platforms as employers? Rethinking the legal analysis of crowdwork», en *Comparative Labor Law & Policy Journal, Forthcoming, Oxford Legal Studies Research Paper*, núm. 8, 2016.
- PRECIADO DOMÈNECH, C.H., *Los derechos digitales de las personas trabajadoras*, Aranzadi, Cizur menor, 2018.
- RISAK, M. Y WARTER, J., «Legal Strategies towards fair employment conditions in the virtual sweatshop», en *Paper to be presented at the Regulating for Decent Work 2015 Conference Geneva*, 8-10 July 2015.
- RIVAS VALLEJO, P., *La aplicación de la Inteligencia Artificial al trabajo y su impacto discriminatorio*, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2020.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Derechos laborales digitales: garantías e interrogantes*, Aranzadi/Thomson, Cizur Menor, 2019.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *La salud mental de las personas trabajadoras: Tratamiento jurídico preventivo en un contexto productivo postpandemia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L. Y PÉREZ DEL PRADO, D., *Economía digital, su impacto sobre las condiciones de trabajo y empleo. Estudio de caso sobre dos empresas de base tecnológica*, Fundación Diálogo Social, 2019.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L. Y PÉREZ DEL PRADO, D., *Digitalización y gran empresa. II Informe sobre el impacto de la digitalización en las condiciones de trabajo y empleo*, Fundación Diálogo Social, 2019.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., «Trabajo en plataformas: innovaciones jurídicas para unos desafíos crecientes», en *Revista de Internet, Derecho y Política*, 2019.
- SERRANO OLIVARES, R., «Nuevas formas de organización empresarial, economía colaborativa -o mejor, economía digital a demanda, trabajo 3.0 y laboralidad», en *Economía colaborativa y trabajo en plataforma, realidades y desafíos*, Bomarzo, Albacete, 2017.
- SERRANO OLIVARES, R., «Los derechos digitales en el ámbito laboral: comentario de urgencia a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales», en *Iuslabor*, núm. 3, 2018.
- SMITH, R. Y LEBERSTEIN, S., «Rights on demand», en *NELP*, 2015.
- SPRAGUE, R., «Worker (Mis)Classification in the Sharing Economy: Square Pegs Trying to Fit in Round Holes», en *Journal of Labor & Employment Law*, núm. 53, 2015.
- TASCÓN LÓPEZ, R., «El derecho de desconexión del trabajador (potencialidades en el ordenamiento español)», en *Trabajo y derecho*, núm. 41, 2018.
- TODOLÍ SIGNES, A., «El impacto de la 'uber economy' en las relaciones laborales, los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo», en *Iuslabor*, núm. 3, 2015.

TODOLÍ SIGNES, A., *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

TODOLÍ SIGNES, A., «Cambios normativos en la Digitalización del Trabajo: Comentario a la Ley Rider y los derechos de información sobre los algoritmos», en *Iuslabor*, núm. 2, 2021.

TRILLO, F., «Relaciones de trabajo en la economía digitalizada», en OIT, 2017, [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-madrid/documents/article/wcms\\_548604.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-madrid/documents/article/wcms_548604.pdf).

## VIII. INFORMES Y DOCUMENTOS

AA.VV., *La digitalización en el mundo del trabajo*, 2016, [http://www.1mayo.ccoo.es/nova/NBdd\\_Shwdocumento?cod\\_primaria=1185&cod\\_documento=4869](http://www.1mayo.ccoo.es/nova/NBdd_Shwdocumento?cod_primaria=1185&cod_documento=4869).

AA.VV., *España 4.0. El reto de la transformación digital de la economía*, 2016, [https://w5.siemens.com/spain/web/es/estudioidigitalizacion/Documents/Estudio\\_Digitalizacion\\_Espana40\\_Siemens.pdf](https://w5.siemens.com/spain/web/es/estudioidigitalizacion/Documents/Estudio_Digitalizacion_Espana40_Siemens.pdf).

AA.VV., *Información algorítmica en el ámbito laboral*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2022.

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan Inteligencia Artificial. Una introducción*, AEPD, 2020.

AGENCIA EUROPEA DE SALUD Y SEGURIDAD EN EL TRABAJO, *Foresing on new and emerging safety and health risk associated with digitalization*, 2015.

CC.OO., *Guía de negociación colectiva y digitalización*, 2020.

CES, *Informe sobre el futuro del trabajo*, 2018.

EUROFOUND, *Work on demand: Recurrence, effects and challenges*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2018.

EUROFOUND y OIT, *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, and the International Labour Office, Geneva, 2017.

UGT, *UGT ante la digitalización: tres años de acción sindical*, 2019.

UGT, *Las decisiones algorítmicas en las relaciones laborales*, 2021.

UGT/CC.OO., *El futuro del trabajo que queremos*, 2017.



# EL CONTRATO INTERNACIONAL DE TRABAJO Y LA LEY DEL PAÍS DE EJECUCIÓN DE LA PRESTACIÓN LABORAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA UNIÓN EUROPEA

INDIVIDUAL CONTRACT OF EMPLOYMENT WITH FOREIGN ELEMENTS AND THE LAW OF THE COUNTRY WHERE THE WORK IS HABITUALLY CARRIED OUT IN THE PRIVATE INTERNATIONAL LAW OF THE EUROPEAN UNION

**Javier Carrascosa González**

Catedrático de Derecho internacional privado

Universidad de Murcia

ORCID ID: 0000-0002-0347-7985

carras@um.es

**Palabras clave:** *Lex loci laboris*, Derecho internacional privado del trabajo, deslocalización, orden público internacional, leyes de policía, desplazamiento internacional de trabajadores.

**Keywords:** *Lex loci laboris*, private international law, labor law, offshoring, international public policy, mandatory rules, international displacement of workers.

**Resumen:** La regla *lex loci laboris* es la columna vertebral del Derecho internacional privado del trabajo. Ha sido así desde la Edad Media y es así también en el siglo XXI. El art. 8 del Reglamento Roma I extiende dicho criterio, como regla general, a todas las hipótesis. Sólo en casos especiales, en particular cuando el criterio no puede operar por razones técnicas, la regla se abandona en favor de un criterio general, los vínculos más estrechos. Este trabajo explora las ventajas luminosas y los reversos tenebrosos de la *lex loci laboris* en el Derecho internacional privado europeo, la deslocalización productiva y los costes jurídicos derivados de dicha regla. En dicho contexto, se exploran también los mecanismos de corrección del criterio *lex loci laboris*, y en especial, el orden público internacional del foro, las leyes de policía y la aplicación de la Ley del lugar del trabajo temporal en los casos de desplazamiento internacional de trabajadores.

**Abstract:** The *lex loci laboris* rule is the backbone of private international labor law. It has been like this since the Middle Ages and also in the 21st century as well. Art. 8 of the Rome

The Regulation extends this criterion, as a general rule, to all hypotheses. Only in special cases, in particular when the criterion cannot work for technical reasons, is the rule abandoned in favor of a general criteria, like the «closest connection» rule. This paper explores the luminous advantages and the dark reverses of the *lex loci laboris* in European private international law, productive relocation and the legal costs derived from the rule. In this scenario, several mechanisms to correct the *lex loci laboris* rule are also explored. International public policy, mandatory rules and the application of the temporary work place law in cases of international displacement of workers are also considered.

**Sumario:** I. EL ARTÍCULO 8 DEL REGLAMENTO ROMA I. ASPECTOS GENERALES. 1. Una norma de conflicto especializada. 2. Concepto de contrato de trabajo a efectos del Derecho internacional privado europeo. 3. Prevalencia del art. 8 RR-I sobre ciertas disposiciones de Derecho internacional privado español en el sector laboral. II. LOS PUNTOS DE CONEXIÓN RECOGIDOS EN EL ART. 8 RR-I. 1. Relación de los puntos de conexión para determinar la Ley aplicable al contrato internacional de trabajo en el art. 8 RR-I. 2. Ley aplicable al contrato de trabajo internacional en defecto de elección. a) Trabajo desarrollado en un solo país: la *lex loci laboris*. b) Trabajo desarrollado en varios países pero habitualmente en un concreto país: de nuevo la *lex loci laboris*. c) Trabajo desarrollado en varios países sin que pueda identificarse un lugar de prestación habitual del servicio. d) Cláusula de excepción. e) Supuesto especial: desplazamiento temporal internacional de trabajadores. f) Supuesto especial: contratos de trabajo en espacios no sometidos a soberanía estatal. g) Supuesto especial: trabajos a desarrollar a bordo de buque o aeronave. h) Supuesto especial: trabajador contratado en otro país a través de una ETT. 3. Orden público internacional y *Lex Loci Laboris*. 4. Leyes de policía y contrato de trabajo internacional. III. Reflexiones finales. La *lex loci laboris*. Una regla razonable que puede volverse perversa.

## I. EL ARTÍCULO 8 DEL REGLAMENTO ROMA I. ASPECTOS GENERALES

### 1. Una norma de conflicto especializada

La Ley aplicable al contrato de trabajo internacional se determina en todos los Estados miembros de la Unión Europea, con arreglo al art. 8 del Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento Roma I), citado, a partir de ahora, como «RR-I»<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (DOUE L 177 de 4 julio 2008). El Reglamento Roma I sustituye al Convenio de Roma de 1980 en los Estados miembros, salvo en lo que respecta a los territorios de los Estados miembros comprendidos en el ámbito de aplicación territorial de dicho Convenio y a los que no se aplica el Reglamento Roma I en virtud del artículo 299 del Tratado de la UE. En la medida en que el Reglamento Roma I sustituye a las disposiciones del Convenio de Roma, se entenderá que toda remisión a dicho Convenio se refiere al Reglamento Roma I (art. 24 Reglamento Roma I). *Vid.* Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980, *Revue critique de droit international privé*,

El art. 8 RR-I contiene una «norma de conflicto especializada» que determina la Ley aplicable al contrato de trabajo internacional. Sus principales objetivos son (i) impedir que el empresario imponga *de facto* una elección de Ley aplicable al trabajador (STJUE 15 marzo 2011, C-29/10, Koelzsch, FJ 40 y 46)<sup>2</sup>; (ii) sujetar el contrato de trabajo a la Ley del país donde se lleva a cabo la prestación del trabajador.

- 
- vol. LXI, 1980, pp. 875-888, y en *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1980, vol. LXIII, pp. 297-307; en JOCE, núm. L 266, de 9 octubre 1980; BOE núm. 171 de 19 julio 1993; corr. errores BOE núm. 189 de 9 agosto 1993. Téngase en cuenta la Declaración del Reino de España en relación con el art. 27 del Convenio de Roma citado: «En relación con la declaración del Reino Unido de 18 de julio de 1994 por la que se extiende a Gibraltar la aplicación del convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 junio 1980, el Reino de España declara que tal aplicación se entiende sin perjuicio de su posición acerca de la soberanía del istmo que separa la ciudad, puerto y peñón de Gibraltar del resto de la península ibérica» (BOE núm. 162 de 8 julio 1995). Los estudios sobre el Reglamento Roma I son incontables. En relación con los contratos internacionales de trabajo, *vid. inter alia*, M.E. CORRAO, «I rapporti di lavoro nella convenzione europea sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali», *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 1984, pp. 89-101; L. DAUXERRE, «Contribution à l'étude de la loi applicable au contrat de travail international», *La semaine juridique. Social*, n° 43, 2017, pp. 8-12; P. FIESCHI-VIVET, «La règle de conflit applicable au contrat de travail international», *Recueil Dalloz Sirey*, Chronique, 1987, pp. 255-259; E. DE GÖTZEN, «Contratto di lavoro, criteri di collegamento e legge applicabile: luci e ombre del regolamento (CE) n. 593/2008 (Employment Contract, Connecting Factors and Applicable Law: Lights and Shadows of Regulation (EC) N° 593/2008)», *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2014, pp. 529-560; I. KUNDA, «Law applicable to employment contracts under the Rome I Regulation», en *Transnational, European, and national labour relations: flexicurity and new economy*, Cham, Springer International Publishing, 2018, pp. 73-96; P. LAGARDE, «Le contrat de travail dans les conventions européennes de droit international privé», *Droit international et droit communautaire*, (Actes du colloque, Paris, 5-6 abril 1990), París, 1991, pp. 67-76; P. MANKOWSKI, «Employment Contracts under Article 8 of the Rome I Regulation», en F. FERRARI / S. LEIBLE, *Rome I Regulation The Law Applicable to contractual Obligations in Europe*, Sellier, 2009, pp. 171-216. Las claves fundamentales del Derecho internacional privado del trabajo pueden hallarse, entre otros muchos, en los cruciales e imprescindibles estudios de F. GAMILLSCHEG, «Les principes du Droit du travail international», *Revue critique de droit international privé*, 1961, pp. 265-284; ID., «Rules of Public Order in Private International Labour Law», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1983, vol. 181, pp. 285-347; F. MORGENSTERN, *Conflictos internacionales de Derecho laboral. Investigación sobre la ley aplicable a la relación laboral internacional*, Madrid, 1987.
- 2 STJUE 15 marzo 2011, C-29/10, Heiko Koelzsch [ECLI:EU:C:2011:151] FD 40: «... el artículo 6 de éste fue concebido para «proporcionar una regulación más apropiada en las materias en las que los intereses de una de las partes contratantes no se hallan en el mismo plano que los de la otra y garantizar [de ese modo] la protección adecuada de la parte que debe considerarse más débil social y económicamente en la relación contractual»; FD 46: «... esta interpretación también concuerda con el tenor de la nueva disposición sobre las reglas de conflicto relativas a los contratos individuales de trabajo, introducida por el Reglamento n° 593/2008 (...). En efecto, según el artículo 8 del citado Reglamento, a falta de elección de las partes, el contrato individual de trabajo se rige por la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente. Esta ley sigue siendo aplicable cuando el trabajador realice su trabajo en otro Estado con carácter temporal. Además, como indica el vigésimo tercer

Debe afirmarse, desde este momento y con la mayor rotundidad dogmática, que el art. 8 RR-I no es una norma que persiga la aplicación de la Ley más favorable al trabajador de entre las leyes conectadas con el supuesto laboral internacional. Dicho precepto no es, por ello, una «norma de conflicto materialmente orientada» en beneficio del trabajador. Lo único que persigue este art. 8 RR-I es evitar que los empresarios fuercen a los trabajadores a aceptar una elección de Ley aplicable al contrato de trabajo que pudiera perjudicar los derechos de los trabajadores recogidos en las normas imperativas de la Ley del país de prestación de los servicios y que haya podido ser predispuesta por el empleador. Cuando el contrato de trabajo dispone de una elección de Ley en favor de una Ley estatal distinta a la Ley del país de ejecución de los servicios, el legislador presume *juris tantum* que dicha elección puede perjudicar al trabajador porque le ha sido «impuesta» en su perjuicio. Sólo si se demuestra que la elección de Ley no comporta un perjuicio para los derechos del trabajador fijados en las disposiciones imperativas de la Ley del país de prestación de los servicios, sólo entonces se aplicará al contrato de trabajo la Ley elegida por las partes.

## 2. Concepto de contrato de trabajo a efectos del Derecho internacional privado europeo

Se entiende por «contrato de trabajo» a los efectos del art. 8 RR-I y de todo el Derecho internacional privado europeo, el contrato relativo a un «servicio por cuenta y bajo la dirección de otro a cambio de una remuneración», con las notas de personal, voluntario, dependiente y por cuenta ajena, en la clásica definición de M. VIRGÓS SORIANO<sup>3</sup>. Se incluyen en el concepto los «contratos nulos» y las «relaciones de trabajo de hecho», tal y como acredita el llamado «Informe GIULIANO / LAGARDE»<sup>4</sup>. Esta noción de «contrato de trabajo» como supuesto

---

*considerando de dicho Reglamento, la interpretación de esa disposición debe inspirarse en los principios del favor laboratoris, ya que debe protegerse a las partes más débiles del contrato «por medio de normas de conflicto de leyes más favorables».*

- 3 M. VIRGÓS SORIANO, «El convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales», en E. García de Enterría, J.D. González Campos y S. Muñoz Machado (dirs.): *Tratado de Derecho comunitario europeo (Estudio sistemático desde el Derecho español)*, vol.III, Madrid, 1986, pp. 753-825; M. VIRGÓS SORIANO, «Art. 10.6 Cc.», en AA.VV., *Comentario del Código civil*, publicado por el Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 121-124; M. VIRGÓS SORIANO, «Art. 10.6 Cc.», en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, tomo I, vol.II, 2ª ed., Ed.Revista de Derecho privado / Edersa, Madrid, 1995, pp. 587-609.
- 4 Informe relativo al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, por MARIO GIULIANO, profesor de la Universidad de Milán y PAUL LAGARDE, profesor de la Universidad de París I, DOCE de 11 de diciembre de 1992 C 327, pp. 1-47, esp. p. 23: «*Por lo demás, el artículo 6 se aplica a los contratos individuales de trabajo y no a los convenios colectivos. Por consiguiente, el hecho de que un contrato de trabajo se rija por un Derecho extranjero no podrá afectar a los poderes conferidos a una organización sindical de trabajadores por los convenios colectivos vigentes en su país. El enunciado actual del artículo 6 habla de contrato de trabajo en lugar de relación de trabajo como lo hacía el anteproyecto inicial. No obstante, conviene precisar que la norma del artículo 6 cubre también los casos de contratos nulos, así como las relaciones de trabajo de hecho, en particular las que se caracterizan por un no respeto de las disposiciones contractuales establecidas por la ley con objeto de proteger a los trabajadores.*».



de hecho del art. 8 RR-I ha sido también confirmada por la importante STJUE 20 octubre 2022, C-604/20, *Land Investments*, FD 32<sup>5</sup>.

### 3. Prevalencia del art. 8 RR-I sobre ciertas disposiciones de Derecho internacional privado español en el sector laboral

El Reglamento Roma I presenta un alcance *erga omnes*, o, en otra terminología extensamente difundida, un carácter «universal» (art. 2 RR-I). Ello comporta, una consecuencia de especial envergadura: dicho Reglamento hace totalmente inaplicables a los contratos internacionales de trabajo diversos preceptos legales todavía en vigor en Derecho internacional privado español. La primacía del Derecho europeo sobre el Derecho español explica tal resultado, observa A. ZANOBETTI<sup>6</sup>.

En primer lugar, ya no es aplicable el art. 10.6 CC. Esta norma señala la Ley aplicable a los contratos internacionales de trabajo y se edifica, fundamentalmente, explica A. MARÍN LÓPEZ, sobre la regla *lex loci laboris*<sup>7</sup>. El precepto fue introducido por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de ley el texto articulado del Título Preliminar del Código Civil<sup>8</sup>. El art. 10.6 CC está desplazado por el art. 8 RR-I, precisa E. ZABALO ESCUDERO<sup>9</sup>.

En segundo término, no es tampoco aplicable en el momento presente el art. 1.4 del Texto refundido del Estatuto de los trabajadores, al menos, en lo relativo a la determinación de la Ley aplicable al contrato de trabajo internacional<sup>10</sup>. Así lo indica la mejor jurisprudencia española (STSJ Las Palmas, Social, 30 diciembre 2015 [cesión de trabajadores a empresa marroquí]; STSJ Canarias 24 noviembre 2004; STSJ Canarias, Social, 7 marzo 2005; STS, Social, 17 enero 2005)<sup>11</sup>.

---

5 STJUE 20 octubre 2022, C-604/20, *ROI Land Investments Ltd vs. FD*, [ECLI:EU:C:2022:807], FD 32: «... aunque la inexistencia de un contrato formal no obsta a la existencia de una relación laboral, ésta supone un nexo de subordinación entre el trabajador y su empresario y que la existencia de tal nexo debe apreciarse en cada caso concreto, en función del conjunto de hechos y circunstancias que caractericen a las relaciones existentes entre las partes...».

6 A. ZANOBETTI, *Diritto internazionale del lavoro: norme universali, regionali e dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2011, esp. pp. 99-101.

7 Art. 10.6 CC: «A las obligaciones derivadas del contrato de trabajo, en defecto de sometimiento expreso de las partes y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 8, les será de aplicación la ley del lugar donde se presten los servicios». Vid. A. MARÍN LÓPEZ, «El contrato de trabajo en Derecho internacional privado español», *Anuario español de estudios sociales y jurídicos*, vol.VI, Granada, 1977, pp. 183-216.

8 Vid. Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de ley el texto articulado del Título Preliminar del Código civil (BOE núm. 163 de 9 julio 1974).

9 E. ZABALO ESCUDERO, «La convención CEE sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales y el contrato de trabajo», *RIE*, 1983, vol.10, pp. 529-540; ID., «Un nuevo supuesto de internacionalidad de la relación laboral ante el TJCE: la pluralidad de contratos», *Noticias UE*, núms. 235-236, 2004, pp. 97-101.

10 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en BOE núm. 255 de 24 octubre 2015.

11 STSJ Las Palmas, Social, 30 diciembre 2015 [ECLI: ES:TSJICAN:2015:4016]; STSJ Canarias 24 noviembre 2004 [ECLI:ES:TSJICAN:2004:5057]; STSJ Canarias, Social, 7 marzo 2005 [ECLI:ES:TSJICAN:2005:880]; STS Social 17 enero 2005 [ECLI:ES:TS:2005:76].

El citado precepto señala que: «La legislación laboral española será de aplicación al trabajo que presten los trabajadores españoles contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero, sin perjuicio de las normas de orden público aplicables en el lugar de trabajo. Dichos trabajadores tendrán, al menos, los derechos económicos que les corresponderían de trabajar en territorio español».

El auténtico objetivo de esta previsión legal radicaba, como bien han destacado J. GALIANA MORENO, M. MOYA ESCUDERO y E. ZABALO ESCUDERO, en sujetar al Derecho laboral español aquellos contratos de trabajo en los que el empleador y el trabajador eran ambos españoles y tenían sede y residencia habitual en España pero en los que la prestación laboral se ejecutaba en otro país<sup>12</sup>. Dicha finalidad aparece ahora bien satisfecha por el art. 8.4 RR-I (STSJ Madrid Social 14 noviembre 2022 [empleador y trabajador españoles y trabajo en Florida])<sup>13</sup>. Aunque en ocasiones la jurisprudencia cita todavía hoy, y con especial deleite, este art. 1.4 ET, en verdad, no es ya aplicable por los tribunales españoles. Sobre el mismo prevalece el Reglamento Roma I. Por tanto, pese a que el art. 1.4 ET está formalmente en vigor, está desplazado por el Reglamento Roma I y no se aplica, en España, para determinar la Ley reguladora del contrato de trabajo internacional.

En tercer lugar, como se ha indicado antes, la Ley aplicable al contrato de trabajo en defecto de elección de Ley por las partes se precisa a través del art. 8 RR-I. Es éste un precepto que contiene una norma de conflicto específica para la determinación de la Ley aplicable a los contratos internacionales de trabajo dentro del universo jurídico particular que es el Reglamento Roma I. Es inaplicable, pues, el art. 4 RR-I, —que constituye la norma general sobre determinación de la Ley aplicable a todos los contratos internacionales en general—, a la hora de concretar la ley aplicable al contrato de trabajo con elementos extranjeros. Así lo confirma la STJUE 15 marzo 2011, C-29/10, *Koelzsch*, FD 34)<sup>14</sup>. Como sagazmente señala E. CASTELLANOS RUIZ en su muy documentado estudio, la jurisprudencia española suele errar en este punto con más frecuencia de la deseable. Son habituales, por desgracia, de este modo, los pronunciamientos judiciales españoles que aplican el art. 4 RR-I (antes art. 4 CR), para determinar la Ley reguladora de un contrato internacional de trabajo<sup>15</sup>. Se trata de un error

12 J. GALIANA MORENO, «Trabajo de los españoles en el extranjero», *Comentarios a las leyes laborales*, (E.Borrajo ed., t.I, vol.I Madrid, Edersa 1991, pp. 207-214; M. MOYA ESCUDERO, «La ley aplicable al contrato de trabajo en Derecho internacional privado español», *REDI*, vol.XXXIV, 1982, pp. 79-97; ID., «Reflexiones en torno al párrafo 4 del art.1 del Estatuto de los Trabajadores», *AESJ*, vol.VIII-IX, 1979-1980, pp. 349-362; M. MOYA ESCUDERO, M.L. TRINIDAD GARCÍA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Régimen jurídico del permiso de trabajo de los extranjeros en España: una lectura a través de nuestra jurisprudencia (1981-1992)*, Granada, Ed.Comares, 1993; E. ZABALO ESCUDERO, *El contrato de trabajo en Derecho internacional privado español*, Barcelona, Bosch, 1983.

13 STSJ Madrid Social 14 noviembre 2022 [ECLI:ES:TSJM:2022:13696].

14 STJUE 15 marzo 2011, C-29/10, *Heiko Koelzsch* [ECLI:EU:C:2011:151] FD 34: «En lo que respecta al contenido del artículo 6 del Convenio de Roma [es el equivalente al hoy vigente art. 8 RR-I], recuérdese que éste establece las normas de conflicto especiales relativas a los contratos individuales de trabajo. Dichas normas constituyen una excepción a las normas de carácter general previstas en los artículos 3 y 4 de dicho Convenio, que se refieren respectivamente a la libertad de elección de la ley aplicable y a los criterios de determinación de ésta a falta de elección».

15 E. CASTELLANOS RUIZ, «El Convenio de Roma de 1980 ante los tribunales españoles, Balance de

jurídico de envergadura. Ejemplos de estos desaciertos pueden hallarse en diversas resoluciones (STSJ Madrid 3 junio 1999; STSJ Madrid 11 junio 1999; STS Social 22 mayo 2001; STSJ Galicia Social 19 enero 2002, entre otras)<sup>16</sup>.

## II. LOS PUNTOS DE CONEXIÓN RECOGIDOS EN EL ART. 8 RR-I

### 1. Relación de los puntos de conexión para determinar la Ley aplicable al contrato internacional de trabajo en el art. 8 RR-I

Para determinar la Ley aplicable al contrato de trabajo, el art. 8 RR-I utiliza diferentes criterios o puntos de conexión.

En primer término, el contrato de trabajo se regirá por la Ley elegida por las partes (art. 8.1 RR-I). La Ley elegida no puede privar al trabajador de la protección que le aseguren las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo y que pertenecen a la Ley del Estado que regirá el contrato de trabajo a falta de elección por las partes. De ese modo se impide que el empresario obligue al trabajador a aceptar una Ley estatal que le perjudique, una Ley que realmente, no ha sido «elegida» por las partes, sino «impuesta» por el empresario.

En defecto de una válida elección de Ley, el contrato individual de trabajo se regirá por la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente (*Lex Loci Laboris*: ley de lugar donde se realiza el trabajo). No se considerará que cambia el país de realización habitual del trabajo cuando el trabajador realice con carácter temporal su trabajo en otro país (art. 8.2 RR-I).

Cuando no pueda determinarse la Ley aplicable en virtud del art. 8.2 RR-I, el contrato individual de trabajo se regirá por la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador (art. 8.3 RR-I).

No obstante, en el caso de que las partes no hayan elegido la Ley aplicable al contrato individual de trabajo, si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto del indicado en el art. 8, apartados 2 ó 3 RR-I, se aplicará la ley de ese otro país («cláusula de excepción»).

---

15 años de vigencia», en A.L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUÍZ (Dir.), *La Unión Europea ante el Derecho de la Globalización*, Madrid, 2008, pp. 121-188; E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Comares, Granada, 2009, pp. 99-101. *Vid.* nota [1] para lo relativo a la sustitución del Convenio de Roma de 19 junio 1980 por el Reglamento Roma I.

16 STSJ Madrid 3 junio 1999 [ECLI:ES:TSJM:1999:6634]; STSJ Madrid 11 junio 1999; [ECLI:ES:TSJM:1999:7095]; STS Social 22 mayo 2001 [ECLI:ES:TS:2001:4220]; STSJ Galicia Social 19 enero 2002 [ECLI:ES:TSJGAL:2002:297].

## 2. Ley aplicable al contrato de trabajo internacional en defecto de elección

En el caso de que las partes no hayan llevado a cabo una válida elección de la Ley aplicable al contrato de trabajo con arreglo al art. 3 RR-I, dicho contrato se regirá por el Derecho estatal determinado en sintonía con el art. 8, apartados 2, 3 y 4 RR-I. Estos preceptos distinguen varios supuestos a la hora de fijar la Ley aplicable al contrato de trabajo en defecto de elección de Ley por las partes.

### a) Trabajo desarrollado en un solo país: la *lex loci laboris*

Si la prestación laboral se desarrolla habitualmente en el territorio de un mismo país, el contrato de trabajo queda sujeto a la Ley del Estado en cuyo territorio se realiza habitualmente el trabajo (*Lex Loci Laboris*).

La justificación de la aplicación de la *Lex Loci Laboris* radica en varios argumentos<sup>17</sup>.

En primer lugar, se trata de una Ley que ambas partes conocen y cuya aplicación al contrato pueden prever con facilidad, lo que les genera costes de transacción conflictuales reducidos para ambas partes, como ha subrayado con perspicacia J. DÉPREZ<sup>18</sup>. Trabajador y empleador conocen perfectamente cuál es el país donde se van a prestar los servicios laborales. La aplicación de la Ley del Estado en cuyo territorio se ejecuta la prestación de servicios laborales no constituye ni puede constituir, en ningún caso, una sorpresa para las partes. Ambas pueden, y deben, prever la aplicación al contrato de trabajo de la Ley del país donde la prestación laboral se lleva a cabo.

En segundo término, la *Lex Loci Laboris* permite al Estado, enfatiza M. LEHMANN, organizar con efectividad su mercado laboral, el mercado laboral que se desarrolla en su territorio<sup>19</sup>. Debe recordarse que el ejercicio de la soberanía estatal es principal o eminentemente territorial, como indicó la famosísima sentencia STPJ 7 septiembre 1927, *Lotus*<sup>20</sup>. El mercado

17 A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, volumen III, 2ª ed., València, 2022, pp. 3544-3564.

18 J. DÉPREZ, «Les clauses relatives au règlement des litiges dans le contrat de travail international», *International Business Law Journal*, 1990, pp. 833-850.

19 M. LEHMANN, «Regulation, global governance and private international law: squaring the triangle», *Journal of Private international law*, 2020, n.1, vol. 16, pp. 1-30.

20 STPJ 7 septiembre 1927, *Lotus*, texto en *Publications de la CPJI*, Serie A, núm. 10, p. 18-70]: «Or, la limitation primordiale qu'impose le droit international à l'État est celle d'exclure -sauf l'existence d'une règle permissive contraire- tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre État. Dans ce sens, la juridiction est certainement territoriale; elle ne pourrait être exercée hors du territoire, sinon en vertu d'une règle permissive découlant du droit international coutumier ou d'une convention. Mais il ne s'ensuit pas que le droit international défend à un État d'exercer, dans son propre territoire, sa juridiction dans toute affaire où il s'agit de faits qui se sont passés à l'étranger et où il ne peut s'appuyer sur une règle permissive du droit international (...) Loin du défendre d'une manière générale aux États d'étendre leurs lois et leur juridiction à des personnes, des biens et des actes hors du territoire, il leur laisse, à cet égard, une large liberté, qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives: pur les autres cas, chaque État reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables (...) le titre à la juridiction qu'il exerce se trouve dans sa souveraineté».

laboral de un Estado es aquél que se sitúa en su territorio, en su espacio básico o natural de soberanía. En realidad, la diversidad de Derechos laborales estatales es consecuencia necesaria del hecho de que cada Estado ejerce su soberanía legislativa en Derecho del Trabajo y en su territorio. La unificación internacional completa del Derecho laboral es, por ello, misión casi imposible, como ha subrayado D. MOYA<sup>21</sup>.

En tercer lugar, el *locus laboris* constituye un criterio que, justamente combinado con el primer punto de conexión recogido en el art. 8 RR-I, protege, en una cierta medida, a los trabajadores e iguala la competencia laboral en un concreto mercado de trabajo. En efecto, todos los trabajadores que prestan sus servicios en un país quedan sujetos al mismo régimen jurídico, salvo elección de Ley por las partes, que será operativa sólo en el caso de que comporte un beneficio para el trabajador. El mercado de trabajo queda así, sujeto a una misma Ley y todos los trabajadores disponen del mínimo de protección jurídica laboral que les garantiza la Ley del país de prestación del servicio.

En cuarto lugar, el criterio *locus laboris* presenta un sentido práctico innegable. Todo trabajo queda siempre regido por las normas de Derecho Público Laboral del país legislación donde el trabajo se lleva a cabo. La aplicación de tales normas de Derecho Público es inevitable e insoslayable, como señala el art. 8 CC. Pues bien, como precisa H.L. BUXBAUM, la aplicación de la *lex loci laboris* a las relaciones jurídicas entre empleador y trabajador hace que toda la relación laboral quede sujeta al mismo ordenamiento jurídico, tanto en sus perfiles de Derecho Público como Privado<sup>22</sup>.

Sin embargo, la solución *lex loci laboris* ha sido también duramente criticada por varias razones.

Se dice, en primer lugar, que este criterio favorece la «deslocalización internacional de la producción» en la lógica de la globalización, resalta J. MEEUSEN, proyectada al Derecho laboral internacional<sup>23</sup>. Así, se afirma que este punto de conexión potencia el traslado de industrias españolas a otros países con bajos costes laborales y, en general, el traslado de la producción a países con legislaciones laborales de escaso nivel protector del trabajador por parte de empresas de Estados occidentales. Ello daña las condiciones de la competencia inter-empresarial en Occidente, puesto que las empresas que han deslocalizado su producción compiten con costes muy inferiores a los que deben asumir las empresas cuyos trabajadores prestan sus servicios en Occidente

Se ha sostenido, también, que este criterio potencia la explotación de los trabajadores. Como ha expuesto T. HELMS, los trabajadores que prestan sus servicios en condiciones que atentan contra la dignidad humana son explotados gracias a la regla *lex loci laboris*<sup>24</sup>. Es el

---

21 D. MOYA, «Conflits intra-européens de lois et conflits de souverainetés», *Journal de droit international Clunet*, 2020, pp. 529-570.

22 H.L. BUXBAUM, «Public Regulation and Private Enforcement in a Global Economy: Strategies for Managing Conflict», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 2019, t. 399, pp. 267-442.

23 JOHAN MEEUSEN, «The 'logic of globalization' versus the 'logic of the internal market': a new challenge for the European Union», *Acta Universitatis Carolinae Iuridica*, 2020, 4, pp. 19-29.

24 T. HELMS, «Ordre public –Der Einfluss der Grund– und Menschenrechte auf das IPR», *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax)*, 2017-2, pp. 153-159.

caso del trabajo infantil, legal o no regulado en muchos países según demuestra S. VILAR GONZÁLEZ<sup>25</sup>. Es el caso también de la llamada «*kafala* laboral». En ciertos Estados del golfo Pérsico existe una figura laboral conocida como *kafala* (= patrocinio), en cuya virtud los trabajadores prestan sus servicios bajo el patrocinio del empleador. En tales países, los trabajadores no disponen de numerosos derechos laborales considerados básicos por las leyes laborales de los Estados Occidentales, tales como salario mínimo, vacaciones, libertad sindical, etc. Los trabajadores, frecuentemente procedentes de terceros países, entregan su documentación al empleador, que la retiene de modo que los trabajadores no pueden, *de facto*, abandonar el país. La *kafala* laboral supone, igualmente, que los trabajadores no pueden demandar a sus empleadores ni cambiar de puesto de trabajo ni de empleador. Indica la prensa que al menos 672 trabajadores nepalíes han fallecido durante los últimos cinco años en Qatar con ocasión de las construcciones destinadas a la Copa del Mundo de fútbol de 2022<sup>26</sup>. En dicho país trabajan con asiduidad cerca de 1,5 millones de trabajadores procedentes de otros países, muchos de ellos de Nepal. En la práctica, la situación de estos trabajadores se aproxima en gran medida a un trabajo esclavizado realizado en condiciones físicas de extrema dureza.

En principio, por tanto, si el trabajo se desarrolla en un país, la Ley de dicho país rige el contrato laboral. Por tanto, en principio, se insiste, cuando empleador y trabajador son españoles pero el servicio se presta en otro país, es aplicable la ley extranjera que corresponde al país donde el trabajador presta sus servicios. En tal supuesto, no es posible aplicar la Ley española ni preceptos asilados y sueltos de la Ley española. Este «espiguelo de legislaciones», apunta justamente P. JUÁREZ PÉREZ, es contrario al art. 8 RR-I (STSJ Madrid Social 31 mayo 2021 [trabajo en Argentina])<sup>27</sup>.

Esta conexión resulta de muy frecuente aplicación práctica. Algunos ejemplos con explicaciones útiles de la conveniencia de aplicar al contrato de trabajo la ley del lugar de prestación del servicio pueden hallarse en la jurisprudencia española: STSJ Madrid, Social, 2 diciembre 2015 [escuela italiana en España]; STSJ Madrid, Social, 23 diciembre 2015 [escuela italiana en Madrid]; STSJ Madrid, Social, 16 noviembre 2015 [escuela italiana en Madrid]; STSJ Madrid Social 18 junio 2014 [contrato de trabajo a ejecutar en Italia]; STSJ Madrid Social 13 octubre 2011 [trabajo desarrollado en Consulado español en Argelia]; STSJ Comunidad Madrid, Social, 29 abril 2011 [chófer que presta su servicio al Consulado de España en Nueva York]; STSJ Madrid Social 28 septiembre 2004; STSJ Madrid Social, 15 junio 2004; STSJ Madrid Social 5 octubre 2004; STSJ Madrid Social 21 septiembre 2004; STSJ Madrid, Social, 25 abril 2005; ATS Social 15 septiembre 2005; STSJ Madrid Social 18 julio 2005; STSJ Madrid 10 octubre 2005; STSJ Madrid 10 octubre 2007 [trabajo en Marruecos de trabajadora española]; STSJ Madrid Social 15 enero 2008 [trabajo prestado en Delegación Oficial española en Rumanía y aplicación del Derecho laboral rumano], entre otras muchas<sup>28</sup>.

25 S. VILAR GONZÁLEZ, «Normativa internacional de protección frente al trabajo infantil en el contexto empresarial», en A. CEBRIÁN SALVAT/I. LORENTE MARTÍNEZ (DIR.), *Protección de menores y Derecho Internacional Privado*, Granada, Editorial Comares, 2019, pp. 261-270.

26 *Vid.*, como mero ejemplo, las informaciones recogidas en el diario *El País* 21 julio 2014: [http://elpais.com/elpais/2014/07/14/planeta\\_futuro/1405345046\\_603028.html](http://elpais.com/elpais/2014/07/14/planeta_futuro/1405345046_603028.html).

27 STSJ Madrid Social 31 mayo 2021 [ECLI:ES:TSJM:2021:6449]. P. JUÁREZ PÉREZ, «Ley aplicable al contrato de trabajo internacional: la proscripción del «espiguelo normativo» (STSJ de Madrid 10 de marzo 2020)», *Cuadernos de Derecho transnacional*, 2021, vol. 13, n. 1, pp. 931-938.

28 STSJ Madrid, Social, 16 noviembre 2015 [ECLI:ES:TSJM:2015:14093]; STSJ Madrid, Social, 2 diciembre 2015 [ECLI:ES:TSJM:2015:14122]; STSJ Madrid, Social, 23 diciembre 2015

### b) Trabajo desarrollado en varios países pero habitualmente en un concreto país: de nuevo la *lex loci laboris*

En el caso de que los servicios derivados del contrato de trabajo se presten en varios países, el art. 8.2 RR-I es también aplicable. En efecto, el precepto ordena aplicar la «ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente». Esta regla, de apariencia simple y transparente, exige precisar diversos extremos.

En el supuesto en el que el trabajo se presta en varios Estados, se aplica, en efecto, una sola Ley estatal. Es la Ley del Estado donde se presta el trabajo «habitualmente». Si existe un «lugar de prestación habitual de los servicios», la Ley del Estado donde radica tal lugar rige el contrato individual de trabajo. El adverbio «habitualmente» ha dado mucho que hacer al TJUE, como indica C. GULOTTA<sup>29</sup>.

El concepto de «lugar de prestación habitual del trabajo» debe ser interpretado de manera amplia. Así lo ha señalado el TJUE en insistente y rotunda jurisprudencia (STJUE 15 marzo 2011, C-29/10, *Koelzsch*, FD 43; STJUE 15 diciembre 2011, C-384/10, *Navimer*, FD 35)<sup>30</sup>.

El concepto de «lugar de prestación habitual del trabajo» es también un concepto autónomo, esto es, una noción jurídica europea propia del Reglamento Roma I. En consecuencia,

---

[ECLI:ES:TSJM:2015:14999]; STSJ Madrid Social 18 junio 2014 [ECLI:ES:TSJM:2014:6020]; STSJ Madrid Social 13 octubre 2011 [ECLI:ES:TSJM:2011:12195]; STSJ Madrid, Social, 29 abril 2011 [ECLI:ES:TSJM:2011:4112]; STSJ Madrid Social, 28 septiembre 2004 [ECLI:ES:TSJM:2004:11781]; STSJ Madrid Social, 15 junio 2004 [ECLI:ES:TSJM:2004:8017]; STSJ Madrid Social 5 octubre 2004 [ECLI:ES:TSJM:2004:12228]; STSJ Madrid Social 21 septiembre 2004 [ECLI:ES:TSJM:2004:11347]; STSJ Madrid, Social, 25 abril 2005 [ECLI:ES:TSJM:2005:4581]; ATS Social 15 septiembre 2005 [ECLI:ES:TS:2005:10822A]; STSJ Madrid Social 18 julio 2005 [ECLI:ES:TSJM:2005:12636]; STSJ Madrid 10 octubre 2005 [ECLI:ES:TSJM:2005:10687]; STSJ Madrid 10 octubre 2007 [ECLI:ES:TSJM:2007:13328]; STSJ Madrid Social 15 enero 2008 [ECLI:ES:TSJM:2008:203].

29 C. GULOTTA, «The first two decisions of the European Court of Justice on the law applicable to employment contracts», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2013, vol. 5, Nº 2, pp. 584-591;

30 STJUE 15 marzo 2011, C-29/10, *Heiko Koelzsch* [ECLI:EU:C:2011:151] FD 43: «Así pues, habida cuenta del objetivo perseguido por el artículo 6 del Convenio de Roma, procede señalar que el criterio del país en que el trabajador «realice habitualmente su trabajo», contenido en el apartado 2, letra a), de éste, debe interpretarse en sentido amplio, mientras que el criterio del país «en que se encuentre el establecimiento que haya contratado al trabajador», previsto en el apartado 2, letra b), del mismo artículo, debería aplicarse cuando el juez que conoce del asunto no pueda determinar en qué país se realiza habitualmente el trabajo». STJUE 15 diciembre 2011, C-384/10, *Navimer* [ECLI:EU:C:2011:842] FD 35: «Esta interpretación se ve corroborada por el análisis del objetivo perseguido por el artículo 6 del Convenio de Roma, que es garantizar una protección adecuada al trabajador. Así pues, como determinó el Tribunal de Justicia, el criterio del país en que el trabajador «realice habitualmente su trabajo», contenido en el apartado 2, letra a), del artículo 6 de dicho Convenio, debe interpretarse en sentido amplio, mientras que el criterio del país «en que se encuentre el establecimiento que haya contratado al trabajador», previsto en el apartado 2, letra b), del mismo artículo, debe aplicarse únicamente cuando el juez que conoce del asunto no puede determinar en qué país se realiza habitualmente el trabajo».

no debe ser definido con arreglo a ningún Derecho nacional concreto, sino con arreglo al Derecho europeo (STJUE 15 marzo 2011, C-29/10, *Koelzsch*, FJ 32)<sup>31</sup>. Empelar conceptos jurídicos uniformes en Derecho europeo es, remarca J.D. LÜTTRINGHAUS, fundamental para un correcto y equilibrado funcionamiento del espacio europeo de justicia<sup>32</sup>. Además esos conceptos deben ser interpretados en la misma dirección europea, apunta L. DE LIMA PINHEIRO<sup>33</sup>.

El concepto coincide con el que emplea el Reglamento Bruselas I-bis para determinar el lugar donde se desarrolla el trabajo a efectos de precisar el tribunal competente en litigios de trabajo con elementos extranjeros, como advierte M.P. RIVAS VALLEJO<sup>34</sup>. Es la coherencia conceptual del Derecho internacional privado europeo, escribe F.M. WILKE<sup>35</sup>. Así lo indica el TJUE en su nutrida y bien fundada jurisprudencia<sup>36</sup>. También el Tribunal Supremo español, advierte J.L. IRIARTE ÁNGEL, sigue esa senda<sup>37</sup>.

31 STJUE 15 marzo 2011, C-29/10, *Heiko Koelzsch* [ECLI:EU:C:2011:151] FD 32: «... el citado criterio debe interpretarse de manera autónoma, en el sentido de que el contenido y el alcance de esta norma de remisión no pueden determinarse sobre la base del Derecho del juez que conoce del asunto, sino que deben definirse con arreglo a criterios uniformes y autónomos para garantizar la plena eficacia del Convenio de Roma desde la perspectiva de los objetivos que persigue...».

32 J.D. LÜTTRINGHAUS, «Vorböten des internationalen Arbeitsrechts unter Rom I: Das bei «mobilen Arbeitsplätzen» anwendbare Recht und der Auslegungszusammenhang zwischen IPR und IZVR», *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax)*, 2011-VI, pp. 554-559.

33 L. DE LIMA PINHEIRO, «A interpretação no direito internacional privado», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2020, n.2, vol. 11, pp. 496-509.

34 *Vid.* arts. 20-23 del Reglamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición) (DOUE L 351 de 20 diciembre 2012), conocido como Reglamento Bruselas I-bis. M.P. RIVAS VALLEJO, «Ley aplicable y jurisdicción competente en litigios relativos a contratos de trabajo internacionales», *Actualidad Laboral*, marzo 2007, pp. 557-571.

35 F.M. WILKE, «Dimensions of coherence in EU conflict-of-law rules», *Journal of Private international law*, 2020, n.1, vol. 16, pp. 163-188. También D. COESTER-WALTJEN, «Einige Überlegungen zum Gebot der übergreifenden systematischen Auslegung nach Erwägungsgrund 7 Rom I-VO», *IPRax*, 2020, n.5 vol. 40, pp. 385-392.

36 *Vid.* como pronunciamientos más relevantes, STJUE 12 septiembre 2013, C-64/12, *Anton Schlecker vs. Josefa Boedeker* [ECLI:EU:C:2013:551] FD 31; STJUE 14 septiembre 2017, C-168/16 / C-169/16, *Nogueira / Osácar* [ECLI:EU:C:2017:688] FD 57-58 y 62-73; STJCE 27 febrero 2002, C-37/00, *Herbert Weber vs. Universal Ogden Services Ltd.*, *Recopilación*, 2002, p. I-2013. [ECLI:EU:C:2002:122] FD 49; STJCE 26 mayo 1982, 133/81, *Ivenel vs. Schwab*, *Recueil*, 1982, pp. 1981-1909. [ECLI:EU:C:1982:199]; STJCE 15 enero 1987, 266/85, *Shenavai vs. Kreisler*, *Recopilación*, 1987, pp. 239-258 [ECLI:EU:C:1987:11]; STJCE 15 febrero 1989, C-32/88, *Société Six Constructions vs. Humbert*, *Recopilación*, 1989, pp. 341-366. [ECLI:EU:C:1989:68]; STJCE 9 enero 1997, C-383/95, *Petrus Wilhelmus Rutten vs. Cross Medical Ltd.*, *Recopilación*, 1997, p. I-57 [ECLI:EU:C:1997:7]; STJCE 10 abril 2003, C-437/00, *Giulia Pugliese vs. Finmeccanica SpA, Betriebsteil Alenia Aerospazio*, *Recopilación*, 2003, p. I-3573 [ECLI:EU:C:2003:219]; STJUE 25 febrero 2021, C-804/19, *BU VS. Markt24 GmbH* [ECLI:EU:C:2021:134] FD 40-42).

37 J.L. IRIARTE ÁNGEL, «Ley aplicable a los contratos internacionales de trabajo. Reflexiones sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *El Tribunal Supremo y el Derecho Internacional Privado*, vol. 1, Murcia, Rapid Centro Color S.L., 2019, pp. 335-361.



Para individualizar el «lugar de prestación habitual del trabajo» es preciso evaluar «el conjunto de las circunstancias que caracterizan la actividad del trabajador». Entre tales circunstancias, se debe valorar cuál es el lugar a partir del cual el trabajador lleva a cabo su trabajo, el lugar donde recibe las instrucciones sobre su trabajo, el lugar donde organiza su trabajo, el lugar donde se hallan las herramientas de trabajo, y el lugar donde al que el trabajador regresa una vez finalizadas sus labores. Tras haber contado y pesado todos estos datos en el caso concreto, se deberá desprender con claridad cuál es el país donde el trabajador ejerce su actividad laboral y que presenta un vínculo significativo por tratarse del lugar donde el trabajador desarrolla «la mayor parte de su trabajo», el lugar donde o a partir del cual, «el trabajador cumple la parte principal de sus obligaciones frente al empresario». Son palabras de la STJUE 15 marzo 2011, C-29/10, Koelzsch, FD 44-45, 48-50<sup>38</sup>. En el mismo sentido se han pronunciado, entre otras, la STSJ Islas Baleares Social 13 julio 2021

---

38 STJUE 15 marzo 2011, C-29/10, Heiko Koelzsch [ECLI:EU:C:2011:151] FD 33: «... el criterio contenido en el artículo 6, apartado 2, letra a), del Convenio de Roma ha de aplicarse asimismo en un caso como el del litigio principal, en que el trabajador ejerce su actividad en más de un Estado contratante, cuando el órgano jurisdiccional que conoce del asunto pueda determinar con qué Estado tiene el trabajo un vínculo significativo». FD 45: «... cuando las prestaciones laborales se ejecutan en más de un Estado miembro, el criterio del país en que se realice habitualmente el trabajo debe interpretarse de modo amplio y entenderse en el sentido de que se refiere al lugar en el cual o a partir del cual el trabajador desempeña efectivamente su actividad profesional y, a falta de centro de actividad, al lugar en el que éste realice la mayor parte de su trabajo». FD 46: «... esta interpretación también concuerda con el tenor de la nueva disposición sobre las reglas de conflicto relativas a los contratos individuales de trabajo, introducida por el Reglamento nº 593/2008, que no es aplicable en el caso de autos *ratione temporis*. En efecto, según el artículo 8 del citado Reglamento, a falta de elección de las partes, el contrato individual de trabajo se rige por la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente. Esta ley sigue siendo aplicable cuando el trabajador realice su trabajo en otro Estado con carácter temporal. Además, como indica el vigésimo tercer considerando de dicho Reglamento, la interpretación de esa disposición debe inspirarse en los principios del favor laboratoris, ya que debe protegerse a las partes más débiles del contrato "por medio de normas de conflicto de leyes más favorables"». FD 47: «... el órgano jurisdiccional remitente debe interpretar en sentido amplio el criterio de vinculación contenido en el artículo 6, apartado 2, letra a), del Convenio de Roma para determinar si el recurrente en el litigio principal ha realizado su trabajo habitualmente en uno de los Estados contratantes y para precisar en cuál de ellos». FD 48: «... atendiendo a la naturaleza del trabajo en el sector del transporte internacional, como el controvertido en el litigio principal, el órgano jurisdiccional remitente debe tener en cuenta el conjunto de las circunstancias que caracterizan la actividad del trabajador». FD 49: «... dicho órgano debe determinar en qué Estado está situado el lugar a partir del cual el trabajador lleva a cabo sus misiones de transporte, recibe las instrucciones sobre sus misiones y organiza su trabajo, así como el lugar en que se encuentran las herramientas de trabajo. Asimismo debe comprobar cuáles son los lugares en que se efectúa principalmente el transporte, los lugares de descarga de la mercancía y el lugar al que el trabajador regresa una vez finalizadas sus misiones». FD 50: «... el artículo 6, apartado 2, letra a), del Convenio de Roma debe interpretarse en el sentido de que, en caso de que el trabajador ejerza su actividad en varios Estados contratantes, el país en que el trabajador, en ejecución del contrato, realice habitualmente su trabajo con arreglo a la citada disposición, es aquél en el cual o a partir del cual, habida cuenta del conjunto de circunstancias que caracterizan dicha actividad, el trabajador cumple la parte principal de sus obligaciones frente al empresario».

[despido y empresa irlandesa] la STSJ Baleares Social 19 febrero 2021 [contrato de trabajo en compañía aérea]<sup>39</sup>.

La redacción del art. 8 RR-I es muy clara también en el caso de teletrabajo internacional. En dicho caso, rige la Ley del Estado «a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente». No es relevante el país al que se envían los datos, ni tampoco el país donde radica la empresa que emplea al teletrabajador. Esta regla también se aplica a los trabajadores que disponen de una «sede laboral» en un país desde la cual prestan servicios en el territorio de otros países diferentes. Es el caso de los trabajadores contratados por las compañías aéreas que fletan vuelos internacionales, como ha demostrado F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ<sup>40</sup>.

### c) Trabajo desarrollado en varios países sin que pueda identificarse un lugar de prestación habitual del servicio

Sólo si no es posible individualizar un lugar en el que el trabajador presta su trabajo de manera habitual / principal, se deberá recurrir entonces a la regla subsidiaria contenida en el art. 8.3 RR-I, como señala J. RODRÍGUEZ RODRIGO<sup>41</sup>. Esto es: cuando no pueda determinarse un lugar de prestación habitual de la prestación laboral en virtud del art. 8.2 RR-I, entonces el contrato individual de trabajo se regirá por la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador. Este razonamiento coincide, *grosso modo*, con el que el mismo TJUE ha realizado para concretar el lugar del trabajo habitual para determinar el tribunal competente en el marco del art. 19.2.a RB I-bis<sup>42</sup>.

En el caso de «trabajadores itinerantes», trabajadores que carecen de un lugar principal de prestación de los servicios, el contrato se rige por la Ley del país «donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador» (*Lex Loci Delegationis*). Pues bien, debe subrayarse que el lugar «donde está situado el establecimiento a través

39 STSJ Baleares Social 19 febrero 2021 [ECLI:ES:TSJBAL:2021:183]; STSJ Islas Baleares Social 13 julio 2021 [ECLI:ES:TSJBAL:2021:601].

40 F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El Reglamento 'Roma I' sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?», *Diario La Ley*, núm. 6957, Sección Doctrina, 30 Mayo 2008, versión *on line*.

41 J. RODRÍGUEZ RODRIGO, «Lugar de trabajo habitual a la luz del 8.2 del Reglamento Roma I. Comentario de la STJUE de 15 julio 2021, asuntos acumulados C-152/20 y C-218/20», *Cuadernos de Derecho transnacional*, 2022-1, vol. 13, pp. 858-869.

42 *Vid.* como pronunciamientos más relevantes, STJUE 12 septiembre 2013, C-64/12, *Anton Schlecker vs. Josefa Boedeker* [ECLI:EU:C:2013:551] FD 31; STJUE 14 septiembre 2017, C-168/16 / C-169/16, *Nogueira / Osácar* [ECLI:EU:C:2017:688] FD 57-58 y 62-73; STJCE 27 febrero 2002, C-37/00, *Herbert Weber vs. Universal Ogdén Services Ltd.*, *Recopilación*, 2002, p. I-2013. [ECLI:EU:C:2002:122] FD 49; STJCE 26 mayo 1982, 133/81, *Ivenel vs. Schwab*, *Recueil*, 1982, pp. 1981-1909 [ECLI:EU:C:1982:199]; STJCE 15 enero 1987, 266/85, *Shenavai vs. Kreisler*, *Recopilación*, 1987, pp. 239-258 [ECLI:EU:C:1987:11]; STJCE 15 febrero 1989, C-32/88, *Société Six Constructions vs. Humbert*, *Recopilación*, 1989, pp. 341-366. [ECLI:EU:C:1989:68]; STJCE 9 enero 1997, C-383/95, *Petrus Wilhelmus Rutten vs. Cross Medical Ltd.*, *Recopilación*, 1997, p. I-57 [ECLI:EU:C:1997:7]; STJCE 10 abril 2003, C-437/00, *Giulia Pugliese vs. Finmeccanica SpA, Betriebsteil Alenia Aerospazio*, *Recopilación*, 2003, p. I-3573 [ECLI:EU:C:2003:219]; STJUE 25 febrero 2021, C-804/19, *BU VS. Markt24 GmbH* [ECLI:EU:C:2021:134] FD 40-42.

del cual haya sido contratado el trabajador» es el lugar desde el cuál el trabajador ha sido «captado».

Para concretar dicho lugar deben tomarse en consideración no los elementos relativos a la «realización del trabajo», sino únicamente los elementos relativos al «procedimiento de conclusión del contrato», como son el establecimiento que publicó el anuncio de contratación y el que realizó la entrevista, y debe tratar de determinar la localización real de dicho establecimiento (STJUE 15 diciembre 2011, C-384/10, *Navimer*, FD 49-50)<sup>43</sup>.

El art. 8.3 RR-I se refiere exclusivamente al «establecimiento que procedió a contratar al trabajador» y no al «establecimiento al que el trabajador está vinculado por su ocupación efectiva» (STJUE 15 diciembre 2011, C-384/10, *Navimer*, FD 52)<sup>44</sup>.

En el caso de captación del trabajador por medios telemáticos, tales como Internet, teléfono, carta u otros similares, el lugar donde radica el «establecimiento que ha captado al trabajador» no tiene por qué coincidir con el lugar donde el trabajador ha recibido la oferta ni tampoco con el lugar desde donde ésta parte. En efecto, no se trata de individualizar el «lugar de celebración del contrato». Por ello, el art. 1262 CC es inaplicable. Dicho precepto no puede ser aplicado para saber cuál es el lugar donde ha sido contratado el trabajador. Le lugar relevante a efectos del art. 8.3 RR-I es el lugar donde se halla situado el establecimiento que lanza la «oferta de trabajo a distancia».

El término «establecimiento» debe ser interpretado en sentido muy amplio. No se refiere únicamente a las unidades de actividad de la empresa dotadas de personalidad jurídica. Permite tomar en consideración «todas las estructuras estables de una empresa». De ese modo, no sólo las filiales y las sucursales, sino también otras unidades, como las oficinas de una empresa, pueden constituir establecimientos en el sentido del art. 8.3 RR-I, aunque carezcan de personalidad jurídica. No obstante, el establecimiento requiere, para ser tal, una nota de «estabilidad». No es «establecimiento» una «presencia meramente transitoria en un Estado de un agente de una empresa procedente de otro Estado a efectos de la contratación de trabajadores» (STJUE 15 diciembre 2011, C-384/10, *Navimer*, FD 54)<sup>45</sup>.

---

43 STJUE 15 diciembre 2011, C-384/10, *Jan Voogsgeerd vs. Navimer SA*, [ECLI:EU:C:2011:842] FD 49: «Únicamente en el supuesto en que existan elementos relativos al procedimiento de contratación que permitan constatar que la empresa que concluyó el contrato de trabajo actuó realmente en nombre y por cuenta de otra empresa podrá el tribunal remitente considerar que el criterio de vinculación contenido en el artículo 6, apartado 2, letra b), del Convenio de Roma se remite a la ley del país en el que se sitúa el establecimiento de esa última empresa». FD 50: «Por consiguiente, a efectos de dicha apreciación, el órgano jurisdiccional remitente debería tomar en consideración no los elementos relativos a la realización del trabajo, sino únicamente los relativos al procedimiento de conclusión del contrato, como son el establecimiento que publicó el anuncio de contratación y el que realizó la entrevista, y debe tratar de determinar la localización real de dicho establecimiento».

44 STJUE 15 diciembre 2011, C-384/10, *Jan Voogsgeerd vs. Navimer SA*, [ECLI:EU:C:2011:842].

45 STJUE 15 diciembre 2011, C-384/10, *Jan Voogsgeerd vs. Navimer SA*, [ECLI:EU:C:2011:842] FD 54: «A este respecto, procede señalar en primer lugar que del tenor de dicha disposición se desprende claramente que ésta no se refiere únicamente a las unidades de actividad de la empresa dotadas de personalidad jurídica, ya que el término «establecimiento» se refiere a todas las estructuras estables de una empresa. En consecuencia, no sólo las filiales y las sucursales, sino

En los casos de trabajos prestados en varios países a través de una ETT surge un agudo problema: ¿prevalece la Ley del lugar donde radica el «establecimiento de la ETT» o el lugar donde radica el «establecimiento de la empresa a la que se prestan los servicios»? El art. 8.3 RR-I parece decantarse por el lugar donde radica el establecimiento o sede de la ETT que contrata al trabajador, pues no existe contrato entre el trabajador y la empresa a la que se prestan materialmente los servicios.

#### d) Cláusula de excepción

El art. 8.4 RR-I contiene una llamada «cláusula de excepción». A tenor del precepto, resulta que, si, con independencia de cual sea el país o países de prestación de los servicios, el contrato de trabajo presenta vínculos más estrechos con otro país, se aplicará la Ley de ese «otro país». Se aplica, pues, indica P. CORLAY, la Ley del Estado con el que el contrato presenta los «vínculos más estrechos» (art. 8.4 RR-I)<sup>46</sup>.

El objetivo de este art. 8.4 RR-I radica en garantizar la previsibilidad de las soluciones legales y en potenciar la seguridad jurídica. Esta regla es una «cláusula de excepción» que puede aplicarse cuando el único «dato de extranjería» del asunto sea el «país de prestación de los servicios». De este modo, se evita la aplicación de la Ley del país donde se prestan los servicios (*Lex Loci Laboris*) y se aplica la Ley del país más vinculado, que suele ser la Ley del país de residencia o sede común de empresario y trabajador. Así puede apreciarse en numerosa jurisprudencia española: STSJ Madrid Social 14 noviembre 2022 [empleador y trabajador españoles y trabajo en Florida]; STSJ Asturias Social 13 septiembre 2016 [contrato de trabajo de alta dirección a ejecutar en Colombia]; STSJ Castilla y León, Social, 11 mayo 2016 [transporte por carretera]; STSJ Castilla y León, Social, 25 mayo 2016 [trabajador y contrato de transporte]; STSJ Las Palmas, Social, 30 diciembre 2015 [cesión de trabajadores a empresa marroquí]; Sent. Juzgado Social de Bilbao 29 septiembre 2014 [despido laboral]; STSJ Islas Canarias Social 17 octubre 2013 [contrato de embarque]; STSJ Islas Canarias Las Palmas Social 26 febrero 2009 [contrato internacional de trabajo y cesión de mano de obra a empresa extranjera]; STSJ Galicia 26 abril 2004; STSJ Canarias 24 noviembre 2004; STSJ Canarias, Social, 7 marzo 2005; erróneamente: STS, Social, 25 enero 2000<sup>47</sup>.

---

*también otras unidades, como las oficinas de una empresa, pueden constituir establecimientos en el sentido del artículo 6, apartado 2, letra b), del Convenio de Roma, incluso aunque carezcan de personalidad jurídica».*

46 P. CORLAY, «Le contrôle de l'application de la clause d'exception par la Cour de cassation (Soc. 9 mai 2019, n° 17-27.565, inédit)», *Revue critique de droit international privé*, 2020, 1, pp. 159-164.

47 STSJ Madrid Social 14 noviembre 2022 [ECLI:ES:TSJM:2022:13696]; STSJ Asturias Social 13 septiembre 2016 [ECLI:ES:TSJAS:2016:2477]; STSJ Castilla y León, Social, 11 mayo 2016 [ECLI:ES:TSJCL:2016:1864]; STSJ Castilla y León, Social, 25 mayo 2016 [JUR 2016\155675]; STSJ Las Palmas, Social, 30 diciembre 2015 [ECLI:ES:TSJICAN:2015:4016]; Sent. Juzgado Social de Bilbao 29 septiembre 2014 [ECLI:ES:JSO:2014:160]; STSJ Islas Canarias Social 17 octubre 2013 [ECLI:ES:TSJICAN:2013:3609]; STSJ Islas Canarias Las Palmas Social 26 febrero 2009 [ECLI:ES:TSJICAN:2009:766]; STSJ Galicia Social 26 abril 2004 [ECLI:ES:TSJGAL:2004:2872]; STSJ Canarias 24 noviembre 2004 [ECLI:ES:TSJICAN:2004:5057]; STSJ Canarias, Social, 7 marzo 2005 [ECLI:ES:TSJICAN:2005:880]; STS Social 25 enero 2000 [ECLI:ES:TS:2000:363].

El propósito de esta disposición es, así, alcanzar «la previsibilidad» de la ley aplicable al contrato de trabajo, esto es, «la seguridad jurídica en las relaciones contractuales» (STJUE 12 septiembre 2013, C-64/12, *Boedeker vs. Josefa Boedeker*, FD 35)<sup>48</sup>.

En los casos de cesión ilegal de mano de obra española de empresa española a empresa extranjera, el trabajador español está vinculado con la primera empresa, esto es, con la empresa española, y no con la empresa extranjera. Ello resulta determinante para apreciar una vinculación más estrecha del contrato con España.

La aplicación de esta cláusula no es «excepcional», como ha destacado con brillantez M.A. MOREAU<sup>49</sup>. El precepto no exige que la vinculación del caso con ese otro país sea «manifiesta» ni que tales vínculos con ese otro país se desprendan «claramente» de la situación. Basta acreditar con un análisis del «conjunto de circunstancias», que el contrato presenta «vínculos más estrechos» con un país distinto del indicado en los apartados 2 ó 3 del art. 8 RR-I. Desde este punto de vista el art. 8.4 RR-I opera como una auténtica «cláusula de escape» más que como una «cláusula de excepción», a diferencia de lo que ocurre con el art. 4.3 RR-I, cuyo carácter es indiscutidamente «excepcional». Por otra parte, debe afirmarse, con J. DÉPREZ, que el art. 8.4 RR-I ordena aplicar la «Ley del país más vinculado con la situación», y no la «Ley más favorable al trabajador» ni, necesariamente, la Ley del país cuyos tribunales conocen del asunto (*Lex Fori*)<sup>50</sup>. En el mismo sentido se pronuncia la STJUE 12 septiembre 2013, C-64/12, *Boedeker*, FD 34<sup>51</sup>. Se trata de aplicar la Ley del país más vinculado con el contrato de trabajo, no la Ley cuyo contenido o aplicación concreta favorezca en mayor medida al trabajador. El precepto sigue una «orientación conflictual» y no una «orientación material».

Es el órgano jurisdiccional competente para decidir sobre el caso, el que deberá determinar si debe operar la cláusula de escape o no. Dicho órgano debe realizar un análisis razonado de la posible vinculación más estrecha del contrato con un Estado distinto del Estado de la realización habitual del trabajo. El tribunal competente debe «tener en cuenta la totalidad de los elementos que caracterizan la relación laboral y apreciar el elemento o elementos que, a su juicio, son más significativos» (STJUE 12 septiembre 2013, C-64/12, *Boedeker*, FD 26-28)<sup>52</sup>.

48 STJUE 12 septiembre 2013, C-64/12, *Anton Schlecker vs. Josefa Boedeker* [ECLI:EU:C:2013:551] FD 35: «Según resulta del tenor y de la finalidad del artículo 6 del Convenio de Roma, el juez debe, en un primer momento, determinar la ley aplicable sobre la base de los criterios de vinculación específicos que figuran en el apartado 2, letra a), y, respectivamente, letra b), de dicho artículo, los cuales obedecen a la exigencia general de previsibilidad de la ley y, por tanto, de seguridad jurídica en las relaciones contractuales (...)».

49 M.A. MOREAU, «L'implication des travailleurs dans la société européenne», *Droit social*, n° 11, novembre 2001, pp. 967-976.

50 J. DÉPREZ, «Les clauses relatives au règlement des litiges dans le contrat de travail international», *International Business Law Journal*, 1990, pp. 833-850.

51 STJUE 12 septiembre 2013, C-64/12, *Anton Schlecker vs. Josefa Boedeker* [ECLI:EU:C:2013:551] FD 34: «En la medida en que el objetivo perseguido por el artículo 6 del Convenio de Roma es garantizar una protección adecuada al trabajador, dicha disposición debe garantizar que se aplique, al contrato de trabajo, la ley del país con el que ese contrato establece los vínculos más estrechos. Pues bien, tal interpretación no debe conducir necesariamente, como subrayó el Abogado General en el punto 36 de sus conclusiones, a que se aplique, en todos los casos, la ley más favorable para el trabajador».

52 STJUE 12 septiembre 2013, C-64/12, *Anton Schlecker vs. Josefa Boedeker* [ECLI:EU:C:2013:551]

Se trata de una valoración global en la que deben pesarse las conexiones del contrato de trabajo con distintos Estados, y no simplemente contarse, pues hay elementos más importantes que otros, elementos que son más aptos que otros para poner de manifiesto una conexión sustancial del contrato con un Estado concreto. Tales elementos pueden ser, *inter alia*: (a) El país en el que el trabajador por cuenta ajena paga sus impuestos y los tributos que gravan las rentas de su actividad; (b) El país en el que está afiliado a la seguridad social y a los distintos regímenes de jubilación, seguro por enfermedad e invalidez; (c) Los parámetros relacionados con la fijación del salario u otras condiciones de trabajo, como la moneda de pago; (d) La nacionalidad y domicilio del empresario (STJUE 12 septiembre 2013, C-64/12, *Boedeker*, FD 29 y 41)<sup>53</sup>; (e) El hecho de que se firmen varios contratos, algunos con una elección implícita de la Ley aplicable y otros sin dicha cláusula, contratos celebrados con continuidad y para la ejecución del mismo trabajo, permite afirmar que los contratos carentes de elección de Ley presentan los vínculos más estrechos con el país cuya Ley rige los contratos cuya Ley sí ha sido elegida. Así, en el caso de la sentencia del TGUE 10 noviembre 2021, *L.J. vs. Consejo de la Unión Europea y otros*, [trabajador irlandés que presta sus servicios en Kosovo], un trabajador irlandés fue contratado por la Comisión Europea para realizar diversas operaciones en Kosovo. Los primeros contratos firmados entre las partes se remitían a una «Comunicación C(2009) 9502» en la que se disponía expresamente que, «en lo que respecta [...] al Derecho [...] laboral aplicable al personal internacional, seguirá siendo aplicable la legislación de su país de origen o del país de su residencia fiscal permanente» y «el contrato de trabajo estará sujeto al Derecho laboral y a la legislación social del Estado del que sea nacional la per-

---

FD 26: «Además, según la última frase del citado apartado 2, esos dos criterios de vinculación no son aplicables cuando del conjunto de circunstancias resulte que el contrato de trabajo tiene vínculos más estrechos con otro país, en cuyo caso será aplicable la ley de este otro país (...)».

FD 27: «En el asunto principal, como se desprende de la resolución de remisión, las partes contractuales no eligieron expresamente la aplicación de una ley determinada. Además, las partes no discuten que la Sra. Boedeker, en el marco de la ejecución de su segundo contrato de trabajo con Schlecker, celebrado el 30 de noviembre de 1994, había realizado habitualmente sus actividades en los Países Bajos durante más de once años y sin interrupción en ese mismo país». FD 28: «No obstante, el órgano jurisdiccional remitente considera que todos los demás elementos de vinculación del contrato indican un vínculo más estrecho con Alemania. En consecuencia, quiere saber si las disposiciones del artículo 6, apartado 2, letra a), del Convenio de Roma deben interpretarse en sentido amplio por lo que atañe a la última frase del citado artículo 6, apartado 2».

- 53 STJUE 12 septiembre 2013, C-64/12, *Anton Schlecker vs. Josefa Boedeker* [ECLI:EU:C:2013:551] FD 29: «En efecto, como se desprende de la resolución de remisión, el Derecho alemán podría ser de aplicación dado que la totalidad de las circunstancias indican un vínculo más estrecho con Alemania, a saber, el hecho de que el empresario era una persona jurídica alemana, que la remuneración se pagaba en marcos alemanes (antes de la introducción del euro), que el seguro de jubilación estaba suscrito ante un asegurador alemán, que la Sra. Boedeker había mantenido su domicilio en Alemania donde pagaba sus cotizaciones sociales, que el contrato de trabajo hacía referencia a disposiciones imperativas del Derecho alemán y que el empleador abonaba los gastos de desplazamiento de la Sra. Boedeker de Alemania a los Países Bajos». FD 41: «Entre los elementos significativos de vinculación, procede, por el contrario, tener en cuenta particularmente el país en el que el trabajador por cuenta ajena paga sus impuestos y los tributos que gravan las rentas de su actividad y aquel en el que está afiliado a la seguridad social y a los distintos regímenes de jubilación, seguro por enfermedad e invalidez. Por otra parte, el órgano jurisdiccional nacional debe tener en cuenta también la totalidad de las circunstancias del asunto, como, en particular, los parámetros relacionados con la fijación del salario u otras condiciones de trabajo».

sona contratada o del Estado de la residencia (fiscal) permanente declarada de esta última antes de su entrada en funciones». Por tanto, los nueve primeros contratos firmados entre las partes quedaban sujetos al Derecho irlandés, visto que el trabajador era irlandés y tenía su residencia habitual en Irlanda (art. 8.1 RR-I). Otros dos contratos firmados con los mismos cometidos entre las mismas partes carecían de esa cláusula de elección de Ley. Pues bien, el TGEU afirmó que, el Derecho aplicable en principio sería el Derecho kosovar (Ley del país de ejecución de la prestación laboral). Sin embargo, los dos contratos referidos presentan vínculos más estrechos con el Derecho irlandés, en el sentido del art. 8.4 RR-I. En efecto, en primer lugar, pese a la celebración sucesiva de contratos, existía una relación laboral continua entre las partes desde que firmaron el primero de los once contratos. A la vista de esta continuidad y de los vínculos existentes entre los once contratos, ante el silencio de los dos últimos contratos sobre la elección por las partes contratantes del Derecho aplicable al litigio de Derecho laboral que subyace a la primera pretensión, debe indicarse que es aplicable, a estos dos últimos contratos, la Ley irlandesa, Ley implícitamente elegida por las partes para los primeros nueve contratos<sup>54</sup>.

### e) Supuesto especial: desplazamiento temporal internacional de trabajadores

En el caso de desplazamientos internacionales de trabajadores, indica el art. 8.2 RR-I que «no se considerará que cambia el país de realización habitual del trabajo cuando el trabajador realice con carácter temporal su trabajo en otro país». Es decir, que en el supuesto de desplazamiento internacional de trabajadores, la Ley aplicable al contrato de trabajo sigue siendo la Ley del Estado en cuyo territorio el trabajador presta sus servicios habituales. Esta

54 Sentencia TGUE 10 noviembre 2021, *L.J. vs. Consejo de la Unión Europea y otros*, [ECLI:ECLI:EU:T:2021:764] FD 119: «A la vista de las consideraciones anteriores, en lo que atañe a los nueve primeros CDD, el Tribunal General constata que las partes contratantes eligieron, a los efectos del artículo 8, apartado 1, del Reglamento Roma I, el Derecho irlandés como Derecho laboral nacional aplicable, designando, mediante remisión a la Comunicación C(2009) 9502, primeramente, el Derecho del país del que era nacional el demandante [de conformidad con el punto 4.a, párrafo décimo, de la Comunicación C(2009) 9502], y además el Derecho de su país de origen y de residencia (fiscal) permanente antes de su entrada en funciones en la Misión Eulex Kosovo [conforme al punto 4a, párrafos tercero y décimo, de la Comunicación C(2009) 9502]». FD 128: «Por consiguiente, al no haber realizado las partes contratantes una elección en tal sentido en estos últimos CDD, se ha de determinar el Derecho laboral aplicable sobre la base de los criterios de conexión del Derecho internacional privado, a saber, en este caso, como se ha recordado en el apartado 106 de la presente sentencia, con arreglo a los criterios objetivos del artículo 8, apartados 2 a 4, del Reglamento Roma I. FD 129: «A este respecto, conforme a los criterios sucesivos de los apartados 2 y 3 del artículo 8 del Reglamento Roma I, el Derecho aplicable en principio sería el Derecho kosovar. Sin embargo, como recalcan tanto el demandante como la Misión Eulex Kosovo, según el artículo 2, apartado 4, de la Law N.º 03/L-212 on Labour (Ley n.º 03/L-212 sobre el Trabajo) de Kosovo, aportada como anexo al escrito de contestación de la Misión Eulex Kosovo, las disposiciones de esta Ley no eran aplicables a las relaciones laborales concertadas en Misiones internacionales como la Misión Eulex Kosovo. El propio Derecho laboral kosovar excluye, pues, su aplicación a unas relaciones laborales como las controvertidas». FD 130: «En cualquier caso, procede señalar que los CDD décimo y undécimo presentan vínculos más estrechos con el Derecho irlandés, en el sentido del artículo 8, apartado 4, del Reglamento Roma I, de ahí que sea este el Derecho que debe aplicarse a dichos contratos».

regla conduce a un inevitable un «*dumping* social internacional»: trabajadores contratados en un país determinado en condiciones ventajosas para los empresarios, pueden ser «introducidos» temporalmente en el territorio de otros Estados con legislaciones laborales más severas, y los contratos seguirían regulados por la «Ley de origen» o Ley del país donde «habitualmente» prestan sus servicios los trabajadores. Para evitar este resultado, —profundamente perturbador del mercado laboral de países con legislaciones sociales avanzadas—, la Directiva 96/71/CE y la Ley 45/1999 de 29 de noviembre, introducen una regulación jurídica específica del desplazamiento temporal internacional de trabajadores<sup>55</sup>.

#### f) Supuesto especial: contratos de trabajo en espacios no sometidos a soberanía estatal

Los contratos de trabajo a desarrollar en espacios no sometidos a soberanía estatal constituyen supuestos cada vez más frecuentes: trabajo en plataformas petrolíferas situadas en aguas internacionales, trabajos desarrollados en los fondos marinos internacionales, viajes espaciales, estaciones orbitales, expediciones a la Antártida, trabajo a bordo de buques que navegan por aguas internacionales, etc.

En relación con los trabajos desplegados en lugares no sujetos a ninguna soberanía estatal, debe indicarse que, a falta de elección de Ley, no puede recurrirse a la Ley del país donde se prestan los servicios (art. 8.2 RR-I), por razones evidentes. Debe aplicarse, pues, la «*Ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador*». Se trata de la Ley del país donde el trabajador fue «captado» por el empresario (art. 8.3 RR-I). En todo caso, si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto al país donde fue captado el trabajador, se aplicará la ley de ese otro país, pues es operativa la «cláusula de escape» (art. 8.4 RR-I).

---

55 Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 diciembre 1996 sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (DOUE L 18 de 21 enero 1997). *Vid.* en este sentido, P. JUÁREZ PÉREZ, «El desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios: la incidencia de la Directiva 96/71/CE en los Convenios comunitarios de DIPr.», *RRL*, 1999-1, pp. 1260-1283; P. FRANZINA, «Questioni relative al distacco del lavoratore nel diritto internazionale privato della Comunità europea», *Lavoro e diritto*, 2008, pp. 97-123; E. EICHENHOFER, «Transnationale Rechtsansprüche auf Grund Europäischen Arbeits und Sozialrechts», *ZESAR*, 20, 7, 2021, pp. 275-283; N. FERNÁNDEZ AVELLO, «Aplicación de las condiciones laborales del Estado de acogida a los trabajadores temporalmente desplazados y Reglamento Roma I: Sentencias del TJ de 8 diciembre 2020, asuntos C-620/18 y C-626/18», *La Ley Unión Europea*, 2021, n.º 89; N. FERNÁNDEZ AVELLO, «Cesiones temporales sucesivas por medio de empresas de trabajo temporal y supuestos de movilidad transfronteriza», *La Ley Unión Europea*, n.º 87, 2020; N. FERNÁNDEZ AVELLO, «Personal de vuelo de las compañías aéreas, ¿trabajadores desplazados?», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2019-2020, núm. 19-20, pp. 391-411; M.E. RISAK, «Grenzüberschreitendes Arbeiten im virtuellen Raum: ein Fall für das europäische Arbeitsrecht?», *Das Recht der Arbeit*, 69, 2, 2019, n.º 381, pp. 117-121; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ / M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, «Desplazamientos temporales de trabajadores en la CEE y ley aplicable al contrato de trabajo», *RRL*, núm.21, noviembre 1993, pp. 25-50; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ / M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, «Contrato internacional de trabajo y Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, impacto en el sistema jurídico español», *RRL*, mayo 1996, núm.10, pp. 85-124.



**g) Supuesto especial: trabajos a desarrollar a bordo de buque o aeronave**

Por lo que hace referencia a los trabajos desarrollados a bordo de buques o aeronaves y lugar de prestación habitual del trabajo, el problema se plantea, fundamentalmente, en relación con el contrato de embarque internacional. Tal y como hace notar J.L. IRIARTE ÁNGEL, a falta de elección de Ley por las partes, debe concretarse el lugar de prestación de los servicios (art. 8.2 RR-I)<sup>56</sup>. En los contratos de trabajo cuyos servicios deben prestarse a bordo de buques que navegan por aguas jurisdiccionales de diversos países, es relevante el lugar desde donde se realice habitualmente el trabajo, esto es, el lugar en el cual o a partir del cual el trabajador desempeña efectivamente su actividad profesional, —que es el «centro de actividad laboral»—, y, a falta de dicho centro de actividad, es relevante el lugar en el que el trabajador realiza la mayor parte de su trabajo. Para concretar cuál es dicho lugar, debe tenerse en cuenta, en consecuencia, el lugar a partir del cual el trabajador lleva a cabo sus misiones de transporte, lugar donde recibe las instrucciones sobre sus misiones y lugar donde organiza su trabajo, así como el lugar en que se encuentran las herramientas de trabajo. Si estos elementos confluyen en un mismo país, es claro que dicho país constituye el lugar donde el trabajador «realiza habitualmente su trabajo», lugar a partir del que, habida cuenta del conjunto de los elementos que caracterizan dicha actividad, el trabajador cumple la parte esencial de sus obligaciones respecto de su empleador (STJUE 15 diciembre 2011, C-384/10, *Navimer*, FD 36-40)<sup>57</sup>.

56 J.L. IRIARTE ÁNGEL, *El contrato de embarque internacional*, Madrid, Eurolex, 1993, esp. pp. 88-89; J.L. IRIARTE ÁNGEL, «La precisión del lugar habitual de trabajo como foro de competencia y punto de conexión en los reglamentos europeos», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, vol. 10, núm. 2, pp. 477-496.

57 STJUE 15 diciembre 2011, C-384/10, *Jan Voogsgeerd vs. Navimer SA*, [ECLI:EU:C:2011:842], FD 36: «De ese modo, en un supuesto como el del litigio principal, que se refiere a un trabajador que realiza sus actividades en varios Estados contratantes, el criterio contenido en el artículo 6, apartado 2, letra a), del Convenio de Roma ha de aplicarse asimismo cuando el órgano jurisdiccional que conoce del asunto pueda determinar con qué Estado tiene el trabajo un vínculo significativo (...)». FD 37: «En ese caso, el criterio del país en que se realice habitualmente el trabajo debe entenderse en el sentido de que se refiere al lugar en el cual o a partir del cual el trabajador desempeña efectivamente su actividad profesional y, a falta de centro de actividad, al lugar en el que éste realice la mayor parte de su trabajo (...)». FD 38: «En consecuencia, atendiendo a la naturaleza del trabajo en el sector marítimo, como el controvertido en el litigio principal, el órgano jurisdiccional que conoce del asunto debe tener en cuenta el conjunto de las circunstancias que caracterizan la actividad del trabajador y, en particular, determinar en qué Estado está situado el lugar a partir del cual el trabajador lleva a cabo sus misiones de transporte, recibe las instrucciones sobre sus misiones y organiza su trabajo, así como el lugar en que se encuentran las herramientas de trabajo (...)». FD 39: «Si de lo anterior se desprende que el lugar a partir del cual el trabajador efectúa sus misiones de transporte y recibe también las instrucciones sobre sus misiones es siempre el mismo, debe considerarse que es en dicho lugar donde realiza habitualmente su trabajo, en el sentido del artículo 6, apartado 2, letra a). En efecto, como se ha recordado en el apartado 32 de la presente sentencia, el criterio del lugar en el que el trabajador realiza habitualmente su trabajo es de aplicación preferente». FD 40: «En consecuencia, los elementos que caracterizan la relación laboral, como figuran en la resolución de remisión, a saber el lugar de la ocupación efectiva, el lugar en el que el trabajador recibe las instrucciones o aquel en el que debe presentarse para cumplir sus misiones, son relevantes para determinar la ley aplicable a dicha relación laboral en el sentido de que, cuando dichos lugares están situados en el mismo país, el juez que conoce del asunto puede considerar que la situación entra en el ámbito de aplicación del artículo 6, apartado 2, letra a), del Convenio de Roma».

En lo que respecta a los trabajos a desarrollar a bordo de naves que enarbolan pabellón nacional y desarrollados en aguas internacionales, dos supuestos deben distinguirse.

Primero, en los supuestos de trabajo a bordo de buques o aeronaves, el art. 8.2 RR-I conduce a la aplicación de la «Ley del pabellón del buque o aeronave», como Ley del país donde se prestan los servicios (*Lex Loci Laboris* por *factio juris*) (STSJ Andalucía Social 14 julio 2022 [nacional cubano]; STSJ Baleares Social 4 noviembre 2015 [trabajo a bordo de buque y posible pabellón de complacencia]; STS, Social, 19 febrero 1990; STCT 24 noviembre 1981; STCT 13 marzo 1979; STSJ Galicia 26 abril 2004; STSJ CCAA Canarias, Social, 9 noviembre 2006; STSJ País Vasco 15 enero 2008 [trabajo a bordo de buque francés])<sup>58</sup>.

Segundo, como regla especial, en el supuesto de buques o aeronaves que enarbolan «pabellones de complacencia», —banderas de países escasamente vinculados con el caso concreto y que se enarbolan por motivos exclusivamente fiscales—, debe acudir a la cláusula de escape y aplicar la Ley del Estado con el que el contrato presenta los vínculos más estrechos (art. 8.4 RR-I). A tal efecto se puede utilizar el art. 8.4 RR-I, al que recurre, expresa o implícitamente, numerosa jurisprudencia española (STSJ Baleares Social 4 noviembre 2015 [trabajo a bordo de buque y posible pabellón de complacencia]; Sent. Juzgado Social de Bilbao 29 septiembre 2014 [despido laboral]; STSJ Canarias Social 9 noviembre 2006; STS Social 9 febrero 1987; STSJ Canarias Social 7 marzo 2005). En efecto, al no existir vinculación real entre el Estado del pabellón y la situación contractual, la aplicación de la Ley de dicho país no estaría justificada, y además, con frecuencia las empresas pesqueras emplean buques con pabellones de complacencia que corresponden a países con una legislación social de escasa calidad<sup>59</sup>.

#### h) Supuesto especial: trabajador contratado en otro país a través de una ETT

En relación con el contrato que presta en un país un trabajador contratado en otro país a través de una ETT, debe ponerse de relieve que, a falta de elección de Ley, se aplica la Ley del país donde el trabajador presta habitualmente sus servicios, y no la Ley del país donde radica la ETT ni la Ley del país donde radica la empresa a la que se prestan los servicios. El art. 8.2 RR-I es plenamente aplicable.

### 3. Orden público internacional y *Lex Loci Laboris*

La Ley del país donde el trabajador presta sus servicios puede ser descartada si vulnera el orden público internacional del país cuyos tribunales conocen del asunto (*Lex Fori*): art. 21 RR-I. En particular, como señala J. OSTER, esta cláusula puede ayudar a la defensa de los

58 STSJ Andalucía Social 14 julio 2022 [ECLI:ECLI:ES:TSJAND:2022:9272]; STSJ Baleares Social 4 noviembre 2015 [ECLI: ES:TSJBAL:2015:979]; STS Social 19 febrero 1990 [ECLI:ES:TS:1990:17347]; STCT 24 noviembre 1981 [R.6863]; STCT 13 marzo 1979 [R.1648]; STSJ Galicia Social 26 abril 2004 [ECLI:ES:TSJGAL:2004:2872]; STSJ CCAA Canarias, Social, 9 noviembre 2006 [ECLI:ES:TSJICAN:2006:4636]; STSJ Madrid Social 15 enero 2008 [ECLI:ES:TSJM:2008:203].

59 STSJ Baleares Social 4 noviembre 2015 [ECLI: ES:TSJBAL:2015:979]; Sent. Juzgado Social de Bilbao 29 septiembre 2014 [ECLI:ES:JSO:2014:160]; STSJ CCAA Canarias, Social, 9 noviembre 2006 [ECLI:ES:TSJICAN:2006:4636]; STS Social de 9 febrero 1987 [ECLI:ES:TS:1987:805]; STSJ Canarias, Social, 7 marzo 2005 [ECLI:ES:TSJICAN:2005:880].

derechos humanos en el ámbito laboral<sup>60</sup>. Varias observaciones, expresa R. CLERICI, son precisas al respecto<sup>61</sup>.

No procede invocar el orden público internacional del foro por el simple hecho de que la *Lex Fori* sea «más favorable» para el trabajador que la Ley del país en cuyo territorio se prestan los servicios (sentencia de la corte di cassazione (Italia) de 26 noviembre 2004)<sup>62</sup>.

El orden público internacional en materia laboral no está constituido por las normas inderogables o imperativas de la *Lex Fori*, sino por los principios básicos del Derecho Laboral español, como bien señala, con carácter general, K. CHNG<sup>63</sup>. Así, muy correctamente, ha razonado la corte di cassazione italiana (sentencia de la corte di cassazione (Italia) de 21 abril 2005; sentencia de la corte di cassazione (Italia) de 7 diciembre 2005; sentencia de la corte di cassazione (Italia) de 23 febrero 2006; sentencia de la corte di cassazione (Italia) de 4 mayo 2007)<sup>64</sup>.

El hecho de que el Derecho del país de prestación de los servicios regule las cuestiones laborales de manera distinta a como lo hace la legislación española no autoriza a aplicar dicha legislación ni a invocar el orden público internacional (confusa: STSJ Madrid, Social, 8 junio 2015 [Derecho laboral norteamericano]; con errores muy graves: STSJ Madrid 10 octubre 2007 [trabajo en Marruecos de trabajadora española] pero con un magnífico voto particular de Ilma. Sra. HÉRNANDEZ VITORIA)<sup>65</sup>.

Existe una enconada polémica doctrinal y jurisprudencial en relación con la posible contrariedad con el orden público internacional de la aplicación de la Ley de un Estado extranjero que permite un despido libre totalmente injustificado y sin indemnización alguna, y sin control alguno de la regularidad del despido.

Algunos tribunales españoles y también de otros países indican que ello comporta vulneración del orden público internacional del foro (STSJ Madrid Social 20 julio 2016 [trabajo en Qatar y despido sin causa]; sentencia de la corte di cassazione (Italia) de 21 enero 2013 [despido regido por la Ley de los Estados Unidos]; sentencia de la corte di cassazione (Italia) de 9 mayo 2007; sentencia de la corte di cassazione (Italia) de 19 julio 2007)<sup>66</sup>.

---

60 J. OSTER, «Public policy and human rights», *Journal of Private International Law*, vol. 11, 2015, pp. 542-567.

61 R. CLERICI, «Rapporti di lavoro, ordine pubblico e convenzione di Roma del 1980», *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2003, pp. 809-830.

62 Sentencia de la corte di cassazione (Italia) de 26 noviembre 2004, n. 22332, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2005, pp. 771-777.

63 K. CHNG, «A theoretical perspective of the public policy doctrine in the conflict of laws», *Journal of Private International Law*, vol. 14, 2018-1, pp. 130-159.

64 Sentencia de la corte di cassazione (Italia) de 21 abril 2005, *Il Foro Italiano*, vol. 129, n. 9 settembre 2006, pp. 2451-2456; sentencia de la corte di cassazione (Italia) de 7 diciembre 2005, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2006, pp. 1053-1057; sentencia de la corte di cassazione (Italia) de 23 febrero 2006, *Il Foro Italiano*, vol. 130, n. 7/8 luglio-agosto 2007, pp. 2217-2222; sentencia de la corte di cassazione (Italia) de 4 mayo 2007, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2007, p. 215.

65 STSJ Madrid, Social, 8 junio 2015 [ECLI:ES:TSJM:2015:7188]; STSJ Madrid 10 octubre 2007 [ECLI: ES:TSJM:2007:13328].

66 STSJ Madrid Social 20 julio 2016 [ECLI:ES:TSJM:2016:8924]; sentencia de la corte di cassazione (Italia) de 21 enero 2013, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2013, pp. 472-481;

Otros pronunciamientos subrayan que ello no provoca vulneración del orden público internacional español (STSJ Madrid Social 17 septiembre 2008 [Derecho laboral de los Estados Unidos])<sup>67</sup>.

De todos modos, importante es señalar que ciertos Derechos extranjeros prevén indemnizaciones que nacen del mismo despido y que no tiene nada que ver con las prestaciones de la Seguridad social. Tales indemnizaciones se rigen por la Ley que rige el contrato de trabajo (STSJ Madrid Social 4 octubre 2021 [indemnización por finalización de contrato de trabajo en Kuwait])<sup>68</sup>.

Vulnera el orden público internacional español la aplicación de una Ley laboral, como la Ley argentina, que, en el caso de una injustificada falta de renovación del contrato de trabajo, obliga al empleador a transformar el contrato de trabajo temporal en un contrato indefinido, incluso en el caso de trabajo como empleado público. En efecto, ello obligaría al Estado a contratar personal incluso en contra del interés público y sin el preceptivo concurso público u oposición, lo que además, sería discriminatorio en relación con otros empleados públicos. La Ley de un Estado no puede establecer las condiciones de contratación pública de los empleados públicos de otro Estado (sentencia de la corte di cassazione (Italia) de 26 abril 2013 [trabajadoras al servicio del consulado italiano en Buenos Aires])<sup>69</sup>.

No debe intervenir el orden público internacional cuando la *lex fori* impone unos concretos mínimos retributivos absolutos pero según la ley extranjera aplicable al fondo queda asegurada una retribución suficiente y proporcionada al trabajador (sentencia de la corte di cassazione (Italia) de 9 febrero 2015 [Ley laboral nigeriana])<sup>70</sup>.

#### 4. Leyes de policía y contrato de trabajo internacional

Las leyes de policía o normas internacionalmente imperativas en materia laboral se aplican al contrato de trabajo en las condiciones del art. 9 RR-I. Sentado lo anterior, existe en la doctrina una fuerte confusión que requiere formular, con la segura guía de M. TASCHNER, varias observaciones importantes<sup>71</sup>.

Primera. El Derecho del Trabajo está plagado de «normas imperativas». Esto es cierto. Sin embargo, como ilustra con gran acierto I. GUARDANS I CAMBÓ, también es cierto que la

---

sentencia de la corte di cassazione (Italia) de 9 mayo 2007, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2007, p. 216; sentencia de la corte di cassazione (Italia) de 19 julio 2007, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2008, p. 533.

67 STSJ Madrid Social 17 septiembre 2008 [ECLI: ES:TSJM:2008:15282].

68 STSJ Madrid Social 4 octubre 2021 [ECLI:ES:TSJM:2021:10219].

69 Sentencia de la corte di cassazione (Italia) de 26 abril 2013, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014, pp. 178-181.

70 Sentencia de la corte di cassazione (Italia) de 9 febrero 2015, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2016, pp. 226.

71 M. TASCHNER, *Arbeitsvertragsstatut und zwingende Bestimmungen nach dem Europäischen Schuldvertragsübereinkommen*, Lang, Frankfurt am Main, 2003, esp. pp. 99-110.

mayor parte de estas normas no son normas «internacionalmente imperativas», esto es, no se aplican a «casos internacionales», sino sólo a «casos internos»<sup>72</sup>.

Segunda. El art. 9 RR-I indica que las «normas internacionalmente imperativas» se aplican al contrato sea cual fuere su «Ley reguladora» determinada, en este caso, a través del art. 8 RR-I. No obstante, para que ello sea posible, es preciso que las normas de Derecho Laboral español se «autodeclaren» aplicables a una relación jurídica laboral «internacional». Por ejemplo, para considerar que una disposición legal española sobre el salario mínimo constituye una ley de policía en el sentido del art. 9 RR-I, dicha disposición debería indicar, de modo expreso, que es aplicable también a casos internacionales. Pues bien, tales normas legales apenas existen en Derecho español.

Algunos autores han sostenido que el art. 1.4 Texto refundido del Estatuto de los trabajadores cumple esa misión. Dicho precepto señala, a juicio de tales expertos, que toda la «legislación laboral española» debe aplicarse al «trabajo que presten los trabajadores españoles contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero». El art. 1.4 ET se contempla, así, como una «súper norma de extensión». Una norma que, con su toque mágico, convierte toda la «legislación laboral española» en una gigantesca ley española de policía aplicable al contrato de trabajo «que presten los trabajadores españoles contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero». Como es evidente, esta interpretación no encaja bien con una interpretación restrictiva del art. 9 RR-I. Este precepto, por seguridad jurídica, exige que, para calificar una disposición legal como «ley de policía», concurren varios elementos: (a) Un elemento normativo estructural: deben ser «disposiciones imperativas»; (b) Un elemento funcional: su función debe ser regular situaciones jurídicas internacionales cualquiera que sea la Ley reguladora de la misma siempre que dicha situación esté comprendida en su ámbito de aplicación; (c) Un elemento material: son reglas legales destinadas a proteger el interés público o general.

El concepto de «Ley de policía» debe ser entendido de manera restrictiva, pues la regla general es que el contrato debe regirse por la Ley designada por los arts. 3 y 4 RR-I y en el caso del contrato de trabajo, por el art. 8 RR-I, sin interferencias por parte de otros ordenamientos (STJUE 17 octubre 2013, C-184/12, *Unamar*, FD 49, STJUE 18 octubre 2016, C-135/15, *Niki-Foridis*, FD 43-44).

Ello hace necesario distinguir entre normas que constituyen la auténtica estructura básica del Estado y que defienden, por ello, intereses públicos generales y normas dictadas por razones de oportunidad política coyuntural subjetiva. Como bien apunta A. KÖHLER, sólo las primeras deben ser consideradas como auténticas Leyes de policía en el sentido del art. 9 RR-I<sup>73</sup>. Son las Leyes que ejecutan políticas esenciales de un Estado. Por ello, la horrorosa traducción al castellano «Leyes de policía» no debe impedir apreciar que el original francés («*lois du police*») refleja la idea de unas «Leyes que ejecutan políticas» del Estado, «líneas imperativas de acción del Poder político». En idioma inglés se habla, en este sentido, de «*policy*» para expresar la política legislativa perseguida por una norma. Las Leyes de policía no tienen nada

72 I. GUARDANS I CAMBÓ, *Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero*, Madrid, Ed. Aranzadi, 1992, esp. pp. 397-458. También J. DÉPREZ, «Les clauses relatives au règlement des litiges dans le contrat de travail international», *International Business Law Journal*, 1990, pp. 833-850.

73 A. KÖHLER, *Eingriffsnormen: der «unfertige Teil» des europäischen IPR*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013, esp. pp. 33-38.

que ver con la «policía» ni con la Guardia Civil, sino con la «política imperativa» marcada por el poder del Estado en beneficio de toda la sociedad.

En definitiva, el concepto de «Ley de policía» debe ser entendido de manera restrictiva. Algunos Estados indican que ciertas normas legales de su Derecho deben ser consideradas «leyes de policía». Es legítimo preguntarse, con P. KINSCH, si basta esa declaración unilateral del Estado para aceptar que una norma concreta de Derecho Laboral debe ser calificada como «ley de policía»<sup>74</sup>. Así, en Italia, el art. 28 Decreto legge 2 marzo 2020, n.9 precisa que las «normas para la devolución de precios pagados por viajes en la crisis COVID-19» se consideran «normas de aplicación necesaria», esto es, Leyes de «policía» a los efectos del art. 9.1 RR-I. Sin embargo, estas «declaraciones estatales» no son suficientes para que tales normas deban ser consideradas como «leyes de policía». La disposición legal en cuestión debe cumplir con las exigencias del art. 9.1 RR-I para poder ser calificada como «ley de policía». No basta, pues, con que el legislador español indique que toda su legislación laboral es una «ley de policía». Deben concurrir, a tal efecto, los requisitos exigidos por el art. 9 RR-I. Tales declaraciones estatales presentan un valor meramente indicativo. Las disposiciones nacionales sólo son «leyes de policía» si presentan los caracteres que exige a tal efecto el art. 9.1 RR-I.

Tercera. Las normas que pueden aplicarse a través del art. 9 RR-I son, en materia laboral, las que regulan las condiciones de trabajo «en general» o las que regulan el «mercado laboral». Son las «normas institucionales laborales», que protegen intereses colectivos y generales, esto es, intereses públicos, como ilustra el clásico estudio de PH. FRANCESCakis<sup>75</sup>. La protección al trabajador «en singular» tiene lugar a través del art. 8 RR-I, no del art. 9 RR-I. De todos modos, la jurisprudencia no es clara ni correcta ni exacta en este punto. Es frecuente que los tribunales declaren la aplicación de normas imperativas laborales españolas a trabajos desarrollados en el extranjero a través de la cláusula del orden público internacional español, con notable confusión de conceptos y elevado caos mental (STSJ Madrid Social 20 julio 2016 [trabajo en Qatar y despido sin causa])<sup>76</sup>.

Cuarta. No se deben confundir las «normas internacionalmente imperativas», con las normas de «Derecho administrativo sancionador en materia laboral». Estas normas, que regulan aspectos tales como la sanidad laboral, trabajo de menores, prevención de riesgos laborales, y similares y que imponen obligaciones al empleador, bien protegidas por sanciones administrativas o penales, se aplican con «carácter territorial». En efecto, el art. 8 CC ordena que tales normas, que regulan relaciones jurídicas entre empresarios y Poderes Públicos, se apliquen a todas las relaciones laborales que se desarrollan «en territorio español».

Quinta. Por otro lado, el art. 9 RR-I sólo autoriza a aplicar las Leyes de policía del Estado del foro y las leyes de policía del país de ejecución de las obligaciones. En concreto, el art.

74 P. KINSCH, «Un exemple d'ambivalence politique en droit international privé européen: la question de l'admissibilité de la protection unilatéraliste, par des lois de police, des parties faibles aux contrats», en B. HESS/E. JAYME/H.-P. MANSEL (HRSG.), *Europa als Rechts- und Lebensraum: Liber amicorum für Christian Kohler zum 75. Geburtstag am 18. Juni 2018*, Bielefeld, Gieseking, 2018, pp. 215-227. Vid. también U. LIUKKUNEN, *The role of mandatory rules in international labour law: A comparative study in the conflict of laws*, Helsinki, 2004.

75 PH. FRANCESCakis, «Lois d'application immediate et droit du travail: l'affaire du comité d'entreprise de la compagnie des Wagons-Lits», *Revue critique de droit international privé*, 1974, pp. 273-289.

76 STSJ Madrid Social 20 julio 2016 [ECLI:ES:TSJM:2016:8924].

9.3 RR-I exige, para aplicar a un contrato internacional las Leyes de policía de un país distinto a aquél cuyos tribunales conocen del asunto, que tales normas pertenezcan al Derecho del país en que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas. En otras palabras: las únicas Leyes de policía de un tercer Estado que pueden producir efectos jurídicos en relación con un contrato internacional, son las Leyes de policía que pertenecen al Derecho del país de ejecución del contrato. Así, en un contrato de trabajo regido por el Derecho alemán y que se ejecuta en Alemania, los tribunales alemanes no pueden aplicar, ni directa ni indirectamente, las leyes de policía griegas aunque el trabajador sea de nacionalidad griega, pues Grecia no es el país de ejecución de las obligaciones. Así lo indica la importante STJUE 18 octubre 2016, C-135/15, *Nikiforidis*, FD 46-48<sup>77</sup>.

### III. Reflexiones finales. La *lex loci laboris*. Una regla razonable que puede volverse perversa

Los juristas occidentales deben meditar sobre el resultado al que, con frecuencia, conduce el criterio *lex loci laboris*. Este criterio se vuelve perverso, en ocasiones, debido al progreso tecnológico y a la globalización. En el siglo XIX, por ejemplo, no era posible deslocalizar la producción de las empresas occidentales y trasladarla a países asiáticos, sudamericanos o africanos en los que los costes laborales son reducidos y las condiciones de trabajo son infames e inhumanas. Los automóviles de la Ford no se podían fabricar en India o en Camboya. Sólo en los Estados Unidos era posible instalar las fábricas de la Ford. La regla *lex loci laboris* no ha cambiado su estructura, pero sus resultados sí han cambiado. Debido a la facilidad de traslado de los trabajadores y de la producción industrial y de servicios a otros países, al teletrabajo, a la revolución tecnológica y de las comunicaciones y debido a la libre circulación mundial de trabajadores, en el siglo XXI la *lex loci laboris* ha permitido a las empresas occidentales más poderosas no producir en Occidente sino en esos otros países. Las empresas de Occidente pueden disponer de trabajadores a bajo coste y que trabajan bajo un escenario legal miserable o inexistente gracias a la regla *lex loci laboris*. La *lex loci laboris* siempre ha sido un reflejo apolíneo del criterio savignyano de la ley del lugar de ejecución del contrato y, por ello, contenía una dosis de racionalidad muy elevada. Sin embargo, como un Jedi lumi-

77 STJUE 18 octubre 2016, C-135/15, *Republik Griechenland vs. Grigorios Nikiforidis* [ECLI:EU:C:2016:774] FD 46: «Además, permitir al juez del foro aplicar leyes de policía pertenecientes al orden jurídico de Estados miembros distintos de aquellos expresamente mencionados en el artículo 9, apartados 2 y 3, del Reglamento Roma I podría hacer peligrar la plena realización del objetivo general de dicho Reglamento, que es, según lo dispuesto en su considerando 16, la seguridad jurídica en el espacio judicial europeo». FD 47: «En efecto, conferir tal facultad al juez del foro incrementaría el número de leyes de policía aplicables por excepción a la regla general establecida en el artículo 3, apartado 1, del citado Reglamento y, más concretamente, en lo que respecta a los contratos de trabajo, en el artículo 8, apartado 1, de ese mismo Reglamento, y podría, por consiguiente, afectar a la previsibilidad de las normas materiales aplicables al contrato». FD 48: «Por último, reconocer al juez del foro la facultad de aplicar, en virtud del Derecho aplicable al contrato, otras leyes de policía distintas de las mencionadas en el artículo 9 del Reglamento Roma I, podría afectar al objetivo perseguido por el artículo 8 de ese mismo Reglamento, que pretende garantizar, en la medida de lo posible, el respeto de las disposiciones destinadas a velar por la protección del trabajador establecidas en el Derecho del país en el que éste desempeña su actividad profesional (...)».

noso que es atraído por el Lado Oscuro de la Fuerza, en el siglo XXI este criterio, en ciertos supuestos, puede volverse contra su misma esencia y transformarse en un perverso agente que conduce a la explotación de los seres humanos, a la humillación, al fomento de la avaricia y de la codicia y, en definitiva, a la injusticia.

Es misión de todo jurista hallar los mecanismos precisos para corregir los efectos negativos de la *lex loci laboris* en los supuestos en los que comporta estos resultados abyectos. A tal fin, el orden público internacional del foro, la acción de las leyes de policía, y la aplicación, —en los casos de desplazamiento internacional temporal de trabajadores en el marco de una prestación de servicios—, de la Ley del país donde el trabajador desempeña normalmente su labor, constituyen las herramientas jurídicas que pueden hacer que la *lex loci laboris* vuelva a brillar como una regla justa de Derecho internacional privado.



# LOS INCENTIVOS A LA JUBILACIÓN VOLUNTARIA DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL

**Antonio Monteverde Rentero**  
Abogado especializado en Función Pública

**Palabras clave:** Funcionarios, premios por jubilación, incentivos, administración local  
**Keywords:** Officials, retirement awards, incentives, local administration

**Resumen:** En el presente artículo se trata de analizar la evolución de la doctrina de nuestro Tribunal Supremo relativa a los premios por jubilación que tradicionalmente han sido parte de los Acuerdos de Condiciones de Trabajo de ámbito municipal en relación a las distintas problemáticas que la naturaleza de los citados incentivos conlleva en la legalidad de los mismos.

**Abstract:** This article tries to analyze the evolution of the doctrine of our Supreme Court related to retirement awards that have traditionally been part of the Municipal Work Conditions Agreement in relation to the different problems that the nature of the aforementioned incentives entails in their legality.

**Sumario:** I. NATURALEZA DE LOS INCENTIVOS A LA JUBILACIÓN ANTICIPADA VOLUNTARIA. II. CUESTIONES COLATERALES A LA NATURALEZA DE LOS INCENTIVOS. 2.1. Incentivos por jubilación anticipada de carácter voluntario o jubilación ordinaria de carácter voluntario. 2.2. Vigencia de los acuerdos de condiciones de trabajo, confianza legítima y seguridad jurídica. III. REFLEXIONES FINALES.

## I. NATURALEZA DE LOS INCENTIVOS A LA JUBILACIÓN ANTICIPADA VOLUNTARIA

Durante años, ha sido habitual y tradicionalmente admitida tanto en el ámbito de la empresa privada a través de los Convenios Colectivos, como en el de las Administraciones Públicas de ámbito local a través de Acuerdos Marco de rango reglamentario, la introducción de previsiones relativas a los llamados «premios» por jubilación anticipada de sus empleados, tanto laborales como funcionarios de carrera.

En este sentido, y centrando el presente análisis en el ámbito eminentemente público, los distintos Acuerdos de condiciones de trabajo de los empleados municipales, venían y

vienen reconociendo a sus trabajadores, determinadas cantidades económicas o mensualidades en favor de estos por acceder a la situación de jubilación con carácter anticipado y voluntario.

Dicho reconocimiento, que habitualmente venía siendo encajado dentro de los Acuerdos de Condiciones de Trabajo y Convenios Colectivos, no en los capítulos reservados para las retribuciones del personal, sino en los apartados de los Acuerdo de Condiciones de Trabajo destinados a la regulación de la acción protectora o social de carácter económico, dependía en cuanto al mayor o menor importe del incentivo, del número de años en los que anticipadamente se jubilara el empleado público, siendo esta cuantía superior cuanto más anticipada resultaba la jubilación y menor cuando la jubilación anticipada se producía cercana a la edad legal y ordinaria de jubilación.

Como consecuencia de las citadas previsiones normativas, durante la última década, se ha producido una constante problemática jurídica en el seno tanto de las Administraciones Públicas como de los Juzgados y Tribunales de Justicia, relativa esencialmente a cual debía ser la naturaleza de los citados incentivos por jubilación anticipada de los empleados públicos.

Por un lado, un sector minoritario de la doctrina mantenía una postura acorde con el encuadramiento establecido en los Convenios y Acuerdos de Condiciones, entendiendo que los incentivos por jubilación anticipada debían ser tratados como una medida de carácter protector o asistencial, mientras por otro lado, se mantenía la postura mayoritaria que le otorgaba a los Premios de Jubilación una naturaleza retributiva.

Dicho debate, trascendía más allá de determinar el encuadramiento en los textos legales de dichos preceptos o de una cuestión puramente semántica, toda vez que, la consecuencia de otorgar a la medida una naturaleza asistencial o retributiva determinaría la legalidad de dichas previsiones.

En este sentido, mientras en el caso de entender que las previsiones incentivadoras mantienen un carácter asistencial habilitaría su legalidad, en el caso de que las mismas mantuvieran un carácter retributivo, conllevaría que la introducción en una norma de carácter reglamentario, negociada y pactada *supondría una alteración del régimen retributivo de los funcionarios de las Administraciones Locales que carece de cobertura legal y de justificación*,<sup>1</sup> esencialmente al infringir con dichas previsiones el artículo 93 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local que expresa que *las retribuciones básicas de los funcionarios locales tendrán la misma estructura e idéntica cuantía que las establecidas con carácter general para toda la función pública*.

En efecto, el debate relativo a la naturaleza de los «premios» a la jubilación anticipada, se ha extendido a lo largo de los años desde que fuera objeto de análisis en el año 2013 por nuestro Tribunal Supremo, en sentencia de 20 de diciembre (casación nº 7064), en la que siendo Ponente el Excelentísimo Señor Don Nicolás Antonio Maurandi Guillén, se argumentaba para fijar inicialmente la naturaleza asistencial de los incentivos, que no estaban *excluidas de la negociación que contempla el artículo 37 del Estatuto Básico del Empleado Público las cuestiones relacionadas con las clases pasivas ni con los funcionarios jubilados*.

---

1 STS (Secc. 4ª), rec. 698/2020, de 29 de septiembre de 2021.

En la citada Sentencia de fecha 20 de diciembre de 2013, a fin de reforzar la postura adoptada, se afirmaba que toda medida de acción social, entre las que incluía a los citados incentivos, *«tiene un coste económico, pero ello no conlleva la necesidad de considerarlas retribuciones porque su razón de ser y su régimen de devengo es muy diferente. Las retribuciones son la contraprestación directa del trabajo profesional desarrollado, y se devengan por la totalidad de los empleados públicos con regularidad periódica en un mismo importe; mientras que las medidas de acción social no son compensación del trabajo realizado sino protección o ayuda de carácter asistencial, que se generan o devengan cuando se producen contingencias que colocan al beneficiario en una singular o desigual situación de necesidad.»*

De esta manera, inicialmente nuestro alto Tribunal, y tras diversos criterios mantenidos por los Juzgados y Tribunales del país, optaba por la naturaleza protectora de los incentivos a la jubilación, añadiendo una última razón en apoyo de dicha tesis, consistente en el hecho de que toda medida de acción social tiene un coste económico, por lo que *equipararla con las retribuciones comportaría vaciar de contenido esta diferenciada materia negociable que señala la ley.*

Dicho pronunciamiento, si bien se posicionaba en la naturaleza protectora de los incentivos por jubilación, ya vislumbraba discrepancias en la materia que se traducían en pronunciamientos dispares, no solo entre los distintos Juzgados y Tribunales del país, sino entre los miembros de la propia Sala sentenciadora, toda vez que el citado pronunciamiento, fue objeto de un voto particular emitido por el Excmo. Sr. Magistrado Don Jose Diaz Delgado en el sentido de entender que los incentivos a la Jubilación mantenían una naturaleza retributiva.

El mencionado voto particular, discrepa del criterio inicialmente mayoritario de la Sala, realizando una crítica al argumento utilizado en la Sentencia de entender el carácter negociador del incentivo protector, expresando que el *«hecho de que una materia sea negociable, no quiere decir que el contenido de la negociación sea por ello legal, máxime cuando se trata de funcionarios públicos sometidos a un régimen estatutario, y cuando se trata de la disposición de caudales públicos, que por ser de esta naturaleza, han de ser sometidos a un rigor presupuestario y legal, que nada tiene que ver en principio con la libre disposición que de su patrimonio pueda hacer un empresario con sus trabajadores a través de un convenio colectivo. Por ello entiendo que no puede ser de aplicación el alegado artículo 1257 del Código Civil en cuanto admite que los contratos incluyan estipulaciones a favor de tercero, porque aquí el tercero que no interviene podrá aceptar o no la donación que los contratantes hacen de su particular y propio patrimonio. En el caso de la negociación de los funcionarios con la Administración se dispone a favor de terceros, del dinero de los demás, del público. En consecuencia los términos de comparación no son posibles, sin perjuicio de que se tenga que analizar en cada caso, si esa estipulación a favor de tercero es o no conforme con el ordenamiento jurídico.»*

A pesar de la existencia de pronunciamientos judiciales que dejaban entrever una naturaleza retributiva de los incentivos a la jubilación anticipada, no se produjo hasta el año 2018, un oficial cambio de criterio de nuestro Alto Tribunal con ocasión de la impugnación por parte del Gobierno de Canarias de determinados preceptos del Acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Icod de los Vinos y su personal funcionario sobre condiciones de trabajo, Retribuciones y Prestaciones Sociales, en el que entre otros, se preveían premios por jubilación anticipada.

En dicho procedimiento, la Sala Canaria de instancia, consideró que los incentivos por jubilación anticipada impugnados, eran medidas adoptadas dentro del campo de la acción social como ayuda ante la pérdida de ingresos que suponen tanto la jubilación voluntaria como la forzosa, desestimando la pretensión del Gobierno de Canarias.

En Sentencia 459/2018 de 20 de marzo, el Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Gobierno de Canarias, revocando la sentencia de instancia que mantenía el criterio seguido por el Alto Tribunal en la sentencia de 20 de diciembre de 2013, declarando que los premios de jubilación mantienen una naturaleza retributiva.

La argumentación ofrecida por la citada resolución era la siguiente:

«Se trata de remuneraciones distintas de las previstas para los funcionarios de las corporaciones locales por la legislación básica del Estado. Se debe reparar en que estos premios no responden a una contingencia o infortunio sobrevenidos sino que se devengan simplemente por la extinción de la relación de servicio funcional cuando se alcanza la edad de la jubilación forzosa o la necesaria para obtener la jubilación anticipada. No se dirigen pues a compensar circunstancias sobrevenidas de la naturaleza de las que inspiran las medidas asistenciales —esto es, determinantes de una situación de desigualdad— sino que asocian a un supuesto natural, conocido e inevitable de la relación funcional, por lo demás no específico del Ayuntamiento de Icod de los Vinos sino común a toda la función pública, una gratificación.

Suponen, pues, una alteración del régimen retributivo de los funcionarios de las Administraciones Locales que carece de cobertura legal y de justificación y vulnera los preceptos invocados por el Gobierno de Canarias: los artículos 93 de la Ley reguladora de las bases del régimen local, del Real Decreto Legislativo 781/1986, y 1.2 del Real Decreto 861/1986».

Seguidamente al citado pronunciamiento, fue la Sentencia dictada por la Sección 4ª) del Tribunal Supremo, núm. 347/2019 de 14 marzo (RJ 2019\1079) la que nuevamente, argumentaba el cambio de criterio fijándolo finalmente sobre la base del siguiente fundamento de derecho:

«Lo expuesto es aplicable al caso de autos pues el art. 12.B se limita a reconocer «el derecho a percibir una recompensa de jubilación de 5 mensualidades íntegras, siempre que cuenten con más de diez años de servicios prestados a este Ayto. o Administración Pública». En efecto, aunque dicho precepto se ubica en el Capítulo IV cuya rúbrica es «acción social», lo cierto es que de lo convenido se deduce, conforme a lo dicho por esta Sala en la sentencia antes glosada, que no compensa una circunstancia sobrevenida propia de las que se atienden acudiendo a medidas asistenciales en el sentido antes expuesto, sino que se vincula el premio o recompensa a un «hecho natural, conocido e inevitable de la relación funcional, por lo demás no específico del Ayto. sino común a toda la función pública, una gratificación».

Como decimos, con dichos pronunciamientos se zanjaba definitivamente la cuestión respecto a la naturaleza de los premios de jubilación. Sin embargo, y como se avanzará más adelante, pese a ser una cuestión que parecía claramente zanjada, determinadas modificaciones normativas en sectores de la función pública en los que se aplicaban coeficientes reductores de la edad de jubilación por razón de su actividad (esencialmente en el caso de

Policías locales y bomberos), han avivado nuevamente el debate respecto a la legalidad o no de los incentivos por jubilación.

Por tanto, si bien parece que el criterio mantenido por el Tribunal Supremo desde el año 2018 por el que se considera a los incentivos por jubilación voluntaria y anticipada como una verdadera retribución se ha mantenido como veremos hasta la actualidad, en los últimos años se han producido determinadas circunstancias legislativas que han propiciado nuevos focos de discusión respecto a la conformidad a derecho del reconocimiento de los incentivos por jubilación anticipada a los empleados públicos locales.

## II. CUESTIONES COLATERALES A LA NATURALEZA DE LOS INCENTIVOS

A continuación, se exponen las distintas problemáticas que de manera incidental, han ofrecido los premios de jubilación en el plano jurisdiccional como consecuencia de las alteraciones normativas en el sistema de jubilación municipal dentro del panorama nacional.

### II.I. INCENTIVOS POR JUBILACIÓN ANTICIPADA DE CARACTER VOLUNTARIO O JUBILACIÓN ORDINARIA DE CARACTER VOLUNTARIO

Si bien como decimos, la problemática relativa a la naturaleza retributiva o asistencial de los incentivos por jubilación anticipada ha existido en el ámbito municipal de manera abundante y constante, en los últimos años, se ha visto incrementado en número de asuntos litigiosos en esta materia como consecuencia de la entrada en vigor de normativas de carácter sectorial que establecen un coeficiente reductor de la edad de jubilación por razón de una actividad determinada.

Dichas normativas de carácter sectorial nacen al amparo del artículo 206.1 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, que prevé que la edad mínima exigida para tener derecho a pensión de jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social podrá ser rebajada por Real Decreto, a propuesta de la persona titular del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, en aquellos grupos o actividades profesionales cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre y acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad, siempre que los trabajadores afectados acrediten en la respectiva profesión o trabajo el mínimo de actividad que se establezca.

En este sentido, entre las normas dictadas al amparo del citado artículo 206.1 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, que más impacto ha tenido en el ámbito municipal por el amplio número de empleados municipales afectados, nos encontramos con el Real Decreto 1449/2018, de 14 de diciembre, por el que se establece el coeficiente reductor de la edad de jubilación en favor de los policías locales al servicio de las entidades que integran la Administración local.

En el citado Real Decreto, a través de su Disposición transitoria primera, se preveía la aplicación paulatina de los años de cotización efectiva como policía local para anticipar la edad de jubilación hasta 6 años respecto de la edad ordinaria al entender tras los pertinentes estudios, que *los requerimientos psicofísicos que se exigen para su ingreso en ese cuerpo de seguridad, así como el desarrollo de la actividad inherente a ese cuerpo, no pueden realizarse o resultan más gravosos a partir de una determinada edad, cumpliéndose de esta forma los requerimientos exigidos en el Real Decreto 1698/2011, de 18 de noviembre, para la reducción de la edad de acceso a la jubilación*<sup>2</sup>.

Junto con el ámbito relativo a los Cuerpos de la Policía Local regulado en el Real Decreto 1449/2018, otro sector que tradicionalmente ha mantenido coeficientes reductores de la edad de jubilación por razón de la edad, ha sido el del Cuerpo de Bomberos a través de Real Decreto 383/2008, de 14 de marzo, por el que se establece el coeficiente reductor de la edad de jubilación en favor de los bomberos al servicio de las administraciones y organismos públicos. Se menciona expresamente el colectivo de Bomberos y su normativa ya que uno de los últimos pronunciamientos dictados por nuestro Tribunal Supremo, lo ha sido en relación a la conformidad a derecho de los premios de jubilación que trae causa en la citada normativa.

Mencionar a los meros efectos ilustrativos, que los Reales Decretos dictados (en particular el relativo a las policías locales) establecían que para poder anticipar la edad de jubilación en 6 años con respecto a la edad ordinaria que corresponda, serán exigidos de manera progresiva, *de acuerdo con lo establecido a continuación: 35 años y 6 meses de cotización efectiva como policía local si el hecho causante de la pensión de jubilación se produce en 2019; 36 años de cotización efectiva como policía local si el hecho causante se produce en 2020, 2021 o 2022; 36 años y seis meses de cotización efectiva como policía local si el hecho causante se produce en 2023, 2024, 2025 o 2026 y 37 años de cotización efectiva como policía local si el hecho causante es en 2027 o en años posteriores*.

Dicha medida, que sin duda afectaba a un amplio colectivo de empleados que formaban parte de unos cuerpos y fuerzas de seguridad de las corporaciones locales ya de por sí envejecidos, disparó el número de jubilaciones anticipadas entre todos aquellos empleados cuya edad comprendían entre 59 y 65 años.

Si bien la medida adoptada de establecer un factor de corrección en los policías locales al servicio de las entidades que integran la Administración local, determinaba por sí sola que un amplio número de empleados municipales accedieran a la jubilación, sin duda influyó en dicha decisión, el hecho de que la gran mayoría de municipios, a pesar de los pronunciamientos dictados por el Tribunal Supremo respecto a la naturaleza de los incentivos por jubilación y su ilegalidad, mantuvieran vigentes en sus Acuerdos de Condiciones los Premios de Jubilación anticipada.

Las indemnizaciones establecidas en los Acuerdos reglamentarios nacieron con el espíritu y la finalidad de indemnizar y compensar la minoración que la jubilación voluntaria suponía en su pensión. Sin embargo, con la aplicación del coeficiente previsto en el art. 2 RD 1449/2018,

---

2 Real Decreto 1449/2018, de 14 de diciembre, por el que se establece el coeficiente reductor de la edad de jubilación en favor de los policías locales al servicio de las entidades que integran la Administración local.

los empleados públicos dentro del ámbito de aplicación, ven reducida su edad de jubilación, pero la pensión de jubilación continúa siendo íntegra como si se hubiera producido la jubilación a la edad ordinaria.

Por ello, sin desconocer que el motivo principal en el alto número de jubilaciones producidas en el colectivo de seguridad municipal, era sin duda el nuevo factor de corrección sin pérdida retributiva en la próxima jubilación, no se puede desconocer que también tuvo influencia en la misma, la existencia de premios de jubilación en los Acuerdos de Condiciones de trabajo de las Corporaciones Locales.

Como consecuencia del citado contexto, se produjo una cantidad considerable de solicitudes de jubilación anticipada a partir del año 2018 amparadas en el RD 1449/2018, lo que determinó un nuevo debate paralelo a la naturaleza de dichos incentivos consistente en si en los supuestos analizados nos encontrábamos ante una jubilación ordinaria de este concreto colectivo, el de los policías locales, que adelantaban su edad de jubilación ordinaria por una norma específica, o si, por el contrario, se trata de una verdadera anticipación voluntaria de la jubilación general prevista legalmente.

El citado debate, tenía una relevante importancia, por cuanto considerar que nos encontramos ante una jubilación voluntaria pero con carácter ordinario, conllevaría que la misma no fuera calificada de anticipada, incumpliendo con ello uno de los requisitos exigidos en el Real Decreto para que el empleado público tuviera acceso al incentivo por jubilación.

Por ello, tras las solicitudes presentadas por los empleados públicos municipales, que al amparo de la anterior normativa habían accedido a la jubilación y reclamaban a su antigua Administración el abono de las cantidades correspondientes por jubilación anticipada, se dictaban actos administrativos desestimatorios, fundamentados en el sentido de entender que la jubilación al amparo del RD 1449/2018, no era una jubilación anticipada de carácter voluntario, sino que, lo que verdaderamente existía era un anticipo de la edad ordinaria de jubilación.

Por tanto, en primer lugar había que retomar nuevamente el análisis de la naturaleza, en este caso, de lo qué se entendía por Jubilación voluntaria y que se entendía por Jubilación forzosa.

En relación a lo anterior, en la Sentencia 8/2015 del Tribunal Constitucional, se parte, de considerar que de acuerdo con los preceptos de la Constitución que regulan el derecho al trabajo y la libertad, entre otros, así como los tratados y convenios internacionales de los que España es parte la jubilación debe tener como premisa la voluntariedad, en el sentido de que cada persona pueda decidir libremente en qué momento de su vida pone término a su actividad, ahora bien, este derecho debe igualmente armonizarse con el que otros tienen para acceder al trabajo y que se vería muy seriamente limitado si aquel otro no es objeto a su vez de ciertas modulaciones y es por eso que deba ser la Ley, al verse afectado el derecho al trabajo, el instrumento a través del cual se justifique y objective tanto esta necesidad, como el límite de la edad hasta la que se permita continuar desempeñando la actividad de que se trate. Para excluir de la negociación colectiva —derecho de configuración legal en cuya virtud en su momento se habilitó establecer la jubilación forzosa mediante la negociación colectiva— las cláusulas de jubilación forzosa, es preciso una Ley, y que esta cuente con una justificación objetiva y razonable para ello.

La jubilación forzosa por otro lado, conforme establece el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, se declara de oficio al cumplir el funcionario los sesenta y cinco años de edad, no siendo por tanto voluntad del trabajador.

Por tanto, podríamos concluir que a grandes rasgos la jubilación voluntaria es aquella solicitada a instancia de parte y reconocida previo cumplimiento de los requisitos que se determinen en las correspondientes normas de Seguridad Social, y la jubilación forzosa, se procede de manera automática al cumplimiento de la edad legalmente establecida por el Régimen General de la Seguridad Social, sin que en la misma, se aplique coeficiente reductor por edad. Y, la voluntaria, exige la instancia previa del interesado y el cumplimiento de los requisitos que determine la norma de Seguridad Social.

De conformidad con lo anterior, el Real Decreto RD 1449/2018 no impone la jubilación forzosa, ya que el funcionario puede decidir libremente entre continuar trabajando hasta la edad forzosa de jubilación o acceder a los beneficios que la citada normativa implica y acogerse voluntariamente a la reducción en la edad de jubilación.

A la vista de lo anterior, se dictaron numerosas Sentencias por Juzgados y Tribunales de lo Contencioso Administrativo, en las que ante la ausencia de una oposición por parte de las Administraciones consistente en la ilegalidad de los incentivos por jubilación anticipada (bien porque el criterio de nuestro Tribunal Supremo todavía no había sido fijado, o bien por desconocimiento ante lo reciente del mismo), se limitaban a resolver si la reducción y anticipación de la edad de jubilación por aplicación de los coeficientes reductores que prevé el Real Decreto 1449/2018 suponía encontrarnos ante una jubilación de carácter ordinario (suponiendo esta circunstancias no cumplir con el requisito exigido en la norma) o anticipado.

La solución mayoritaria en estos supuestos, partía de entender que, dado que la disposición transitoria segunda del Real Decreto 1449/2018 exigía que la persona interesada debe comunicar a la Administración municipal su voluntad de acogerse a dicha modalidad de jubilación antes del día 31 de enero de cada año, *no había mas remedio que entender que se trata de una jubilación anticipada que debía ser solicitada, y no una jubilación ordinaria.*<sup>3</sup>

Muchos de estos pronunciamientos, adquirieron firmeza al no ser recurribles dichas sentencias por razón de la cuantía o al no haber sido recurridas en Casación por la Administración demandada, percibiendo los empleados demandantes los correspondientes incentivos por jubilación.<sup>4</sup>

Sin embargo, tras los primeros pronunciamientos dictados en dicho sentido, las sentencias que pudieron ser recurridas en apelación o en su casación ante los distintos Tribunales se vieron revocadas al amparo del criterio mantenido por nuestro Tribunal Supremo en sentencias 344, 421, 682, 1048, 1489, 1500, 1602 y 1742/2022, de 16 de marzo, 5 de abril, 7 de junio, 20 de julio, 15,16 y 30 de noviembre y 22 de diciembre, respectivamente, dictadas en los recursos de casación 4444/2020, 850/2021, 2258/2021, 7446/2021, 2954/2021, 758/2021,

---

3 Sentencia de 29 de octubre de 2019 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 3 de Murcia dictada en los autos de PA 268/2019.

4 Artículo 81.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.



2417/2021 y 2595/2021, también respectivamente sobre la base del siguiente fundamento el cual se transcribe en su integridad para mayor claridad:

«Para el acceso a la indemnización que establece dicho artículo 19, resulta capital determinar, por tanto, si concurre o no el supuesto de hecho al que se anuda la indemnización allí prevista, esto es, si la jubilación ha sido o no anticipada por voluntad del afectado.

Procede determinar, en definitiva, si estamos ante una jubilación ordinaria de este concreto colectivo, el de los bomberos, que tiene adelantada su edad de jubilación ordinaria por una norma específica, o si, por el contrario, se trata simplemente de una anticipación voluntaria de la jubilación general prevista legalmente. Repárese en que el citado artículo 19 se refiere al funcionario que «anticipe la edad de jubilación», de ahí la relevancia por determinar si ha tenido lugar uno u otro tipo de jubilación.

Adelantando la conclusión, consideramos que en el caso examinado no ha tenido lugar una jubilación anticipada por voluntad de interesado, en los términos que se regula en el artículo 67 del Estatuto Básico del Empleado Público y en el artículo 208 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, atendidas las razones que seguidamente expresamos.

La singularidad del caso radica en que los miembros de este colectivo se jubilan a los 59-60 años, según el tiempo de cotización, y pasan a percibir íntegramente la pensión de jubilación, sin la tradicional merma que tienen, con carácter general, el resto de los funcionarios públicos. Así se regula en el Real Decreto 383/2008, de 14 de marzo, por el que se establece el coeficiente reductor de la edad de jubilación en favor de los bomberos al servicio de las administraciones y organismos públicos.

Conviene recordar al respecto que entre los tipos de jubilación que prevé el citado artículo 67 del Estatuto Básico junto a la voluntaria, la forzosa y la que tiene lugar por incapacidad, se hace mención también a la que tiene lugar por razón de la actividad, toda vez que el apartado 3 «in fine», del indicado artículo 67, señala que de lo dispuesto en los dos párrafos anteriores, que regulan la edad de jubilación forzosa, quedarán excluidos los funcionarios que tengan normas estatales específicas de jubilación, como acontece en este caso mediante el Real Decreto 383/2008.

La jubilación de este colectivo a los 59 o 60 años, según el tiempo de cotización, con la pensión de jubilación íntegra, es, por tanto, una excepción al régimen general, que, por lo que ahora interesa, no prevé una jubilación voluntaria por voluntad del interesado, sino un adelanto o reducción de la edad de jubilación. Este adelanto de la edad de jubilación tiene lugar por la aplicación del Real Decreto 383/2008, que, mediante la correspondiente habilitación legal, establece un régimen jurídico específico al respecto.

Sin que, por lo demás, podamos establecer singulares composiciones, por referencia a la finalidad del plan estratégico, que puedan distorsionar el sistema, situando a dicho plan por encima del régimen jurídico de aplicación para determinar si el solicitante ha anticipado por su mera voluntad, en cumplimiento de las exigencias legales, la edad de jubilación, que no es el caso.

En definitiva, la jubilación no ha sido anticipada por la voluntad del afectado, ha sido la fijación de la edad de jubilación lo que ha resultado anticipada por la norma reguladora de ese colectivo.»

Bajo dicha fundamentación, se cerró la puerta a miles de empleados, que tras ver estimadas sus pretensiones en primera instancia sobre la base de entender que la jubilación no era anticipada por voluntad del solicitante, sino que lo que se anticipaba verdaderamente, era la edad de jubilación, entendiéndola esta como ordinaria.

En cualquier caso, dicho debate ha quedado relegado a un segundo plano, por cuanto con independencia de las posiciones expuestas anteriormente, la discusión para nuestro Tribunal Supremo queda definitivamente cerrada al entender que los incentivos mantienen una naturaleza retributiva y por tanto, suponen una alteración del régimen retributivo de los funcionarios de las Administraciones Locales que carece de cobertura legal y de justificación.

Y este criterio, ha sido el mantenido por nuestro Alto Tribunal a partir de la sentencia de 16 de marzo de 2022 (recurso de casación n.º 4444/2020), en el que se planteaba la legalidad de las gratificaciones por jubilación anticipada de Agentes de Policía Local, para el rejuvenecimiento de la plantilla. Pues bien, en dicha sentencia se aclara que *El problema de fondo que late en este recurso de casación ha sido ya resuelto por esta Sala en una pluralidad de sentencias, incluida la citada en la sentencia de primera instancia. Es criterio jurisprudencial claramente establecido que las gratificaciones –cualquiera que sea su denominación en cada caso– por jubilación anticipada previstas en acuerdos de entidades locales tienen naturaleza de retribución y, por consiguiente, sólo pueden considerarse ajustadas a Derecho en la medida en que tengan fundamento en alguna norma legal de alcance general, relativa a la remuneración de los funcionarios de la Administración local. Dado que en los casos resueltos hasta la fecha no se había identificado ninguna norma de cobertura, la conclusión fue que dichos acuerdos de las entidades locales eran inválidos. Véanse a este respecto, entre otras, nuestras sentencias n.º 2747/2015, n.º 2717/2016, n.º 459/2018 y n.º 1183/2021*

Por tanto, los citados pronunciamientos zanján definitivamente la cuestión respecto a si en los supuestos analizados nos encontrábamos ante una jubilación de carácter ordinaria de este concreto colectivo o si, por el contrario, se trata de una anticipación voluntaria de la jubilación general prevista legalmente.

## II.II. VIGENCIA DE LOS ACUERDOS DE CONDICIONES DE TRABAJO, CONFIANZA LEGÍTIMA Y SEGURIDAD JURÍDICA

Otro de los problemas que la nueva introducción de factores de corrección de la edad de jubilación conllevó, fue el debate relativo a la existencia de Acuerdos de Condiciones y Convenios Colectivos que, tras la entrada en vigor del Real Decreto 1449/2018, de 14 de diciembre, por el que se establece el coeficiente reductor de la edad de jubilación en favor de los policías locales al servicio de las entidades que integran la Administración local, se mantenían en vigor, dando con ello, una clara apariencia de buen derecho y la consiguiente seguridad jurídica y confianza en los empleados municipales.

En este sentido, a pesar del claro pronunciamiento del Tribunal Supremo dictado en el año 2018 y los pronunciamientos dictados con posterioridad en el año 2019, en los que sin duda se ratificaba la no conformidad a derecho como prestación retributiva de los premios de jubilación pues, *suponen una alteración del régimen retributivo de los funcionarios de las Administraciones Locales que carece de cobertura legal y de justificación*, lo cierto es, que ante la ausencia de un panorama político, social y económico propicio para la negociación colectiva en el plano nacional, pero esencialmente en el ámbito municipal, los Acuerdos de Condiciones de trabajo, una vez llegada su fecha final de vigencia, se fueron prorrogando año a año sin que se produjera modificación alguna en los preceptos en ellos contenidos, lo que generó que, en la práctica totalidad de municipios, los premios de jubilación legalmente pactados se mantuvieran vigentes en normas de rango reglamentario.

Junto a dicho contexto, la realidad era que con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto 1449/2018, de 14 de diciembre, las corporaciones locales venían abonando sin impedimento alguno a sus empleados municipales, los incentivos pactados convencionalmente, siendo estos casos aislados y por tanto soportables económicamente para las arcas municipales.

Sin embargo con la entrada en vigor del Real Decreto, las solicitudes de jubilación anticipada se dispararon, comprometiendo financieramente a municipios en muchos casos de pequeña entidad que se encontraban en dificultades para proceder al abono de los mismos.

Ante dicho panorama, los empleados que de manera voluntaria anticipaban su jubilación al amparo del Real Decreto 1449/2018, de 14 de diciembre, por el que se establece el coeficiente reductor de la edad de jubilación en favor de los policías locales al servicio de las entidades que integran la Administración local, solicitaban el abono de los incentivos ante la apariencia de buen derecho que la vigencia del precepto generaba, y ante el precedente que en muchos casos existía de algún compañero que aún no jubilándose al amparo del Real Decreto, lo hacían anticipadamente y se les reconocía el incentivo pactado.

De esta manera, ante una norma no anulada por la Administración, que además había sido aplicada en supuestos aparentemente idénticos, nada hacía pensar a los empleados solicitantes que la respuesta pudiera ser en este caso desestimatoria.

Hay que recordar que el artículo 38.10 del TREBEP<sup>5</sup>, dispone que: «Se garantiza el cumplimiento de los Pactos y Acuerdos, salvo cuando excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas suspendan o modifiquen el cumplimiento de Pactos y Acuerdos ya firmados, en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público» hallándose las Administraciones Públicas vinculadas por sus propios actos (al no declarar la nulidad de los preceptos tras los pronunciamientos de nuestro Alto Tribunal) y por el principio de confianza legítima

Con respecto a este último principio, la Sección Séptima del Tribunal Supremo, de 6 de julio de 2012, recurso 288/2011, recuerda que: *Con arreglo a la doctrina jurisprudencial de esta Sala, el principio de confianza legítima tiene su origen en el Derecho Administrativo alemán (Sentencia de 14 de mayo de 1956 del Tribunal Contencioso-Administrativo de Berlín), y constituye en la actualidad, desde las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 22 de marzo de 1961 y 13 de julio de 1965 (Asunto Lemmerz-Werk), un principio general del Derecho Comunitario, que finalmente ha sido objeto de recepción por nuestro Tribunal Supremo desde 1990 y también por nuestra legislación.*<sup>6</sup>

Así, las SSTS de 10 de mayo de 1999 (RJ 1999, 3979) y de 26 de abril de 2012 (JUR 2012, 168751) recuerdan que: *la doctrina sobre el principio de protección de la confianza legítima, relacionado con los más tradicionales en nuestro ordenamiento de la seguridad jurídica y la buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, comporta, según la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas –hoy de la Unión Europea–*

5 MONEREO PEREZ, J.L. y otros. *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril de 2007*. Comares. 2008.

6 Ilustrativa de dicho principio la STJUE de 19 de abril de 2016 dictada en el asunto 441/14.

*y la jurisprudencia de esta Sala, que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquélla, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones. O dicho en otros términos, la virtualidad del principio invocado puede suponer la anulación de un acto o norma y, cuando menos, obliga a responder, en el marco comunitario de la alteración (sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias) de las circunstancias habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento», y este criterio se reitera en la STS de 16 de mayo de 2012, al resolver el recurso de casación nº 4003/2008.*

Ante esta situación, no han sido pocos, los empleados que han impugnado judicialmente los actos administrativos dictados por las Corporaciones locales en los que se denegaba el incentivo por jubilación, a pesar de la vigencia del Acuerdo de Condiciones y la ausencia de declaración de nulidad de los concretos preceptos que reconocían los premios de jubilación.

Situaciones como la descrita anteriormente han sido abordadas por distintos Tribunales de Justicia, sin embargo, como consecuencia de que las cuantías por incentivos no suelen superar la cuantía necesaria para poder acceder al Recurso de Apelación en segunda instancia (30.000 €), los pronunciamientos existentes por los distintos Tribunales no son acordes a la verdadera conflictividad existente en la materia.

Aún así, y a modo ilustrativo, el Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo Contencioso Administrativo, se ha pronunciado en diversas ocasiones abordando el estudio de la cuestión debatida en Sentencia 252/2021, de 28 de mayo dictada en el rollo de Apelación núm. 68/2021, y en Sentencia 363/2021 de 7 de julio de 2021 dictada en el rollo de Apelación núm. 91/2021, en las que se cuestionaba la validez de lo dispuesto en artículos de los respectivos Acuerdos Marco de Condiciones de Trabajo concertados entre el Ayuntamiento y su personal funcionario y en concreto con la percepción por parte de la allí demandante de una indemnización por jubilación anticipada solicitada.

En dichas Sentencias, la actuación administrativa impugnada, fue dejada sin efecto al entender que *no siendo controvertido que el Acuerdo Marco sobre condiciones de trabajo suscrito entre el Ayuntamiento y su personal funcionario, se encontraba vigente a la fecha de la jubilación de los apelantes, y siendo reconocido que ni siquiera se hubiera iniciado a la fecha de la jubilación el procedimiento de revisión previsto en el artículo 106 de la Ley 39/2015, se ha de concluir, que no cabe atribuirle efectos retroactivos al inicio del expediente de revisión ni a la resolución que pudiera recaer en el mismo, ya que en todo caso, sus efectos no serían favorables a las pretensiones de los recurrentes, estando proscrita su aplicación retroactiva por así disponerlo el artículo 9.3 de la Constitución Española y en su consecuencia, reafirmar lo ya dicho en la citada Sentencia de esta Sala ya que para no aplicar las previsiones del Acuerdo Marco, sería necesario que se hubiera terminado el procedimiento de revisión con anterioridad a la jubilación de la recurrente y que además este hubiera terminado declarando efectivamente la nulidad del precepto en cuestión, cosas ambas que no han ocurrido.*

A ello se ha de añadir, menciona la Sala murciana, *que el Ayuntamiento va en contra de sus propios actos vulnerando con su actuación los principios de buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica, que han de regir la actuación de las Administraciones Públicas ya que*

*si los recurrentes decidieron jubilarse anticipadamente fue en la confianza de una norma vigente que la incentivaba.*

Consecuentemente, las sentencias dictadas en el sentido apuntado por las que se estimaban las pretensiones de los empleados municipales como consecuencia de la vigencia de los Acuerdos de Condiciones, provocó que a la carrera, los municipios comenzaran procedimientos de revisión de oficio, iniciados al amparo de la Ley 39/2015 por los que se pretendían dejar sin efecto, los artículos de los Acuerdos de condiciones destinados a los premios de Jubilación sobre el criterio mantenido por el Tribunal Supremo relativo a la naturaleza retributiva de los mismos, lo que sin duda, generó una nueva cascada de procedimientos judiciales instados tanto por los Sindicatos negociantes de la norma que se pretendía anular, como de los empleados que veían en riesgo su próximo premio de jubilación.

Las mencionadas sentencias, dictadas en segunda instancia por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, en las que se estimaban las pretensiones de los empleados públicos sobre la base de los principios de buena fe y confianza legítima que de deben regir en las relaciones con la Administración Pública, han corrido la misma suerte desestimatoria que, obtuvieron en los casos relativos a la naturaleza anticipada de la prestación, siendo revocadas recientemente por nuestro Tribunal Supremo en Sentencia 359 de 21 de marzo de 2023, en la que tras exponer el criterio casacional relativo a la naturaleza de los incentivos por jubilación anticipada, se expresó que *Es criterio jurisprudencial claramente establecido que las gratificaciones –cualquiera que sea su denominación en cada caso– por jubilación anticipada previstas en acuerdos de entidades locales tienen naturaleza de retribución y, por consiguiente, sólo pueden considerarse ajustadas a Derecho en la medida en que tengan fundamento en alguna norma legal de alcance general, relativa a la remuneración de los funcionarios de la Administración local.*

### III. REFLEXIONES FINALES

Si bien nuestro Tribunal Supremo continúa resolviendo en la actualidad procedimientos instados en los últimos años tanto por empleados públicos (impugnando resoluciones desestimatorias de instancia) como por Administraciones (impugnando mediante Recurso de Casación Sentencias que acogían las pretensiones de los primeros de que les fuera reconocido el incentivo vigente tras su jubilación alcanzada antes de la edad de jubilación forzosa), lo cierto es que todas ellas reiteran la postura desfavorable para los empleados públicos.

Así, a pesar de la existencia hasta hace relativamente poco tiempo, de criterios de Juzgados y Tribunales discrepantes, en los que sobre la base del principio de seguridad jurídica, el principio de confianza legítima o incluso al amparo de entender que las jubilaciones de empleados municipales cuyo acceso se efectúa a través de coeficientes reductores son verdaderas jubilaciones voluntarias con carácter anticipado, nuestro Alto Tribunal, ha mantenido el criterio de que, el llamado «premio por jubilación anticipada», constituye una retribución de los funcionarios públicos y, por consiguiente, sólo es válido en la medida en que tenga la necesaria cobertura legal.

De este modo, las recientes sentencias dictadas, acogen las tesis municipales, bien estimando los recursos interpuestos frente a Tribunales discrepantes, bien confirmando los

pronunciamientos favorables para los intereses públicos. Dicha doctrina, se reitera en las sentencias del Alto Tribunal de 16 de marzo de 2022, Rec. 4444/2020 y de 5 de abril de 2022, Rec. 850/2021 en las que se confirma que *no puede reconocerse por las entidades locales el denominado premio de jubilación a su personal funcionario o laboral, con independencia de que esté o no vigente o se haya declarado o no la nulidad de un acuerdo marco o de un convenio colectivo. Y, frente a ello no cabe invocar válidamente los principios de igualdad, confianza legítima o seguridad jurídica, que en ningún caso pueden amparar el reconocimiento de unas retribuciones que carecen de cobertura legal, como reiteradamente ha declarado el Tribunal Supremo.*

Por tanto en la actualidad, solo resta que, por parte de las Corporaciones Locales a través de los nuevos Acuerdos de Condiciones o a través de los procedimientos de nulidad, iniciados al amparo de la Ley del Procedimiento Administrativo Común, eliminen de su reglamentación el actual sistema de incentivos por jubilación en aras de evitar situaciones como las descritas a lo largo del presente artículo incompatibles con la seguridad jurídica y la confianza legítima, siendo por el momento, una cuestión definitivamente zanjada por nuestro Tribunal Supremo.

# CONTRATOS LABORALES ENCUBIERTOS EN LAS PRÁCTICAS UNIVERSITARIAS

COVERT LABOR CONTRACTS IN UNIVERSITY INTERNSHIPS

**Carolina Armero Jiménez**

Abogada

**Palabras clave:** Contrato laboral encubierto, contrato de trabajo, prácticas universitarias, plan de estudios, contrato formativo

**Keywords:** Covert labor contracts, labor contract, university internships, syllabus, training contract

**Resumen:** Tanto en España como en el resto de la Unión Europea, la institución de las prácticas universitarias externas está siendo utilizada por numerosas empresas con un fin fraudulento: evitar la contratación laboral y conseguir estudiantes que les presten los mismos servicios que prestaría un trabajador ordinario a ningún coste, o en su caso, a un coste muy reducido.

Este artículo tiene como objeto la definición de las prácticas universitarias externas, así como su delimitación y distinción de otras figuras jurídicas para poder diferenciar el contenido de estas de un contrato laboral y saber con claridad en qué casos nos encontramos ante unas verdaderas prácticas universitarias externas, y en qué casos estamos ante un contrato de trabajo encubierto.

**Abstract:** In Spain, as well as in the rest of the European Union, external university internships are being used for several enterprises with a fraudulent aim: avoiding the labor hiring and get students to provide them with the same services that an ordinary worker would provide at no cost, or, when applicable, at a very low cost.

This article aims to define external university internships, as well as their delimitation and distinction from other legal figures in order to be able to differentiate their content from a labor contract and to clearly know in which cases we are facing some true external university internships, and in which cases we are facing a concealed employment contract.

**Sumario:** I. INTRODUCCIÓN. II. PRÁCTICAS UNIVERSITARIAS EXTERNAS. CONCEPTO Y DIFERENCIACIÓN DE OTRAS FIGURAS. 1) Concepto y características de prácticas externas según el R.D. 592/2014 y el R.D. 1791/2010 frente a la relación laboral del Estatuto de los Trabajadores. 2) Diferencia con otras prácticas no laborales. 3) Diferencias con los contratos formativos. III. PRÁCTICAS UNIVERSITARIAS EXTERNAS Y RELACIÓN LABORAL ENCUBIERTA. 1) Desarrollo jurisprudencial del artículo 1.1 E.T. 2) Actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. IV. CAMBIOS ANTE EL NUEVO ESTATUTO DEL BECARIO. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

En España, desde 1981<sup>1</sup>, las universidades han venido proporcionando la posibilidad de que sus estudiantes realicen estancias prácticas en empresas u otras entidades a través de una figura: las prácticas universitarias externas. A su vez, dichas empresas y entidades han utilizado esta modalidad como forma de selección de personal y formación de futuros trabajadores, integrándolas como una parte clave del proceso de contratación<sup>2</sup>.

Las prácticas universitarias externas están definidas como un período limitado de trabajo, pagado o no, que incluye un componente de aprendizaje y/o práctica<sup>3</sup>. A su vez, son la forma habitual de los jóvenes para ganar la experiencia laboral necesaria para acceder al resto de trabajos, a la vez que les ayuda a mejorar su empleabilidad y facilitar la transición al empleo regular. Pese a la inexistencia de una regulación común a nivel europeo<sup>4</sup>, casi todos los jóvenes de países miembros de la U.E. pasan por esta experiencia, y siete de cada diez de ellos encuentran las prácticas universitarias útiles para encontrar trabajo más adelante<sup>5</sup>.

El beneficio que estas prácticas aporta a la sociedad parece claro, existiendo un consenso generalizado sobre la importancia de la formación práctica, así como de la colaboración por parte de las empresas en la formación de los estudiantes<sup>6</sup>, pudiendo ofrecer una perspectiva y experiencia imposible de alcanzar únicamente con la formación teórica.

No obstante, diversos agentes muestran sus discrepancias respecto a la calidad de estas, entrando a debatir, entre otras, cuestiones sobre si el aprendizaje obtenido es suficiente, las condiciones de trabajo son apropiadas, la remuneración —o falta de esta— está justificada, o si están sustituyendo el trabajo que podría realizar una persona contratada de forma regular.

A nivel europeo, podemos encontrar diversos artículos y documentos como el «Informe de los casos que pueden constituir un abuso en las prácticas universitarias»<sup>7</sup>, publicado por Eurofund en 2017, donde se pone de manifiesto que las prácticas fraudulentas tienen con-

---

1 MORENO GENÉ, J. «Las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios. Aspectos jurídico-laborales y de seguridad social.» Tirant lo blanch, Valencia, 2017, p.15.

2 MORENO GENÉ, J. op.cit., p.9.

3 Comisión Europea, Web oficial. Employment, Social Affairs & Inclusion. Youth employment support. Traineeships.

4 HADJIVASSILIOU, K.P. «Study on a comprehensive overview on traineeship arrangements in Member States. Final Synthesis Report». European Commission. Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion, 2012. p.4.

5 TODD, J. and DUBOIS, C. «Traineeships: survey reveals shortcomings in working conditions and learning content. » Comisión Europea, Web oficial. Press corner 2013. p.2.

6 MORENO BARBA, F.J. «La delgada línea entre la inserción y la explotación laboral. La esquizofrénica regulación de las prácticas universitarias.» Monografías de temas laborales. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2014, p.437.

7 SANZ DE MIGUEL, F., IUDICONE, F., BILETTA, I., «Fraudulent contracting of work: Abusing traineeship status. (Austria, Finland, Spain and UK) » European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 2017.p. 7.



secuencias negativas relativas a los derechos de los trabajadores, así como a las propias empresas al perjudicar la libre competencia, afectando también a la sociedad en general en términos de evasión de impuestos, protección social, leyes laborales y cohesión social. El Parlamento Europeo ha redactado una resolución que expresa la importancia de empoderar a la juventud europea<sup>8</sup>, haciendo hincapié en la necesidad de que los países miembros ofrezcan prácticas universitarias de calidad, inclusivas y remuneradas, además de hacer una llamada para la creación de un marco legal común en esta materia

Uno de los fraudes más comunes dados en las prácticas universitarias y en el que se va a centrar este estudio es el de los contratos laborales encubiertos. Numerosas empresas utilizan esta figura de prácticas como forma de incluir en su organización la prestación de servicios no remunerada, o mínimamente remunerada, dada por becarios, encontrando así una vía para asignar a los becarios funciones que realizarían trabajadores ordinarios, pero sin entablar una relación laboral, lo que supone a la empresa una prestación de servicios por un coste muy reducido, así como la oportunidad de eludir los derechos laborales que incluiría un contrato de trabajo regulado por el Estatuto de los Trabajadores.

En España, las prácticas externas universitarias se definen como actividades que tienen el fin de «contribuir a la formación integral de los estudiantes, complementando su aprendizaje teórico y práctico»<sup>9</sup>, y están excluidas del Estatuto de los Trabajadores (de aquí en adelante, E.T.), puesto que no pueden entenderse como una relación laboral ya que no cumplen con las notas características de esta, expresadas en el artículo 1.1 del E.T.<sup>10</sup>.

No obstante, esto no implica que las prácticas universitarias estén exentas de regulación. Estas prácticas están reguladas, esencialmente, por el Real Decreto 592/2014, de 11 de julio, por el que se regulan las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios, así como el Real Decreto 1791/2010, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto del Estudiante Universitario, que tiene como finalidad el desarrollo de los derechos y deberes de los estudiantes universitarios. Conocer la definición y delimitación legal de estas prácticas, así como el desarrollo jurisprudencial que los tribunales han venido dando a esta figura, es esencial para discernir entre un contrato laboral encubierto y unas verdaderas prácticas universitarias. No obstante, el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo expresa en su disposición adicional segunda la necesidad de regulación de un nuevo Estatuto del Becario, el cual se está negociando actualmente, y aparentemente traerá consigo importantes reformas y avances en estas prácticas, así como las vacaciones obligatorias, una remuneración mínima o una persecución del fraude laboral más eficiente<sup>11</sup>.

---

8 <https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/printsummary.pdf?id=1694187&l=en&t=E>. European Parliament, «Resolution on empowering European youth: post-pandemic employment and social recovery» 2021/2952(RSP), febrero, 2022. Fecha de acceso: 25/10/2022

9 GARCÍA MADARIAGA, J.M; ARASANZ ESTEBAN, I. «Aprendices explotados: Precarización del trabajo periodístico a través de una lógica abusiva de becas y prácticas.» Cuad. relac. labor. Núm. 37. Madrid, 2019. p.54

10 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. (E.T.) BOE núm. 255, de 24/10/2015.

11 «El plan del Gobierno para los becarios: vacaciones, una remuneración y limitar su número al tamaño de la empresa» RTVE.es. Mayo, 2022.

## II. PRÁCTICAS EXTERNAS UNIVERSITARIAS. CONCEPTO, CARACTERÍSTICAS Y DIFERENCIACIÓN DE OTRAS FIGURAS

### 1. Concepto y características de prácticas externas según el R.D. 592/2014 y el R.D. 1791/2010 frente a la relación laboral del Estatuto de los Trabajadores

La regulación de las prácticas universitarias externas en España ha sufrido una progresiva transformación desde su primera formulación legal, que fue dada por el Real Decreto 1497/1981, pasando por el Real Decreto 1707/2011, hasta el vigente Real Decreto 592/2014, por el que se regulan las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios<sup>12</sup>. Este precepto expresa en su artículo segundo la definición, naturaleza y caracteres de este tipo de prácticas:

«1. Las prácticas académicas externas constituyen una actividad de naturaleza formativa realizada por los estudiantes universitarios y supervisada por las Universidades, cuyo objetivo es permitir a los mismos aplicar y complementar los conocimientos adquiridos en su formación académica, favoreciendo la adquisición de competencias que los preparen para el ejercicio de actividades profesionales, faciliten su empleabilidad y fomenten su capacidad de emprendimiento.

2. Podrán realizarse en la propia universidad o en entidades colaboradoras, tales como, empresas, instituciones y entidades públicas y privadas en el ámbito nacional e internacional».

Además, este artículo afirma en su apartado tercero que «dado el carácter formativo de las prácticas académicas externas, de su realización no se derivarán, en ningún caso, obligaciones propias de una relación laboral, ni su contenido podrá dar lugar a la sustitución de la prestación laboral propia de puestos de trabajo.» Insistiendo así esta regulación en la naturaleza formativa de las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios<sup>13</sup>.

No obstante, este Real Decreto no es el único que regula estas prácticas, teniendo especial relevancia a su vez el Real Decreto 1791/2010, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto del Estudiante Universitario, que expresa, entre otros, los derechos y deberes de los estudiantes universitarios, teniendo notable importancia en lo que nos atañe su artículo 24.

En primer lugar, expresa este artículo que se trata de una actividad de naturaleza formativa que realizan los estudiantes y es supervisada por las universidades, y que el objetivo de estas son la aplicación práctica de los conocimientos adquiridos por los estudiantes, facilitando así su empleabilidad.

---

12 MORENO GENÉ, J. op.cit., pp.15-25.

13 GARCÍA MADARIAGA, J.M; ARASANZ ESTEBAN, I. «Aprendices explotados: Precarización del trabajo periodístico a través de una lógica abusiva de becas y prácticas.» Cuad. relac. labor. Núm. 37. Madrid, 2019. p.55.

Podrán realizarse en «empresas, instituciones y entidades públicas y privadas, incluida la propia universidad, según la modalidad prevista».

Asimismo, el tercer apartado muestra las dos modalidades de prácticas externas: curriculares y extracurriculares. Las curriculares forman parte del plan de estudio, a diferencia de las extracurriculares, que se realizan con carácter voluntario durante la formación.

Las universidades firmarán convenios con empresas e instituciones para la realización de estas prácticas y los programas de prácticas deberán tener una planificación en la que se expresen todos los términos, como las competencias a adquirir por el estudiante, los créditos que supondrán, las actividades que realizará, etc.

Menciona también este artículo la figura de los tutores, siendo necesaria la existencia de uno en el centro de enseñanza y otro en la institución en la que se realicen las prácticas.

El apartado octavo expresa que «se podrá establecer financiación por parte de las entidades correspondientes», aunque siempre en concepto de ayudas al estudio. Esto implica que la aportación económica no será en ningún caso obligatoria, y que la relación entre el estudiante y la organización no implicará laboralidad, puesto que el concepto de pago no será el salario, sino la «ayuda al estudio».

Por su parte, el apartado noveno reitera lo expresado por el artículo 2.3 del R.D 592/2014, estableciendo que «las prácticas externas de carácter formativo estarán ajustadas a la formación y competencias de los estudiantes y su contenido no podrá dar lugar, en ningún caso, a la sustitución de la prestación laboral propia de puestos de trabajo.»

Por otro lado, en lo relativo a la normativa de Seguridad Social aplicable a este tipo de prácticas, su regulación se lleva a cabo por el Real Decreto 1493/2011, de 24 de octubre, por el que se regulan los términos y las condiciones de inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de las personas que participen en programas de formación, en desarrollo de lo previsto en la disposición adicional tercera de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social<sup>14</sup>.

Este Real Decreto asimila a los estudiantes incursos en programas de formación a los trabajadores por cuenta ajena, pero siempre que estos reciban una contraprestación económica a cambio, teniendo excluidas la protección por desempleo, por el Fondo de Garantía Social y por formación profesional. Es importante tener en cuenta que estas prácticas cuentan con una bonificación del cien por cien en la cotización a la Seguridad Social desde el día 1 de agosto de 2014, según lo dispuesto en la D.A. 25ª del Real Decreto-ley 8/2014 de 4 de julio<sup>15</sup>.

No obstante, esta exclusión del régimen social de la Seguridad Social es derogada por la disposición adicional quincuagésima segunda que incluye 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.

---

14 MORENO GENÉ, J. op.cit., p.115.

15 <https://www.iberley.es/temas/regulacion-practicas-no-laborales-13601>. Fecha de acceso 7/11/2022.

Esta disposición expresa que la realización de prácticas formativas, así como de prácticas académicas externas, determinará la inclusión en el sistema de la seguridad social de aquellos que las realicen, comprendiendo estas prácticas, entre otras, las realizadas por alumnos universitarios. Por lo tanto, queda eliminada la distinción entre prácticas remuneradas y no remuneradas en lo relativo a su inclusión o no en el Régimen General, quedando todas las prácticas incluidas, existiendo la obligación de dar de alta y cotizar por todos los alumnos universitarios que realicen estancias prácticas en una empresa.

Así, los estudiantes que realicen estas prácticas quedarán asimilados a trabajadores por cuenta ajena del Régimen General de la Seguridad Social, teniendo la misma acción protectora salvo en lo relativo a la protección por desempleo, de la que quedarán excluidos. Si las prácticas son no remuneradas, se excluirá, además, la protección por la prestación de Incapacidad Temporal derivada de contingencias comunes.

A su vez, es necesario tener en consideración lo expresado por la normativa de cada Universidad, que podrán establecer libremente, entre otras, la duración de las prácticas, la necesidad de remuneración o no, o el modelo de convenio de cooperación educativa.

Pese a que la definición de esta figura parezca clara, según la modalidad de prácticas universitarias, dónde se realicen estas y la existencia o no de ayuda al estudio estaremos más o menos cerca del concepto de trabajo expresado en el Estatuto de los Trabajadores.

El artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores establece el ámbito de aplicación de esta ley, expresando que:

«...será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario.»

A su vez, el mismo artículo en su apartado tercero letra g), excluye «En general, todo trabajo que se efectúe en desarrollo de relación distinta de la que define el apartado 1»

No obstante, a pesar de la exclusión expresa del Estatuto de los Trabajadores, en muchas ocasiones existe un conflicto entre las prácticas universitarias y la relación laboral regulada en el E.T., que podría desembocar en un contrato laboral encubierto, es decir, la utilización por los empresarios de la mano de obra gratis o muy barata de estudiantes para sustituir la contratación laboral. Dentro de las diferentes modalidades de prácticas y dónde se realizan, las prácticas extracurriculares realizadas en una entidad externa son las más difíciles de diferenciar de los contratos laborales, puesto que consisten en una relación extralaboral que no queda comprendida dentro del plan de estudios y, además, contiene alguna de las notas de la relación laboral definida en el artículo 1.1 E.T., como la voluntariedad, dependencia, ajenidad, y en algunos casos remuneración en forma de bolsa o ayuda al estudio<sup>16</sup>.

Por lo tanto, para descubrir si estamos ante unas verdaderas prácticas universitarias externas o un contrato laboral encubierto, siguiendo el principio de jerarquía normativa<sup>17</sup>, debemos estar en primer lugar a lo dispuesto por el Estatuto de los Trabajadores.

---

16 MORENO GENÉ, J. op.cit., p.10.

17 <https://www.unir.net/derecho/revista/jerarquia-normativa/#:~:text=La%20jerarqu%C3%ADa%20>

Asimismo, es importante diferenciar las prácticas universitarias externas de los contratos formativos, que sí quedan dentro de la relación laboral expresada en el artículo 1.1.E.T., como distinguirlas también de otras prácticas no laborales, reguladas por el Real Decreto 1543/2011, de 31 de octubre, por el que se regulan las prácticas no laborales en empresas.

## 2. Diferencia con otras prácticas no laborales

El Real Decreto 1543/2011, de 31 de octubre, por el que se regulan las prácticas no laborales en empresas<sup>18</sup>, y el Real Decreto 694/2017, de 3 de julio, por el que se desarrolla la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral regulan un tipo de prácticas diferentes: las prácticas no laborales en empresas.

Estas son un tipo de prácticas que se realizan en aquellas empresas o grupos empresariales que firmen convenios con los Servicios Públicos de Empleo, y están dirigidas a aquellas personas jóvenes que tengan problemas de empleabilidad a causa de su falta de experiencia laboral.

Las prácticas no laborales se incluyen en las acciones y medidas de políticas activas de empleo, a que se refiere la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, por las que, en colaboración con los Servicios Públicos de Empleo y en el marco de la responsabilidad social de la empresa, estas podrán suscribir acuerdos con personas jóvenes que no tengan o tengan muy poca experiencia laboral. El objeto será la realización por estas personas de prácticas de carácter no laboral en centros de trabajo, dándoles la opción de completar su formación de forma práctica.

Los participantes en estas prácticas no laborales cotizarán según lo dispuesto en el Real Decreto 1493/2011, de 24 de octubre, por el que se regulan los términos y las condiciones de inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de las personas que participen en programas de formación<sup>19</sup>.

Al igual que en las prácticas universitarias externas reguladas por el Real Decreto 592/2014, este tipo de prácticas no estarán en ningún caso incluidas en la relación laboral expresada por el artículo 1.1. del Estatuto de los Trabajadores.

Pese a que el objeto sea el mismo que el de las prácticas universitarias externas, las empresas y organizaciones que podrán suscribir este tipo de prácticas no laborales requerirán de unos requisitos distintos, ya que deberán seguir las nombradas «acciones y medidas de políticas activas de empleo» que regule la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo.

No obstante, la diferencia más relevante es que este tipo de prácticas no laborales queda fuera del marco académico, requiriendo para su realización que los jóvenes de entre 18 y 25 años a los que van dirigidas estén en situación de desempleo e inscritos en la oficina de empleo, lo que es, en todo caso, incompatible con la realización de una formación de manera coetánea, dado que tendrán que haber finalizado sus estudios.

---

normativa%20implica%2C%20por,norma%20anterior%20de%20igual%20rango. Fecha de acceso: 12/10/2022.

18 <https://www.iberley.es/temas/regulacion-practicas-no-laborales-13601>. Fecha de acceso: 29/9/2022.

19 <https://www.iberley.es/temas/regulacion-practicas-no-laborales-13601>. Fecha de acceso: 7/10/2022.

Por lo tanto, mientras las prácticas académicas universitarias se realizan como parte del Plan de Estudios (en caso de las prácticas curriculares) o con el objeto de combinar de forma práctica los conocimientos teóricos que se están aprendiendo en ese momento dentro de la realización de una titulación universitaria, grado u otro tipo de formación (prácticas extracurriculares), estas prácticas no laborales tienen como requisito que sus destinatarios hayan finalizado sus estudios y que, además, estén en situación de desempleo.

### 3. Diferencias con los contratos formativos

Este tipo de contratos tiene en común con las prácticas universitarias el elemento formativo, así como que son utilizados habitualmente por los jóvenes que buscan completar su formación de manera práctica<sup>20</sup>. No obstante, estos contratos sí que se encuentran regulados en el Estatuto de los Trabajadores, creando así una relación laboral entre empresario y estudiante/trabajador, vertebrada por el contrato de trabajo firmado entre ambos.

Debido a la reciente reforma del Estatuto de los Trabajadores de 30 de diciembre de 2021<sup>21</sup>, estos contratos han sufrido una transformación. Anteriormente, los contratos formativos comprendían el contrato en prácticas y el contrato de formación, mientras que ahora nos encontramos con el contrato formativo en alternancia y el contrato formativo para la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios. Su regulación se halla en el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores, bajo la rúbrica de «el contrato formativo», y tienen una serie de normas comunes.

A diferencia de las prácticas académicas externas, la acción protectora de la Seguridad social de este tipo de contratos comprende todas las contingencias protegibles, al igual que cualquier otro tipo de contrato laboral ordinario. Del mismo modo, el cómputo de la duración del contrato se verá interrumpido por cualquier situación de Incapacidad Temporal, nacimiento, adopción, riesgo durante el embarazo, violencia de género, etc.

Además, este tipo de contratos deberán formalizarse por escrito, y tendrán que incluir un plan formativo individual donde se recojan todos los aspectos esenciales de las actividades a realizar.

Si una vez finalizado el contrato formativo la persona siguiese en la empresa, la duración del contrato formativo computará a efectos de antigüedad, y no podrá concertarse un nuevo periodo de prueba.

Por último, especialmente relevante es la afirmación de que aquellos contratos que se celebren en fraude de ley o en los que las empresas incumplan sus obligaciones formativas, se entenderán como contratos indefinidos de carácter ordinario.

---

20 MONTES ADALID, G.M. «La relación del becario frente a la nueva regulación del contrato formativo. Zonas de concurrencia y elementos de distinción.» *Lex Social, Revista de Derechos Sociales*, n. 12, Málaga, 2022.p.17.

21 Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo. BOE núm. 313, de 30/12/2021.

Tras expresar las normas comunes de los contratos formativos, el artículo 11 distingue y define por separado las dos modalidades de contratos.

El contrato de formación en alternancia, antiguo contrato para la formación y el aprendizaje, es el contrato formativo que parece tener más en común con las prácticas objeto de estudio, ya que consiste en una formación teórica y práctica de manera simultánea.

Con la antigua regulación del Estatuto de los Trabajadores, este contrato no podía suscitarse con estudiantes universitarios, ya que para eso existía el «contrato para la formación Dual Universitaria», el cual tenía sus propias características concretas y estaba regulado en el antiguo artículo 11.3 E.T. No obstante, con la nueva redacción del Estatuto parece que este contrato de formación en alternancia integra el de formación dual universitaria, por lo que en principio sí que puede darse con estudiantes universitarios, lo que hace aún más complicada su diferenciación con la relación no laboral de prácticas.

Hoy en día, el contrato de formación en alternancia está regulado en el apartado segundo del artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores, y se guía a su vez por lo dispuesto en el Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual.

En cuanto a los destinatarios de estas prácticas, encontramos, por un lado, a los estudiantes que aún no dispongan de la calificación profesional requerida para la realización del contrato para la obtención de práctica profesional. Serán personas de entre 16 y 30 años en los marcos de profesionalidad de nivel 1 y 2, sin existir límite de edad cuando los destinatarios estén cursando estudios universitarios, de formación profesional y certificados de profesionalidad de nivel 3, o sean personas con discapacidad<sup>22</sup>.

Por otro lado, los centros que podrán concertar este tipo de prácticas serán los de formación profesional, las entidades formativas acreditadas o inscritas y las Universidades que estén incluidos en acuerdos y convenios de cooperación, y, dentro de este marco, elaboren planes formativos individuales con los estudiantes. Por lo tanto, el contrato de formación en alternancia tendrá que incorporar como anexo el convenio de colaboración suscrito entre el centro formativo y la empresa, convenio que deberá contemplar, como mínimo, los criterios para el establecimiento de la jornada y horario y el plan formativo individual<sup>23</sup>. Además, el Estatuto de los Trabajadores establece que la actividad desempeñada deberá estar directamente relacionada con las actividades formativas que justifican la contratación laboral, dadas simultáneamente

Asimismo, al igual que en las prácticas académicas externas, existe la figura de los tutores, que serán dos: uno del centro y otro de la empresa en la que el estudiante realice sus prácticas. El tutor de la entidad realizará un seguimiento de la formación del estudiante.

---

22 <https://www.sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/comunicacion-institucional/publicaciones/publicaciones-oficiales/listado-pub-empleo/guia-contratos/guia-contratos-introduccion/contrato-para-la-formacion-y-el-aprendizaje>. Fecha de acceso: 9/10/22.

23 <https://www.sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/comunicacion-institucional/publicaciones/publicaciones-oficiales/listado-pub-empleo/guia-contratos/guia-contratos-introduccion/contrato-para-la-formacion-y-el-aprendizaje>. Fecha de acceso: 12/10/2022.

Además, la duración del contrato tendrá un mínimo de tres meses y un máximo de dos años, y solo podrá celebrarse un contrato de este tipo por cada ciclo formativo.

El tiempo de trabajo efectivo que ha de darse en estos contratos tendrá que ser compatible con el tiempo de formación, y no podrá ser superior al 65% del tiempo de la jornada máxima prevista en el Convenio de Empresa o de la jornada máxima legal durante el primer año, o al 85% durante el segundo año. La jornada será la suma del tiempo de trabajo efectivo en la empresa y del tiempo de formación teórica, y sin perjuicio de que pueda ser inferior a la duración máxima de la jornada ordinaria, se entenderán asimilados a tiempo completo<sup>24</sup>.

En cuanto a la retribución, no podrá ser en ningún caso inferior al 60% el primer año ni al 75% el segundo, de la fijada en el convenio para el grupo profesional, ni podrá ser tampoco inferior al salario mínimo interprofesional.

A su vez, se expresan una serie de limitaciones: el trabajador no puede haber realizado anteriormente ese puesto de trabajo en la misma empresa durante más de seis meses; salvo excepciones, no podrán realizar horas complementarias ni extraordinarias, ni hacer trabajos nocturnos ni a turnos; además, no podrán estar sujetos a un periodo de prueba.

Por otro lado, encontramos el contrato formativo para la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios, antiguo contrato en prácticas. Está regulado en el apartado tercero del artículo 11, y al igual que el anterior, cuenta con sus propias reglas.

En cuanto a los destinatarios, este tipo de contrato se realizará con aquellos que ya tuviesen finalizados sus estudios. Además, deberá realizarse dentro de los tres años siguientes a la finalización de la formación por el trabajador, o dentro de los cinco si fuese una persona con discapacidad. El trabajador contratado no podrá haber realizado una actividad formativa o tenido este mismo contrato en esa empresa por un tiempo superior a tres meses, sin contar el posible periodo de prácticas académicas curriculares.

En lo relativo a su duración, esta deberá estar comprendida entre seis meses y un año, según exprese el Convenio Colectivo correspondiente, sin poder ser nadie contratado en la misma o distinta empresa por una duración superior en base a la misma titulación, y sin que sea válida tampoco la contratación en formación para el mismo puesto y empresa si se trata de titulación distinta, por tiempo superior a esto.

Es importante la aclaración que realiza el artículo al expresar que los títulos de grado, máster y doctorado no se consideran la misma titulación.

El periodo de prueba no podrá exceder de un mes y el puesto deberá ser adecuado para obtener la práctica profesional adecuada a la formación del trabajador, teniendo que elaborar la empresa un plan formativo individual en el que se exprese el contenido y asigne un tutor que realice un seguimiento del alumno.

---

24 <https://www.sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/comunicacion-institucional/publicaciones/publicaciones-oficiales/listado-pub-empleo/guia-contratos/guia-contratos-introduccion/contrato-para-la-formacion-y-el-aprendizaje>. Fecha de acceso: 9/10/22.



La retribución será la fijada en el Convenio Colectivo para estos contratos o, en su defecto, la del grupo profesional y nivel retributivo correspondiente, sin que pueda ser inferior a la retribución mínima del contrato para la formación en alternancia ni al salario mínimo interprofesional. Además, salvo en lo dispuesto por el artículo 35.3 E.T., no podrán realizar horas extraordinarias.

### III. PRÁCTICAS UNIVERSITARIAS EXTERNAS Y RELACIÓN LABORAL ENCUBIERTA

#### 1. Desarrollo jurisprudencial del artículo 1.1 E.T.

Como se ha venido comentando a lo largo de este estudio, las prácticas universitarias externas quedan excluidas del concepto de relación laboral<sup>25</sup>.

No obstante, esta relación extralaboral comparte varias de las notas de la relación laboral, por lo que en muchas ocasiones es difícil distinguir entre las prácticas universitarias acordes a la legalidad, y aquellas que se formalicen de forma fraudulenta para encubrir un contrato de trabajo<sup>26</sup>.

Las notas de la relación laboral están expresadas en el artículo 1.1. E.T., y son las de voluntariedad, ajenidad, dependencia y retribución. No obstante, este artículo da un concepto tan amplio que difícilmente sirve para aplicarlo como forma de distinguir la laboralidad o no de los servicios prestados. Por ello, se hace esencial prestar atención a lo dispuesto en la jurisprudencia como forma de desarrollar este borroso concepto.

Después de examinar la doctrina judicial al respecto se ha podido comprobar que las sentencias relevantes sobre esta materia son escasas, reiterándose la doctrina en repetir lo dispuesto por diversas sentencias anteriores al Real Decreto 592/2014, lo que pone de manifiesto que ha sido la ley la que se ha adaptado a la realidad judicial y no al contrario.

No obstante, hay ciertas afirmaciones que podemos sacar en claro, especialmente en lo relativo a la importancia de probar la finalidad formativa de las prácticas universitarias con su adecuada tutorización, elemento que se diferencia del fin principal de productividad de la relación laboral<sup>27</sup>. Además, en el caso de las prácticas remuneradas, será el empresario quien tenga que probar la finalidad formativa, pues de acuerdo con el artículo 8.2 E.T. toda prestación de servicios retribuida por cuenta ajena se considerará laboral salvo que se pruebe lo contrario.

---

25 RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C., PÉREZ GUERRERO, M.L. «La regulación de las prácticas universitarias como forma de inserción de los jóvenes en el mercado de trabajo», XXXII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Granada, 2013.

26 MORENO GENÉ, J. op.cit., p.28.

27 MORENO GENÉ, J. «Prácticas no laborales de los estudiantes universitarios y titulados recientes versus relación laboral: la adecuada tutorización como factor clave a propósito de la STSJ del País Vasco de 14 de mayo de 2019.» IUSLabor 1/2020, Lleida, 2019. p.116.

Para comenzar el estudio, se van a observar dos sentencias hermanas, las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 11 de abril de 2006<sup>28</sup>.

En estas sentencias, los hechos probados son coincidentes, siendo remarcable la falta de tutorización efectiva, el carácter remunerado de las prácticas y el hecho de que la formación teórica sólo fue dada durante los siete primeros días de los 90 en los que prestaron sus servicios a la empresa.

Los recursos de suplicación de estas sentencias se basan principalmente en la existencia de un convenio de cooperación educativa, por lo que, según los letrados, en ningún caso podía tratarse de una relación laboral, a lo que responden los juzgadores que el convenio no implica que la relación real no pueda ser calificada de laboral, será el contenido prestacional objeto de la relación jurídica trabada el que determine su naturaleza. Expresan las sentencias que en la relación de las demandantes y el banco aparecen las notas de dependencia y ajenidad propias de toda relación laboral.

Asimismo, las prácticas se realizaron en una pequeña sucursal, donde se ponía de manifiesto que las becarias estaban supliendo la falta de personal, sin una correcta tutorización y realizando tareas propias de un trabajador por cuenta ajena, por lo que se declara la existencia de una relación laboral.

Por otro lado, podemos observar lo dispuesto por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 10 de diciembre de 2010<sup>29</sup>.

Tiene especial relevancia la jurisprudencia citada por el magistrado de instancia, como las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 13 de junio y 7 de julio de 1998, donde se expresa que «la clave para diferenciar entre beca y contrato de trabajo es que la finalidad perseguida en la concesión de becas no estriba en beneficiarse de la actividad del becario, sino en la ayuda que se presta a su formación».

Además, expresa la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2005, que «las labores encomendadas al becario deben estar en consonancia con la finalidad de la beca y, si no es así y las tareas que se le ordenan realizar integran los cometidos de una categoría profesional, la relación entre las partes será laboral».

Finalmente, en base a estas sentencias citadas, se reitera la sala en la decisión del juzgador de primera instancia, entendiéndose que «ninguna dimensión formativa tenía el trabajo del demandante en la empresa (más allá, lógicamente, de la que tiene todo quehacer productivo), concurriendo simplemente la realización de un trabajo para la empresa.»

Por lo tanto, podemos ver la evidente necesidad de que las prácticas universitarias respondan a un fin formativo, teniendo que quedar este claramente patente en la propia actividad realizada por el estudiante, no pudiendo tener el empresario la única intención de apropiarse de los frutos del trabajo del estudiante, olvidando así la formación de este.

---

28 SSTSJ CV, 11 de abril de 2006, (rec. 3309/2005 y rec. 3308/2005. ECLI:ES:TSJCV:2006:2122 y ECLI:ES:TSJCV:2006:2084)

29 STSJ CAT, 10 diciembre 2010 (rec. 4490/2010. ECLI:ES:TSJCAT:2010:9633)

Por otro lado, encontramos la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 23 de septiembre de 2010<sup>30</sup>, que, de igual manera, considera la relación que se da dentro de un convenio de prácticas curriculares como una relación laboral, dado que la principal ocupación del estudiante no era la formación, sino la prestación de servicios al empresario. Señala la sentencia que, «debemos de señalar con carácter general que hay contrato de trabajo allí donde haya una prestación de servicios realizada en forma personal, voluntaria, retribuida, por cuenta de otro y dentro de su ámbito de organización y dirección, salvo exclusión legal expresa (art. 1-1 ET)». (...) «se ha sentado una sólida jurisprudencia que niega a las partes la calificación contractual con efectos constitutivos de ésta» (...) «será un contrato de trabajo siempre que reúna las cualidades propias del mismo, anteriormente descritas en el art. 1-1 ET. Criterio acorde con el modo en que nuestro ordenamiento contempla la simulación contractual, negando validez al negocio jurídico aparentado y dándosele al que ha quedado oculto (art. 1276 CC).»

A su vez, esta sentencia cita la STSJ de la Comunidad Valenciana de 20 de enero de 2015<sup>31</sup> en la que el juzgador expresa claramente que la relación mantenida por los estudiantes y la mercantil no tuvo la finalidad formativa requerida en este tipo de prácticas, sino que la finalidad fue «obtener por parte de --- S.L. mano de obra barata y al margen de las normas que regulan el mercado laboral, para subvenir a las necesidades de mano de obra de la empresa demandada, aclarando a su vez que es obvio que los estudiantes han podido obtener cierta experiencia, pero que este hecho únicamente no puede hacer de la relación entre las partes una relación de prácticas universitarias, ya que es inevitable obtener experiencia de toda prestación de servicios prolongada.»

Asimismo, resulta interesante examinar lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 16 de julio de 2015<sup>32</sup>.

Esta sentencia parte de una primera afirmación, que se apoya en la presunción *iuris tantum* del artículo 8.1 E.T.: «Los contratos no son lo que las partes dicen que son, hay que estar a la realidad de las prestaciones ofrecidas y cumplidas, es decir, no importa el nombre que le den al contrato, lo que importa es lo que el contrato es verdaderamente», siendo esta una presunción que vertebraba todo el Estatuto de los Trabajadores. Por otro lado, continúa el Tribunal definiendo el concepto de trabajador por cuenta ajena y los requisitos que han de concurrir para que se dé esta figura, lo que se desprende de los artículos 1.1. E.T., en relación con el 1.3 y 2 E.T. y la doctrina judicial. Expresa la necesidad de que se dé el elemento de la dependencia, «entendida como sometimiento del trabajador al poder de organización y disciplina del empresario, o dicho de otro modo y en palabras del Tribunal Supremo « inserción en el círculo rector y disciplinario empresarial».

Se entiende la dependencia como un elemento esencial, por lo que sentencias como la STS 25 de mayo de 1993<sup>33</sup> expresa que «un contrato que no tenga esta característica de dependencia del que presta sus servicios respecto de aquél que los remunera, no puede merecer el calificativo de contrato laboral».

---

30 STSJ CL, 23 septiembre 2010 (rec. 513/2010. ECLI:ES:TSJCL:2010:4883)

31 STSJ CV, 20 enero 2015 (rec. 1781/2014. ECLI:ES:TSJCV:2015:1083)

32 STSJ M, 16 julio 2015 (rec. 56/2015. ECLI:ES:TSJM:2015:9661)

33 STS, 25 mayo 1993 (rec. 2477/1991. - ECLI:ES:TS: 1991:2477)

La dependencia y la ajenidad de los frutos, el sometimiento al ámbito rector y organizativo del empresario, son elementos esenciales del contrato de trabajo, por lo que, si aparecen de forma clara y nítida en una relación, esta se entenderá laboral, careciendo entonces de importancia el resto de los elementos.

Por otro lado, en relación con los Convenios de Cooperación y en base al antiguo R.D. de 1981 que regulaba estas prácticas, afirma esta sentencia que la norma en cuestión, por su rango normativo, no puede contravenir lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores. Aunque ese decreto ya esté derogado, el nuevo Decreto 592/2014 sigue actuando igual, puesto que los reglamentos están en un nivel jerárquico inferior que las leyes.

Además, en cuanto a la beca, nombra otras Sentencias del TS que determinan si esa ayuda a los estudios está encubriendo un contrato de trabajo, tales como las sentencias de 29 de mayo de 2008 (Rec. 4247/2006), 29 de marzo de 2007 (Rec. 5517/2005), o 4 de abril de 2006 (Ar. 2325), que caracterizan a la beca como una donación modal por la que el estudiante realiza un trabajo en su propio beneficio, complementario a su formación. Para ello, la finalidad de la beca ha de ser la formación, a diferencia de los contratos de trabajo formativos.

Los supuestos becarios serán realmente trabajadores cuando cumplan los requisitos del artículo 1.1 E.T, produciéndose un fraude de los derechos laborales, aprovechando así la figura del becario para sustituir un contrato de trabajo, sin la consecuente alta en la Seguridad Social y sin la cotización que tendría de ser un trabajador ordinario. Como bien expresa FERNÁNDEZ ORRICO, el puesto del trabajador sustituido requeriría el mantenimiento de las condiciones que ofrecía dicho trabajador, por lo que sí es el becario quien puede ofrecerlas, habría que presumir la contratación laboral del estudiante<sup>34</sup>.

Para saber cuándo se da una adecuada formación y se cumple así este requisito esencial de las prácticas universitarias es clave la figura del tutor, que tendrá que ser experto en la materia en la que va a formar a los becarios, de forma que los estudiantes no podrán sustituir las labores realizadas por trabajadores ordinarios ya que estarán sujetos a una constante evaluación y aprendizaje a través de su tutor.

La correcta tutorización de los becarios ha sido considerada jurisprudencialmente como uno de los criterios más importantes para avalar el carácter formativo de las prácticas universitarias, como puede observarse en la STSJ de Madrid de 21 de septiembre de 2017, que considera relación no laboral las prácticas desarrolladas en una universidad pública, expresando que «Estas actividades las realizó bajo la supervisión de un tutor, estaban dentro de la actividad profesional de los estudios que realizaba de Magisterio (...), y no suponía ningún beneficio para la Entidad sino que eran los estudiantes los que se aprovechaban y disfrutaban de la atención y orientación que les prestaba para que pudieran solicitar prácticas y formación continua<sup>35</sup>».

Especialmente relevante resulta lo dispuesto por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 14 de mayo de 2019<sup>36</sup>, consistente en una demanda interpuesta por la Tesorería General de la Seguridad Social contra una empresa que mantenía prestando

---

34 FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., «La seguridad social de quienes participan en programas de formación, y otras tres figuras cercanas». *Revista de información laboral* Núm. 9, 2012. p. 22.

35 STSJ M, 21 septiembre 2017 (rec. 144/2017, ECLI:ES: TSJM:2017:9697)

36 STSJ PV, 14 mayo 2019 (rec. 802/2019, ECLI:ES: TSJPV:2019:1560)

servicios tanto en prácticas universitarias (R.D. 592/2014) como en prácticas no laborales a recién titulados (R.D. 1543/2011)<sup>37</sup>. Esta sentencia cita dos sentencias del Tribunal Supremo, la STS de 29 de mayo de 2008 (rec. 4247/06) y la STS de 4 de abril de 2006 (rec. 856/05), que dictan lo siguiente:

«...Tanto en la beca como en el contrato de trabajo se da una actividad que es objeto de una remuneración, de ahí la zona fronteriza entre ambas instituciones. De ahí que la clave para distinguir entre beca y contrato de trabajo sea que la finalidad perseguida en la concesión de becas no estriba en beneficiarse de la actividad del becario, sino en la ayuda que se presta en su formación. (...) De ahí que las labores encomendadas al becario deben estar en consonancia con la finalidad de la beca y, si no es así y las tareas que se le ordena realizar integran los cometidos propios de una categoría profesional, la relación entre las partes será laboral».

A su vez, citando su propia doctrina (STSJ del País Vasco de 6 de noviembre de 2018) considera que el aspecto formativo es tan decisivo porque «es el único factor que a la postre vendría a diferenciar la figura del «becario», del contrato en prácticas, dado el marco educativo en el que nos movemos, y al amparo del artículo 11.1 del ET, el cual viene configurado como una auténtica relación laboral». Por tanto, siendo la excepción el primero y más teniendo en cuenta la presunción incluida en el artículo 8.1, de este mismo texto, ante cualquier duda habrá que inclinarse por la laboralidad. Expresando que la carga de la prueba sobre la formación dada y la idoneidad de esta debe recaer sobre la empresa.

En este caso, la empresa en cuestión no contaba con ningún trabajador formado en las materias en las que prestaban servicios los trabajadores, por lo que se hace muy difícil que puedan darle este tipo de formación al estudiante, siendo necesario que el tutor del estudiante sea experto en los conocimientos concretos que debe prestarle, tal y como dispone el artículo 9 del RD 592/2014<sup>38</sup>, concluyendo finalmente el Tribunal vasco que no puede existir una relación no laboral de prácticas universitarias sin que se den los requisitos de formación y tutorización, ya que de lo contrario se estaría dando la nota de ajenidad propia de toda relación laboral.

Aduce el tribunal al extenso horario que tenían los estudiantes<sup>39</sup>, llegando a ser de seis horas seguidas para alguno de ellos, lo que pone de manifiesto el objetivo de la empresa de aprovecharse de los frutos del trabajo de los becarios. Además, algunos de los estudiantes fueron apuntados a masters online para poder realizar así las prácticas universitarias, masters que eran pagados en su totalidad por la empresa, expresando la Sentencia del TSJ del País Vasco de 6 de noviembre de 2018 que «el espíritu de la norma parte de que primero se estudia —artículo 8.1 del Real Decreto— y en el curso de tales estudios se realiza la actividad de becaria —artículos 2.1 y 3 del Real Decreto—; pero no al revés».

Por otro lado, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 1 de diciembre de 2021<sup>40</sup>, resuelve estimando que un estudiante que realiza prácticas curriculares en una Universidad no tiene una relación laboral, por lo que sus prácticas universitarias eran ajustadas a derecho.

---

37 MORENO GENÉ, J. op.cit., p.120

38 MORENO GENÉ, J. op.cit., p. 121

39 MORENO GENÉ, J. op. cit., p. 121

40 STSJ de Madrid, 1 diciembre 2021. (rec. 823/2021, ECLI:ES:TSJM:2021:13372)

Esta sentencia realiza diversas afirmaciones que pueden ser útiles para el estudio de esta materia. En primer lugar, menciona que el actor denuncia la infracción del artículo 1.1. en relación con el 8 del E.T. y con el RD 592/2014 por el cauce del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, alegando que «la naturaleza jurídica de la relación no puede quedar supeditada a que se cumplan o no los requisitos de una norma reglamentaria como es el citado real decreto,» y señalando a su vez que para determinar si existe una relación laboral deben darse las notas de esta, que están expresadas en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores y son las siguientes: prestación personal, voluntaria y retribuida, ajenidad y dependencia.

Entiende como dependencia el hecho de que la actividad se realice en la sede de la Universidad, en el horario de apertura y cierre de la misma y en los turnos de cada servicio, «siendo sus labores necesarias para el funcionamiento normal de los distintos servicios, de manera que de no haberlas asumido tendrían que ser desempeñadas por el personal de la demandada.»

Finalmente, cita la STSJ de Madrid de 21 de septiembre de 2020<sup>41</sup>, que niega la existencia de la relación laboral de un estudiante que realizaba prácticas extracurriculares en la Universidad, ya que, pese a que los estudiantes realizaron funciones distintas a sus estudios, conocían de antemano las características de las becas y las funciones a realizar.

Afirma la doctrina judicial citada que estamos ante un supuesto de prácticas extracurriculares al amparo del R.D. 592/2014. Al comparar el artículo 1.1. E.T. con este Real Decreto, expresa que las prácticas no pueden equipararse a una relación laboral por cuenta ajena pese a que la beca implica el cumplimiento de un horario y la realización de ciertas funciones con autonomía y responsabilidad, ya que esto no debe de ser suficiente para considerarlo una relación laboral.

## 2. Actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social

La relación no laboral de prácticas universitarias debe de cumplir una serie de requisitos que pongan de manifiesto su finalidad formativa, de otra manera nos encontraremos muy probablemente ante un contrato laboral encubierto mediante el que el empresario estará consiguiendo mano de obra barata y al margen de la legislación laboral.

Encubrir una relación laboral a través de esta figura supone un fraude de Ley que tiene como consecuencia la nulidad del contrato fraudulento, salvo que se pruebe que está fundado en otro diferente, según lo dispuesto en el artículo 1266 del Código Civil. Tal y como dispone la STS de 11 de febrero de 2016<sup>42</sup>, se trata de una simulación relativa por la cual el negocio jurídico simulado no tendría efecto (en este caso, la relación no laboral de prácticas universitarias) pero el disimulado causaría todos sus efectos (contrato laboral).

Por lo tanto, tal y como dispone el ATS, de 7 de noviembre de 2006<sup>43</sup>, una vez que la jurisdicción social dictamine que la situación en la que se encuentra un estudiante es realmente

---

41 STSJ M, 21 septiembre 2020 (rec. 411/2020. ECLI:ES:TSJM:2020:9611)

42 STS, 11 febrero 2016 (rec. 44/2014. ECLI:ES:TS:2016:357)

43 ATS, 7 noviembre 2006 (rec. 4809/2005. ECLI:ES:TS:2006:17964<sup>a</sup>)

un contrato laboral encubierto, deben aplicársele todas las normas del mismo, así como el reconocimiento de la antigüedad que le corresponda y de los salarios establecidos para su grupo profesional en su Convenio Colectivo<sup>44</sup>.

Además, si se extingue la relación entre el estudiante y la institución donde practica sus presuntas prácticas por la voluntad del empresario, se considerará un despido improcedente.

En este sentido, la STS 2299/2020, de 23 de junio de 2020<sup>45</sup> expresa que el salario regulador de la indemnización por despido improcedente de un falso becario será el establecido en el convenio colectivo de aplicación del grupo profesional que le habría correspondido de ser una relación laboral ordinaria.

Además de poder reclamar los falsos becarios la indemnización por despido improcedente equivalente al salario que les habría correspondido, este fraude suele ser constitutivo de algún tipo de falta recogida en la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (de aquí en adelante, LISOS), siendo la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la institución competente para la tramitación de estos procedimientos sancionadores, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 52 LISOS, que expresa que el procedimiento sancionador del Derecho Laboral y de la Seguridad social «se iniciará siempre de oficio, por acta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.»

Tal y como dispone la STS de 16 de abril de 2004, estas sentencias están configuradas como «una especie de prejudicialidad devolutiva respecto de la decisión del procedimiento administrativo de imposición de sanciones,» ya que la finalidad que persiguió el legislador fue clarificar cuanto antes la cuestión relativa a la competencia, para el conocimiento del fondo de la cuestión suscitada en el expediente de infracción, tratando así de evitar el planteamiento de los futuros conflictos competenciales a los que hacen referencia los artículos 12 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral<sup>46</sup>.

Los artículos 21, 22 y 23 LISOS, regulan las posibles infracciones cometidas por las empresas que no dan de alta en la Seguridad Social ni cumplen los derechos laborales que deberían haber tenido estos supuestos becarios, por tratarse realmente de trabajadores ordinarios. Estas infracciones están diferenciadas en leves, graves y muy graves, estando establecida la cuantificación de estas sanciones en el artículo 40 LISOS.

Inspección de Trabajo y Seguridad Social (de aquí en adelante, ITSS) ha llevado a cabo diversas campañas para controlar el fraude de falsos becarios<sup>47</sup>. Entre 2016 y 2021 se puso de manifiesto que 5.519 empleos estaban siendo ocupados por falsos becarios, sumándole 705 más en los primeros meses de 2022. Para esto, se llevaron a cabo un total de 7.704 inspecciones, declarándose en situación de fraude 2.211 empresas, a las que sancionaron por valor de 4,55 millones de euros durante ese periodo<sup>48</sup>.

---

44 <https://www.iberley.es/temas/regulacion-legal-figura-becario-13471> . Fecha de acceso: 31-10-2022.

45 STS 23 junio 2020 (rec. 1124/2018, ECLI:ES:TS:2020:2299)

46 STS 16 abril 2004 (rec. 335/2013, ECLI: ES:TS:2013:2615)

47 Plan Director por un Trabajo Digno (2018-2020), Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social

48 <https://www.publico.es/economia/inspeccion-detecta-5000-empleos-fraudulentos-cubiertos-becarios-seis-anos.html> . Fecha de acceso: 3/11/2022

Con estos datos se pudo afirmar que el 28,7% de las empresas inspeccionadas estaban cometiendo un fraude respecto a los becarios, encubriendo un contrato laboral a través de esta figura<sup>49</sup>.

No obstante, diversos autores critican la capacidad de la ITSS para hacer frente al volumen actual de fraudes por falsos becarios, por lo que no actúa de forma tan efectiva como cabría esperarse para asegurar el cumplimiento de la legislación. Pese a la orientación integradora y profesional de la ITSS, tiene una clara limitación en términos de recursos humanos, sobre todo en comparación con otros países de la Unión Europea.

Sin embargo, distintos representantes de la ITSS coinciden al señalar la difícil localización de los falsos becarios, especialmente si no están dados de alta en la Seguridad Social, remarcando a su vez que la regulación de las prácticas universitarias es demasiado amplia y subjetiva, y que la existencia de tantas figuras para un mismo puesto de prácticas dificulta enormemente la tarea inspectora. Dificultad que se ve incrementada por la falta de personal que la misma ITSS critica, así como la falta de medios económicos, optando el gobierno en los últimos años por priorizar la persecución de otros fraudes como el de empresa ficticia<sup>50</sup>.

## IV. CAMBIOS ANTE EL NUEVO ESTATUTO DEL BECARIO

Pese a lo expuesto anteriormente, las prácticas universitarias van a sufrir una importante reforma en la que se incluirán nuevos derechos para aquellos estudiantes que realicen una estancia práctica en alguna organización.

El texto del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, de reforma del Estatuto de los Trabajadores incorporó en su disposición adicional segunda el mandato al gobierno para la redacción de un Estatuto del Becario, expresando que:

«El Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta norma, convocará a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas para, en el ámbito del diálogo social, abordar el Estatuto del Becario que tendrá por objeto la formación práctica tutorizada en empresas u organismos equiparados, así como la actividad formativa desarrollada en el marco de las prácticas curriculares o extracurriculares previstas en los estudios oficiales.»

El RD-ley 32/2021 entró en vigor en fecha de 31 de diciembre de 2021, y, pese a que aún no ha sido redactado el Estatuto, el diálogo social entre el gobierno y los principales representantes de sindicatos y patronal comenzó el 22 de abril de 2022, y pese a la dificultad de negociación debido a la diferencia de ideas, el Estatuto del Becario está «en una fase muy

---

49 <https://www.publico.es/economia/inspeccion-detecta-5000-empleos-fraudulentos-cubiertos-becarios-seis-anos.html> . Fecha de acceso: 3/11/2022

50 SANZ DE MIGUEL, P. «Falsos autónomos y falsos becarios: una aproximación institucional al caso español». Cuad. relac. labor. Núm. 37, Barcelona, 2019. p.77.



avanzada», y en él se regulará la forma de luchar contra el fraude producido por la figura del falso becario, así como una mayor inclusión de la cobertura en la Seguridad Social<sup>51</sup>.

Entre otros, el Sindicato de Comisiones Obreras ha elaborado un documento marco<sup>52</sup> en el que se basa para su postura en la negociación de este futuro Estatuto.

El borrador más reciente expone una serie de puntos, como que los becarios no podrán superar el 20% de la plantilla de una empresa, o que, en caso de no ser remuneradas las prácticas, la empresa tendrá que pagar al menos el coste de desplazamiento, manutención, y alojamiento en su caso, del estudiante.

También se establecen una serie de derechos de descanso, por los que se tendrán en cuenta los días festivos y las vacaciones. Respecto a los tutores, se limita el número de alumnos de cada uno a un total de cinco<sup>53</sup>.

En cuanto al desarrollo del diálogo social, en las negociaciones llevadas a cabo en la reunión de diálogo social celebrada el 17 de marzo de 2023, seguía sin llegarse a un acuerdo, basado especialmente en las discrepancias surgidas respecto a las prácticas extracurriculares. Ante esta situación, el gobierno afirma que no se celebrarán más reuniones, y que lo próximo a presentar será el texto definitivo.<sup>54</sup>

Además, en cuanto al debate al respecto llevado a cabo en la sesión del congreso de los diputados de fecha 30 de marzo de 2023, se ha decidido avalar dos importantes medidas. En primer lugar, la inclusión de todo tipo de prácticas, curricular o no, en el sistema de Seguridad Social tanto para alumnos universitarios como para alumnos de formación profesional y, en segundo lugar, la bonificación del 95% en las contingencias comunes respecto de las cuotas que haya que pagar.

No obstante, se incidió en la necesidad de solucionar la gestión de las bonificaciones y de las altas y bajas, «teniendo en cuenta que hay cerca de 1400000 alumnos a nivel de Estado y de 300000 a nivel de Euskadi a los que hay que gestionar ese tratamiento», además de la necesidad de regular las prácticas de los alumnos de formación no reglada, que quedan excluidos del ámbito de este Estatuto<sup>55</sup>.

La negociación del Estatuto se está enfrentando a numerosas dificultades, principalmente en cuanto a las prácticas extracurriculares, como ya se ha mencionado anteriormente. Los principales sindicatos abogan por su desaparición, teniendo que figurar obligatoriamente las prácticas universitarias en el *currículum*, y en caso de querer hacerse de otra forma, los empresarios y estudiantes deberán recurrir a la figura de los contratos formativos recogidos en el Estatuto de los Trabajadores.

---

51 MONTES ADALID, G. M. «La relación del becario frente a la nueva regulación del contrato formativo. Zonas de concurrencia y elementos de distinción». *Lex Social*, n. 12, Málaga, 2022. p.10.

52 <https://www.ccoo.es/a5c0299b6399833e681d04d0f8d31435000001.pdf> Fecha de acceso: 7/11/2022

53 <https://www.elsaltodiario.com/juventud/ministerio-trabajo-ultima-estatuto-becario-para-laboralizar-practicas>. Fecha de acceso. 7/11/2022

54 <https://elpais.com/economia/2023-03-31/el-gobierno-acaricia-el-acuerdo-para-aprobar-el-estatuto-del-becario.html> fecha de acceso: 2/05/2023

55 Diario de Sesiones de Pleno y Diputación Permanente. Num. 259. 30 de marzo de 2023. p.26.

Sin embargo, parte de los intervinientes en el diálogo, como la CEOE, el Grupo 9 de Universidades (G9) y ciertos sindicatos de estudiantes, están en contra de la eliminación de las prácticas extracurriculares, ya que esto llevaría a una «laboralización» de esta figura que tal vez las empresas no estarían dispuestas a asumir, puesto que en esas condiciones preferirían optar por un contrato formativo, causando así una discriminación entre los estudiantes que puedan realizarlas y los que no. Por ello, para estos grupos discordantes, la solución debe estar en otorgar los mismos derechos perseguidos en el Estatuto para las prácticas curriculares a las prácticas extracurriculares<sup>56</sup>.

La implantación de lo regulado en este Estatuto no será automática, sino que se fija un periodo de transición de tres años, hasta 2025, para que poco a poco, tanto las empresas como las universidades puedan ir adaptándose a esta nueva realidad legal<sup>57</sup>.

Pese a los importantes avances que este Estatuto del Becario promete, en muchos aspectos asimilarían aún más esta figura a la de los contratos formativos laborales, por lo que puede preverse una dificultad añadida a la hora de delimitar las fronteras entre las prácticas universitarias y un contrato laboral encubierto. No obstante, tanto la redacción final del Estatuto como el posterior desarrollo jurisprudencial de estos nuevos derechos a otorgar a los becarios es un asunto que aún está por ver.

## V. CONCLUSIONES

La calidad de las prácticas externas universitarias es una cuestión ampliamente controvertida, ya que habitualmente se utiliza esta figura de forma fraudulenta por las empresas para evitar acudir a la contratación laboral.

En muchas ocasiones, distinguir la prestación de servicios de unas prácticas externas universitarias de la de un contrato formativo u ordinario del Estatuto de los Trabajadores es complicado, dado que las funciones realizadas por becarios y por trabajadores en una empresa muy a menudo convergen y se entremezclan.

De acuerdo con lo dispuesto por el Código Civil, el elemento esencial para definir la relación no será lo dispuesto formalmente, sino la realidad material. Esto significa que, pese a que el contrato que vertebré la relación sea un convenio de prácticas y un plan de estudios, si la realidad material consiste en la realización por el estudiante de las labores de un trabajador ordinario, será este contrato simulado el que tenga efecto, por lo que la relación será laboral.

Además, tal y como se expresa en el artículo 8.4 E.T. existe una presunción *iuris tantum* de laboralidad de toda prestación de servicios retribuida y por cuenta ajena.

Para poder distinguir si la relación ante la que estamos se trata de una relación laboral, tendremos que estar a lo dispuesto por el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, no obstante, este artículo es demasiado amplio y no basta para distinguir una relación laboral de una no laboral.

---

56 <https://www.elsaltodiario.com/juventud/ministerio-trabajo-ultima-estatuto-becario-para-laboralizar-practicas>. Fecha de acceso. 7/11/2022

57 <https://www.primerempleo.com/blogs/blog.asp?id=770> . Fecha de acceso 7/11/2022.

Por lo tanto, se ve necesario acudir a los elementos diferenciadores que expresa tanto la jurisprudencia como la doctrina judicial. Entre estos elementos jurisprudenciales encontramos principalmente la finalidad formativa que han de tener estas prácticas, donde se integra, además, la necesidad de una correcta tutorización. Los estudiantes en prácticas no deberán sustituir el trabajo a realizar por los trabajadores ordinarios, podrán suplementar y ayudarles en sus labores, pero nunca realizar las mismas funciones. Por esto, su nivel de responsabilidad no podrá ser superior al mínimo requerido para el cumplimiento de sus deberes básicos dentro del marco formativo, deberes de los que el empresario se podrá lucrar únicamente de manera subsidiaria.

Respecto a la beca, en forma de bolsa o ayuda al estudio, remarca la doctrina su naturaleza, expresando que se trata de una donación modal que se le realiza al becario con fin formativo, es decir, ayudando a que pueda desarrollarse correctamente en ese periodo de formación, pudiendo cubrir así los gastos que puedan causarse. Asimismo, expresa la jurisprudencia que, pese a que el estudiante deba adaptarse a un horario, el sometimiento al ámbito rector y organizativo del empresario será clave para determinar si nos encontramos ante un contrato laboral o prácticas universitarias. El empleador que tenga a un becario en su empresa deberá respetar las vacaciones y festivos establecidos en el calendario universitario, adaptándose a las necesidades del estudiante.

Por otro lado, tal y como se dispuso en la STSJ del País Vasco de 2018, es importante tener en cuenta a la hora de juzgar sobre esta materia que la carga de la prueba sobre la formación dada y la idoneidad de esta debe recaer sobre la empresa.

Ante una situación de un contrato laboral encubierto, puede ser el mismo estudiante quien demande a la empresa, o que el fraude sea descubierto por la ITSS, dado que contar con trabajadores que no están dados de alta en la Seguridad Social, o con un salario —y cotización— inferior a la que deberían, constituye un fraude también para la Tesorería General de la Seguridad Social. En cuanto al avance social de las prácticas universitarias externas, es necesario recalcar que nuestro Estatuto de los Trabajadores fue reformado a finales de 2021, y en la D.A. Segunda de esta ley de reforma se expresó la necesidad de comenzar la negociación de un nuevo Estatuto del Becario, negociación que ya ha comenzado, y aunque con numerosas controversias, parece que pronto saldrá a la luz con nuevos derechos reconocidos para los becarios, tales como una remuneración mínima o la necesaria cotización en la Seguridad Social.

Este nuevo Estatuto tratará de ampliar los derechos de los becarios, pero numerosos detractores consideran que están dotando de laboralidad a esta relación, acercándola aún más a un contrato de trabajo y perdiendo por el camino el fin con el que estas prácticas fueron primeramente presentadas.

Según estos actores, el aumento de requisitos y la dificultad añadida a la hora de introducir becarios a las empresas causará una disminución de empresas e instituciones que quieran participar en estos programas formativos. La posible disminución de empresas que oferten puestos de prácticas como resultado de la regulación del nuevo Estatuto del Becario y su consecuente endurecimiento de condiciones y requisitos para los empresarios que quieran tener a becarios en su empresa causaría una inevitable discriminación entre aquellos estudiantes que encuentren una organización donde conseguir experiencia práctica y los que no, con especial relevancia en cuanto a la igualdad de género<sup>58</sup>.

---

58 INGRASSIA, P. «La universidad como agente de igualdad de género.» *Rev. IISE* | Vol. 9, Núm. 9, Año 2017 p. 65.

Tanto la escasez de denuncias como la reducida (aunque con alta tasa de «acierto») actuación de la ITSS a la hora de perseguir esta situación facilitan el incumplimiento de la legislación laboral actual al respecto, convirtiendo las prácticas universitarias en una vía alternativa para la no contratación por parte de los empresarios, que basan los servicios prestados por los estudiantes en un plan de estudios, dejando en sus manos gran parte del trabajo de la empresa.

Pese que aún no haya un acuerdo definitivo, lo que sí que parece claro es que el nuevo Estatuto del Becario traerá grandes cambios que serán apoyados por la doctrina que se desarrolle en base a este, por lo que habrá que estar atentos a las consecuencias que se generen no sólo a nivel social, sino también a nivel judicial.

## BIBLIOGRAFÍA

- DE VAL TENA, A.L., *Trabajo en prácticas y prácticas no laborales*. Doc. Labor., núm. 104, 2015.
- FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., «La seguridad social de quienes participan en programas de formación, y otras tres figuras cercanas», *Revista de información laboral*, Núm. 9, 2012.
- GARCÍA GIL, M.B., *Contratos formativos y sus variantes*. *Práctico Laboral*. Vlex, 2022.
- GARCÍA MADARIAGA, J.M; ARASANZ ESTEBAN, I. «Aprendices explotados: Precarización del trabajo periodístico a través de una lógica abusiva de becas y prácticas», *Cuad. relac. labor*. Núm. 37, 2019.
- HADJIVASSILIOU, K.P. *Study on a comprehensive overview on traineeship arrangements in Member States. Final Synthesis Report. European Commission*. Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion, 2012.
- INGRASSIA, P. «La universidad como agente de igualdad de género», *RevIISE* | Vol. 9, Núm. 9, 2017.
- MÁRQUEZ MARTINEZ, L. *Precariedad laboral y prensa satírica contemporánea: la representación de los becarios en El Mundo Today*, 2017.
- MONTES ADALID, G.M. «La relación del becario frente a la nueva regulación del contrato formativo. Zonas de concurrencia y elementos de distinción». *Lex Social, Revista de Derechos Sociales*, núm 12, 2022.
- MORENO BARBA, F.J. *La delgada línea entre la inserción y la explotación laboral. La esquizofrénica regulación de las prácticas universitarias*. Monografías de temas laborales. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2014.
- MORENO GENÉ, J. *Las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios. Aspectos jurídico-laborales y de seguridad social*. Tirant lo blanch, Valencia, 2017.

- MORENO GENÉ, J. «Prácticas no laborales de los estudiantes universitarios y titulados recientes versus relación laboral: la adecuada tutorización como factor clave a propósito de la STSJ del País Vasco de 14 de mayo de 2019», *IUS Labor* 1/2020, Lleida, 2019.
- RODRIGUEZ-PIÑERO, M.C., PÉREZ GUERRERO, M.L. *La regulación de las prácticas universitarias como forma de inserción de los jóvenes en el mercado de trabajo*, XXXII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Granada, 2013.
- SANTA-BÁRBARA RUPÉREZ, V. *Contratos formativos y sus variantes. Práctico Laboral*. Vlex, octubre 2022. <https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:ES/CONTRATOS+FORMATIVOS+-DIFERENCIAS/WW/vid/508787114>. Fecha de acceso: 12/10/2022.
- SANZ DE MIGUEL, P., IUDICONE, F., BILETTA, I. *Fraudulent contracting of work: Abusing traineeship status. (Austria, Finland, Spain and UK)*. European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Dublin, 2017.
- SANZ DE MIGUEL, P. «Falsos autónomos y falsos becarios: una aproximación institucional al caso español», *Cuad. relac. labor*. Núm. 37, Madrid, 2019.
- TODD, J. and DUBOIS, C. *Traineeships: survey reveals shortcomings in working conditions and learning content.*, Comisión Europea, Web oficial. Press corner 2013.



# UNA MIRADA CRÍTICA DE GÉNERO AL NUEVO RÉGIMEN DE EMPLEADAS DE HOGAR

A GENDER CRITICAL LOOK AT THE NEW REGIMEN FOR DOMESTIC WORKERS

## Asunción Iniesta Valera

Inspectora de Trabajo y Seguridad Social, responsable en  
materia de igualdad en la Región de Murcia  
ainiestav@mites.gob.es

**Palabras clave:** Empleadas de hogar, principio de igualdad, perspectiva de género, discriminación, acoso, riesgos laborales, papel de la Inspección de Trabajo.

**Keywords:** Domestic workers, principle of equality, gender perspective, discrimination, harassment, occupational hazards, role of the Labor Inspectorate.

**Resumen:** En un sector del trabajo en el que las mujeres representan más del 90% de las personas empleadas, resulta innegable que su regulación debe superar el filtro del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo. El estudio que se presenta tiene por objetivo abordar, desde el punto de vista de la actuación inspectora, la protección legislativa del servicio al hogar familiar integrando la dimensión de género tras el Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar. Se analiza en qué medida se están logrando los objetivos que pretendía cubrir el legislador, así como las carencias y reticencias que aún subsisten, que nos llevan incluso a proponer como posible solución la desaparición de este sistema especial.

**Abstract:** In a sector of work in which women represent more than 90% of the people employed, it is undeniable that the regulation must overcome the filter of the principle of equality and non-discrimination based on sex. The study presented aims to address the legislative protection of the family home service, integrating the gender dimension after Royal Decree-Law 16/2022, of September 6, for the improvement of working conditions and Social Security of home workers. It will analyze to what extent the objectives that the legislator intended to cover are being achieved, as well as the deficiencies and reluctance that still exist that do not even lead to proposing the disappearance of this special system as a possible solution.

**Sumario:** I. PERSPECTIVA DE GÉNERO Y RÉGIMEN EMPLEADAS DEL HOGAR. II. ANÁLISIS DE LA ÚLTIMA REFORMA LEGISLATIVA: RD-LEY 16/2022. III. SUPUESTOS DE ACOSO EN EL TRABAJO EN EL RÉGIMEN DE EMPLEADAS DEL HOGAR. IV. ENFERMADES PROFESIONALES EN EL RÉGIMEN EMPLEADAS DEL HOGAR. V. ACTUACIÓN DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO EN EL RÉGIMEN EMPLEADAS DEL HOGAR. VI. REFLEXIÓN FINAL SOBRE EL RÉGIMEN EMPLEADAS DEL HOGAR. BIBLIOGRAFÍA.

## I. PERSPECTIVA DE GÉNERO Y RÉGIMEN EMPLEADAS DEL HOGAR

Ya en el año 1995 se afirmó algo quizás innovador para la época y era que el camino hacia la igualdad de género no suponía una meta tecnocrática, sino que constituía un proceso político que requería una nueva manera de pensar, en la que los estereotipos sobre mujeres y hombres dieran lugar a una nueva filosofía que reconociera a todas las personas, independientemente de su sexo, como agentes imprescindibles para el cambio<sup>1</sup>. Verdaderamente esta afirmación no ha perdido actualidad y lamentablemente constituye un objetivo a conseguir. Efectivamente la igualdad requiere de un proceso político, que pasa necesariamente por legislar con perspectiva de género. Y si hay un colectivo necesitado de una regulación desde esa perspectiva, ese es el régimen de empleadas de hogar, régimen absolutamente feminizado, ya que, según los datos facilitados por la Tesorería General de la Seguridad Social, a mayo 2021, el 95,53% de las personas inscritas en dicho régimen de la Seguridad Social eran mujeres.

Si empezamos por fijarnos en la denominación utilizada por el legislador a lo largo de los tres reales decretos que han ido regulando a las trabajadoras domésticas, se observa que en la primera regulación contenida en el RD 1424/85<sup>2</sup>, se refiere a ellas como «los trabajadores domésticos». Posteriormente, en el año 2011, año en el que se reforma la regulación de este régimen con la promulgación de un nuevo real decreto RD 1620/2011<sup>3</sup>, en su texto se refiere aún a las empleadas de hogar como «empleado». Y hay que esperar al año 2022 con el RD-ley 16/2022<sup>4</sup>, para que la legislación con perspectiva de género también alcance a su denominación, a las que ahora se refiere como «personas trabajadoras», denominación que ya venía utilizándose para el colectivo de trabajadores por cuenta ajena en general (modificación del Estatuto de los Trabajadores por el RD-ley 6/2019)<sup>5</sup>, pero que aún no había alcanzado a este colectivo.

Pese a lo afirmado anteriormente, si queremos determinar si el legislador ha aplicado la perspectiva de género en este régimen, hemos de desentrañar su intención, y ésta viene reflejada en las Exposiciones de Motivos.

Procediendo a un análisis conjunto de las distintas exposiciones de motivos de los sucesivos reales decretos, aunque la voluntad última perseguida siempre haya sido la progresiva equiparación con la regulación establecida para el resto de las trabajadoras por cuenta ajena, sin embargo, su mantenimiento como relación laboral se ha justificado por la existencia de lo que podemos denominar «peculiaridades», siendo éstas, fundamentalmente, el ámbito donde se presta esta actividad y la no atribución de entidad empresarial al empleador, y que si bien

---

1 SANDINO, Alejandra y BALESTRENI, Sofía Enma: «Informe de Desarrollo Humano Legislar con perspectiva de género» *NUD*, 1995.

2 Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del Servicio del Hogar Familiar, BOE núm. 193, de 13 de agosto de 1985, páginas 25617 a 25618.

3 Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, BOE núm. 277, de 17/11/2011.

4 Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar. BOE núm. 216, de 08/09/2022.

5 Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, BOE núm. 57, de 07/03/2019.



limitan y mucho, como posteriormente veremos, la actuación de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, nunca pueden implicar una menor protección de los derechos fundamentales de estas personas trabajadoras, en relación a la protección establecida para la relación laboral común.

A mayor abundamiento, incluso si analizamos la evolución de la normativa de empleadas de hogar, se observa claramente el cambio de criterio del legislador, al dejar de considerar como objetivamente justificadas algunas de las diferenciaciones que con anterioridad sí consideraba como tales, y que han contribuido a mantener hasta la actualidad una situación de clara discriminación.

Esta situación de discriminación, actualmente corregida por el legislador, no sólo venía afectando al acceso a prestaciones de seguridad social, véase desempleo, sino también a la figura del desistimiento por parte del empleador, como una forma de «rompimiento brusco del contrato» sin necesidad de alegar justa causa posibilitando, por ejemplo, el despido libre de las mujeres embarazadas<sup>6</sup>. Y si bien el desistimiento también estaba previsto para el personal de alta dirección, no se había tenido en cuenta uno de los hechos diferenciadores de este régimen, y es su afectación, de forma mayoritaria, a mujeres en situación económica precaria.

Aun así, es evidente que seguimos estando ante una relación laboral «especial» si la comparamos con la relación laboral común pero ahora, más que nunca, el objetivo prioritario del legislador es lograr esa «equiparación», eliminando todas y cada una de las diferenciaciones que carezcan de justificación objetiva y razonable.

## II. ANÁLISIS DE LA ÚLTIMA REFORMA LEGISLATIVA: RD-LEY 16/2022

El Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar reconoce el derecho al desempleo, tanto en lo que se refiere a la prestación contributiva como al resto de subsidios no contributivos, suponiendo esta reforma una auténtica *revolución*, y no sólo por el referido acceso a la prestación por desempleo o por la desaparición del desistimiento, sino sobre todo por la equiparación del salario percibido por estas personas trabajadoras con el SMI establecido anualmente por el Gobierno de España. Aunque es evidente la perspectiva de género en la aplicación de esta medida al suponer una mejora evidente en las condiciones salariales de este colectivo altamente feminizado, tampoco hay que obviar todas y cada una de las consecuencias que puede acarrear su puesta en práctica, y no todas ellas son necesariamente positivas para las mujeres.

---

6 Sirva de ejemplo la STS 29 enero 2020, rec.2401, 2017 (ECLI:ES:TS:2020:591). En este recurso de casación para la unificación doctrinal se resolvió un caso sobre nulidad de despido por motivo de embarazo de una empleada de hogar, simulándose un desistimiento por pérdida de confianza. Se discute en unificación doctrinal si los salarios de trámite por el despido nulo se devengan hasta la notificación de la sentencia de suplicación que por primera vez declara la nulidad o bien hasta la notificación de la sentencia de instancia, decantándose el TS por la primera opción.

Por un lado, si tenemos en cuenta que el salario medio en España en el año 2022 fue de 2.086 euros al mes, y que el SMI previsto para el año 2023 aplicable a este colectivo es de 1.166,67 euros, no es difícil imaginar que si el salario percibido por la empleada de hogar es la mitad del salario percibido por su empleador, a lo que habría que añadir el coste de Seguridad Social, si no se establecen ayudas suficientes, ya sea vía deducciones a la Seguridad Social o vía deducciones en el IRPF, se puede producir un indeseable efecto en cadena. Véase, si los empleadores reducen en lo posible las jornadas de sus empleadas para así poder reducir costes, ello provocará que las mujeres empleadoras, en general, volverán a asumir más cargas en el hogar familiar, resultando que una medida establecida con clara perspectiva de género se puede tornar en medida contraria a la conciliación de la vida familiar y laboral de las mujeres.

Pero aún de ello se pueden derivar más consecuencias negativas para las mujeres porque, sin olvidar que el aumento de cargas salariales y de Seguridad Social puede llevar a que un porcentaje de empleadas de hogar, esperemos que bajo, pasen a engrosar la economía sumergida, tampoco se puede obviar la relación entre el importe del SMI de las empleadas de hogar y el importe medio de las pensiones de jubilación percibidas en España (en 2022 de 1.323,86 para los hombres y de 887,41 euros para las mujeres).

Hemos de reflexionar. Si un pensionista no puede hacer frente a los gastos salariales y de Seguridad Social de su empleada de hogar, reducirá su jornada o incluso la despedirá, y también en este caso, serán las mujeres las más perjudicadas por ser las que mayormente se ocupan de los mayores por su rol de cuidadoras, afectando de nuevo a la conciliación de la vida familiar con la laboral.

Todo lo anteriormente expuesto, sin pretender ser una crítica a la regulación actual de este régimen, que ha supuesto una auténtica disrupción en lo que a equiparación de derechos se refiere, sí pretende llamar la atención sobre situaciones futuras que pueden darse en la realidad y para las que el legislador debería ya de adoptar todas las medidas correctoras necesarias.

Por otro lado, y siguiendo con el análisis de los efectos derivados de la actual regulación de este régimen, no debemos olvidarnos que ésta se debe al «tirón de orejas» que supuso para el estado español la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de febrero de 2022<sup>7</sup>, y que obligó a que se ratificara el Convenio número 189 de la OIT sobre las trabaja-

---

7 Sentencia Tribunal Justicia de la Unión Europea 24 febrero 2022, Sala Tercera, Asunto C-389/20, CJ contra Tesorería General de la Seguridad Social. (ECLI:EU:C:2022:120). El Tribunal de Justicia europeo señala, en primer lugar, que la exclusión de las protecciones de desempleo no es una discriminación directa basada en el sexo, puesto que se aplica indistintamente a trabajadores y a trabajadoras incluidos en el Sistema Especial para Empleados de Hogar. En segundo lugar, el Tribunal de Justicia recuerda que una discriminación indirecta resulta de una disposición o práctica aparentemente neutra que sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja con respecto del otro sexo. Ello puede quedar acreditado cuando la disposición o práctica aparentemente neutra afecten negativamente a una proporción significativamente más alta de personas de un sexo que de personas de otro sexo. Para ello, el Tribunal de Justicia tiene en cuenta no solo los trabajadores incluidos del Sistema Especial para Empleados de Hogar (en el que el 95,53% son mujeres), sino también al conjunto de trabajadores sujetos al Régimen General de Seguridad Social (en el que el 48,96% son mujeres). El Tribunal de Justicia deduce que se ven afectadas en su mayoría mujeres por el régimen español que excluye de las prestaciones por desempleo a los trabajadores del

doras y los trabajadores domésticos<sup>8</sup>, al considerar que existía discriminación indirecta en la exclusión de la prestación por desempleo.

Como se sostiene por la doctrina, los estudiosos califican a España como un Estado del bienestar «familiarista», al hacer responsables de las tareas de cuidado de menores, mayores y dependientes a las familias, y ello se debe a la escasez de infraestructuras públicas en esta materia, lo que obliga a las familias a optar por el trabajo doméstico<sup>9</sup>.

Para que el sistema de trabajo de este régimen sea rentable, ha de implicar un bajo coste para las familias, es decir, que su coste no supere los ingresos que perciben las mujeres a las que estas empleadas reemplazan en el hogar, y ello es lo que explicaría la discriminación en las condiciones de trabajo que ha venido sufriendo este colectivo. Por ello, otra parte de la doctrina plantea que si es necesario reducir costes en la economía familiar para que «compense» la contratación de empleadas de hogar, ello implicará también la reducción de las condiciones de trabajo de éstas (e incluso su paso a la economía sumergida), llegando a una situación en nada deseable, por lo que se plantea como solución el sustituir el empleo doméstico por la contratación de una empresa, en definitiva, «industrializar el trabajo doméstico», de tal manera que, ya no estaríamos ante una relación laboral especial sino ordinaria o común<sup>10</sup>.

En definitiva, tanto si tenemos en cuenta la afectación del derecho a conciliar de las empleadoras como el probable paso de las empleadas a la economía sumergida, es evidente que la actual equiparación de derechos de este colectivo a los derechos derivados de una relación laboral común, precisa de la adopción de medidas que neutralicen esos efectos negativos. Sin la adopción de medidas correctoras, es insostenible que los/las empleadores/as puedan asumir el coste que conlleva la equiparación de derechos, y sin la equiparación de derechos es insostenible la situación de las empleadas domésticas.

Volviendo al análisis del actual RD-ley 16/2022, el legislador hace especial incidencia, para justificar el acceso de las empleadas de hogar a la prestación por desempleo, en la superación de una situación clara de discriminación de este colectivo, discriminación por razón de sexo, puesto que venía afectando mayoritariamente a las mujeres, al que en la actualidad se une un nuevo motivo de discriminación al afectar a las empleadas de hogar en su doble condición de mujeres e inmigrantes, discriminación por razón de origen étnico o racial.

El derecho a no ser discriminado como derecho básico de todas las personas trabajadoras regulado en el artículo 4 del Estatuto de los Trabajadores<sup>11</sup> (normativa aplicable a este régimen como derecho supletorio en tanto sea compatible con sus particularidades), se extiende a cualquiera de los motivos de discriminación que se establecen legalmente y a las distintas fases de la relación laboral, empezando por el acceso al empleo.

---

hogar. Ello es constitutivo de una discriminación indirecta injustificada, puesto que no contribuye adecuadamente a la consecución de ningún objetivo legítimo de política social.

8 Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011 (núm. 189), ratificado 23 febrero 2023. El Convenio entrará en vigor para España el 29 febrero 2024.

9 RODRÍGUEZ, Luz en «Contexto y significado de la ratificación por España del Convenio 189 de la OIT» (blog del 21 de junio de 2022).

10 *Ibidem*.

11 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, BOE núm. 255, de 24/10/2015.

Si pensamos, por ejemplo, en el caso de un empleador que decida publicar una oferta de empleo, se tendrá que verificar por parte de la ITSS que los requisitos exigidos a los posibles candidatos no impliquen cualquier tipo de discriminación por razón de sexo, edad, estado civil, origen racial, religión, etc., pero si se constata esta conducta discriminatoria, surge la duda sobre las consecuencias sancionadoras teniendo en cuenta la «entidad» del empleador en este régimen. Si nos atenemos a lo establecido en el art. 16, apartado c) de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social<sup>12</sup> (LISOS), se tipifica como infracción muy grave en materia de empleo, con el siguiente tenor literal:

«(...) establecer condiciones, mediante publicidad, difusión o cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones para el acceso al empleo por motivos de sexo, origen, incluido el racial o étnico, edad, estado civil, discapacidad, religión o convicciones».

Por tanto, si bien no plantea duda alguna la responsabilidad del medio que publica esa oferta de empleo, medio con entidad empresarial, si plantea dudas, y muchas, el hecho de imputar una responsabilidad administrativa cuya sanción mínima, sin consideración de circunstancia agravante alguna, alcanza la cifra de 7.501 euros (disposición final primera de la Ley 10/2021, de trabajo a distancia<sup>13</sup>, que modifica el texto de la LISOS), a una economía familiar. De nuevo estamos ante la disyuntiva de poder conjugar la protección adecuada de los derechos fundamentales de las empleadas de hogar con la ausencia de entidad empresarial de la empleadora.

Pero, aun dándose esta disyuntiva, la posibilidad de verificar este tipo de discriminación por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) sí es posible, a diferencia de lo que ocurre una vez llevada a cabo la contratación.

Porque, para poder determinar la existencia de «discriminación» es necesario que la situación detectada pueda ser susceptible de compararse con otras situaciones iguales o semejantes, y en este ámbito, salvo excepciones, la empleada de hogar es la única empleada en ese hogar.

### III. SUPUESTOS DE ACOSO EN EL TRABAJO EN EL RÉGIMEN DE EMPLEADAS DEL HOGAR

El dilema entre una protección adecuada y una ausencia de entidad empresarial no sólo se plantea en relación al derecho a no ser discriminada, también afecta, y mucho, a la protección frente al acoso, al que se refiere el art. 4 del ET, regulador de los derechos laborales básicos de las personas trabajadoras, donde en su apartado e) incluye «la protección frente al acoso por razón de origen racial étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo».

---

12 Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, BOE núm. 189, de 08/08/2000.

13 Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, BOE núm. 164, de 10 de julio de 2021, páginas 82540 a 82583.

Pero a diferencia de lo que ocurre con la discriminación, que limita la viabilidad de la actuación inspectora al acceso al empleo, en el acoso, no sólo puede darse durante toda la vigencia de la relación laboral sino que además, al ser la afectada, por lo general, la única empleada que presta servicios en un ámbito privado, sería exigible una «especial protección» por su situación de «especial vulnerabilidad». Como se sostiene por la doctrina estas trabajadoras sufren el acoso con una intensidad desproporcionada, sobre todo en el caso de las de nacionalidad extranjera que residen en nuestro territorio de forma irregular, ya que el empleador condiciona tanto el abono de su salario como la posible denuncia de su condición de irregular, o incluso la amenaza de echarla en plena noche a la calle cuando la empleada está interna en el domicilio, a que mantenga relaciones sexuales con él<sup>14</sup>.

«Esta «especial protección» frente al acoso desde la Inspección de Trabajo, está limitada por la inviolabilidad del domicilio. En efecto, está restringida pero no, en modo alguno, anulada. Si nos situamos en el ámbito de una relación laboral común, la protección frente al acoso se ha venido estableciendo desde una doble perspectiva, laboral y de prevención de riesgos laborales.

En el ámbito estrictamente laboral, al considerarse como derecho laboral básico, su incumplimiento determina la existencia de una infracción muy grave (art. 8, apartados 13 y 14, referidos al acoso sexual y al acoso discriminatorio de la LISOS, con imposición de una sanción mínima de 7.501 euros, que se fija en la disp. final 1ª de la Ley Trabajo a Distancia).

Pero además el legislador estableció, referido al acoso sexual y por razón de sexo, una obligación empresarial en el art. 48.1 de la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres<sup>15</sup>, que es la de arbitrar «procedimientos específicos» tanto para su prevención como para su protección, una vez presentadas denuncias o reclamaciones en esta materia, obligación que se mantiene en vigor por la actual normativa reguladora sobre los Planes de Igualdad (art. 7.1, ap. i) del RD 901/2020<sup>16</sup>, referido al contenido del Diagnóstico de Situación).

En definitiva, nos estamos refiriendo al conocido como «Protocolo de Acoso», cuya existencia siempre ha estado vinculada a los Planes de Igualdad (y para aquellas empresas a las que se les exige su elaboración, forma parte del mismo), pero que en la práctica es exigible a todas las empresas, con independencia de su plantilla, incluso aunque se trate de autónomos empleadores con un solo trabajador.

Cabe entonces plantearse si a este colectivo, también le sería exigible dicho protocolo de acoso. Es evidente la condición de «empleada» de la trabajadora doméstica y su derecho a la protección frente al acoso, pero el tener que elaborar un protocolo de acoso implica que se le dote de un contenido mínimo que garantice su eficacia. Y dentro de ese contenido mínimo, y para garantizar la necesaria objetividad durante el procedimiento de investigación, ésta deberá de llevarse a cabo por persona imparcial.

---

14 «Discriminación de las empleadas de hogar» por Elisa Ledesma (3 de mayo de 2018-jupsin.com).

15 Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, BOE núm. 71, de 23/03/2007.

16 Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo, BOE núm. 272, de 14 de octubre de 2020, páginas 87476 a 87502.

Este requisito no plantea mayores problemas en el ámbito de la relación laboral común, pudiendo encomendarse la investigación a representantes empresariales y representantes legales de los trabajadores en paridad, a otros trabajadores elegidos entre la plantilla e incluso, al Servicio de Prevención Ajeno (SPA), si así lo deciden las partes (empresarial y social), pero su aplicación en el ámbito del hogar familiar sí plantearía problemas al tratarse, por lo general, de una única empleada y de un empleador sin entidad empresarial y, hasta la fecha, sin obligación de concertar su actividad preventiva.

Y sostenemos que hasta la fecha porque hasta septiembre de 2022, esta relación laboral especial estaba excluida del ámbito de aplicación de la Ley 31/95 de Prevención de Riesgos Laborales<sup>17</sup>, pero esta situación ha cambiado tras la modificación contenida en el RD-ley 16/2022, implicando que en la actualidad sí se le incluya en el ámbito de aplicación de esta ley, aunque pendiente de desarrollo reglamentario.

En la Disposición Adicional núm. 19 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, no sólo se hace referencia al derecho de las empleadas de hogar a una «protección eficaz en materia de seguridad y salud» sinoque además, se hace una especial referencia al «ámbito de la prevención de la violencia contra las mujeres», íntimamente relacionado con las conductas de acoso sexual, acoso por razón de sexo e incluso acoso discriminatorio por razón de origen racial o étnico.

Por lo tanto, y a la espera de ese desarrollo reglamentario, si bien por la vía laboral es muy discutible la aplicación de las obligaciones empresariales en materia de acoso al empleador doméstico (véase protocolo de acoso), sin embargo, por la vía preventiva sí podría establecerse dicha obligación como medida de prevención contra el acoso, al igual que ya se viene exigiendo al resto de empleadores. Y, aunque en esta disposición adicional se vuelve a hacer referencia a «las características específicas del trabajo doméstico», resulta evidente que cada vez son menos las particularidades diferenciadoras de este régimen.

Si la contratación de una empleada de hogar va a conllevar también, el asumir obligaciones preventivas por parte del empleador, junto a las salariales y de seguridad social, se está diluyendo una de sus particularidades esenciales, la carencia de entidad empresarial.

Con independencia de la posibilidad de exigir o no el protocolo de acoso al empleador (obligación aún más difícilmente asumible si estamos ante empleada no contratada a tiempo completo con pluralidad de empleadores), y sin esperar al desarrollo reglamentario en materia preventiva, las empleadas de hogar siempre han tenido la posibilidad, al igual que el resto de trabajadores, de denunciar incumplimientos en materia laboral y de seguridad social ante la ITSS, entre ellas, una situación de acoso. Y la imposibilidad de acceder al domicilio particular donde se desarrolla la prestación de servicios junto a la ausencia de compañeros de trabajo que hayan podido presenciar la situación denunciada, aunque limita, no impide que se pueda llevar a cabo la correspondiente actuación inspectora de investigación.

Al igual que sucede cuando se presentan denuncias en empresas con una única trabajadora, la afectada, y donde la ausencia de testigos hace innecesaria una visita de inspección al centro de trabajo donde se prestan los servicios, máxime cuando en la mayoría de los casos

---

17 Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales, BOE núm. 269, de 10/11/1995.

la afectada se encuentra en situación de Incapacidad Temporal, procedería en estos casos mantener entrevista con denunciante y denunciado a efectos de poder acreditar el acoso denunciado. Todo ello, sin olvidar la admisión de grabaciones y audios de voz, como medio de prueba en la vía administrativa, ante la ITSS, tras haber sido ya admitidos por los tribunales, y siempre y cuando se cumplan una serie de requisitos que acrediten su veracidad.

No podemos concluir la referencia al acoso sin hacer mención a la ratificación por España, el 25 de mayo de 2022, del Convenio núm. 190 de la OIT<sup>18</sup>. La importancia de esta ratificación estriba, en la necesidad perentoria de suplir una laguna legal referida al acoso laboral. Este tipo de acoso no estaba regulado, por lo que su incumplimiento no podía considerarse como infracción sancionable en materia laboral, por parte de la ITSS, derivándose todas las conductas propiamente de acoso laboral a conductas atentatorias a la dignidad del trabajador, derecho si reconocido como básico en el art. 4 del ET, y por lo tanto también aplicable a las empleadas de hogar.

Aunque desde el punto de vista sancionador, la regulación del acoso laboral no va a implicar cambio alguno puesto que, necesariamente, se tipificará como infracción muy grave (al igual que los otros tipos de acoso regulados y la propia conducta de ataque a la dignidad), si va a mejorar, y mucho, la protección de la afectada al concretarse las conductas constitutivas de acoso y ampliarse su contenido y alcance.

Así, primeramente, ya no se va a exigir conducta repetida, siendo suficiente que se manifieste una sola vez, y, en segundo lugar, y con especial incidencia en las empleadas de hogar internas, también se considerará constitutivo de acoso cuando estas conductas se produzcan «en el alojamiento proporcionado por el empleador».

Aunque deviene como necesaria una modificación de la legislación nacional, tras su ratificación es directamente aplicable al «mundo del trabajo», tanto a la relación laboral común como a esta relación laboral especial, en tanto sea compatible con sus singularidades.

Por el contrario, y precisamente debido a esas peculiaridades, difícilmente podrán aplicarse otras disposiciones establecidas por este convenio, como el «garantizar que la afectada pueda alejarse de la situación de acoso sin sufrir represalias u otras consecuencias indebidas» o que «deba informar de esta situación al empleador».

## IV. ENFERMEDADES PROFESIONALES EN EL RÉGIMEN EMPLEADAS DEL HOGAR

Es necesaria una referencia a la consideración como enfermedades profesionales (EP) de todas aquellas lesiones derivadas directamente de la prestación de servicios en el hogar familiar y es evidente la preocupación del legislador en esta materia, de ahí que en la disposición adicional 4ª del RD-ley 16/2022, se establezca la creación de una comisión de estudio para la inclusión de la «perspectiva de género» en el cuadro de EP.

---

18 El Convenio está en vigor para España desde hace muy poco, el 25 mayo 2023.

En este punto procedemos a analizar la STS 20 septiembre 2022<sup>19</sup> cuya ponente fue la magistrada y primera presidenta mujer de la Sala IV del TS, María Luisa Segoviano Astaburuaga (en la actualidad magistrada del TC). Este pronunciamiento constituye una *leading case* porque además de reconocer como enfermedad profesional para las limpiadoras la enfermedad de la rotura del manguito rotador del hombro, pone de manifiesto la ausencia de una total perspectiva de género en esta materia. Aunque el reconocimiento viene referido a la profesión de «limpiadora», sería perfectamente extrapolable a otras profesiones u oficios, en este caso a las empleadas de hogar, por constituir las labores de limpieza una gran parte de sus funciones. Y aunque el listado de actividades profesionales que aparecen en el RD 1299/2006<sup>20</sup> no es cerrado, se señala en esta sentencia que mientras hay profesiones que aún no se han incluido, por el contrario, ya estaba incluida esta enfermedad profesional para oficios claramente masculinizados como pueden ser los pintores o los escayolistas. Es por ello por lo que el Tribunal Supremo decide aplicar la perspectiva de género en el enjuiciamiento de este supuesto, al estar la profesión de limpiadora fuertemente feminizada y no figurar en el RD *como profesión susceptible de generar una determinada enfermedad profesional*, y ello a pesar de las fuertes exigencias físicas que conlleva, como los movimientos repetitivos, que, sin embargo, sí son tenidos en cuenta para otras profesiones incluidas, ya sean masculinizadas o incluso con «presencia equilibrada» de hombres y mujeres como los carniceros o pescaderos, concluyéndose con la existencia de discriminación indirecta.

Y si en este caso el Alto Tribunal considera la inclusión de la profesión de limpiadora como susceptible de generar esa enfermedad profesional, en el caso de las empleadas de hogar al esfuerzo físico derivado de las actividades de limpieza, habría que añadir el esfuerzo (físico y psicológico) derivado de las tareas de cuidadora de hijos, discapacitados o mayores.

Llegados a este punto, podemos sostener que el hogar no se considera un centro de trabajo porque el derecho a la intimidad prima sobre el resto, y el hecho de que las enfermedades contraídas a consecuencia del desempeño del trabajo de empleada de hogar (túnel carpiano, lesiones lumbares y cervicales, etc.) no se consideren enfermedades profesionales, conlleva, necesariamente, a su consideración como enfermedad común, y una enfermedad común conlleva menos percepción económica y afecta a la jubilación.

Cabe destacar que por parte de la doctrina se considera que el argumentario basado en la discriminación indirecta que emplea la resolución del TS analizada, deberían haber tenido más apoyatura normativa, pues los razonamientos sobre la discriminación del baremo al no contemplar una profesión altamente feminizada hubieran sido más potentes. Ya no se trataría solamente de afirmar el principio de igualdad de oportunidades para hombres y mujeres en el empleo o en las condiciones de trabajo, o en la apreciación de las circunstancias de Seguridad Social. Ahora se trataría de algo más, de evitar discriminación por el sexo de la persona trabajadora que desarrolla la actividad, circunstancia que acaece estadísticamente, sin mucha necesidad de argumentación, en los trabajos de limpieza<sup>21</sup>.

---

19 STS 20 de septiembre de 2022, rec. núm. 3353/2019, (ECLI:ES:TS:2022:3378).

20 Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro, BOE núm. 302, de 19/12/2006.

21 ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel: «Apreciación de la enfermedad profesional desde la perspectiva de género», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 9, 2022.



## V. ACTUACIÓN DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO EN EL RÉGIMEN EMPLEADAS DEL HOGAR

Desde el punto de vista de la actuación inspectora, llama la atención la escasez de denuncias que se presentan por parte de las empleadas de hogar en materias como discriminación o acoso, a diferencia del elevado número de trabajadoras que sí presentan denuncias en esta materia cuando se trata de relaciones laborales comunes, no alcanzando en porcentaje, ni al 1%.

Ello se puede deber a varios factores, en primer lugar, la escasa formación de este colectivo que conlleva desconocimiento acerca de sus derechos, en segundo lugar, su situación de especial vulnerabilidad y precariedad, y en tercer lugar, los límites a la propia actuación inspectora derivada de la imposibilidad de acceder al domicilio, imposibilidad que acrecienta el sentimiento de aislamiento de la empleada y de impunidad del empleador.

Aunque este último límite a la actuación de la ITSS no anularía su viabilidad en relación a actuaciones en materia laboral o de seguridad social, la total equiparación de derechos de este colectivo pretendida por el legislador que incluiría también a los preventivos<sup>22</sup>, sí limitaría la actuación inspectora en esta materia al chocar frontalmente con el derecho a la intimidad.

## VI. REFLEXIÓN FINAL

La realidad nos demuestra que el trabajo que es prestado por las empleadas del hogar constituye una tarea minusvalorada y poco reconocida. Como bien sabemos, nuestra sociedad es muy familiar, pero el Estado español no se ha preocupado de ayudar y facilitar la incorporación de la mujer al mercado laboral, ofreciendo políticas públicas que facilitarían la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

La situación deseable siempre será aquella donde no se vean afectados ni el derecho a una protección adecuada de la empleada, ni el derecho a conciliar de la empleadora, derecho siempre condicionado a la «real» corresponsabilidad en el seno del hogar familiar.

---

22 La falta de elementos de salubridad y materiales de seguridad en los hogares, que quedan a voluntad del empleador, constatan que en muchas ocasiones las empleadas del hogar son ninguneadas llegando a sufrir riesgos psicosociales por las situaciones abusivas a las que están sometidas. Además, cabe sumar la escasez de inspecciones de trabajo, y la persistente discriminación por razón de la edad y origen y las pocas o inexistentes probabilidades de movilidad de las trabajadoras del servicio doméstico. Por otro lado, la posibilidad de pertenecer a una asociación o afiliarse a un sindicato es muy baja o nula, así como no existe un convenio colectivo aplicable al colectivo, por lo que todo ello contribuye a que no tengan instrumentos reivindicativos donde puedan dar voz a sus problemas e intentar mejorar en sus condiciones de trabajo.

Aunque suene futurista, se podría afirmar que *estamos ante la encrucijada de mantenimiento o desaparición del régimen de empleadas de hogar*. Quizás el devenir del régimen de empleadas del hogar pasa, inexorablemente, por la extinción de esta relación laboral especial en aras de una relación laboral común a cargo de un empleador con entidad empresarial. O también puede que lleguemos a una situación intermedia donde, partiendo de una sociedad con una infraestructura adecuada de cuidado que garantice la conciliación de la vida familiar y laboral sin necesidad de contratar a una empleada de hogar, se mantenga esta relación especial para aquellos empleadores cuya economía familiar pueda asumir sus costes, optando el resto, bien a su contratación directa, pero a tiempo parcial, o bien a su contratación a través de empresas que asuman los costes empresariales.

## BIBLIOGRAFÍA

ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel:» *Apreciación de la enfermedad profesional desde la perspectiva de género*», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 9, 2022.

AYALA DEL PINO, Cristina.:

- «La relación laboral especial de servicio del hogar familiar», Tesis Doctoral, Universidad Rey Juan Carlos, 2004.

- «La prevención de riesgos laborales en la relación laboral especial de servicio del hogar familiar», en *Saberes: Revista de Estudios jurídicos, económicos y sociales*, núm. 5, 2007.

- «La conciliación de la empleada del hogar: inexistente e invisible», *Anuario jurídico y económico escurialense*, núm.56, 2023.

ONU: PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO:

*Informe de Desarrollo Humano, 2021-2022*. <https://report.hdr.undp.org/es/>

# LA PROBLEMÁTICA DE LA EXCLUSIÓN DE DETERMINADOS COLECTIVOS DEL ÁMBITO PERSONAL DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS

**Miguel Ángel Garrido Palacios**

Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y Seguridad Social  
Universidad Complutense de Madrid  
migarr10@ucm.es  
Orcid: 0000-0003-0822-5143

**Palabras clave:** convenios colectivos, exclusión ámbito personal, principio de igualdad y de no discriminación, doctrina judicial

**Keywords:** collective bargaining, personal exclusion, principle of equality and non-discrimination, judicial doctrine

**Resumen:** La limitación en la aplicación del ámbito personal de los convenios colectivos es un fenómeno presente en la negociación colectiva. Esto obedece a necesidades empresariales. La distinción entre cuando existen causas justificadas y razonables para su despliegue y cuando se puede vulnerar la Constitución española y la legalidad es fundamental para evitar su judicialización. Este estudio se adentra en las tendencias de la negociación colectiva y en las resoluciones judiciales para tratar de extraer una serie de criterios que permitan arrojar claridad en cuanto a su encaje en nuestro ordenamiento.

**Abstract:** The limitation in the application of the personal scope of collective agreements is a phenomenon present in collective bargaining. This is due to business needs. The distinction between when there are justified and reasonable causes for its deployment and when it may violate the Spanish Constitution and legality is fundamental to avoid its judicialisation. This study delves into trends in collective bargaining and judicial decisions to extract a series of criteria that will provide clarity as to how it fits into our legal system.

**Sumario:** I. INTRODUCCIÓN. II. ENFOQUE DOCTRINAL. III. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA LIMITACIÓN Y EXCLUSIÓN DEL ÁMBITO PERSONAL DEL CONVENIO. IV. JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA JUDICIAL. V. CONCLUSIONES.

## I.- INTRODUCCIÓN

Es habitual que los convenios colectivos excluyan a colectivos o perfiles de su ámbito de aplicación personal en los términos que establecen los firmantes, lo cual lleva a una casuística diversa en el alcance de su fuerza de ley. Esta cuestión dificulta el establecimiento de un criterio rígido para determinar en qué consiste este tipo de disposiciones. No obstante esto no va a impedir acercarse a unas líneas o tendencias en la negociación colectiva en base a un estudio del resultado que nos arroja el número de convenios colectivos con un ámbito de vigencia desde 1 de enero de 2017 hasta el 1 de enero de 2030<sup>1</sup>. Paradójicamente la facultad de la negociación colectiva para establecer estas exclusiones o limitaciones a la eficacia *erga omnes* de los convenios colectivos puede derivar en la ilegalidad incluso en la lesión de derechos fundamentales por perpetrar situaciones de discriminación en relación de a quien se le aplica la norma convencional y a quien se le excluye del perímetro de esta.

El interés de este trabajo reside en que, como se han pronunciado sectores de la doctrina académica, es un aspecto de las relaciones laborales que no ha sido abordado en profusión por la misma<sup>2</sup>. Esto llama la atención, cuando están en juego aspectos centrales como el derecho a la negociación colectiva o el principio de igualdad y no discriminación. Al mismo tiempo no se parte de cero, sino que se busca sistematizar las aportaciones más relevantes del *iuslaboralismo* hasta la fecha.

La fuerza vinculante de los convenios colectivos asiste a un reto colectivo en los tiempos de la sociedad digital y la precariedad laboral por lo que la limitación del ámbito personal es una tendencia que opera en esta dinámica justificando el presente estudio. Se va a prestar atención a la tendencia de la negociación colectiva, puesto que al final son los protagonistas de los convenios colectivos los que van a delimitar los perfiles de la exclusión, así como las razones para ello.

El siguiente paso es estudiar la doctrina judicial con la finalidad de actualizar el estado del problema e identificar el debate surgido entre los litigantes y los criterios que se van plasmando por los órganos judiciales. Vaya por delante que no se asiste a una tarea fácil ya que al tratarse de la redacción concreta de cada convenio o de las características de cada práctica empresarial se hace difícil inferir unos criterios generales.

Con los anteriores ejes se estará en disposición de formular unas conclusiones en forma de valoraciones y recomendaciones para la mejora en la regulación de los convenios colectivos.

---

1 La investigación se ha articulado desde la página web del regcon <https://expinterweb.mites.gov.es/regcon/pub/buscadorTextosEstatad> filtrando la búsqueda con el término «exclusión limitación ámbito personal convenio» tanto en convenios colectivos denunciados como no denunciados. La consulta abarca tanto los textos convencionales de empresa y grupo de empresa como los sectoriales. Se han detectado un total de 244 convenios colectivos que recogen de una forma u otra este tipo de limitaciones alcanzando la búsqueda hasta los convenios publicados a 19 de noviembre de 2022. El muestreo es lo suficientemente amplio para trazar las tendencias de la negociación colectiva.

2 MERCADER UGUINA, J., *Salarios y crisis*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 227-256.

## II. ENFOQUE DOCTRINAL

El fenómeno de la limitación del ámbito personal de los convenios colectivos se debe abordar desde un plano más amplio. Así ya se advertía en la evolución del *iuslaboralismo* una tendencia a reducir su espacio por intereses empresariales lo que contrasta con la voluntad de las personas trabajadoras y sus organizaciones de expandir el marco de protección<sup>3</sup>.

A propósito de nuestro sistema de fuentes se debe recordar que el contrato y el convenio colectivo no operan en plano de igualdad prevaleciendo el segundo sobre el primero<sup>4</sup> de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores. Consecuencia de esta jerarquía es que el contrato de trabajo no puede recoger condiciones inferiores a las establecidas en la norma colectiva como es sabido. La norma legal parte de la autonomía de la voluntad de los negociadores limitándose el artículo 85.3 b) del Estatuto de los Trabajadores a precisar que como contenido mínimo del convenio estará la determinación del ámbito personal, funcional, territorial y temporal.

Pese a que este artículo trata de las restricciones al ámbito de aplicación personal del convenio colectivo se deben distinguir dos tendencias dentro del fenómeno y que implican consecuencias jurídicas. Me refiero a la exclusión de un grupo de personas del convenio colectivo por privilegiado al gozar de unas condiciones superiores a las del personal adscrito al convenio colectivo<sup>5</sup> y a aquellas que se les aparta siendo sectores más precarios como los trabajadores temporales. Si en el primer caso no cabe que se rechace de forma categórica esa configuración de las relaciones laborales, en el segundo, al implicar unas condiciones peyorativas o más desfavorables para un colectivo precarizado, atentaría contra la fuerza normativa y vinculante de los convenios colectivos.

No toda exclusión o limitación en el ámbito personal del convenio colectivo supone una vulneración del derecho a la libertad sindical en su vertiente a la negociación colectiva puesto que se trata de una voluntad de las partes legitimadas para culminar el texto convencional. La clave estaría en si la exclusión supone un desequilibrio y una arbitrariedad manifiesta en perjuicio de la negociación colectiva<sup>6</sup>. Pese a la validez de estas cláusulas convencionales no se transforma la relación contractual en un ámbito ajeno al control sino que habrá que estar a la interpretación común de las partes y a los derechos genéricos reconocidos a la persona trabajadora<sup>7</sup>.

Acotando los efectos lesivos que se pueden dar se trataría de prácticas empresariales o acuerdos individuales que consisten en la alteración de lo pactado en el convenio colectivo

3 MONTROYA MELGAR, A., «El ámbito personal del derecho del trabajo: Tendencias actuales», en *Revista doctrinal Aranzadi*, núm. 3/2006, págs. 1-12.

4 GALLO LLANOS, R. «los acuerdos individuales en masa como forma para regular relaciones de trabajo y posible vulneración del derecho a la negociación colectiva: criterios jurisprudenciales» en *Tribuna*, págs. 1-7.

5 ABLEIRA COLAO, M. «Condiciones de trabajo del personal fuera de convenio. Comentario a la STSJ Asturias (Sala de lo Social, Sección 1ª)» en *Revista Española del Derecho del Trabajo*, núm. 238/2021, págs. 1-8.

6 BENLLOCH SANZ, J.P. «Lesión a la libertad sindical por la limitación del del ámbito personal del convenio colectivo», en *Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 180, 2015, págs. 371-378.

7 MERCADER UGUINA, J. *Ibidem*.

o, sin lo anterior, que la medida sea de tal envergadura que afecte al sistema de negociación colectiva<sup>8</sup>. La cuestión tiene una dimensión constitucional puesto que las exclusiones no caben con infracción del principio de igualdad y de no discriminación consagrado en nuestra norma constitucional<sup>9</sup>.

Si bien se ha admitido esta exclusión para sectores como la alta dirección y la dirección en la empresa, aun teniendo contrato laboral común, o la especial responsabilidad o confianza<sup>10</sup>, se hace más cuestionable cuando son otros perfiles profesionales como los técnicos o incluso cualquier otra categoría a discreción de la empresa como algunos convenios colectivos recogen.

El punto clave estaría en que la diferencia objetiva ha de basarse en la profesionalidad y el trabajo puesto que aplicaciones arbitrarias, aunque no sean estrictamente discriminatorias, pueden alcanzar un reproche constitucional<sup>11</sup>. En el campo de la legalidad ordinaria el artículo 28 del Estatuto de los Trabajadores consagra el concepto de trabajo de igual valor estableciendo literalmente: «*Un trabajo tendrá igual valor que otro cuando la naturaleza de las funciones o tareas efectivamente encomendadas, las condiciones educativas, profesionales o de formación exigidas para su ejercicio, los factores estrictamente relacionados con su desempeño y las condiciones laborales en las que dichas actividades se llevan a cabo en realidad sean equivalentes.*». Aquí se detecta un problema que en ocasiones arroja la negociación colectiva y son aquellos supuestos exclusivos basados en un porcentaje discrecional a criterio de la empresa, lo que provoca que personas que tienen puestos de trabajo iguales o análogos se encuentran con una disparidad respecto a la aplicación del convenio colectivo.

### III. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA LIMITACIÓN Y EXCLUSIÓN DEL ÁMBITO PERSONAL DEL CONVENIO

Antes de abordar el análisis de la tendencia en la negociación colectiva, la doctrina académica ha precisado los perfiles o colectivos que más se suceden en el plano de la exclusión y que son; el personal de alta dirección, el de dirección de la empresa, aun con contrato laboral común; y el de especial responsabilidad<sup>12</sup>.

El estudio muestra que en buena medida esta es la línea que mantiene la regulación convencional aunque luego hay textos que por las peculiaridades del sector introducen contenidos que exceden ese criterio general. A continuación procede acudir a los elementos más destacados que aporta la negociación colectiva en alusión a los supuestos que encajan con el objeto del presente estudio.

---

8 BENLLOCH SANZ, J.P. *Ibidem*.

9 MERCADER UGUINA, J. *Ibidem*.

10 En esto coinciden MONTROYA MELGAR, A. y MERCADER UGUINA, J. en las obras ya citadas en este trabajo.

11 MERCADER UGUINA, J. *Ibidem*.

12 *Ibidem*.

Se mantiene la línea general que consiste en la exclusión de la aplicación de los textos convencionales para el personal de alta dirección y dirección de la empresa en consonancia con la relación laboral especial que muchos de ellos prestan y la especial confianza y responsabilidad de la empresa. No se puede olvidar que se trata de un colectivo excluido del proceso de elecciones sindicales por aplicación del artículo 16 del Real Decreto 1382/1985 por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección y el artículo 1.3. del Estatuto de los Trabajadores<sup>13</sup>. Son en total 137 los convenios colectivos que recogen este tipo de regulación y que no parecen generar problemas con nuestro ordenamiento jurídico a raíz de la interpretación realizada por la doctrina judicial en reiteradas ocasiones.

Otra tendencia presente en la negociación colectiva es la de fijar la exclusión en base al acuerdo de la empresa y la persona trabajadora<sup>14</sup>. Existen una serie de particularidades como limitar el pacto de exclusión antes de la entrada en vigor del convenio estableciendo un tope del 20% para un grupo profesional<sup>15</sup>. Aquí cabe manifestar que ese pacto voluntario y expreso ha de salvar la arbitrariedad en esta regulación porque de lo contrario podría implicar la ilegalidad de lo pactado.

La exclusión en base a grupos y categorías profesionales es otra de las características a la limitación del ámbito de aplicación personal de los convenios colectivos. En cuanto se difuminan los rasgos de especial confianza y responsabilidad que caracterizan a los puestos de dirección y alta dirección de la empresa esta disposición incurre en el riesgo de no estar justificada. Se relacionan los convenios que se refieren a técnicos y administrativos<sup>16</sup>, ingenieros<sup>17</sup>, determinados niveles<sup>18</sup> o los técnicos que tienen funciones comerciales para el área económica<sup>19</sup>.

---

13 CABEZA PEREIRO, J. *Las elecciones sindicales*, Bomarzo, Albacete, 2018.

14 Es el caso del VII convenio colectivo de Patentes Talgo que en su artículo 2 recoge la posibilidad de la exclusión parcial, en los términos que se pacten, del convenio por acuerdo entre empresa y trabajador. Resolución de 17 de mayo de 2022 de la Dirección General de Trabajo, Boletín Oficial del Estado número 128, de 30 de mayo de 2022, páginas 73947 a 74033.

15 En estos términos se expresa el artículo 1.02 del Convenio Colectivo Voesltalpinerailway System Jez SL. Resolución del Departamento de Trabajo de la Delegación Territorial de Álava de 14 de julio de 2021, Boletín Oficial del Territorio Histórico de Álava, número 83, pp. 1-31.

16 Artículo 1 del convenio colectivo de la Siderúrgica Sevillana. Resolución de la Delegación Territorial de Sevilla de 18 de enero de 2019, Boletín Oficial de la Provincia de Sevilla número 47 de 26 de febrero de 2019, pp. 3-25.

17 Artículo 1 del convenio colectivo de Valeo Iluminación S.A para el centro de Fuenlabrada, bien es cierto que únicamente ceñido a cuestiones salariales y con una serie de limitaciones añadidas como nocturnidad, antigüedad, etc. Resolución de 31 de julio de 2020 de la Dirección General de Trabajo de la Comunidad de Madrid, Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, número 222 de 12 de septiembre de 2020, pp. 2-46.

18 Así se pronuncia el artículo 2 del convenio colectivo de Telefónica y el artículo 4 del convenio colectivo de Opel España. Resolución de 23 de octubre de 2019 de la Dirección General del Trabajo, por la que se registra y publica el convenio colectivo de empresas vinculadas para Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España SAU, Boletín Oficial del Estado número 273, de 13 de noviembre de 2019, pp. 125209-125395. Resolución del Servicio Provincial de Economía. Industria y Empleo por la que se dispone la inscripción en el Registro y publicación de la empresa Opel España SLU, Boletín Oficial de la Provincia de Zaragoza número 61, de 16 de marzo de 2018, pp.15-65.

19 Artículo 2 del Convenio colectivo de Michelin España Portugal S.A. para los centros de Tres Cantos

Mayor problema presentan los convenios colectivos que dejan una discrecionalidad amplia a la empresa para dibujar el marco de la exclusión. Es el caso del convenio colectivo de Gefco España<sup>20</sup> que en estos términos se delimita o el de Iberia<sup>21</sup> que recoge que se excluye al personal de especial confianza cuya configuración es discrecional por la empresa y limita numéricamente esta excepción a 650 personas trabajadoras.

Distintos son los convenios colectivos del sector público fundamentalmente de la administración local. Aquí la exclusión viene determinada por no formar parte de las relaciones de puestos de trabajo<sup>22</sup>, ser personas empleadas con contrato de obra con empresas públicas o privadas que presten servicios para la corporación<sup>23</sup>, personal funcional<sup>24</sup>, de libre designación<sup>25</sup>, eventual<sup>26</sup> o por subvenciones<sup>27</sup>. Parece que concurre causa justificada en esta exclusión bien por no asistir a una relación laboral, por estar contratadas por otras empresas o estar bajo trabajos concretos al amparo de una subvención o los fondos europeos para trabajos específicos, aunque habrá que reflexionar sobre si esta es razón suficiente para establecer distintas condiciones de trabajo<sup>28</sup>.

Por último, es de destacar la exclusión en funciones de características o aspectos específicos tanto de colectivos como de condiciones de trabajo. En cuanto a los colectivos la refe-

---

(Madrid) e Illescas (Toledo). Resolución de la Dirección General de Trabajo de 19 de junio de 2020, Boletín Oficial del Estado número 183 de 3 de julio de 2020, pp. 47163-47197.

- 20 Artículo 4 del convenio colectivo de Gefco España S.A. Resolución de 18 de marzo de 2019 de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de economía, Empleo y Hacienda, Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 2 de mayo de 2019, pp. 3-38.
- 21 Artículo 4 del XXI convenio colectivo de Iberia LAE Operadora. Resolución de 2 de julio de 2020, de la Dirección General de Trabajo, Boletín Oficial del Estado número 193, de 15 de julio de 2020, pp. 51627-51857.
- 22 Artículo 2 del convenio colectivo del Ayuntamiento de Traspinedo. Resolución de 27 de marzo de 2019 de la Oficina Territorial de Trabajo de la Delegación Territorial de la Junta de Castilla y León en Valladolid, Boletín Oficial de la Provincia de Valladolid de 10 de abril de 2019, pp. 6-70.
- 23 Artículo 3 del convenio colectivo para el personal laboral del Ayuntamiento de Zafarraya. Resolución de la Consejería de Innovación, Ciencia y Empleo de la Delegación Territorial de Granada, Boletín Oficial de la Provincia de Granada número 194, de 11 de octubre de 2017, pp.14-30.
- 24 Artículo 2 del Ayuntamiento de Cuellar. Resolución de la Oficina Territorial de Trabajo de Segovia de 9 de junio de 2017, Boletín Oficial de la Provincia de Segovia número 141, pp. 7-33.
- 25 Artículo 1 del convenio colectivo del Ayuntamiento de Fuentes del Ebro. Resolución del Servicio Provincial de Economía, Industria y Empleo de Zaragoza de 4 de junio de 2019, Boletín Oficial de la Provincia de Zaragoza número 140, pp. 4-31.
- 26 Artículo 3 del convenio colectivo para el personal laboral del Ayuntamiento de Torrelodones. Resolución de 3 de julio de 2020 de la Dirección General de Trabajo de la Comunidad de Madrid, Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid número 191 de 8 de agosto de 2020, pp. 8-68.
- 27 Artículo 2 del convenio colectivo del Ayuntamiento de Villalón del Campo. Resolución de 22 de junio de 2016 de la Oficina Territorial de Trabajo de la Delegación Territorial de la Junta de Castilla y León en Valladolid, Boletín Oficial de la Provincia de Valladolid número 170, pp. 8-37.
- 28 Lo que de plano no cabría por aplicación del artículo 15.6 del Estatuto de los Trabajadores que establece que se deben reconocer los mismos derechos al trabajador temporal que al indefinido, sin perjuicio de las modalidades específicas de cada uno de los contratos



rencia es a las personas en prácticas y formación<sup>29</sup>, voluntariado<sup>30</sup>, los que no tienen relación laboral y becarios<sup>31</sup>, los que prestan sus servicios para una administración pública<sup>32</sup> o por ser contratados a través de una ETT<sup>33</sup>. En cuanto a las condiciones de trabajo se limita en función de los salarios<sup>34</sup> o por retribución de méritos para el personal y puestos clave<sup>35</sup>. La exclusión para el personal de ETT parece lógica puesto que los trabajadores no son empleados de las empresas usuarias sin perjuicio que sus empleadoras respeten el artículo 11 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, que establece a que estos trabajadores se les debe aplicar las condiciones esenciales de trabajo de la empresa usuaria. Otro aspecto para reflexionar son las distinciones en materia retributiva que deberán estar debidamente justificadas para no incurrir en una doble escala salarial respecto a los trabajadores no excluidos cuando se retribuya trabajo homogéneo y comparable pudiendo vulnerarse el artículo 14 de la Constitución española.

## IV. JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA JUDICIAL

Como cuestión previa o metodológica cabe apuntar que del análisis de las resoluciones judiciales se observa una evolución puesto que las más antiguas estudian la exclusión del

- 
- 29 Artículo 2 del convenio colectivo de la Diputación Foral de Bizkaia. Resolución del delegado Territorial de Trabajo y Seguridad Social de Bizkaia del Departamento de Trabajo y Justicia de 23 de mayo de 2018, boletín oficial de Bizkaia número 106 de 4 de junio de 2018, pp.1-70.
  - 30 Artículo 1 de la Fundación Uribarren-Abaroa. Resolución del delegado Territorial de Trabajo y Seguridad Social de Bizkaia del Departamento de Trabajo y Justicia de 28 de septiembre de 2018, boletín oficial de Bizkaia número 213 de 6 de noviembre de 2018, pp.1-43.
  - 31 Artículo 1 del Convenio colectivo de Instituto Tecnológico de Informática y el artículo 1 del convenio colectivo del Instituto Biomecánico de Valencia. Resolución de la Dirección Territorial de Economía Sostenible, Sectores Productivos, Comercio y Trabajo de Valencia de 2 de mayo de 2022, por la que se dispone el registro, depósito y publicación del convenio colectivo de la empresa Instituto Tecnológico de Informática, Boletín Oficial de la Provincia de Valencia nº 95, de 19 de mayo de 2022, pp. 61-70.
  - 32 Artículo 5 del V Convenio de Residencias de personas de Galicia. Resolución de 4 de mayo de 2022, de la Dirección General de Relaciones Laborales, Diario Oficial de Galicia número 108, de 7 de julio de 2022, pp. 33315- 33366.
  - 33 Artículo 4 de la Agencia Pública Andaluza de Educación. Resolución de 26 de febrero de 2020, de la Dirección General de Trabajo y Bienestar Laboral, Boletín Oficial de la Junta de Andalucía número 51, de 16 de marzo de 2020, pp. 45- 109.
  - 34 Artículo 1 del convenio colectivo de Thales España GRP y el artículo 3 del convenio colectivo de Aludium Transformación de Productos, S.L. Resolución de la Dirección General de Trabajo de 11 de julio de 2020, por la que se registra y publica el convenio colectivo de Thales España GRP, SAU, Boletín Oficial del Estado núm. 190, de 11 de julio de 2020, pp. 50399-50434. Resolución de la delegada Territorial de Trabajo y Seguridad Social de Bizkaia del Departamento de Trabajo y Empleo de 16 de mayo de 2022, por la que se dispone el registro del convenio colectivo de Aludium Transformación de Productos, S.L, Boletín Oficial de Bizkaia de 29 de junio de 2022, núm. 124, pp. 1-54.
  - 35 Artículo 1 del Convenio Colectivo Mondelez España SL. Resolución de la directora general de Política de Empresa, Proyección Internacional y Trabajo de 20 de septiembre de 2021, Boletín Oficial de Navarra, de 2 de noviembre de 2021, número 251, pp. 1-32.

ámbito del convenio de colectivos con escasa fuerza negociadora a las más recientes que revisten de una mayor pluralidad casuística donde se cuestiona que se excluya del convenio a trabajadores de especial confianza, cualificados y que en definitiva aquellos que no reúnen la característica de debilidad en la negociación colectiva.

#### IV.I. Doctrina clásica y aplicación de los criterios generales

Llegados a este punto procede analizar la doctrina clásica contenida en la jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo que ha analizado la exclusión desde el prisma de las responsabilidades asignadas al personal excluido.

Este tipo de redacción convencional ha encajado en la jurisprudencia y tiene lógica que el personal directivo quede fuera, aunque cuando se aterriza a puestos de coordinación o jefatura se entiende que podría bordear la ilegalidad. Avala la exclusión de los altos directivos la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1990<sup>36</sup>, la del personal directivo o determinadas categorías profesionales en la línea de la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1991<sup>37</sup> o en la doctrina constitucional la sentencia del Tribunal Constitucional 177/1993<sup>38</sup> siempre que las personas trabajadoras gocen de la capacidad negocial para pactar colectivamente sus propias condiciones de trabajo, que es recogida en la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre 2010<sup>39</sup> y siempre de forma estricta de conformidad con la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2005<sup>40</sup>.

No cabe olvidar que el ámbito del convenio se determina libremente por los negociadores pudiendo abarcar a todos los trabajadores o excluir a una parte siempre que no se atente con el principio de igualdad de trato debiendo tener una justificación objetiva y razonable conforme a la sentencia del Tribunal Constitucional 136/1987<sup>41</sup>.

La doctrina del Tribunal Supremo puede ayudar a recapitular. La misma se encuentra en la sentencia de 5 de mayo de 2009<sup>42</sup>. En la determinación del ámbito de aplicación personal del convenio se recogen una serie de criterios:

1. Las partes no gozan de libertad absoluta.
2. Son limitaciones a lo pactado el principio de igualdad y no discriminación.
3. El principio de igualdad no obliga a que la unidad de negociación comprenda a todos los trabajadores de la empresa o del ámbito funcional.
4. Tampoco impide que determinados trabajadores pacten por separado.
5. Esta exclusión voluntaria no puede asimilarse a la forzosa para aquellas personas trabajadoras que no tengan poder de negociación.
6. La exclusión forzosa se requiere en base a determinadas características.

---

36 STS (Sala de lo Social) de 15 de marzo de 1990 (ECLI:ES:TS:1990:2414).

37 STS (Sala de lo Social) de 22 de mayo de 1991 (ECLI:ES:TS:1991:2591).

38 STC (Sala Primera) núm. 177/1993, de 31 de mayo.

39 STS (Sala de lo Social) de 27 de diciembre de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:7524).

40 STS (Sala de lo Social) de 18 de julio de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:4917).

41 STC (Sala Segunda) núm. 136/1987, de 22 de julio.

42 STS (Sala de lo Social) de 5 de mayo de 2009 (F.J. 1º) (ECLI:ES:TS:2009:3399).

Esa sentencia reflexionaba sobre el ajuste a la legalidad o no de las exclusiones del convenio del personal temporal en la administración pública, a lo que da una respuesta negativa puesto que el artículo 1256 del código civil rechaza que el cumplimiento de los contratos quede al albur de criterios unilaterales y arbitrarios.

En tal sentido, el artículo 37.1 de la Constitución española no avala la suscripción de acuerdos en masa que establecen condiciones distintas a las pactadas en convenio colectivo tal y como se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en sentencias 225/2001<sup>43</sup>, 208/1993<sup>44</sup> y 105/1992<sup>45</sup>. En este punto sectores relevantes de la doctrina han precisado que el límite debe encontrarse en el respeto a la Constitución y la legalidad<sup>46</sup>.

No es un debate fácil puesto que el principio de igualdad y de no discriminación reconocido en el artículo 14 de la Constitución española se modula en el marco de las relaciones laborales por expresión de la autonomía colectiva. El Tribunal Constitucional en su sentencia 34/1984<sup>47</sup> ha venido a plantear que el artículo 14 de la Carta Magna no impone una igualdad de trato en sentido absoluto sino que hay un margen para la autonomía de voluntad, ya sea en el acuerdo privado o la decisión individual pudiendo disponer de la retribución del trabajador eso si respetando los mínimos legales o convencionales. En sentencia 119/2002<sup>48</sup> ha dejado claro que no puede establecerse un régimen diferenciado de las condiciones de trabajo sin justificación objetiva y sin la proporcionalidad adecuada que la medida debe poseer para respetar el artículo 14 de la Constitución española. En este sentido, en la sentencia 177/1988<sup>49</sup> se ha pronunciado por la relevancia cuasi pública del convenio, con su fuerza normativa y que recuerda al jurista italiano que planteaba que el mismo tiene cuerpo de contrato y alma de ley<sup>50</sup>.

## IV.II. Evolución jurisprudencial: entre la vulneración del derecho a la libertad sindical y la valoración global de las condiciones de trabajo

Procede acudir a una serie de supuestos más recientes estudiados por la doctrina judicial y alguna sentencia del Tribunal Supremo. Es el caso que conoció el TSJ de La Rioja 330/2009<sup>51</sup> que estima el recurso de la abogacía del Estado en representación de la agencia tributaria revocando la sentencia de instancia que acogía la reclamación de cantidad de un jefe de seguridad bajo el amparo de estar fuera de convenio. La clave de este asunto es la especial justificación que concurre en base a las funciones y responsabilidades que están fuera de lo ordinario. Las remuneraciones y las condiciones de trabajo no son ordinarias y

---

43 STC 225/2001, de 26 de noviembre (ECLI:ES:TC:2001:225).

44 STC (Sala Primera) de 28 de junio (ECLI:ES:TC:1993:208).

45 STC (Sala Primera) 105/1993, de 1 de julio (ECLI:ES:TC:1993:105).

46 VALDÉS DAL-RÉ, F. «El derecho a la negociación colectiva en la jurisprudencia constitucional española», en *Revista de Derechos Fundamentales*, Universidad Villa del Mar, núm. 5, 2011, págs. 129-150.

47 STC (Sala Segunda) 34/1984 de 9 de marzo (ECLI:ES:TC:1984:34).

48 STC (Sala Primera) 119/2002 de 20 de mayo (ECLI:ES:TC:2002:119).

49 STC (Sala Segunda) 177/1988 de 5 de noviembre (F.J. 4º) (ECLI:ES:TC:1988:177).

50 CARNELUTTI, F., *Teoría del Regolamento Colletivo dei Raporti di Lavoro*, Casa Editrice Dott. A. Milani, Padua, 1930, p.116-117.

51 STSJ de La Rioja (Sala de lo Social) 330/2009 de 3 de diciembre (ECLI:ES:TSJLR:2009:891).

son las que justifican la exclusión del convenio y animan a la estimación del recurso a favor de la administración.

Se estudia ahora la detallada sentencia del Juzgado de lo Social 19 de Barcelona de 16 de febrero de 2015<sup>52</sup> que conoció la demanda interpuesta por el sindicato CGT por conflicto colectivo contra Ferrocarril Metropolità de Barcelona en la que se denunciaba la vulneración del derecho a la libertad sindical por la exclusión de una parte de la plantilla del ámbito del convenio colectivo. La cuestión fáctica radicaba en una serie de elementos. El primero que el convenio deja fuera a una serie de categorías: los grupos del 1 al 5 que coincide con directivos y técnicos «DIT». Este colectivo tenía recogida una cláusula en el contrato de trabajo por la que empresa y persona trabajadora pactaban excluirse de la aplicación del convenio colectivo en vigor y de los que puedan alcanzarse en el futuro. El personal directivo y técnico tenía reconocido un reglamento de beneficios sociales. La empresa entregaba al comité de empresa copias básicas de los contratos, la información global sobre la masa salarial por año y número de empleados fuera de convenio. En otro procedimiento el juzgado de lo social que conoció del asunto consideró que este colectivo debía quedar fuera del proceso electoral y en el censo electoral para la RLT se identifica a los trabajadores que tienen la consideración de DIT. Por último en la web existía información sobre la estructura del personal y el marco retributivo del personal de convenio y fuera de convenio. Con todos esos elementos el sindicato actor CGT se planteaba la ilegalidad y discriminación consistente en dejar fuera de convenio a esos trabajadores que tienen la consideración de DIT. Según los hechos probados el ámbito de la exclusión se concreta en 325 personas de un total de 3.608 personas.

El razonamiento del órgano judicial comienza por señalar que la introducción unilateral de condiciones de trabajo puede ser lesiva de la libertad sindical cuando sean de trascendencia y se soslaye y evite la intervención de los representantes sindicales. Por su parte matiza que la exclusión es factible siempre que obedezca a criterios objetivos y no discriminatorios y no comporte una minoración de derechos en relación con la generalidad de la plantilla. La sentencia entiende que no cabe sustraer de la negociación colectiva a la RLT respecto de los DIT que no son alta dirección o consejeros. La cláusula que incorpora el contrato se estima contraria a derecho puesto que consta la renuncia en la aplicación de los convenios que se puedan suscribir a futuro. Reconoce el derecho de la RLT/ secciones sindicales a conocer de las condiciones de trabajo de los DIT incluidos nombres, apellidos y condiciones de trabajo. Finalmente estima parcialmente la demanda al apreciar que la práctica empresarial de excluir del ámbito de aplicación del convenio vigente y futuros al personal DIT, vulnera el derecho a la libertad sindical y la nulidad de la cláusula incorporada a los contratos del personal DIT que así lo establece.

Esta sentencia fue confirmada por el TSJ de Catalunya<sup>53</sup> de la que cabe destacar algún aspecto. Se reafirma en que la exclusión ha de contener criterios objetivos cuestión que en este caso brilla por su ausencia y es especialmente preocupante que la misma sea en el momento de la suscripción del contrato de trabajo lo que supone una renuncia de derechos no admisible a tenor del contenido del artículo 3.1 y 5 del Estatuto de los Trabajadores.

---

52 SJS (nº 19 de Barcelona) 16 de febrero de 2015 (versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS\2015\410).

53 STSJ de Catalunya (Sala de lo Social) 6129/2015 de 16 de octubre de 2015 (ECLI:ES:TSJ-CAT:2015:9470).

En conclusión respecto a este asunto de Ferrocarriles de Barcelona se puede afirmar que lo que parece que atenta contra la negociación colectiva es la regulación consistente en que la empresa discrecionalmente ofrezca la exclusión de la aplicación del convenio a unos determinados trabajadores sin mayores límites. Aquí se estaría conculcando el derecho a la negociación colectiva en su vertiente a la libertad sindical.

Procede analizar un asunto en el que existía una posición más favorable para los trabajadores fuera de convenio lo que motiva hacer una comparación global de las condiciones de trabajo entre un colectivo y otro, y no aislar una condición concreta. Así, se pronuncia el Tribunal Superior de Justicia de Asturias en sentencia 2341/2021 de 19 de noviembre<sup>54</sup> que constata que la pretensión de que se les aplique unas condiciones específicas al personal fuera de convenio sin establecer una comparación en términos globales obvia lo dispuesto en el propio convenio colectivo y en los contratos de trabajo. Acudiendo a las cuestiones fácticas se trata de una demanda de conflicto colectivo presentada conjuntamente por APC Alcoa Avilés, Comisiones Obreras Asturias, Unión General de Trabajadores de Asturias y la Unión Sindical Obrera contra Alcoa Inespal Avilés en la que se solicitaba que al personal excluido de convenio se les aplicara el régimen sancionador recogido en el mismo. En primer lugar, hay que introducir que un número de trabajadores se les excluye del convenio, el colectivo «PFD» rigiéndose por lo dispuesto en su contrato individual. Para el tribunal, la exclusión del personal no es más que el fruto de la negociación colectiva pactada libremente por las partes. La razón por la que se suplica que al personal fuera de convenio se les aplique el convenio en ese punto es porque está sometido a un régimen disciplinario más severo que al previsto en la norma convencional. Al margen que tal cuestión no queda probada a criterio del órgano judicial, el enfoque de los sindicatos se estima erróneo, puesto que se debe comparar el conjunto de condiciones laborales de uno y otro grupo de trabajadores, siendo la única forma de determinar si la exclusión del colectivo del convenio les sitúa en una posición peor que al resto de personal bajo convenio. En consecuencia se desestima el recurso de suplicación presentado por las organizaciones sindicales avalando la exclusión del convenio colectivo para el colectivo afectado por el conflicto.

Como se está comprobando existe un repertorio dispar y a veces difícil de distinguir en relación con la resolución de los asuntos por los órganos judiciales. Es necesario rescatar la sentencia reciente del Tribunal Supremo 1130/2020 de 16 de diciembre<sup>55</sup> por su relevancia. Se trata de un litigio donde la empresa tiene una normativa interna para el personal fuera de convenio no negociado con los sindicatos. El propio convenio recoge como excluidos de convenio tanto perfiles de alta dirección como grupos profesionales de expertos y responsables de algunas áreas de Telefónica. Para el alto tribunal aquí no hay confrontación entre la voluntad individual y el convenio puesto que este no abarca las relaciones laborales del colectivo excluido. Siguiendo su razonamiento plantea que el sistema de relaciones laborales se ha configurado desde el convenio para determinar su exclusión de este y que no está vedado una posterior revisión de esta situación y su inclusión en la norma convencional. La resolución deja abierta una puerta y es que aunque la sentencia de instancia debate sobre una posible situación de desigualdad esto no fue planteado formalmente por el sindicato demandante.

---

54 STSJ de Asturias (Sala de lo Social) 2341/2019 de 19 de noviembre (ECLI:ES:TJAS:2019:1786). La demanda se desestimó en la instancia por el juzgado de lo social y conoce el asunto en suplicación el TSJ.

55 STS (Sala de lo Social) 1130/2020 de 16 de diciembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:4490).

### IV.III. Supuestos específicos

Se procede ahora el análisis de la doctrina judicial relacionada con colectivos o perfiles específicos.

#### IV.III. a) Profesores de religión

Como primer colectivo se encuentran los profesores de religión y su exclusión del ámbito personal del convenio colectivo. Esta casuística fue abordada por sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2003<sup>56</sup> en recurso de casación tras demanda de impugnación de convenio presentada por la Federación Estatal de Asociaciones de Profesores de Religión de Comunidades Autónomas contra la Comunidad Autónoma de Madrid. La demanda fue estimada en la instancia por el TSJ de Madrid y se recurrió en casación por la administración autonómica. El conflicto atañe al personal laboral que presta servicios para la misma y que no forman parte del cuerpo de funcionarios docentes estando encargados de la enseñanza de religión católica en los centros públicos de educación. A este colectivo si se le aplicaba el convenio hasta el año 1999. Añadiendo otro dato fáctico están a cuenta y dependencia de la Comunidad de Madrid, les une una relación laboral temporal y la necesaria intervención episcopal en el otorgamiento de la declaración eclesiástica de idoneidad. La demanda buscaba la declaración de nulidad de la exclusión del ámbito del convenio de ese colectivo conforme el artículo 2.3 del convenio colectivo.

Procede analizar la resolución del Tribunal Supremo en la que se puede avanzar que el recurso es estimado, casando y anulando la sentencia de instancia del TSJ de Madrid de 20 de mayo de 2002<sup>57</sup>. Tras un repaso de la doctrina constitucional, resalta que el principio de igualdad no impide que determinados grupos de trabajadores que cuenten con la suficiente fuerza negociadora pacten por separado sus condiciones de empleo, lo que no puede asimilarse la de aquellos otros grupos de trabajadores que por la precariedad de su empleo o por la modalidad de su contrato de trabajo carecen de poder negociador por sí solos y se ven apartados contra su voluntad de la aplicación del convenio colectivo.

En este caso concreto los trabajadores se ven representados por la Federación Estatal de Profesores de Religión de Comunidades Autónomas luego no se parece al perfil de precarios sin representación. La sentencia de instancia entendió que esta exclusión vulneraba el propio acuerdo del Estado con la Santa Sede que prevé un trato igualitario para este colectivo y es en consecuencia contrario al artículo 14 de la Constitución española y el artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores. El Tribunal Supremo discrepa de esta decisión trayendo al pleito lo ya dicho en otras sentencias del Alto Tribunal en el sentido que pese a que el legislador no lo haya declarado expresamente así este colectivo de forma objetiva tiene una relación laboral especial que emana del Acuerdo con la Santa Sede, que tiene la consideración de Tratado internacional y que se incorpora a nuestro ordenamiento conforme al artículo 94 de la Constitución española y el artículo 1.5 del código civil. Además, concurren en esta relación las notas de especial confianza y que pese a que prestan servicios para la administración pública no son seleccionados por esta. A esto se añade que la relación laboral no es indefinida, sino que son designados en cada anualidad por el Ordinario diocesano. En cuanto a la cuestión retributiva el propio acuerdo con la Santa Sede establece que esta

---

56 STS (Sala de lo Social) 6162/2003 de 9 de octubre de 2003 (ECLI:ES:TS:2003:6162).

57 STSJ de Madrid (Sala de lo Social) 322/2002 de 20 de mayo de (ECLI:ES:TSJM:2002:6792).

materia se concertará entre la administración general del Estado y la Conferencia Episcopal Española, si bien es cierto que el desarrollo legislativo interno a través de la Ley 50/1998 y el Convenio de 26 de febrero de 1999 entre la comisión Episcopal y el Gobierno prevé la equiparación retributiva de los profesores de religión católica de educación infantil y primaria con los profesores interinos del nivel correspondiente de la administración. Todos estos factores hacen que a criterio del tribunal la exclusión al colectivo de profesores de religión católica del convenio colectivo para el personal laboral de la Comunidad Autónoma de Madrid sea objetiva y razonable.

#### **IV.III. b) Trabajadores contratados en el marco de subvenciones públicas**

Otro colectivo relacionado con el estudio de la negociación colectiva es el de los trabajadores contratados de forma temporal por las administraciones locales al amparo de subvenciones públicas. Aquí hay que rescatar la saga que inicia la sentencia en pleno del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 2019<sup>58</sup>. En este caso se trata de un RCUd presentado por unos trabajadores, contratados al amparo del programa empleo joven 2014 según Decreto Ley 6/2014 de la Junta de Andalucía, contra el Ayuntamiento de Monachil en el que se solicitaba una serie de cuantías salariales que derivan de la aplicación del convenio colectivo del sector de la construcción en el caso que esto proceda. Aquí se daba la particularidad que el ayuntamiento no tenía convenio colectivo propio y la empleadora aplicaba las condiciones conforme a las instrucciones de la Junta de Andalucía y que se situaban en un plano intermedio, por encima del salario mínimo, pero por debajo de las condiciones del sector. Lo notorio de esta sentencia es que el Tribunal Supremo se pronuncia porque la solución jurídica más adecuada es que los ayuntamientos suscriban sus propios convenios para regular sus condiciones laborales lo que hace vislumbrar que la exclusión de estos trabajadores simplemente por ser contratados a través de una subvención pública no tiene justificación. En este caso el Tribunal Supremo desestima el recurso de los trabajadores al entender que no se puede imponer el convenio colectivo de sector a la administración pública cuando no existe una realización de actividades habitual y constante encuadrable en el convenio colectivo de sector, sumándose a otros factores como que las corporaciones no forman parte de la negociación de este y operan con una lógica ajena al mercado no pudiéndose imponer de forma automática dichos salarios.

Avanzando en el argumento anterior es de rescatar la sentencia del Tribunal Supremo 564/2020<sup>59</sup>. Se trata de un RCUd presentado por el Ayuntamiento de Alcalá de Henares. El procedimiento nace por la demanda de unos trabajadores contra el Ayuntamiento de Alcalá de Henares. En el contrato de trabajo constaba una cláusula adicional que recoge que están financiados con fondos recibidos por el SEPE distribuidos para su gestión por la CAM. La norma colectiva aplicable es el acuerdo sobre condiciones de trabajo del personal laboral del Ayuntamiento de Alcalá de Henares. La demanda fue desestimada en la instancia. Los trabajadores recurrieron en suplicación y el recurso fue estimado revocándola y condenando a la demandada a abonar a los actores las cantidades reclamadas en concepto de diferencias salariales. El litigio como se ha avanzado consiste en determinar si los actores tienen derecho a percibir el salario previsto en el acuerdo colectivo reseñado. La corporación en su recurso

58 STS (Sala de lo Social) número 333/2019 de 6 de mayo (ECLI:ES:TS:2019:1953). Reiteran el criterio las siguientes resoluciones de la misma sala: STS 334/2019 de 6 de mayo (ECLI:ES:TS:2019:1956); STS 335/2019 de 6 de mayo (ECLI:ES:TS:2019:1977) y STS 336/2019 de 6 de mayo (ECLI:ES:TS:2019:1954)

59 STS (Sala de lo Social) número 564/2020 de 1 de julio (ECLI:ES:TS:2020:2566).

se ampara en que se debe excluir al personal afectado del convenio colectivo al estar los contratos de trabajo financiados. Para la resolución del caso el Tribunal Supremo se apoya en los argumentos contenidos en la sentencia anterior y en otras como la de 22 de mayo de 2020, para señalar una serie de cuestiones que avalan la aplicación del convenio colectivo de la corporación para estos trabajadores. En primer lugar la existencia de un convenio colectivo propio y la aplicación del Estatuto de los Trabajadores sin que se pueda amparar en una norma autonómica que no tiene competencia para regular las relaciones laborales. En segundo lugar no hay base para defender que el demandante ha de quedarse extramuros del convenio colectivo cuando tampoco hay evidencia que exista un convenio entre la corporación y el SEPE. Por todo ello se desestima el recurso del ayuntamiento.

Por último es pertinente acudir a la doctrina judicial contenida en una sentencia más antigua del TSJ de Andalucía de 15 de abril de 2009<sup>60</sup> en la que se determinó que dos colectivos que sustancialmente hacían lo mismo y tenían diferencia retributiva en función de la aplicación de un acuerdo a uno y al otro no, estaba justificada la diferencia de trato puesto que la licitación y la financiación era de fuente distinta y siendo dos colectivos diferenciados, desestima que se haya vulnerado el principio de igualdad y de no discriminación.

#### IV.III. c) Personas trabajadoras de contratas y subcontratas

Se ha constatado en el estudio que hay convenios colectivos que excluyen de su ámbito de aplicación a las personas trabajadoras que prestan servicios para empresas contratadas o subcontratadas por la empresa principal. Este es un asunto de gran complejidad que desborda el ámbito del presente estudio. Sin entrar en el ámbito de la cesión ilegal y las consecuencias jurídicas de conductas patológicas habrá que analizar algunos aspectos sobre este punto. Cabe precisar que los convenios que excluyen a este tipo de personal son de empresa, lo que tiene una base evidente al no ser personal empleado por la principal, aunque en la hipótesis que este tipo de contenidos se recojan en convenios de sector el asunto reviste de una mayor problemática.

La jurisprudencia contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2020<sup>61</sup> analiza un convenio que entraba a la regulación de la norma convencional aplicable a las personas trabajadoras en contratas y subcontratas. Este asunto emana de una demanda de impugnación del convenio colectivo presentada para el sector de hostelería de la provincia de Alicante presentada por Comisiones Obreras en el que se cuestionaba el artículo 20, entre otros, en el que se establecía para las empresas incluidas en el ámbito del convenio la obligación, en el caso que contraten o subcontraten una serie de tareas propias de la hostelería, de incluir en el contrato mercantil que las empresas contratistas cumplirán con las obligaciones salariales establecidas en el convenio así como las obligaciones que emanan de los artículos 42 y 64 del Estatuto de los Trabajadores. Por último se añadía que la empresa principal responde subsidiaria y solidariamente en su caso, en las obligaciones previstas en ese artículo del convenio colectivo sectorial. La sentencia de instancia puesta por el TSJ de la Comunidad Valenciana estimó parcialmente la demanda pero desestimó la impugnación de una serie de artículos y en particular este artículo 20 que entendió ajustado a derecho lo que motiva también la desestimación del recurso de casación presentado por CCOO.

---

60 STSJ de Andalucía (Sala de lo Social, sede en Granada) 992/2009 de 15 de abril (ECLI:ES:TSJAND:2009:15740).

61 Tribunal Supremo (Sala de lo Social) 250/2020 de 12 de marzo (ECLI:ES:TS:2020:1718).



La Sala en su razonamiento parte de la licitud de la externalización como expresión de la libertad de empresa consagrada en el artículo 38 de la Constitución española para lo que la ley puede establecer una serie de límites. En el examen que hace la Sala del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, anterior al texto actual tras la reforma laboral del actual gobierno<sup>62</sup>, recoge que no regula el convenio colectivo aplicable a las empresas contratistas o subcontratistas. Ello es así puesto que la delimitación del ámbito funcional del convenio colectivo corresponderá a los sujetos legitimados en el ámbito concreto de cada negociación. Esta decisión de no inmiscuirse por el legislador en la aplicación del convenio colectivo, más allá de las reglas expuestas, contrasta con su intervención en el campo de las ETT donde establece que se deben respetar las condiciones de trabajo esenciales establecidas en los convenios colectivos de la empresa usuarias<sup>63</sup>. Es más, hay planteamientos que rebajan el grado de la reciente reforma laboral si bien parece existir consenso en que el texto busca limitar el uso del convenio colectivo de empresa como forma de degradar las condiciones salariales del sector<sup>64</sup>. También se ha apuntado a que la apuesta por la aplicación del convenio colectivo de la empresa principal en las contrataciones supone un problema de técnica jurídica<sup>65</sup> aunque otros sectores de la doctrina siguen planteando que es posible la aplicación del convenio colectivo de la principal amparándose en la regulación para las ETT y en alguna respuesta de la doctrina judicial que ha admitido tanto las cláusulas inclusivas como las extensivas en los convenios<sup>66</sup>. Se concluye claramente en la sentencia que: *«las contrataciones o subcontratas no están obligadas legalmente a la aplicación mecánica del convenio de la empresa principal, aun cuando se trate de obras y servicios propios de la actividad de la empresa principal»*<sup>67</sup>. De esto se infiere que si esa aplicación no compelia a las empresas contratistas o subcontratistas menos amparo tendrá la inclusión en el convenio colectivo de la principal de trabajadores que formalmente no prestan sus funciones para ellas.

Esa sentencia no pudo analizar la actual regulación del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores. El texto vigente ha dado lugar a mucho debate en la doctrina sobre su alcance así como las expectativas generadas previamente<sup>68</sup>, se ha limitado a recoger que se aplicará

---

62 Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, Boletín Oficial del Estado núm. 313, de 30 de diciembre de 2021, pp. 166882-166935, convalidado por resolución de 3 de febrero de 2022, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, Boletín Oficial del Estado núm. 33, de 8 de febrero de 2022, páginas 16140-16140

63 MONEREO PÉREZ, J.L. Este autor postula la necesidad de acometer esta reforma, de lo que también está de acuerdo MIÑARRO YANINI, M.

64 En estos términos se pronuncia DURÁN LÓPEZ, F. cuando defiende que ni el convenio de sector afecta al de empresa ni el de empresa al de sector salvo que se negocie un convenio de empresa cuando se encuentra en vigor uno sectorial en lo previsto en la materia salarial.

65 Para LAHERA FORTEZA, J. esta decisión de política legislativa podría incurrir en el problema de aplicar el convenio a empresas que no han negociado el mismo.

66 Esta es la salida que plantea MIÑARRO YANINI, M. en su comentario de la reciente sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo 815/2022 y apoyándose en la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Canarias de 30 de diciembre de 2019.

67 Fundamento Jurídico tercero de la referida sentencia.

68 MONEREO PÉREZ, J.L. califica a los cambios introducidos en la reforma laboral de 2021 en materia de subcontratación como que «no han sido tan ambiciosos como era previsible en su momen-

a las empresas contratistas o subcontratistas el convenio colectivo del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata salvo que exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III del Estatuto de los Trabajadores. Se añade como excepción que si la empresa contratista o subcontratista tiene convenio colectivo propio se aplicará este apartando la regla anterior. La duda es si esta regulación es sobre la externalización que se refiere a la «propia actividad de la principal» o abarcaría a todas las contrataciones lo que parece que se impone en la doctrina académica<sup>69</sup> aunque sigue siendo un debate abierto. En conclusión y en principio se puede afirmar que los convenios colectivos que recojan que estos no se aplican para trabajadores de empresas contratistas y subcontratistas tiene encaje legal sin perjuicio de la posible extensión de estos en cuanto a los convenios sectoriales cuando esas empresas no tengan convenio propio en los términos vistos anteriormente.

## V. CONCLUSIONES

Como primera cuestión el uso de este tipo de limitaciones en la aplicación del convenio colectivo debe ser con moderación puesto que una aplicación extensiva de estas fórmulas puede provocar un vaciamiento de la fuerza vinculante de los convenios colectivos. No obstante se está lejos de alcanzar tal realidad fáctica puesto que su uso es limitado en los términos que a continuación se van a valorar.

Se ha podido constatar como gran parte de los convenios colectivos que apuestan por limitar el ámbito personal de estos lo hacen en consonancia con la doctrina del Tribunal Supremo que ha venido a admitir la exclusión del personal directivo y definiciones o situaciones análogas. El argumento fundamental que objetiva esta medida es la especial confianza y responsabilidad lo que lleva a que el contenido del contrato no sea equiparable al del resto de trabajadores bajo convenio.

Sin embargo, se observa que descendiendo en la escala del organigrama mercantil existen otros puestos como técnicos cualificados, jefes de sección o área, donde existe un interés por parte de las empresas en excluirlos del ámbito de aplicación de los convenios. Son perfiles más difusos que necesitan estar asistidos de objetividad y no arbitrariedad para que superen los filtros de la legalidad.

Existen desde luego algunos supuestos en alto riesgo como son aquellos con redacciones que contienen un porcentaje global de la plantilla o la afectación a categorías ordinarias o

---

to» (p. 260). Otros autores plantean que partimos de un problema histórico como falta de regulación en materia de subcontratación (VILA TIerno, F. A.). Incluso voces que han asesorado en la culminación de la reforma reconocen que será necesario abordar una modificación que coordine mejor a los convenios sectoriales con los de empresa (BALLESTER PASTOR, M.A.).

69 Así se han pronunciado autores como LAHERA FORTEZA, J. que aboga por que la exclusión expresa en la D.A. 27 del ET de los centros especiales de empleo de esta regulación carecería de sentido si se estuviera hablando únicamente de las contrataciones de propia actividad. Comparte esta postura ROJO TORRECILLA, E. o BELTRÁN HEREDIA, I. que suma un argumento y es su ubicación en el texto, anterior a los apartados 3 y 4 que no se ciñen a las contrataciones de propia actividad. Más reticente a esta interpretación se encuentra MONEREO PÉREZ, J.L. planteando que el artículo 42 del ET se refiere a las contrataciones de propia actividad.

comunes en la empresa. También se percibe como problemático o insuficiente como justificación que se escude la redacción del convenio en el acuerdo entre empresa y persona trabajadora debiéndose reunir razones objetivas para ello.

En cuanto a los perfiles colectivos en discusión hay una línea clara entre precariedad y no precariedad. Si son colectivos con fuerza negociadora la exclusión que nace de la propia negociación colectiva puede tener amparo. En tal sentido conviene destacar el caso de los profesores de religión donde se asocia afiliación con fuerza negociadora lo que es una nueva muestra de nuestro marco de relaciones laborales sindicalizado. En sentido contrario se encuentran los sectores temporales de la Administración como precarizados y cuya exclusión es contraria a nuestro ordenamiento.

En este campo de la exclusión del ámbito personal no existe una libertad absoluta a favor de los negociadores de los convenios colectivos y ante situaciones de exclusión y de discrecionalidad entrará en liza el principio de igualdad y no discriminación debiendo concurrir razones objetivas para poder justificar esa limitación en la fuerza vinculante de los convenios colectivos. En tal sentido la salvaguarda de muchos textos al amparo de la voluntariedad expresada entre el acuerdo suscrito por empleador y persona trabajadora tiene corto alcance puesto que habrá que estar a los cánones constitucionales de la medida aplicada para que encuentre apoyo en nuestro ordenamiento legal.

La casuística limítrofe entre la legalidad y la ilegalidad de lo pactado en el convenio colectivo persistirá. Es aquí donde la doctrina judicial seguirá interviniendo, teniendo suma importancia el contexto y la justificación de los negociadores en lo pactado. Como se ha podido ver existe una doctrina asentada pero que tiene la tarea de seguir evolucionando ante los nuevos retos de las relaciones laborales.

## BIBLIOGRAFÍA

BALLESTER PASTOR, M.A., *La reforma laboral de 2021: más allá de la crónica*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2022.

BELTRÁN HEREDIA, I., «Nueva reforma laboral 2021 (RDley 32/2021): Impacto en contrata y subcontratas y el «trabajo externalizado» (primeras valoraciones sobre los nuevos arts. 42.6, 84.2, 15 y 16 ET)», en *una mirada crítica de las relaciones laborales*, disponible en <https://ignasibeltran.com/2021/12/29/la-nueva-reforma-laboral-2021-rdley-32-2021-impacto-en-contratas-y-subcontratas-y-el-trabajo-externalizado-primeras-valoraciones-sobre-los-nuevos-arts-42-6-84-2-15-y-16-et/>

CABEZA PEREIRO, J. *Las elecciones sindicales*, Bomarzo, Albacete, 2018.

CARNELUTTI, F., *Teoría del Regolamento Colletivo dei Raporti di Lavoro*, Casa Editrice Dott, A. Milani, Padua, 1930.

DURÁN LÓPEZ, F., «Reforma Laboral: fuese y no hubo nada», en *Cinco Días*, 2021, disponible en [https://cincodias.elpais.com/cincodias/2021/12/27/opinion/1640602431\\_546993.html](https://cincodias.elpais.com/cincodias/2021/12/27/opinion/1640602431_546993.html)

- GALLO LLANOS, R. «los acuerdos individuales en masa como forma para regular relaciones de trabajo y posible vulneración del derecho a la negociación colectiva: criterios jurisprudenciales», en *Tribuna*, págs. 1-7.
- LAHERA FORTEZA, J., *La negociación colectiva tras la reforma de 2021*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022.
- MERCADER UGUINA, J., *Salarios y crisis*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 227-256.
- MIÑARRO YANINI, M., «El convenio colectivo en el trabajo externalizado: el Tribunal Supremo aplica el nuevo artículo 42.6 del Estatuto de los Trabajadores», en *Diálogos con la jurisprudencia*, págs. 161-169.
- MONEREO PÉREZ, J.L., «Subcontratación empresarial y reforma laboral», en *La Reforma Laboral de 2021: estudio técnico de su régimen jurídico*, obra colectiva, director Monereo Pérez J.L., Rodríguez Escanciano, Susana, Rodríguez Iniesta, Guillermo, coordinador: Ortiz Castillo, Francisco, Laborum, Murcia, págs. 259-372.
- MONTOYA MELGAR, A., «El ámbito personal del derecho del trabajo: Tendencias actuales», en *Revista doctrinal Aranzadi*, núm. 3/2006, págs. 1-12.
- ROJO TORRECILLA, E., «La reforma laboral de 2021. Negociación colectiva, flexibilidad interna y subcontratación», en *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 467, págs. 77-117.
- VALDÉS DAL-RÉ, F. «El derecho a la negociación colectiva en la jurisprudencia constitucional española», en *Revista de Derechos Fundamentales*, Universidad Villa del Mar, núm. 5, 2011, págs. 129-150.
- VILA TIerno, F. A., *Cuestiones actuales en materia de negociación colectiva, al hilo de la reforma del RDL 32/2021, de 28 de diciembre*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022.

# ¿PUEDEN LOS SECRETARIOS DE AYUNTAMIENTO CONTROLAR LA CONTRATACIÓN LABORAL IRREGULAR EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS?

CAN CITY SECRETARIES CONTROL IRREGULAR LABOR RECRUITMENT IN PUBLIC ADMINISTRATIONS?

**Beatriz Selma Penalva**

Funcionaria de Administración Local con Habilitación de Carácter Nacional .  
Secretaria General del Ayuntamiento de Pilar de la Horadada.

**Palabras clave:** empleo público, igualdad, mérito y capacidad, selección de personal, estabilización del personal, indefinido no fijo.

**Keywords:** public employment, equality, merit and ability, personnel selection, personnel stabilization, permanent non-fixed.

**Resumen:** En el presente trabajo se pone de manifiesto el progresivo debilitamiento que ha sufrido la figura del Secretario general de un Ayuntamiento. Esta progresiva pérdida de funciones ha implicado, entre otras cosas, dejar de ostentar el cargo de jefe de personal de la Corporación municipal, por lo que su capacidad de control de la legalidad de los procesos de contratación, se restringe sustancialmente. Se trata de un hecho que presenta mucha más importancia práctica de la que aparentemente tiene, ya que, aunque pocas veces se haya puesto de manifiesto, coincidió en el tiempo, de forma prácticamente exacta, con el exponencial incremento de las irregularidades en la contratación laboral efectuada por las Administraciones públicas que dieron lugar, en su momento, a la creación jurisprudencial de la figura del indefinido no fijo.

Por su parte, las nuevas reglas de consolidación del empleo público temporal, van a dar lugar a la estabilización de cientos de personas, en puestos de habilitados nacionales sin haber superado un proceso selectivo de carácter nacional (como exigiría el puesto que ocupan), con el riesgo que ello implica de desprofesionalizar el cuerpo, minorando su capacidad y eficacia.

**Abstract:** This paper reveals the progressive weakening that the figure of the General Secretary of a City Council is suffering. This progressive loss of functions implies, among other things, ceasing to hold the position of chief of staff of the Municipal Corporation, so its ability to control the legality of the contracting processes is substantially restricted. This is a fact that has much more practical importance than is usually given to it, since, although it has rarely been revealed, it coincided in time, practically exactly, with the exponential increase in irregularities in the labor contracting carried out by public administrations that gave rise, at the time, to the jurisprudential creation of the figure of the indefinite non-permanent.

For their part, the new rules for the consolidation of temporary public employment will lead to the stabilization of hundreds of people, as if they were qualified nationals, without having passed a national selection process (as the position they occupy would require), with the risk that this implies of de-professionalizing the public employment, and thereby further reducing, if possible, the guarantee functions that they are called upon to perform, reducing their capacity and effectiveness.

**Sumario:** I. INTRODUCCIÓN: FUNCIONES DE LOS SECRETARIOS DE AYUNTAMIENTO. II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS. III. PRINCIPALES PROBLEMAS CON LOS QUE SE ENCUENTRA EL SECRETARIO EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES. IV. TRASCENDENCIA PRÁCTICA DE LA PÉRDIDA DE LAS FUNCIONES DE JEFE DE PERSONAL POR PARTE DE LOS SECRETARIOS DE AYUNTAMIENTO. V. PARTICIPACIÓN DEL SECRETARIO EN LOS EXPEDIENTES DE CONTRATACIÓN DE PERSONAL. 1. Participación en Tribunales o Comisiones de Selección. 2. Papel del Secretario en la prevención de las contrataciones administrativas de servicios que encubren relaciones laborales encubiertas. VI. PAPEL DEL SECRETARIO EN LA PREVENCIÓN DE CONTRATACIONES IRREGULARES. VII. CONCLUSIÓN. VIII. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN: FUNCIONES DE LOS SECRETARIOS DE AYUNTAMIENTO

El Secretario municipal, pertenece junto con los Interventores y Tesoreros a un cuerpo funcional denominados funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional. Como es sabido, los Funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional<sup>1</sup> pertenecen a un cuerpo nacional seleccionado por el Estado, no por las propias Entidades Locales, a través de unos rigurosos procesos selectivos a cargo del Instituto Nacional de Administración Pública (INAP). Al ser una oposición de ámbito nacional, estos funcionarios pueden ocupar puestos en todas las entidades locales del territorio nacional.

A modo introductorio, las normas que actualmente regulan las funciones de la secretaría general, son las siguientes:

1. El Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional, especifica en su art. 3.1 que «la función pública de secretaría integra la fe pública y el asesoramiento legal preceptivo (...), pasando a continuación a describir con detenimiento, en el art. 3.2 del mismo texto, las distintas facetas que integran en nuestro ordenamiento jurídico el concepto de «fe pública», que abarcan funciones tales como Asistir y levantar acta de las sesiones que celebren el Pleno, la Junta de Gobierno y cualquier otro órgano

---

1 Con la disposición adicional segunda de Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), pasan a denominarse funcionarios con habilitación de carácter estatal. Posteriormente, la Ley 27/2013 de 27 de diciembre de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local en su Disposición Transitoria séptima vuelve a cambiar su denominación, al establecer que «Las referencias a la Escala de Funcionarios con habilitación de carácter estatal, se entenderán hechas a la Escala de Funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional»

colegiado de la Corporación en que se adopten acuerdos que vinculen a la misma, y posteriormente transcribirla al libro de actas, también será función del Secretario transcribir en el Libro de Resoluciones los Decretos dictados por el alcalde o por concejales que actúen por delegación de él. Corresponde también al secretario la función de certificar todos los actos o resoluciones de la Presidencia y los acuerdos de los órganos colegiados decisorios, así como los antecedentes, libros y documentos de la Entidad Local y actuar como fedatario en la formalización de todos los contratos, convenios y documentos análogos en que intervenga la Entidad Local.

*En el apartado 3.3 del citado Real Decreto 128/2018 indica los supuestos en los que al Secretario le corresponde ejercer la función de asesoramiento legal preceptivo, indicando los tres supuestos siguientes:*

«a) La emisión de informes previos en aquellos supuestos en que así lo ordene el Presidente de la Corporación o cuando lo solicite un tercio de miembros de la misma, con antelación suficiente a la celebración de la sesión en que hubiere de tratarse el asunto correspondiente. Tales informes deberán señalar la legislación en cada caso aplicable y la adecuación a la misma de los acuerdos en proyecto.

b) La emisión de informes previos siempre que un precepto legal o reglamentario así lo establezca.

c) La emisión de informe previo siempre que se trate de asuntos para cuya aprobación se exija la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación o cualquier otra mayoría cualificada».

2. Por su parte, la Disposición Adicional Tercera de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, (LCSP), apartado 8 añade las siguientes atribuciones a la Secretaría general, en materia de contratación pública: *«Los informes que la Ley asigna a los servicios jurídicos se evacuarán por el Secretario. Será también preceptivo el informe jurídico del Secretario en la aprobación de expedientes de contratación, modificación de contratos, revisión de precios, prórrogas, mantenimiento del equilibrio económico, interpretación y resolución de los contratos. Corresponderá también al Secretario la coordinación de las obligaciones de publicidad e información que se establecen en la Ley 19/2013 de 9 de diciembre de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Bueno Gobierno»*
3. A estas funciones habrá que añadir las atribuidas por normativa sectorial, así como las funciones complementarias que les puedan atribuir las Relaciones de Puestos de Trabajo de cada Ayuntamiento.
4. Por último, no podemos olvidar hacer referencia a las funciones que le corresponden a los Secretarios municipales en el proceso electoral. A este respecto el artículo 11.4 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, de 19 de junio de 1985, dispone que los *«Secretarios de los Ayuntamientos son Delegados de las Juntas Electorales de Zona y actúan bajo la estricta dependencia de las mismas»*, pudiéndose afirmar que, con su actuación por delegación de la Junta Electoral de Zona contribuyen a garantizar en los términos previstos por la legislación electoral la transparencia y objetividad del proceso electoral<sup>2</sup>.

---

2 Recuerda nuestra doctrina, que es obvio que el papel de los Secretarios del Ayuntamiento, es básicamente el de garantizar y dar fe pública en general, y en particular con todo lo referido a la preparación de las elecciones. Destacando la *«importancia de la neutralidad e independencia, junto a la profesionalidad de estos funcionarios locales de cara a salvaguardar jurídicamente y gestionar eficazmente todo lo referente a las convocatorias electorales y a la garantía del derecho ciuda-*

En lo que afecta a la contratación de nuevo personal, las competencias de los Secretarios de Ayuntamiento son limitadas, pero no inexistentes como se verá más adelante, pero no siempre ha sido así. Conviene hacer referencia en este momento a la evolución histórica de la figura del Secretario de Ayuntamiento y de las funciones que históricamente le fueron sido atribuidas desde la creación de este cuerpo nacional, pues la comprensión de su evolución nos puede permitir entender las circunstancias actuales que han dado lugar a la proliferación de contrataciones laborales irregulares dentro de la Administración Local.

## II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El hoy denominado cuerpo de Habilitados Estatales fue creado en virtud del Estatuto Municipal de 8 de marzo de 1924 —cuyo autor fue D. José Calvo Sotelo— bajo la denominación de Secretarios Interventores y Depositarios de Administración Local «*como una respuesta institucional frente a la corrupción política y el caciquismo local, practicante del pucherazo electoral continuado; viniendo a dar respuesta a un problema y demanda que tenía sus orígenes y cénit en la España de la Restauración, siendo este hecho una manifestación más de la crisis de esa época y de su sistema político-administrativo*»<sup>3</sup>.

Al cuerpo de Secretarios se le atribuyeron dos funciones básicas: la fe pública y el cumplimiento de la legalidad; y ello junto a otras competencias genéricas como la de desempeñar la jefatura de la organización municipal y administrativa del personal, bajo la autoridad del alcalde.

Para garantizar la independencia de esos nuevos cuerpos nacionales, se les hizo depender a todos los efectos del Ministerio de la Gobernación, desvinculándolos de las autoridades políticas locales, y sus cometidos fueron perfilándose, primero por el Texto Articulado de 1950 y, posteriormente, por el Texto Refundido de 1955<sup>4</sup>.

En concreto, el artículo 413.2 del Decreto de 24 de junio de 1955 por el que se aprueba el texto articulado de las Leyes de Bases de Régimen Local de 17 de julio de 1945 y 3 de diciembre de 1953, regulaba la obligación de advertir las ilegalidades por parte del Secretario y del Interventor en los términos siguientes: «*El Secretario y el Interventor, dentro de sus res-*

---

*dano al sufragio. Además de lo anterior, en el sistema político español local, tan plural y diverso y además caracterizado por el inframunicipalismo, el papel garantizador y la profesionalidad de los Secretarios de Ayuntamiento, es aún más necesario y relevante para evitar todo posible fraude o limitación de derechos electorales*». Cfr. CANALES ALIENDE, J.M., «El papel de los Secretarios de Ayuntamiento como coadyuvantes de la Administración Electoral», *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, nº.24, 2010, págs. 27-41. También, sobre esta cuestión, DELGADO-IRIBARREN GARCÍA-CAMPERO, M., «Las juntas electorales competentes. El Secretario de Ayuntamiento como delegado de la junta electoral de zona», *Consultor de los Ayuntamientos y de los juzgados. Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, nº. 8, 2015 (ejemplar dedicado a: Elecciones locales 2015), págs. 904-907.

3 CANALES ALIENDE, J.M., «El papel de los Secretarios de Ayuntamiento como coadyuvantes de la Administración Electoral», *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, nº.24, 2010, págs. 27-41.

4 Decreto de 16 de diciembre de 1950 por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Régimen Local de 17 de julio de 1945 y Decreto de 24 de junio de 1955 por el que se aprueba el texto articulado y refundido de las Leyes de Bases de Régimen Local, de 17 de julio de 1945 y de 3 de diciembre de 1953.



pectivas esferas de acción incurrirán en responsabilidad si no advierten a la Corporación las manifiestas infracciones legales en que puedan incurrir con sus acuerdos». Concretando el apartado 3 de este mismo artículo la manera en la que se debía ejercer esta advertencia de ilegalidad «Dichos funcionarios podrán advertir la ilegalidad de los acuerdos que pretendan adoptarse mediante nota en el expediente, antes de dar cuenta a la Corporación. Podrán asimismo solicitar que un expediente o propuesta quede sobre la Mesa hasta la próxima sesión, cuando por la índole del asunto tuviera duda sobre la ilegalidad del acuerdo». En esta época, el Secretario también disponía de unas competencias más amplias pues, como se ha señalado, era miembro de la Corporación local en la que prestaba sus servicios, y ostentaba la jefatura de todo el personal.

Así, el Reglamento de Funcionarios de Administración Local aprobado por Decreto de 30 de mayo de 1952 establecía que el Secretario tenía la obligación de advertir toda manifiesta ilegalidad. En concreto los artículos 143 y siguientes establecían todas las competencias atribuidas a los Secretarios, que les permitían controlar a la Corporación en general, y a su alcalde en particular, convirtiéndolos en auténticos directores de la Administración municipal.

Sin embargo esta situación cambió radicalmente con la aprobación de la Ley de Bases de Régimen Local 7/1985 (LBRL), en la que advertencia de ilegalidad que correspondía tradicionalmente a los Secretarios de Ayuntamiento fue eliminada<sup>5</sup>.

Actualmente, el artículo 92 bis LBRL, circunscribe la función de secretaria a la fe pública y al asesoramiento legal preceptivo, en este caso solo para determinados asuntos, omitiendo toda referencia a la advertencia de ilegalidad. En desarrollo de los artículos de la LBRL que describen las competencias de los funcionarios con habilitación de carácter estatal (hoy nacional) se dictó el ya derogado Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de la Administración Local con habilitación de carácter nacional, en el que definitivamente se eliminaba la advertencia de ilegalidad atribuida a los Secretarios de Ayuntamiento, junto con otras de sus funciones directivas por ejemplo, la jefatura de personal.

Esta visión del Secretario municipal se mantiene en el vigente Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional, que sustituye al de 1987, en el que se incrementan los supuestos de informe preceptivo del Secretario, pero ni rastro de nuevo, ni de la atribución de la jefatura de personal ni de la advertencia de ilegalidad reconocidas en otra época<sup>6</sup>.

Es una situación en cierto modo diferente a la de los Interventores municipales que conservan funciones de control de los expedientes municipales mediante el ejercicio de la facultad de reparar actos o acuerdos locales, y, que incluso han visto incrementadas sus atribuciones de control tras la aprobación del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula

---

5 Evolución de funciones que explica con detenimiento VERA TORRECILLAS, R.J., *Del escribano al secretario municipal: antecedentes, origen y evolución de los cuerpos nacionales hasta la Ley de bases del régimen local*, Dykinson, Madrid, 2021.

6 Sobre ésta y otras cuestiones, véase ORTIZ BLASCO, J.J., «Régimen jurídico de las entidades locales», *Cuadernos de derecho local*, n.º. 6, 2004, págs. 81-105. También al respecto FERNÁNDEZ CORREDOR SÁNCHEZ-DIEZMA, J., «Distintas actuaciones en una Corporación local», *CEF Legal. Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, n.º. 52, 2005, págs. 113-122.

el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local, pues su artículo 6.4 les faculta también de solicitar de quien corresponda, el asesoramiento jurídico o los informes técnicos que estimen necesario<sup>7</sup>.

Sin embargo, como se ha señalado, los Secretarios municipales no poseen la atribución de requerir la emisión de cuantos informes estimen pertinentes, facultad que desapareció junto a la jefatura de todo el personal. A falta de respaldo legal, los Secretarios se ven abocados a solicitar la colaboración de la Alcaldía-Presidencia, para que, como jefe superior de todo el personal, requiera los informes que el Secretario necesite para tener una visión completa del expediente. Esto es fácil cuando hay una relación de confianza y colaboración entre el representante político y el funcionario de habilitación nacional, pero no en todos los casos es así, y en el caso de no existir, deja al Secretario en una débil posición a la hora de requerir la emisión de determinados informes por otros técnicos municipales.

Esta modificación de atribuciones ha ocasionado en ciertas ocasiones una divergencia entre la actual realidad legislativa y la conciencia aún subsistente entre una parte de la sociedad de la figura del Secretario como figura aún dotada de amplias atribuciones en materia de dirección de la gestión municipal, cuando esto ya no es así<sup>8</sup>. En ocasiones, esta idea aún se percibe que se mantiene por la doctrina y la jurisprudencia, lo que ocasiona, en la práctica, muchos problemas al ejercicio de las funciones de Secretaría. Esta interpretación no es acorde a la literalidad de la legislación en vigor, en la que cada vez a los Secretarios se les ha ido privando de funciones y limitando sus herramientas de control hasta rozar el ridículo, por ejemplo dispone el artículo 92.2 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (en adelante ROF) que «*En el supuesto de que se trate de asuntos no incluidos en el orden del día que requieran informe preceptivo de la Secretaría o de la Intervención, si no pudieran emitirlo en el acto, deberán solicitar del Presidente que se aplase su estudio quedando sobre la mesa hasta la próxima sesión. Cuando dicha petición no fuera atendida, el Secretario lo hará constar expresamente en el acta*». Hace falta tan solo imaginarse la situación para poder advertir la fragilidad de las herramientas otorgadas por la ley a los Secretarios para el ejercicio de sus funciones.

Una situación parecida ocurriría si durante la sesión se suscitara duda sobre la legalidad de un asunto, en el que el artículo 94.3 del ROF señala que «*el Secretario podrá solicitar la palabra del Presidente de la Corporación*». No determina sin embargo este artículo las consecuencias de no ser concedido el uso de la palabra pero, por analogía con el artículo 92.2, no serán muy diferentes: el Secretario lo reflejará en el acta. Consecuencia ínfima para la trascendencia del asunto.

---

7 Sobre este tema, GALÁN CÁCERES, J., «Administración local. Ajuste a derecho de acuerdos adoptados por el pleno de un Ayuntamiento», CEF Legal: Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos, n.º. 202, 2017.

8 De hecho, ni siquiera mantiene competencias en materia de evaluación ni adaptación de los puestos de trabajo en caso de riesgo profesional. Al respecto, RUANO VILA, J.V., «El papel del Secretario del Ayuntamiento en materia de prevención de riesgos laborales», *Consultor de los Ayuntamientos y de los juzgados. Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, n.º. 1, 2014, págs. 53-60.

La ley parece atribuir al Secretario funciones de asesoramiento de la legalidad de los expedientes de los que tenga conocimiento en el seno de una sesión de un órgano colegiado en el que actúe de fedatario público, y sobre los que se susciten dudas, aunque circunscribe esta atribución a la posibilidad de solicitar la palabra y en su caso, reflejarlo en acta. El ROF utiliza la palabra «posibilidad», pero no plantea la consecuencia de que el Secretario no haga uso de esta posibilidad. ¿Qué ocurriría entonces?, ¿incurriría en responsabilidad el Secretario ante esta falta de advertencia?

Ahondando en este tema, podemos también plantearnos qué ocurriría si no se suscitara dudas sobre la legalidad de un expediente durante su debate en el curso de una sesión de un órgano colegiado, pero pese a todo, el expediente incurriera en una ilegalidad, ¿sería responsable el Secretario? Esto nos lleva a otra pregunta, ¿debe el Secretario verificar la legalidad de todos los expedientes incluidos en el orden del día de las sesiones en las que actúe de fedatario público?, ¿sería en este caso materialmente posible por una única persona llevar todo ese control? Estas cuestiones conducen irremediabilmente a otra pregunta más: a la vista del régimen jurídico expuesto, ¿puede decirse que continúa vigente, tácitamente, la advertencia de legalidad que la Ley otrora atribuía al Secretario? Como hemos visto se eliminó expresamente con la LBRL y el RD 1174/1987 de 18 de septiembre, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional, por lo que la respuesta a la cuestión formulada debe ser necesariamente negativa.

A la vista de la situación descrita, puede afirmarse sin reservas que estamos ante una clara discordancia entre las atribuciones de los Secretarios de Ayuntamiento y la exigencia tanto social como jurisprudencial que se les pide, confundiendo en muchas ocasiones la redacción actual de la atribución de funciones a los Secretarios municipales, con las funciones que inicialmente se le atribuyeron en el momento de creación de este cuerpo nacional<sup>9</sup>.

### III. PRINCIPALES PROBLEMAS CON LOS QUE SE ENCUENTRA EL SECRETARIO EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES

De lo expuesto se deduce la dificultad que tiene el Secretario de un Ayuntamiento a la hora de ejercer las funciones que le atribuye el Real Decreto 128/2018 y demás normativa vigente. A continuación se analizan los obstáculos más relevantes:

1. La Administración Local es la Administración más cercana a los ciudadanos, pero en contrapartida, los Funcionarios de Administración Local son los funcionarios más cercanos a los políticos. Políticos locales muchas veces sin formación jurídica que le permita conocer la trascendencia de las decisiones que toman y las consecuencias que pueden derivarse de la comisión de una ilegalidad.

---

<sup>9</sup> Aspecto sobre el que reflexiona PÉREZ LUQUE, A., «A raíz de una consulta: el secretario-interventor del Ayuntamiento sólo puede hacer lo que le indica el ordenamiento jurídico», *Consultor de los Ayuntamientos y de los juzgados. Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, n.º. 13, 2001, págs. 2175-2186.

2. Los informes de Secretaria en caso de ser preceptivos no son vinculantes, lo que permite a los órganos de gobierno solicitar informes de otros técnicos municipales más favorables a sus intereses.
3. Hay que recordar también que el Secretario municipal en el ejercicio de sus funciones no es autoridad pública, a diferencia por ejemplo de los Inspectores de Trabajo, lo que les hace sufrir, en algún momento de su carrera profesional episodios de hostigamiento, enfrentamiento o reproche de mayor o menor envergadura, del que normalmente solo se escapa si es prolongado en el tiempo a través de un concurso de traslados. Sería una situación impensable por ejemplo que un Policía o Guardia Civil se disponga a poner una multa de tráfico y sea vilipendiado por el conductor del vehículo, sin ninguna consecuencia.
4. Otro de los obstáculos a los que se encuentra el Secretario que dificultan el ejercicio de su profesión es que sus retribuciones corren a cargo del Presupuesto municipal, lo que permite a los políticos en determinadas ocasiones intentar controlar la voluntad de un funcionario modificando a la baja el complemento específico para instarle a abandonar el puesto asignado en el correspondiente concurso. Hecho en todo caso recurrible, sin duda, pero que suele conseguir el efecto esperado.
5. También suscitan serios inconvenientes los supuestos de libre designación, forma excepcional de provisión de puestos de Habilitados Nacionales prevista en la Ley para los municipios de gran población (entre otros casos), entre funcionarios de la subescala y categoría correspondientes, pero que sin embargo, se ha convertido en habitual en estos supuestos, a pesar de tratarse de una forma de provisión de puestos de trabajo legalmente admitida, no puede negarse que no es la forma de provisión más oportuna para este tipo de puestos cuyas funciones no son el asesoramiento a un partido político sino a una Corporación municipal<sup>10</sup>.

Otro problema similar radica en el hecho de que las plazas vacantes de Habilitados nacionales se pueden cubrir por Secretarios accidentales, nombrados de forma circunstancial entre los propios funcionarios municipales a la espera de cobertura definitiva por un habilitado nacional<sup>11</sup>. Se trata de personal que, pese a tener titulación universitaria, no ha superado el proceso selectivo que se exige para adquirir la condición de habilitado nacional, pero que sólo mantendrá el puesto mientras cuente con el visto bueno de la Corporación. De la misma forma, los puestos vacantes pueden ser cubiertos no solo con nombramientos accidentales sino también con funcionarios interinos mientras el puesto no se cubra definitivamente por un Habilitado Nacional, situación que los coloca ahora en una posición privilegiada a la hora de acceder a las posibles estabilizaciones que permite la nueva regulación.

- 
- 10 Como es sabido, la libre designación es un procedimiento de provisión de puestos previsto, junto al concurso, en los artículos 78.2 y 80 Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP). Aunque en el caso de la libre designación (al igual que en los casos de concurso) se exige que el procedimiento de selección se lleve a cabo conforme a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, no se puede negar que, como su propio nombre indica, se trata ésta de una decisión administrativa sujeta a altas dosis de discrecionalidad (aunque no existe una discrecionalidad absoluta para su nombramiento, como sí existiría en el caso del personal eventual).
  - 11 Pese a sus importantes consecuencias prácticas, esta situación ha sido pocas veces criticada. A modo de ejemplo, véase MONTESERIN HEREDIA, S. , «El secretario municipal accidental (1)», *Consultor de los Ayuntamientos y de los juzgados. Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, nº. 8, 2022, soporte informático.

Con estas técnicas legalmente reconocidas de selección y cese se busca debilitar la figura del Secretario, pues permite a la Corporación cesarlo si sus resultados no son acordes a lo esperado. Espada de Damocles que no debía permitirse en un puesto de estas características.

6. En esta misma línea de debilitamiento progresivo de la figura del Secretario está el hecho de que, tras la reforma de la Ley de Bases de Régimen Local introducida por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, la secretaría de la Junta de Gobierno Local corresponderá a uno de sus miembros que reúna la condición de concejal, designado por el alcalde, quien redactará las actas de las sesiones y certificará sobre sus acuerdos, circunstancia que supone, en el fondo, la atribución de funciones de fe pública a un cargo político.
7. Como garantes de la legalidad, muchas veces los Habilitados Nacionales se enfrentan a situaciones de soledad o aislamiento<sup>12</sup>. Y es que en el desarrollo diario de su cometido, los Secretarios de Ayuntamiento se ven obligados a tratar, por un lado, con personal municipal cada vez menos preparado y por otro, con políticos locales, que en muchas ocasiones ven en la figura del Secretario únicamente un ente hostil encargado de poner trabas a la consecución de los objetivos que prometieron en su programa electoral<sup>13</sup>.
8. Dentro de los mecanismos de debilitamiento de los Habilitados Nacionales, hoy deberíamos añadir los procesos de estabilización convocados en el ámbito de la escala de Funcionarios de Administración Local con Habilitación de Carácter Nacional al amparo de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público. Pues se han incluido 807 plazas reservadas a Funcionarios de Administración Local con Habilitación de carácter nacional en el Real Decreto 408/2022, de 24 de mayo, por el que se aprueba la oferta de empleo público para la estabilización de empleo temporal en la Administración General del Estado.

Y es que gracias a la posibilidad de estabilización a través de procedimientos especialmente suaves, muchos secretarios accidentales e interinos, nombrados por la propia Corporación, podrán consolidar su plaza sin haber superado en ningún momento un proceso selectivo de carácter nacional que garantice su formación y desempeño en el puesto de trabajo.

Ello supone que, en el total del territorio nacional, nada menos que 807 personas se integrarán en el cuerpo de Funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional en distintas subescalas sin haber superado el oportuno proceso

---

12 En definitiva, merece la atención transcribir literalmente, a continuación, dos párrafos del Editorial del número 97, de febrero de 2007, de la *Revista de Estudios Locales*, que expresa la opinión de estos profesionales, que decía así: «Es evidente el paulatino y sistemático debilitamiento de los controles internos de la Administración local, así como la pérdida de espacio profesional de los denominados funcionarios con Habilitación de carácter nacional en las entidades locales, casi siempre bajo el pretexto de pretendidas medidas de modernización que, lejos de modernizar, iban minando el papel de los Secretarios, interventores y tesoreros que, sin embargo y a pesar de todo, han logrado sobrevivir a toda una serie de reformas legislativas gracias a la resistencia activa de un colectivo bien organizado profesionalmente...» y «...por el contrario, lo que ha precedido en estos últimos años es un sistemático desapoderamiento de las funciones de control de la legalidad ejercidas por los Secretarios, interventores y tesoreros, y de su espacio profesional en las entidades locales españolas (...)».

13 Al respecto, véase DIAZ SANTÍN, N., «La soledad del Secretario de Ayuntamiento ante las cuestiones no certificables», *Consultor de los Ayuntamientos y de los juzgados. Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, n.º 13, 2011, págs. 1666-1676.

selectivo<sup>14</sup>. Y no solo eso, es que una vez integrados en el colectivo, aunque el legislador no haya reparado en ello, no existirá ya ningún obstáculo legal que les impida concursar a otros puestos de trabajo diferentes al que han venido ocupando temporalmente, en igualdad de condiciones que el resto, lo que nos lleva a plantearnos si efectivamente se va a conseguir la pretendida estabilización de empleo temporal en el ámbito de los Habilitados Nacionales o nos vamos a volver a encontrar que determinados puestos de trabajo en determinadas Administraciones Locales seguirán vacantes y cubiertos en el futuro por nuevos interinos a través de otros procedimientos simplificados. ¿No será más efectivo adoptar otras medidas para luchar contra la temporalidad, como puede ser aumentar el número de plazas que se convocan para ser cubiertas por los procesos ordinarios?

Cuestión bastante razonable, pues hay que tener en cuenta que la financiación de estos puestos de trabajo no corre a cargo de la Administración General del Estado, sino a cargo de los presupuestos de las Entidades Locales donde prestan sus servicios, por ello no pueden alegarse dificultades presupuestarias para cubrir el gran número de plazas vacantes entre las reservadas a Funcionarios de Administración Local con Habilitación de Carácter Nacional, puesto que las que están ocupadas por interinos ya se están retribuyendo<sup>15</sup>.

En un colectivo de relativamente reducido, que se estabilicen 807 plazas supone aproximadamente un 20% del total de efectivos del cuerpo de Habilitados Nacionales. Porcentaje elevadísimo que nos vuelve a la idea anteriormente mencionada de despro-

- 
- 14 Numerosos autores han abordado hasta ahora, las ventajas e inconvenientes que provocarán los nuevos procesos de estabilización tendentes a reducir la temporalidad en las Administraciones públicas (entre otros, véase ROQUETA BUJ, R., *La reforma de la contratación temporal en las administraciones públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022; También LAÍN CORONA, I., «El personal fijo discontinuo y el personal indefinido no fijo en los procesos de estabilización de plazas con motivo de su comienzo», *Actualidad administrativa*, nº 7-8, 2022). Precisamente al respecto, no se puede negar que uno de los grandes peligros que sin duda lleva aparejada esta estabilización súbita es la desprofesionalización de los empleados públicos, permitiendo que, desarrollando las mismas funciones, coexistan sujetos que han superado procesos de selección de personal de muy diferente complejidad.
- 15 Las razones que han llevado al abuso de la falsa contratación laboral temporal podrían resumirse en la imposibilidad de ofertar plazas debido a las limitaciones para la incorporación de nuevo personal al servicio de las Administraciones públicas motivado por la situación de crisis económica que sufrió el país desde el año 2008. El artículo 3.2 del Real Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público introdujo por primera vez la limitación en la contratación de personal por las administraciones públicas que durante el año 2012 no se procederá a la contratación de personal temporal, ni al nombramiento de personal estatutario temporal o de funcionarios interinos salvo en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables que se restringirán a los sectores, funciones y categorías profesionales que se consideren prioritarios o que afecten al funcionamiento de los servicios públicos esenciales. Esta redacción se incorporó al artículo 23.2 de la Ley 2/2012 de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012. Posteriormente se fue incorporando a las Leyes de Presupuestos Generales del Estado en los años sucesivos, como una de las medidas para garantizar la estabilidad económica de las Administraciones Públicas, pero que en la práctica, se convirtió en una fórmula oscura de acceso a las plantillas municipales utilizando siempre la justificación de una hipotética necesidad temporal y urgente, que no se ajustaba a la naturaleza real de las necesidades municipales.

fesionalización de la Administración, en particular de la Administración Local. Conviene recordar que estos funcionarios interinos que se pretende estabilizar en puestos de Secretario, Interventor o Tesorero de un Ayuntamiento en muchísimas ocasiones se han limitado simplemente a superar un examen tipo test con un temario reducido o a participar en un proceso para constituir una bolsa de trabajo para funcionario interino por concurso de méritos.

9. Pero entre todos los motivos expuestos de debilitamiento del papel garantista que ha de desempeñar la figura del Secretario general de un Ayuntamiento, queda por analizar el que quizá tenga mayor incidencia práctica: como se ha apuntado, el Secretario ya no es jefe de personal. Esta última cuestión, por su trascendencia jurídica, laboral y económica, merece una explicación detallada:

## IV. TRASCENDENCIA PRÁCTICA DE LA PÉRDIDA DE LAS FUNCIONES DE JEFE DE PERSONAL POR PARTE DE LOS SECRETARIOS DE AYUNTAMIENTO

Como se ha adelantado, desde la entrada en vigor del Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de la Administración Local con Habilitación de Carácter Nacional, el Secretario municipal ya no es jefe de personal. Esto provoca que se encuentre con dificultades a la hora, por ejemplo de solicitar un informe aclaratorio en un expediente. La eliminación de la atribución de la jefatura de personal al Secretario municipal ha provocado, entre otras causas, el abuso de contrataciones irregulares de personal que han ido dando lugar a avalanchas de reconocimiento judicial de la condición de indefinido no fijo de las personas contratadas irregularmente.

Ello ha conseguido crear una Administración pública cada vez más desprofesionalizada, siendo la Administración Local donde más claramente se percibe esta consecuencia, motivado por la falta de rigidez en muchas ocasiones de sus jefaturas de personal o incluso por la relación personal entre político y personal irregularmente contratado. El efecto de estas irregularidades ha sido una sobrecarga de trabajo para los Funcionarios de Habilitación Nacional, que en muchísimas ocasiones se encuentran que el resto de compañeros, por falta de formación, no hacen de filtro suficiente de determinados asuntos, permitiendo su tramitación y dejando al Secretario en la difícil posición de tener que reconducir a la legalidad esos expedientes cuando ya están iniciados, cuestión bastante compleja pues en muchas de estas ocasiones el informe del Secretario no es preceptivo como ocurre en las contrataciones de personal.

Hay que recordar que las primeras sentencias donde se analizan las consecuencias de las irregularidades de la contratación de personal laboral temporal por los Ayuntamientos, datan de principios de los años 90<sup>16</sup>, coincidiendo con la eliminación a los Secretarios de las

---

16 La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha dado diversas soluciones frente al problema de las contrataciones irregulares de personal, frente a las primeras sentencias que asimilaban la contratación irregular a interinidades de hecho STS 7 de febrero de 1990, o incluso a determinar que

funciones de jefatura de personal, momento en el que sin duda se relajaron los controles de la legalidad en las contrataciones de personal laboral.

Esta situación se ha visto agravada en los últimos tiempos por las limitaciones de incorporar nuevas plazas a las ofertas de empleo público, para seleccionar nuevo personal con carácter definitivo, motivado en la crisis iniciada en el año 2008. ¿Qué ocasionó esta limitación?, pues claramente un abuso por parte de las Administraciones públicas en la contratación laboral temporal y en contratos administrativos de servicios que encubrían una relación laboral permanente con la Administración Pública.

En este contexto, puede afirmarse que la necesidad de contratación laboral temporal en el seno de un Ayuntamiento, y más en un Ayuntamiento de tamaño pequeño o mediano es prácticamente inexistente, pues las necesidades a satisfacer suelen ser, si no permanentes, al menos prolongadas en el tiempo que hacen inviable la contratación laboral temporal de acuerdo a las previsiones del artículo 15 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (ET). Al mismo tiempo, se ha de denunciar que en muchísimas ocasiones se incurre en contrataciones laborales temporales fraudulentas para el desarrollo de funciones que la ley atribuye a funcionarios, pues recordemos que según el artículo 92.2 LBRL, «*con carácter general, los puestos de trabajo en la Administración local y sus Organismos Autónomos serán desempeñados por personal funcionario*». Esta misma consideración la hace el aún vigente artículo 15 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública. Y es que, si de estos artículos se deduce el carácter preferente de la condición de funcionario público entre el personal adscrito a la misma, siendo el personal laboral la excepción a la regla general, no tiene ningún sentido haber querido justificar necesidades temporales que en realidad no existen para dar lugar a contratos de trabajo que no obedecen a necesidades temporales reales, pues en realidad, ni siquiera se hubiera debido recurrir a la contratación laboral, sino a la cobertura funcional de un puesto de trabajo para atender las necesidades descritas.

La posibilidad de contratar personal laboral temporal fue aprovechada por los alcaldes como jefes máximos del personal municipal según el artículo 21.1.h) de la LBRL, para contratar a irregularmente a personal laboral temporal para desempeñar funciones permanentes o prolongadas en el tiempo. Se amparaban en que la única consecuencia de ello era que a estos trabajadores se les declarara judicialmente indefinidos no fijos, consecuencia, en el fondo pretendida por ambas partes. Esta situación beneficia por un lado a los políticos pues les permite en muchas ocasiones contratar a personal afín a su ideología de partido, y por otro lado beneficia a los trabajadores pues acceden al empleo público sin invertir esfuerzo en la preparación del proceso<sup>17</sup>.

---

la irregularidad debe suponer la conversión del contrato en fijo como prevé expresamente la normativa laboral (ASTS 18 de marzo de 1991, 27 de julio de 1992, 22 de septiembre de 1993, 26 de julio de 1995). La creación jurisprudencial del indefinido no fijo como solución intermedia entre la temporalidad y la fijeza fue creada por el Tribunal Supremo finalmente en la SSTS de 7 de octubre de 1996 y 21 de enero de 1998, y ha sido la posición imperante hasta la fecha.

17 Adviértase que los procesos selectivos para contratar personal laboral temporal no tienen la misma intensidad que cuando se trata de cubrir un puesto indefinido o incluso una plaza de funcionario. Y es que los procesos de selección especialmente suaves convocados para la selección de personal laboral temporal no requieren no ya del control, sino tan siquiera de la participación del Secretario del Ayuntamiento, lo que intensifica el riesgo de incurrir en una falsa temporalidad.



Este proceder ha ocasionado una evidente desprofesionalización de la Administración pública, en la que gran parte del personal no posee formación ni preparación suficiente. Así, el hecho de no existir personal cualificado para el desempeño de funciones necesarias ha ocasionado la necesidad de contratar nuevo personal dando lugar a Administraciones públicas sobredimensionadas, con plantillas cada vez más amplias.

Para entender esta reflexión hace falta contextualizarla atendiendo al número de indefinidos no fijos existentes en la Administración, y sin ánimo de hacer un estudio exhaustivo podría resumirse en que en una Entidad Local de tamaño mediano el número de indefinidos no fijos podría superar, con mucho, el tercio del número total de empleados municipales<sup>18</sup>. Es una cifra absolutamente desproporcionada que evidencia que la contratación laboral irregular se ha convertido en una nueva vía de entrada a la Administración. Irregularidades que finalmente van a permitir la consolidación del empleo cuando terminen los procesos de estabilización contemplados por el RD 14/2021 y por la Ley 20/2021<sup>19</sup>.

Ante esta situación, la siguiente reflexión es obligada ¿se ha de consolidar en sus puestos de trabajo a determinado personal que por diversas razones ha entrado irregularmente a trabajar en una Entidad Local y, por tanto, no se puede asegurar que dispone de los conocimientos mínimos suficientes para desarrollar su puesto de trabajo con la calidad y eficacia que se ha de exigir a todo empleado público?

Al respecto, cabe plantear si esta consecuencia derivada de la contratación abusiva de personal laboral temporal se la planteó el juzgador cuando creó la figura del indefinido no fijo, y si no hubiera sido más beneficioso optar por declarar la nulidad de pleno derecho de los procesos selectivos tramitados omitiendo total y absolutamente el procedimiento aplicable, que como todos sabemos debe respetar los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, según dispone, en desarrollo del artículo 23 CE, el artículo 55 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. Pues, si la selección de personal laboral en el seno de una Administración Pública se regula por las normas de derecho administrativo y no del derecho laboral, la consecuencia de omitir total y absolutamente el procedimiento aplicable o bien de omitir trámites esenciales en el referido procedimiento, ¿no debería ser la nulidad de pleno derecho<sup>20</sup>?

---

Estos y otros temas, los pone de manifiesto RUANO VILA, J.V., «El Secretario del Ayuntamiento como secretario nato de los tribunales de selección de personal. Comentario a la Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 25 de enero de 2012». *Consultor de los Ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, nº. 10, 2012, págs. 1253-1260.

18 Crecimiento exorbitado del número de indefinidos no fijos hasta alcanzar cifras insostenibles que critica PEÑA MOLINA, M., «La *funcionarización* de laborales indefinidos no fijos de plantilla», *Revista General de Derecho Administrativo*, nº. 40, 2015, soporte informático.

19 Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público y Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público.

20 Cuestión que aborda LAHERA FORTEZA, J., «La necesaria revisión de la jurisprudencia del indefinido no fijo en el sector público a la luz de la jurisprudencia comunitaria (SSTJCE 7 septiembre de 2006, Asunto C-53/04 y Asunto C-180/04)», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº 1, 2007, págs. 587-593. A idéntica conclusión llega PEÑA MOLINA, M., «La *funcionarización*

Sin embargo la jurisprudencia optó por crear la figura del indefinido no fijo como un modo de defender al trabajador contratado irregularmente debido a la falta de diligencia de la Administración. Puso en la balanza los intereses del trabajador frente a los de la Administración y optó por proteger los derechos del trabajador como parte más débil de la relación jurídica<sup>21</sup>. Pero con la creación jurisprudencial del indefinido no fijo se facilitó la entrada en la Administración sin la previa tramitación de un proceso selectivo, consiguiendo que las irregularidades en la contratación de personal laboral no sean supuestos excepcionales, sino que se convirtieran, tristemente, en situaciones habituales en la Administración pública, principalmente en las Administraciones Locales.

Otro de los motivos que ha ocasionado el abuso por la Administración pública de contrataciones laborales irregulares, ha sido la ausencia absoluta durante muchos años de consecuencias de estas irregularidades, ni económicas, ni penales ni sancionadoras de ningún tipo.

Ante esta desmesurada utilización de contratos laborales irregulares, una de las opciones que ha barajado el legislador ha sido la de exigir responsabilidad a los sujetos que permiten que este tipo de situaciones prosperen. En concreto, respecto a la responsabilidad por contrataciones irregulares, ya la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del

---

de laborales indefinidos no fijos de plantilla», *Revista General de Derecho Administrativo*, nº. 40, 2015, soporte informático. Este último autor, después de recordar que, en el caso de haberse optado por la declaración de nulidad, «si la causa de nulidad no es imputable al trabajador, éste podrá exigir la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración contratante», realiza unas interesantísimas reflexiones que, por su importancia práctica, merecen ser reflejadas literalmente: «Si los Tribunales hubieran seguido esta pauta nunca se hubiera producido la figura del indefinido no fijo de plantilla como consecuencia de contratos por obra o servicio determinado concertados en fraude de ley o por irregularidades en contratos eventuales por circunstancias de la producción, ya que en ellos concurre en la mayoría de los casos su ausencia de inclusión en la Relación de Puestos de Trabajo y Plantilla, requisitos sin los cuales no puede efectuarse una convocatoria, con lo cual la ausencia de procedimiento jamás hubiera podido tener como consecuencia una declaración de indefinido; ni siquiera en los actuales términos de la jurisprudencia consolidada, ya que ésta llega al absurdo de considerar a estos trabajadores como una suerte de interinos sin plaza, lo cual carece de todo sentido».

- 21 La figura del trabajador indefinido no fijo ha sido ampliamente tratada por nuestra jurisprudencia. Entre otros, véanse las ya clásicas consideraciones que realizó en su momento GOERLICH PESET, J.M., y VEGA LÓPEZ, J.J., «Una nueva categoría de personal laboral al servicio de la Administración pública?: los «trabajadores indefinidos, no fijos de plantilla», *Relaciones laborales. Revista crítica de teoría y práctica*, nº. 1, 1998, págs. 569-587. También, más recientemente, demostrándose así que es un tema de constante importancia, RODRIGO SAINZ, C., «Indefinido fijo en la Administración Pública», *Diario La Ley*, nº 9821, 2021; CANDELA TALAVERO, J.E., «El personal indefinido no fijo en las entidades locales», *La administración práctica: enciclopedia de administración municipal*, nº. 6, 2021, págs. 53-67; SANCHEZ CASTILLO, M. y CARMONA PAREDES, R., «Construcción jurisprudencial del contrato indefinido no fijo», en AA.VV., *El Estatuto profesional del personal investigador contratado en régimen laboral* (coord. por Fernando Ballester Laguna), INAP Investiga, Madrid, 2016, págs. 265-282; CAVAS MARTÍNEZ, F., *Régimen jurídico del trabajador indefinido no fijo en el sector público*, Laborum, Murcia, 2018; y PEÑA MOLINA, M., «Del indefinido no fijo al laboral fijo de plantilla. Nuevos aires para nuevos tiempos», *Cuadernos de derecho local*, nº. 52, 2020, págs. 189-197.

Estado para el año 2017, tímidamente, advertía de la exigencia de responsabilidades en las Administraciones Públicas y entidades dependientes de las mismas por la utilización de la contratación laboral sin seguir la prescripciones y en los términos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normativa reguladora de la contratación laboral.

Lo hacía en su Disposición Adicional trigésima cuarta (apartados dos y tres), en la que después de recordar la obligación de las Administraciones públicas de respetar las disposiciones del Estatuto de los Trabajadores y demás normativa reguladora de la contratación laboral, en los contratos de trabajo que celebre «*cualquiera que sea la duración de los mismos*», señalaba la exigencia de responsabilidades en los términos siguientes:«*(...)Dos. Los órganos competentes en materia de personal en cada una de las Administraciones Públicas y en las entidades que conforman su Sector Público Instrumental serán responsables del cumplimiento de la citada normativa, y en especial velarán para evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal que pueda dar lugar a la conversión de un contrato temporal en indefinido no fijo. Así mismo, los órganos de personal citados no podrán atribuir la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal, ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva, salvo cuando ello se derive de una resolución judicial. Tres. Las actuaciones irregulares en la presente materia darán lugar a la exigencia de responsabilidades a los titulares de los órganos referidos en el apartado segundo, de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas. (...)*».

Se trata, como se ha dicho, de un reconocimiento muy tímido, porque a pesar de haber tenido la oportunidad, no se desarrolló la responsabilidad de la que se advierte, dejando en el aire dudas tan trascendentales como ¿a quién se exige responsabilidad?, ¿al alcalde como jefe superior de todo el personal?, ¿al funcionario Jefe del Departamento de Recursos Humanos? Y de exigir responsabilidad, ésta será ¿penal, disciplinaria, económica, o simple responsabilidad política? Así pues, mientras que la jefatura superior de todo el personal siga perteneciendo a los alcaldes debería ser a ellos a quienes se les atribuya personalmente la responsabilidad por contrataciones laborales irregulares, como ya se empieza a poner de manifiesto en una incipiente jurisprudencia penal<sup>22</sup>.

---

22 Sobre este tema, ya son muchas las sentencias que estiman que los alcaldes pueden ser autores de un delito de prevaricación cuando dan lugar a supuestos de contratación irregular de personal, pese a contar con informe desfavorable del Secretario. Entre otras, véase la STS, Sala de lo Penal, de 4 de mayo de 2022 (rec. 771/2020) que condena por prevaricación al exalcalde de Alicante por dar lugar a una contratación laboral irregular pese a existir informe desfavorable de Secretaría. También la SAP de Cádiz, Sección 8ª, Sentencia 251/2021 de 14 Jul. 2021, Rec. 43/2020, condena a un alcalde por prevaricación administrativa por contratar a un peón para que prestase servicios al Ayuntamiento, obviando el trámite legalmente establecido, pese a las advertencias del Secretario-interventor sobre la falta de adecuación a la legalidad de esta contratación. En similares términos, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en su sentencia de 17 de noviembre de 2021 (rec. 5554/2019) confirmó la condena a siete años de inhabilitación especial para empleo o cargo público por un delito de prevaricación administrativa impuesta en 2019 por la Audiencia de Sevilla al alcalde de Pruna, por la contratación irregular de un arquitecto realizada pese al informe desfavorable de la Secretaría municipal. En idénticos términos, véase la STS de 16 de mayo de 2012. Aunque en la mayoría de situaciones comentadas se conciertan falsos contratos de trabajo bajo la falsa fórmula de un contrato administrativo menor (sujeto a un procedimiento muy más sencillo), en este último caso, se celebraron una serie de contratos de trabajo temporales sin existir

Esta misma disposición se reprodujo en leyes de presupuestos posteriores y ha venido a consolidarse en la disposición adicional 17 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, según redacción dada por la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público que establece que: «1. *Las Administraciones Públicas serán responsables del cumplimiento de las previsiones contenidas en la presente norma y, en especial, velarán por evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal y los nombramientos de personal funcionario interino.(...).* 2. *Las actuaciones irregulares en la presente materia darán lugar a la exigencia de las responsabilidades que procedan de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas. (...)*»

Ahora bien, pese a su, sin duda, loable propósito, como se puede apreciar, esta disposición tiene más un valor teórico que práctico, haciendo su ambigua y genérica redacción muy difícil su aplicación a un caso concreto. Como vemos, se remite genéricamente a la exigencia de las *responsabilidades que procedan de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones públicas*. Esto ¿qué significa? ¿Se depurarán responsabilidades disciplinarias?, ¿se exigirá al Sr. alcalde que indemnice económicamente el dinero que haya costado al erario público la contratación irregular de esta persona?, ¿o estamos hablando de responsabilidades más duras?, ¿estamos ante un delito de prevaricación? En el mejor de los casos, ¿estamos simplemente ante un supuesto de responsabilidad política del Equipo de Gobierno que se dirimirá en el resultado de las próximas elecciones? Si esto es así ¿no le interesa en el fondo al Equipo Gobierno continuar con las contrataciones irregulares, asegurándose de ese modo nuevos votantes?

En definitiva, se ha perdido una valiosa oportunidad para concretar con dureza las responsabilidades en que incurran las autoridades políticas responsables de la contratación irregular, única manera de acabar de una vez con todas con las contrataciones irregulares de personal laboral temporal.

Ante esto, quizá convendría que nuestra jurisprudencia planteara de otra manera la teórica balanza romana que se utiliza para ponderar los intereses contrapuestos que entran en juego en cualquier tipo de controversia jurídica, pues en ella deberían contraponerse no los intereses del trabajador frente a la irregularidad laboral de la que ha sido objeto sino, por un lado los intereses del trabajador irregularmente contratado y por otro, los intereses generales que la Administración está llamada a cumplir. Si se plantea de esta manera no resultaría difícil optar por la protección del interés general que se satisface indiscutiblemente si al servicio de la Administración se encuentra el personal más preparado y cualificado, lo que sólo se puede garantizar si para acceder a su puesto de trabajo ha superado un proceso en el que se hayan respetado los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

---

consignación presupuestaria para atender los pagos de los salarios, ni haberse hecho pública la modificación de la plantilla, y a pesar de la existencia de reparos puestos de manifiesto en varios informes por parte de la Intervención del Ayuntamiento sin que conste además que se hubiera utilizado ningún sistema de selección para las contrataciones de personal laboral temporal o la utilización de algún criterio objetivo para la selección. Si esto es así, sorprende comprobar el elevadísimo número de procedimientos laborales instados con el fin de obtener el reconocimiento de la condición de trabajador indefinido no fijo de una entidad pública, sin que el propio procedimiento en sí, derive en la iniciación de oficio de un proceso penal tendente a ventilar, si las hubiera, las posibles responsabilidades penales vinculadas a la citada contratación laboral irregular.

Pese a la indudable coherencia interna que sin duda tendría esta postura, se ha de reconocer que no parece que por el momento vaya a tener acogida jurisprudencial. A estos efectos, hay que recordar que, en esta línea, el Juzgado de lo Social nº 34 de Madrid ya planteó tres cuestiones de inconstitucionalidad relativas a los arts. 8.1, 15.2, 15.3 y 43.4 ET por entender que, en su aplicación a la contratación temporal y fija en el empleo público, articulada a través de la figura jurisprudencial del trabajador indefinido no fijo, infringe los arts. 14, 23.2 y 103 CE<sup>23</sup>.

Así pues, aunque la razonabilidad que sustentaba los argumentos que dieron lugar a la cuestión de inconstitucionalidad es indudable, la respuesta del Tribunal Constitucional fue la misma en los tres Autos dictados (AATC 122/2009, 124/2009 y 135/2009): inadmitir las cuestiones de inconstitucionalidad por resultar notoriamente infundadas (art. 37.1 LOTC), al entender dicho Tribunal que la figura del indefinido no fijo construida por el Tribunal Supremo constituye una interpretación del Estatuto de los Trabajadores que, en su aplicación al empleo público, respeta los principios constitucionales de acceso al mismo (igualdad, mérito y capacidad)<sup>24</sup>.

La clave de la argumentación del Tribunal Constitucional a favor de la aplicación de la figura jurisprudencial del trabajador indefinido no fijo a todos los supuestos, independientemente de cuál haya sido la causa o motivo que justificase la irregularidad en la contratación celebrada, fue que con esta figura se conseguía el principal objetivo, que es que el trabajador afectado no se consolide como fijo pues el organismo contratante está obligado a cubrir la plaza de conformidad con los procedimientos de cobertura normativamente regulados. Expresamente motiva su decisión en el siguiente razonamiento: «(...) *ya que en todo caso impide (reconociendo al trabajador indefinido no fijo el carácter indefinido del vínculo, pero negando su fijeza) que el recurso a la estabilidad en el empleo pueda ser utilizado para consolidar, en perjuicio de potenciales aspirantes legítimos, un acceso y permanencia en el empleo público al margen de las exigencias derivadas de la Constitución. (...)*».

A la vista de las últimas novedades legislativas, convendría plantearse ahora si esta argumentación hubiese sido la misma si el Tribunal Constitucional hubiera podido prever que se terminaría dando la oportunidad de estabilizar definitivamente sus puestos de trabajo a los indefinidos no fijos que alcancen una determinada antigüedad, como de hecho se ha posibilitado en la actualidad a través de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público.

Así las cosas, no se puede negar que la estabilización del empleo público temporal a la que ahora insta con urgencia nuestro legislador podría tener justificación como modo de acabar con la temporalidad para aquellos trabajadores que hayan superado completamente un proceso selectivo debidamente convocado para la entrada en el empleo público pero no hayan obtenido plaza (lo que se conoce coloquialmente como «*aprobados sin plaza*») y hayan pasado a integrar una bolsa de trabajo que les haya permitido trabajar como interinos en la

---

23 En concreto, el Juzgado entendía que tales preceptos y dicha jurisprudencia vulneran los artículos 14, 23.2 y 103 CE «*cuando el defecto sustancial en la contratación consiste en la omisión del procedimiento selectivo ordenado para el acceso al empleo público*».

24 Tratan detenidamente esta cuestión RECUERDA GIRELA, M.A. y FERNÁNDEZ DELPUECH, L. «Los contratos administrativos que encubren relaciones laborales o tienen por objeto funciones reservadas a personal funcionario», *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 23, 2013, soporte digital.

Administración pública durante un tiempo excesivo. En estos casos, sin duda, falló el cálculo de plazas necesarias a cubrir en la oferta de empleo público correspondiente pues debería haber incluido un número de plazas mayor a las efectivamente convocadas, situación que justificaría ahora la estabilización de este personal temporal. En cambio, ha de admitirse, por mucho que pese, que en todos los demás casos, tristemente, esta estabilización obligada del personal temporal de las Administraciones públicas a la que da lugar la citada Ley 20/2021, es una aberración que atenta contra los principios constitucionales de igualdad mérito y capacidad en el empleo público y que perjudica gravemente el interés general y contribuye a desprofesionalizar la Administración pública. Finalmente, hace a las Administraciones acogedoras de una serie de personal no cualificado ni formado, que cobra un sueldo público, que en el caso de la Administración Local, como Administración más cercana a los ciudadanos, convierte finalmente a los Ayuntamientos en oficina de colocación de votantes desempleados.

## V. PARTICIPACIÓN DEL SECRETARIO EN LOS EXPEDIENTES DE CONTRATACIÓN DE PERSONAL

Como hemos visto, los Secretarios municipales, ya no ostentan la jefatura del personal en una Administración local, que se ha atribuido por la misma Ley a la Alcaldía-Presidencia, en el artículo 21.1 h),

La única manera de incluir en los expedientes de contrataciones de personal un informe preceptivo del Secretario es que la Relación de Puestos de Trabajo (RPT) de cada Ayuntamiento le atribuya expresamente esta función. Se trata de una posibilidad legal pero ciertamente poco habitual en los municipios españoles

A pesar de lo expuesto, el Secretario aún conserva cierta intervención en expedientes de contrataciones de personal que vamos a analizar a continuación:

### 1. Participación en Tribunales o Comisiones de Selección

Es posible que los Secretarios municipales sigan teniendo un papel relevante en los expedientes de selección de personal, mediante su participación en los Tribunales de selección de personal en calidad de Secretario del mismo.

Recordemos que tanto para la selección de nuevo funcionario, como de nuevo personal laboral será necesario respetar los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, para ello debe tramitarse el oportuno procedimiento dentro del cual se constituirá un Tribunal de selección.

El art. 4.e) del aún vigente Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, por el que se establecen las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el Procedimiento de Selección de los Funcionarios de Administración Local, regula la composición técnica de los tribunales de selección en los términos siguientes: «*Los Tribunales, que contarán con un*

*Presidente, un Secretario y los Vocales que determine la convocatoria. Su composición será predominantemente técnica y los Vocales deberán poseer titulación o especialización iguales o superiores a las exigidas para el acceso a las plazas convocadas».*

Es decir, no hace una referencia concreta a quien debe actuar de Secretario de los mismos. Por otro lado el Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los Funcionarios de Administración Local con Habilitación de Carácter Nacional (RJFHN), tampoco atribuye expresamente a los Secretarios municipales la función de actuar como Secretario de los Tribunales de selección, limitándose a establecer con carácter general en su artículo 3.2 a) que dentro de la función de fe pública atribuida al Secretario le corresponde la de ejercer la secretaría del Pleno, la Junta de Gobierno y «cualquier otro órgano colegiado de la corporación en que se adopten acuerdos que vinculen a la misma».

Por ello, para determinar si corresponde al Secretario municipal la competencia para ejercer la función de Secretario de los Tribunales o Comisiones de selección, habrá que concretar si los acuerdos que se adopten en el seno de los Tribunales de selección vinculan o no a la Corporación. Para ello, debemos acudir de nuevo al Real Decreto 896/1991 cuyo artículo 7 establece de manera clara que «la propuesta del Tribunal tendrá carácter vinculante». Por lo que, de la interpretación conjunta de los artículos expuestos siendo los Tribunales y Comisiones de selección órganos colegiados en los que se adopten propuestas vinculantes, cabe concluir que, efectivamente, el Secretario de la Corporación debe ser el Secretario de los Tribunales de selección<sup>25</sup>.

En la práctica municipal en muchas ocasiones la asistencia del Secretario como Secretario del Tribunal a todos los procesos selectivos que se desarrollen en la Corporación Local donde presta sus funciones resulta materialmente imposible, por ello podemos plantearnos si es posible la delegación de la función de la Secretaría del Tribunal en otro funcionario. En principio sería razonable, a propuesta del funcionario delegante, delegar las funciones de la secretaría del Tribunal, para supuestos concretos, en otros funcionarios con capacidad y formación suficiente para ejercer dichas funciones<sup>26</sup>.

Pero en la práctica, en muchas ocasiones lo que ocurre es que en el Decreto dictado por la Alcaldía-Presidencia, de constitución del Tribunal de selección, se atribuye directamente la secretaría del mismo a otro funcionario municipal. ¿Qué ocurre en estos casos en los que se ha designado a otro funcionario municipal sin delegación del Secretario del Ayuntamiento? En principio, la condición de fedatario público corresponde exclusivamente a los Secretarios municipales, por ello la composición del mismo adolecería de un vicio que podría llegar incluso a determinar la nulidad del proceso selectivo convocado al vulnerarse las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados en aplicación de la causa recogida en el artículo 47.1 e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas<sup>27</sup>.

---

25 En el sentido de que esa referencia comprende a los órganos de selección en los procesos selectivos lo ha interpretado el TSJ de la Comunidad Valenciana en su Sentencia de 25 de enero de 2012 que concluye que afirmando que «el Secretario de Ayuntamiento debe intervenir obligatoriamente como tal, en cualquier órgano colegiado de la corporación que adopte acuerdos vinculantes,...»

26 AA.VV. «¿Es obligatoria la asistencia del Secretario del Ayuntamiento a las comisiones de valoración de los procesos selectivos?», *Derecholocal.es*, Lefebvre, mayo de 2023, edición digital.

27 El Tribunal Supremo ha declarado en diversas sentencias que dicha nulidad implica la producción

Por ello la correcta composición de los Tribunales y Comisiones de selección resulta una cuestión de especial trascendencia, pues la anulación de un proceso selectivo celebrado para la contratación de personal laboral lleva como consecuencia según interpretación jurisprudencial del Tribunal Supremo a este respecto, la extinción de los contratos de trabajo celebrados de conformidad con dicho proceso selectivo<sup>28</sup>.

Se trata de una extinción contractual debida a causas a las que el trabajador es completamente ajeno y que son consecuencias de un defectuoso proceder inicial de la Administración pública, en calidad de empleadora que se califica jurisprudencialmente como equiparable a la fuerza mayor, contemplada como causa de extinción de la relación contractual en el artículo 49.1 h ET<sup>29</sup>.

Por ello vemos que la consecuencia de la anulación de un proceso selectivo convocado para seleccionar personal laboral en el seno de una Administración Pública es especialmente gravosa, pues provoca la extinción de los contratos laborales celebrados conforme a él.

Sin embargo, en materia de selección de personal funcionario, las consecuencias de la anulación de un proceso selectivo son diferentes. Llama la atención que los Tribunales de lo Contencioso-administrativo, cuando estiman el recurso interpuesto por uno o varios aspirantes al proceso de concurrencia en cuestión (oposición o concurso oposición), declarando su revocación, o la de alguno de sus ejercicios, los califican de opositores de buena fe, cuya situación suele ser protegida, indicando que deben mantenerse en su plaza y, por ende, en el ejercicio de sus funciones, pues entienden que ninguna culpa es achacable a aquellos aspirantes que cumplieron de forma escrupulosa con la actuación marcada por la Administración Pública en cuestión y obtuvieron una de las plazas convocadas.

---

de una clara, manifiesta y ostensible omisión del procedimiento, con ausencia de trámites sustanciales que propicien su estimación, en particular la Sentencia del Tribunal Supremo, rec. 202/2008, de 9 de diciembre de 2011, citando otras señala que «(...) tienen el carácter de reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados (...) las que determinan la concreta composición del respectivo órgano colegiado(...)».

28 Es doctrina reiterada del TS (por todas la Sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2009 (rec. 4335/2007) en cuanto a la anulación judicial de concurso para la contratación de trabajadores en el sector público y su repercusión sobre los contratos de trabajo celebrados en virtud del citado concurso que el cese de los trabajadores afectados, a pesar de calificarse como causa de fuerza mayor asimilada, se ha de ajustar a las previsiones, en cuanto al procedimiento a seguir y la determinación de la indemnización que corresponda, de los despidos económicos (despido colectivo o despido objetivo según los casos) regulados en el artículo 52 c) ET.

29 Según explica claramente la STSJ CLM de fecha 23 de octubre de 2014 (rec. 909/2014) aunque se remita al procedimiento contenido en el artículo 52 c) ET para el despido objetivo no se trata propiamente de un despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, sino de un supuesto equiparable a la fuerza mayor cuya naturaleza nada tiene que ver con aquellas causas. Explica esta sentencia que la jurisprudencia cuando se refiere a los efectos de la anulación de convocatorias realizando una remisión alternativa a los artículos 51 o 52 c) ET según el número de trabajadores afectados, no lo hace porque quiera dar a estos supuestos la naturaleza de despidos económicos, sino porque siendo indudable que la naturaleza de la figura es la de fuerza mayor asimilada, debe mencionar necesariamente el cauce a seguir para evitar que se siga el cauce previsto en el artículo 51.7 para la fuerza mayor. ¿Por qué la jurisprudencia acude entonces al artículo 52.c)?, pues para evitar la necesidad de obtener autorización de la autoridad laboral exigida por el artículo 51.7 ET



La Jurisprudencia contencioso administrativa utiliza para motivar su decisión argumentos tales como el respeto a los principios de seguridad jurídica, buena fe, confianza legítima, conservación de actos, razones de equidad, proporcionalidad, actos propios, «*reformatio in peius*» y situación gravemente perjudicial y de difícil reparación que conllevaría entender un posicionamiento diferente al expuesto respecto a la nulidad de una contratación laboral<sup>30</sup>.

A la vista de lo anterior, podemos resumir que el orden contencioso administrativo aboga, ante distintas irregularidades del proceso selectivo, por mantener a los aprobados de buena fe, entendiendo que no tienen que sufrir las gravísimas consecuencias derivadas de las irregularidades cometidas por la Administración a las que ellos en todo caso son ajenos.

Consecuencias como vemos tremendamente dispares respecto al orden social que nos lleva a preguntarnos si sería posible en el futuro una unificación de criterios jurisprudenciales atendiendo a que cada vez son menores las diferencias legales entre el personal laboral y el personal funcionario que prestan sus servicios para la Administración pública.

## 2. Papel del Secretario en la prevención de las contrataciones administrativas de servicios que encubren relaciones laborales encubiertas

Otra de las competencias que el Secretario municipal conserva en materia de prevención de contrataciones irregulares de personal val ligada a su participación en el seno de los expedientes de contratación administrativa, en la que el Secretario debe emitir informe preceptivo, según dispone la Disposición adicional tercera de la LCSP, por ello ostenta una posición privilegiada para detectar desde su inicio aquellos contratos administrativos de servicios, en los que por la presencia de notas de ajenidad y dependencia, se pueda valorar que encubren relaciones laborales irregulares. Ante esto, el Secretario debería hacerlo constar en el informe que emita con carácter preceptivo en el expediente. Es cierto que la frontera entre la contratación administrativa de servicios y la contratación laboral en ocasiones es muy débil, y aunque en su inicio la contratación administrativa sea correcta, las irregularidades pueden surgir durante la ejecución del contrato. En estos caso el Secretario al menos debería advertir de las conductas a evitar por la Administración Local con el fin de que la contratación admi-

---

30 A modo de ejemplo podemos citar, entre otras muchas, algunas Sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo que abogan por aplicar el principio de conservación de los actos administrativos: la sentencia de la Sala de lo Contencioso de la Sección 7ª del Tribunal Supremo de fecha 29 de junio de 2015, rec. 438/2014, que para justificar su decisión argumenta que «(...)no puede desconocerse ni el tiempo transcurrido desde que se celebró el proceso selectivo ni que son del todo ajenos a la causa determinante de la estimación de este recurso» y la Sentencia de la Sala de lo Contencioso de la Sección 7ª del Tribunal Supremo de fecha 18 mayo de 2007, rec. 4793/2000, que razona su decisión en los siguientes términos: «Así lo aconseja también el principio de equidad (artículo 3.2 del Código civil), y hasta si se quiere el de justicia material del artículo 1 CE, con los que sería difícilmente compatible una solución interpretativa o de aplicación jurídica que impusiera a algunos de los participantes del proceso selectivo tener que sufrir las gravísimas consecuencias que supone la anulación total por unas irregularidades a las que son ajenos, y tener que tolerarlo a pesar de existir remedios para subsanarlas sin necesidad de llegar a esa opción extrema de total nulidad».

nistrativa origine en el futuro nuevas declaraciones de trabajadores indefinidos no fijos al servicio de la Administración<sup>31</sup>.

Por lo que a la contratación laboral hemos visto que los Secretarios de Ayuntamiento son miembros natos de los Tribunales de selección de personal tanto funcional como laboral que se convoquen en la entidad a la que representan. Ahora bien, este hecho no quiere decir en absoluto que asuman competencias directas en la gestión del personal de la entidad. Por una parte, porque como miembros de un Tribunal, aunque tengan voz y voto, y posibilidad de hacer constar en el acta de la sesión las objeciones que estimen convenientes, no recae exclusivamente sobre ellos ni la decisión de contratar ni la elección de la modalidad contractual que corresponda, que corresponde a la Alcaldía-Presidencia según la redacción actual del artículo 21 de la LBRL. Por otra, porque en la práctica, muchas contrataciones laborales irregulares se conciertan siguiendo diversos subterfugios que evitan que el Secretario del Ayuntamiento tenga la más mínima participación en el expediente. Esto ocurre unas veces porque se agiliza hasta tal punto el procedimiento de selección de personal laboral temporal que se articula un proceso sin tribunal. Otras veces, porque la falsa contratación laboral temporal se ha materializado a través de la fórmula de un contrato administrativo menor para la prestación de servicios que requiere un procedimiento especialmente sencillo<sup>32</sup> de contratación<sup>33</sup> en el que no participa el Secretario<sup>34</sup>. O incluso, porque lo que comenzó siendo un proceso correcto de selección de personal laboral temporal, mediante Decreto de Alcaldía o incluso en ocasiones, simplemente a través de instrucciones verbales, se cambian las funciones encomendadas, hasta convertirse en una prestación de servicios diferente a la originalmente concertada, de forma que, sobrevenidamente, el sujeto en cuestión estará atendiendo necesidades permanentes de la entidad, sin que la modalidad contractual que ocupaba se haya modificado en consecuencia. Siguiendo el mismo procedimiento, también

---

31 Ver en este sentido la Resolución de 27 de octubre de 2010 aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, sobre la necesidad de evitar los riesgos de que los trabajadores de las empresas de servicios contratadas por la Administración, por las condiciones en que se desarrolla la actividad contratada, se conviertan en personal laboral de la Administración en virtud de sentencias judiciales así como la Circular de la Abogacía General de Estado 2/2007 en relación con los riesgos en fase de formación del contrato de servicios y en la de ejecución, y sobre la forma de evitarlos.

32 ARADAS GARCÍA, F. «Informe de Secretaría municipal en los expedientes de contrato menor ¿obligatorio?», Jurídico administrativo, febrero de 2023, edición digital.

33 Según el art. 118.1 de la vigente Ley de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), el contrato administrativo menor es la fórmula en la que pueden contratarse obras de valor estimado inferior a 40.000 euros y contratos de suministro o servicios de valor estimado a 15.000 euros, que no tengan un plazo de ejecución superior al año (29.8 LCSP). La particularidad de estos contratos es que pueden adjudicarse directamente a cualquier empresario que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación (131 LCSP). Aunque la Instrucción 1/2019 de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación establece la necesidad de solicitar tres presupuestos (o justificar por qué no se han solicitado), se sigue tratando de un procedimiento sujeto a unas reglas de adjudicación mucho más simples que en el caso de los contratos generales.

34 Aunque la cuestión es ampliamente discutida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, cabe citar en el sentido expuesto el informe 3/2023 de la Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Galicia 3/2023 que concluye que no es obligatorio el informe de la secretaría municipal en el contrato menor.

ocurre en ocasiones que, ilícitamente, se amplía la duración de la prestación de servicios superando así los límites legalmente establecidos respecto a la contratación laboral temporal. En estos casos, el expediente de contratación se lleva a cabo no sólo sin la presencia del Secretario de Ayuntamiento, sino también, y esto es lo verdaderamente importante, sin que se le atribuyan a éste funciones de garantía de la legalidad emitiendo un informe preceptivo<sup>35</sup>.

En definitiva, se aprecia que las funciones del Secretario de Ayuntamiento en materia de contratación laboral son mucho más reducidas de lo que sería aconsejable, pues al ser eliminadas tanto la jefatura de personal como la advertencia de ilegalidad que antiguamente se atribuían a los Secretarios municipales, se han eliminado las herramientas de actuación que serían necesarias para asegurar la adecuación a derecho de la causa real que, en cada ocasión, ha inspirado la contratación laboral efectuada.

## VI. PAPEL DEL SECRETARIO EN LA PREVENCIÓN DE CONTRATACIONES IRREGULARES

Como hemos señalado, una de las funciones que le atribuye el Real Decreto 128/2018 a los Secretarios municipales es la de asistir y levantar actas de las sesiones que celebren el Pleno, la Junta de Gobierno y cualquier otro órgano colegiado de la Corporación en que se adopten acuerdos que vinculen a la misma. El ejercicio de esta función, plantea una serie de dudas, recordemos que los informes que debe emitir el Secretario con carácter preceptivo tienen una casuística tasada.

Pues, en estas sesiones a las que el Secretario municipal asiste con el fin de levantar acta, ¿puede también el Secretario emitir informes no preceptivos *motu proprio*, sin que medie requerimiento expreso de la alcaldía ni de un tercio de miembros de la Corporación?, ¿puede derivar en responsabilidad disciplinaria la emisión de informes en supuestos no preceptivos por extralimitación de sus funciones legalmente atribuidas? O por el contrario, ¿el Secretario incurriría en responsabilidad por no advertir de la ilegalidad de un asunto resuelto en la sesión de un órgano colegiado a la cual asista en su condición de fedatario público, a pesar de no tener el informe del Secretario en ese asunto carácter preceptivo?

Sobre esta cuestión, han recaído en los últimos tiempos diversas sentencias que parecen atribuirles a los Secretarios municipales la función de garantes de la legalidad de la actuación

---

35 Aunque en principio no existe ningún precepto que impida al Secretario general emitir, *motu proprio*, un informe desfavorable incluso en supuestos en los que la ley no les atribuye expresamente la posibilidad de actuación, la cuestión resulta ambigua y en todo caso no se la podría considerar una forma efectiva de controlar la legalidad de las contrataciones laborales. Y es que ante la ingente carga de trabajo que actualmente tienen muchos Ayuntamientos, al Secretario le resulta materialmente imposible informar voluntariamente todos los posibles asuntos que se tramiten en una entidad local. Otro tema diferente será determinar qué tipo de responsabilidad puede llegar a asumir un Secretario de Ayuntamiento que, pese a no tener atribuida por ley la competencia de emitir informe en determinada materia, sospeche de una ilegalidad, aspecto que, por su importancia, se analiza de forma detallada en un apartado posterior de este trabajo.

municipal, asignándoles el deber inexcusable de advertir a la Corporación de la ilegalidad de los actos de los que tenga conocimiento por razón de su cargo<sup>36</sup>, aunque esta interpretación de las funciones del Secretario no se ajusta a los términos literales de la regulación vigente, en particular del Real Decreto 128/2018 en los que las funciones del Secretario se limitan a fe pública y asesoramiento legal preceptivo, indicando expresamente este Real Decreto los supuestos tasados en los que resulta preceptivo el informe jurídico del Secretario.

Pese a todo, todo parece apuntar, por tanto, a que nuestra jurisprudencia entiende que continúa vigente de modo tácito o implícito la advertencia de ilegalidad que otrora atribuía la ley expresamente a los Secretarios municipales, sin tener en cuenta que, habida cuenta del volumen actual que asuntos que cada día se ventilan en el seno de una entidad local, resulta, material y físicamente imposible, que el Secretario controle la legalidad de todos los expedientes que se aprueban en los órganos colegiados en los que actúa de Secretario o que se aprueben por Resolución de Alcaldía de los que tenga conocimiento por su labor de fedatario público firmando el arcaico «ante mí» o bien trascribiendo dichas resoluciones al correspondiente libro oficial.

---

36 Aunque por el momento estas sentencias no versan sobre contratación laboral irregular, sino sobre irregularidades en otros procesos de contratación de diferente naturaleza. A este respecto conviene hacer mención a la reciente Sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Murcia nº 77/2023 de fecha 6 de marzo de 2023 en el conocido mediáticamente como «Caso Auditorio», donde la actuación municipal enjuiciada consiste, entre otras actuaciones, en un encargo verbal realizado por el Sr. alcalde a un arquitecto para la redacción en un primer momento de un Anteproyecto de Teatro-Auditorio y posteriormente de un Proyecto básico para el mismo fin, sin seguir el procedimiento legalmente establecido para ello. Proyecto que por otro lado padecía relevantes deficiencias, entre otras ubicaba el Teatro-Auditorio a construir sobre una parcela sobre la que el Ayuntamiento carecía de disponibilidad.

En el relato de los hechos probados señala la sentencia que la Junta estuvo asistida por la secretaria municipal accidental funcionaria de carrera, quien *«incumplió gravemente sus obligaciones legales»*. Incumplimientos que consistieron en: *«no advertir de la inexistencia de expediente de contratación alguna del arquitecto; no advertir de la falta de expediente administrativo para la aprobación del proyecto; no advertir de la inexistencia de informe jurídico y técnico sobre dicho proyecto básico antes de su aprobación (que hubiera determinado la falta de disponibilidad de la parcela); no constatar que la propuesta efectuada por el concejal de Educación (...) se refería a un simple documento que ni siquiera iba firmado»*, y también, no (...) *retirar el asunto sobre la aprobación del proyecto básico de 2006 si, verdaderamente, tuvo entrada de forma oral por la propuesta del concejal de Educación. (...)»*.

Y, a pesar de rechazar la general aceptación de que el Secretario es el último garante y único de la regularidad jurídica de los actos de la Corporación, entendiendo que no le corresponde la titularidad del control de la legalidad de las actuaciones municipales, conforme al actual marco legal, tipifica la actuación de la secretaria municipal como prevaricación por omisión remitiéndose a la decisión del pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de que el delito de prevaricación del artículo 404 del Código Penal puede ser cometido en la modalidad omisiva recogida en el artículo 11 del mismo texto legal. Y a la STS de 24 de mayo de 2017 que estableció que es admisible la comisión por omisión en el delito de prevaricación cuando es imperativo realizar una determinada actuación administrativa y no se hace, pues, *«como delito de infracción de un deber, queda consumado en la doble modalidad de acción o comisión por omisión con el claro apartamiento de la actuación de la autoridad del parámetro de la legalidad, convirtiendo su actuación en expresión de su libre voluntad»*.

Lo que sí se ha de admitir es que Secretario municipal por la labor que tiene encomendada de fe pública y asesoramiento legal preceptivo se encuentra en una posición privilegiada para detectar actuaciones contrarias a la legalidad, en materia de contrataciones laborales irregulares, el tema resulta particularmente relevante, pues como hemos advertido, ya se empiezan a encontrar sentencias condenatorias por vía penal a alcaldes por contrataciones laborales irregulares.

Ante estas circunstancias, el Secretario puede desempeñar un papel fundamental en la tarea de prevenir la comisión de delitos por el alcalde o concejales que son los que toman las decisiones y dictan actos administrativos en el ámbito municipal.

Esto nos plantea la cuestión de cómo debe actuar el Secretario si tiene conocimiento de una contratación irregular, como puede ser de un expediente de contratación laboral temporal que encubre una necesidad permanente o en el que no se hayan respetado los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

Recordemos que el informe del Secretario no es preceptivo en estos casos ni el Secretario mantiene actualmente la denominada advertencia de ilegalidad. Si el Secretario puede emitir informe directamente en un expediente sin exigencia legal ni requerimiento de alcaldía ni de un tercio de los concejales es una cuestión no aclarada en la legislación vigente y para resolverla deberíamos acudir las reglas propias de la buena convivencia entre alcalde y Secretario entre los que debe existir una coordinación y un respeto mínimo que les permita resolver este tipo de situaciones.

Sin embargo, si la actuación del Secretario no consigue frenar la contratación laboral irregular, o bien tiene conocimiento de la misma una vez que se ha producido, ¿cuál debe ser su actuación? Como hemos indicado se empieza a reconocer en vía judicial la responsabilidad penal de los alcaldes que llevan a cabo estas contrataciones irregulares. ¿Qué debe hacer el Secretario ante una situación de este tipo?

El Real Decreto 128/2018 no identifica mecanismos específicos que pueda utilizar el Secretario, por lo que tendrá que acudir a lo dispuesto con carácter general en el primer párrafo del artículo 262 de la Ley de Enjuiciamiento criminal: «Los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público, estarán obligados a denunciarlo inmediatamente al Ministerio Fiscal, al Tribunal competente, al Juez de instrucción y, en su defecto, al municipal o al funcionario de policía más próximo al sitio, si se tratare de un delito flagrante»<sup>37</sup>.

Esto plantea al Secretario una serie de cuestiones: ¿cómo actuar ante una conducta sospechosa de ser delictiva?, ¿debe advertir previamente al alcalde?, ¿cómo hacerlo para que quede constancia? Pero no solo eso: de ser archivada esta denuncia ante el Ministerio Fiscal ¿puede dar lugar a represalias dentro de la Corporación Local en la que desempeña sus funciones?

Se encontraría sin duda el Secretario en una difícil posición. Quizá a estos efectos pueda servir de ayuda la reciente Ley 2/2023 reguladora de la Protección de las Personas que Informen sobre Infracciones Normativas y de Lucha contra la Corrupción, que tiene la finalidad

---

37 Aspecto de trascendental importancia práctica que aborda MUÑOZ CUESTA, J., «El Secretario de Ayuntamiento. Garantía en la prevención de ilícitos penales», *Revista de estudios locales. Cunal*, nº. 251, 2022, págs. 16-27.

de otorgar una protección adecuada frente a las represalias que puedan sufrir las personas físicas que informen sobre la comisión de delitos o infracciones administrativas graves o muy graves, así como fortalecer la cultura de la información como mecanismo para prevenir y detectar amenazas al interés público, haciendo especial hincapié sobre las infracciones penales o administrativas graves o muy graves que impliquen quebranto económico para la Hacienda Pública y para la Seguridad Social (arts. 1 y 2 Ley 2/2023).

Así pues, tener un sistema interno de información y con él, un canal interno de denuncias, resulta obligatorio para todas las entidades públicas y para las entidades privadas que tengan más de 50 empleados (art.13 Ley 2/2023) o, independientemente de las dimensiones de su plantilla, para toda entidad que preste servicio en el ámbito de los mercados financieros o que reciba o gestione fondos públicos (art.10 Ley 2/2023), ayudando con ello, quizá, a reforzar la labor de control que desempeña el Secretario general de las corporaciones locales.

No se puede olvidar que, la contratación laboral irregular puede dar lugar a importantísimas consecuencias jurídicas, que van mucho más allá del reconocimiento de la condición de trabajador indefinido no fijo a la persona afectada: no sólo sería constitutiva de una infracción grave en materia de relaciones laborales según lo dispuesto en el art. 7.2 del Real Decreto Legislativo 5/2000, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS)<sup>38</sup>; sino que incluso, si tales irregularidades en la contratación laboral generan especiales condiciones de abuso, inseguridad o discriminación frente a la persona trabajadora, no existirá impedimento para que una persona jurídica, pública o privada, sea considerada responsable no ya de una infracción administrativa, sino de un delito contra los derechos de los trabajadores (art. 311 del Código Penal).

## VII. CONCLUSIÓN

La Recomendación 336 (2013) sobre «Democracia local y regional en España» del Congreso de Poderes Locales y Regionales del Consejo de Europa señaló dos temas que ocupan a la opinión pública española: el aumento de casos de corrupción política y la gestión de algunas regiones y gobiernos locales en relación con prácticas irracionales de gasto. Para luchar contra estas cuestiones problemáticas resulta clave la labor que desempeñan los Funcionarios con Habilitación de carácter Estatal en cada Ayuntamiento. Debiendo apostar las reformas legislativas por reforzar las herramientas de las que disponen estos funcionarios.

El Secretario General, es un funcionario bien preparado y puede desempeñar una colaboración activa en la labor de prevención de delitos, sin embargo no está dotado de instrumentos legales para hacerlo con plenitud, principalmente en supuestos en los que existe oposición por parte del Equipo de Gobierno.

---

38 El nuevo art. 40.1.c bis que el RD-Ley 32/2021 introduce en la LISOS, contempla una sanción reforzada para ciertas infracciones graves, entre ellas, «la transgresión de la normativa sobre modalidades contractuales, contratos de duración determinada y temporales, mediante su utilización en fraude de ley o respecto a personas, finalidades, supuestos y límites temporales distintos de los previstos legal, reglamentariamente, o mediante convenio colectivo cuando dichos extremos puedan ser determinados por la negociación colectiva. A estos efectos se considerará una infracción por cada una de las personas trabajadoras afectadas».

Por ello resultaría necesario poner en marcha un conjunto articulado de medidas que permitan reforzar el papel del Secretario de Ayuntamiento como garante de la legalidad de la actuación de las entidades locales. Entre otras propuestas, pueden formularse las siguientes:

1. Abrir una vía directa de colaboración, ayuda, comunicación y apoyo con jueces y fiscales, con el fin de actuar de la manera más correcta posible y con la mayor agilidad.
2. Refuerzo de las medidas y mecanismos atribuidos por la ley para hacerlo un verdadero garante de la legalidad, y para ello, es imprescindible la recuperación de la advertencia de ilegalidad, en la tramitación de los expedientes municipales de los que tenga conocimiento por razón de su cargo. A la que se debería añadir la prohibición legal de incluir un asunto en el orden del día de un órgano colegiado si en el expediente tramitado para ello consta el informe desfavorable del Secretario, o incluso que se atribuya al Secretario la posibilidad de retirar directamente y por propia iniciativa, un expediente del orden del día de un órgano colegiado en el que actúa de fedatario público si tiene alguna duda sobre la legalidad del acuerdo.

En este caso se debería devolver el expediente al departamento municipal que lo tramitó para que lo subsanen o complementen. Se trata de medidas que, no se puede negar, son lógicas y proporcionales con el fin perseguido, que es la defensa de la legalidad en la actuación municipal.

3. Para el desarrollo de estas funciones a los Secretarios se les debería dotar del personal que fuera necesario para garantizar su correcto desempeño, personal suficientemente cualificado que colaborara con el Secretario en esta labor de control de la legalidad, pues de otra manera sería materialmente imposible su ejercicio.
4. Además al Secretario, y también a los Interventores municipales, se les debería dotar de carácter de autoridad pública con la competencia de denunciar irregularidades cometidas por la Corporación local, ante un órgano superior, en este caso el Ministerio.
5. Y por último, los Secretarios deberían recuperar la jefatura superior de todo el personal como garantía en la lucha contra las contrataciones laborales irregulares.

Ahora bien, en esta lucha contra las contrataciones laborales irregulares también resulta imprescindible que, al mismo tiempo que se refuerzan las competencias del Secretario de Ayuntamiento, se dicte legislación expresa donde se profundice de forma clara y contundente en la exigencia de responsabilidad a las personas que hayan dado lugar a estas contrataciones irregulares, pues sin ello es prácticamente imposible ponerles freno. Mientras esto no ocurra, no se conseguirá combatir el fraude en la contratación laboral concertada en el seno de una entidad pública, pues siempre se encontrarán nuevas vías de actuación que permitan frustrar los esfuerzos del legislador y los desvelos del Secretario de Ayuntamiento por poner orden en el modelo.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. «¿Es obligatoria la asistencia del Secretario del Ayuntamiento a las comisiones de valoración de los procesos selectivos?», *DerechoLocal.es*, Lefebvre, mayo de 2023, edición digital.
- ARADAS GARCÍA, F. «Informe de Secretaría municipal en los expedientes de contrato menor ¿obligatorio?», *Jurídico administrativo*, febrero de 2023, edición digital.

- CANALES ALIENDE, J.M., «El papel de los Secretarios de Ayuntamiento como coadyuvantes de la Administración Electoral», *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, nº.24, 2010, págs. 27-41.
- CANDELA TALAVERO, J.E., «El personal indefinido no fijo en las entidades locales», *La administración práctica: enciclopedia de administración municipal*, nº. 6, 2021, págs. 53-67.
- CAVAS MARTÍNEZ, F., *Régimen jurídico del trabajador indefinido no fijo en el sector público*, Laborum, Murcia, 2018.
- DELGADO-IRIBARREN GARCÍA-CAMPERO, M., «Las juntas electorales competentes. El Secretario de Ayuntamiento como delegado de la junta electoral de zona», *Consultor de los Ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, nº. 8, 2015 (Ejemplar dedicado a: Elecciones locales 2015), págs. 904-907.
- DIAZ SANTÍN, N., «La soledad del Secretario de Ayuntamiento ante las cuestiones no certificables», *Consultor de los Ayuntamientos y de los juzgados. Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, nº. 13, 2011, págs. 1666-1676.
- FERNÁNDEZ CORREDOR SÁNCHEZ-DIEZMA, J., «Distintas actuaciones en una Corporación local», *CEFLegal. Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, nº. 52, 2005, págs. 113-122.
- GALÁN CÁCERES, J., «Administración local. Ajuste a derecho de acuerdos adoptados por el pleno de un Ayuntamiento», *CEFLegal: Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, nº. 202, 2017.
- GOERLICH PESET, J.M., y VEGA LÓPEZ, J.J., ¿Una nueva categoría de personal laboral al servicio de la Administración pública?: los «trabajadores indefinidos, no fijos de plantilla», *Relaciones laborales. Revista crítica de teoría y práctica*, nº. 1, 1998, págs. 569-587.
- LAHERA FORTEZA, J., «La necesaria revisión de la jurisprudencia del indefinido no fijo en el sector público a la luz de la jurisprudencia comunitaria (SSTJCE 7 septiembre de 2006, Asunto C-53/04 y Asunto C-180/04)», *Relaciones laborales. Revista crítica de teoría y práctica*, nº 1, 2007, págs. 587-593.
- LAÍN CORONA, I., «El personal fijo discontinuo y el personal indefinido no fijo en los procesos de estabilización de plazas con motivo de su comienzo», *Actualidad administrativa*, nº 7-8, 2022.
- MONTESERIN HEREDIA, S., «El secretario municipal accidental (1)», *Consultor de los Ayuntamientos y de los juzgados. Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, nº. 8, 2022, soporte informático.
- MUÑOZ CUESTA, J., «El Secretario de Ayuntamiento. Garantía en la prevención de ilícitos penales», *Revista de estudios locales. Cunal*, nº. 251, 2022, págs. 16-27.



- ORTIZ BLASCO, J.J., «Régimen jurídico de las entidades locales», *Cuadernos de derecho local*, n.º. 6, 2004, págs. 81-105.
- PEÑA MOLINA, M., «Del indefinido no fijo al laboral fijo de plantilla. Nuevos aires para nuevos tiempos», *Cuadernos de derecho local*, n.º. 52, 2020, págs. 189-197. «La funcionalización de laborales indefinidos no fijos de plantilla», *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º. 40, 2015, soporte informático.
- PÉREZ LUQUE, A., «A raíz de una consulta: el secretario-interventor del Ayuntamiento sólo puede hacer lo que le indica el ordenamiento jurídico», *Consultor de los Ayuntamientos y de los juzgados. Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, n.º. 13, 2001, págs. 2175-2186.
- RECUERDA GIRELA, M.A. y FERNÁNDEZ DELPUECH, L., «Los contratos administrativos que encubren relaciones laborales o tienen por objeto funciones reservadas a personal funcionario», *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 23, 2013, soporte informático.
- RODRIGO SAINZ, C., «Indefinido fijo en la Administración Pública», *Diario La Ley*, n.º 9821, 2021.
- ROQUETA BUJ, R., *La reforma de la contratación temporal en las administraciones públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- RUANO VILA, J.V., «El papel del Secretario del Ayuntamiento en materia de prevención de riesgos laborales», *Consultor de los Ayuntamientos y de los juzgados. Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, n.º. 1, 2014, págs. 53-60.
- «El Secretario del Ayuntamiento como secretario nato de los tribunales de selección de personal. Comentario a la Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 25 de enero de 2012». *Consultor de los Ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, n.º. 10, 2012, págs. 1253-1260.
- SANCHEZ CASTILLO, M. y CARMONA PAREDES, R., «Construcción jurisprudencial del contrato indefinido no fijo», en AA.VV., *El Estatuto profesional del personal investigador contratado en régimen laboral* (coord. por Fernando Ballester Laguna), INAP Investiga, Madrid, 2016, págs. 265-282.
- VERA TORRECILLAS, R.J., *Del escribano al secretario municipal: antecedentes, origen y evolución de los cuerpos nacionales hasta la Ley de bases del régimen local*, Dykinson, Madrid, 2021.



# LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL: COMENTARIO DE LA SENTENCIA DE 19 DE DICIEMBRE DE 2022 DEL TSJ DE MADRID

**Araceli Martínez García Donas**

Doctora en Derecho

Abogada

aracelidonas@gmail.com

**Palabras clave:** conciliación de vida personal y familiar, laboral, extraescolares, art. 34.8 ET

**Keywords:** reconciliation of personal and family life, work, extracurricular, art. 34.8 ET

**Resumen:** La sentencia de la Sala de lo Social del TSJ Madrid (sección 5ª) núm. 731/2022, de 19 de diciembre, resuelve el recurso de suplicación número 385/2022, interpuesto por la trabajadora contra la sentencia del Juzgado de lo Social del mismo asunto que desestimaba su petición de adaptación laboral para poder atender al mayor de sus dos hijos, ambos menores de edad, en lo que respecta a la actividad extraescolar de fútbol. El TSJ de Madrid pondera los intereses de ambas partes y concluye que no procede acceder a lo solicitado por la trabajadora al concebir el tribunal la actividad extraescolar como facultativa. También es objeto de análisis en este comentario el deber de corresponsabilidad parental, la conciliación de la vida familiar y laboral del artículo 34.8 ET y la igualdad laboral entre trabajadores y trabajadoras.

**Abstract:** The judgment of the Labour Room of TSJ Madrid (section 5) no. 731/2022, of December 19, resolves the appeal number 385/2022, filed by the worker against the Labour Court of the same matter that dismissed her request for work adaptation to be able to care for the eldest of her two children, both minors, with regard to extracurricular football activity. The TSJ of Madrid weighs the interests of both parties and concludes that it is not appropriate to accede to what was requested by the worker when the court conceives the extracurricular activity as optional. Also analyzed in this commentary is the duty of parental co-responsibility, the reconciliation of family and work life in article 34.8 ET and labor equality between male and female workers.

**Sumario:** I. HECHOS OBJETO DEL PLEITO. II. BASE JURÍDICA Y ARGUMENTOS LEGALES. III. DECISIÓN DEL JUZGADO DE LO SOCIAL Y DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. IV. COMENTARIO. BIBLIOGRAFÍA.

## I. HECHOS OBJETO DEL PLEITO

La sentencia comentada viene a resolver el recurso de suplicación número 385/2022, interpuesto por la trabajadora contra la sentencia de fecha 22 de diciembre de 2021 dictada por el Juzgado de lo Social núm. 29 de Madrid, en sus autos número 1252/2021, seguidos por la misma frente a la empresa, en reclamación de adaptación de jornada.

Así, los hechos que sustentan la demanda interpuesta ante los juzgados de lo social, y que igualmente sustentan el posterior recurso, indican que la trabajadora prestó servicios para una mercantil, como cajera en hipermercado de grandes superficies. La recurrente presta sus servicios en turnos rotativos desde el día 1 de mayo de 2019, tras la reducción de jornada por guarda legal.

En fecha de 11 de octubre de 2021, la trabajadora remitió una comunicación a la empresa por la que solicitaba la adaptación de su jornada, respaldando su petición en el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores, en adelante ET, e interesando que su jornada laboral fuera en horario de mañana, de 11.00 a 15.00 horas, de lunes a viernes, para poder atender los entrenamientos y partidos de fútbol del mayor de sus dos hijos, ambos menores de edad. El hijo aludido participa en la actividad extraescolar de fútbol en la escuela de fútbol, entrenando los lunes y los jueves desde las 18.00 hasta las 19.00 horas y los martes en entrenamiento específico de porteros desde las 19.00 hasta las 20.00 horas. Los enfrentamientos entre los equipos suelen celebrarse en horario de mañana los sábados, conforme disponga la Federación de Fútbol de Madrid. Como dato adicional a tener en cuenta, relata la sentencia que la pareja de la actora trabaja en horario nocturno por lo que, según manifiesta la demandante, necesita su pareja el día para descansar.

Ante la petición de la empleada, la mercantil le envió su contestación el 10 de noviembre de 2021 en la que, por un lado, la empresa aceptaba la continuación de la reducción de la jornada laboral de la actora por motivos de guarda legal, pero, por otro lado, negaba la posibilidad de adaptación de la jornada al turno de mañana, ya que el periodo de mayor afluencia de público al centro de trabajo de la actora se produce en turno de tarde y durante los fines de semana. El hipermercado cuenta con un plan de igualdad<sup>1</sup>.

La demanda fue desestimada por el Juzgado de lo Social, interponiendo la trabajadora recurso de suplicación contra la misma, en el que solicitaba que se declarase su derecho a la adaptación de solicitada en los términos planteados a la empresa, así como el abono de la indemnización por daños y perjuicios, todo ello sobre la base de dos motivos de recurso, al amparo de la letra c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en adelante LRJS.

---

1 Resolución de 8 de enero de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Plan de igualdad [...]. Publicado en el BOE de 26 de enero de 2019.

## II. BASE JURÍDICA Y ARGUMENTOS LEGALES

Argumenta la parte recurrida que, aparte de posible inadmisibilidad del art. 139 y ss. LRJS, el derecho de adaptación establecido en el art. 34.8 del ET queda sujeto —en caso de no existir acuerdo colectivo o individual— a su exigencia en sede judicial, que deberá ponderar los bienes e intereses confrontados, los de la persona trabajadora y los de la empresa, bajo un criterio de «razonabilidad y proporcionalidad», siendo en consecuencia un derecho «condicionado»; por tanto, no se reconoce un «derecho a adaptar» sino que se reconoce una expectativa de derecho, de tal forma que, ante ausencia de negociación colectiva que recoja los términos del ejercicio de este «derecho a solicitar» la adaptación de la jornada, se podrá solicitar a la empresa siempre que sea razonable y proporcional.

Cabe destacar la importancia de la razonabilidad en la interpretación de los derechos fundamentales y cómo la argumentación racional es necesaria para evitar una interpretación que vulnere la Constitución y para lograr una solución constitucionalmente correcta. Además, junto con la proporcionalidad, la interpretación juega un papel crucial en la toma de decisiones del juez y su labor permite hacer efectiva la norma constitucional<sup>2</sup>.

Para poder ponderar adecuadamente los principios de razonabilidad y proporcionalidad, primero debemos echar un vistazo a la materia de derechos fundamentales y discriminación, concretamente sobre actos discriminatorios por razón de sexo. La aplicación del citado artículo 34.8 ET, debe tener en cuenta la doctrina del Tribunal Constitucional, entre la que encontramos la STC 3/2007 o la STC 119/2021, de 31 de mayo, sentencia esta última que declaraba que «[...] la prohibición constitucional específica de los actos discriminatorios por razón de sexo determina que se habrá producido la lesión directa del art. 14 CE cuando se acredite que el factor prohibido representó el fundamento de una minusvaloración o de un perjuicio laboral».

En relación con la relevancia de la voluntad de discriminar, hay que tener en cuenta que es doctrina reiterada y constante que la vulneración de los derechos fundamentales puede darse, aun cuando no exista intención lesiva. En palabras de la STC 108/2019, de 30 de septiembre:

«Lo único relevante es que el contenido esencial, [...], haya resultado o no menoscabado. Lo cual, traducido al ámbito que nos ocupa de la prohibición de discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), supone que bastará con que quede probado que el factor protegido estuvo en la base del perjuicio o minusvaloración laboral sufrido por la mujer trabajadora».

Por lo que concierne al supuesto de hecho, la trabajadora ya tiene reducida su jornada por guarda legal, razón de ser de sus actuales turnos de trabajo.

Veremos a continuación cuál es la conclusión de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sección 5ª, para este supuesto específico sobre reducción de jornada para atender actividades extraescolares de hijo menor de edad.

---

2 GALÁN JUÁREZ, M., «La interpretación de los derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional: una argumentación en términos de razonabilidad», en *Isegoría: Revista de filosofía moral y política*, núm. 35, 2006, págs. 33-55.

### III. DECISIÓN DEL JUZGADO DE LO SOCIAL Y DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

Nos remontaremos primero al fallo del Juzgado de lo Social antes de desvelar cuál es el del Tribunal Superior de Justicia. El primero de ellos infiere que, en el turno de mañana, en la sección de caja, están destinados 14 empleados, que en el turno fijo de tarde se destinan 11 trabajadores, que en los turnos rotativos hay 70 trabajadores, que durante el año 2021 el mayor volumen de ventas y asistencia de clientela tiene lugar por la tarde, y que en sábados y domingos la afluencia de público y ventas es superior por la mañana. Los juzgadores del Tribunal Superior de Justicia son conscientes de la finalidad de perseguida por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación y exponen las razones por las que entienden que la petición de la actora no puede prosperar.

Y ¿cuál es el fallo de los juzgadores del Tribunal Superior de Justicia? Su decisión es la de desestimar el recurso planteado por la recurrente, quien fuera demandante ante el Juzgado de lo Social, es decir, no aprecian que se deba acceder a la solicitud de reducción de jornada para atender actividades extraescolares del mayor de los dos hijos, ambos menores edad. Las razones en las que se basa la sentencia recurrida son: que, al no haberse aportado datos respecto del padre de los menores, se supone que el turno que indica no resulta incompatible con la atención y cuidado de dichos menores; que las actividades extraescolares son facultativas y no preceptivas, debiendo adaptarse a las circunstancias familiares y profesionales, y no pretender, una vez seleccionadas, adaptar a estas la jornada laboral del progenitor trabajador a costa de la imposición al empresario de una modificación en su propia organización empresarial y que la medida solicitada no se considera razonable ni proporcionada, entre otros argumentos. Estas razones son compartidas por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, sección 5ª, órgano que tampoco aprecia que proceda estimar el recurso planteado.

### IV. COMENTARIO

La conciliación de la vida familiar y laboral se ha convertido en los últimos años en un importante campo de batalla para la legislación europea, que, de un lado, pretende instituir garantías para asegurar el disfrute efectivo del derecho de los y las trabajadoras a la conciliación en términos de igualdad de género y, de otro lado, evitar que se produzcan situaciones que perjudiquen la productividad de las empresas y espacios laborales generadores de riqueza. A nivel interno, nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia núm. 38/81 estableció que la igualdad es un derecho directamente aplicable por los tribunales de justicia en cumplimiento de los artículos 14, 9.2 y 1.1 CE<sup>3</sup>.

Tradicionalmente, los permisos parentales se limitaban a otorgar a la madre tiempo para el cuidado de los hijos. No obstante, la lucha por la mejora de los derechos laborales de la

---

3 LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, M., «Aproximación al estudio del Derecho a la Igualdad y Principio de la no discriminación por razón de sexo en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español», en *Iuridica*, núm. 4, 2006, págs. 41-52.

mujer y la consecución de la igualdad de trato entre mujeres y hombres puso de manifiesto que, el hecho de no otorgar permisos parentales a ambos progenitores redundaba en una mayor carga familiar para la mujer, así como en un alejamiento del mundo laboral y el crecimiento de la brecha salarial. En este sentido, la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES se centra en establecer la obligatoriedad de un permiso parental para ambos progenitores, de modo que se repartan las cargas familiares<sup>4</sup>.

En lo que atañe a la legislación española, esta prevé multitud de medidas para la conciliación de la vida familiar y laboral tanto para trabajadoras como para trabajadores en aplicación del principio de igualdad de trato, y con un doble objetivo: evitar que las cargas familiares recaigan en mayor proporción en la mujer y propiciar que el hombre también pueda disfrutar de su vida familiar. No obstante, la mayoría de estas medidas son de voluntaria solicitud, de forma que en la realidad práctica encontramos que, en las parejas de distinto sexo de nuestra sociedad, sigue siendo más frecuente que sea la mujer quien solicite una reducción de jornada para ocuparse de las cargas familiares mientras que el hombre continuaría trabajando. Ello propicia que la mujer pueda terminar por tener salarios más bajos y menores oportunidades de progresar laboralmente, lo cual se podría traducir en una conciliación de la vida familiar y laboral ficticia. Habría de ponderarse caso por caso los intereses tanto de la trabajadora como de la propia empresa, observar si se ha cumplido con la corresponsabilidad parental y determinar si el evento vital de los hijos al que se pretende asistir es facultativo o indispensable. Algunos autores<sup>5</sup> analizan el artículo 34.8 ET y afirman que es un mecanismo totalmente distinto del previsto en el art. 37 ET para guarda legal. El primero de los artículos regula el derecho de adaptación de la jornada y es un derecho que el trabajador o trabajadora afectada podrá solicitar, con independencia de que lo pueda o no obtener, es decir, no es un derecho imperativo, sino sujeto a examen y ponderación de intereses, tanto del trabajador o trabajadora como de la empresa. Precisamente, la sentencia comentada viene a realizar esta tarea de ponderación de los intereses de ambas partes en relación con el artículo 34.8 ET, y aprecia que no procede conceder la adaptación de jornada solicitada por la trabajadora por considerar que las actividades extraescolares son facultativas y que no resultaría proporcionado obligar al empresario a modificar su organización empresarial.

En relación con las medidas para la conciliación de la vida familiar y laboral, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, tuvo por objeto hacer efectivo el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la eliminación de toda discriminación, directa e indirecta, de las mujeres. Se trató de una ley pionera en el desarrollo legislativo de los derechos de igualdad de género en España. En 2019, el legislador vio necesario la promulgación de una nueva ley en tal sentido, dando lugar al Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, que indica en su exposición de motivos que «esta situación de desigualdad [...] exige una actuación urgente y necesaria por parte del Estado

---

4 CRISTÓBAL RONCERO, R., «La conciliación de la vida laboral y familiar en la Unión Europea: especial referencia a la propuesta de directiva sobre igualdad retributiva», en *Revista Derecho social y empresa*, núm. 16, 2022. págs. 3-10.

5 ROMERO, R., «Conciliación: trabajo a distancia y derecho de la adaptación de jornada», en *Lefebvre*, diciembre, 2021.

[...]Un mayor retraso [...] conllevaría un daño de difícil reparación que no puede ser asumido por una sociedad moderna como la española» y añade que «las mujeres se enfrentan al reto de la Revolución Industrial 4.0, en la que las brechas de género se manifiestan en la infrarrepresentación de las mujeres en las disciplinas de ciencia, tecnología, ingeniería y matemáticas».

Volviendo a la aplicación del art. 34.8 ET, hallamos supuestos de hecho, como el analizado por ROJO TORRECILLA<sup>6</sup>, quien nos aporta datos relevantes sobre la existencia de jurisprudencia que concede la adaptación en su vertiente de movilidad geográfica. Desde el punto de vista del teletrabajo concebido como medida de conciliación, FERNÁNDEZ COLLADOS<sup>7</sup> reflexiona sobre la posibilidad de que, incluso en la modalidad de teletrabajo, pueda haber una brecha de género y sobre la necesidad de analizar si, para el caso en que sean las mujeres las que trabajan desde casa y los hombres los que van al centro de trabajo, pudiere suponer una discriminación indirecta.

Por otro lado, la sentencia del TSJ de Castilla y León, Sala de lo Social, núm. 53/2023, de 26 de enero, sobre reducción de jornada para cuidado de hijos, estima el recurso interpuesto por la empresa contra la sentencia del Juzgado de lo Social, y confirma la decisión del dicho Juzgado de acceder a la petición del trabajador y condenar a la empresa al abono de tres mil quinientos euros en concepto de indemnización. Si bien no trata sobre actividades extraescolares, pues no hemos encontrado más sentencias de jurisprudencia mayor al respecto, sí trata sobre la conciliación de la vida personal y familiar y refiere que «el derecho de conciliación de la vida personal, laboral y familiar entronca directamente con el principio de igualdad y, por tanto, no podemos aceptar la premisa de la que parte el recurso»

Siguiendo el hilo anterior, la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, contempla en su disposición adicional 11<sup>a</sup> los mecanismos de adaptación y distribución de la jornada de trabajo del art. 34 ET. Además, en la exposición de motivos de dicha norma la razón de ser de tales mecanismos radica en «la corrección de la desigualdad en el ámbito específico de las relaciones laborales [...], se reconoce el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y se fomenta una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de obligaciones familiares». Por su parte, la exposición de motivos de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, norma anterior a la LO 3/2007, afirmaba que

«La Ley introduce cambios legislativos en el ámbito laboral para que los trabajadores puedan participar de la vida familiar, dando un nuevo paso en el camino de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Trata además de guardar un equilibrio para favorecer los permisos por maternidad y paternidad sin que ello afecte negativamente a las posibilidades de acceso al empleo, a las condiciones del trabajo y al acceso a puestos de especial responsabilidad de las mujeres».

---

6 ROJO TORRECILLA, E., «Interpretación integradora del art. 34.8 LET: adaptación de la jornada de trabajo a la conciliación de la vida laboral y familiar», en *Revista de jurisprudencia laboral*, núm. 6, 2021.

7 FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B., «¿Es el teletrabajo una fórmula de conciliación de la vida personal, familiar y laboral?», en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 10, núm. 1, 2022, págs. 193.



Con respecto a la Constitución, su art. 44.1 CE establece que «los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio». También debemos tener presente los compromisos internacionales asumidos por España, como el art. 4 del Convenio núm. 156 de la OIT, que dispone que «con miras a crear la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, deberán adoptarse todas las medidas compatibles con las condiciones y posibilidades nacionales [...] en lo que concierne a las condiciones de empleo». Sobre ello, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre la prevalencia de

«La dimensión constitucional de todas aquellas medidas normativas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo o por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE) como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE)» (entre otras, sentencia 119/2021, de 31 de mayo)<sup>8</sup>.

Visto todo lo anterior, queda patente la compleja regulación y la necesidad de ponderar diferentes principios y derechos caso por caso, no habiendo una respuesta o solución única, dejando abierta la puerta a la más pura reflexión y debate jurídico.

## BIBLIOGRAFÍA

CRISTÓBAL RONCERO, R., «La conciliación de la vida laboral y familiar en la Unión Europea: especial referencia a la propuesta de directiva sobre igualdad retributiva», en *Revista Derecho social y empresa*, núm. 16, 2022.

FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B., «¿Es el teletrabajo una fórmula de conciliación de la vida personal, familiar y laboral?», en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 10, núm. 1, 2022.

GALÁN JUÁREZ, M., «La interpretación de los derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional: una argumentación en términos de razonabilidad», en *Isegoría: Revista de filosofía moral y política*, núm. 35, 2006, págs. 33-55.

LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, M., «Aproximación al estudio del Derecho a la Igualdad y Principio de la no discriminación por razón de sexo en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español», en *Iuridica*, núm. 4, 2006, págs. 41-52.

ROJO TORRECILLA, E., «Interpretación integradora del art. 34.8 LET: adaptación de la jornada de trabajo a la conciliación de la vida laboral y familiar», en *Revista de jurisprudencia laboral*, núm. 6, 2021.

ROMERO, R., «Conciliación: trabajo a distancia y derecho de la adaptación de jornada», en *Lefebvre*, diciembre, 2021, disponible en <https://elderecho.com/conciliacion-trabajo-a-distancia-y-derecho-de-la-adaptacion-de-jornada>

---

8 TSJ Castilla y León (Sala social) núm. 53/2023, de 26 de enero (ECLI:ES:TSJCL:2023:253)



---

## Recensión bibliográfica

---



**Jesús Rentero Jover**  
Magistrado

### Libro:

***Deslocalizaciones de empresas y despidos colectivos.***  
**Antonio Baylos Grau,**  
**Ed. Bomarzo, Albacete 2022**

Nos encontramos ante una monografía que debe de considerarse esencial, de una de las cabezas más preclaras del laboralismo europeo y obviamente, español, que ayuda a entender, no solo el presente del sistema interno de relaciones laborales, sino también, su posible diseño futuro, claramente engarzado con el avatar comunitario. Todo ello, bajo una perspectiva concreta, que tiene sin embargo un mayor alcance de generalidad, de dos temas que están íntimamente entrelazados, como son el de las deslocalizaciones empresariales, en sus diversas posibilidades –con o sin cambio de instalaciones (véase el actual caso Ferrovial)–, y la consecuencia que generalmente suele venir adherida a las mismas, de la existencia, en mayor o menor alcance cuantitativo, de la decisión empresarial de acordar despidos colectivos (u otras medidas de menor rigidez).

Se nos habla así por el autor de la existencia —o cuando menos, de su pretensión por las grandes empresas y fondos de inversión— de lo que se entiende como un «espacio global sin restricciones», con la aparición de una nueva terminología «laboral» que lo acompaña, aparejada al actual carácter mundial de las relaciones económicas y laborales, donde a estas últimas se les pretende imponer un «orden institucional privado», por encima de los diversos ordenamientos legales nacionales e incluso de los supranacionales, y por supuesto, convencionales, al servicio todo ello del poder privado supranacional, de muy difícil control. Lo que se ve acompañado por un domesticado aparataje informativo, generador de opinión favorable a dicha tarea e intereses, así como a su inevitabilidad. Y que, en el más estricto espacio comunitario, como nos recuerda el Profesor Baylos, no es sino consecuencia de la «libertad de establecimiento» dentro del mismo, cabe decir que casi como un componente común de las cuatro libertades fundamentales que sirven de base originaria de tal entramado europeo, como son la libre circulación de mercancías, personas y servicios, y por supuesto, de capitales, lo que en definitiva, concluye, «integra el contenido de la libertad de establecimiento», y todo ello, además, bajo el foco (quizás discutible) de que los Estados no distorsionen la libre competencia. En resumen, dirigido ello a la absoluta primacía del mercado, conforme deriva del artículo 107 TFUE. Situaciones que, obviamente, no solo se dan en relación con la deslocalización a países comunitarios como destinatarios de la misma, sino también (y mucho) a destinos que son extracomunitarios. Lo que ha dado lugar a que, tras ciertos vaivenes, en el primero de dichos ámbitos, se aprobara el Reglamento 2021/691, del Parlamento Europeo, creando el llamado Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización para los trabajadores despedidos (FEAG), encaminado a financiar acciones formativas y de fomento del empleo, en relación con la repercusión extintiva de los contratos de trabajo (o de relaciones con personas trabajadoras autónomas) que de tales decisiones de deslocalización se derivan. Abierto así el debate, ya existente a nivel interno en determinados países comunitarios, sobre la elaboración de una norma específicamente comunitaria reguladora de la materia, sin duda muy compleja, en cuanto que no se entre en algunas otras cuestiones conexas y esenciales, como sobre la de una regulación salarial que sea mucho más uniforme en ese espacio común europeo, o, sobre la, sin duda cada vez más importante a diversos efectos, repercusión de la existencia de una diversa fiscalidad en cada uno de los estados miembros, con la consiguiente «lucha fiscal» derivada, que puede servir de reclamo a tales deslocalizaciones. Y ejemplos los hay.

Es sobre todas estas intrincadas materias, conectando nuestro derecho interno y su evolución, con el contexto normativo comunitario, en lo que muy detalladamente se detiene la investigación, referida ya en concreto a la medida de extinciones colectivas derivadas de dichas decisiones de deslocalización, con especial detalle en la regulación derivada de la reforma interna de 2012, y sobre la intervención jurisprudencial al respecto, que como se señala en la misma, fue parcialmente reformuladora de las directrices normativas, analizando, como se realizó en algunos casos, y si eran las necesidades del mercado las que conducían a la adopción de dicha decisión, o era la mera y simple conveniencia de un menor coste salarial (un ejemplo la STSJ de Catalunya de 15-10-2014). Se analiza igualmente la nueva normativa, de excepción, consecuencia de la crisis de la pandemia, con la incidencia de los ERTes, precisamente en evitación de despidos colectivos, con mención detallada de las más recientes reformas legales, concretada en la Ley 32/2021, así como en las diversas normas de urgencia del año 2022 que menciona.

Se describe también, en un detallado resumen, la incidencia general de los despidos colectivos que se han realizado desde el año 2011, destacándose el análisis concreto de algunos

casos que se consideran por el autor que son de un especial interés (así, el caso Nissan, o el caso Alcoa), para entrar en una última parte del libro en que se recoge, de un lado, algunas conclusiones sobre el funcionamiento del mecanismo de los despidos colectivos en los supuestos de deslocalizaciones, destacando «la participación de los poderes públicos como condición de eficacia del acuerdo» (pág. 91), y de otra parte, sugiriendo una, muy actual, mención a la necesidad de una normativa interna que controle de modo eficaz la obligación de reintegro de los incentivos y ayudas concedidos por las diversas administraciones públicas, a las empresas que deciden luego adoptar tales medidas de deslocalización, una vez que han disfrutado de las mismas, que palien así las insuficiencias que al respecto se suelen achacar a la Ley 38/2003, General de Subvenciones, para lo que se menciona el Anteproyecto de la Ley de Industria, que se encuentra actualmente en trámite de elaboración y de petición de informes reglamentarios. Y por último, se realiza una sugerente propuesta normativa alternativa, para lo que entiende el autor que podría utilizarse, no solo la elaboración parlamentaria de la Ley mencionada, sino también la modificación proyectada del Real Decreto 1483/2012, Reglamento de los procedimientos de despidos colectivos y de suspensión de contratos y reducción de jornada.

Es finalmente de destacar que el trabajo que se resume se cierra con una muy conveniente y detallada mención a una bibliografía suficiente y necesaria, tanto para los diversos operadores jurídicos como, para en general, todas las personas que estén interesadas por el tema. En suma, que tal y como se ha señalado, nos encontramos ante una monografía que resulta imprescindible en una materia tan compleja como la que se analiza, mediante la que el autor, con la claridad y brillantez que le caracteriza, deja una constancia precisa del estado actual de la cuestión, abriendo diversas perspectivas para un ulterior debate, y para la continuación en esa línea de otras investigaciones complementarias.



*Revista*  
**JUSTICIA**  
**TRABAJO** &

