

# Trabajo y Seguridad Social. CEF

Revista mensual núm. 458 | Mayo 2021

ISSN: 1138-9532

«Next Generation EU» y  
mercados de trabajo inclusivos:  
transiciones espinosas

**Garantía de la seguridad y salud en el trabajo a distancia: mucho ruido y pocas nueces**

María Teresa Igartua Miró

**«Nueva ley» de protección frente al riesgo de COVID-19: sin noticias de vacunación obligatoria**

Cristóbal Molina Navarrete

**Cuidados, pensión de jubilación y perspectiva de género**

Glòria Poyatos i Matas

**Empleo y solicitantes de protección internacional**

Margarita Miñarro Yanini

**Tratamiento de la exención fiscal de las indemnizaciones por despido colectivo**

José Flores Alcázar

**La gestión del acoso sexual laboral en España. Revisión de protocolos y propuestas de mejora**

María Ramón Sánchez, Jesús Torres López y Alfredo Rodríguez-Muñoz



**CURSOS TELEPRESENCIALES**

**MAYO-JUNIO 2021**

**+ ADMINISTRACIÓN Y DIRECCIÓN DE EMPRESAS**

- Metodologías ágiles para la gestión de proyectos
- Power BI
- Excel aplicado a la gestión financiera y empresarial

**+ CONTABILIDAD Y FINANZAS**

- Gestión del patrimonio inmobiliario
- Intensivo de contabilidad
- Intensivo en análisis de estados financieros
- Gestión de costes y control del resultado interno
- Intensivo sobre bolsa y mercados financieros
- Visual basic para Excel
- Gestión contable y fiscal con A3 software
- Excel aplicado a la gestión financiera y empresarial

**+ JURÍDICA**

- Experto en mediación: civil y mercantil
- Concurso de personas físicas y autónomos. La exoneración del pasivo insatisfecho
- Intensivo sobre derecho concursal
- Intensivo sobre cuándo cerrar tu empresa con el menor coste posible

**+ MARKETING Y VENTAS**

- SEO y SEM: marketing en buscadores
- Analítica web y redes sociales

**+ LABORAL Y RECURSOS HUMANOS**

- Intensivo sobre gestión de nóminas
- Intensivo sobre valoración de puestos, registro y auditoría retributiva
- Intensivo sobre despidos
- Intensivo sobre negociación colectiva
- Intensivo sobre derecho laboral
- Intensivo sobre gestión de políticas retributivas
- Intensivo sobre gestión de equipos de teletrabajo

**+ TRIBUTACIÓN**

- Consolidación fiscal
- Intensivo sobre operaciones vinculadas y precios de transferencia
- Intensivo gestión fiscal de patrimonios
- Prorrata general, especial y la regularización de bienes de inversión en el IVA
- Suministro inmediato de información y facturación
- Intensivo sobre el convenio para evitar la doble imposición con China y sobre aspectos aduaneros del comercio con China
- Intensivo sobre el impuesto de sociedades

**PLAZAS LIMITADAS**

**MATRICÚLATE**

# Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Núm. 458 | Mayo 2021

## Directora editorial

M.<sup>a</sup> Aránzazu de las Heras García. Doctora en Derecho

## Consejo de redacción

- Director** **Cristóbal Molina Navarrete**. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén
- Subdirector** **José Antonio Fernández Avilés**. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada
- Secretaria** **Margarita Miñarro Yanini**. Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaime I

## Consejo asesor

- Carlos Alfonso Mellado**. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia
- Juan Pablo Borregón Baños**. Presidente de Aedipe y director de Recursos Humanos de SCI
- Laura Calafá**. Profesora titular de Derecho del Trabajo. Università di Verona (Italia)
- Faustino Cavas Martínez**. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia
- Eva Cifre Gallego**. Profesora titular de Psicología Social. Universidad Jaime I
- Manuel Fernández Ríos**. Catedrático de Psicología Social (Organización y Recursos Humanos). Universidad Autónoma de Madrid
- Jordi García Viña**. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona
- Ana Gómez Hernández**. Presidenta de la Asociación Nacional de Laboralistas
- Celia Gutiérrez Valero**. PhD, HR Director, Southern Europe & North Africa, de Westcon & Comstor
- Eugenio Lanzadera Arencibia**. Doctor en Derecho y Ciencia Política. Profesor de Derecho del Trabajo. Universidad a Distancia de Madrid
- Loïc Lerouge**. Director de investigación del Centro Nacional de Investigación Científica. Centro de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social. Université de Bordeaux (Francia)
- Gianni Loy**. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Università degli Studi di Cagliari (Italia)
- Nelson Manrriich**. Presidente da Academia Nacional de Direito do Trabalho (Brasil)
- Verónica Martínez Barbero**. Directora general de Trabajo. Ministerio de Trabajo y Economía Social
- Lourdes Mella Méndez**. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Santiago de Compostela
- Antonio Ortega Parra**. Consejero ejecutivo y director general de Personas, Medios y Tecnología de Bankia
- Roberto Pereira Costa**. Presidente de Economistas Asesores Laborales
- Vanesa Pérez Torres**. Ayudante doctora de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones. Universidad Rey Juan Carlos
- José Ramos López**. Catedrático de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones. Universidad de Valencia
- Alfredo Rodríguez Muñoz**. Profesor titular de Psicología Social, del Trabajo y Diferencial. Universidad Complutense de Madrid
- Raquel Sanz Valle**. Catedrática de Organización de Empresas y Finanzas. Universidad de Murcia
- Aránzazu Vicente Palacio**. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaime I

## Evaluación externa

- Juan García Blasco**. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza
- Juan López Gandía**. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Politécnica de Valencia
- Carolina Martínez Moreno**. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo
- Jesús Rafael Mercader Uguina**. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III
- Antonio Ojeda Avilés**. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla (jubilado)
- Sofía Olarte Encabo**. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada
- Margarita Isabel Ramos Quintana**. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de La Laguna
- Susana Rodríguez Escanciano**. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León
- Eduardo Rojo Torrecilla**. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona
- José Luis Tortuero Plaza**. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid

## Coordinación y edición

Teresa Díez Meriel y Domingo J. Panea Hernando

Centro de Estudios Financieros

P.º Gral. Martínez Campos, 5, 28010 Madrid • Tel. 914 444 920 • editorial@cef.es

# Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

## Redacción, administración y suscripciones

P.º Gral. Martínez Campos, 5, 28010 MADRID  
Tel. 914 444 920  
Correo electrónico: info@cef.es

Suscripción anual (2021) (11 números) 165 €

Solicitud de números sueltos (cada volumen)

Suscriptores/as 20 €

No suscriptores/as 25 €

En la página [www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm](http://www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm) encontrará publicados todos los artículos de la *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF* desde el número 100. Podrá acceder libremente a los artículos que se correspondan con su periodo de suscripción. Los anteriores a la fecha de alta en el producto tendrán un coste de 7,5 € por artículo, con un descuento del 50 % para las personas suscritas.

## Edita

Centro de Estudios Financieros, SL  
Correo electrónico: [revistacef@cef.es](mailto:revistacef@cef.es)  
Edición digital: [www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm](http://www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm)  
Depósito legal: M-29442-2007  
ISSN: 1138-9532  
ISSN-e: 2531-212X

## Imprime

Artes Gráficas Coyve  
c/ Destreza, 7  
Polígono industrial Los Olivos  
28906 Getafe (Madrid)

## Indexada en



## Acuerdos de colaboración

Con la *Revista de Derecho del Trabajo* de la editorial La Ley (Uruguay) y con la *Revista de Direito e de Estudos Sociais* de la editorial Almedina (Coimbra, Portugal) por los que nos comprometemos a que determinados artículos de estas revistas puedan ser publicados en la nuestra y a la inversa.

© 2021 CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS

La editorial, a los efectos previstos en el artículo 32.1, párrafo segundo, del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra ([www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com); 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

# Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

ISSN: 1138-9532  
ISSN-e: 2531-212X

## Sumario

### Editorial

- «Next Generation EU» y políticas de mercado de trabajo inclusivo: transiciones (espinosas) desde las discriminaciones (sistémicas por edad y discapacidad) a la integración (en igualdad) 5-18  
Cristóbal Molina Navarrete

### Estudios

- Tiempo de trabajo y permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en el empleo público 19-52  
*Work time and leave for personal, family and work life balance in public employment*  
María Belén García Romero
- Garantía de la seguridad y salud en el Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia: mucho ruido y pocas nueces 53-88  
*Safety and health guarantee in the Royal Decree-Law 28/2020, of September 22, of remote work: much ado about nothing*  
María Teresa Igartua Miró

### Análisis de actualidad

- «Nueva ley» de protección frente al riesgo de COVID-19 en el entorno laboral: más poder de empresa, pero sin noticias de vacunación obligatoria. (A propósito de la Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19) 89-110  
*«New law» on protection against the risk of COVID-19 in the workplace: more company power, but no news of compulsory vaccination. (Regarding Law 2/2021, of 29 March, on urgent prevention, containment and coordination measures to deal with the health crisis caused by COVID-19)*  
Cristóbal Molina Navarrete
- Cuidados, pensión de jubilación y perspectiva de género 111-126  
*Care, retirement pension and gender perspective*  
Glòria Poyatos i Matas

### Diálogos con la jurisprudencia

- Empleo y solicitantes de protección internacional: una garantía social del sistema comunitario de asilo. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de enero de 2021 (asuntos acumulados C-322/19 y C-385/19) 127-137

*Employment and asylum-seeker: a social guarantee from the community asylum system. Commentary on the judgment of the Court of Justice of the European Union of January 14, 2021 (joined cases C-322/19 and C-385/19)*

Margarita Miñarro Yanini

Seguridad Social de personas trabajadoras extranjeras: ¿anulación o validez del alta? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 1744/2020, de 16 de diciembre

138-147

*Social Security for foreign workers: cancellation or validity of the registration? Commentary on Supreme Court ruling, Contentious-Administrative Chamber, 1744/2020, of December 16*

Belén del Mar López Insua

La prescripción en la revisión de actos declarativos de derechos y en el reintegro de prestaciones indebidamente percibidas. Un pleito ocasional que, a veces, complica a los tribunales sociales. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 61/2021, de 19 de enero

148-153

*The prescription in the review of rights declaration acts and in the reimbursement of improperly perceived benefits. An occasional lawsuit that sometimes complicates the social courts. Commentary on Supreme Court ruling 61/2021, of January 19*

Ana Isabel Zapirain Bilbao

La declaración de nulidad de un convenio colectivo negociado por una sección sindical no autorizada conforme a los estatutos del sindicato. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 154/2020, de 19 de febrero

154-160

*The invalidity declaration of a collective agreement negotiated by an unauthorized trade union section in accordance with the union's statutes. Commentary on Supreme Court ruling 154/2020, of February 19*

Laura María Melián China

Tratamiento de la exención fiscal de las indemnizaciones por despido colectivo materializado por mutuo acuerdo de las partes. Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 991/2020, de 14 de julio, y 1189/2020, de 21 de septiembre

161-170

*Treatment of the tax exemption of severance payments for collective dismissal materialized by mutual agreement of the parties. Commentary on Supreme Court rulings, Contentious-Administrative Chamber, 991/2020, of July 14, and 1189/2020, of September 21*

José Flores Alcázar

## Recursos humanos

La gestión del acoso por razón de sexo y del acoso sexual en las empresas españolas. Una propuesta de mejora de los protocolos existentes

171-198

*Management of sexual harassment at work in Spanish companies. A proposal for the improvement of existing protocols*

María Ramón Sánchez, Jesús Torres López y Alfredo Rodríguez-Muñoz

Normas de publicación

199-200

*Las opiniones vertidas por los autores y las autoras son de su única y exclusiva responsabilidad. CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS, sin necesariamente identificarse con las mismas, no altera dichas opiniones y responde únicamente a la garantía de calidad exigible en artículos científicos.*

La suscripción a la revista implica la recepción quincenal por correo electrónico de un **BOLETÍN** informativo sobre novedades legislativas, jurisprudenciales y convenios colectivos. Asimismo, el seguimiento diario de las novedades puede hacerse consultando la página <http://www.laboral-social.com>.

# «Next Generation EU» y políticas de mercado de trabajo inclusivo: transiciones (espinosas) desde las discriminaciones (sistémicas por edad y discapacidad) a la integración (en igualdad)

**Cristóbal Molina Navarrete**

*Director*

La sensación dominante de que la pérdida de capacidades en la vejez es «natural» supone un obstáculo para el debate que tanto necesitamos.

**M. C. Nusbaum y S. Levmore** (*Envejecer con sentido*)

Cuando promovemos los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad estamos empoderando a los individuos, enriqueciendo a las sociedades y fortaleciendo las economías.

**J. Somavia** (*Comunicado de prensa OIT*)

## 1. El carácter inclusivo, ¿la «rama pobre» del modelo de recuperación económica?

Sin la crudeza, ni el alcance de «austeridad» exigida para la Gran Recesión de 2008, tampoco está dispuesta la Unión Europea (UE) a «regar» de recursos económicos los Estados con mayor incidencia de la Gran Recesión de 2020 (a raíz de la pandemia), sin imponerles condiciones. De ahí, la necesidad de –otra vez– «reformas estructurales», explicadas –o esbozadas– en un [Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de la Economía](#) para acceder a los fondos Next Generation EU. Toda esa lluvia de cientos de miles de millones de euros (cada vez más retrasada, por lo que ya no será «agua de mayo») está condicionada a la realización de una fórmula de crecimiento («nuevo milagro económico») con tres palabras (cuasi) mágicas: verde, digital e inclusivo.

Por doquier se habla (hablamos y escribimos) de la «transición digital» (el Gobierno le asigna el 33 % de los primeros 72.000 millones de € entre los años 2021 y 2023 –nos han

---

Esa lluvia de miles de millones de euros está condicionada a la realización de una fórmula de crecimiento con tres palabras (cuasi) mágicas: verde, digital e inclusivo

---

prometido 140.000 millones en total–), así como de la «transición verde» (37 %). No solo la promesa de ingentes cantidades para un futuro más sostenible y próspero, también el –escaso– esfuerzo legislativo «estructural», para cuando finalice el –interminable– tiempo de las «leyes de urgencia» ([las medidas de «escudo sociolaboral» irán más allá de finales de mayo](#), pese a esa referencia en el [RDL 2/2021, de 26 de enero](#)), así como el «estado de alarma», se concentran en esa doble cualidad mágica –verde y digital–. Piénsese en la regulación del trabajo a distancia, o en la «Ley de trabajo en plataformas digitales», en el ámbito de la transformación digital de la economía, o en la nueva y cacareada Ley de cambio climático y transición energética, con sus «[10 mandamientos](#)», entre los que está el de garantizar, mediante estrategias quinquenales (como las más míticas planificaciones de la economía de todos los tiempos), una transición ecológica (social y laboralmente) justa. Un nuevo intento de hacer creíble el desafío del cambio climático, como ensayara, hace una década y con poquísima fortuna, la [Ley 2/2011, de 4 de marzo](#), de economía sostenible (que casi nadie recuerda siquiera que existe).

No es posible –al margen de su efectividad– negar su importancia. Esta revista presta una atención continuada a todas las cuestiones, estructurales y de actualidad coyuntural, de ambos procesos de transición. Y así seguiremos, incluso aportando nuevos análisis monográficos (por ejemplo, el número de junio para el impacto de la economía de datos en los nuevos modelos de gestión de personas), no solo estudios específicos, en relación con la era de la digitalización. Al igual que en el ámbito de la «era de la sostenibilidad», con la serie de análisis iniciada e impulsada, desde el año pasado, por la profesora Miñarro Yanini, que tendrá continuidad, incluso monográfica, al hilo de analizar la proyección sociolaboral de este nuevo marco normativo e institucional (en el número monográfico de noviembre). Pero ¿qué sucede con la otra palabra mágica, la recogida en último lugar siempre, como si fuese una variable tributaria de las otras: transición «inclusiva»? ¿Se prevé una renovación real en las –obsoletas– [políticas de mercado de trabajo](#) para que transición verde y digital no agrave más las brechas y desequilibrios en términos subjetivos, esto es, de mayor vulnerabilidad de unos colectivos de personas respecto de otros?

---

¿Qué sucede con la otra palabra mágica, transición «inclusiva»?

---

Este paradigma inclusivo de recuperación económica y de desarrollo social para el inmediato futuro deberá entenderse, al menos, en cuatro claves de gestión integradora no discriminatoria de la diversidad biopsicosocial y experiencial en las empresas y en los mercados de trabajo. A saber:

- Diversidad de géneros. En nuestro tiempo, a la igualdad entre hombres y mujeres, hay que sumar la [nueva complejidad](#) derivada de [la cuestión integradora de los colectivos «LGBT»](#), con una dimensión especialmente problemática hoy, a raíz del incendiario debate sobre el proyecto de «Ley trans» (algunas leyes autonómicas, como la aragonesa –[Ley 4/2018, de 19 de abril, de identidad y expresión de género e igualdad social y no discriminación de la comunidad autónoma de](#)

Aragón-, prevén reservar un porcentaje de empleo público a favor de personas de este colectivo).

- Diversidad de edades.
- Diversidad funcional o integración de las personas con discapacidad.
- Diversidad étnica y multicultural.

Venimos dedicando atención a la gestión en equidad de la diversidad de género (en este número, [la magistrada especialista Glòria Poyatos vuelve a incidir en la brecha de género en pensiones](#) que deriva de la segregación sexista ocupacional). Por supuesto, también atendemos en estas páginas, a través de diferentes perspectivas, a la gestión de la diversidad étnico-cultural (por ejemplo, sugerente el análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –TJUE– [en este número por la profesora Margarita Miñarro](#) de las personas que solicitan protección internacional). En este análisis editorial se hará una incursión en la actualidad de las políticas de gestión inclusiva relativas a la edad y a la discapacidad en las empresas y en el mercado de trabajo, hoy de nuevo en el ojo del huracán.

La (deficitaria) gestión de la edad está reabierta con las nuevas condicionalidades exigidas para acceder a los fondos europeos, pero en el ámbito de la reforma de las pensiones. No será el enfoque aquí seguido (queda para diciembre, cuando abordemos la reforma legal anunciada). Aquí trataremos de ofrecer un breve balance (crítico) respecto de la «Enmienda Telefónica» ([disp. adic. decimosexta Ley 27/2011, de 1 de agosto](#), sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social) y su papel en la sobrerrepresentación de las personas de más edad en las reestructuraciones de empresa. Asimismo, la UE ha propuesto una nueva estrategia para la integración sociolaboral de las personas con discapacidad (2021-2030).

Para ello, se dará cuenta del aparentemente novedoso «marco promocional» que acaba de impulsar la Comisión Europea, a fin de potenciar esa tercera dimensión del modelo de recuperación económica propuesta: el carácter inclusivo de la doble transición, digital y verde, o viceversa. Ahora bien, con objeto de no perder de vista el enfoque pragmático que debe también ponderarse en este ámbito, y que a menudo orilla la Comisión en este tipo de instrumentos (no vinculantes propiamente o *soft law*), contextualizaremos ese marco programático con la visión que nos ofrece, respecto de la gestión de la diversidad por ambas condiciones (edad y discapacidad), la experiencia judicial más reciente. Veremos un tipo de balance algo más pesimista, también más próximo a la realidad, que muestra cómo esa otra palabra mágica de moda, la resiliencia, la capacidad de resistencia, se da más que el esfuerzo institucional por la inclusión en los obstáculos, de hecho y derecho, de las actuales situaciones de discriminaciones sistémicas para caminar hacia esas transiciones justas, más solemnemente proclamadas que concretadas.

**2. Un nuevo marco promocional comunitario para hacer creíble la dimensión inclusiva de la transición digital y verde: ¿programas reiterativos o convergencia de condicionalidades?** El 4 de marzo, la Comisión publicó dos interesantes documentos que, aun de forma difusa, reflejan las expectativas de la institución de gobierno comunitario de que los Estados dediquen reformas y recursos a actualizar la dimensión inclusiva de las empresas y mercados de trabajo propios de un modelo productivo verde y digital. De un lado, su Comunicación, dirigida al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, que contiene el «Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales». Como objetivos, hasta 2030 –otra fecha mítica–, en materia de «empleo, capacidades y protección social», se propone aumentar la tasa de ocupación de las personas entre 20 y 64 años (no aparece la prolongación de la vida activa), hasta situarla en el 78 %, al menos, así como reducir el número de personas en riesgo de pobreza y de exclusión social (no más de 15 millones).

---

El 4 de marzo, la Comisión publicó dos interesantes documentos que reflejan las expectativas de que los Estados dediquen reformas y recursos a actualizar la dimensión inclusiva de las empresas y mercados de trabajo

---

Destaca por doquier la referencialidad a los «Objetivos de desarrollo sostenible» de las Naciones Unidas, así como la ambición común de conseguir una Europa fuerte. Recuérdese que esta idea de una Europa social fuerte y de crecimiento basado en las transiciones justas ya se reflejó, antes de la tragedia pandémica, en [otra típica comunicación programática de la Comisión a las instituciones de la gobernanza económica y social de la UE](#). Una y otra vez desfilan los imperativos de transiciones demográficas, tecnológicas y medioambientales.

En este contexto, se lanza, para animar una gestión de la diversidad derivada de la existencia de personas con discapacidad, una nueva [Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad 2021-2030](#) (principio 17), sobre una base ciertamente realista: pese a los avances en las leyes y en las políticas de integración por el empleo de las personas con discapacidad, persiste su discriminación. Y es mayor, conforme al criterio de la discriminación múltiple o de interseccionalidad, cuando concurre con la de edad, sexo, etnia, nacionalidad...

De otro lado, la [Recomendación \(UE\) 2021/402 de la Comisión, de 4 de marzo de 2021, sobre un apoyo activo eficaz para el empleo tras la crisis de la COVID-19 \(EASE\)](#). Aunque el documento reconoce la mayor factura pagada por las personas jóvenes (su tasa de empleo se ha triplicado respecto de la tasa general), evidenciando el riesgo de incurrir en otra generación perdida (considerando 4), toma nota de que la crisis también afecte de forma negativa a aquellos grupos en posición desfavorecida en el mercado laboral «como las mujeres, los trabajadores de más edad, [...] las personas con discapacidad, los habitantes de zonas rurales [...], las personas LGBTIQ, los gitanos y otras minorías étnicas [...] o las personas de origen migrante [...]». A tal fin se reclaman políticas activas (medidas de «apoyo activo eficaz para el empleo» o «EASE») que impulsen transiciones para un mercado digital,

verde e inclusivo con los fondos de la Unión. En suma, una y otra vez, se repite, como una letanía, con alta identidad literal, idéntico discurso.

Curiosamente, la recomendación se enorgullece de la utilidad que le presume a la nueva [Directiva 2019/1023/UE](#) del Parlamento Europeo y del Consejo, para mejorar las oportunidades de empleo si se hace una gestión temprana de las reestructuraciones empresariales. Se propone instrumentar el derecho de insolvencia (preventiva) al servicio de la mejora del empleo (considerando 15). Dejando ahora de lado la falta de trasposición nacional de esa directiva, cuyo plazo finaliza el 17 de julio, la realidad es distinta. Las políticas de reestructuración empresarial tienden a dar una significativa sobrerrepresentación a personas de mayor edad. En realidad, más que para el rejuvenecimiento de las plantillas, está sirviendo para su reducción con automatización mayor. [El «ejemplo» de CaixaBank es demoledor.](#)

En suma, todos los documentos comunitarios, en especial en el marco del pilar europeo de derechos sociales, antes y después de la crisis pandémica, insisten en el derecho de todas las personas a la integración por un empleo (asalariado o autónomo) de calidad (considerando 17 de la recomendación citada). Y, en todo caso, un objetivo irrenunciable debe ser la inclusión, mediante políticas –públicas y de empresa– de «igualdad de oportunidades en las transiciones en el mercado laboral, independientemente del sexo, el origen racial o étnico, la religión o las creencias, la discapacidad, la edad o la orientación sexual» (considerando 18).

Sin duda, ambiciosos y loables deseos. Pero ¿la llamada a la inclusión de grupos de personas desfavorecidas en el trabajo sobre modelos de innovación y sostenibilidad no tiende a hacerse, casi literalmente, después de toda crisis, sin que llegue a materializarse mínimamente en los términos augurados? ¿Qué hay de más creíble, fuera de la ingente cantidad de fondos, en esta nueva condicionalidad trinitaria –digital, verde, inclusiva–? (*vid.* [Rojo Torrecilla, 2021](#)). De momento, en las normas, nada o muy poco. Habrá que permanecer a la expectativa de esas reformas estructurales, pues la realidad presente no invita al optimismo, más bien lo contrario.

---

Pero ¿la llamada a la inclusión de grupos de personas desfavorecidas en el trabajo no tiende a hacerse, casi literalmente, después de toda crisis? ¿Qué hay de más creíble en esta nueva condicionalidad trinitaria?

---

**3. Una década de «Enmienda Telefónica»: ¿qué fue del «modelo monetarista» de «tutela» frente a la sobrerrepresentación de las personas de mayor edad en la regulación de empleo?** También por aliento comunitario, solo los modernos marcos normativos de transparencia no financiera, y con carácter no coercitivo, sino de simple responsabilidad social corporativa, parecen promover políticas de empresa basadas en la gestión de la diversidad inclusiva. Fue el caso de la [Ley 11/2018, de 28 de diciembre](#), e incluso tangencialmente de la reciente [Ley 5/2021, de 12 de abril](#), que no solo pretende fomentar la implicación

de las personas accionistas en la gobernanza de las sociedades de capital, también mejorar sus aspectos de gestión social. A veces, de forma interesante, pero episódica, hallamos cláusulas convencionales que llaman a negociar planes de diversidad (por ejemplo, art. 53 III [Convenio colectivo estatal de la industria, la tecnología y los servicios del sector del metal](#)).

Pero más allá de estas pequeñas concesiones cara a la galería, lo cierto es que «peinar canas» no suele ser sinónimo de unas buenas expectativas de continuidad en la empresa, más bien lo contrario, dibuja el riesgo de salida prematura. Que en España las reestructuraciones empresariales no sirven para rejuvenecer se confirma con el intenso efecto del paro tanto del lado de las personas jóvenes (40 % en paro) cuanto del de las personas «maduras», «[a la cola de la OCDE](#)». De ahí, la nueva –enésima– preocupación gubernamental por la situación.

---

Más allá de pequeñas concesiones cara a la galería, lo cierto es que «peinar canas» no suele ser sinónimo de unas buenas expectativas de continuidad en la empresa

---

Ni país para personas trabajadoras jóvenes ni para personas trabajadoras «viejas». No es solo un desequilibrio etario de empresas y mercados de trabajo insostenible humanamente, desde el plano de la justicia social (pérdida de calidad de vida y devaluación de la dignidad de las personas), sino también económicamente. La salida prematura de las personas de más edad sería un craso error económico, porque supone, para el país que en 2050 será el más envejecido del mundo, un coste de [pérdida de oportunidades de crecimiento de casi el 15 % del PIB](#).

Pero lo cultural y los números de corto plazo pueden más que la razón y los números a largo plazo. Desde Roma (Cicerón, *De Senectute*), la imagen de la vejez como fenómeno social y del proceso demográfico de envejecimiento asociado es negativa: personas mayores = inactividad (pasivas, retiradas, jubiladas), improductividad y dependencia. La centralidad del valor del productivismo en una sociedad del rendimiento no ha hecho sino agravar esta visión, de modo que los modelos de tutela han tendido a reconducirse hacia medidas monetaristas, basadas en la exigencia de compensaciones económicas, por la empresa y por los poderes públicos. Nada de modelos de protección jurídica «fuertes», coercitivos y coherentes con el primado reconocido a la igualdad de trato y no discriminación, solo modelos promocionales, que no impongan (en cambio, sí prevé, aunque parece que será reformada, la [disp. adic. décima Estatuto de los Trabajadores](#) la facultad convencional de jubilación forzosa), solo de incentivo, o desincentivo, de las voluntades (empresariales), como vimos propone la UE.

---

Los modelos de tutela han tendido a reconducirse hacia medidas monetaristas, basadas en la exigencia de compensaciones económicas

---

Este fue el modelo defendido por la [disposición adicional decimosexta de la citada Ley 27/2011](#), conocida como la «Enmienda Telefónica» (en «honor» a la empresa que provocó

el escándalo: vendió como valor económico el despido de miles de personas, cuando tenía miles de millones de beneficios), y que ha contado con los parabienes del Tribunal Constitucional (Sentencia –STC– 66/2015, de 13 de abril) y del Tribunal Supremo (por ejemplo, Sentencia –STS– 872/2017, de 14 de noviembre, comentada y contextualizada por Rojo Torrecilla, 2017). Aunque, bien analizada, la doctrina jurisprudencial mantiene cierta ambivalencia o ambigüedad. En este sentido, no acepta la legitimidad de usos indiscriminados por la ley del criterio de la edad para «forzar» la salida del empleo, acotándolo a ciertos trabajos y condiciones (por ejemplo, STS 1029/2020, de 25 de noviembre, para las personas controladoras aéreas; Sentencia del TJUE –STJUE– de 7 de noviembre de 2019, asunto C-396/18, para pilotos), ni como criterio de selección en los procesos de reestructuración basado en el mayor capital de experiencia acumulada. Pero sí como criterio selectivo genérico por su cualidad de grupo especialmente vulnerable, cuya «discriminación» tiene un «precio».

¿Cuál? La contribución adicional a las arcas públicas para compensar los sobrecostes que supone, sobre todo en prestaciones por desempleo, la inclusión en la regulación extintiva de empleo de un número desproporcionado de personas de 50 años o más. ¿Un criterio de este tipo no podría ser contrario a la prohibición comunitaria de discriminación? Unos criterios de selección basados –directa o indirectamente– en la edad que, ante las limitaciones de contenido establecidas en la normativa comunitaria sobre despidos colectivos, difícilmente podrán ser cuestionados en el TJUE (aunque a otros efectos, la STJUE de 17 de marzo de 2021, asunto C-652/19, considera irrelevante, en el plano comunitario, la cuestión de los criterios selectivos, de ahí que prescinda de aplicar el art. 21 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea).

Aunque hay posiciones para todos los gustos, a favor y en contra, no es fácil una valoración global o balance de conjunto de este polémico modelo de protección promocional y monetarista del derecho al empleo de las personas de más edad. Ni hay una suficiente transparencia de los datos necesarios para ello ni, de los que disponemos, es posible salir de la ambivalencia indicada como rasgo del estado actual del arte interpretativo jurisprudencial. Demos dos datos para confirmar nuestra afirmación. Uno cuantitativo, monetario.

Conforme a los datos extraídos del último informe anual disponible del Servicio Público de Empleo Estatal –SEPE– (2019), se han reclamado a un total de 61 empresas aquellas aportaciones económicas, correspondientes a las prestaciones abonadas a 19.404 personas trabajadoras, por un valor de 560 millones de euros (más de la mitad corresponde a Telefónica). Solo se habrían recaudado 410 millones (70 %). En el listado aparecen desde la compañía por la que se bautizó esta penalización a las mal llamadas «prejubilaciones» hasta firmas en boga por la crisis sanitaria como la farmacéutica Pfizer. La lista precedente aumentó desde las 47 empresas de 2018 a las 61 de 2019, pasando de 391 millones (prestaciones de 11.377 trabajadores/as) hasta 560 (19.404 empleados/as). Y crece porque figuran 22 empresas más que todavía se hallan en diferentes fases del proceso de reclamación (Bankia, Orange, Seat, AstraZeneca, etc.). ¿Poca recaudación, mucha, razonable? Difícil de valorar porque el SEPE no desglosa las cantidades reclamadas y efectivamente abonadas. De hecho, el Consejo de

Transparencia y Buen Gobierno pidió al Ministerio de Trabajo que detalle cuánto ha pagado hasta ahora cada una de las grandes empresas que, desde el año 2011, han ejecutado despidos colectivos con afectación a mayores de 50 años. El SEPE sigue en silencio.

El otro dato, cualitativo y de favor –al menos aparente– hacia políticas de gestión de diversidad inclusiva, aunque con indudable lectura económica (de nuevo lógica monetaria), es la constatación de una difundida práctica en grandes empresas que introducen como un criterio de selección general para la regulación de empleo extintiva el que tengan menos de 50 años, esto es, excluyen de la «quema ocupacional» a las personas mayores de esa edad. Son muchos los ejemplos, aunque no hay una estadística fiable, claro.

Así, en primer plano, el despido colectivo conocido por la referida [STS 872/2017, de 14 de noviembre](#). Más mediático y reciente, el caso de El Corte Inglés. El coloso del comercio tradicional español justifica la exclusión de su plan de regulación de empleo de las personas empleadas mayores de 50 años porque ni es un proceso de rejuvenecimiento ni tampoco de desvinculación, sino de reducción (neta) de plantilla y reorganización para «[adecuar los recursos de la empresa a las necesidades actuales](#)». En cambio, el citado expediente de regulación de empleo (brutal) de CaixaBank exige reparto en la pirámide de edad, para no perder experiencia –criterio sin aval judicial–, «solo la mitad» de las «salidas voluntarias» serán de personas mayores de 50 años.

Aunque todas estas empresas siempre presentan el criterio de exclusión reestructuradora de las personas mayores de 50 años por razones de protección a colectivos con más dificultades de integración en el mercado laboral, la realidad es que buscan ahorrarse los costes que se derivan de la práctica contraria (y asumida por infinidad de empresas). De este modo, parece que no puede descartarse, en la práctica, un efecto disuasorio real de este modelo monetarista, si bien insuficiente para contener el mayor efecto excluyente en las personas trabajadoras de mayor edad. De ahí que proponga su revisión. Pero, al margen de ello, un juicio valorativo, atendiendo a la protección real frente a la discriminación (directa o indirecta) por razón de edad, debe evidenciar una gran paradoja, sino contradicción: ¿la ley justifica un efecto discriminatorio solo por la existencia de compensaciones económicas, para el Estado y para las personas de más edad?

---

Aunque todas estas empresas siempre presentan el criterio de exclusión reestructuradora de las personas mayores de 50 años por razones de protección a colectivos con más dificultades, la realidad es que buscan ahorrarse los costes que se derivan de la práctica contraria

---

**4. ¿La modernidad tecnológica se escribe en términos de loa a «lo nuevo» y desprecio de «lo viejo»? Por supuesto, no todo vale (o no debiera valer) en pro de la rentabilidad mercantilista del trabajo, reduciéndolo a pura «cosa productiva», lo que denigra la condición humana ([STC 192/2003, de 27 de octubre](#)). En este sentido, reconfortan sentencias**

como la del Juzgado de lo Social número 33 de Madrid 323/2020, de 18 de noviembre, en la que se hace un fuerte reproche a la política de Huawei Technologies España, SL, cuyos procesos de reestructuración se basan en una discriminación sistémica a las personas de más edad. Su filosofía: lo «viejo vale menos».

En ella se declaran nulos 5 de los 6 despidos objetivos por discriminatorios por razón de edad (más de 50 años). Y, además, como medida disuasoria, se fija una indemnización de daños morales (20.000 € para cada persona despedida). Aunque en las cartas de despido se dan razones de reestructuración organizativa del departamento en el que cada una presta servicios, lo cierto es que, mediante la prueba estadística, se acredita que, en los 3 últimos años, se ha despedido a un número de personas trabajadoras de más de 50 años en proporción muy superior a la que representan en el volumen global de plantilla; lo contrario con las de menos edad.

Es interesante reseñar que tal información no solo proviene de la memoria económica aportada en el proceso, sino también de las cuentas anuales de la empresa que, en aplicación de lo previsto en el [artículo 49.6.II Código de Comercio](#), para detallar la composición de la plantilla y los despidos atendiendo a la edad, establecen los 50 años como fecha relevante para ello. Vemos, pues, una utilidad práctica derivada de las obligaciones de transparencia no financiera. Además, se constata que no es una situación aleatoria, sino una decisión estratégica basada en las virtudes productivistas del relevo generacional, eliminando a la plantilla de más edad (50-60 años).

Sin poder entrar aquí en más profundidades, pese al interés de la decisión, merece reseñarse la instrumentación de la condena indemnizatoria al servicio de un efecto real de desincentivo o disuasorio de estas darwinistas políticas de reestructuración de empresa, que no solo no integra la diversidad etaria, sino que lisamente la elimina. Así, le reprocha con dureza –pero con toda la razón– identificar «lo viejo» con lo que «no vale»:

Se aprecia una visión de las relaciones de trabajo [...] de inspiración militar en la búsqueda de la excelencia y el liderazgo y el apartamiento y eliminación de los mediocres. Tan descarnada filosofía empresarial, cuyo objetivo es la maximización del beneficio económico y del poder social del empresario, no encaja con muchos de los valores de esta vieja Europa en que vivimos en la que la dignidad de las personas constituye la pieza básica de nuestro ordenamiento jurídico, art. 2 TUE y art. 10.1 CE (FJ 9.º).

En suma, queda claro que estas multinacionales, típicas de un modelo de crecimiento puramente mercantilista, típicamente asiático, opuesto en su raíz al comunitario, no creen en un modelo de transformación inclusivo de la diversidad (aquí etaria), sino, lamentablemente, en todo lo contrario: lo más digital posible, aunque

---

Las competencias de innovación se descartan de raíz en las personas de mayor edad y se presumen en las de menor edad –más fácil explotación laboral–

---

agranden las brechas sociodemográficas de las empresas y los mercados de trabajo. Las competencias de innovación se descartan de raíz en las personas de mayor edad y se presumen en las de menor edad –más fácil explotación laboral–.

### **5. Las estrategias a favor del empleo de las personas con discapacidad se renuevan, pero su empleo real disminuye: el ejemplo de las instituciones brilla por su ausencia.**

Las fortísimas tensiones entre el discurso normativo, así como el institucional, a favor de la gestión inclusiva de la diversidad (biopsicosocial y sociodemográfica, así como cultural), y la más dura realidad de la inequidad y las discriminaciones sistémicas se dan también en relación con las personas con discapacidad. Como siempre, miremos el dato estadístico.

El Instituto Nacional de Estadística (INE) publica anualmente las cifras de empleo de las personas con discapacidad ([Encuesta EPD](#)). El 34 % de las personas con discapacidad oficialmente reconocidas como tales eran activas, 0,5 puntos menos que en 2018. Esta tasa de actividad es 43,7 puntos inferior a la de la población sin discapacidad. La tasa de paro para el colectivo fue del 23,9 %, con un descenso de 1,3 puntos respecto a 2018. Esta tasa era 10 puntos superior a la de la población sin discapacidad. La tasa de empleo de las personas con discapacidad fue del 25,9 % (66,9 % para las personas sin discapacidad), con un aumento de 0,1 puntos respecto a 2018. El 89,5 % de las personas ocupadas eran asalariadas y, de estas, el 73,1 % tenían contrato indefinido.

La Comisión Europea, al promover la citada nueva estrategia a favor de la integración en igualdad de las personas con discapacidad (2021-2030), es consciente de que debe «predecir con el ejemplo», pues asume en el plano del discurso que «la diversidad inclusiva fortalece a las organizaciones». Por lo tanto (objetivo 25), anima, también a sí misma, a «hacer de la selección, la contratación, el empleo y el mantenimiento del empleo unos procesos inclusivos en materia de discapacidad». Su «Oficina de Diversidad e Inclusión» supervisará el desarrollo y la ejecución de las acciones pertinentes y contribuirá a mejorar la diversidad, la igualdad y la inclusión en todos los departamentos de la Comisión. El principio general de mérito debe ser compatible con el no menos general de promoción de una diversidad inclusiva real (enfoque proactivo), a fin de corregir los estereotipos, prejuicios y obstáculos reales que perpetúan su discriminación.

Una vez más, nada como el ejemplo que nos ofrece la reciente experiencia judicial para evidenciar qué lejos está esta visión –positiva– institucional de la realidad. Además de que es sabido que los «cupos» de empleo –público y privado– están muy lejos de cumplirse, la [STC de 15 de marzo de 2021 \(rec. de amparo 2950/2018\)](#) nos ha desvelado también el desinterés de las Administraciones públicas,

---

La STC de 15 de marzo de 2021 nos ha desvelado el desinterés de las Administraciones públicas, incluida la de Justicia, por una política de ajustes razonables que facilite accesos y permanencias en el empleo de las personas trabajadoras con discapacidad

---

incluida la de Justicia, por una política de ajustes razonables de los puestos de trabajo que facilite accesos y permanencias en el empleo de las personas trabajadoras con discapacidad. Al contrario, la incompreensión es alarmante, más con las personas con problemas de salud mental.

En el caso se trataba de un letrado de la Administración de Justicia con «síndrome de Asperger» que era sancionado por el Consejo General del Poder Judicial al considerar que incumplía sistemáticamente su tarea profesional, pese a que el letrado había solicitado ajustes razonables de su puesto a su situación médica. Precisamente, el referido informe del INE evidencia que las personas con discapacidad asociada a la salud mental tienen un mayor índice de paro que las personas con discapacidad física, por lo que [sus problemas de prejuicios y discriminaciones se agravan](#). No será ajeno el TC a esta situación estadístico-social y ayudará a reforzar su razonamiento a favor del amparo constitucional, que le otorgará.

**6. Se invierten los papeles: ¿el TC, «héroe social» para las personas con discapacidad mental, y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), «villano social» con las mujeres con enfermedades equivalentes?** El TC, de forma pionera, aplicando la doctrina fijada por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su [Observación general número 6, de 26 de abril de 2018, sobre la igualdad y la no discriminación \(CRPD/C/GC/6\)](#), garantiza la obligación de ajustes razonables como contenido esencial del derecho a la no discriminación en el trabajo de las personas con discapacidad. Justamente, la finalidad de esta observación general es aclarar las obligaciones de los Estados en virtud del artículo 5 de la [Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad](#), ante la convicción de que, en el plano real, las leyes y las políticas nacionales siguen sin corregir, más bien perpetúan (por sus deficiencias), los prejuicios y los estigmas para con las personas con discapacidad.

El TC y el órgano de garantías internacional son conscientes del contraste entre la visión normativa de prohibición de la discriminación por discapacidad (art. 2 [Convención de la Organización de Naciones Unidas](#); art. 14 [Convenio Europeo de Derechos Humanos](#) –[Sentencia del TEDH de 30 de enero de 2018, asunto Enver Şahin v. Turquía](#)–; art. 5 en relación con el art. 2.2 b) [Directiva 2000/78/CE](#) –[STJUE de 11 de septiembre de 2019, asunto C-397/18, FJ 75.º](#)–)

y la realidad. De ahí que reivindiquen una protección reforzada, incluso si se cumplen los criterios objetivos atendidos para adoptar medidas desfavorables –despidos, sanciones–. La apariencia de neutralidad debe corregirse con un análisis detenido del impacto de la situación de discapacidad, incluidos los ajustes razonables para corregirla.

---

El TC y el órgano de garantías internacional son conscientes del contraste entre la visión normativa de prohibición de la discriminación por discapacidad y la realidad. De ahí que reivindiquen una protección reforzada

---

Si con carácter general –para el empleo privado– tal obligación se prevé en los artículos 35, 40.2 y 63 de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, en el ámbito del empleo público, el artículo 59.2 del Estatuto Básico del Empleado Público contiene la obligación de cada Administración pública de adoptar «las adaptaciones y ajustes razonables de tiempos y medios en el proceso selectivo y, una vez superado dicho proceso, [...] a las necesidades de las personas con discapacidad».

El TC aclara que la respuesta de la empresa debe ser expresa y motivada, sobre todo si se deniegan los ajustes solicitados por considerarlos desproporcionados o indebidos, ya que de lo contrario incurrirá en una denegación tácita carente de la debida justificación que vulnera dicho derecho. El TC enfatiza esta obligación de ajustes razonables para las personas con discapacidad mental (causas psíquicas, intelectuales o cognitivas), al tratarse de formas de discapacidad rodeadas de estereotipos de los que deriva un plus de vulnerabilidad, levantando barreras adicionales *de facto*. No puede ser más oportuna esta doctrina constitucional, pues tercia en otro tema de gran actualidad político-social, como es el debate abierto respecto de la –poca protección de la– salud mental en España. El TC recuerda que para abordar estas barreras adicionales:

[...] la Recomendación sobre la política integrada de salud mental, competencias y empleo adoptada por el Consejo de la OCDE el 14 de diciembre de 2015, a la que se ha adherido España, plantea la necesidad de que las autoridades tomen medidas para hacer frente a esta realidad (FJ 4.º, párr. penúltimo).

Por lo tanto, exige un especial deber de diligencia empresarial a la hora de gestionar sus decisiones para no provocar un efecto excluyente indebido. La obligación de realizar dichos ajustes no se limita a los casos en los que se soliciten formalmente por la persona trabajadora afectada de discapacidad, sino que bastará con que sea conocida tal situación por la empresa.

De nuevo, el TC acude a la Observación general número 6, de 26 de abril de 2018, del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, como criterio de autoridad interpretativa determinante (CRPD/C/GC/6, párr. 24 *in fine*; conclusiones de la abogada general en el asunto C-270/16, Ruiz Conejero, puntos 39 y 41). En suma, con esta doctrina constitucional,

el TC exhibe una concepción multinivel internacional y progresista de la protección frente a la discriminación real de las personas con discapacidad en general, y mental en particular, con lo que parece salir al paso de la extendida acusación de políticas jurisdiccionales «regresivas» en esta materia, muy encerradas en un «rancio patriotismo normativo nacional», insensible a la doctrina avanzada de los tribunales europeos, comunitario y de derechos humanos.

---

El TC exhibe una concepción multinivel internacional y progresista de la protección frente a la discriminación real de las personas con discapacidad

---

El ejemplo más típico sería el de la –muy polémica, incluso internamente– [STC 118/2019, de 16 de octubre](#), que avaló el despido por absentismo. Precisamente, esta sentencia sería el detonante de su [derogación](#).

Paradojas de la vida, o caprichos de la historia jurídica, también evidencias de que todos debemos ser más «prudentes» o ponderados en nuestros juicios críticos, para no confundir lo que queremos que sea el derecho con lo que es de verdad, como derecho vivo y plural, incierto en su palabra legal, pero también jurisprudencial, la actualidad ha querido hacer coincidir este fallo con otro del TEDH en el que parece observarse una visión más liberal, o menos garantista. En su [Decisión de 8 de abril de 2021, demanda 25284/16 \(Raventós Martínez v. Spain\)](#), el TEDH –como el TC y el TS españoles– avala la eficacia de un despido por absentismo laboral de una trabajadora (de ayuda a domicilio) que, despedida por sus ausencias, alegó que se debían a migrañas crónicas y, en consecuencia, a una enfermedad equivalente a la discapacidad. Si la sentencia de instancia le dio la razón, estableciendo la nulidad del despido, la sala de suplicación la revocó, entendiendo que el despido era procedente, porque no hubo razón alguna de discriminación, sino aplicación estricta de los criterios legales (estuvo ausente más del 38 % de su jornada en 2 meses consecutivos –15 días en el caso– y más del 14 % en términos anuales). Además, la empresa no conocía la situación de eventual discapacidad, porque nunca se solicitó, ni el tribunal está obligado a indagar tal estado, siendo claro que se había producido un elevado periodo de ausencias no justificadas. El TC inadmitió en este caso el recurso de amparo, por entender que no había vulneración de derecho fundamental alguno. Ahora, el TEDH confirma que fue correcta su doctrina.

---

Paradojas de la vida, el TEDH, en su [Decisión de 8 de abril de 2021, demanda 25284/16 \(Raventós Martínez v. Spain\)](#), avala –como el TC y el TS españoles– la eficacia de un despido por absentismo laboral de una trabajadora

---

**7. Políticas de mercado de trabajo inclusivas más tomadas en serio jurídicamente, menos programáticas.** Una y otra vez nos encontramos con la misma tensión o conflicto: mientras que en el plano de los discursos solemnes y los marcos promocionales se hace una defensa muy seria de las políticas de mercado de trabajo inclusivas, por razón de la edad, de la discapacidad, hasta del género (si bien en este ámbito suele haber mayor coercibilidad), exhibiendo un modelo de responsabilidad social corporativa ([Boldó Roda, 2021](#)), la realidad evidencia que las leyes y las políticas al respecto siguen siendo, sobre todo respecto de la edad y la discapacidad, ineficaces para llevar a la realidad, a la práctica de la gestión diaria del trabajo, ese enfoque de diversidad inclusiva ([Monereo Pérez, 2019](#)). Con demasiada frecuencia se repite cíclicamente la renovación de las estrategias y medidas para acabar con esos desajustes, incluso se utilizan idénticas o muy parecidas palabras, pero los instrumentos normativos y las garantías de efectividad adolecen una y otra vez de la debida «seriedad jurídica», lo que los hace tan recurrentes como poco fiables. [Muchas expectativas](#), pocas realidades (mucho música agradable al oído, nueces pocas).

Como la experiencia diaria nos enseña, acabar con estas discriminaciones sistémicas no resulta nada fácil, porque están muy arraigadas en los prejuicios y prácticas sociales, más en lo laboral. Piénsese en la reciente [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 13 de abril de 2021 \(rec. 160/2020\)](#), en la que se declara nulo el despido de un empleado el mismo día que sufrió un accidente laboral, tras haberlo visitado en el hospital y comprobar que, «aparentemente», sus lesiones no se curarían a corto plazo (discriminación por apariencia de enfermedad equivalente a la discapacidad). Lejos queda no solo el modelo inclusivo, sino mínimamente humano, de relaciones laborales.

---

La reciente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 13 de abril de 2021 (rec. 160/2020) declara nulo el despido de un empleado el mismo día que sufrió un accidente laboral (discriminación por apariencia de enfermedad equivalente a la discapacidad). Lejos queda no solo el modelo inclusivo, sino mínimamente humano, de relaciones laborales

---

¿Ha llegado ya el tiempo definitivo de cambiar de rumbo, más cultural y experiencial que normativo, pues existen leyes por doquier en el sistema multinivel moderno? El Gobierno presenta los fondos de la recuperación como esa gran oportunidad, ese tiempo de la verdad digital, verde e inclusiva socialmente. La historia enseña que, a más grandilocuente es el discurso, mayor es la frustración posterior. Los grandísimos proyectos suelen beneficiar a una faceta o dos de las tres –normalmente lo digital, el desarrollo tecnológico y los beneficios económicos que derivan, para quienes lo capitalizan–, en detrimento de las otras, lo sostenible (verde) y, desde luego, lo inclusivo (social). Baste pensar que la gran apuesta que ahora se hace por el sector del automóvil y su electrificación, así como por la construcción de nuevo cuño, dedicada a la mejora de eficiencia energética (construcción-rehabilitación), supone, en última instancia, seguir desarrollando sectores industriales clásicos, en los que, sobre todo el del automóvil, la mejora de la competitividad se ha identificado con el reconocimiento de mayores posibilidades de jubilación parcial y anticipada.

Cierto que, al menos en estos casos, la jubilación parcial va acompañada de contratos de relevo ([RDL 20/2018, de 7 de diciembre](#)). Pero no menos verdad es que, en todo caso, la competitividad se hace bascular siempre sobre la progresiva desaparición de las empresas de «las canas», para sustituirlas por «savia joven», con lo que, en cierto modo, la ley, y el sistema público de pensiones, ayuda a perpetuar prejuicios sociales, y de mercado, que la realidad no siempre avala. Como evidencian los fragmentos de derecho vivo, real, las sentencias referidas, queda mucho trecho entre las recomendaciones (lo debido-querido) y lo real (lo sufrido).

**Cómo citar:** Molina Navarrete, Cristóbal. (2021). «Next Generation EU» y políticas de mercado de trabajo inclusivo: transiciones (espinosas) desde las discriminaciones (sistémicas por edad y discapacidad) a la integración (en igualdad). *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 458, 5-18.

# Tiempo de trabajo y permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en el empleo público

**María Belén García Romero**

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.*

*Universidad de Murcia*

[belengar@um.es](mailto:belengar@um.es) | <https://orcid.org/0000-0001-6797-7180>

## Extracto

A pesar del propósito unificador que inspira la labor llevada a cabo por el legislador del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) para establecer un marco jurídico unitario común a las distintas categorías de personas empleadas al servicio de la Administración pública, lo cierto es que no se ha producido una equiparación total de derechos.

En materia de tiempo de trabajo, destacan los derechos reconocidos en el artículo 14, letras j) y m), del EBEP, a través de los que se pretende garantizar el descanso necesario y la conciliación de la vida personal, laboral y familiar. La concreción de los mismos tiene lugar a lo largo de los seis preceptos que integran el capítulo V del mismo texto legal, que lleva por título «Derecho a la jornada de trabajo, permisos y vacaciones», y cuyas disposiciones, a excepción del artículo 51, se dirigen, en principio, al personal funcionario.

En el estudio se presta particular atención a la regulación de los permisos y situaciones que se contemplan en los artículos 48 y 49 del mismo texto normativo, cuya verdadera diferencia, como se verá, no es realmente su objeto, sino su ámbito de aplicación. Dicho análisis se realiza a la luz de la doctrina científica y de los criterios administrativos y judiciales sobre la materia.

Por último, la comparativa de los regímenes aplicables a las empleadas y empleados públicos, de un lado, y al personal laboral, de otro, en lo referente a jornada y permisos permite apreciar algunas diferencias relevantes entre ambos sectores.

**Palabras clave:** empleo público; jornada; permisos; conciliación vida personal, familiar y laboral.

Fecha de entrada: 26-02-2021 / Fecha de aceptación: 07-04-2021

**Cómo citar:** García Romero, María Belén. (2021). Tiempo de trabajo y permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en el empleo público. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 458, 19-52.



# Work time and leave for personal, family and work life balance in public employment

María Belén García Romero

## Abstract

Despite the unifying purpose behind the work carried out by the legislator of the Basic Statute of the Public Employee to establish a unitary legal framework common to the different types of public servants, the fact is that there has not been a total equalisation of rights.

In terms of working time, the rights recognised in article 14, j) and m), of the Basic Statute of the Public Employee stand out, which are intended to guarantee the necessary rest and the reconciliation of personal, work and family life. These rights are set out in the six precepts that make up chapter V of the same legal text, entitled «Right to working hours, leave and holidays». With regard to those to whom they are addressed, most of the provisions of chapter V, with the exception of article 51, are, in principle, aimed at civil servants.

On the other hand, in addition to the examination of the legal regime of working hours and holidays in the field of public employment, particular attention is paid to the regulation of leave and situations contemplated in articles 48 and 49 of the same regulatory text, in the light of scientific doctrine, as well as administrative and judicial criteria on the subject.

A comparison of the working time and leave regimes applicable to civil servants and to employees reveals some relevant differences between the two.

**Keywords:** public employment; working hours; leave, holidays, work-life balance.

**Citation:** García Romero, María Belén. (2021). Work time and leave for personal, family and work life balance in public employment. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 458, 19-52.

## Sumario

1. La ordenación jurídica del tiempo de trabajo en el sector público
  2. Jornada de trabajo
  3. Permisos del funcionamiento público
    - 3.1. Precisiones acerca del ámbito de aplicación de los permisos recogidos en el EBEP
    - 3.2. Permisos reconocidos en defecto de legislación aplicable
      - 3.2.1. Consideraciones generales acerca de los permisos para la conciliación y otros asuntos personales y familiares
      - 3.2.2. Permisos por motivos de conciliación o de protección de la familia reconocidos en el EBEP en defecto de legislación aplicable
      - 3.2.3. Otros permisos por motivos personales reconocidos en defecto de legislación aplicable
    - 3.3. Permisos en materia de conciliación reconocidos directamente con carácter mínimo
  4. Vacaciones del personal funcionario
  5. Jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral
    - 5.1. La problemática determinación de la normativa aplicable al personal laboral de la Administración pública
    - 5.2. Principales diferencias entre la legislación laboral y la del EBEP en materia de permisos
  6. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

**Nota:** este trabajo se enmarca en el proyecto PID2019-104630RB-I00 sobre «El futuro del sistema español de protección social (VI): soluciones jurídicas a los actuales retos demográficos», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, e incluido en la convocatoria 2019 de «Proyectos de I+D+i, Retos investigación (RTI), tipo B».

## 1. La ordenación jurídica del tiempo de trabajo en el sector público

El Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), cuyo texto refundido fue aprobado por el Real Decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre, tiene por objeto establecer las bases del régimen estatutario del personal funcionario público incluido en su ámbito de aplicación<sup>1</sup>, así como determinar las normas aplicables al personal laboral al servicio de las Administraciones públicas (art. 1, apdos. 1 y 2, EBEP).

En lo que se refiere a los derechos de quienes tienen un empleo en el sector público, el EBEP distingue entre «derechos individuales» (art. 14) y «derechos individuales ejercidos colectivamente» (art. 15).

El primero de estos artículos reconoce un conjunto mínimo de derechos, que podrán ser objeto de mejora o ampliación por las comunidades autónomas o a través de la negociación colectiva (Ramos Moragues, 2011, p. 1). Por su conexión con este trabajo, destacaremos los enunciados en las letras j) y m). Concretamente, el derecho «a la adopción de medidas que favorezcan la conciliación de la vida personal, familiar y laboral» (letra j) y «a las vacaciones, descansos, permisos y licencias» (letra m). Esta lista no es cerrada, como lo pone de manifiesto la cláusula genérica incluida en la letra q) del mismo precepto que hace referencia a «los demás derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico».

La concreción de los derechos formulados en el artículo 14 j) y m) del EBEP tiene lugar en el capítulo V del mismo texto legal, que lleva por título «Derecho a la jornada de trabajo, permisos y vacaciones» y que contiene seis artículos sobre jornada de los funcionarios y funcionarias públicos (art. 47); teletrabajo (art. 47 bis); permisos del personal funcionario (art. 48); permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, por razón de violencia de género y para las víctimas de terrorismo y sus familiares directos (art. 49); vacaciones del personal funcionario (art. 50); y jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral

---

<sup>1</sup> De acuerdo con el artículo 2.1 del EBEP, este estatuto se aplica al personal funcionario y en lo que proceda al personal laboral al servicio de las siguientes Administraciones públicas: a) La Administración General del Estado; b) Las Administraciones de las comunidades autónomas y a las ciudades de Ceuta y Melilla; c) Las Administraciones de las entidades locales; d) Los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas; e) Las universidades públicas. Cada vez que el EBEP haga referencia al personal funcionario de carrera se entenderá comprendido el personal funcionario de los servicios de salud (art. 2.4 EBEP).

(art. 51). En particular, el desarrollo normativo de los derechos enunciados en el artículo 14 j) y m) del EBEP se encuentra en la regulación de los permisos y situaciones que se contemplan en los artículos 48 y 49 del mismo texto normativo.

En principio, la mayoría de las disposiciones del capítulo V, a excepción del artículo 51, referido exclusivamente al personal laboral, se dirigen al personal funcionarial. En el caso del artículo 48 del EBEP, por ejemplo, esta conclusión se extrae del propio título del precepto, que reza «Permisos de los funcionarios públicos», y también de la redacción del citado precepto, en el que únicamente se hace referencia a la persona funcionaria, sin aludir en ningún momento al personal laboral ni siquiera a empleados o empleadas públicos, para dar cabida al personal con contrato laboral. Lo mismo sucede con el 50 relativo a las vacaciones del personal funcionario público. En cambio, en el caso de los permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral regulados en el artículo 49, únicamente sus letras d), e) y f) aluden expresamente al funcionario o funcionaria, mientras que en las restantes se habla del progenitor o progenitora. Con todo, la aplicación de esta regulación al colectivo laboral puede derivarse de algunas previsiones legales como las contenidas en el artículo 7.2 del EBEP, en el artículo 47 bis, apartado 5, o en la fórmula utilizada en el artículo 51 del EBEP.

En efecto, el artículo 7 del EBEP, al definir la normativa aplicable al personal laboral al servicio de las Administraciones públicas, señala que este personal se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este estatuto que así lo dispongan. Ahora bien, en su segundo párrafo aclara que en materia de permisos por nacimiento, adopción, de la persona progenitora diferente de la madre biológica y lactancia –derechos que se hallan desarrollados en el art. 49 EBEP, letras a), b) y c)–, el personal laboral al servicio de las Administraciones públicas se regirá por lo previsto en el presente estatuto, no siendo de aplicación a este personal, por tanto, las previsiones del Estatuto de los Trabajadores (ET)<sup>2</sup> sobre las suspensiones de los contratos que, en su caso, corresponderían por los mismos supuestos de hecho. En la misma línea, el nuevo artículo 47 bis del EBEP, en su apartado 5, establece que el personal laboral se regirá en materia de teletrabajo por lo previsto en el presente estatuto y por sus normas de desarrollo.

Por su parte, el artículo 51 del EBEP, cuyo rótulo es «Jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral», señala que el régimen jurídico aplicable al colectivo laboral en las materias descritas en su título vendrá determinado por lo dispuesto en el capítulo V del EBEP y en la legislación laboral correspondiente. La técnica de remisión acumulativa empleada en este último precepto plantea importantes dudas interpretativas acerca de la determinación de la regulación aplicable al personal laboral en caso de conflicto entre la legislación laboral y el EBEP, de la que se ha hecho eco la doctrina científica y judicial y sobre la que volveremos más adelante.

<sup>2</sup> Texto refundido aprobado por el Real Decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

Por último, cabe señalar que las materias reguladas en el capítulo V del EBEP, tales como la jornada, vacaciones y permisos, se encuentran entre las susceptibles de negociación colectiva, de acuerdo con el artículo 37.1 m) del EBEP, negociación que tendrá lugar «en su ámbito respectivo y en relación con las competencias de cada Administración pública y con el alcance que legalmente proceda en cada caso».

## 2. Jornada de trabajo

Las Administraciones públicas son competentes para establecer la ordenación del tiempo de trabajo del personal a su servicio, de acuerdo con lo establecido en los artículos 47 y 51 del EBEP. Esta competencia debe ser ejercida respetando, a su vez, lo establecido en el artículo 37.1 m) del mismo texto legal, que, como se ha indicado anteriormente, recoge, como materias objeto de negociación, las referidas a calendario laboral, horarios, jornadas y permisos.

En lo que afecta al personal funcionario, el artículo 47 del EBEP dispone que «las Administraciones públicas establecerán la jornada general y las especiales de trabajo de sus funcionarios públicos», así como que «la jornada de trabajo podrá ser a tiempo completo o a tiempo parcial».

Así pues, el EBEP se limita a explicitar que la competencia para fijar la jornada de trabajo corresponde a las «Administraciones públicas». Esta jornada de trabajo puede ser general o especial, y, a su vez, a tiempo completo o a tiempo parcial.

De acuerdo con la disposición adicional centésima cuadragésima cuarta de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de presupuestos generales del Estado (LPGE) para 2018 (BOE de 4 de julio), a partir de la entrada en vigor de esta ley, la jornada de trabajo general en el sector público<sup>3</sup> se computará en cuantía anual y supondrá un promedio semanal de 37 horas y media, sin perjuicio de las jornadas especiales existentes o que, en su caso, se establezcan.

<sup>3</sup> Según esa misma disposición y, a estos efectos, conforman el sector público: a) La Administración General del Estado, las Administraciones de las comunidades autónomas y las entidades que integran la Administración local; b) Las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social; c) Los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales, las autoridades administrativas independientes, y cualesquiera entidades de derecho público con personalidad jurídica propia dependientes o vinculadas a una Administración pública o a otra entidad pública, así como las universidades públicas; d) Los consorcios definidos en el artículo 118 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público; e) Las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional esté formado en más de un 50 % por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades; f) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a) a e) del presente apartado sea superior al 50 %.

No obstante lo anterior, cada Administración pública podrá establecer en sus calendarios laborales, previa negociación colectiva, otras jornadas ordinarias de trabajo distintas de la establecida con carácter general, o un reparto anual de la jornada en atención a las particularidades de cada función, tarea y ámbito sectorial, atendiendo en especial al tipo de jornada o a las jornadas a turnos, nocturnas o especialmente penosas, siempre y cuando en el ejercicio presupuestario anterior se hubieran cumplido los objetivos de estabilidad presupuestaria, deuda pública y la regla de gasto.

En cuanto a la normativa aplicable a las entidades locales, y en relación con lo previsto en este apartado, la regulación estatal de jornada y horario tendrá carácter supletorio en tanto que por dichas entidades se apruebe una regulación de su jornada y horario de trabajo, previo acuerdo de negociación colectiva.

Asimismo, las Administraciones públicas podrán autorizar a sus entidades de derecho público o privado y organismos dependientes a que establezcan otras jornadas ordinarias de trabajo u otro reparto anual de las mismas, siempre que ello no afecte al cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria, deuda pública y la regla de gasto, así como al objetivo de temporalidad del empleo público en el ámbito respectivo a que se hace referencia en el apartado dos.

Quedan sin efecto las previsiones en materia de jornada y horario contenidas en los acuerdos, pactos y convenios vigentes o que puedan suscribirse que contravengan lo previsto en esta disposición.

Como novedad, se establece que cada Administración pública, previa negociación colectiva, podrá regular una bolsa de horas de libre disposición acumulables entre sí, de hasta un 5 % de la jornada anual, con carácter recuperable en el periodo de tiempo que así se determine y dirigida de forma justificada a la adopción de medidas de conciliación para el cuidado y atención de personas mayores, con discapacidad, e hijos e hijas menores, en los términos que en cada caso se determinen. La Administración respectiva deberá regular el periodo de tiempo en el que se generará la posibilidad de hacer uso de esta bolsa de horas, los límites y condiciones de acumulación de la misma, así como el plazo en el que deberán recuperarse.

Igualmente, y en el caso de cuidado de hijos e hijas menores de 12 años o con discapacidad, podrá establecerse un sistema específico de jornada continua.

En el ámbito de la Administración General del Estado, las instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal civil al servicio de aquella y sus organismos públicos se contienen en la Resolución de 28 de febrero de 2019 (BOE de 1 de marzo)<sup>4</sup>, de la Secretaría

---

<sup>4</sup> De acuerdo con su artículo 1.1, estas instrucciones son aplicables a todos los empleados y empleadas públicos al servicio de la Administración General del Estado, las entidades gestoras y servicios comunes

General de Función Pública, fruto del Acuerdo de la Mesa General de Negociación, por la que se establecen medidas retributivas y para la mejora de las condiciones de trabajo y la profesionalización de los empleados y empleadas públicos y que sustituye a la anterior Resolución de 28 de diciembre de 2012. En dicho ámbito se incluyen varias medidas orientadas a mejorar la conciliación de la vida personal, familiar y profesional, que suponen excepciones al cumplimiento de la parte fija de la jornada laboral (Arribas López, 2013), siempre que sean compatibles con las necesidades de los servicios (apdo. 8), entre las que se encuentra una bolsa de horas de libre disposición acumulables entre sí y recuperables, en desarrollo de lo previsto en la citada disposición adicional centésima cuadragésima cuarta de la LPGE para 2018.

### 3. Permisos del funcionariado público

#### 3.1. Precisiones acerca del ámbito de aplicación de los permisos recogidos en el EBEP

El EBEP regula de forma separada los permisos del personal funcionario y del personal laboral, disponiendo cada uno de estos colectivos de regulación propia. Para el funcionariado, se contiene en sus artículos 48 y 49, y para los segundos, en el artículo 51.

Desde un punto de vista sistemático, la rúbrica del artículo 48 del EBEP hace referencia a los «Permisos de los funcionarios públicos», mientras que la del artículo 49 del EBEP a los «Permisos por motivos de conciliación de la vida laboral y personal, por razón de violencia de género, y para las víctimas de terrorismo y sus familiares directos»<sup>5</sup>.

---

de la Seguridad Social y los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado, que se rijan por la normativa general de función pública. Sin embargo, el apartado 2 del mismo precepto determina que no serán aplicables: al personal militar de las Fuerzas Armadas, ni al personal de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado; ni al personal de las entidades citadas en el apartado anterior destinado en instituciones y establecimientos penitenciarios o en instituciones y establecimientos sanitarios; ni al personal que preste servicios en centros docentes o de apoyo a la docencia. Para estos colectivos, así como para aquellos otros en los que la naturaleza singular de su trabajo lo requiera, se aplicarán las regulaciones específicas que procedan, determinadas conforme a los mecanismos y ámbitos de negociación derivados del texto refundido de la Ley del EBEP, aprobado por el Real Decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre, y que serán preceptivamente comunicadas a la Secretaría de Estado de Función Pública.

<sup>5</sup> El artículo 49 regula de forma conjunta, aunque no exhaustiva, los derechos de conciliación de la vida laboral y personal, los derechos de mujeres víctimas de violencia de género (en desarrollo de la Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género), así como los de víctimas de terrorismo y sus familiares directos (Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de reconocimiento y protección integral a las víctimas del terrorismo).

Esta clasificación podría hacer pensar que se ha introducido una sistematización de los permisos en razón del interés tutelado. Sin embargo, ello no es exactamente así, ya que, a pesar de su título, el artículo 49 del EBEP no agota, ni mucho menos, en su articulado los derechos de conciliación, limitándose a regular los permisos retribuidos por nacimiento, guarda con fines de adopción, acogimiento o adopción, tanto para la madre biológica como para la otra persona progenitora distinta de aquella, o el permiso por cuidado de menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave, además de los establecidos para víctimas de violencia de género y de terrorismo. Más aún, gran parte de los permisos recogidos en el artículo 48 del EBEP responden a la idea bien de protección de la familia o bien de conciliación de la vida familiar y laboral (como es el caso, por ejemplo, de los recogidos en las letras a), e), f), g), h) e i), por lo que, en principio, podrían haberse ubicado sistemáticamente en el artículo 49 del EBEP) (Gallego Córcoles, 2010, p. 3), y, además, podemos encontrar otros derechos de conciliación en otros preceptos diferentes, como sucede con las excedencias reguladas en el artículo 89.1 c) y 89.4 del EBEP<sup>6</sup>.

Por tanto, la verdadera diferencia entre los permisos regulados en el artículo 48 y los del artículo 49 no es su objeto, sino su ámbito de aplicación (Gallego Córcoles, 2010, p. 3). A pesar de que el texto legal no establece con claridad a qué obedece la regulación separada del régimen jurídico de los permisos en dos preceptos consecutivos<sup>7</sup>, el Ministerio de Administraciones Públicas tuvo la ocasión de fijar el criterio interpretativo en su respuesta a una consulta formulada acerca de la aplicación del capítulo V del título III de la precedente Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, relativo a los permisos y vacaciones, en el ámbito del BOE, donde señaló que se aplicará directamente, como norma mínima, lo establecido en el artículo 49 del EBEP, mientras que el artículo 48 del EBEP se aplicará únicamente en defecto de norma convencional vigente<sup>8</sup>.

En otro informe del Ministerio de Administraciones Públicas sobre la aplicación de los artículos 48 y 49 del EBEP de 2007 al personal laboral<sup>9</sup> se precisa que el apartado 1 del

<sup>6</sup> Respecto a la excedencia por cuidado de cada hijo o hija menor de 3 años de edad (art. 89.4 EBEP), se ha entendido que la misma no puede emplearse para atender a hijos o hijas de más edad, salvo por razones de enfermedad, accidente o discapacidad. Véase, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 902/2020, de 4 de mayo.

<sup>7</sup> La única diferencia es que el artículo 48 del EBEP empieza afirmando: «Los funcionarios públicos tendrán los siguientes permisos», mientras que el 49 lo hace declarando: «En todo caso, se concederán los siguientes permisos con las correspondientes condiciones mínimas».

<sup>8</sup> Véase el documento del Ministerio de Administraciones Públicas con la «Relación de las principales consultas resueltas sobre la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público», pp. 67 y ss. ([https://www.acaip.es/images/docs/130209\\_principales\\_consultas\\_epep.pdf](https://www.acaip.es/images/docs/130209_principales_consultas_epep.pdf)).

<sup>9</sup> [http://cemical.diba.cat/es/boletin/ficheros/Boletin\\_3/Criterios\\_aplicacion\\_art48EBEP\\_personal\\_laboral.pdf](http://cemical.diba.cat/es/boletin/ficheros/Boletin_3/Criterios_aplicacion_art48EBEP_personal_laboral.pdf).

artículo 48 establece textualmente que: «Los funcionarios públicos tendrán los siguientes permisos [...]». Para el Ministerio de Administraciones Públicas, de la redacción de este apartado, se desprende que el legislador básico ha respetado la competencia de autoorganización de las Administraciones públicas para establecer su propia regulación sobre permisos, puesto que esta materia no forma parte del núcleo esencial del régimen jurídico de la función pública, como declaró el Tribunal Constitucional en la Sentencia 99/1987, de 11 de junio.

En conclusión, serán pues las normas de desarrollo posteriores al EBEP las que concreten los supuestos, efectos, requisitos y duración de los permisos. Dicha regulación se llevará a cabo bien a través de las leyes reguladoras de la función pública de la Administración General del Estado y de las comunidades autónomas previstas en el artículo 6 de la Ley para el personal funcionario, bien a través de normas convencionales para el personal laboral.

En consecuencia, podemos afirmar que el artículo 48 del EBEP no es aplicable al personal de la Administración civil del Estado y sus organismos autónomos, ni al personal civil al servicio de la Administración militar, ni al personal de la Administración de la Seguridad Social, porque en este caso existe una regulación propia aplicable<sup>10</sup>. Tampoco al personal militar<sup>11</sup> ni a los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado<sup>12</sup> (Mur Nuño, 2019, marginal 6745). Asimismo, las distintas comunidades autónomas han dictado su propia normativa por la que se regulan los permisos de su personal funcionario<sup>13</sup>. Por su parte, los funcionarios y funcionarias de la Administración local tendrán derecho a los permisos, licencias y vacaciones previstas en la legislación de la función pública de la comunidad autónoma respectiva y, supletoriamente, en la aplicable al personal funcionario de la Administración General del Estado (Gallego Córcoles, 2010, p. 4).

<sup>10</sup> Resolución de 28 de febrero de 2019, apartados 9.7 a 9.10 (BOE de 1 de marzo).

<sup>11</sup> El régimen de vacaciones, permisos, reducciones de jornada y licencias de los miembros de las Fuerzas Armadas se regula por la Orden DEF/253/2015, de 9 de febrero (BOE de 18 de febrero).

<sup>12</sup> Para los funcionarios y funcionarias del Cuerpo Nacional de Policía resulta aplicable la Circular de la Dirección General de la Policía de 5 de mayo de 2016, sobre vacaciones, permisos, licencias y otras medidas de conciliación. En cuanto a los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil, las normas que regulan las vacaciones, permisos y licencias son concedidas al personal de dicho cuerpo en las condiciones y duración análogas a las que se establecen para el personal al servicio de la Administración General del Estado, recogidas en el EBEP y atendiendo a las singularidades derivadas de las funciones y cometidos propios de la Guardia Civil. Están previstas, entre otras, en la Ley 29/2014, de 28 de noviembre, y en diversas instrucciones.

<sup>13</sup> Las comunidades autónomas, siempre que respeten la normativa básica, pueden, a través de su legislación específica, llegar a una regulación de carácter distinto a la establecida con carácter general en la legislación del Estado. Véase STSJ de Castilla y León/Valladolid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 1995/2014, de 1 de octubre.

## 3.2. Permisos reconocidos en defecto de legislación aplicable

### 3.2.1. Consideraciones generales acerca de los permisos para la conciliación y otros asuntos personales y familiares

Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral tienen su origen en el artículo 44 de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI), y se reconocen a las personas trabajadoras por cuenta ajena y funcionarios y funcionarias públicos con el fin de fomentar la asunción equilibrada de responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio.

Se trata, fundamentalmente, de los permisos por nacimiento y cuidado de hijo o hija, tanto para la madre biológica como para la otra persona progenitora, y por adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, reconocidos al personal funcionario en el artículo 49 a), b) y c) del EBEP. Asimismo, tendrían esta misma finalidad el permiso por cuidado de menor con cáncer u otra enfermedad grave (art. 49 d); las adaptaciones o reducciones de jornada por lactancia; guarda legal o cuidado de familiar y los permisos por motivos de conciliación recogidos en el artículo 48 f), g), h), i) y j) del EBEP, así como las excedencias por cuidado de familiar reguladas en el artículo 89 del EBEP. Junto a ellos, el mismo texto normativo reconoce también una serie de derechos relacionados con la vida familiar o la protección del embarazo, regulados en el artículo 48 a), e) y l) (por fallecimiento, accidente o enfermedad grave de familiar; para exámenes prenatales, técnicas de preparación al parto o preparación de informes para la adopción; por deberes relacionados con la conciliación o por matrimonio), o con motivos estrictamente personales, como pueden ser traslado de domicilio; realizar funciones sindicales; concurrir a exámenes; cumplimiento de un deber inexcusable, o por asuntos particulares (art. 48 b), c), d), j) y k) EBEP). Finalmente, el EBEP regula unos permisos por razón de violencia de género o para víctimas de terrorismo y sus familiares directos (art. 49 d) y f) EBEP)<sup>14</sup>.

A su vez, tales derechos pueden dividirse en dos grupos, según su carácter retribuido o no (Mur Nuño, 2019, marginal 6595). Entre los permisos retribuidos se encuentran los siguientes: fallecimiento, accidente o enfermedad grave de familiar; preparación al parto y técnicas de fecundación o reproducción asistida y preparación de informes, en caso de adopción o acogimiento, o guarda con fines de adopción; nacimiento de hijo o hija para la madre biológica; nacimiento de hijo o hija para persona progenitora distinta de la madre

<sup>14</sup> Aunque excede de este trabajo, cabe señalar que, además de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo (art. 49), el EBEP regula otros derechos para víctimas de violencia de género, en desarrollo de la Ley orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género (arts. 24 y ss.), como a la movilidad geográfica (art. 82) y excedencia (art. 89), también aplicables a víctimas de terrorismo.

biológica; adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento tanto temporal como permanente; nacimiento de hijos o hijas prematuros o que requieran hospitalización tras el parto; cuidado de hijo o hija o menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave; cuidado de familiar en primer grado por enfermedad muy grave; matrimonio; deber inexcusable; traslado de domicilio; realización de exámenes; licencia y permisos por estudios; funciones sindicales; asuntos particulares; vacaciones, y flexibilidad horaria.

En el segundo grupo de permisos no retribuidos se incluyen el reconocido por motivo de guarda legal o para el cuidado de familiar hasta el segundo grado (art. 48 h) EBEP).

Finalmente, en el caso de las excedencias por cuidado de familiares (art. 89.4 EBEP), cabe señalar que no tienen carácter retribuido, aunque sí computan a efectos de trienios, carrera y régimen de Seguridad Social y, en el caso de la excedencia para funcionarias víctimas de violencia de género, además de ello, la funcionaria tiene derecho a las retribuciones íntegras de los 2 primeros meses de esta excedencia –situación que puede durar entre 6 y 18 meses–, de acuerdo con lo establecido en el artículo 89.5 del EBEP.

### 3.2.2. Permisos por motivos de conciliación o de protección de la familia reconocidos en el EBEP en defecto de legislación aplicable

Analizamos aquí los permisos relacionados con el embarazo, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, y atención o cuidado de familiares que, de acuerdo con el artículo 48 del EBEP, tiene reconocidos el personal funcional en defecto de legislación aplicable. Se trata de los siguientes permisos:

#### A) Fallecimiento, accidente o enfermedad grave de familiar

El artículo 48 a) del EBEP reconoce un permiso:

Por fallecimiento, accidente o enfermedad grave de un familiar dentro del primer grado de consanguinidad o afinidad, de 3 días hábiles cuando el suceso se produzca en la misma localidad, y de 5 días hábiles cuando sea en distinta localidad.

Cuando se trate del fallecimiento, accidente o enfermedad grave de un familiar dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad, el permiso será de 2 días hábiles cuando se produzca en la misma localidad y de 4 días hábiles cuando sea en distinta localidad.

En relación con este permiso, pueden hacerse las siguientes consideraciones:

1.<sup>a</sup> En lo que se refiere a la causa del mismo, el precepto habla de fallecimiento, accidente o enfermedad grave. En respuesta a una consulta acerca del concepto de «enfermedad

grave» unos meses después de la aprobación del EBEP (2007), el Ministerio de Administraciones Públicas declaró que:

[...] la consideración de una enfermedad como grave o no, en tanto estamos ante un concepto jurídico indeterminado, requiere una ponderación por parte del centro gestor, a la vista de las circunstancias concurrentes. [Y que] en todo caso, es requisito indispensable para la concesión del permiso que exista una justificación documental suficiente, ya sea con carácter previo o con posterioridad, de tal modo que permita a la Administración efectuar un juicio razonado acerca de la procedencia o no de la concesión del citado permiso. En este sentido, no se considera justificación suficiente la mera referencia al internamiento hospitalario sin concretar el hecho causante del mismo.

Sobre la valoración de la gravedad de la enfermedad, la doctrina judicial ha establecido que la interpretación de la expresión «grave» ha de acomodarse a las circunstancias del caso y al sentido común. En este sentido, se ha señalado que:

[...] parece evidente que para conceder 2 días de ausencia al trabajo no debe exigirse una especial gravedad, de peligro para la vida o la integridad física, sino que debe abarcar todos aquellos casos en los que la presencia del familiar no sea un mero capricho, sino una necesidad real para prestar ayuda y acompañar al enfermo en estas difíciles circunstancias<sup>15</sup>.

Y en esta línea, dado que el EBEP (a diferencia del ET) no contempla la «hospitalización» ni la «intervención quirúrgica sin hospitalización» de familiar como causas generadoras de permiso, la Defensora del Pueblo hizo, en agosto de 2015, la recomendación de:

[...] incluir expresamente en el texto del artículo 48 a) del Estatuto Básico del Empleado Público el permiso por hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización de familiares y parientes que precisen reposo domiciliario, con las precisiones que se estimen pertinentes, de manera favorable y acorde con la conciliación de la vida familiar y laboral.

En cuanto a la justificación de motivo de la ausencia, el Informe 2/2012 de la Agencia Española de Protección de Datos indica que, de acuerdo con el artículo 4.1 de la Ley orgánica de protección de datos de carácter personal, deberá acreditarse la circunstancia de enfermedad grave de familiar ante la Administración (mediante certificación por el personal facultativo que tratase a la persona familiar del funcionario o funcionaria solicitante en que

---

<sup>15</sup> Véase Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Ciudad Real 513/2010, de 24 de noviembre.

se limitase a poner de manifiesto el carácter grave de la enfermedad padecida), pero que ello «no autoriza al órgano de la Administración en que el funcionario presta servicios a valorar la gravedad de la enfermedad, ni a conocer otros datos de salud distintos a la mera existencia de la situación de enfermedad grave».

2.<sup>a</sup> Sobre los grados de parentesco y parientes que causan el derecho. El permiso se concede, con distinta duración, cuando el suceso afecte a familiar en primer o segundo grado de consanguinidad o afinidad.

Entre los/las parientes consanguíneos se incluyen tanto los que lo sean por vínculos de sangre como también por adopción. Son consanguíneos, en primer grado, los padres/madres y los hijos/hijas y, en segundo grado, los abuelos/abuelas y los nietos/nietas.

En cuanto a la afinidad en materia de permisos retribuidos por desgracia familiar, la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, 157/2015, de 2 de octubre, señaló que, aplicando un criterio teleológico, deben incluirse como afines de primer grado los hijos e hijas del cónyuge (hijastros/as) y el cónyuge del padre o de la madre (madrastro/padrastro). Ello no obedece tanto a la relación entre quien trabaja y la persona cuyo fallecimiento ocasiona el permiso, como al vínculo matrimonial o filial que vincula con un consanguíneo directo o cónyuge de este, de manera que mediante el uso del permiso pueda acompañar bien a su cónyuge, bien a su padre o madre en el difícil trance de perder a su hijo o hija o a su cónyuge.

Sobre la posibilidad de conceder el permiso por enfermedad grave o fallecimiento de suegra a una funcionaria separada legalmente, la Dirección General de la Función Pública respondió en sentido positivo a la consulta planteada (documento C26/10\_3, de 26 junio de 2012)<sup>16</sup>, considerando procedente la concesión del permiso en este supuesto «toda vez que el vínculo de parentesco entre ambas no se extingue por la separación matrimonial».

3.<sup>a</sup> Respecto a la naturaleza de «días hábiles» y a si se incluyen o no los sábados a efectos del permiso por fallecimiento, accidente o enfermedad grave de familiar, la Dirección General de la Función Pública en respuesta a una consulta planteada (2011) resolvió en sentido afirmativo señalando que:

[...] a efectos del disfrute del permiso que se plantea, el sábado tiene la consideración de día hábil y, en consecuencia, computa, y ello porque si el legislador hubiera querido regular otra cosa lo hubiese hecho expresamente, como sí lo hace a propósito de las vacaciones [en el artículo 50 del EBEP, según el cual] no se considerarán como días hábiles los sábados.

<sup>16</sup> <https://www.mptfp.gob.es/portal/funcionpublica/funcion-publica/rj-pdp/regimen-juridico/bodeco/Historico/Boletin26/Materias26/10.html>.

4.<sup>a</sup> Interpretación del término «distinta localidad» a efectos del permiso por fallecimiento, accidente o enfermedad grave de familiar. En cuanto al lugar del evento que motiva la distinta duración del permiso, según este tenga lugar en la misma localidad de residencia de la persona funcionaria o en localidad distinta, la Dirección General de la Función Pública emitió una respuesta a una consulta (documento C26/10\_4, de 12 de febrero de 2013)<sup>17</sup>, en la que se indica que:

[...] de acuerdo con una interpretación finalista de la norma, el artículo 48.1 a) del Estatuto Básico del Empleado Público se refiere indistintamente a la localidad de destino y a la de residencia, procediendo únicamente la ampliación del permiso de 3 a 5 días hábiles cuando el suceso se produce en una tercera localidad, distinta de la de residencia o trabajo habituales del funcionario [o funcionaria].

Se aduce que «la finalidad de aumentar los días de permiso no es otra que la de incluir un tiempo necesario para facilitar el desplazamiento hasta el lugar en el que se ha producido el suceso». Por tal razón, se estima que:

[...] ese tiempo suplementario no se precisa si el suceso se produce en la localidad de residencia [del funcionario o funcionaria] o en la sede de su trabajo, ya que ese desplazamiento lo realiza diariamente para concurrir al puesto de trabajo. [En consecuencia, solo si el suceso se produjera] en una tercera localidad procederá la concesión de los días de permiso adicionales. Por último, ha de tenerse en cuenta que para la ampliación de 3 a 5 días hábiles, el artículo 48 a) del EBEP no establece más condición que la de que el hecho se produzca en *distinta localidad*, sin que se establezca ningún requisito de distancia kilométrica, medios de transporte existentes, u otros extremos, para establecer o no el derecho a la ampliación del permiso.

## B) Lactancia de un hijo o hija menor de 12 meses

Este permiso, recogido en el artículo 48 f) del EBEP, y modificado por el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo (art. 3.2), consiste en el:

[...] derecho a 1 hora de ausencia del trabajo que se podrá dividir en dos fracciones. Este derecho podrá sustituirse por una reducción de la jornada normal en media hora al inicio y al final de la jornada, o en 1 hora al inicio o al final de la jornada, con la misma finalidad.

<sup>17</sup> <https://www.mptfp.gob.es/portal/funcionpublica/funcion-publica/rj-pdp/regimen-juridico/bodeco/Historico/Boletin26/Materias26/10.html>.

El permiso contemplado en este apartado constituye un derecho individual [del personal funcionario], sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor, adoptante, guardador o acogedor.

Se podrá solicitar la sustitución del tiempo de lactancia por un permiso retribuido que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente<sup>18</sup> [Gil Guillén, 2011]. Esta modalidad se podrá disfrutar únicamente a partir de la finalización del permiso por nacimiento, adopción, guarda, acogimiento o del progenitor diferente de la madre biológica respectivo, o una vez que, desde el nacimiento del menor, haya transcurrido un tiempo equivalente al que comprenden los citados permisos.

Este permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiple<sup>19</sup>.

Nada dice el precepto acerca de la posibilidad de ejercicio simultáneo o no. Según el criterio interpretativo de la Dirección General de la Función Pública de 27 de julio de 2013, el silencio sobre este punto, a diferencia de lo que se hacía respecto del permiso por parto, debía interpretarse en sentido de negar la misma. Sin embargo, dado que hoy día se configura como un derecho individual e intransferible de la persona funcionaria, parece que en caso de su disfrute de forma no acumulada pueda hacerse simultáneamente por ambas personas que tengan la condición de progenitoras, adoptantes, guardadoras o acogedoras.

Sobre el momento en el que comienza el permiso de lactancia acumulado, el artículo 48 f) del EBEP precisa ahora que:

[...] se podrá disfrutar únicamente a partir de la finalización del permiso por nacimiento, adopción, guarda, o acogimiento del progenitor diferente de la madre biológica respectivo, o una vez que, desde el nacimiento del menor, haya transcurrido un tiempo equivalente al que comprenden los citados permisos<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> Esta medida estaba prevista ya para la Administración General del Estado por la Orden 3902/2005, de 15 de diciembre, e incorporada a la Ley de medidas para la reforma de la función pública por la Ley 21/2006, de 20 de junio. La posibilidad de acumular el permiso también se reconocía por la Comisión Superior de Personal, en su reunión de 25 de julio de 2013 de la Dirección General de la Función Pública (documento C26/10\_5, de 25 de julio de 2013), donde consideró que: «El permiso de lactancia podrá disfrutarse, en los términos y con la duración máxima prevista en el citado precepto, bien como una reducción diaria de la jornada, bien como un permiso que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente» (<https://www.mptfp.gob.es/portal/funcionpublica/funcion-publica/rj-pdp/regimen-juridico/bodeco/Historico/Boletin26/Materias26/10.html>).

<sup>19</sup> Esta ampliación en los casos de parto múltiple fue consecuencia de la disposición adicional decimonovena. Ocho de la LOI.

<sup>20</sup> Esta condición ha sido añadida por el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo. Previamente, la exigencia de que su disfrute se iniciara a partir de la finalización del permiso por parto se fijó como criterio interpretativo de la Dirección General de la Función Pública (documento C26/10\_5, de 25 de julio de 2013, citado), estableciendo lo siguiente:

En lo que respecta a la interrelación entre el permiso de lactancia acumulado de la madre y el permiso por nacimiento y cuidado de menor de la otra persona progenitora, el artículo 49 c) del EBEP, en su párrafo 4, establece que en el supuesto de que la persona progenitora diferente de la madre biológica hubiera decidido posponer el disfrute del periodo de descanso no obligatorio por nacimiento y cuidado de menor a la finalización de la semana 16 del permiso por nacimiento de la madre biológica y esta hubiera solicitado el permiso de lactancia acumulado, el cómputo de las 10 semanas restantes del permiso por nacimiento de la persona progenitora diferente de la madre se iniciará al término del permiso de lactancia acumulado.

### C) Nacimiento de hijos o hijas prematuros o que por cualquier otra causa deban permanecer hospitalizados a continuación del parto

Según establece el artículo 48 g) del EBEP, en los casos de parto prematuro o que, por cualquier otra causa, el neonato/a deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, la madre o padre funcionario tendrá derecho a ausentarse del trabajo durante un máximo de 2 horas diarias percibiendo las retribuciones íntegras.

Asimismo, tendrán derecho a reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de 2 horas, con la disminución proporcional de sus retribuciones.

Por lo tanto, el permiso puede consistir bien en el derecho de la persona funcionaria a ausentarse de su puesto durante un máximo de 2 horas diarias en medio de la jornada de trabajo, manteniendo las retribuciones íntegras, o bien, si optara por entrar o salir más tarde del trabajo, el permiso consistirá en el derecho a reducir la jornada hasta un máximo de 2 horas, con la disminución proporcional de las retribuciones.

### D) Por razones de guarda legal

Según el artículo 48 h) del EBEP, cuando la persona funcionaria tenga el cuidado directo de alguna persona menor de 12 años, de persona mayor que requiera especial dedicación, o de una persona con discapacidad que no desempeñe actividad retribuida, tendrá derecho a la reducción de su jornada de trabajo, con la disminución de sus retribuciones que corresponda<sup>21</sup>.

---

El permiso de lactancia es un tiempo de cuidado destinado a la alimentación y cuidado del menor que se podrá disfrutar únicamente a partir de la finalización del permiso por parto, o una vez que, desde el nacimiento del menor, haya transcurrido un tiempo equivalente al que comprende el permiso por parto. [Y se añadía que] Sentado lo anterior, excepcionalmente, atendiendo a circunstancias debidamente acreditadas de necesidades del cuidado del menor, se podrá conceder dicho permiso en un momento posterior a la finalización del permiso por parto, únicamente por el tiempo que reste hasta el cumplimiento de los doce meses de vida del menor.

<sup>21</sup> Sobre la reducción de jornada por guarda legal del personal funcionario al servicio de las Cortes Generales, regulado en el artículo 37.2 del estatuto de este personal, el Tribunal Supremo (TS) ha declarado que el

Tendrá el mismo derecho el funcionario o funcionaria que precise encargarse del cuidado directo de familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y que no desempeñe actividad retribuida.

### E) Cuidado de familiar de primer grado por enfermedad muy grave

El artículo 48 i) del EBEP reconoce el derecho del personal funcionario a disfrutar de una reducción de hasta el 50 % de la jornada laboral para el cuidado de familiar de primer grado. A diferencia del permiso por guarda legal, este es un permiso retribuido, que debe estar exclusivamente motivado por razones de enfermedad «muy grave» y que está acotado temporalmente, ya que solo se puede disfrutar por el plazo máximo de 1 mes. Además, si hubiera más de una persona titular de este derecho por el mismo hecho causante, el tiempo de disfrute de esta reducción se podrá prorratear entre las mismas, respetando, en todo caso, el plazo máximo de 1 mes.

### F) Cumplimiento de los deberes relacionados con la conciliación de la vida familiar y laboral

El artículo 48 j) del EBEP, en su segundo inciso, establece un permiso por el tiempo indispensable motivado por la necesidad de cumplir con los deberes relacionados con la conciliación de la vida familiar y laboral. La concreción de los supuestos habilitantes de este permiso puede hacerse mediante la negociación colectiva dentro del ámbito de cada Administración pública. En principio, podrían tener aquí cabida, entre otros, los permisos para asistir a reuniones de coordinación de los centros de educación especial, en los casos de hijos o hijas con discapacidad, o para el acompañamiento a hijos e hijas a visitas médicas (Gallego Córcoles, 2010, p. 9).

## 3.2.3. Otros permisos por motivos personales reconocidos en defecto de legislación aplicable

### A) Traslado de domicilio sin cambio de residencia

El artículo 48.1 b) del EBEP regula este permiso de 1 día por traslado de domicilio, de forma idéntica a la del artículo 30 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas de reforma

---

precepto analizado establece que el derecho comporta también la posibilidad de reincorporarse a la jornada completa desde la fecha que lo solicite la persona interesada, aun cuando no haya desaparecido la causa objetiva que justificó la reducción del servicio. La posibilidad de modular este derecho atendiendo a las necesidades del servicio debe estar justificada de forma concreta y tener entidad suficiente. Véase Sentencia del TS (STS), Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 21 de diciembre de 2007 (rec. 149/2004).

de la función pública. Pero el mantenimiento de la exigencia de que el traslado del domicilio no conlleve cambio de residencia carece de sentido en la actualidad, una vez derogado el deber del personal funcionario de residir en el término municipal en el que esté ubicada la oficina, por lo que debe entenderse que procede por el cambio de su domicilio habitual, tal y como establece el artículo 37.3 c) del ET.

## B) Realización de funciones sindicales y representativas

El artículo 48 c) del EBEP reconoce un permiso a las personas funcionarias para realizar funciones sindicales o de representación del personal, «en los términos que se determine». La concreción de este derecho puede hacerse vía negociación colectiva.

De otro lado, debe tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 9 de la Ley orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical, en materia de permisos, tanto de quienes ostenten cargos electivos en organizaciones sindicales más representativas, como de las representaciones sindicales que participen en las comisiones negociadoras de convenios colectivos.

Por último, el artículo 41 d) del EBEP reconoce también a favor de la representación legal del personal funcionario un crédito de horas mensuales dentro de la jornada de trabajo y retribuidas como de trabajo efectivo, de acuerdo con la escala allí establecida.

## C) Asistencia a exámenes

Los funcionarios y las funcionarias tienen reconocido el derecho a un permiso para concurrir a exámenes finales y demás pruebas definitivas de aptitud, durante los días de su celebración (art. 48 d) EBEP).

La expresión legal «durante los días de su celebración» no significa que deba otorgarse necesariamente por días enteros, sino que deberá concederse por el tiempo mínimo pero suficiente para concurrir a la práctica de la prueba (STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 28 de junio de 1996, rec. 6059/1994).

## D) Realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto y para preparativos de la adopción

El artículo 48 e) del EBEP reconoce a favor de las funcionarias embarazadas un permiso «por el tiempo indispensable» para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto.

El mismo derecho se reconoce al personal funcionario, en los casos de adopción o acogimiento, o guarda con fines de adopción, para la asistencia a las preceptivas sesiones de

información y preparación y para la realización de los preceptivos informes psicológicos y sociales previos a la declaración de idoneidad, que deban realizarse dentro de la jornada de trabajo.

El primero de los permisos mencionados fue establecido con carácter general por la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, por lo que, sistemáticamente, este derecho debería haberse incorporado en el artículo 49 del EBEP, como uno de los permisos que, en todo caso, habrán de reconocer las Administraciones públicas (Gallego Córcoles, 2010, p. 6).

Por último, cabe señalar que la disposición adicional decimosexta del EBEP recoge la habilitación para que cada Administración pública pueda establecer en su ámbito respectivo un permiso retribuido para las funcionarias en estado de gestación a partir de la semana 37 de embarazo hasta la fecha del parto, permiso que, en el supuesto de gestación múltiple, podrá iniciarse desde la semana 35 de embarazo.

## E) Cumplimiento de un deber inexcusable

El artículo 48 j) del EBEP reconoce, en su primer inciso, el derecho a un permiso por tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público.

El precepto es aplicable a supuestos muy distintos, algunos de los cuales se encuentran regulados por normas especiales<sup>22</sup> (Gallego Córcoles, 2010, p. 9), y, por supuesto, puede solicitarse en los casos en que deba cumplirse un deber realmente inexcusable (asistencia a juicios o actuación judicial, comparecencia requerida por algún órgano constitucional o la propia Administración, etc.).

En la doctrina judicial, se ha reconocido la procedencia del permiso para asistir a una reunión de una confederación hidrográfica en calidad de representante de una asociación ecologista (STSJ de Castilla y León/Burgos, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 18 de enero de 2005, rec. 54/2004) y se ha denegado el carácter de inexcusable a la asistencia a una asamblea general de una entidad privada (STSJ de Castilla y León/Burgos, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 26 de mayo de 2006, rec. 37/2006) o a acto de la campaña electoral por parte de candidato/a a las elecciones (Sentencia del Juzgado de lo Social -SJS- núm. 2 de Ponferrada de 21 de mayo de 2019, rec. 276/2019).

---

<sup>22</sup> A título de ejemplo, para la realización de funciones propias del cargo electivo que desempeñe el funcionario o funcionaria en activo que sea miembro de una corporación local o de una Asamblea legislativa autonómica.

## F) Por matrimonio

Al igual que la normativa laboral (art. 37.3 a) ET), el artículo 48 l) del EBEP reconoce a los funcionarios y funcionarias un permiso retribuido de 15 días por matrimonio<sup>23</sup>.

La concreción de este derecho, en especial, el momento a partir del cual debe computarse, así como, en su caso, la necesidad de preaviso y justificación y su posible extensión a las parejas de hecho al formalizar esta unión, es materia que puede regularse vía negociación colectiva en el ámbito de cada Administración pública.

## G) Por asuntos particulares

El artículo 48 k) del EBEP reconoce 6 días al año de permiso retribuido para asuntos particulares. Además, la disposición adicional decimotercera del EBEP contempla una ampliación del permiso por asuntos particulares por antigüedad, señalando que «las Administraciones públicas podrán establecer hasta 2 días adicionales de permiso por asuntos particulares al cumplir el sexto trienio, incrementándose, como máximo, en 1 día adicional por cada trienio cumplido a partir del octavo».

Este permiso funciona a modo de cajón de sastre en el que caben las numerosas eventualidades que pueden darse a lo largo del año, más allá de las usuales por fallecimiento, enfermedad, matrimonio, traslado, etc.<sup>24</sup>. En algunos pronunciamientos judiciales se ha aplicado a estos permisos la jurisprudencia acerca del disfrute de los periodos de vacaciones cuando se produce una situación de baja médica, permitiendo su disfrute diferido<sup>25</sup>.

## 3.3. Permisos en materia de conciliación reconocidos directamente con carácter mínimo

Como se ha indicado más arriba, el artículo 49 del EBEP reconoce una serie de permisos que, a diferencia de los regulados en el artículo inmediatamente anterior, han de concederse en todo caso con las correspondientes condiciones mínimas. Se trata, por tanto,

<sup>23</sup> Permiso que no es extensible, apelando sin más a la analogía, a las parejas de hecho tras la inscripción en el registro autonómico correspondiente (STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 10 de mayo de 2011, rec. 836/2011, que contiene voto particular). En el mismo sentido, en el ámbito laboral, la STS, Sala de lo Social, 717/2019, de 22 de octubre, ha considerado que, salvo que el convenio colectivo decida extender expresamente esta licencia a las parejas de hecho, estas no tienen derecho a la misma. Y esta diferencia de trato no constituye discriminación alguna.

<sup>24</sup> STSJ de Castilla y León/Burgos, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 5 de julio de 2018 (rec. 146/2017).

<sup>25</sup> STSJ de Canarias/Las Palmas, Sala de lo Social, 439/2019, de 25 de abril.

de una legislación de mínimos, ampliable en el ámbito de cada Administración pública, y donde el legislador estatal actúa como un auténtico legislador básico (Gallego Córcoles, 2010, p. 10).

## A) Permiso por nacimiento para la madre biológica

El artículo 49 a) del EBEP regula el permiso por nacimiento para la madre biológica cuyos elementos principales son los siguientes (García Romero, 2020): su duración será de 16 semanas, ampliables en 2 semanas más, 1 semana para cada una de las personas progenitoras<sup>26</sup>, en los casos de discapacidad del hijo o hija, y por cada hijo o hija a partir del segundo en los supuestos de parto múltiple. Asimismo, en caso de hospitalización del neonato/a tras el parto por cualquier causa o parto prematuro, se ampliará en tantos días como el neonato/a se encuentre hospitalizado, con un máximo de 13 semanas.

Respecto a las condiciones de su disfrute, las 6 semanas inmediatas posteriores al parto son de descanso obligatorio e ininterrumpido, mientras que en lo que se refiere al tiempo restante, hay que tener en cuenta las siguientes precisiones:

- En caso de fallecimiento de la madre: la otra persona progenitora podrá hacer uso de la totalidad o de la parte que reste del permiso.
- En caso de que ambas personas progenitoras trabajen y a voluntad de ambas, tras el descanso obligatorio y hasta que el hijo o hija cumpla 12 meses, se podrá disfrutar el permiso de manera interrumpida, por semanas completas y previo aviso de 15 días. Por lo tanto, a diferencia de la regulación del ET, para los funcionarios y funcionarias el disfrute interrumpido de las 10 semanas de permiso facultativo solo cabe cuando ambas personas progenitoras trabajen, debiendo disfrutarse, en otro caso, de forma continuada e ininterrumpida desde la finalización del descanso obligatorio.
- Este permiso podrá disfrutarse a jornada completa o a tiempo parcial, cuando las necesidades del servicio lo permitan, y en los términos que reglamentariamente se determinen.
- En caso de fallecimiento del hijo o hija: el permiso no se verá reducido.

<sup>26</sup> El precepto no precisa nada en relación con las familias monoparentales. Téngase en cuenta que, respecto de las personas trabajadoras por cuenta ajena, el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) ha establecido que, cuando solamente exista una persona progenitora, adoptante o acogedora, esta puede percibir las 2 semanas de ampliación, sin que sea aplicable el inciso del artículo 48.6 del ET (Criterio INSS 16/2019, de 13 de julio).

- Durante el permiso, transcurrido el periodo de descanso obligatorio, se podrá participar en los cursos de formación que convoque la Administración.
- Según ha apuntado la jurisprudencia, constituye una discriminación por razón de sexo la exclusión como mérito, en el proceso selectivo de acceso al empleo público, del periodo en el que la interesada disfrutó del permiso de maternidad<sup>27</sup>.

## B) Permiso por adopción, por guarda con fines de adopción o acogimiento

El artículo 49 b) del EBEP contempla para los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, tanto temporal como permanente, iguales periodos de descanso y la misma distribución que para el nacimiento biológico, con las siguientes salvedades:

- El hecho causante será la resolución judicial por la que se constituye la adopción o bien la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o acogimiento.
- Se reconoce un permiso adicional retribuido en caso de adopción o acogimiento internacional: permiso de hasta 2 meses de duración adicional si fuera necesario el desplazamiento previo de las personas progenitoras al país de origen. Durante este periodo se perciben únicamente las retribuciones básicas.
- Asimismo, en el supuesto de adopción internacional, el permiso por adopción o guarda podrá iniciarse hasta 4 semanas antes de la resolución judicial por la que se constituya la adopción o la decisión administrativa o judicial de acogimiento.

## C) Permiso de la persona progenitora diferente de la madre biológica por nacimiento, guarda con fines de adopción, acogimiento o adopción de un hijo o hija

De acuerdo con el artículo 49 c) del EBEP, los tiempos de descanso y la distribución de los mismos para la persona progenitora diferente de la madre biológica son iguales que los que se detallan en el apartado a), aunque su aplicación se ha hecho de manera progresiva desde 2019 hasta el año 2021<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 4/2020, de 14 de enero.

<sup>28</sup> La aplicación progresiva del permiso de la persona progenitora diferente de la madre biológica, a lo largo de los años 2019 y 2020, se establece en la nueva disposición transitoria novena, que se añade por el artículo 3.4 del Real Decreto-Ley 6/2019, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

## D) Permiso por razón de violencia de género sobre la mujer funcionaria y para víctimas de terrorismo o sus familiares

El artículo 49 del EBEP dedica dos de sus letras a regular los permisos de las personas funcionarias que sean víctimas de violencia de género (art. 49 d) o víctimas del terrorismo (art. 49 f), con la finalidad, en ambos casos, de que quienes se beneficien de aquellos puedan «hacer efectivo su derecho a la protección y a la asistencia social integral».

En relación con el colectivo de las funcionarias víctimas de violencia de género, el artículo 49 d) del EBEP (modificado por el RDL 6/2019, de 1 de marzo) regula distintos derechos en desarrollo de las medidas previstas en la Ley orgánica 1/2004, de protección integral contra la violencia de género.

Entre los derechos reconocidos está la consideración como justificadas de las faltas de asistencia de las funcionarias víctimas de violencia de género, tanto totales como parciales, por el tiempo y en las condiciones en que así lo determinen los servicios sociales de atención o de salud, según proceda.

Asimismo, dicha disposición establece que el plan de igualdad de aplicación o, en su defecto, la Administración pública competente en cada caso establecerán los términos en los que se llevarán a cabo las medidas de reordenación del tiempo de trabajo, para garantizar la protección de las funcionarias víctimas de violencia sobre la mujer o su derecho de asistencia social integral, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que sean aplicables.

Con la misma finalidad, las funcionarias víctimas de violencia de género tendrán derecho a la reducción de la jornada con disminución proporcional de la retribución. Sin embargo, cuando su jornada se reduzca en un tercio o menos, la funcionaria pública mantendrá sus retribuciones íntegras.

De otro lado, el artículo 49 f) del EBEP regula una serie de medidas a favor de los funcionarios o funcionarias que hayan sufrido daños físicos o psíquicos como consecuencia de la actividad terrorista, su cónyuge o persona con análoga relación de afectividad, y los hijos o hijas de las personas heridas y fallecidas, siempre que ostenten la condición de personal funcionario y de víctimas de terrorismo de acuerdo con la legislación vigente, así como las personas funcionarias amenazadas en los términos del artículo 5 de la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de reconocimiento y protección integral a las víctimas del terrorismo, previo reconocimiento del Ministerio del Interior o de sentencia judicial firme.

Este colectivo tiene derecho a la reducción de la jornada, con disminución proporcional de la retribución en todo caso –a diferencia de las víctimas de violencia de género– o a la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que sean aplicables, en los términos que establezca la Administración competente en cada caso. Estas medidas

serán adoptadas y mantenidas en el tiempo en tanto resulten necesarias para la protección y asistencia social integral de la persona a la que se conceden, ya sea por razón de las secuelas provocadas por la acción terrorista, ya sea por la amenaza a la que se encuentra sometida, en los términos previstos reglamentariamente.

## E) Permiso por cuidado de menores con cáncer u otra enfermedad grave

El artículo 49, letra e), del EBEP regula el permiso por cuidado de hijo/a menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave. Su contenido y alcance ha sido delimitado por la Dirección General de la Función Pública<sup>29</sup> y por la doctrina judicial<sup>30</sup>.

Este permiso es aplicable a todo el personal funcionario incluido en el ámbito de aplicación del EBEP, con independencia de cuál sea el régimen de Seguridad Social al que pertenezcan.

Las reglas y requisitos para la concesión del mencionado permiso al personal funcionario son únicamente las contenidas en el artículo 49 e) del EBEP y, en su caso, en las normas de desarrollo que se puedan dictar en el ámbito de la función pública. Por tanto, con independencia de cuál sea el régimen de Seguridad Social en el que esté incluido, no resultan de aplicación al personal funcionario ni la prestación económica que se prevé en el vigente artículo 192 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto legislativo 30/2015, de 30 de octubre (LGSS), ni tampoco el Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, quedando excluido expresamente del ámbito de aplicación de estas normas de Seguridad Social.

En cuanto a su contenido, el permiso regulado en el artículo 49 e) del EBEP consiste en una reducción de la jornada de trabajo del personal funcionario, sin disminución de retribuciones, en dos supuestos concretos, referidos siempre a un hijo o hija menor de edad, que son: que este padezca cáncer, o bien que padezca una enfermedad grave.

En todo caso, es necesario probar la relación paterno-filial o el acogimiento permanente o preadoptivo y la minoría de edad del hijo o hija o menor acogido, así como que el o la menor precisa un cuidado directo, continuo y permanente de su persona progenitora.

Además de estos requisitos que se exigen con carácter general, será necesario acreditar el padecimiento grave del hijo o hija menor de edad de la persona funcionaria mediante el

<sup>29</sup> Documento C26/10\_6, de 26 de marzo de 2013 (<https://www.mptfp.gob.es/portal/funcionpublica/funcionpublica/rj-pdp/regimen-juridico/bodeco/Historico/Boletin26/Materias26/10.html>).

<sup>30</sup> En el ámbito de la función pública, entre otras, STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 3 de junio de 2020 (rec. 78/2018) y Auto del TS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 11 de junio de 2018 (rec. 78/2018).

informe que a tal efecto será emitido por el servicio público de salud u órgano administrativo sanitario de la comunidad autónoma correspondiente. Si el o la menor estuviese incluido como beneficiario en el régimen especial del mutualismo administrativo, en este caso, la acreditación de la «enfermedad grave» se efectuará mediante informe del médico/a de la entidad o del servicio público de salud de la comunidad autónoma correspondiente al que se encuentre adscrito el o la menor a efectos de asistencia sanitaria. En todo caso, en el informe facultativo que se emita deberá constar de manera expresa el carácter de «enfermedad grave».

El permiso, tanto en el caso de cáncer como de «enfermedad grave», se otorgará tanto para el periodo de hospitalización como para el tratamiento continuado.

Respecto al requisito de «ingreso de larga duración», una vez diagnosticada la enfermedad, y sin que sea preciso en todo caso que concurra el ingreso hospitalario prolongado, también se podrá otorgar el permiso siempre que se acredite que la enfermedad se encuentra en un momento en el que el o la menor requiere un cuidado directo, continuo y permanente, bien porque esté recibiendo un tratamiento médico, o bien porque la fase en la que se encuentre la enfermedad así lo requiera<sup>31</sup>.

Sin perjuicio de las especificidades aplicables a la duración de cada supuesto, en todo caso, el permiso se extinguirá porque desaparezca la causa que generó su concesión, o cuando el o la menor alcance la edad de 18 años.

De otro lado, en lo relativo a la reducción de la jornada de trabajo, el artículo 49 e) del EBEP tiene carácter de legislación básica, por lo que se trata de un precepto que ha de ser desarrollado por las legislaciones de función pública correspondientes. No obstante, han de tenerse en cuenta los siguientes extremos:

- La reducción ha de ser, como mínimo, de la mitad de la jornada. En su caso, la normativa de desarrollo podrá establecer un límite máximo al porcentaje de dicha reducción.
- Mientras que no se haya establecido dicho límite máximo de reducción, cada Administración, de manera potestativa, atendiendo a las distintas circunstancias que concurren en cada caso, así como ponderando los distintos intereses en juego, podrá, excepcionalmente, elevar la mencionada reducción por encima de la mitad de la jornada que ya contempla la ley, pero, con objeto de que no se desvirtúe el permiso, la reducción que se acuerde deberá permitir atender, al menos, de una forma mínima y efectiva, la prestación del servicio que venga desarrollando el funcionario o funcionaria.

---

<sup>31</sup> Ello, aunque el o la menor se encuentre escolarizado. En este sentido, STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 3 de junio de 2020 (rec. 78/2018).

- La normativa de desarrollo también podrá contemplar la posibilidad de acumular la reducción en jornadas completas.

En cuanto a su cobertura económica, este permiso se retribuirá única y exclusivamente con cargo al capítulo de gastos de los presupuestos de cada departamento ministerial u organismo, sin que resulte de aplicación prestación alguna con cargo al régimen de Seguridad Social que corresponda.

Otra cuestión es la posible concurrencia de personas progenitoras. Así, si por la misma persona causante dos personas progenitoras, adoptantes o acogedoras de carácter preadoptivo o permanente tuviesen derecho al permiso previsto en el artículo 49 e) del EBEP o, en su caso, puedan tener la condición de personas beneficiarias de la prestación establecida para este fin en el régimen de la Seguridad Social que les sea de aplicación, en este caso, el funcionario o la funcionaria podrá optar:

- o por disfrutar el mencionado permiso con el cobro íntegro de sus retribuciones, en cuyo caso deberá acreditar que el otro progenitor o progenitora, adoptante o persona acogedora no percibe sus retribuciones íntegras o la prestación económica prevista para tal fin en la LGSS;
- o bien por disfrutar del mencionado permiso, pero percibiendo únicamente las retribuciones proporcionales a la jornada efectiva que realice; en cuyo caso, el otro progenitor o progenitora sí podrá percibir sus retribuciones íntegras o la prestación económica prevista para tal fin en la LGSS.

Por otra parte, en el caso de que ambas personas progenitoras, adoptantes o acogedoras de carácter preadoptivo o permanente prestasen servicios en el mismo órgano o entidad, se podrá limitar el ejercicio simultáneo de este derecho, mediante resolución motivada que fundamente la denegación en la salvaguarda del correcto funcionamiento del servicio.

## 4. Vacaciones del personal funcionario

De conformidad con lo establecido en el artículo 50 del EBEP, el personal funcionario público tendrá derecho a disfrutar, durante cada año natural, de unas vacaciones retribuidas de 22 días hábiles, o de los días que correspondan proporcionalmente si el tiempo de servicio durante el año fue menor. A estos efectos, los sábados no se consideran días hábiles, sin perjuicio de las adaptaciones que se establezcan para los horarios especiales.

De otro lado, existe la posibilidad de disfrutar las vacaciones en año natural distinto al que correspondan cuando coincidan con situaciones de maternidad, incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural, si dichas situaciones impiden

iniciar el disfrute de las vacaciones o, una vez iniciado el periodo vacacional, sobreviniera una de dichas situaciones. En ambos supuestos, el periodo vacacional se podrá disfrutar aunque haya terminado el año natural a que correspondan y siempre que no hayan transcurrido más de 18 meses a partir del final del año en que se hayan originado.

En el ámbito de la Administración General del Estado, y en lo que respecta a las vacaciones, la Resolución de 28 de febrero de 2019 establece, en su apartado 9, las siguientes previsiones:

- a) Cada año natural, las vacaciones retribuidas tendrán una duración de 22 días hábiles anuales por año completo de servicios, o de los días que correspondan proporcionalmente si el tiempo de servicio durante el año fue menor. A estos efectos, los sábados se considerarán inhábiles, sin perjuicio de las adaptaciones que se establezcan para los horarios especiales.
- b) Para el cálculo del periodo anual de vacaciones, las ausencias motivadas por enfermedad o accidente, así como las derivadas del disfrute de los permisos regulados en los artículos 48 y 49 del EBEP, o de la licencia a que se refiere el artículo 72 del texto articulado de la Ley de funcionarios civiles del Estado, aprobado por el Decreto 315/1964, de 7 de febrero, tendrán, en todo caso y a estos efectos, la consideración de tiempo de servicio.
- c) Se reconocen días adicionales de vacaciones por años de antigüedad en la Administración. Concretamente, por cada 15 años de servicio, 23 días hábiles; por 20 años de servicio, 24 días hábiles; por 25 años de servicio, 25 días hábiles, y por 30 o más años de servicio, 26 días hábiles.  
  
Dichos días se podrán disfrutar desde el día siguiente al de cumplimiento de los correspondientes años de servicio.
- d) La distribución anual de la jornada no puede alterar en ningún caso el número de días de vacaciones o de fiestas laborales de carácter retribuido y no recuperable.
- e) Las vacaciones se disfrutarán, previa autorización y siempre que resulte compatible con las necesidades del servicio, dentro del año natural y hasta el 31 de enero del año siguiente, en periodos mínimos de 5 días hábiles consecutivos.
- f) Siempre que las necesidades del servicio lo permitan, de los 22 días hábiles de vacaciones por cada año completo de servicios, se podrá solicitar el disfrute independiente de hasta 5 días hábiles por año natural<sup>32</sup> (Arribas López, 2013).

---

<sup>32</sup> Esta previsión procede de la anterior Resolución de 28 de diciembre de 2012, que introdujo como novedad la posibilidad de disfrutar de «días sueltos» de vacaciones, y supone una cierta flexibilización del disfrute en periodos mínimos de 5 días hábiles, que puede estar quizás motivada por la importante reducción de los días de asuntos particulares disponibles.

- g) Al menos, la mitad de la totalidad de los días de vacaciones anuales deberán ser disfrutados entre los días 16 de junio y 15 de septiembre, salvo que el calendario laboral, en atención a la naturaleza particular de los servicios prestados en cada ámbito, determine otros periodos.
- h) Asimismo, en términos muy similares a los del artículo 50.2 del EBEP, se prevé la posibilidad de disfrutar las vacaciones de un año más allá del año natural al que correspondan, por coincidencia con las situaciones de maternidad, paternidad y lactancia acumulada<sup>33</sup>, o las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante la lactancia o riesgo durante el embarazo.
- i) El periodo de vacaciones, una vez iniciado su disfrute, no se verá interrumpido si durante el mismo sobreviene algún permiso o licencia diferente de los enumerados en el párrafo anterior.
- j) Cuando se prevea el cierre de las instalaciones debido a la inactividad estacional de determinados servicios públicos, los periodos de disfrute de las vacaciones coincidirán en la franja temporal de cierre.

## 5. Jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral

### 5.1. La problemática determinación de la normativa aplicable al personal laboral de la Administración pública

La aprobación del EBEP tuvo como uno de sus grandes propósitos establecer un marco normativo básico o común aplicable al conjunto de las personas empleadas en el sector público administrativo<sup>34</sup>. A tal fin, integra las disposiciones comunes al conjunto del funcionamiento público, en sus diferentes niveles territoriales, más las normas aplicables de forma específica al personal laboral a su servicio (Ramos Moragues, 2011, p. 51).

Por lo que se refiere al régimen jurídico del personal laboral al servicio de las Administraciones públicas, el EBEP empieza declarando que la determinación de las normas a las que está sometido es uno de sus objetivos (art. 1.2), para establecer después que las previsiones normativas contenidas a lo largo de dicho texto legal serán aplicables a

<sup>33</sup> La previsión es casi idéntica a la contenida en el artículo 50.2 del EBEP, aunque en esta resolución se contempla no solo la situación de maternidad, sino también la de paternidad (referencias que habrá que entender sustituidas por las nuevas situaciones de nacimiento y cuidado de menor tanto para la madre biológica como para la otra persona progenitora) y también la de lactancia acumulada.

<sup>34</sup> Véase artículo 1 del EBEP.

este colectivo de personas servidoras públicas «en lo que proceda» (art. 2.1). Tratando de concretar esta afirmación genérica, el artículo 7 del EBEP –«Normativa aplicable al personal laboral»– dispone que dicho personal se rige, además de por la legislación laboral, incluidas las normas convencionales aplicables, por los preceptos del EBEP que así lo dispongan.

Ahora bien, a diferencia de lo que sucede en la regulación de otras materias (provisión de puestos o régimen disciplinario, por ejemplo), donde se aclara qué normativa –ET o EBEP– es aplicable, en lo relativo a la regulación del tiempo de trabajo, el artículo 51 del EBEP –titulado «Jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral»– no resuelve el concurso de normas en presencia, pues se limita a establecer que en estas cuestiones «se estará a lo establecido en este capítulo y en la legislación laboral correspondiente», sin establecer una prioridad aplicativa.

Este artículo genera numerosas dudas respecto de la aplicación de la normativa correspondiente, pues el citado capítulo V se refiere a los mencionados derechos del personal funcionario público, y es sabido que la legislación laboral regula de forma diferente las mismas cuestiones para las personas trabajadoras por cuenta ajena, sobre todo teniendo en cuenta que en el término «legislación laboral» se incluye también la normativa convencional. Además, el problema radica en que no es suficientemente clara en la delimitación de la normativa aplicable, pues no se precisa si la legislación laboral se aplica en defecto de regulación en el capítulo V del EBEP o si aquella entra directamente en todas las cuestiones no previstas por el EBEP o en las que concede más derechos en virtud del principio de complementariedad<sup>35</sup>.

Muchas de las dudas interpretativas puestas de relieve por la doctrina científica (Ramos Moragues, 2011, pp. 51-55), y observables en las soluciones de distinto signo adoptadas por diferentes órganos judiciales, fueron despejadas por el TS en una sentencia de 2009 en la que señala que ambas normativas no pueden aplicarse acumulativamente<sup>36</sup>, y en la que se decanta por la inaplicabilidad del régimen del EBEP a los empleados y empleadas públicos laborales, manteniendo el régimen laboral común cuando el derecho está contemplado por ambas normativas, aunque sí se permite la aplicación del EBEP al personal laboral cuando este reconoce derechos que el ET no recoge<sup>37</sup> o cuando el convenio colectivo extiende al personal laboral incluido en su ámbito de aplicación el régimen de vacaciones, permisos y

<sup>35</sup> SJS número 2 de Ponferrada de 21 de mayo de 2019 (rec. 276/2019).

<sup>36</sup> STS, Sala de lo Social, de 19 de mayo de 2009 (rec. 97/2008), en la que, a propósito de la posible compatibilidad del derecho a suspender el contrato por nacimiento de hijo/a y del permiso de paternidad, se denegó la posibilidad de acumular ambos derechos.

<sup>37</sup> Así, por ejemplo, reconociendo que «los permisos por asuntos particulares por antigüedad y los días adicionales de vacaciones por antigüedad los podrán hacer efectivos tanto el personal laboral como el funcionario», se pronuncia la STSJ de Madrid, Sala de lo Social, 551/2018, de 23 de julio.

licencias del personal funcionario<sup>38</sup>. Criterio jurisprudencial que, por lo demás, ha sido reiterado con posterioridad por la doctrina judicial<sup>39</sup>.

No obstante, en algunas cuestiones relativas al tiempo de trabajo, el propio EBEP toma partido por la legislación que debe aplicarse. Así sucede, por ejemplo, en lo que se refiere a los permisos de «nacimiento, adopción, del progenitor diferente de la madre biológica, y lactancia», respecto a los cuales se establece que el personal laboral al servicio de las Administraciones públicas se regirá por lo previsto en el EBEP y no por lo dispuesto en el ET (art. 7.2 EBEP). Asimismo, en materia de teletrabajo, el artículo 47 bis señala que el personal laboral se someterá a lo previsto en el EBEP y en sus normas de desarrollo.

## 5.2. Principales diferencias entre la legislación laboral y la del EBEP en materia de permisos

Un análisis comparado del régimen jurídico de los permisos contenido en el EBEP y en la legislación laboral común permite identificar cuáles son las similitudes y diferencias regulatorias (Ramos Moragues, 2011, pp. 51-56).

Sin ánimo de extendernos mucho sobre esta cuestión, comenzaremos examinando los permisos recogidos en el artículo 48 del EBEP y continuaremos, después, por los contenidos en el artículo 49 del EBEP.

En cuanto a los permisos previstos en el artículo 48 del EBEP, las principales diferencias entre los reconocidos en el EBEP y en el artículo 37 del ET –apdos. 3 a 7– son las siguientes:

En primer lugar, en lo que respecta al permiso regulado en el artículo 48 a) del EBEP –por fallecimiento, accidente o enfermedad grave de familiar–, cabe señalar que el artículo 37.3 b) del ET no distingue en función de si se trata de parientes en primer o segundo grado de consanguinidad o afinidad, confiriendo en ambos casos 2 días de permiso o 4 días si el trabajador o la trabajadora necesita desplazarse. Por otro lado, el ET contempla además otros supuestos no previstos en el EBEP, como son por «hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario».

En segundo lugar, en lo que respecta al permiso por lactancia, existen algunas diferencias remarcables que hacen que el régimen del EBEP sea, en general, más favorable que el

<sup>38</sup> STS, Sala de lo Social, de 24 de septiembre de 2015 (rec. 54/2014).

<sup>39</sup> Entre otras, SSTSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife, Sala de lo Social, de 26 de junio de 2009 (rec. 158/2009) y de 30 de septiembre de 2009 (rec. 897/2009) y STS, Sala de lo Social, de 27 de marzo de 2014 (rec. 73/2013). En esta última sentencia se declara que «la regulación de los permisos y vacaciones por el Convenio colectivo del personal laboral es prioritaria respecto a la establecida en los arts. 48 y 50 del EBEP».

laboral. Así, mientras que el EBEP determina que el sujeto causante es la criatura menor de 12 meses, el artículo 37.4 del ET fija la edad de aquel en 9 meses. Es cierto que, tras la reforma del ET por el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, se recoge la posibilidad de extender este derecho hasta que el o la lactante cumpla los 12 meses de edad, pero únicamente cuando ambas personas progenitoras, adoptantes o acogedoras lo ejerzan con la misma duración y régimen, y, además, comporta la disminución proporcional del salario para las dos desde el cumplimiento de los 9 meses, pérdida retributiva que solo será compensada para una de ellas mediante una prestación de la Seguridad Social denominada «corresponsabilidad en el cuidado del lactante» (art. 184 LGSS). Asimismo, aunque en ambos supuestos son equivalentes los términos en que se podrá disfrutar el permiso –1 hora de ausencia al trabajo, que podrán dividir en dos fracciones–, no sucede lo mismo en lo referente a la posibilidad de sustituir dicho permiso por la reducción de la jornada, ya que en la normativa laboral común no es incondicionada, sino que se hace depender de lo dispuesto en la negociación colectiva o en el acuerdo individual alcanzado con la empresa. En lo que atañe a la duración del permiso, ambas regulaciones prevén actualmente que dicho permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de nacimiento, adopción o acogimiento múltiple. Por último, la norma laboral no recoge expresamente la posibilidad del permiso acumulado por lactancia.

En tercer lugar, por cuanto se refiere al permiso por nacimiento de hijos o hijas prematuros o que, por cualquier otra causa, deban permanecer en situación de hospitalización a continuación del parto, la principal diferencia es el tiempo de ausencia reconocido, que se sitúa en 2 horas en el artículo 48 g) del EBEP con mantenimiento de las retribuciones íntegras, mientras que en el artículo 37.5 del ET solo se reconoce el derecho a 1 hora de ausencia. Por lo demás, tanto la legislación laboral como el EBEP regulan la posibilidad de reducir la jornada de trabajo en tales supuestos en un máximo de 2 horas, con la disminución proporcional del salario o retribución equivalente.

En cuarto lugar, en relación con el permiso por guarda legal, ambas normativas extienden su ámbito de protección hasta que el o la menor cumpla 12 años, y contemplan este permiso para el cuidado de una persona con discapacidad que no desempeñe actividad retribuida. Con todo existen también algunas diferencias entre lo previsto en el artículo 48 h) del EBEP y lo dispuesto en el artículo 37.6 del ET. Así, el EBEP reconoce también este derecho para atender al cuidado «de persona mayor que requiera especial dedicación», y para cuidado de familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, «que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida»; situaciones que no aparecen recogidas en el ET. Además, en el EBEP no se recogen las limitaciones establecidas en la normativa laboral en cuanto a la reducción de la jornada (entre un octavo y un máximo de la duración de aquella), ni tampoco para los supuestos en que dos o más personas trabajadoras de la empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante.

Por último, cabe señalar que la legislación laboral común no contempla determinados supuestos regulados por el EBEP, como el permiso «por cuidado de un familiar en primer grado» (art. 48 i) EBEP); tampoco el que se reconoce «por deberes relacionados con la conciliación de la vida familiar y laboral» (art. 48 j) EBEP), ni, en fin, «por asuntos particulares» (art. 48 k) EBEP).

Por lo demás, el resto de permisos regulados en el artículo 48 del EBEP aparecen recogidos en idénticos o similares términos en el ET. Tal es el caso de los permisos por traslado de domicilio (art. 48 b) EBEP y art. 37.3 c) ET); realización de funciones sindicales o de representación del personal (art. 48 c) EBEP y art. 37.3 e) ET); concurrencia a exámenes finales y demás pruebas de aptitud (art. 48 d) EBEP y art. 23.1 a) ET); realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto o sesiones previas preparativas de la adopción o acogimiento (art. 48 g) EBEP y art. 37.3 f) ET); por cumplimiento de un deber inexcusable (art. 48 j) EBEP y art. 37.3 d) ET); y por matrimonio (art. 48 l) EBEP y art. 37.3 a) ET).

En lo que se refiere a los permisos previstos en el artículo 49 del EBEP, estos se corresponden, en gran medida, con los supuestos que en el ámbito laboral dan lugar a suspensiones del contrato con derecho a la reserva del puesto de trabajo, regulados en el artículo 48.4 del ET, tales como nacimiento y cuidado de menor y adopción o acogimiento tanto para la madre biológica como para la otra persona progenitora. En este ámbito, hoy en día existe bastante homogeneidad en las regulaciones, una vez reconocidos tanto en el sector público como en el laboral derechos iguales e intransferibles para ambas personas progenitoras, adoptantes o acogedoras. Las únicas diferencias reseñables serían la necesidad en el ámbito de la función pública de que ambas personas progenitoras trabajen para poder disfrutar de forma interrumpida de las 10 semanas de descanso por nacimiento de hijo o hija más allá del descanso obligatorio, o el permiso adicional de hasta 2 meses percibiendo las retribuciones básicas en el caso de adopción internacional, que solo se reconoce en el EBEP. Por lo que respecta a los demás derechos contemplados en el artículo 49 del EBEP existe bastante similitud con los regulados en el ET. Así sucede con el derecho a la reducción de jornada por cuidado de menor con cáncer u otra enfermedad grave (art. 49 e) EBEP y art. 37.6 ET) y con los establecidos a favor de las víctimas de violencia de género o del terrorismo (art. 49 d y f) EBEP y art. 37.8 ET).

## 6. Conclusiones

A pesar del propósito del EBEP de establecer un marco jurídico unitario común a los distintos tipos de personas empleadas en el sector público, no se ha logrado una plena equiparación de derechos. De entrada, ello se observa en el artículo 14, relativo a los derechos individuales, conferidos, aparentemente, a todas las personas con un empleo público, pero que inmediatamente condiciona su reconocimiento a «la naturaleza jurídica de su relación de servicio».

En materia de tiempo de trabajo de los empleados y empleadas del sector público, destacan los derechos reconocidos en el artículo 14, letras j) y m), del EBEP. A través de ellos, el EBEP pretende garantizar el descanso necesario y la conciliación de la vida personal, laboral y familiar.

La concreción de los mismos, para el personal funcionarial, se produce a través de los diversos permisos y situaciones que se contemplan a lo largo del articulado del EBEP, en particular, en su capítulo V, artículos 47 a 51. Un primer grupo de permisos aparece aglutinado en el

artículo 48, mientras que el siguiente –el art. 49– se centra en regular los permisos destinados a permitir la conciliación de la vida personal, laboral y familiar de la persona empleada pública, así como en establecer medidas de adaptación del tiempo de trabajo que permitan a víctimas de violencia de género y del terrorismo hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral. Sin embargo, un examen detenido de los derechos reconocidos por una y otra disposición permite constatar que su sistemática no obedece tanto a su objeto cuanto a su ámbito de aplicación, en la medida en que los permisos recogidos en el artículo 48 del EBEP, dentro de los cuales encontramos varios que también tienen conexión con la conciliación y la atención de asuntos familiares, se aplican al personal funcionario solo en defecto de legislación aplicable, mientras que los incluidos en el artículo 49 del EBEP tienen el carácter de normas mínimas.

En lo que respecta al personal laboral, el artículo 51 del EBEP, referido al tiempo de trabajo, jornada, permisos y vacaciones de este colectivo, consagra lo que la doctrina ha denominado un «régimen de cohabitación de normas jurídicas» entre el propio EBEP y la legislación laboral, sin resolver cuál de ellas prevalece en caso de conflicto. *A priori*, salvo en los supuestos en los que expresamente se establece que se aplica el EBEP a dichos servidores y servidoras públicos –como sucede, por ejemplo, respecto de las situaciones mencionadas en los arts. 7.2 y 47.5 bis EBEP–, en caso de concurrencia de normas sobre permisos, no debe aplicarse la técnica del espiguelo, ni tampoco pueden sumarse ambas regulaciones de forma acumulativa para incrementar los derechos, sino que sería aplicable la normativa laboral común.

Por último, sin desconocer la tendencia a la convergencia de las regulaciones en materia de derechos de conciliación y corresponsabilidad, la comparativa de los regímenes aplicables en materia de jornada y permisos a los empleados y empleadas públicos y al personal laboral permite apreciar aún algunas diferencias importantes entre ambas.

## Referencias bibliográficas

- Arribas López, Eugenio. (2013). Sobre la jornada de trabajo de los empleados públicos y su nueva regulación en la Administración del Estado. *Actualidad Administrativa*, 7-8, 3.
- Gallego Córcoles, Isabel. (2010). Derecho a la jornada de trabajo, permisos y vacaciones. *La Ley* 4384/2010.
- García Romero, María Belén. (2020). La protección del nacimiento y cuidado del menor en el ámbito de la Seguridad Social y de la Función Pública. En María del Carmen López Anierte y María Belén García Romero (Dir.<sup>as</sup>), *Envejecimiento, cuidados y dependencia: una protección social con perspectiva de género* (pp. 53-82). Aranzadi Thomson Reuters.
- Gil Guillén, Enrique. (2011). El permiso de lactancia acumulado en jornadas completas y la Sentencia 152/2010 del JCA núm. 1 de Teruel. *La Ley* 12136/2011.
- Mur Nuño, María de los Ángeles. (2019). Principio de igualdad en el empleo público. En *Memento Igualdad* (marginales 6745, 6595). Francis Lefebvre.
- Ramos Moragues, Francisco. (2011). La relación laboral especial del empleado público. *La Ley* 14850/2011.



# Garantía de la seguridad y salud en el Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia: mucho ruido y pocas nueces

**María Teresa Igartua Miró**

*Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.*

*Universidad de Sevilla*

[igartua@us.es](mailto:igartua@us.es) | <https://orcid.org/0000-0002-4614-6270>

## Extracto

La preocupación por la seguridad y salud en el teletrabajo, englobado en el género de trabajo a distancia, ha sido una constante al clasificar las ventajas e inconvenientes de esta forma de prestación de servicios. Con la aprobación de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, el problema ya no era de ausencia de normativa, pero sí se suscitaron interrogantes sobre su aplicación práctica, que apuntaba a la conveniencia de una regulación específica atenta a sus peculiaridades y con las pertinentes adaptaciones. El reciente Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, estaba llamado a solucionar este desajuste de partida. Su lectura, más allá de las buenas intenciones expresadas en su exposición de motivos, deja una clara sensación de derrota dados los escasos avances y las prácticamente nulas soluciones innovadoras contempladas. Las contadas medidas específicas pueden resultar polémicas, dejan problemas aplicativos sin resolver, lagunas de regulación y amplias remisiones a la negociación colectiva, instrumento con poco protagonismo real en el ámbito preventivo.

**Palabras clave:** trabajo a distancia; teletrabajo; salud laboral; tecnología; flexibilidad.

Fecha de entrada: 04-11-2020 / Fecha de revisión: 07-04-2021 / Fecha de aceptación: 07-04-2021

**Cómo citar:** Igartua Miró, María Teresa. (2021). Garantía de la seguridad y salud en el Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia: mucho ruido y pocas nueces. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 458, 53-88.



# Safety and health guarantee in the Royal Decree-Law 28/2020, of September 22, of remote work: much ado about nothing

María Teresa Igartua Miró

## Abstract

The concern for safety and health in teleworking, included in the gender of distance work, has been a constant in classifying the advantages and disadvantages of this way of providing services. With the approval of Law 31/1995, of November 8, 1995, on the prevention of occupational hazards, the problem was no longer a lack of regulations, but questions were raised about its practical application, which pointed to the advisability of specific regulations taking into account its peculiarities and with the relevant adjustments. The recent Royal Decree-Law 28/2020, of September 22, was called to solve this starting mismatch. Its reading, beyond the good intentions expressed in its explanatory memorandum, leaves a clear feeling of defeat given the scarce progress and the practically no innovative solutions contemplated. The limited specific measures can be controversial, leaving unresolved application problems, regulatory gaps and extensive references to collective bargaining, an instrument with limited real role in the preventive field.

**Keywords:** distance working; teleworking; occupational health; technology; flexibility.

**Citation:** Igartua Miró, María Teresa. (2021). Safety and health guarantee in the Royal Decree-Law 28/2020, of September 22, of remote work: much ado about nothing. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 458, 53-88.

## Sumario

1. La preocupación por la seguridad y salud: una constante en el trabajo a distancia
2. Breve evolución normativa
  - 2.1. La LPRL
  - 2.2. La nueva redacción del artículo 13 del ET tras la Ley 3/2012
  - 2.3. El RDL 8/2020, de 17 de marzo: carácter preferente del trabajo a distancia
  - 2.4. El RDL 28/2020 de trabajo a distancia: ¿un salto cualitativo en la tutela de la seguridad y salud?
  - 2.5. La invocación a la negociación colectiva
3. Los riesgos laborales en el trabajo a distancia y, en particular, en el teletrabajo
  - 3.1. El lugar de trabajo
  - 3.2. La «autoorganización» del tiempo de trabajo
  - 3.3. El uso de las TIC
4. La evaluación de riesgos y la planificación preventivas en el centro del sistema: algunas interrogantes acerca de su eficacia
  - 4.1. Introducción
  - 4.2. Evaluación «acotada»
  - 4.3. Evaluación de los riesgos específicos del teletrabajo y aspectos psicosociales
  - 4.4. Información y metodología
  - 4.5. Las visitas al lugar de la prestación
5. Una norma poco ambiciosa en el ámbito preventivo
  - 5.1. Medidas para prevenir el aislamiento y la fatiga informática
  - 5.2. ¿Existe alguna modulación en la vigilancia de la salud?
  - 5.3. Adaptación y cambio de puesto por motivos de salud
  - 5.4. La formación preventiva antes del inicio del «trabajo a distancia»
6. ¿Se impone un deber de cooperación «acentuado» de la persona que trabaja a distancia para garantizar su propia seguridad y salud?
7. El derecho a la desconexión digital en el trabajo a distancia

### Referencias bibliográficas

**Nota:** este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación PGC 2018-095263-B-100, «Desarrollo tecnológico, cambio sociolaboral y trabajo sostenible».

## 1. La preocupación por la seguridad y salud: una constante en el trabajo a distancia

Entre los inconvenientes del teletrabajo, incardinado ahora en el más amplio concepto de trabajo a distancia, se han situado tradicionalmente algunos ligados a los riesgos laborales como el aislamiento, la carga mental, la dilución de fronteras entre trabajo y vida privada o la escasa implicación de ambas partes de la relación en la tutela de la seguridad y salud. La aprobación de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (LPRL), generó pocas dudas sobre la aplicación a este tipo de prestación de servicios, pero resultaba evidente que su puesta en práctica planteaba dificultades y problemas específicos (Igartua Miró, 2000, pp. 1.045 y ss.). Las expectativas generadas por la nueva regulación contenida en el Real Decreto-Ley (RDL) 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, no lo niego, eran bastante altas; tras su aprobación, la decepción y la sensación de oportunidad perdida, aún más. Pese a las referencias al derecho que asiste a la persona que trabaja a distancia, que debe alcanzar el mismo nivel de protección que quienes lo hacen de forma «presencial», la regulación positiva es más bien escasa, falta de imaginación y con pocas soluciones efectivas para la garantía de la seguridad y salud.

A nadie escapan algunas virtudes de la norma a juicio, en los tiempos actuales no es poco el carácter concertado y el papel otorgado a la negociación colectiva en la regulación de los aspectos más singulares de esta forma de prestación de servicios, patrón que, sin embargo, no se ajusta bien a la garantía de la seguridad y salud, aspecto donde los actores sociales han demostrado una incapacidad casi crónica para avanzar soluciones más allá de la reiteración de los aspectos legales o fórmulas rituales, con honrosas excepciones, como es lógico. No es mi objetivo centrarme en aspectos conceptuales o de delimitación, más allá de aquellos que resulten esenciales a los objetivos del estudio, ceñido a los aspectos preventivos.

En los últimos meses es palpable la preocupación por las condiciones en que se presta el teletrabajo, dada su notoria extensión por razones de alerta sanitaria. Asimismo, al desatpar el problema aún no resuelto de los «nuevos» riesgos laborales, los riesgos psicosociales y las acuciantes repercusiones para la salud psicofísica de la imbricación trabajo-vida privada, siendo un ámbito de especial dificultad para la efectividad del derecho a la desconexión digital, que debe afrontarse prioritaria, aunque no exclusivamente, desde el prisma preventivo. En este terreno, tampoco son excesivamente significativos los avances del RDL.

Baste ahora con apuntar que la norma se decanta por un esquema de trabajo a distancia y teletrabajo bastante tradicional, donde el lugar de trabajo, si bien elegido por la persona

trabajadora, coincidiendo o no con su domicilio, queda expresamente prefijado en el contrato individual, de forma que parece dejar al margen intentos de fórmulas novedosas como el *smart work* o el teletrabajo móvil o nómada. Se ha considerado elemento esencial en la definición legal la fijación de un tope mínimo de jornada a partir del cual se considera trabajo a distancia (y teletrabajo) a efectos aplicativos, conduciendo a que determinadas prestaciones desarrolladas en lugares ajenos al centro de trabajo de la empresa o de forma no presencial se consideren «residuales», con el riesgo de quedar al margen de cualquier tipo de control, configurándose como excesos de jornada de trabajo, añadidas al trabajo desempeñado y, en muchos casos, contrarias al derecho a la desconexión digital.

## 2. Breve evolución normativa

Sucintamente trazaré un pequeño recorrido por los avatares normativos del derecho a la seguridad y salud en el ahora denominado «trabajo a distancia» en los últimos 25 años hasta llegar al reciente RDL, que permite constatar hasta qué punto los problemas de la garantía de la seguridad y salud se han perpetuado en el tiempo, mientras que las soluciones son prácticamente las mismas, sin que resulte apreciable un claro reforzamiento de la tutela, que podría lograrse por distintas vías, incluida una mayor colaboración de la persona trabajadora a la que, lamentablemente, ni siquiera se alude.

### 2.1. La LPRL

No suscitaba grandes dudas la inclusión en el ámbito de aplicación de la LPRL de esta «nueva» forma de prestación de servicios, siempre que se hiciera en régimen de ajénidad y dependencia, aunque era patente la complejidad para ponerla en práctica dadas las diferencias en la prestación de servicios, el lugar de la prestación, ajeno al poder directo de disposición de la empresa, o las peculiaridades ligadas a la utilización de las nuevas tecnologías, si referidas al teletrabajo. Algunas obligaciones resultaban plenamente trasladables, otras despertaban ciertos recelos y, además, se podía cuestionar tanto la necesidad de una evaluación de riesgos y una planificación propiamente dichas, que quizás podían sustituirse por elementos más funcionales, más flexibles y menos formalistas, como el procedimiento para su realización o el acceso al domicilio, lugar de trabajo que la empleadora no controla. Dificultades que llevaron a poner el foco de atención en el deber de colaboración que pesa sobre la persona trabajadora, aspecto que, por su trascendencia, abordaré con mayor detalle *infra*.

En aquel momento, la referencia contenida en el artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores (ET) a la garantía de las normas de seguridad e higiene que resultasen aplicables hacía pensar a un sector doctrinal en la previsible aprobación de una disposición reglamentaria

que abordase esta materia (Sellas i Benvingut, 1998, p. 33), para una parte de la doctrina la mejor opción (García González, 2017, p. 111).

En cuanto al orden internacional, en fecha 22 de junio de 1996 se aprueba el Convenio 177 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre el trabajo a domicilio, que recalca la aplicación de la legislación nacional en materia de seguridad y salud teniendo en cuenta sus características propias y la necesidad de determinar las condiciones en que, por razones de seguridad y salud, ciertos tipos de trabajo y la utilización de determinadas sustancias podrán prohibirse en el trabajo a domicilio (art. 7). Con posterioridad, en 2002 se suscribe el Acuerdo marco europeo sobre el teletrabajo, incorporado en nuestro ordenamiento como anexo en el Acuerdo interconfederal para la negociación colectiva de 30 de enero de 2003, que contiene mayores referencias a las cuestiones preventivas, a las que alude la exposición de motivos del RDL.

## 2.2. La nueva redacción del artículo 13 del ET tras la Ley 3/2012

Sin necesidad de entrar en las cuestiones más conflictivas de la mencionada reforma legal, en especial en la delimitación conceptual o la inclusión del término trabajo a distancia (Purcalla Bonilla y Preciado Domènech, 2013), el apartado 4 del artículo 13 del ET redactado por el artículo 6 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (posteriormente en el texto refundido del ET de 2015), consideraba que:

[...] los trabajadores a distancia tienen derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud resultando de aplicación, en todo caso, lo establecido en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, y su normativa de desarrollo.

El único avance apreciable es la reafirmación de la indudable aplicación de la LPRL a este colectivo, no obstante, los problemas para su eficacia persisten de idéntica manera, dado que las dificultades residen en «adaptar» la ley al ámbito concreto de la prestación de servicios y a sus riesgos específicos, aspecto que centrará la atención en otro epígrafe del trabajo.

## 2.3. El RDL 8/2020, de 17 de marzo: carácter preferente del trabajo a distancia

Parece lógico mencionar el RDL 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, integrante del paquete del derecho de la pandemia, dado que forma parte del argumentario del RDL 28/2020 para defender el carácter de urgente necesidad de la regulación sobre el trabajo a distancia.

La situación sanitaria que provocó la declaración del estado de alarma y las restricciones a la movilidad de la ciudadanía están claramente en la base de la búsqueda de soluciones que permitieran desarrollar al menos determinadas prestaciones de servicios a la par que se respetaban las reglas de confinamiento en los domicilios. La gran apuesta, en aquellos sectores y empresas donde ello resultaba factible, la constituyó el trabajo a distancia, en particular con empleo de las nuevas tecnologías. A esta regulación, como se sabe, se dedicó el artículo 5 del RDL 8/2020 que, en lo que ahora nos interesa, contiene una mención a las medidas de seguridad. En este sentido, establece que:

[...] con el objetivo de facilitar el ejercicio de la modalidad de trabajo a distancia en aquellos sectores, empresas o puestos de trabajo en los que no estuviera prevista hasta el momento, se entenderá cumplida la obligación de efectuar la evaluación de riesgos, en los términos previstos en el artículo 16 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, con carácter excepcional, a través de una autoevaluación realizada voluntariamente por la propia persona trabajadora.

El carácter excepcional de la medida parece justificar la alteración de los polos de la deuda, haciendo recaer, eso sí, de forma voluntaria, el deber de autoevaluación en quien presta el servicio. La solución, desde luego, plantea problemas, entre ellos dejar a la exclusiva voluntad de la persona trabajadora el cumplimiento de la deuda de seguridad, con el añadido de su más que probable carencia de cualificación técnica precisa. Aunque la inadecuación de este instrumento resulta patente, sí parecía apuntar a la necesidad de explorar la vía de un cambio de rol de la persona trabajadora y del peso específico de su colaboración a fin de garantizar un cumplimiento efectivo y eficiente de la LPRL.

## 2.4. El RDL 28/2020 de trabajo a distancia: ¿un salto cualitativo en la tutela de la seguridad y salud?

Resulta ya algo cansino volver a hacer un excursio sobre el abuso del empleo del RDL que, lógicamente, no se justifica, pese a los intentos argumentales contenidos en el punto VII del preámbulo, por la situación de pandemia, más aún cuando el teletrabajo «forzado» consecuencia de la misma queda extramuros de la regulación legal. Así, se prevé un régimen transitorio del trabajo a distancia adoptado con carácter excepcional por aplicación del artículo 5 del RDL 8/2020, de 17 de marzo. Aun patente la necesidad de regular esta forma de prestación de servicios, no queda plenamente justificada la urgencia para la aprobación de la norma. Pese a que el preámbulo presuma de la dedicación de más de 3 meses a las negociaciones sobre el acuerdo, se han descuidado bastantes asuntos, perpetuando la dificultad a la hora de dar cumplimiento a la LPRL. La propia norma alude al presunto carácter (reforma estructural) que quiere darse a la norma, que presenta un claro desajuste con la fórmula «legal» empleada. La defensa se apuntala afirmando que:

[...] la protección y la certeza de *los trabajadores*<sup>1</sup> es especialmente urgente y necesaria en el caso de las situaciones de trabajo a distancia implantadas excepcionalmente conforme al artículo 5 del RDL 8/2020, de 17 de marzo, para las cuales se requiere la adopción inmediata de este real decreto-ley, con las salvedades establecidas en la disposición transitoria tercera.

La cuadratura del círculo no puede ser más imperfecta, en tanto dicha disposición reitera que a este trabajo implantado excepcionalmente en aplicación de dicho RDL o como consecuencia de las medidas de contención sanitarias derivadas de la COVID-19, y mientras estas se mantengan, le seguirá resultando de aplicación la normativa laboral ordinaria. La técnica legislativa deja mucho que desear y suscita razonables dudas sobre la ley aplicable, con el añadido de la propia derogación fáctica del artículo 13 del ET (por disp. final tercera.Uno RDL) que pasa a señalar que las personas trabajadoras podrán prestar trabajo a distancia en los términos previstos en el RDL 28/2020.

Partiendo, por tanto, de la aplicación de la LPRL, sin matices, al trabajo a distancia y, por ende, al teletrabajo, considerado una subespecie del primero caracterizado por el empleo de las nuevas tecnologías (en línea con la doctrina, Purcalla Bonilla y Preciado Domènech, 2013), veremos cuáles son las innovaciones del texto aprobado, cuánto facilita la implantación de las medidas preventivas y qué problemas quedan sin resolver.

Ya el punto I del preámbulo hace referencia a la seguridad y salud, y, aludiendo al Acuerdo europeo sobre teletrabajo de 2002, parte de la aplicación íntegra de la normativa europea sobre la materia y la responsabilidad empresarial correspondiente, así como la gestión de la organización del trabajo por parte de la persona teletrabajadora. Asimismo, reconoce la insuficiencia del artículo 13 del ET. Aunque el punto de partida era prometedor, cabe cuestionarse si la situación verdaderamente ha dado un giro en la nueva regulación legal.

Por su parte, el punto II del preámbulo, tras aludir a las bondades del teletrabajo, saca a relucir algunos de sus principales inconvenientes, entre los que sitúa el tecnoestrés, la fatiga informática, la conectividad digital o el mayor aislamiento laboral, respecto a los cuales lo lógico era esperar soluciones específicas en el cuerpo de la norma. Llama la atención que en el punto III se destaque el desequilibrio de derechos y obligaciones entre empresas y personas trabajadoras y aluda a la necesidad de trasladar el carácter tuitivo del derecho del trabajo a esta nueva realidad, aspecto que, nuevamente, en la parcela ahora tratada encuentra poco reflejo en el desarrollo legal.

Es, sin embargo, el punto IV el que menciona los aspectos más problemáticos del trabajo a distancia y el uso de las nuevas tecnologías. Al decir del preámbulo, el objetivo es

---

<sup>1</sup> La norma en este caso no se refiere a las «personas trabajadoras», fórmula implantada en las últimas normas laborales.

proporcionar una regulación suficiente, transversal e integrada en una norma sustantiva única que dé respuesta a diversas necesidades, equilibrando el uso de estas nuevas formas de prestación de trabajo por cuenta ajena y las ventajas que suponen para empresas y personas trabajadoras, de un lado, y un marco de derechos que satisfagan, entre otros, los tiempos máximos de trabajo y los tiempos mínimos de descanso, la distribución flexible del tiempo de trabajo, así como los aspectos preventivos relacionados básicamente con la fatiga física y mental, el uso de pantallas de visualización de datos y los riesgos de aislamiento.

Una referencia concreta se contiene a la prevención de riesgos de las personas trabajadoras menores. Así, el punto IV del preámbulo invoca el artículo 27 de la LPRL para justificar las limitaciones que garanticen un tiempo mínimo de presencia en los acuerdos de trabajo a distancia, dada la especial susceptibilidad del colectivo a los riesgos vinculados con esta forma específica de organización (fatiga física y mental, aislamiento, problemas de seguridad y de acoso en el trabajo). Riesgos que, evidentemente, también afectan al resto de personas trabajadoras y que, sin embargo, no encuentran después respuestas concretas en el texto legal. El artículo 3 viene a fijar un porcentaje mínimo del 50 % de prestación de servicios presencial para estos menores, zanjando así el tema de su tutela. Con esta salvedad, no ha considerado la norma conveniente excluir ningún tipo de trabajo por motivos relacionados con la salud laboral de la modalidad «a distancia», por ejemplo, por el empleo de materiales o sustancias nocivos para la salud o la incolumidad de la persona trabajadora, como sí se desprende del convenio OIT y hacen normativas de países de nuestro entorno, como la italiana. El anteproyecto se mostraba bastante más exigente y contenía un apartado 2 en el artículo 15 dedicado a la aplicación de la normativa preventiva en el trabajo a distancia referente a que: «El trabajo a distancia se entenderá como un trabajo de especial peligrosidad y por ello quedará prohibido a las personas menores de edad». Resulta llamativa la desaparición de esta referencia a la especial peligrosidad, que parecía latir en la intención del legislador y que hubiera tenido repercusiones, por ejemplo, a la hora de modular las excepciones a la voluntariedad de la vigilancia de la salud.

También se alude en el mismo punto a la correcta aplicación de las medidas de seguridad y salud, a la organización del tiempo, periodos de disponibilidad, adecuado registro y desconexión digital. Una declaración de buenas intenciones, que pone la miel en los labios y que, sin embargo, deja cierto regusto amargo cuando se examina en detalle el articulado, al menos en lo que a la tutela de la seguridad y salud atañe. Las necesidades que según la norma justifican su propia aprobación en la práctica no reciben una completa y adecuada respuesta.

Es la sección 4.<sup>a</sup> del capítulo III («Derechos de las personas trabajadoras a distancia») la que se dedica a la regulación «completa» y «adecuada» del derecho a la prevención de riesgos laborales, conteniendo dos artículos. El artículo 15 viene a reconocer el derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud, de conformidad con lo establecido en la LPRL y su normativa de desarrollo, en una reproducción prácticamente mimética de lo que anteriormente contenía el artículo 13 del ET. Los aspectos supuestamente más novedosos se contienen en el artículo 16 dedicado a la evaluación de riesgos y planificación de la actividad

preventiva. Por un lado, se reiteran aspectos evidentes como que la evaluación y la planificación deben tener en cuenta los riesgos característicos de esta modalidad de trabajo (como de cualquier otra, cabría añadir), poniendo especial atención en los factores psicosociales, ergonómicos y organizativos. Para especificar que, en particular, deberá tenerse en cuenta la distribución de la jornada, los tiempos de disponibilidad y la garantía de los descansos y desconexiones durante la jornada. Hasta ahora, poca innovación respecto a lo que deriva de una interpretación sistemática y teleológica del artículo 16 de la LPRL, aunque la alusión expresa a estos tipos de riesgos, ausentes en la norma común, debe ser aplaudida. La regulación culmina con el tratamiento específico de algunos aspectos relativos a la realización de la evaluación de riesgos, sin duda el punto más novedoso, pero también el que mejor muestra la escasez de recursos del legislador para aportar soluciones para la implantación efectiva de sistemas preventivos en el trabajo a distancia.

## 2.5. La invocación a la negociación colectiva

A la vista de lo afirmado en el preámbulo (punto IV) del RDL 28/2020 («es necesario, por tanto, llenar el vacío normativo que existe, igualando el tratamiento jurídico de los aspectos más importantes de esta forma de organización del trabajo, acudiendo en la medida necesaria a la negociación colectiva, que se considera instrumento imprescindible para completar la normativa aplicable en cada uno de los sectores específicos, estableciendo criterios propios»), resulta notorio que debe jugar un papel crucial en la regulación de los aspectos centrales del trabajo a distancia. Posición que contrasta con su intervención en materia preventiva que, aunque relevante en teoría, suele ser prácticamente inexistente, con meras reiteraciones legales y remisiones normativas, salvo excepciones. Por tanto, algunas de las lagunas que se pondrán de manifiesto en este estudio, difícilmente encontrarán adecuada cobertura por esta vía y seguramente desembocarán en importantes déficits preventivos.

## 3. Los riesgos laborales en el trabajo a distancia y, en particular, en el teletrabajo

El trabajo a distancia plantea una serie de particularidades en cuanto a los riesgos laborales, con mayor frecuencia y gravedad de algunos de ellos, especialmente significativos cuando se combina trabajo no presencial y empleo de nuevas tecnologías. Situación de partida que no ignora el texto legal que contiene un breve pero certero diagnóstico que justifica centrar la atención en la tutela de la seguridad y salud. Otra cosa es el resultado pobre y decepcionante finalmente alcanzado. Los principales riesgos vienen ligados a la «autoorganización» del tiempo de trabajo que, en la práctica, queda desdibujada en el texto legal al apuntar a la fijación de un horario, que bien pudiera ser flexible, y a las nuevas tecnologías. Sin duda, tampoco serán menores los problemas que pueden derivar del sedentarismo (también, Álvarez Cuesta, 2020, p. 14) ligado a esta forma de prestación.

Se pone el acento en la fatiga física y mental, el uso de pantallas de visualización de datos y los riesgos de aislamiento, así como el acoso, especialmente para las personas trabajadoras menores. Menos prolijo es el articulado, donde a la postre pocas medidas concretas se contienen para resolver los problemas detectados. En relación con este último riesgo, se limita el artículo 3.4 del RDL (igualdad y no discriminación) a establecer que, de conformidad con lo previsto en la normativa aplicable, las empresas deberán tener en cuenta las particularidades del trabajo a distancia y, particularmente del teletrabajo, en la configuración y aplicación de medidas contra el acoso sexual, acoso por razón de sexo, acoso por causa discriminatoria y acoso laboral. No hubiera estado de más alguna referencia específica en sede preventiva, a efectos de evaluación, formación, sensibilización y políticas de tolerancia 0 y sobre el acceso de la persona que trabaja a distancia a los posibles canales de denuncia internos de las empresas.

Muy sucintamente, reconduciré a tres los grandes factores que inciden en la generación de riesgos (y su prevención) en este tipo de trabajo: la falta de control o disposición del lugar de trabajo por parte de la empresa (lugar libremente decidido por la persona que trabaja); la flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo, con claro protagonismo de la persona que presta servicios a distancia, dotada de cierta capacidad de autoorganización; y, en el caso mayoritario de fórmulas de teletrabajo, el uso de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC).

### 3.1. El lugar de trabajo

La propia definición legal del trabajo a distancia se conforma sobre el lugar de la prestación de servicios, que ha de ser el domicilio o el lugar libremente elegido por la persona trabajadora. Podría pensarse en la posibilidad de lugares de trabajo móviles o cambiantes, pero esta primera impresión parece desdibujarse al contemplar el contenido mínimo del acuerdo individual (art. 6 f) RDL 28/2020). La referencia al lugar de trabajo elegido en singular y su fijación en el propio acuerdo apuntan a una ubicación más o menos estable, aunque ni se fija una estabilidad clara, ni se excluyen posibles pactos para cambiarlo, ni, menos aún, se alude a un pretendido derecho de la persona trabajadora para alterarlo. La existencia de lugares «móviles» parece quedar, en su caso, a los convenios o al acuerdo individual, supuesto en el que debieran incluirse previsiones específicas relativas a la adopción de las pertinentes medidas preventivas. La posibilidad de cambiar o no de lugar, si es exigible autorización expresa o si basta comunicación por parte de la persona que trabaja debería también quedar explicitado en el acuerdo. Ha descartado la norma la fórmula empleada en el anteproyecto de lugar de trabajo «habitual», que parecía dejar más abierta la puerta a otros lugares de trabajo esporádicos o móviles, siempre que su empleo no desvirtuase la habitualidad del primero. El principal problema desde el punto de vista de las políticas preventivas es la falta de control empresarial. Como veremos *infra*, la norma se detiene únicamente en la regulación de alguna particularidad cuando el lugar coincide con el domicilio. Si se tratase de otros lugares, como un espacio de *crowdworking*, parece dar

por sentado que la empresa sí ostenta facultades de control o presume la existencia de un titular de la empresa o, al menos, no se contiene salvedad alguna en cuanto a la autorización para el acceso por parte de la persona que trabaja.

La elección del lugar de trabajo corresponde en exclusiva a la persona que trabaja, por eso resulta llamativa la ausencia de referencia alguna a su necesaria adecuación desde el punto de vista de los riesgos laborales<sup>2</sup>, o mínimas prescripciones sobre sus condiciones de espacio, habitabilidad u otros factores que inciden en la generación de riesgos tales como la temperatura, la iluminación y la humedad, entre los más relevantes, siendo responsable de su salubridad sin matices la empleadora. Lo habitual será que los lugares escogidos no hayan sido proyectados para un uso laboral, sino para su utilización como vivienda en la mayor parte de los casos, y ello lleva a plantear si la empresa puede excluir el lugar por resultar inadecuado dadas sus condiciones, tamaño, luz u otros análogos. Si bien se mira, para el ejercicio de tal derecho, en su caso, primero tendría que existir el de permitir el acceso a los técnicos y responsables para su valoración que, como veremos, queda neutralizado por la posible negativa, sin sujeción a límites, por parte de la persona que trabaja. En el ordenamiento italiano, se ha estimado que la eventual libertad de elección del lugar de desarrollo de la prestación (en el trabajo ágil) encuentra un límite que deriva de la obligación de tutelar su propia seguridad y salud que pesa sobre la persona trabajadora (Pelusi, 2017, p. 1.044).

En indisoluble conexión con el lugar, debe garantizarse la propia seguridad en el diseño, concepción y ergonomía del puesto de trabajo, a la que no se alude expresamente, aunque sí a los riesgos ergonómicos. Para comenzar, deben elegirse los equipos más adecuados (teclados, ratones, pantallas, sillas ergonómicas o reposapiés, entre los más significativos) y equiparables a los utilizados en el centro de trabajo. La elección corresponde a la empresa, mas el RDL tan solo reconoce el derecho a la dotación suficiente y al mantenimiento de medios, equipos y herramientas (art. 11 RDL), y alude al correspondiente inventario (art. 7), siendo evidente la aplicación de la normativa específica en la materia, en particular el Real Decreto (RD) 488/1997, sobre pantallas de visualización, necesitado de una revisión. Su anexo contiene una serie de disposiciones en relación tanto con el equipo como con la propia superficie de trabajo o con el asiento, que ha de cumplir determinadas características como la regulación en altura de asiento y respaldo y otras análogas, que apuntan claramente a su diseño ergonómico<sup>3</sup>. El reposapiés será facilitado para quienes así lo deseen.

<sup>2</sup> Vid. el artículo 15 del Convenio colectivo estatal de peluquería y afines (BOE de 20 de agosto de 2019), donde se establece que «el desarrollo del teletrabajo en el domicilio de la persona trabajadora solo será posible cuando dicho espacio resulte adecuado a las exigencias de seguridad y salud en el trabajo». También, el artículo 43 del Convenio colectivo del Grupo Selecta (BOE de 30 de enero de 2020) hace recaer sobre la persona trabajadora tanto el cumplimiento de las normas de seguridad, como la realización de aquellos cambios que pueden ser necesarios para que el lugar cumpla con los requisitos de seguridad y salud. En los mismos términos, el artículo 40 del Convenio colectivo de Orange Espagne, SAU (BOE de 18 de octubre de 2019).

<sup>3</sup> Así, llama la atención que el artículo 14.6 del Convenio colectivo de las Cajas de Ahorros (2019-2023) dedicado a la dotación de medios de trabajo condicione la entrega de una silla ergonómica homologada

La ausencia de tratamiento legal podrá ser suplida por la negociación colectiva. Así, en algunos conocidos acuerdos sobre teletrabajo, como el de Telefónica de España (anexo V Convenio colectivo, 2006)<sup>4</sup>, al menos se contienen algunas recomendaciones en relación con los puestos de trabajo con pantallas de visualización de datos, exigiendo que tengan dimensiones suficientes para permitir cambios de postura y movimientos de trabajo, facilidad para ajustar la luminosidad y el contraste entre los caracteres y el fondo de la pantalla y adaptarlos fácilmente a las condiciones del entorno, altura de la pantalla, instalación de porta-copias para evitar posturas incorrectas, espacio suficiente delante del teclado, asiento de trabajo, fuentes de luz y otros análogos. No obstante, con frecuencia, aunque los convenios contengan alguna regulación sobre el teletrabajo, esta no suele prestar atención alguna al tema preventivo<sup>5</sup>. En algunos casos se «convierte» a la persona trabajadora en responsable de que el espacio de trabajo cumpla con los requisitos necesarios en cuanto a prevención de riesgos, en especial en cuanto a ergonomía y cumplimiento del RD 486/1997 sobre lugares de trabajo<sup>6</sup>, prescripción de dudoso encaje legal.

### 3.2. La «autoorganización» del tiempo de trabajo

Uno de los rasgos que ha venido caracterizando al trabajo a distancia es el mayor peso de la voluntad de la persona trabajadora en la gestión del tiempo de trabajo de forma flexible, hasta el punto de cuestionarse la aplicación de las normas sobre jornada y descanso. Dudas que intenta despejar el artículo 13 del RDL, buscando un equilibrio entre flexibilidad y garantías mínimas, al estipular que:

[...] de conformidad con los términos establecidos en el acuerdo de trabajo a distancia y la negociación colectiva, respetando los tiempos de disponibilidad obligatoria y la normativa sobre tiempo de trabajo y descanso, la persona que desarrolla trabajo a distancia podrá flexibilizar el horario de prestación de servicios establecido.

Por tanto, han de respetarse los mínimos límites contenidos en la normativa común, en cuanto a jornada máxima, descanso entre jornadas, pausa en jornada continuada, descanso semanal, festivos y vacaciones.

---

a la solicitud de la persona trabajadora. Condicionante que seguramente no rige para los puestos de trabajo en oficinas u otros centros de la empresa.

<sup>4</sup> En los mismos términos se contienen estas recomendaciones en materia de prevención y salud laboral en el anexo II del Acuerdo de teletrabajo del Convenio colectivo de la empresa Telyco suscrito inicialmente en fecha de 30 de abril de 2012 (actualmente, anejo al XIII Convenio colectivo 2019-2021).

<sup>5</sup> A título meramente ejemplificativo, *vid.* el artículo 49 (teletrabajo) del Convenio colectivo de Nokia Transformation Engineering & Consulting Services Spain (BOE de 12 de agosto de 2020); o el artículo 8 del Convenio colectivo de Accepta Servicios Integrales, SLU (BOE de 30 de julio de 2020).

<sup>6</sup> Artículo 8 bis del Convenio colectivo de ámbito estatal para las empresas de mediación de seguros privados (BOE de 7 de enero de 2020).

Una inadecuada gestión del tiempo de trabajo, unida a altos grados de autoexigencia, carga de trabajo, escasez de descansos y pausas, puede incrementar determinados riesgos de corte psicosocial, entre los que destacan el estrés, la ansiedad, desazón ligada a la imposibilidad de conciliar el trabajo y la vida personal y familiar, la adicción al trabajo (Salanova Soria, Del Líbano Miralles *et al.*, 2007), entre los más relevantes y frecuentes. Los factores psicosociales, denominación empleada por la OIT desde mediados de los años ochenta, son considerados complejos y difíciles de entender, dado que representan el conjunto de las percepciones y experiencias de la persona que trabaja y afectan a muchos aspectos. Vienen a definirse como las interacciones entre el trabajo, su medioambiente, la satisfacción en el trabajo y las condiciones de la organización, por una parte. Y por otra, las capacidades de quien trabaja, sus necesidades, su cultura, su situación personal fuera del trabajo; todo lo cual puede influir en la salud y en el rendimiento y la satisfacción laboral. En las clasificaciones al uso, por ejemplo, la del Consorcio europeo para la gestión del riesgo psicosocial (Vega Martínez, 2015), se incluyen algunos relacionados con el tiempo y la carga de trabajo o el aislamiento, muy acusados en esta tipología de prestación de servicios.

### 3.3. El uso de las TIC

Los riesgos psicosociales aludidos en el epígrafe anterior se ven incrementados con el uso intensivo de herramientas digitales, característica típica del teletrabajo, tipología de trabajo a distancia<sup>7</sup> que es la que más ha crecido, dada su facilidad de traslado al domicilio u otro lugar libremente escogido, con la pandemia. La OIT (2019, p. 30) pone de manifiesto los nuevos desafíos del teletrabajo en materia de seguridad y salud, tales como la necesidad de gestionar los riesgos psicosociales relacionados con el trabajo en solitario y la posible erosión de la división entre el trabajo y la vida personal, así como para asegurar la ergonomía en los puestos de trabajo.

A estas tecnologías se ligan riesgos como la tecnoadicción, la tecnofatiga (ligada al exceso de información), la tecnoansiedad o el tecnoestrés o, inclusive, si el problema se vuelve crónico, el síndrome de *burnout*. Los riesgos de tipo físico tampoco son desdeñables, en especial los trastornos musculoesqueléticos, lesiones oculares y riesgos ligados al excesivo sedentarismo o nuevos riesgos emergentes, como los inciertos ligados a las ondas

<sup>7</sup> En el Informe del Comité Económico y Social Europeo (CESE) sobre «Papel y perspectivas de los interlocutores sociales y otras organizaciones de la sociedad civil en el contexto de las nuevas formas de trabajo» (Dictamen exploratorio solicitado por la Presidencia estonia) (2017/C 434/05) (DOUE de 15 de diciembre de 2017) se constatan (apdo. 8) las profundas repercusiones de la digitalización en las organizaciones existentes y en las nuevas, en especial en los métodos de trabajo, tales como el rápido aumento del trabajo a distancia en numerosos sectores. Según Eurofound, en la EU-28, aproximadamente un 17 % de las personas que trabajan por cuenta ajena, como media, son personas teletrabajadoras o con trabajos móviles en TIC (Eurofound, 2017).

electromagnéticas (Mella Méndez, 2016b, p. 32) u otros componentes propios de los dispositivos utilizados (*in extenso*, Trujillo Pons, 2020, pp. 63 y ss.).

El tecnoestrés, según el psiquiatra norteamericano Craig Brod (1984), podía considerarse como «una enfermedad de adaptación causada por la falta de habilidad para tratar con las nuevas tecnologías del ordenador de manera saludable». Más recientemente tiende a definirse no tanto como una enfermedad, sino más bien como «un estado psicológico y social negativo, relacionado con el uso de las tecnologías de la información y la comunicación o la amenaza de su uso en el futuro» (Ventura Campos *et al.*, 2005, p. 3). Al tratarse de una particular manifestación del estrés, se centra en la falta de correspondencia entre las altas demandas exigidas –en este caso, por el uso de las nuevas tecnologías– y las capacidades de la persona. Su origen puede relacionarse con una serie de circunstancias. De un lado, los factores objetivos, entre ellos, elevado ritmo de cambio en el ámbito de las TIC, uso intensivo en la mayoría de empresas y puestos de trabajo (excesiva dependencia), exceso o sobreabundancia de información, sobrecarga, fallos, errores de los programas o aplicaciones o dificultades del propio uso; de otro, factores subjetivos o personales, como las actitudes negativas de la persona hacia el cambio o las dificultades para delimitar el trabajo y la vida personal o familiar. Resulta crucial la propia percepción por parte de la persona o sus propias condiciones personales, llegando a tener consecuencias graves, en determinados supuestos manifestadas también en el estado de salud general de la persona trabajadora. En un porcentaje notable de ocasiones, la ansiedad tecnológica viene motivada por la falta de conexión, problemas de red o con los programas informáticos, miedo a estar desinformado/a o desconectado/a (Mella Méndez, 2016b, p. 33), intoxicación (Alejandrino Páez, 2017) y situaciones análogas. Riesgos todos ellos que han sido una constante en el teletrabajo excepcional y no programado extendido durante la pandemia, en la que según datos del Banco de España se ha alcanzado la cifra máxima de teletrabajo en nuestro país que se calcula en un 30 % (Trincado Aznar, 2020).

A pesar de estas evidencias, el RDL se queda en la simple mención del problema, enumerando algunos riesgos y, en concreto, la fatiga informática, también relacionada con la carga mental, considerada producto de un conjunto variado de factores entre los que destacan el uso de alta tecnología o el trabajo repetitivo y que genera riesgos para la salud cuando las demandas de trabajo o las tareas requeridas exceden de los recursos de la persona. Lógicamente, la evaluación y gestión de este tipo de riesgos conlleva un grado importante de dificultad, dada la influencia de factores propios de cada persona para «controlarlos», siendo fundamental, aunque claramente insuficiente, conocer la opinión o la percepción de la persona trabajadora sobre la carga que implica la realización de su tarea (Rubio Valdehita *et al.*, 2007, pp. 85 y ss.). Reitera de esta forma la mención contenida en el artículo 88 de la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD), a este «nuevo» riesgo, faltando nuevamente la previsión de medidas de prevención concretas o, al menos, la regulación de algunas especificaciones en relación con el uso de las TIC, dada la obsolescencia de la normativa de seguridad y salud en relación con las pantallas de visualización. Aunque

el RDL fija algunas cautelas para intentar evitar el exceso de trabajo y garantizar los descansos, es patente que el trabajo a distancia es más proclive a la invasión de la vida laboral en la esfera privada de la persona trabajadora y la hiperconexión o conexión continua a cualquier hora del día y todos los días, con el consiguiente barrenado de los tiempos de descanso, problema al que hay que enfrentarse con un enfoque claramente preventivo, ligado a las políticas de riesgos laborales. Planteamiento compartido por el CESE, para quien el uso cada vez más intenso de las TIC puede representar un riesgo para la salud, constatando el aumento de las personas trabajadoras que sufren estrés y síndrome de desgaste profesional, que es ya una realidad preocupante y costosa. Entre sus recomendaciones, un diálogo social amplio para limitar la disponibilidad permanente de las personas trabajadoras y su formación para la utilización de las TIC como respuestas necesarias<sup>8</sup>.

El concepto empleado («fatiga informática») plantea ciertas dificultades de aprehensión. El término fatiga es de enorme amplitud y carece de definición unívoca, pero se relaciona con la carga de trabajo mental y sus notorios efectos nocivos, en especial para la salud ocular y psicósomática (fatiga mental, estrés, tecnofobia, entre otros trastornos). El propio Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo considera que poner apellidos a la fatiga es una práctica muy común para facilitar su definición y estudio y que también se distingue la fatiga en atención a su causa, por ejemplo, la fatiga informática. Estamos entre acepciones que guardan estrecha relación, pues no queda muy lejana de la tecnofatiga, que junto a situaciones como la technoansiedad (quizás la más conocida) o la tecnoadicción, vienen incluidas de forma natural como variables o modalidades dentro del tecnoestrés (Agra Viforcós, 2018, p. 621; Aragüez Valenzuela, 2017, p. 181), fórmula de amplio espectro y perfiles indefinidos, y todas ellas deben formar parte de la gestión preventiva. Tecnofatiga que conecta con el cansancio mental por el uso continuado de las TIC, conllevando sentimientos de agotamiento mental y cognitivo causados por el mismo (Salanova Soria, Llorens Gumbau *et al.*, 2007).

## 4. La evaluación de riesgos y la planificación preventivas en el centro del sistema: algunas interrogantes acerca de su eficacia

### 4.1. Introducción

De nuevo, el RDL reproduce el errático planteamiento consistente en remitir el derecho a la seguridad y salud a la aplicación de la normativa general, haciendo una extensión

---

<sup>8</sup> Informe del CESE sobre «Papel y perspectivas de los interlocutores sociales y otras organizaciones de la sociedad civil en el contexto de las nuevas formas de trabajo» (Dictamen exploratorio solicitado por la Presidencia estonia) (2017/C 434/05) (DOUE de 15 de diciembre de 2017).

indiscriminada, sin mayores ajustes, para introducir escasos elementos de «adaptación» que pueden resultar polémicos. A mi juicio, una aplicación selectiva de la norma o la previsión de normas preventivas adaptadas a las nuevas realidades laborales arrojaría mejores resultados desde la perspectiva de la eficacia preventiva. Inclusive, como se ha sostenido, cabría propugnar una redefinición de roles o «rediseñar la norma sin cargar sobre una u otra parte los efectos de la revolución tecnológica, sino utilizarla para consentir un desarrollo más armónico de su relación» (Caponetti, 2018, p. 67).

Los elementos centrales de cualquier sistema de prevención de riesgos en el esquema de la LPRL vienen representados por la evaluación de riesgos y la planificación preventiva. Cabría incluso cuestionar si estos mismos instrumentos son los más adecuados en el caso del trabajo a distancia y, en particular, del teletrabajo. Pero la opción de la norma no arroja dudas y siguen siendo el núcleo duro del sistema, quedando la posibilidad de empleo de las versiones simplificadas a los supuestos en los que la empresa cumpla con los requisitos definidos por el RD 39/1997, de 17 de enero, de los servicios de prevención (RSP). La respuesta podría haber sido diversa, con instrumentos propios y específicos, pero en sí misma no resulta objetable.

El aspecto más positivo radica en la especificación de algunos factores de riesgo tales como los psicosociales, ergonómicos y organizativos o la distribución de la jornada, los tiempos de disponibilidad y la garantía de los descansos y desconexiones durante la jornada (art. 16 RDL), mostrando una postura bastante avanzada sobre la especial vinculación entre riesgos laborales y organización del tiempo de trabajo, uno de los aspectos que más preocupa en la actualidad por su incidencia en la salud psicofísica de las personas trabajadoras. Ahora bien, esta mención no soluciona ni los problemas para evaluar y medir la magnitud de este tipo de riesgos, con carácter general, ni las dificultades prácticas de realización de la evaluación en el lugar escogido por la persona trabajadora y en una prestación dotada de altas dosis, seguramente edulcoradas, de autoorganización. En esta tesitura, para resolver una cuestión que no resulta baladí, la norma apuesta por una solución demasiado simplista y no exenta de polémica. El análisis se centrará en los cuatro principios instaurados por el RDL: el acotamiento geográfico; la extensión a los riesgos específicos de la prestación, con inclusión expresa de los psicosociales y los relativos a la ordenación del tiempo de trabajo; la información y el método y las visitas al centro de trabajo, aspecto más conflictivo, donde se ha desperdiciado la ocasión para una mayor implicación de la persona trabajadora a distancia, de conformidad con su proclamada «autoorganización» del trabajo, en la garantía y tutela de su propia seguridad y salud.

## 4.2. Evaluación «acotada»

Aunque la previsión específica sobre la «acotación» de la evaluación de riesgos aparece en la última versión de la norma, sin figurar en el anteproyecto, suscita pocas dudas, siendo lógico que alcance únicamente a la «zona habilitada para la prestación de servicios,

no extendiéndose al resto de zonas de la vivienda o del lugar elegido para el desarrollo del trabajo a distancia». Regla que apuntala la decisión normativa de un lugar prefijado, huyendo de fórmulas bastante más complejas desde el punto preventivo que derivarían de prestaciones absolutamente flexibles, donde el lugar es cambiante (incluyendo espacios como trenes, bares, hoteles, restaurantes y otros análogos). Esta opción facilita bastante la adopción de las medidas preventivas y la delimitación del concepto de accidente de trabajo. No obstante, quizás no hubiera estado de más hacer alguna referencia a posibles vías de acceso, zonas de tránsito, escaleras o similares, de fácil control preventivo, minimizando las posibilidades de sufrir accidentes de trabajo que, hasta ahora, también han planteado problemas en orden a su delimitación jurídica, en especial si pretendemos extender el concepto de accidente *in itinere* (esta cuestión en Poquet Catalá, 2017, pp. 40 y ss.), materia que ha quedado fuera del texto aprobado.

### 4.3. Evaluación de los riesgos específicos del teletrabajo y aspectos psicosociales

Si bien el propio Tribunal Supremo (TS) parte de que la LPRL obliga a evaluar los riesgos psicosociales, es de alabar su mención explícita por parte de la norma, junto a los ergonómicos y organizativos, dada la práctica inexistencia de disposiciones que los incluyan en su articulado de forma expresa. Por otra parte, se alude a los riesgos ligados a la organización del tiempo de trabajo, que en buena medida queda en manos de la persona que trabaja a distancia, como integrantes y determinantes en la evaluación, así como a la garantía de los descansos y las desconexiones durante la jornada. Aspectos de especial relevancia dada su prevalencia en este tipo de prestación, como se ha visto. Destaca en este punto que se alude a las desconexiones «durante» la jornada, por tanto, algo diferente al derecho a la desconexión digital, por aplicación de las normas de uso de pantallas de visualización. No obstante, se echan en falta medidas específicas en orden a la forma de llevar los datos relativos a tales cuestiones o a una especie de autoevaluación sobre la adecuada organización de las tareas, tiempo de trabajo, descansos, pausas, desconexión y otros análogos. Información indispensable para la evaluación de riesgos, lo que haría muy conveniente que la persona trabajadora llevara algún tipo de seguimiento o planificación de tareas, al margen, lógicamente, del preceptivo registro de jornada.

### 4.4. Información y metodología

La empresa, para el cumplimiento de su obligación de realizar la evaluación de riesgos, debe obtener toda la información acerca de los riesgos con una metodología que ofrezca confianza sobre su resultado (fórmula ya empleada por el art. 5.2 RSP), conectada a la libertad de elección del método por parte de la empresa, incluyendo el recurso a documentos, normas o guías de organismos especializados nacionales e internacionales. Este estándar

ya ha suscitado alguna duda en caso de utilización de fórmulas como cuestionarios o guías, si no se aplican de forma objetiva o conforme a los parámetros definidos para su empleo; cuestión sobre la que se pronunció ya el TS en la Sentencia CaixaBank de 16 de febrero de 2016 (rec. 250/2014). Estas fórmulas para recabar información, como he señalado, serán de particular importancia en relación con los riesgos ligados a la organización del tiempo de trabajo, el ritmo, la fatiga informática y la carga mental.

## 4.5. Las visitas al lugar de la prestación

Son diversas las cuestiones que suscita el precepto legal cuando regula las visitas a los lugares de trabajo. Al decir del artículo 16.2 del RDL:

[...] cuando la obtención de dicha información exigiera la visita por parte de quien tuviera competencias en materia preventiva [...] deberá emitirse informe escrito que justifique dicho extremo que se entregará a la persona trabajadora y a las delegadas y delegados de prevención.

Este planteamiento supone que la visita es facultativa, es más, que debe justificarse; circunstancia que en la práctica conducirá a evaluaciones de riesgos sustanciadas en meros cuestionarios cumplimentados por la persona trabajadora, sin visitas de campo que, a la postre, conducirá a actuaciones más formales que eficientes. Habida cuenta de la libertad de la persona trabajadora para elegir el lugar de trabajo y su diseño inicial para usos no profesionales, sin exigencia alguna de adecuación desde el punto de vista de la seguridad y salud, la visita debería haberse previsto como un paso sustancial<sup>9</sup>, inclusive previa a la suscripción del acuerdo, para el control del riesgo que corresponde íntegramente a la empresa. Sin la inspección directa al lugar de trabajo parece difícil dar cumplimiento al artículo 2.2 del RSP que establece que «la puesta en práctica de toda acción preventiva requiere, en primer término, el conocimiento de las condiciones de cada uno de los puestos de trabajo».

La realización de visitas en orden a garantizar la adecuación y eficacia de las acciones preventivas resulta tan significativa que el RSP (tras su modificación por RD 604/2006, de 19 de mayo), aunque en relación con la auditoría, incluye, junto al análisis de la documentación e información en materia preventiva, el análisis de campo dirigido a verificar que la documentación refleja con exactitud y precisión la realidad preventiva de la empresa, incluyendo la visita a los puestos de trabajo. Paso que resulta también decisivo en la evaluación, pero que la norma supedita al informe escrito, lo que puede suponer casi un «incentivo» para que la empresa omita su desarrollo.

<sup>9</sup> Se contiene un procedimiento detallado para las visitas en el Libro Blanco del teletrabajo de Repsol de 2012, p. 91 ([https://imagenes.repsol.com/pe\\_es/libro\\_blanco\\_tcm18-627218.pdf](https://imagenes.repsol.com/pe_es/libro_blanco_tcm18-627218.pdf)).

En cuanto al permiso de la persona trabajadora, aunque es patente que el acceso al domicilio requiere el consentimiento previo, como también exige el acuerdo europeo, serían factibles modulaciones o fórmulas que incentivarán su cooperación/colaboración en este terreno. El problema no radica en la necesidad del consentimiento, acorde con la inviolabilidad del domicilio derivada del texto constitucional (art. 18.2 Constitución española –CE–), sino en la laxitud con que se plasma el derecho de negativa de la persona trabajadora. Permiso que no se exige fuera de los domicilios particulares (oficina compartida o un módulo alquilado al efecto, por ejemplo), pero suscita dudas en el caso de un hotel o similar, donde dependería de si se trata de la habitación o de zonas comunes; supuesto que puede empezar a darse con cierta frecuencia, puesto que algunas zonas turísticas están buscando en esta forma de trabajo una alternativa para sus plazas hoteleras ante la ausencia de visitantes.

La norma, en un intento de reflejar el carácter «tuitivo» aludido en el preámbulo, da prioridad al derecho a la intimidad frente al derecho a la salud. Respuesta quizás algo alejada de los planteamientos de la LPRL, que obliga a la empresa a librar a la persona trabajadora hasta de su propia imprudencia (art. 15.4 LPRL), en tanto la evaluación de riesgos constituye el elemento basilar para la correcta aplicación del resto de las medidas preventivas. En este sentido, la doctrina ha venido apuntando a soluciones pactadas con cesiones por ambas partes, por ejemplo, fijando unos días y horas determinados para acceder –quizás con carácter periódico– (Mella Méndez, 2000, p. 1.030), exigiéndose normalmente un pre-aviso, que seguirán siendo las más convenientes.

El último párrafo del apartado 2 del artículo 16 del RDL señala expresamente que:

[...] de no concederse dicho permiso, el desarrollo de la actividad preventiva por parte de la empresa podrá efectuarse en base a la determinación de los riesgos que se derive de la información recabada de la persona trabajadora según las instrucciones del servicio de prevención<sup>10</sup>.

La regla de la voluntariedad para conceder o no el permiso no aparece exceptuada, modulada ni limitada en supuesto alguno, aunque se podría haber exigido la motivación de la negativa o alguna excepción para supuestos en los que los riesgos hicieran imprescindible la visita u otras soluciones alternativas. La falta de imaginación de la norma es patente, su intento de resultar respetuosa con la libertad personal también, pero su planteamiento puede desembocar en claros déficits preventivos. Nótese, además, que se ha preocupado en delimitar la zona privada del domicilio destinada a la vivienda y la zona de trabajo, a la

<sup>10</sup> Como sabemos, la intervención de la negociación en estas lides no suele dar soluciones prácticas y adecuadas a los problemas planteados. A modo de ejemplo, el artículo 14.9 del Convenio colectivo de las Cajas de Ahorros (2019-2023), dedicado a la salud laboral en el trabajo, se limita a señalar que «la metodología para la recogida de información a la que se refiere el artículo 16.2 será prevalentemente a distancia».

que queda acotada la evaluación; por ende, las razones para dejar en manos de la persona trabajadora, sin sujeción a justificación alguna, la negativa al acceso para realización de la evaluación no alcanza a comprenderse. Sorprende el lugar residual en que quedan las visitas de prevención, que podrían ser también necesarias por razones de auditoría, de controles periódicos o tras un daño a la salud de la persona trabajadora, respecto a las cuales el mutismo de la legislación es absoluto.

A fin de solventar un supuesto problema relativo a la inviolabilidad del domicilio, se olvidan aspectos esenciales como la exigencia de capacitación necesaria para la evaluación de riesgos impuesta por la LPRL y el RSP. Es verdad que la evaluación no se desplaza del personal técnico competente, pero se irroga un papel en su realización a la persona trabajadora para el que seguramente no estará capacitada. Dada la previsible insuficiencia de las instrucciones del servicio a la persona trabajadora para suplir las visitas, se debería haber demandado un mayor rigor a ambas partes en el cumplimiento de esta obligación. Probablemente, junto a cierta justificación o excepciones a la negativa, hubiera sido conveniente pedir cierta capacitación previa de la persona trabajadora, la asistencia a alguna sesión formativa específica (virtual o presencial) a fin de poder transmitir la información suficiente, realista y fiable, dado su peso específico en la evaluación (en la misma línea, García González, 2017, p. 112). La doctrina italiana para el trabajo ágil, que supuestamente busca atenuar las obligaciones empresariales, insiste en la relevancia de la formación para que la persona trabajadora sea capaz de elegir un lugar de ejecución de la prestación más idóneo para prevenir el riesgo para la seguridad y formas de «disconfort» o «malestar» laboral (Malzani, 2018, p. 26). Ninguna mención a una formación específica en materia preventiva, al margen de la relativa al uso de herramientas tecnológicas, encontramos en el RDL. Únicamente la toma de conciencia por parte de la persona trabajadora sobre la relevancia de la evaluación para la eficacia preventiva incentivaría o el consentimiento o, en su ausencia, su eficaz colaboración en el cumplimiento, que podría incluso plasmarse en una «autoevaluación», previa la capacitación necesaria, pues, como se ha sostenido, este tipo de instrumentos complementarios permite tomar conciencia de los riesgos asociados al teletrabajo y puede reforzar el seguimiento de las medidas preventivas para evitarlos o minimizarlos (Sabadell i Bosch y García González-Castro, 2015, p. 47).

Es de esperar que los servicios de prevención actúen de manera extremadamente diligente a la hora de solicitar y exigir la información y dar las correctas instrucciones, suficientes para avalar su exhaustividad y adecuación. Como es lógico, además, y *ex post*, seguramente se van a plantear problemas en cuanto a las posibles responsabilidades en supuestos de accidentes o daños provocados por una evaluación de riesgos incompleta, insuficiente o inadecuada. La aplicación de la LPRL resulta plena y las reglas sobre la carga de la prueba contenidas en el artículo 96 de la Ley reguladora de la jurisdicción social también. Por tanto, en línea de principio, solo la imprudencia temeraria puede jugar como eximente. El mero hecho de no conceder el permiso en los términos de la regulación legal evidentemente no encaja en esta definición. La inexactitud no maliciosa en la información dada a la empresa seguramente tampoco. Más allá de estas cuestiones que, sin duda,

podrán suscitarse, el problema más acuciante es la falta de tutela efectiva que evaluaciones realizadas de esta forma pueden provocar para la persona que trabaja a distancia. El propio legislador está devaluando el cumplimiento eficaz de la extensa normativa preventiva, pues de la exhaustividad de la evaluación y sus resultados depende la aplicación del resto de la construcción normativa.

Volviendo a una cuestión ya planteada con anterioridad, resulta ahora aún más llamativa la ausencia de mayor atención normativa a los requisitos que ha de cumplir el lugar del trabajo libremente elegido por la persona trabajadora, al que pocas referencias contiene el RDL. No hubieran estado de más algunas menciones a su adecuación desde la perspectiva de la seguridad, al compromiso de la persona trabajadora con el cumplimiento de las condiciones de salud y seguridad o, inclusive, condicionar el acuerdo de teletrabajo a la posibilidad empresarial de visitar el lugar de trabajo para cumplir con la garantía de seguridad. Aunque la imposición del consentimiento de acceso para autorizar el teletrabajo se ha criticado por no ser una respuesta preventiva eficiente, porque debe ser renovada para cualquier verificación o reevaluación posterior y por ser esencialmente revocable (Sabadell i Bosch y García González-Castro, 2015, p. 46), dejar al puro arbitrio de la persona trabajadora el permiso tampoco ayuda desde el punto de vista de la eficacia preventiva.

Si la evaluación del lugar de trabajo resulta esencial, las visitas son prácticamente consustanciales a ella. Si no es así, se hubiera agradecido un ejercicio de concreción por parte de la norma de los supuestos en los que la visita resulta «indispensable» y, en su caso, de las causas motivadoras de la decisión de la empresa. La norma ha ido a una solución harto simplista, primando la intimidad y la inviolabilidad del domicilio, frente al derecho a la salud y a la integridad física y moral, en lugar de buscar un justo equilibrio, ya reclamado en este concreto terreno hace más de 20 años (De Vicente Pachés, 2000, p. 1.079), proponiendo fórmulas consensuadas previamente en contrato o en convenio, con sujeción a requisitos, como la antelación y el preaviso, la justificación o las garantías legales en términos del artículo 18 del ET. Aunque la obligación de acceso regulada en convenio colectivo<sup>11</sup> puede suscitar alguna fricción con el planteamiento legal, parece conveniente esta previsión en el acuerdo individual, al menos en determinadas circunstancias y con ciertas garantías. Los convenios podrían incluir esta cuestión como contenido adicional a incorporar en los acuerdos individuales a suscribir en cada prestación.

---

<sup>11</sup> A modo de ejemplo, en el artículo 8 bis del Convenio colectivo de ámbito estatal para las empresas de mediación de seguros privados (BOE de 7 de enero de 2020) se establece que, previa notificación a la persona teletrabajadora, la empresa podrá acceder al lugar de trabajo para verificar que el espacio de trabajo resulta adecuado a las exigencias de seguridad y salud en el trabajo. A tal efecto, la persona teletrabajadora deberá facilitar el acceso a los técnicos/as de los servicios de prevención de la empresa o cargos análogos de órganos competentes para efectuar las revisiones adecuadas y convenientes en este sentido.

Aun cuando, obviamente, la persona trabajadora puede recurrir a la representación o a los servicios de prevención solicitando su asesoramiento y apoyo, no hubiera estado de más una mención expresa en tal sentido o, inclusive, la referencia a la posibilidad de que sea la persona trabajadora quien reclame una visita por parte de los técnicos/as para comprobar la adecuación y la eficacia de las medidas, o ante alguna deficiencia preventiva detectada. La formación y sensibilización de la persona trabajadora allanarían el camino a una responsabilización en la garantía de su propia seguridad y salud.

La regulación legal puede provocar una falsa sensación de impunidad en las empresas, de forma que bastará con la negativa de la persona trabajadora y los datos aportados para la adopción de medidas, y con ello una «presunta» exención de responsabilidad. Es preciso garantizar que no se implanten malas praxis, conocidas ya en la vigilancia de la salud, donde la propia empresa fomente la denegación del permiso, que ni siquiera exige forma escrita, como fórmula para aminorar los costes de las medidas preventivas. En esta línea, aunque las cláusulas de los convenios sobre esta materia son escasas y pobres (Mella Méndez, 2016a, pp. 1 y ss.), algunas resultan llamativas. Así, el IV Convenio colectivo de Nokia Solutions and Networks Spain, SL (BOE de 4 de abril de 2017), incluye un acuerdo de teletrabajo y acuerdo de compromiso especial en relación con el acuerdo de teletrabajo, que comprende, entre otras cláusulas, que la persona teletrabajadora se compromete a cumplir con las normas locales de seguridad, prevención, protección y ergonomía. Por consiguiente, la empleadora se libera de controlar la aplicación de estas normas, sin perjuicio del cumplimiento del deber de formación e información adecuada de la persona teletrabajadora. Cláusula que plantea razonables dudas de legalidad, en la medida en que la LPRL no admite a la persona deudora de seguridad un traspaso de sus responsabilidades. De lo que se trata es de buscar fórmulas efectivas para la garantía del derecho esencial a la salud laboral, con la cooperación de la persona trabajadora, a través de su formación (Vicente Herrero *et al.*, 2018, p. 293) y su sensibilización, pero sin que sea posible desplazar la obligación.

Como se sabe, también la inviolabilidad del domicilio es una de las causas que se esgrimen para objetar la aplicación de la LPRL en la relación laboral especial del servicio del hogar familiar, entre otras razones por las dificultades de la vigilancia y control de la aplicación por parte de la Inspección de Trabajo. En este sentido, quizás también hubiera sido interesante una referencia expresa a esta cuestión.

## 5. Una norma poco ambiciosa en el ámbito preventivo

En términos generales, la valoración del RDL en la concreta faceta que nos ocupa no puede ser excesivamente positiva, pues resulta escasamente ambiciosa y bastante dudosa su eficacia para poner remedio a las dificultades para la aplicación de la legislación preventiva denunciadas por la doctrina, que conducen a que en la práctica carezca de virtualidad (García González, 2017, p. 111).

## 5.1. Medidas para prevenir el aislamiento y la fatiga informática

En ordenamientos de nuestro entorno, en concordancia con las previsiones del Acuerdo marco europeo, se prevé expresamente la obligación de la empresa de establecer medidas dirigidas a prevenir el aislamiento de la persona que trabaja a distancia respecto al resto de la plantilla de la empresa, tales como darle ocasión de reencontrarse regularmente con sus compañeros/as y tener acceso a las informaciones de la empresa (art. 3, c 10), Decreto legislativo 81/2008 –Texto único sobre salud y seguridad en el trabajo–, en Italia). Nuestra norma, sin embargo, aun consciente del riesgo, reconduce su preocupación a las personas trabajadoras menores, para quienes fija un tope máximo de tiempo de prestación a distancia, brillando otras medidas concretas por su ausencia. Hubiera sido conveniente alguna previsión en este sentido, incluido un límite máximo o la llamada a alguna actividad presencial, asistencia a algún tipo de reunión periódica o similar, que impidan la pérdida de sensación de «pertenencia» a la empresa y conjuren el consabido riesgo provocado por la falta de contacto social y aislamiento. Este cometido se deja a la negociación colectiva según lo contenido en la disposición adicional primera que alude expresamente a la posible fijación de una jornada mínima presencial en el trabajo a distancia, que es seguramente una de las vías más adecuadas para combatir los mencionados problemas<sup>12</sup>. La Nota técnica de prevención (NTP) 1.123 (Manzano Santamaría, 2018) incluye un listado no exhaustivo de medidas preventivas entre las que figuran los modelos mixtos, la puesta a disposición de canales para interactuar con colegas y superiores jerárquicos en espacios virtuales, posibilitando interacciones y consultas, desarrollo de políticas para fomentar las relaciones sociales y evitar la sensación de aislamiento de la persona trabajadora o programar reuniones presenciales periódicas con las personas que trabajan en remoto, entre otras. Seguramente hubiera sido conveniente fijar una suerte de derecho preferente a ocupar un puesto de trabajo presencial ante signos de aislamiento y posibles efectos negativos en la salud, aunque el cambio de puesto puede extraerse, no sin dificultades, del artículo 25 de la LPRL, como profundizaremos en un epígrafe ulterior.

Por su parte, en relación con la prevención del riesgo de fatiga informática, otra vez la norma es avanzada en su diagnóstico, pero se queda en papel mojado a la hora de prever medidas concretas. Conviene recordar que el Acuerdo marco europeo señalaba hace casi 20 años que la empresa viene obligada a garantizar que la carga de trabajo y los criterios de resultados en el teletrabajo son equivalentes a los de las personas trabajadoras comparables de los locales de la empresa y, sin embargo, nada de esto encontramos en la regulación legal, con avances poco significativos.

---

<sup>12</sup> Algunos de los convenios que empiezan a ver la luz ya aprobado el RDL 28/2020 remiten, a su vez, esta cuestión de los mecanismos que faciliten una cierta presencia de la persona trabajadora en el centro de trabajo al acuerdo individual de teletrabajo (art. 14 Convenio colectivo de las Cajas de Ahorros 2019-2023).

Muy conectado a lo anterior, respecto a los riesgos derivados de las pantallas de visualización, también se limita a su mera alusión en el preámbulo. Aunque no arroja dudas la aplicación del obsoleto RD 488/1997, de 14 de abril, sus desfases son notorios. En primer lugar, la expresa exclusión por parte del artículo 3 del RD de los llamados sistemas portátiles, siempre y cuando no se utilicen de modo continuado en el puesto de trabajo. De esta forma, si el trabajo en remoto se realiza a través de un equipo de este tipo, algo bastante habitual, aunque solamente sea algunos días a la semana, debe entenderse incluido en el ámbito de aplicación, puesto que en esa jornada laboral se emplea de forma continuada. Ahora bien, y aquí hallamos otra de las carencias de la norma, estos equipos, las tabletas y similares, aun cuando de uso en el domicilio, deberían complementarse con pantallas de tamaño adecuado, teclados y ratones periféricos y dotarse de otras exigencias de seguridad. Pero es que en la actualidad no preocupan tanto los riesgos derivados de los propios dispositivos (radiaciones, destellos...), muy evolucionados en los últimos 20 años, sino los originados en su uso intensivo y universal y la conexión permanente. Los esfuerzos del legislador podrían haber sido mayores, al margen del derecho a la desconexión digital, tratado con posterioridad.

Un aspecto a resaltar del RD 488/1997 es que aparece centrado en el tiempo de utilización de los equipos durante la jornada de trabajo, incluyendo la reducción de la duración máxima del trabajo continuado en pantalla, organizando la actividad diaria de forma que esta tarea se alterne con otras o estableciendo las pausas necesarias cuando la alternancia de tareas no sea posible o no baste para disminuir el riesgo suficientemente (art. 3.3). Estas pausas quedarían a las necesidades de tutela en cada caso apreciadas, pero en especial en el teletrabajo pueden verse dificultadas por la falta de vigilancia de cumplimiento por parte de la empresa o por la exigencia de las tareas, que impiden a la persona trabajadora darles cumplimiento. Se confía en la negociación colectiva, que podrá acordar la periodicidad, duración y condiciones de organización de los cambios de actividad y pautas referidas (art. 3.4). Aspectos poco abordados en la práctica, aunque el convenio podría asumir la regulación conjunta de esta cuestión junto con el derecho a la desconexión fuera de la jornada de trabajo.

## 5.2. ¿Existe alguna modulación en la vigilancia de la salud?

Sorprende también que, conocidas las dificultades de interpretación que la cuestión del consentimiento plantea en el artículo 22 de la LPRL, reflejadas en algunos importantes conflictos judiciales, el RDL pase por alto esta cuestión. El tema, sin duda, se vuelve más sensible ligado a los aspectos psicofísicos en los que la norma pretende centrar la atención. Dejar en manos de la negociación colectiva esta problemática resulta bastante ineficiente, dado el escaso tratamiento por parte de los convenios e, incluso, las dudas suscitadas por su papel en orden a exceptuar la voluntariedad de los reconocimientos. Posibilidad negada por el Tribunal Constitucional (TC) (Sentencia del TC 196/2004, FJ 4.º) que afirma que el convenio no puede introducir en la regulación de los reconocimientos médicos elementos incompatibles con la protección que otorga el artículo 18.1 de la CE, añadiendo

restricciones no previstas en la ley. En concreto, no puede configurar como obligatorios reconocimientos que no lo son *ex lege*, ni siquiera dotarlos de una caracterización contraria a las directrices de la ley.

En sede doctrinal existe bastante consenso a la hora de manifestar la gran relevancia de la vigilancia de la salud en el trabajo a distancia (por todos/as, Mella Méndez, 2000, p. 1.037). Se ha sugerido la más que conveniencia de realizar la vigilancia (ofrecerla a las personas trabajadoras) antes del comienzo del trabajo a distancia (De Vicente Pachés, 2000, p. 1.086; Mella Méndez, 2000, p. 1.039). Aunque no hubiera estado de más una referencia expresa en tal sentido, la obligatoriedad para la empresa de garantizar la vigilancia de la salud tras la reincorporación al trabajo a distancia se extrae sin demasiada dificultad de los términos contenidos en el artículo 37.3 del RSP. Tampoco plantea dudas la necesidad de que la vigilancia se repita periódicamente y tras la aparición de cualquier afectación de la salud relacionada con la forma de prestación de servicios.

Más conflictiva es la respuesta a la existencia de alguna modulación a la voluntariedad de la vigilancia para el trabajo a distancia. La norma ha desatendido la reclamación de una clarificación sobre el encaje de quienes trabajan a distancia en alguno de los supuestos de obligatoriedad de los exámenes de salud laboral (García González, 2017, p. 112). Todo dependería de la interpretación extensiva o estricta de las excepciones consistentes en que resulte imprescindible valorar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de la persona trabajadora o si puede constituir un peligro para su propia vida o salud, menos dudoso si el riesgo afecta a terceros, por ejemplo, otras personas relacionadas con la empresa o la propia familia con quien convive. Un sector doctrinal incardina el teletrabajo en la primera excepción legal, en especial si la persona trabajadora se halla desconectada o conectada unidireccionalmente vía puesto de trabajo-empresa, por la falta de ausencia de contacto directo y continuo entre ambas partes de la relación (Mella Méndez, 2000, p. 1.039). Sin llegar a la afirmación de la obligatoriedad en todo caso de la vigilancia de la salud cuando el peligro sea exclusivamente para la propia persona trabajadora (sin afectación a terceros), sí hay algunos elementos propios de esta prestación de servicios que modularían el consentimiento, aunque dentro de la doctrina del TC sobre la proporcionalidad e indispensabilidad de las pruebas. La propia constatación legal de la presencia de relevantes riesgos psicosociales apuntaría a la existencia de un riesgo o peligro cierto objetivable, elemento al que apunta el Alto Tribunal para imponer la vigilancia. A pesar de ello, el RDL no ha estimado pertinente matización expresa en este sentido, que se hubiera visto facilitada de mantenerse la consideración de trabajo de «especial riesgo». Cabría esperar que la negociación colectiva desarrollara cierto papel a la hora de perfilar la excepción y realzar la importancia de sensibilizar a la persona trabajadora sobre la relevancia de someterse a vigilancia periódica, también en relación con los riesgos oculares, posturales y otros análogos ligados al uso constante de dispositivos tecnológicos y al sedentarismo. La singularidad del lugar de trabajo no facilita la obtención de resultados «colectivos», suficientes para valorar los efectos sobre la salud, si no se realiza la evaluación de forma individual. Por su parte, baste con recordar que, si nos conformamos con una evaluación de riesgos descafeinada, basada en

las informaciones facilitadas por la persona trabajadora, seguramente será difícil valorar de manera fehaciente la existencia de riesgo o la indispensabilidad de las pruebas.

En cuanto al contenido, cabría reclamar la elaboración de un protocolo específico para el trabajo a distancia, aunque, sin duda, resultan de aplicación las especificidades propias del protocolo de uso de pantallas de visualización de datos de 12 de abril de 1999. Necesitado seguramente también de una revisión como el RD del que trae su causa.

### 5.3. Adaptación y cambio de puesto por motivos de salud

De lo sostenido hasta el momento no deriva el más mínimo resquicio de duda acerca de la aplicación del artículo 25 de la LPRL a la persona trabajadora a distancia, con derecho a solicitar un cambio en el lugar de la prestación de servicios o el regreso a la prestación de modo presencial si su salud se estuviera viendo afectada por la realización de esta modalidad de trabajo, en especial, debido al aislamiento, exceso de carga de trabajo, estrés y otros riesgos análogos. Existen una serie de dificultades a la hora de ejercer el derecho, que son comunes a todas las personas trabajadoras, dada la defectuosa técnica del precepto legal y las lagunas que plantea en orden a la identificación tanto de la «especial sensibilidad», como de las medidas preventivas (adaptación y cambio de puesto, entre las más señaladas). Podría argumentarse que no se plantean problemas adicionales en el trabajo a distancia al ser una situación que el RDL define como voluntaria y reversible, pues la persona trabajadora puede en cualquier momento volver a la situación previa. No obstante, es fácil constatar cómo el carácter «reversible» ya no es automático, como sí parecía en alguna versión anterior del texto legal, puesto que el ejercicio de la reversibilidad tendrá lugar, según establece el artículo 4.3 del RDL, en los términos establecidos en la negociación colectiva o, en su defecto, en los fijados en el acuerdo de trabajo a distancia. En el caso de que la vuelta a la presencialidad sea motivada por razones derivadas del estado de salud de la persona trabajadora, no debería existir condicionante alguno para el regreso al centro de trabajo, pues el artículo 25 de la LPRL exige a la empresa la plena garantía de la seguridad y salud para las personas especialmente sensibles (a las condiciones del trabajo a distancia) y, por ende, no viene sujeto a posibles reglas convencionales. No obstante, no estaría de más que los convenios hicieran alusión expresa a este derecho reforzado a la reversibilidad.

También podría cuestionarse el alcance del deber empresarial, manifestada una situación de especial sensibilidad de una persona trabajadora a distancia, por ejemplo, tras la vigilancia de la salud u otras técnicas de detección. Si la empresa tuviera indicios racionales de posible afectación a la salud derivada del trabajo a distancia, vendría obligada a realizar la adaptación o cambio de puesto, con una vuelta total o parcial a la presencialidad. Esta, a su vez, debe asumir la medida, obviando así el carácter voluntario de la reversión, sin perjuicio del recurso a los tribunales si lo considerase pertinente. En este sentido, como

vimos, resultarían fundamentales las previsiones en el convenio de medidas para paliar el aislamiento, garantizando cierta presencialidad o conexión con la empresa, a fin de poder valorar situaciones que sean manifiestas.

El anteproyecto de RDL aludía a un derecho preferente ligado a la regulación contenida en el artículo 34.8 del ET, esto es, el teletrabajo como fórmula de adaptación por motivos familiares, precepto que ha desaparecido en la versión definitiva del texto legal. No obstante, el artículo 7.3 del RDL contempla la posibilidad de que la negociación colectiva o los acuerdos de empresa regulen preferencias vinculadas a determinadas circunstancias, entre las que se incluyen las personas con diversidad funcional o con riesgos específicos, así como circunstancias personales o familiares, entre otras. Se echa en falta, me parece, alguna referencia a la posibilidad de que en determinadas condiciones la adaptación derivada de las necesidades preventivas amparadas por el artículo 25 de la LPRL pudieran resolverse a través de la adaptación del tiempo de trabajo y, más concretamente, de desarrollo parcial o total de la actividad a distancia, regulando una suerte de preferencia o un derecho pleno y efectivo al trabajo a distancia (o teletrabajo), que tampoco figuraba en versiones anteriores.

#### 5.4. La formación preventiva antes del inicio del «trabajo a distancia»

En este terreno, y al margen de la concreta referencia en el artículo dedicado a la desconexión digital, no sobraría incidir en el destacado papel de la formación preventiva de las personas que trabajan a distancia, en especial si teletrabajan, en tanto están llamadas a asumir un papel más relevante en la garantía de la seguridad y salud, dada la peculiaridad del lugar de trabajo. Puede que la persona teletrabajadora no necesite una formación específica en el uso de las herramientas tecnológicas, pero sí acerca de los riesgos específicos ligados al trabajo a distancia, así como algunas de las medidas preventivas esenciales, sobre todo a fin de evitar los posibles efectos nocivos de circunstancias como el aislamiento, la conexión permanente, la infoxicación u otros análogos (por todos/as, De Vicente Pachés, 2000, pp. 1.073 y ss.). Factores que pueden conducir a la sobrecarga mental o al sentimiento de alienación en caso de trabajos monótonos y repetitivos, tales como la introducción y procesamiento de datos o la repetición de códigos durante la jornada laboral (Trionfetti *et al.*, 2019, p. 44).

Es verdad que las referencias contenidas en el artículo 19 de la LPRL a la «adecuación y la suficiencia» de la formación hacen pensar en la necesidad, en todo caso, de un proceso formativo, en función de las características del trabajo y de la propia persona trabajadora, en el momento en el que se cambia a la modalidad de «teletrabajo». Claramente, además, el propio artículo 19.1 de la LPRL, plenamente aplicable, impone la formación tanto en el momento de la contratación, cualquiera que sea la modalidad o duración de esta, como

cuando se produzcan cambios en las funciones que desempeñe o se introduzcan nuevas tecnologías o cambios en los equipos de trabajo. A lo anterior debe sumarse la ausencia de previsión de una formación específica y más exigente para aquellos supuestos de denegación de acceso al lugar de trabajo, a fin de que pueda otorgar la información suficiente para realizar la evaluación, que cabría extraer de las propias características de adaptación, adecuación y dinamismo impuestas por el precepto legal. En el ámbito de la Administración pública no es infrecuente encontrar referencias a la necesidad de que el personal acuda a una sesión formativa acerca del acondicionamiento del puesto de trabajo fuera de las dependencias administrativas, así como las nociones necesarias sobre seguridad y ergonomía en los puestos de trabajo con pantallas de visualización de datos<sup>13</sup>.

Tampoco se incide en el deber de información (art. 18 LPRL) que rige en toda su extensión afectando no solamente a los riesgos del puesto de trabajo, sino también a las medidas de seguridad y al plan de prevención vigente en la empresa.

## 6. ¿Se impone un deber de cooperación «acentuado» de la persona que trabaja a distancia para garantizar su propia seguridad y salud?

Ha obviado la norma cualquier referencia al espinoso tema del deber de cooperación de la persona trabajadora (Vicente Herrero *et al.*, 2018, p. 289) que puede extraerse del propio artículo 29 de la LPRL y del que se hace eco la doctrina italiana (Malzani, 2018, pp. 25 y ss.), que implica un mayor grado de exigencia respecto a quienes prestan servicios en el centro de trabajo (Pelusi, 2017, p. 1.044). Así, se ha sostenido que el deber adquiere aquí una dimensión propia (García González, 2017, p. 112; Mella Méndez, 2000, p. 1.041), afirmándose que debe asumir un rol más relevante e, incluso, una corresponsabilidad (Sierra Benítez, 2013, p. 28), aunque no se define en qué términos. También el Acuerdo europeo de teletrabajo menciona el deber de la persona teletrabajadora de aplicar correctamente las políticas de seguridad. Es cierto que el deber dimana, de suyo, de la genérica obligación contenida en el artículo 29 de la LPRL de autoprotección, pero no hubiera estado de más concretar algunas obligaciones específicas. Las carencias no solo se notan en el terreno obligatorio, faltando también medidas de sensibilización encaminadas a lograr un mayor grado de implicación de la persona trabajadora en su propia seguridad y salud (esta necesidad

<sup>13</sup> Artículo 18 del Decreto 45/2013, de 5 de diciembre, por el que se regula la prestación del servicio en la modalidad no presencial mediante la fórmula de teletrabajo para el personal funcionario y laboral al servicio de la Administración General de la Comunidad Autónoma de La Rioja y sus organismos autónomos (BO de La Rioja de 13 de diciembre). También, artículo 16 del Decreto 92/2012, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Acuerdo sobre la prestación del servicio en la modalidad no presencial mediante la fórmula del teletrabajo por el personal empleado público de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi y sus organismos autónomos (BO del País Vasco de 7 de junio).

también en Sabadell i Bosch y García González-Castro, 2015, p. 49). Aparte de la referencia a la comunicación a los delegados/as de prevención de la necesidad de realizar visitas para la evaluación de riesgos, no existen otras llamadas a la participación en el tema preventivo. Resulta también llamativo que se aluda expresamente a la metodología a emplear, que debe arrojar confianza sobre su resultado, y se omite cualquier mención a su carácter participado, que son los dos ejes sobre los que el TS hace pivotar la evaluación (Sentencia del TS de 16 de febrero de 2016, rec. 250/2014).

La norma se caracteriza por la escasez de soluciones para el supuesto de denegación de permiso a las visitas, que condujeran a una aplicación más eficaz de las medidas preventivas. Se ha abogado por una normativa de desarrollo que regulase un cuadro de medidas preventivas plenamente exigibles a la persona trabajadora para aquellos casos en los que esta obstaculizase la adopción de medidas por parte de la empresa (Sierra Benítez, 2013, p. 30).

La legislación se mantiene en un esquema excesivamente tradicional, sin atender a las peculiaridades de la prestación, imponiendo la obligación de seguridad exclusivamente y sin matices del lado empresarial, sin introducir cambios o intensificar la implicación de la persona trabajadora. La previsión, inexistente, de ciertas obligaciones concretas o «acentuadas» obliga a intentar extraerlas de una interpretación adecuada, con especial consideración al contexto y la realidad social del tiempo en el que han de ser aplicadas, del artículo 29 de la LPRL. La relevancia de este deber de colaboración para la garantía de su propia seguridad y salud en el lugar de trabajo libremente escogido no tiene por qué significar una exoneración empresarial respecto a sus responsabilidades, aunque sí un mejor reparto de los roles. La cuestión no es nueva, pues se ha sugerido la conveniencia de un reparto obligatorio, respondiendo la empresa de aquellos aspectos directamente relacionados y sometidos a su poder de dirección y organización (por ejemplo, los equipos, si atendemos a la regulación legal) y la persona trabajadora de las condiciones del lugar de trabajo, así como del propio desarrollo material de la prestación laboral que la empresa tampoco controla o vigila (Sellas i Benvingut, 1998, p. 33). Por ende, la formación y la cooperación habrían de cobrar un nuevo sentido, en cuanto a la elección del lugar de trabajo, desarrollo responsable de la prestación, organización de las tareas, respeto de los descansos, separación vida personal-laboral y así sucesivamente, que seguramente no se pasan con el mero reconocimiento del derecho a la desconexión.

Conviene también destacar que el RDL no se muestra excesivamente coherente con la pérdida de relevancia de los riesgos ligados al lugar de trabajo en prestaciones altamente tecnológicas y deslocalizadas, con altas dosis de riesgos psicosociales, más vinculados a la propia organización del trabajo, con un rol también más consciente y activo de la persona trabajadora, aunque su articulación jurídica no resulte sencilla, en especial en el terreno de las responsabilidades. Es interesante la apuesta por la necesidad de individualizar tutelas capaces de «seguir» a las personas trabajadoras, evolucionando de la seguridad en los lugares de trabajo a la seguridad de aquellas, buscando soluciones específicas, más allá de una extensión indiscriminada, para las formas «no estándar» de trabajo, que

lleven a equiparar los niveles de protección (Pascucci, 2018, pp. 5 y 7). El RDL ha sido poco ambicioso, dejando nuevamente a la seguridad y salud laborales relegadas a un segundo plano, sin lograr los equilibrios adecuados entre las obligaciones de las partes, de forma que no fomenta la aplicación efectiva, eficaz y eficiente de la LPRL.

## 7. El derecho a la desconexión digital en el trabajo a distancia

El derecho a la desconexión, que seguramente exigiría un tratamiento más detallado y una ubicación más acertada en la LPRL o en las normas sobre tiempo de trabajo del ET (arts. 34 y ss.), debe ser enfocado de forma preventiva, en coherencia con la política empresarial de seguridad. Ello nos lleva a dedicar unas breves líneas al tratamiento contenido en el artículo 18 del RDL. Aunque son pocas las novedades introducidas, debe ser aplaudida, por un lado, la nueva referencia al derecho en el trabajo a distancia, donde, como es sabido, la delimitación entre tiempo de trabajo y descanso presenta aún unas fronteras más difusas y, por otro, su inclusión en una norma de carácter estrictamente laboral. El gran avance de la disposición, en un camino hacia la eficacia del derecho a la desconexión, podría cifrarse más que en este concreto reconocimiento en despejar las dudas sobre la aplicación de las normas mínimas sobre jornada y descanso y la necesidad de especificar algunos de estos datos en el acuerdo individual de trabajo a distancia. Así, el horario de trabajo y, en su caso, las reglas de disponibilidad (art. 7 c) RDL). Se echa en falta, no obstante, una especificación del derecho a la desconexión, que se reenvía a la negociación colectiva. Antes de la aprobación del RDL, un sector doctrinal consideraba que, ante la falta de previsiones explícitas sobre el régimen de desconexión adaptado, inclusive «matizado y flexible», que pudiera ser necesario en esta tipología de trabajo, podría recogerse en el acuerdo individual de teletrabajo ex artículo 13.2 del ET (Altés Tárrega y Yagüe Blanco, 2020, p. 78).

En Italia, el artículo 19.1 de la Ley 81/2017, de 22 de mayo, de medidas de protección del trabajo autónomo no empresarial y medidas para favorecer la articulación flexible en los tiempos y lugares de trabajo por cuenta ajena (donde se regula el trabajo ágil), expresamente incluye en el contenido del acuerdo individual para establecer esta modalidad de trabajo la concreción de los tiempos de descanso de la persona trabajadora, así como las medidas técnicas y organizativas necesarias para asegurar la desconexión de las herramientas tecnológicas con las que se desarrolla el trabajo. En este sentido, sería más que conveniente pactar los instrumentos para garantizar el derecho en el propio acuerdo individual, aparte del papel concreto que pudiera asumir el convenio en orden a determinar las condiciones sobre las modalidades de ejercicio que se entiendan más adecuadas, por ejemplo, la implantación de alertas en los medios tecnológicos puestos a disposición o sistemas de bloqueo de acceso a comunicaciones corporativas, entre las más significativas (Ruíz González, 2020, p. 264). Por su parte, tampoco es fácil lograr el justo equilibrio entre el respeto de las normas mínimas de jornada y la necesaria flexibilidad inherente a las fórmulas de trabajo a distancia (reconocida en el art. 13 RDL).

En su mayor parte, el artículo 18 del RDL se ciñe a reproducir literalmente el artículo 88.3 de la LOPDGDD, reconociendo el derecho de las personas que trabajan a distancia, particularmente en teletrabajo, a la desconexión digital fuera de su horario de trabajo. Evidentemente, dado que la LOPDGDD expresamente se refiere a la necesidad de garantizar el derecho a la desconexión en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia, así como en el domicilio de la persona que trabaja vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas, el derecho de desconexión ha de reconocerse en estos términos y no limitado al ámbito de aplicación subjetivo del RDL que ahora nos ocupa. Esto es, para todo trabajo en casa, también para el trabajo a distancia residual o complementario, no solo cuando alcance al 30 % de la jornada, que encuentra siempre un tope en el respeto al descanso y la desconexión digital.

El amplísimo interés suscitado por el derecho a la desconexión en la doctrina laboralista ha puesto de manifiesto significativas dudas en lo relativo a la flexibilidad del tiempo de trabajo, la autoorganización y el control por parte de la empresa, siendo patentes las dificultades para su aplicación práctica (entre otros/as, Megino Fernández y Lanzadera Arencibia, 2020, p. 74). En este nuevo acercamiento legal cabe destacar la introducción de una referencia explícita al deber empresarial, algo que se ha echado en falta en la regulación «común», aunque es patente la doble faz del derecho (Igartua Miró, 2019, p. 66). Se parte de que el deber empresarial de garantizar la desconexión conlleva una limitación del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los periodos de descanso, así como el respeto a la duración máxima de la jornada y a cualesquiera límites y precauciones en materia de jornada que dispongan la normativa legal o convencional. Este pequeño paso, sin embargo, se formula de manera bastante parca y se reconduce a una limitación en el uso de los medios tecnológicos, sin aludir de forma expresa al deber de abstención, esto es, no contactar con las personas trabajadoras ni enviar correos electrónicos, mensajes, órdenes o similares («no molestar»). Se reiteran las referencias a la política interna, la formación y sensibilización sobre el uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática. Poco más aporta la norma a lo ya establecido en la regulación contenida en la LOPDGDD con una llamada a la negociación colectiva en términos potestativos, sin imposición de un deber de negociar. También la disposición adicional primera se refiere al trabajo a distancia en la negociación colectiva, abriendo la puerta a la regulación de «las posibles circunstancias extraordinarias de modulación del derecho a la desconexión»<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> Aunque no contiene especificaciones para el trabajo a distancia, puede verse la regulación sobre el derecho a la desconexión y las reuniones de trabajo y acciones formativas en el Acuerdo de registro horario y desconexión digital de Deutsche Bank, SAE, suscrito el 4 de diciembre de 2019. O el artículo 15 del Convenio colectivo de las Cajas de Ahorros 2019-2023. En el artículo 23 del Convenio colectivo de Orange Espagne, SAU (BOE de 18 de octubre de 2019), puede verse toda una declaración de buenas intenciones sobre el respeto al derecho a la desconexión, sin medidas concretas, y aludiendo en general a buenas prácticas y sensibilización, que será de aplicación también al régimen del teletrabajo.

Los problemas fundamentales radicarán en la forma de exigencia a la empleadora de su deber de no contactar con la persona trabajadora y a esta de un hipotético deber de descansar, al menos, parcialmente, en el tiempo no dedicado al trabajo, con el riesgo de abuso por parte de la empresa, que siempre puede alegar que la conexión permanente o la respuesta inmediata son «voluntarias». Aun cuando no es tan evidente el deber de descansar, rigiendo un principio de libertad en el empleo del tiempo de no trabajo, cabe exigir a la persona trabajadora un deber de «colaboración» ex artículo 29 de la LPRL a la hora de mantenerse desconectada de la empresa para garantizar la separación de los espacios de vida y trabajo y su propia seguridad y salud. Todo ello sin desconocer las patentes restricciones de la autonomía de la voluntad impuestas por la prestación subordinada y la constante necesidad de demostrar un alto grado de diligencia y el exacto cumplimiento de la prestación laboral que conducen a una conexión casi permanente. Esta obligación de colaborar tradicionalmente se exige con mayor intensidad en prestaciones como el teletrabajo o el *smart working* (Pelusi, 2017, p. 1.044) y es trasladable a la desconexión digital. En puridad, al hallarnos, como indica la propia LPRL, ante un deber condicionado a las capacidades de la persona trabajadora, a su formación e instrucciones recibidas, previamente la empresa habría de adoptar las correspondientes medidas para elevar el grado de diligencia exigible a quien presta servicios. La relación entre la formación preventiva y la formación sobre uso razonable de las tecnologías digitales puede trazarse de forma sencilla, aunque lamentablemente en Francia (Cialti, 2017, p. 180), ejemplo que sigue nuestra regulación, se ha desaprovechado la oportunidad de relacionarlas. La sensibilización y toma de conciencia por parte de las personas trabajadoras van a resultar esenciales para lograr el uso razonable de las herramientas digitales y este aspecto sí se refleja tanto en el RDL como en la propia LOPDGDD, aunque de nuevo brilla por su ausencia una llamada al papel de la representación especializada en materia preventiva.

Es de esperar que tras la regulación legal y el papel otorgado a la negociación en estas y otras materias esenciales apreciemos una evolución de los convenios hacia previsiones más detalladas e innovadoras capaces de dar efectividad al derecho en presencia. Hasta el momento, no suelen ir más allá de las meras referencias a las personas que trabajan a distancia (o teletrabajan) a la hora de regular la desconexión o prever algunas pautas para el trabajo a distancia, reiterando fórmulas tipo o soluciones hueras de contenido<sup>15</sup>, sin atender de forma exhaustiva a las peculiaridades de este tipo de prestación ni a sus exigencias concretas. Lo mismo cabría señalar en relación con las medidas para garantizar la eficacia del cumplimiento de la obligación de seguridad empresarial. A ello hay que unir que, con carácter general, el enfoque de los convenios colectivos sobre la desconexión es aún bastante limitado y el tratamiento desde la dimensión preventiva resulta escaso (Miñarro Yanini, 2020, pp. 590 y ss.), aun cuando su relación con los riesgos laborales es unánime (por todos/as, Vallecillo Gámez, 2020, pp. 230 y ss.) y se destaca la clara vinculación legal entre la política interna y las políticas preventivas (Terradillos Ormaetxea, 2019, p. 19).

<sup>15</sup> A título meramente ejemplificativo, el artículo 44 del Convenio colectivo del Grupo Selecta (BOE de 30 de enero de 2020) se limita a señalar que las personas trabajadoras no están obligadas «a dar respuesta a los correos electrónicos de la empresa fuera de su jornada laboral, salvo causa de fuerza mayor o circunstancias excepcionales ligadas a necesidades de prestación de servicio a clientes».

## Referencias bibliográficas

- Agra Viforcós, Beatriz. (2018). Riesgos laborales en la industria y el trabajo 4.0. En César García Novoa y Diana Santiago Iglesias (Dir.), *4.ª Revolución Industrial: impacto de la automatización y la inteligencia artificial en la sociedad y la economía digital* (pp. 609-631). Thomson Reuters Aranzadi.
- Alemán Páez, Francisco. (2017). El derecho de desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la «Loi Travail n.º 2016-1088». *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 30, 12-33.
- Altés Tárrega, Juan Antonio y Yagüe Blanco, Sergio. (2020). A vueltas con la desconexión digital: eficacia y garantías de *lege data*. *Labos*, 2(1), 61-87.
- Álvarez Cuesta, Henar. (2020). Del recurso al teletrabajo como medida de emergencia al futuro del trabajo a distancia. *Lan Harremanak*, 43, 1-24.
- Aragüez Valenzuela, Lucía. (2017). El impacto de las tecnologías de la información y de la comunicación en la salud de los trabajadores: el tecnoestrés. *e-Revista Internacional de Protección Social*, 2(II), 169-190.
- Caponetti, Simone. (2018). L'obbligazione di sicurezza al tempo di Industry 4.0. *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 1, 42-68.
- Cialti, Pierre-Henri. (2017). El derecho a la desconexión en Francia: ¿más de lo que parece? *Temas Laborales*, 137, 163-181.
- Eurofound. (2017). Trabajar en cualquier momento y en cualquier lugar. Consecuencias en el ámbito laboral. [www.eurofound.europa.eu/publications](http://www.eurofound.europa.eu/publications).
- García González, Guillermo. (2017). El marco jurídico de la seguridad y salud en el trabajo: lagunas, imperfecciones y propuestas de reforma (I). *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 29, 109-117.
- Igartua Miró, María Teresa. (2000). Teletrabajo y prevención de riesgos laborales. Problemas y propuestas de soluciones. En *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999 (pp. 1.044-1.064). Ministerio de Trabajo e Inmigración.
- Igartua Miró, María Teresa. (2019). [El derecho a la desconexión en la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 432, 61-87.
- Malzani, Francesca. (2018). Il lavoro agile tra opportunità e nuovi rischi per il lavoratore. *Diritti, Lavori, Mercati*, 1, 17-36.
- Manzano Santamaría, Noemí. (2018). NTP 1.123: Las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) (II): factores de riesgo psicosocial asociados a las nuevas formas de organización del trabajo. <https://www.insst.es/documents/94886/566858/ntp-1123.pdf/acb83bc7-e6d5-4ffa-ab7c-f05e68079ffb>.
- Megino Fernández, Diego y Lanzadera Arenceibia, Eugenio. (2020). El derecho a la desconexión digital: delimitación y análisis. Aplicación práctica en la Administración pública. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 18, 64-91.
- Mella Méndez, Lourdes. (2000). Notas sobre la prevención de riesgos laborales en el teletrabajo. En *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999 (pp. 1.023-1.043). Ministerio de Trabajo e Inmigración.

- Mella Méndez, Lourdes. (2016a). Las cláusulas convencionales en materia de trabajo a distancia: contenido general y propuesta de mejora. *Revista de Derecho Social y Empresa*, 6, 1-29.
- Mella Méndez, Lourdes. (2016b). Nuevas tecnologías y nuevos retos para la conciliación y la salud de los trabajadores. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 16, 30-52.
- Miñarro Yanini, Margarita. (2020). El sistema de prevención de riesgos laborales como garantía de efectividad del derecho a la desconexión digital. En Miguel Rodríguez-Piñero Royo y Adrián Todolí Signes (Dirs.), *Vigilancia y control en el derecho del trabajo digital* (pp. 577-596). Thomson Reuters Aranzadi.
- OIT. (2019). *Seguridad y salud en el centro del futuro del trabajo. Aprovechar 100 años de experiencia*. [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms\\_686762.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_686762.pdf).
- Pascucci, Paolo. (2018). Dieci anni di applicazione del d. lgs. n.º 81/2008. *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 1, 1-18.
- Pelusi, Lorenzo Maria. (2017). La disciplina di salute e sicurezza applicabile al lavoro agile. *Diritto delle Relazioni Industriali*, 4(XXVII), 1.041-1.057.
- Poquet Catalá, Raquel. (2017). Accidente de trabajo *in itinere* en el teletrabajo: su difícil conjunción. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 4(5), 40-57.
- Purcalla Bonilla, Miguel Ángel y Preciado Domènech, Carlos Hugo. (2013). Trabajo a distancia vs. teletrabajo: estado de la cuestión a propósito de la reforma laboral de 2012. *Actualidad Laboral*, 2.
- Rubio Valdehita, Susana; Luceño Moreno, Lourdes; Martín García, Jesús y Jaén Díaz, Marian. (2007). Modelos y procedimientos de evaluación de la carga mental de trabajo. *eduPsykhé*, 1(6), 85-108.
- Ruiz González, Carlota María. (2020). La desconexión digital como garantía y herramienta de conclusión de la jornada laboral: su necesaria concreción en tiempos de covid-19. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 56, 229-272.
- Sabadell i Bosch, Mar y García González-Castro, Guillermo. (2015). La difícil conciliación de la obligación empresarial de evaluar los riesgos con el teletrabajo. *Oikonomics. Revista d'Economia, Empresa i Societat*, 4, 38-50. UOC - Oikonomics - La difícil conciliació de l'obligació empresarial d'avaluar els riscos amb el teletreball - Mar Sabadell i Bosch, Guillermo García González-Castro.
- Salanova Soria, Marisa; Del Líbano Miralles, Mario; Llorens Gumbau, Susana y Schaufeli, Wilmar B. (2007). NTP 759: La adición al trabajo. <https://www.insst.es/documentos/94886/327740/759.pdf/e48ee038-630c-4883-9013-fc05dc244f8f>.
- Salanova Soria, Marisa; Llorens Gumbau, Susana; Cifre Gallego, Eva y Nogareda Cuixart, Clotilde. (2007). NTP 730: Tecnoestrés: concepto, medida e intervención psicosocial. [https://www.insst.es/documentos/94886/327446/ntp\\_730.pdf/55c1d085-13e9-4a24-9fae-349d98deeb8a](https://www.insst.es/documentos/94886/327446/ntp_730.pdf/55c1d085-13e9-4a24-9fae-349d98deeb8a).
- Sellas i Benvingut, Ramón. (1998). Teletrabajo: naturaleza jurídica y relaciones laborales. *Tribuna Social. Revista de Seguridad Social y Laboral*, 92-93, 20-34.
- Sierra Benítez, Esperanza Macarena. (2013). La nueva regulación del trabajo a distancia. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 1(1), 1-38.
- Terradillos Ormaetxea, Miren Edurne. (2019). El derecho a la desconexión digital en la ley y en la incipiente negociación colectiva española: la importancia de su regulación jurídica. *Lan Harremanak*, 42, 1-32.

- Trincado Aznar, Belén. (12 de mayo de 2020). El Banco de España advierte de que el país estaba a la cola de la UE en la implantación del teletrabajo. *Cinco Días*. [https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/05/12/economia/1589272890\\_364564.html](https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/05/12/economia/1589272890_364564.html).
- Trionfetti, María Cecilia; Bingen, Aline y Martínez, Esteban. (2019). Estudio del impacto de las nuevas formas de trabajo sobre la salud de los trabajadores. *IUSLabor*, 2, 32-53.
- Trujillo Pons, Francisco. (2020). *La «desconexión digital» en el ámbito laboral*. Tirant lo Blanch.
- Vallecillo Gámez, María Rosa. (2020). El derecho a la desconexión digital: perspectiva comparada y riesgos asociados. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 1(8), 210-238.
- Vega Martínez, Sofía. (2015). NTP 1.056: PRIMA-EFE: marco europeo para la gestión del riesgo psicosocial. <https://www.insst.es/documents/94886/329558/ntp-1056w.pdf/56b8de84-c19a-4faa-a6f8-c82b4565e75f>.
- Ventura Campos, Mercedes; Llorens Gumbau, Susana y Salanova Soria, Marisa. (2005). El tecnoestrés: un estudio del desarrollo de diferentes instrumentos de medida. *Jornades de Foment de la Investigació, Universitat Jaume I*, 1-16. [http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/78748/forum\\_2005\\_5.pdf?sequence=1](http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/78748/forum_2005_5.pdf?sequence=1).
- Vicente Herrero, María Teófila; Torres Alberich, José Ignacio; Torres Vicente, Alfonso; Ramírez Íñiguez de la Torre, María Victoria y Capdevila García, Luisa. (2018). El teletrabajo en salud laboral: aspectos médico-legales y laborales. *Revista CES Derecho*, 2(9), 287-297.
- Vicente Pachés, Fernando de. (2000). Seguridad y salud en el teletrabajo. En *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999 (pp. 1.065-1.087). Ministerio de Trabajo e Inmigración.



# «Nueva ley» de protección frente al riesgo de COVID-19 en el entorno laboral: más poder de empresa, pero sin noticias de vacunación obligatoria. (A propósito de la Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19)

**Cristóbal Molina Navarrete**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.*

*Universidad de Jaén*

[cmolina@ujaen.es](mailto:cmolina@ujaen.es) | <https://orcid.org/0000-0001-8830-6941>

## Extracto

La necesidad de reforzar la prevención frente al riesgo de contagio de COVID-19 en los lugares de trabajo no solo ha creado más obligaciones a cargo de las empresas, también les ha dado más poderes de organización y control sobre cuestiones laborales y personales propias de sus personas empleadas. La Ley 2/2021, de 29 de marzo, mantiene, para después de terminado el estado de alarma, y mientras no se supere definitivamente la pandemia de coronavirus, medidas específicas para la prevención y protección de la seguridad y salud de las personas trabajadoras y de las personas clientes. Sin embargo, no afecta a otras cuestiones actuales que deben recibir un tratamiento adecuado, como sería el impacto del inminente certificado digital verde («pasaporte de vacunación») y los riesgos de discriminación y desprotección de datos que lleva asociados, o la espinosa cuestión de la vacunación obligatoria a personas empleadas en contacto directo con clientes. Sin embargo, países como Italia, así como el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos, abren la vía a la introducción de la vacuna obligatoria, solo en ciertos casos. Este estudio hace un análisis de la ley y de la doctrina jurisprudencial más reciente sobre estos temas.

**Palabras clave:** salud laboral; gestión de riesgos laborales; COVID-19; certificado digital verde; vacunación obligatoria.

Fecha de entrada: 26-04-2021 / Fecha de aceptación: 26-04-2021

**Cómo citar:** Molina Navarrete, Cristóbal. (2021). «Nueva ley» de protección frente al riesgo de COVID-19 en el entorno laboral: más poder de empresa, pero sin noticias de vacunación obligatoria. (A propósito de la Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 458, 89-110.



# «New law» on protection against the risk of COVID-19 in the workplace: more company power, but no news of compulsory vaccination.

(Regarding Law 2/2021, of 29 March, on urgent prevention, containment and coordination measures to deal with the health crisis caused by COVID-19)

Cristóbal Molina Navarrete

## Abstract

The need to strengthen prevention against the risk of contagion of COVID-19 in the workplace has created more obligations for companies. At the same time, this exceptional situation has given employers more powers of organization and control over labor and personal matters (health data) specific to their employees. Law 2/2021, of March 29, maintains, after the end of the state of alarm, and until the end of the coronavirus pandemic, specific measures for the prevention and protection of the safety and health of workers and clients. The law is born something «old», because it does not address current issues that should receive adequate treatment. This would be the case of issues such as the impact of the imminent green digital certificate («vaccination passport») and the risks of discrimination and lack of protection of data associated with it, or the thorny issue of mandatory vaccination of people employed in direct contact with customers. However, countries such as Italy, as well as the European Court of Human Rights, itself open the way to the introduction of the mandatory vaccine, only in certain cases. This study makes an analysis of the law and the most recent jurisprudential doctrine on these issues.

**Keywords:** occupational health; occupational risk management; COVID-19; green digital certificate; mandatory vaccination.

**Citation:** Molina Navarrete, Cristóbal. (2021). «New law» on protection against the risk of COVID-19 in the workplace: more company power, but no news of compulsory vaccination. (Regarding Law 2/2021, of 29 March, on urgent prevention, containment and coordination measures to deal with the health crisis caused by COVID-19). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 458, 89-110.



## Sumario

1. Introducción: del «abuso» de las «leyes de urgencia» a la insustancialidad de las «leyes ordinarias» que las transcriben
2. Las medidas de protección frente al riesgo de contagio en los centros de trabajo: ¿salud laboral o prevención de riesgos laborales?
3. Llamada a mejoras institucionales y profesionales de futuro, incluido un «estrambote»: más recursos, también para la ciencia de mañana
4. Los especiales deberes comunicativos en aras de la eficacia y eficiencia del control «público» de la epidemia: ¿protección de datos personales versus «certificado digital verde»?
5. La gran cuestión sociosanitaria orillada por la UE y en (casi) todos sus Estados: ¿vacunación obligatoria o voluntaria?
  - 5.1. La excepción del caso italiano: el reconocimiento legislativo y judicial de la legitimidad de la vacunación obligatoria para ciertas profesiones
  - 5.2. La conciencia social del tiempo de aplicación de las normas y la opinión pública como presupuestos para una ley de vacunación obligatoria: un dispar panorama europeo
  - 5.3. ¿La vacunación obligatoria, en un estado de razonable certeza científica, como un deber de civismo social y un principio de civilización jurídica?: el favor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

### Referencias bibliográficas

Leonor de Aquitania: Ahora pienso en que «solo sé seguir». Que la vida no va a ponerse más fácil, solo podemos optar por ser más fuertes. Y prefiero pensar que siempre, todos los días, vamos a vivir el penúltimo día de la guerra.

E. García Sáenz de Urturi (*Aquitania*)

## 1. Introducción: del «abuso» de las «leyes de urgencia» a la insustancialidad de las «leyes ordinarias» que las transcriben

En el actual contexto de incertidumbre y convulsión sistémicas, uno de los principales reproches que se puede hacer al Poder Legislativo es que no haya aprovechado la –trágica– experiencia de la pandemia actual para ofrecer un marco normativo más adecuado de protección eficaz de la seguridad y la salud de las personas, no tan dependiente de dilatar hasta el extremo la solución excepcional prevista en la Constitución española (CE). La finalización del estado de alarma no implica la superación de la crisis sanitaria, del mismo modo que los progresos en la vacunación no acaban con la multitud de incertidumbres que envuelven esta pandemia. La experiencia está mostrando que la lucha más eficaz contra este tipo de pandemias, en aras de la salud, conlleva limitaciones de variados derechos y libertades fundamentales individuales (movilidad, protección de datos, prohibición de discriminación...), generando notables conflictos, potenciales o reales, y que, por lo augurado, no desaparecerán con el tiempo de pos-COVID-19.

Pese a lo indudable de este escenario conflictual y de retos reguladores inexorables, incluso estando ya claro que el conflicto entre salud y economía es falso, porque esta depende de aquella (los países que mejor han controlado la pandemia, o de inicio, por la reducción del número de contagios –China–, o después, por el progreso de la vacunación –Estados Unidos, Israel–, son los que tienen mejores situaciones y expectativas de crecimiento), el Gobierno y, con él, el Poder Legislativo siguen renuentes a emprender ese proceso más que adaptativo de cambio y transformación. De ahí que, incluso cuando deciden convertir precedentes «leyes de urgencia» específicamente dirigidas a organizar y tutelar la salud pública frente al riesgo de contagio en «leyes ordinarias», se limitan a reiterar medidas precedentes, o a establecer compromisos de futuro asociados a un reforzamiento notable del sistema sanitario, en recursos de personal y materiales, que emerge como de

*larga data* («largo me lo fais»). Por lo que las cuestiones más relevantes siguen en espera, también de una normativa comunitaria (por ejemplo, «pasaporte COVID-19»). Sería el caso de la [Ley 2/2021, de 29 de marzo](#), de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

El preámbulo nos cuenta que la ley obedece a la responsabilidad de los poderes públicos en el cumplimiento de su deber constitucional de protección eficaz de la salud pública, tanto en su dimensión preventiva como asistencial ([art. 43.2 CE](#)). Asimismo, insiste en la imprevisibilidad de la evolución de la pandemia, por su naturaleza y por el incierto estado de conocimiento científico sobre la misma, recordando que así ha sido asumido por el Tribunal Constitucional (TC) ([Auto 40/2020, de 30 de abril](#), FJ 4.º). La referencia no es casual, por cuanto parece justificar el que no se vaya hacia una regulación más precisa y completa, porque, siendo cambiante el estado del arte de la ciencia en esta materia (formas de contagio, propagación del virus; incluso, podríamos añadir, si bien este tema tan espinoso no se toca, los efectos de la vacunación, tiempo de inmunización, etc.), la incertidumbre acentuada que se deriva impediría, o haría difícil, ponderar las soluciones más eficaces desde «parámetros jurídicos». En consecuencia, conscientes de que el fin del estado de alarma y las medidas a él asociadas no ponen punto final al problema, más bien solo abren una nueva etapa en la acción preventiva, prefieren continuidad de las precedentes, así como mantener la apariencia de «coordinación estatal» de las intervenciones autonómicas.

En suma, el tránsito de las leyes de autoridad gubernativa (Real Decreto-Ley [-RDL- 21/2020, de 9 de junio](#)) a las de soberanía legislativa nos ofrece poco «gozo», también en términos de mayor certidumbre para problemas notables aplicativos, anclados en el «pozo» de la mera continuidad, con escasas novedades a reseñar. Las enmiendas asumidas fueron pocas, siempre de los grupos parlamentarios del Gobierno de coalición. Además, de alcance más programático que normativo.

La ley no es completamente ajena a la necesidad de realizar modificaciones puntuales de la legislación sanitaria, pero, además de puntuales, tiende a quedarse en el marco de la pura coordinación, de modo que se garantice «a futuro la articulación de una respuesta eficaz y coordinada de las autoridades sanitarias ante este tipo de crisis». De ahí, la llamada a las típicas «actuaciones coordinadas en salud pública» (técnica de la planificación anticipatoria para el futuro), con las no menos recurrentes medidas de programación estratégica y planificación operativa (planes de acción) en relación con próximas emergencias sanitarias. Si bien todo pasa por muchos más recursos, tanto del Estado como de las comunidades autónomas –también en espera de los fondos comunitarios–, así como por reformas autonómicas.

Sin embargo, respecto de cuestiones importantes para este tiempo nuevo en la gestión pandémica, determinadas cuestiones son orilladas, pese a su conflictividad, que también tendrá consecuencias en el ámbito laboral, el que aquí interesará, como desarrollaremos. Así, por ejemplo, del mismo modo que se ha venido eludiendo afrontar la tensión entre el

marco normativo de protección de datos personales y las prácticas, también de las empresas, de acceso a datos especialmente sensibles en aras de la mayor eficacia de la política preventiva (controles de contagio –PCR–, controles de temperatura –datos biométricos–), ahora se adoptaría análoga «política de avestruz» con la cuestión de la vacunación obligatoria. Sin embargo, el problema ya ha surgido no solo por la regulación específica establecida, cierto para determinados profesionales, los sanitarios, en países vecinos (Italia), sino por la decisión legislativa de alguna comunidad de dar «obligatoriedad jurídica» a este «deber de civismo social». Es el caso de la [Ley de salud de Galicia, suspendida por el TC](#) (el Gobierno ha planteado conflicto de competencias), en la parte que prevé medidas de control de las personas enfermas por COVID-19 (aislamiento en domicilio o centro hospitalario, así como la posibilidad de obligar a la ciudadanía a vacunarse).

En cambio, nuestro Gobierno es de los más «militantes» en la defensa del «pasaporte de vacunación», el denominado técnicamente «[certificado verde digital](#)» (como explicaba al inicio de este número, en el [editorial](#), ahora todo tiende a llevar esa doble «fórmula mágica», que todo parece lo arreglará, como si tuviese poderes taumaturgicos –digital y verde–; también relegada queda la tercera, «inclusivo»). La razón es evidente: ayudaría a «salvar el turismo de verano». Una ambiciosa misión que interesa especialmente a España –también a Italia y Grecia– por la mayor dependencia de nuestra economía de aquella «industria».

Sin embargo, [la Organización Mundial de la Salud \(OMS\) se opone firmemente a este tipo de instrumentos](#), por los efectos discriminatorios que pueden generar, precisamente por sus efectos excluyentes y de mayor desigualdad social que tendrían asociados, si no directamente, sí de manera indirecta. Al respecto, una cuestión central en esta crítica es que ni todas las personas ni todos los países tienen el mismo acceso a las vacunas, siendo aún muy escasas. También dentro del entramado institucional de la Unión Europea (UE) se llama la atención del peligro que hay de vulneración de derechos fundamentales (protección de datos, intimidad, no discriminación) en un instrumento de este tipo, que contendrá información especialmente sensible (vacunación/análisis/recuperación). Así lo evidencian los órganos encargados de vigilar que tales vulneraciones no se produzcan, como el Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD) y el [Supervisor Europeo de Protección de Datos \(SEPD\)](#). La imprevisibilidad que domina todo este escenario también se proyectaría en derivas descontroladas, pero más que posibles, de riesgos para los derechos fundamentales de la ciudadanía ([González Cobaleda, 2021](#)).

En realidad, tampoco es nuevo. La Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) alertó del riesgo de prácticas de contratación laboral que requerían, a las personas candidatas, certificado de su inmunización. Aunque la AEPD fue más posibilista y valoró la legitimidad de estas prácticas relativas a la exigencia de un «pasaporte de inmunidad», si se certifican los usos de buena gestión y el acceso a tal información se realiza por personal garante del cumplimiento de las finalidades relacionadas con políticas públicas para el control de la pandemia, en línea con el artículo 9.2 del [Reglamento general de protección de datos](#) y la legitimación que reconoce para la protección de un interés público esencial. Sin

embargo, no faltan quienes incluso advierten, desde sectores críticos más radicales, de la [posibilidad real de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea \(TJUE\) termine anulando la normativa europea a tal fin.](#)

Que el actual escenario jurídico (no solo económico, social y político, incluso cultural) es extremadamente conflictivo no parece dudoso. Pero ¿tiene que ver con la gestión del trabajo en las empresas si estamos ante una cuestión de salud pública, no tanto de salud laboral, menos incluso de gestión de riesgos laborales? Sin duda, [como ya tuvimos ocasión de poner de relieve al analizar la «ley de urgencia»](#) en su día.

De un lado, ya el [preámbulo](#) recuerda que, «aun tratándose de medidas de salud pública, la eficacia de las mismas y la garantía de su cumplimiento aconseja habilitar» (mantener la otorgada) al funcionariado de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) y personal técnico habilitado autonómico para vigilar el cumplimiento de las obligaciones higiénicas en los centros, de protección de las personas trabajadoras y de adaptación de las condiciones de trabajo, la organización de los turnos o la ordenación de los puestos y el uso de las zonas comunes. Precisamente, se fijó un tipo infractor específico y autónomo que contiene la conducta empresarial consistente en incumplir las obligaciones fijadas en el [artículo 7.1 a\), b\), c\) y d\) de la Ley 2/2021](#), que se califica como infracción grave ([art. 31.5](#)). La graduación y las cuantías de las sanciones a imponer se remiten a las infracciones graves de prevención de riesgos laborales<sup>1</sup>.

De otro, y en estrecha conexión con esta última observación legislativa, hay que destacar la proliferación de decisiones judiciales que, sobre esta perspectiva de gestión de prevención de riesgos laborales, pese a tratarse de proteger un interés de salud pública prevalente (aunque su vertiente económica es manifiesta), habilitan a la empresa a novaciones relevantes de condiciones de trabajo (horarios, turnos), como expusimos en el [análisis monográfico de las doctrinas judiciales relativas a la COVID-19](#). En otros términos, no se trataría de modificaciones sustanciales de trabajo ex [artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores \(ET\)](#) (una síntesis de doctrina jurisprudencial reciente en torno a las novaciones no consideradas como sustanciales en la Sentencia del Tribunal Supremo –[STS– 354/2021, de 26 de marzo](#) –novación unilateral de un sistema de incentivos retributivos no considerada sustancial ex [art. 41 ET](#)–). Por lo tanto, la excepcional situación pandémica reforzaría los poderes empresariales, si su razón de ser es la garantía de la seguridad y salud frente al contagio de COVID-19 (de personas trabajadoras y clientes), por lo que muta en *ius variandi* normal lo que, fuera de la pandemia, sería extraordinario, urgido de consulta-negociación (por ejemplo, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia –[STSJ– de Galicia de 2 de diciembre de 2020, rec. 22/2020](#)).

<sup>1</sup> El régimen es el propio de la [Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social](#) y del [Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo](#), según el [artículo 31.5 de la Ley 2/2021](#).

Finalmente, por no dilatar más este momento introductorio (no querría repetir ese vicio de técnica legislativa tan recurrente en estos tiempos de pandemia, según el cual los preámbulos de las leyes de urgencia, y ahora de las «leyes ordinarias» de emulación o transcripción, tienden a ser más largos que el cuerpo normativo), conviene también evidenciar que no es puramente especulativa la llamada a la precaución en el acceso de las empresas a ciertas informaciones de índole sanitaria. Hace pocas semanas conocíamos la [sanción de la ITSS a una empresa riojana](#) por despedir (sin duda, de forma discriminatoria) a 4 personas trabajadoras por dar positivo en una prueba masiva de PCR a toda la plantilla (53). Aquí la infracción social es muy grave.

Para más inri, la empresa las dio de baja con efecto retroactivo de 3 días, por lo que no solo se las privó de la retribución correspondiente, sino del acceso a las prestaciones previstas por incapacidad temporal.

## 2. Las medidas de protección frente al riesgo de contagio en los centros de trabajo: ¿salud laboral o prevención de riesgos laborales?

Con un horizonte genérico de promoción institucional del deber general de protección cautelar frente al riesgo de contagio a cargo de toda la población ([art. 4](#)), tratando de mantener una cierta tensión frente al problema, que no ha desaparecido, solo ha reducido su gravedad, la ley reproduce, en lo sustancial, las medidas de prevención-protección contempladas en la «ley excepcional» de la que trae causa, como se advertía. La ley se estructura en 7 capítulos, 31 artículos, 7 disposiciones adicionales, 1 disposición derogatoria, 8 disposiciones finales y un anexo. Como se sabe, la norma busca adaptar las medidas de prevención y protección frente al riesgo de contagio por COVID-19 en atención a las singularidades de cada entorno (centros sanitarios, centros docentes, servicios sociales, comercios, hoteles, etc.).

En el plano de la interacción entre normas de salud pública y de seguridad y salud laborales, así como normas laborales propiamente dichas, el artículo más relevante sigue siendo numerado como el [7](#), incluido en el [capítulo II](#) (arts. 6 a 16). Reproduciendo literalmente lo que se preveía en la normativa excepcional de origen, combina el mantenimiento de ciertas medidas de prevención e higiene (letras a) y b), incluido el uso obligatorio de mascarillas –[art. 6](#), medida sobre la que hay polémica respecto de los lugares de uso– con otras estrictamente laborales u organizativas: medidas de prevención en el entorno de trabajo (ordenación de puestos y turnos para evitar aglomeraciones –letras c) y d)–, si bien respecto de las distancias de seguridad ya no se precisa el 1,5 metros). En relación con el uso de las mascarillas, habrá que verificar la inocuidad de su uso, en la medida en que, [conforme se alerta, las fabricadas con ciertos materiales, como el grafeno, pueden generar otros riesgos biológicos](#) (afección pulmonar), por lo que se ha ordenado, en virtud del

principio jurídico de precaución, su retirada, a partir de una [alerta de las autoridades sanitarias](#). Aunque no existe aún evidencia científica completa, el referido principio de precaución requiere de la máxima cautela. Genera una nueva obligación empresarial para que un EPI no mute en factor de riesgo.

Por supuesto, este tipo de cautelas no están en la «nueva ley», que prefiere repetirse. Por reiterar, sin adaptarse al nuevo tiempo, hasta se mantiene inalterada la previsión de retorno progresivo o gradual al «trabajo presencial», así como la meliflua llamada a «la potenciación del uso del teletrabajo cuando por la naturaleza de la actividad laboral sea posible» (letra e). Hemos de entender que se trata ya de una llamada a la «normalización» del teletrabajo en los términos de la nueva regulación ([RDL 28/2020, de 22 de septiembre](#)), y no de la excepcional por pandemia. No cabría, en modo alguno, acudir a la vía del [artículo 41 del ET](#) para su imposición ([STSJ de Madrid 962/2020, de 4 de noviembre](#)), dado el carácter voluntario para ambas partes (aunque sea un derecho subjetivo si las razones son las de conciliación de la vida laboral y familiar).

Naturalmente, la adopción de esta forma organizativa no justificará modificaciones sustanciales unilaterales si no tienen que ver directamente con la protección de la seguridad y salud frente al riesgo de contagio. Así lo reitera la Sentencia de la Audiencia Nacional ([SAN](#)) [44/2021, de 18 de marzo](#) (en línea con la, [en su día comentada, SAN 114/2020, de 4 de noviembre](#)). En ella se considera no acreditada la causa que permita la supresión del cheque-comida ni la jornada continuada de 8 horas (en contra de lo previsto convencionalmente) impuesta unilateralmente por una empresa que ha implantado el teletrabajo por la COVID-19, dado el perjuicio creado: suprime el tiempo de descanso y, a su vez, se les quita una parte del salario con la supresión del cheque-comida.

No obstante, esta interacción entre las normas de salud pública y las normas laborales, mutando aquellas en normas de garantía ex [artículo 1 de la Ley de prevención de riesgos laborales](#) (LPRL), a pesar de la incertidumbre e, incluso, confusión (la citada habilitación expresa al funcionariado inspector y técnico era inherente, a mi juicio, a esta integración, no se necesitaba ni concreción ni dotarla de una vis temporal), es uno de los aspectos más conflictivos. Como confirma la citada [STSJ de Galicia de 2 de diciembre de 2020 \(rec. 22/2020\)](#), la ley exige «conjugar la obligación de adoptar las medidas impuestas por la normativa del estado de alarma con la normativa de prevención de riesgos laborales en la que se exige al empresario una diligencia máxima [...]». En consecuencia, remitiendo al precedente de la [STSJ de Madrid 688/2020, de 25 de junio](#) (se produce en el seno del mismo grupo empresarial, Inditex, aunque en tiendas diferentes, Stradivarius en su caso, Zara en la de Madrid), asume que la obligación legal impuesta a las empresas de garantizar la efectividad de la seguridad y salud de las personas trabajadoras frente a la COVID-19, en buena parte también respecto de las clientes (de interés para esta integración del entorno laboral y el social en la prevención frente a riesgos industriales –aquí uso de amianto–, la [STS, Sala de lo Civil, 141/2021, de 15 de marzo](#)), hace que las facultades de novación extraordinarias, paradójicamente, en el estado actual de pandemia, excepcional, muten en «ordinarias». Por tanto, refuerza el [artículo 20](#) en detrimento del [artículo 41](#), ambos del ET.

En la misma dirección, para otras empresas de interés, la [STSJ de Madrid 600/2020, de 23 de julio](#) (Actren, Mantenimiento Ferroviario, SA)<sup>2</sup>. De este modo, ni la ausencia de acuerdo (en el caso de Inditex se firmó luego un acuerdo para materias concretas ex [art. 83.3 ET](#) a tal fin) se puede entender ilegal, ni siquiera la falta de negociación en sentido estricto, si bien la consulta debería exigirse no solo por el deber de buena fe empresarial, sino de los imperativos de la LPRL, o al menos la información colectiva previa si media urgencia acreditada, ni el eventual efecto sacrificial que genera tal protección de la salud en otros derechos laborales carecería de causa justificativa distinta al interés económico empresarial (las medidas se dirigen a minimizar la magnitud de los riesgos tanto para personas empleadas como clientes) y es proporcionado (carácter temporal). En suma, las medidas vienen condicionadas, aunque no predeterminadas de una forma exhaustiva, por las instrucciones y recomendaciones de la autoridad sanitaria, de acuerdo con las órdenes ministeriales vigentes para el «plan de desescalada» (control de aforo, limitación de metros cuadrados y otras restricciones). Condiciones ajenas, pues, al [artículo 41 del ET](#).

Finalmente, alguna mención de actualidad merece, no porque lo prevea la ley, sino por las derivas que se han ido produciendo en la práctica, la previsión legal relativa a las obligaciones de las personas trabajadoras en relación con la diligencia en la prevención del contagio. En este sentido, el [artículo 7.2 de la Ley 2/2021](#) reitera el deber (prohibición) de no acudir al centro de trabajo si se tienen síntomas o se ha tenido contacto estrecho con personas contagiadas, permaneciendo en una estricta cuarentena (cuyo periodo total es cada vez más problemático y confuso, siendo, en todo caso, considerado como situación asimilada al accidente de trabajo). Por su parte, su [artículo 7.3](#) carga sobre las personas trabajadoras análogo deber de diligencia preventiva, exigiendo una comunicación temporal y útil a los servicios sanitarios públicos, o al servicio de prevención de riesgos laborales de su empresa, si siente síntomas compatibles con la enfermedad durante el trabajo. Su incumplimiento abre la potestad disciplinaria, nunca por dar positivo, siendo nulas, al vulnerar la prohibición de discriminación, con lo que el despido será, como ya se dijo, nulo, incluyendo una indemnización adicional disuasoria ex [artículo 183 de la Ley reguladora de la jurisdicción social](#), no ya solo improcedente, aunque, según también se analizó en el [análisis monográfico realizado en marzo](#), hay discrepancias judiciales.

Ninguna previsión se hace respecto de la vacunación, la cuestión que hoy centra la atención y el interés. Y ello bajo diversas y opuestas perspectivas. Lo vemos de inmediato.

No sin antes advertir que, con todo, sigue siendo llamativo que continúen las condenas a determinados centros de trabajo, aquellos que deberían dar ejemplo de protección, como son los sanitarios, no ya por carecer de un sistema de protección de la seguridad y salud

---

<sup>2</sup> En este mismo sentido, si bien las razones en este caso serían más de protección del empleo que de la salud de las personas empleadas afectadas por la novación de condiciones de trabajo (horario, turno y jornada, incluso salario, así como centro de trabajo), *vid.* SSTSJ de Asturias [1951/2020, de 10 de noviembre](#), y [2088/2020, de 24 de noviembre](#).

en el trabajo eficaz antes de la pandemia y durante su transcurso, sino, incluso, de presente y para el futuro más inmediato. Y ello en relación con el riesgo biológico de contagio, sin duda, pero también en relación con la considerada ya como «pandemia oculta» y la «gran olvidada» –desde luego en la ley de referencia–, la propia de la huella psicosocial que se registra en los/las profesionales con mayor protagonismo en la lucha contra la pandemia. Todo ello puede constatarse en la muy bien razonada [STSJ de Madrid 222/2021, de 23 de marzo](#). En ella se condena a la Comunidad de Madrid a efectuar de forma inmediata un plan de prevención de riesgos laborales con la valoración de los puestos de trabajo del personal de atención primaria y pediatría, evaluación de riesgos de los mismos y determinación de la carga de trabajo fijando los cupos, número máximo de pacientes a atender por jornada de trabajo y tiempo mínimo de dedicación a cada uno (también atendiendo a la gestión de riesgos psicosociales<sup>3</sup>), así como al establecimiento de una plantilla acorde con ello y a la cobertura de las vacantes existentes en la misma.

### 3. Llamada a mejoras institucionales y profesionales de futuro, incluido un «estrambote»: más recursos, también para la ciencia de mañana

Justamente, esta última precisión judicial nos lleva a otro aspecto de la [Ley 2/2021](#). Ya se advirtió de que el mayor interés de la ley estaba en lo que anunciaba para el futuro, pero con un carácter programático, no normativo, y condicionado tanto a poner más recursos financieros, como a reforzar las plantillas de profesionales del sistema sanitario, que también requiere de muchos más recursos económicos, así como de decisiones de múltiples niveles. El [capítulo VI](#), artículos 28 a 30, dispone una serie de medidas para garantizar las capacidades del sistema sanitario en materia de recursos humanos, planes de contingencia y obligaciones de información. En cambio, sí que tiene contenido normativo la nueva [disposición adicional sexta](#), auténtico «estrambote», típico de las «leyes de urgencia», sobre las reglas aplicables a los contratos de trabajo suscritos con cargo a financiación de convocatorias públicas de recursos humanos en el ámbito de la investigación y a la integración de personal contratado en el Sistema Nacional de Salud y en el marco del [Plan de Choque para la Ciencia y la Innovación](#), presentado el 9 de julio de 2020 (ya en el [RDL 11/2020, de 31 de marzo](#))<sup>4</sup>.

Por supuesto, sus previsiones son minimalistas y no afronta, tampoco aquí, los notables problemas de fondo evidenciados en el «[Pacto por la Ciencia](#)». En última instancia, se

<sup>3</sup> En línea con las Sentencias del TJUE (SSTJUE) de 9 de marzo de 2021, asuntos [C-344/19](#) y [C-580/19](#).

<sup>4</sup> Los costes laborales y sociales derivados de dicha prórroga serán financiados con cargo a los presupuestos del órgano, organismo o entidad convocante del Ministerio de Ciencia e Innovación y del Ministerio de Universidades, en las mismas condiciones económicas que la convocatoria a la que responden.

trata de ofrecer una mayor seguridad, cierto en un contexto notablemente incierto, e inestable, en el que se asiste –también aquí– a una profunda contradicción: la calidad del sistema, no solo sanitario, sino de vida, hasta de la economía, pasa por más ciencia e industria que pueda desarrollar sus hallazgos, en cambio, quienes deben hacer la ciencia viven en una extrema temporalidad y en incertidumbre continua. Las diferencias con la [disposición adicional decimotercera del RDL 11/2020](#) son las siguientes (un análisis muy ilustrativo en [Rojo Torrecilla, 2021a](#)):

- Frente a la prórroga prevista de 1 año, ahora se prevé solo de 5 meses.
- La eventual prórroga se concreta en aquellos contratos que tengan prevista su finalización «entre el día 2 de abril de 2021 y el día 1 de abril de 2023».
- Se mantiene la posibilidad de superar, en virtud de esta prórroga singular<sup>5</sup>, el límite de duración máxima que se establece en la [Ley 14/2011](#) (Ley de la ciencia). También para el programa de doctorado en relación con contratos predoctorales.

Ahora bien, se precisa, y aquí está la principal y más conflictiva previsión, que en ningún caso (la técnica no es afortunada, porque utiliza la formulación positiva junto con la negativa: «en todo caso, no dará [...]») la prórroga dará lugar a la adquisición de la naturaleza fija de los correspondientes contratos laborales sujetos a la misma por parte del personal contratado. Aunque discutible, parece adecuada, a fin de no mutar en estructural lo coyuntural. Se evidencian con la máxima claridad las cautelas de la ley para evitar la estabilización indebida a causa de las muy frecuentes, en exceso, irregularidades en la contratación. Una cláusula que, como bien se ha apuntado por la doctrina científica más atenta, «generará un buen debate, inicialmente doctrinal y sin duda en algún momento posterior de carácter práctico ante juzgados y tribunales» ([Rojo Torrecilla, 2021a](#)).

Sin duda se trata de un problema más amplio y que exigirá de una profunda reforma legal. Es evidente que los tribunales han alcanzado su máximo de agotamiento y no pueden dar una solución adecuada, alimentando la conflictividad y la incertidumbre la enorme disparidad de posiciones interpretativas. Como mero ejemplo reciente, merece reseña la [STS 96/2021, de 26 de enero](#), que rechaza la declaración de fijeza declarada por abuso en la STSJ de Baleares de 2 de diciembre de 2019 (rec. 4/2018), en relación con 228 personas trabajadoras interinas de la Fundación de Atención y Soporte a la Dependencia y Promoción de la Autonomía Personal de las Islas Baleares (organismo público institucional, pero con personalidad jurídica privada) (sobre la misma, [Beltrán de Heredia Ruiz, 2021](#)).

---

<sup>5</sup> Debe precisarse que no es posible acumular prórrogas excepcionales, excluyendo acumular la prevista en la [disposición adicional decimotercera del RDL 11/2020, de 31 de marzo](#).

## 4. Los especiales deberes comunicativos en aras de la eficacia y eficiencia del control «público» de la epidemia: ¿protección de datos personales versus «certificado digital verde»?

Otro de los ámbitos relevantes, y más problemáticos de lo que el tenor de las normas refleja, que tira de «las generales de la ley» para eludirlos, es el relativo a la potenciación de los deberes comunicativos (de información y transparencia), en aras de un control más eficaz de la pandemia. Se recoge en el [capítulo V](#), artículos 22 a 27, que prevé medidas para la detección precoz de la enfermedad y el control de las fuentes de infección y vigilancia epidemiológica. Por supuesto, la regulación no es ajena a la citada alta tensión entre la eficacia en la prevención y los límites derivados de la protección de datos personales (panproteccionismo de datos versus colonización de datos personales). De este modo, se señala de manera específica que la COVID-19, enfermedad producida por la infección por el virus SARS-CoV-2, es una enfermedad de declaración obligatoria urgente, calificación que en la práctica ya tenía por ser un subtipo de la familia SARS (síndrome respiratorio agudo grave), y estar prevista en los anexos [I.48](#) y [II.1.B](#) del Real Decreto 2210/1995, de 28 de diciembre (crea la red nacional de vigilancia epidemiológica).

En este mismo escenario, igualmente se da continuidad a una serie de obligaciones de tratamiento de información de los datos de relevancia epidemiológica y sanitaria que sean pertinentes, siempre –se insiste en la cláusula general cautelar, pero sin ofrecer más precisión– salvaguardando los derechos de protección de datos personales, como complemento al sistema de vigilancia individualizada de los casos de COVID-19. No se avanza más. Pero la actualidad está marcada por otras dimensiones de esta cuestión que se muestran muy conflictivas.

De forma general, se advierte, en un estudio de la empresa de ciberseguridad Varonis, de los crecientes riesgos de la fuga de datos, un problema no restringido a la industria de la salud, pero en la que alcanza especial relevancia e incidencia. En este sentido, el informe «[2021 Data Risk Report: Healthcare, Pharmaceutical & Biotech](#)» subraya la importancia de la seguridad de los datos a medida que las organizaciones gestionan las brechas de seguridad creadas por el trabajo remoto y la migración a la nube (1 de cada 5 archivos está abierto a todas las personas que se emplean en los sistemas de salud). Los datos se compilan mediante el [análisis de datos de 3.000 millones de archivos en 58 organizaciones](#) y examinan el estado de la seguridad de los datos en entornos locales, en la nube e híbridos para organizaciones de atención médica, incluidos hospitales, empresas de biotecnología y farmacéuticas.

En este preocupante escenario, emerge la gran cuestión del «pasaporte verde sanitario», futuro certificado de vacunación o de inmunización de las personas que vivan y se desplacen en el seno de la UE, también de las que procedan de terceros países y circulen en el

interior de la UE. Dado que se trata de un marco de regulación comunitario uniforme, vía reglamento de la UE, pero futuro, previsto para el mes de junio (el Parlamento Europeo ha aceptado su tramitación urgente), no nos detendremos aquí en su análisis, dejándolo para el momento en que se convierta en norma publicada. Sin embargo, sí conviene recordar las críticas que ha recibido desde múltiples sectores, también en el seno de la [gestión institucional comunitaria especializada para la protección de datos personales](#).

Es el caso del CEPD (organismo europeo independiente que vela por la aplicación coherente de las normas de protección de datos en toda la UE y promueve la cooperación entre las autoridades de protección de datos de la UE integradas en él) y el SEPD, institución de garantía para que las instituciones comunitarias cumplan con las obligaciones de protección de datos personales. Ambas instituciones han emitido un dictamen conjunto –a petición de la Comisión– en el que piden que se restrinja su uso, temporal como en los derechos que otorgará su posesión. Ambos organismos temen que se convierta *de facto* en una condición para buena parte de la vida social y laboral, desde el acceso a centros comerciales y lugares de ocio a la posibilidad de obtener un empleo, pese a ser un «certificado de estado –negativo– COVID-19», no un «pasaporte de vacunación» propiamente.

Además, CEPD y SEPD consideran excesiva la discrecionalidad que el proyecto de reglamento sobre el certificado (gratuito, bilingüe y con código de barras –QR–) otorga a la Comisión para prolongar su uso y extenderlo. La Comisión asegura que es temporal, «morirá» con la pandemia. El certificado verde digital (que podrá expedirse también en papel, si bien debe incluir código de barras para que pueda ser verificado electrónicamente y en cualquier país de la UE) permitirá recoger tres tipos de verificaciones: vacunación, resultado de un test (PCR negativa) o haber superado la COVID-19. En todo caso, el reglamento futuro no bastará por sí solo para el funcionamiento transfronterizo del certificado, que requerirá el establecimiento de la infraestructura informática necesaria para que su emisión y lectura sea posible en todos los Estados miembros por igual.

Por su parte, la Comisión de Libertades Civiles apoya su creación, a condición de que no se utilice como presupuesto necesario para ejercer la libre circulación ni desencadene en su aplicación tratos discriminatorios hacia quienes no dispongan del certificado, en especial en el ámbito del trabajo. Así lo «jura o promete» la Comisión Europea, que se afana por convencer –ya vemos que con escaso éxito, incluso en las instituciones que ella misma crea para la defensa de la protección de datos y la prevención de riesgos discriminatorios asociados a usos indebidos de información personal– de que se trata solo de un instrumento de promoción o facilitación (sistema de incentivos) de la libre circulación. La posesión del certificado verde digital de vacunación no es una condición previa o necesaria para su ejercicio, tampoco en lo que concierne al trabajo. Eso sí, el reglamento no impedirá, no predeterminará, los concretos usos estatales del [certificado de vacunación](#). El reglamento se limita a exigir que se reconozcan los mismos derechos a los certificados emitidos a nivel nacional que a los expedidos por las autoridades de otros países de la UE.

Finalmente, tampoco establece ni una obligación ni un derecho a la vacunación. Sin embargo, la OMS no «se fía» de las pretensiones de este instrumento comunitario, por lo que lo considera prematuro. Y algunos países, como Alemania o Francia, han acogido la propuesta con reticencias –si bien parece que finalmente la apoyarán– por temor a que se interprete como una forma de obligar a vacunarse en países donde el movimiento antivacunas es pujante. La Comisión ha acelerado el proceso para evitar una diáspora de respuestas europeas o una solución nacional a la carta, dando una imagen de desgobierno comunitario, que es lo real<sup>6</sup>.

## 5. La gran cuestión sociosanitaria orillada por la UE y en (casi) todos sus Estados: ¿vacunación obligatoria o voluntaria?

### 5.1. La excepción del caso italiano: el reconocimiento legislativo y judicial de la legitimidad de la vacunación obligatoria para ciertas profesiones

Aunque todas las instituciones comunitarias y estatales en Europa orillen el debate sobre si ha de ser o no obligatoria la vacunación, produciéndose posiciones muy encontradas, a favor (en especial el sector de la medicina) y en contra (en el ámbito jurídico) de su obligatoriedad, lo cierto es que el debate existe. Más aún, arrecia el conflicto entre quienes defienden a ultranza la decisión libre de las personas en general, y trabajadoras en particular (prevalencia de los derechos y libertades fundamentales individuales en juego –intimidad, integridad, libertad de decisión–), y quienes revigorizan los límites a la misma en aras de los deberes cívicos solidarios, en aras de los intereses públicos y sociales (prevalencia de la protección de la salud colectiva). Si bien se trata de una cuestión de la que no escapan los intereses económicos, el centro básico de atención se sitúa en la referida tensión entre qué valor constitucional debe sacrificarse más, si las libertades individuales o el interés de la salud pública.

En este nuevo marco conflictual, Italia (dejamos de lado la referida [decisión legislativa pionera en Galicia](#), y [hoy en suspenso por el TC](#)) ha dado un paso valiente y se ha convertido en el primer país europeo en obligar, por ley, a sus profesionales de la sanidad a vacunarse contra el coronavirus. Así lo ordena el artículo 4 del [Decreto-Ley 44/2021, de 1 de abril](#)<sup>7</sup>. Todo el personal sanitario, del sector público o privado, que esté en contacto con

<sup>6</sup> Dinamarca, Francia o Estonia planean lanzar sus certificados nacionales de vacunación, tanto para viajar como para la vida cotidiana. La OMS trabaja en un certificado de vacuna global de «[tarjeta amarilla inteligente](#)».

<sup>7</sup> *Vid.* una síntesis interesante en [Biarella \(2021\)](#).

los/las pacientes –incluido el personal de farmacia– deberá ponerse la vacuna para evitar la COVID-19. De lo contrario, podrán «sufrir» bien una modificación de funciones, incluso aunque implique un puesto de inferior categoría profesional, para que no atiendan de forma directa a personas usuarias, o bien, en defecto de esta posibilidad, una suspensión de empleo y sueldo temporal (hasta que se vacune, hasta que finalice el plan de vacunación nacional y, en todo caso, finales del año 2021). El objetivo es primar la salud pública, garantizando condiciones de seguridad adecuadas en la prestación de cuidados y asistencia de naturaleza sanitaria.

La norma legal prevé un periodo de 10 días en el que las autoridades sanitarias deben solicitar información de los profesionales y las profesionales sobre su situación médica, de modo que comuniquen las razones por las cuales rechazan la vacuna, en la medida en que determinadas personas tienen contraindicada la vacunación, por razones de salud, pudiendo también estar ya inmunizadas por haber pasado la infección. De no existir causa justificada para el rechazo de la vacuna, deberán recibirla, so pena de entrar en la rueda de consecuencias profesionales negativas.

Al respecto, y en relación con la –ya referida más arriba– intensificación de los deberes de comunicación personal, ahora no solo en interés estrictamente público, sino empresarial, muy ilustrativa puede ser la doctrina jurisprudencial fijada en la [STS 289/2021, de 10 de marzo](#). Resuelve de forma firme, confirmando la decisión de instancia, un conflicto colectivo planteado en Renfe, a raíz de la demanda sindical frente a la práctica de la empresa de exigir, a quienes estén obligados de forma rotatoria a conducir vehículos de empresa, que comuniquen las razones personales (incluido el consumo de sustancias psicoactivas) por las cuales se nieguen a tal incorporación, conforme al acuerdo colectivo de empresa que rige estas situaciones. Para el sindicato mayoritario, tratándose de tiempo de no trabajo propiamente ese periodo, no estarían obligadas a manifestar circunstancias de índole personal (por ejemplo, ingesta moderada de alcohol, que no le impide el desarrollo de su trabajo, pero sí la conducción; consumo moderado de cannabis; conducción buena de día, dificultada de noche), por lo tanto, una libre opción individual, del mismo modo que estas actividades serían una opción libremente decidida por la empleadora por razones de su conveniencia económica.

Para la empresa existe un acuerdo de empresa en el que se exige la posesión del permiso de circulación, sin distinguir que se trate de una adscripción obligatoria o voluntaria, al tiempo que se establece un régimen de localización y, en consecuencia, puesta a disposición para la incorporación al equipo una vez llamado. Por lo tanto, regiría una prohibición del consumo, aun moderado, de sustancias psicoactivas que bien pudieran dificultar la conducción, sin que constituya una intromisión ilegítima en la intimidad ex [artículo 18 de la CE](#), al tratarse de un límite razonable derivado de las obligaciones de diligencia y buena fe contractual ([art. 5 a\) ET](#)). La AN y el TS asumen esta posición y refuerzan en tales casos el papel limitador de tales deberes de índole laboral, en interés

empresarial y de seguridad vial, por cuanto se trata de un tiempo de disposición<sup>8</sup> y respecto de una actividad exigente (como la conducción de vehículos a motor).

En definitiva, la previsión legal italiana favorable a la vacunación obligatoria de cierto sector profesional, no de toda la ciudadanía (entre otras cosas porque no hay vacunas suficientes por el momento), enlazaría con la doctrina jurisprudencial favorable a la obligación de ciertos reconocimientos médicos, cuando están en juego derechos de seguridad y salud de las demás personas que interactúan con las personas trabajadoras (arts. 22 y 25.1, párr. segundo, LPRL; STS 259/2018, de 7 de marzo). Además, contaría con amplio apoyo social (opinión pública), profesional (Federación Nacional de Colegios de Medicina) y sindical. Y ello en la medida en que se valora que una eventual negativa relevante en número de profesionales sanitarios pondría en notable crisis el entero sistema, creando un problema público asistencial.

La norma se considera proporcionada, porque se limita a colectivos específicos y además es temporal. Asimismo, y pese a las críticas por insuficiente, las medidas son ajustadas, dado que no se contempla como condición de ejercicio profesional<sup>9</sup>, como parece que propuso la Federación Nacional de Colegios de Medicina, al considerar que era una obligación deontológica vacunarse antes que una obligación legal («si trabajas, te vacunas, y si no lo haces, te vas a casa»), sino que sus efectos suspensivos, de empleo y sueldo, son en defecto de posibilidad de realizar un puesto sin contacto con las personas pacientes. Finalmente, es interesante reseñar que, pese a la fuerte crítica desde un sector importante de la abogacía, la solución legislativa vino precedida por una decisión judicial favorable a tal naturaleza obligatoria de la vacunación en los colectivos profesionales con mayor contacto directo ciudadano. Así, la interesante [Sentencia del Tribunal de Belluno número 12/2021, de 19 de marzo](#), concluye –en línea con la doctrina judicial española sobre revalorización del poder de dirección en aras de la garantía preventiva– la prevalencia del deber de protección ([art. 2089 CC italiano](#)) sobre los derechos laborales de estos y estas profesionales. La eficacia razonable de la vacunación para frenar los contagios, citando los casos de Israel,

<sup>8</sup> Sobre la problemática calificadora del tiempo de localización no presencial en el centro de trabajo, *vid.* SSTJUE de 9 de marzo de 2021 (asuntos [C-344/19](#) y [C-580/19](#)). En síntesis, el tiempo de disponibilidad que exija actuación en un determinado arco temporal podría ser calificado como tiempo de trabajo si objetiva y considerablemente afecta de forma significativa a la capacidad para administrar libremente intereses propios. En todo caso, sea o no laboral, debe ser evaluado en el marco del sistema de gestión de los factores de riesgo psicosocial.

<sup>9</sup> Recuérdese que debe ser un requisito objetivo, no subjetivo (decisión de la empresa en aras de una mejor satisfacción del que presume sería el interés de la clientela), derivado de «la naturaleza de la actividad profesional de que se trate o por el contexto en que se lleva a cabo». *Vid.* las SSTJUE de 14 de marzo de 2017, [asunto C-157/15](#) (Bélgica) y [asunto C-188/15](#) (Francia). Además, deben tenerse en cuenta también las posibilidades de acomodación razonable de su puesto de trabajo, de modo que pueda asignársele un puesto sin contacto directo con la clientela ([Sentencia de la Corte de Casación francesa de 14 de abril de 2021](#); *vid.* un magnífico análisis en [Rojo Torrecilla, 2021b](#)).

Estados Unidos y Reino Unido, evidencia que la permanencia de profesionales sanitarios no vacunados en estos centros se muestra un factor de riesgo que la empleadora está obligada a prevenir de la manera más diligente, incluyendo obligación de vacunar.

Sin embargo, un sector de opinión critica la debilidad de los fundamentos científicos y jurídicos para establecer tal obligatoriedad, incluso en estas condiciones restrictivas. No sería una cuestión de negacionismo jurídico de la eficacia de vacunar a la población, más a sus profesionales en contacto directo con el virus (en España los problemas surgen por lo opuesto, por la demanda de vacunación que es negada por la empresa porque no hay vacunas disponibles), sino de establecer límites ciertos, en el marco del orden constitucional y europeo, a los poderes públicos sobre lo que pueden hacer y lo que no, atendiendo a los hallazgos científicos. El hecho de que la conciencia social mayoritaria sea favorable al modelo de vacunación obligatoria no garantiza la bondad de la ley, en la medida en que el principio jurídico sobre el que se asienta el orden constitucional sería la protección de las minorías frente al poder de las mayorías (dimensión sustantiva del principio democrático). A lo que habría que añadir el límite, también con fundamento constitucional, del consentimiento informado en tales casos, pues nadie mejor que una persona profesional de la sanidad para poder rechazar la vacunación obligatoria en un estado del arte científico-médico sobre la materia todavía insuficiente (Bianchini, 2021).

Finalmente, se critica que el Gobierno también haya introducido una medida que asegura la protección penal del personal que administra las vacunas contra la COVID-19. Muchos/as se habían vuelto reacios a vacunar a la gente después de que varias personas fueran investigadas por la fiscalía por homicidio involuntario tras la muerte de 2 personas en Sicilia poco después de que se les administrara la fórmula de AstraZeneca el mes pasado.

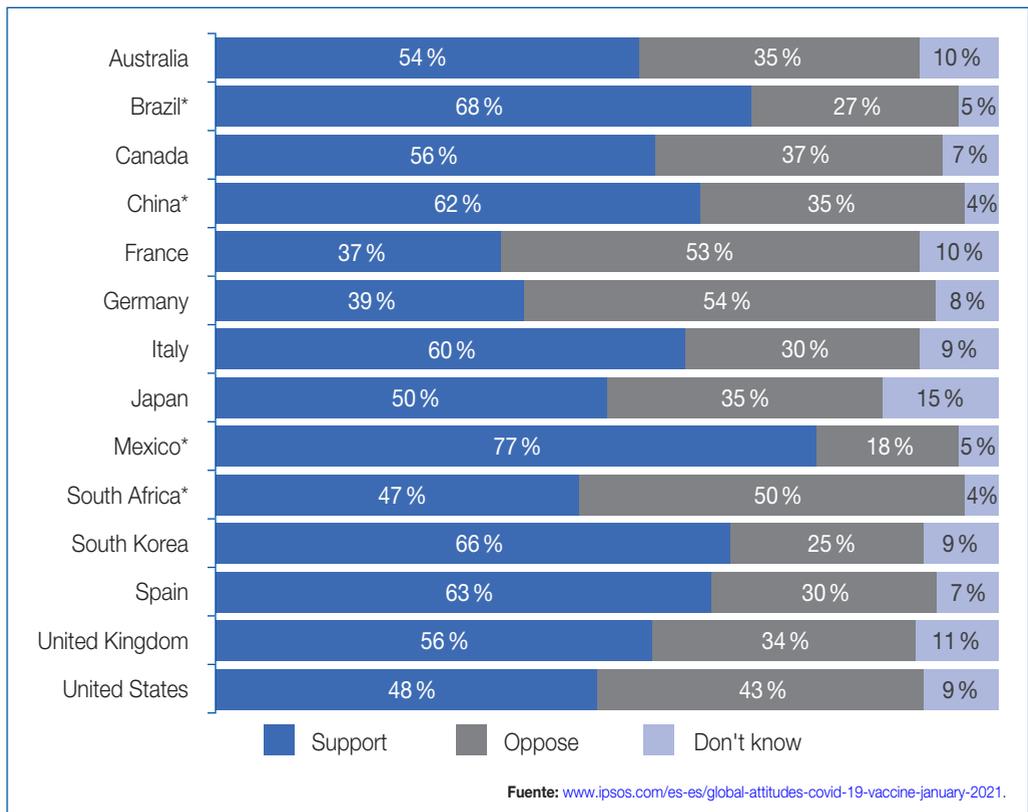
## 5.2. La conciencia social del tiempo de aplicación de las normas y la opinión pública como presupuestos para una ley de vacunación obligatoria: un dispar panorama europeo

En espera de lo que pueda decir el TC en España, pese a las limitaciones competenciales del conflicto suscitado entre el Gobierno nacional y el gallego, por lo tanto, entre el Parlamento de España y el gallego, parece claro que la opción legislativa por un modelo –voluntario, que es y será el mayoritario– u otro –obligatorio, sin duda minoritario– parte de la constatación de un estado de opinión pública previa. La norma legal en Italia no nació en el vacío. La presión social para el Gobierno surgió al conocerse el contagio de pacientes por personas sanitarias no vacunadas, una absoluta minoría, prácticamente residual. Los/las profesionales de la sanidad vacunados en Italia están en torno al 95 % y sobre el 60 % en el caso del personal que trabaja en residencias de personas ancianas. El rechazo se da en apenas 100, de más de 500.000 profesionales sanitarios.

No obstante, en Italia sí existe un movimiento antivacunas bastante arraigado y en torno al 18 % de la ciudadanía no piensa vacunarse contra la COVID-19, según una encuesta realizada a finales de febrero por la Agenas y la Universidad Santa Ana de Pisa, mientras que otro 17 % está indeciso. Otro sondeo reciente de Demos y Euromedia Research muestra que en torno al 58 % de la población está a favor de que las vacunas sean obligatorias. En cambio, España es el país europeo más a favor de que la vacunación contra la COVID-19 sea obligatoria.

El 80 % de las personas españolas afirman estar dispuestas a vacunarse, 6 de cada 10 de forma inmediata, el porcentaje más elevado después de Reino Unido, aunque, al tiempo, España es el país europeo más preocupado por los posibles efectos secundarios de la vacuna. La obligatoriedad a la hora de vacunarse también ha sido objeto de debate en los últimos meses, una idea apoyada por el 63 % de los españoles y españolas en el caso, mientras que un 30 % se opone a esta propuesta. Se sitúa así [España como el país europeo más a favor de esta medida](#), seguido de Italia (60 %) y Reino Unido (56 %). Los países más opuestos a implementar la obligación de vacunarse a nivel mundial son Alemania (54 %) y Francia (53 %).

#### Apoyo para que la vacunación contra la COVID-19 sea obligatoria para cualquier persona mayor de 18 años



### 5.3. ¿La vacunación obligatoria, en un estado de razonable certeza científica, como un deber de civismo social y un principio de civilización jurídica?: el favor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Y en este nuevo territorio de tensiones y conflictos a costa de la pandemia y su control, para salir de las múltiples crisis y tragedias a las que nos está enfrentando, mundialmente, nos encontramos cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), aunque de manera no directa, pero tampoco tangencial, sino referencial, ha lanzado un mensaje potente. Quizás no en el sentido esperado por las posiciones críticas con la vacunación obligatoria, pero es posible que sí sea el toque de atención debida, y necesario, para evitar un exceso de individualismo, e incluso de panproteccionismo liberal (no solo en protección de datos), en detrimento de los debidos elementos colectivos y sociales de ponderación. Por supuesto no afecta, como se decía, ni a la vacunación frente a la COVID-19 ni al ámbito estrictamente laboral, sino en relación con la vacunación de la población infantil.

La [Sentencia del TEDH, Gran Sala, de 8 de abril de 2021 \(asunto Vavříčka and Others v. the Czech Republic\)](#), afirma que, en ciertos casos y condiciones, la vacunación obligatoria es necesaria en una sociedad democrática. El derecho a la protección de la vida privada (art. 8 [Convenio Europeo de Derechos Humanos](#)) no sería incompatible con la potestad de los Estados de sancionar a los padres y madres que no vacunen a sus hijos/as, así como de la exclusión en tales casos del acceso al centro (en el caso preescolar) mientras se mantenga la negativa. El TEDH parte de un consenso general europeo para lograr el mayor grado posible de cobertura vacunal que, además, respondería a un principio de solidaridad social con las personas y colectivos de mayor vulnerabilidad. De ahí, la legitimidad de asumir «un riesgo mínimo en forma de vacunación» (los efectos secundarios).

Este enfoque obligatorio considera que supera el juicio de proporcionalidad de los límites al derecho individual, porque es una necesidad social urgente de proteger la salud individual y pública contra las enfermedades bien conocidas por la ciencia médica y para protegerse contra cualquier tendencia a la baja en la tasa de vacunación (aquí infantil). Por lo tanto, esta política obligatoria sería consistente también con el interés superior de la persona menor, cuya satisfacción pasa por la inmunización de la mayoría (igual podría afirmarse para personas de edad avanzada). Eso sí, el TEDH pone una doble condición de cautela sanitaria:

- Que se tomen las precauciones necesarias de seguridad de las vacunas en uso.
- La comprobación de posibles contraindicaciones en cada caso individual.

Un tipo de cautelas al que añade las clásicas, las del juicio de proporcionalidad: la sanción no puede ser excesiva, ni repercutir de forma prolongada en la educación infantil. Pero,

en este caso, las consecuencias negativas eran ponderadas (reducidas y temporales –la admisión a la escuela primaria no se ve afectada por el estado de la vacuna–). Bajo estas condiciones, debe dejarse al Estado un razonable margen de apreciación para cumplir con tan legítimos objetivos. Pese a que el fallo no se refiere directamente a las vacunas contra el coronavirus, sí [aparece una referencia a esta situación, traída a colación por Francia](#). Por tanto, podría tener un efecto en el despliegue actual en Europa, particularmente para aquellas personas que se niegan a recibir su dosis, si bien hoy, en realidad, el verdadero problema parece el contrario, la inexistencia de vacunas suficientes para todas las personas que quieren –queremos– ponernos la nuestra –precisamente, algunos colectivos de profesionales ya están judicializando la decisión de no vacunación de las entidades empleadoras ante la falta de vacunas–.

El TEDH abre la vía a la necesidad de ponderar el interés social a la hora de diseñar el programa de vacunación, de modo que las razones individuales no sean ni las únicas a considerar, ni menos las prevalentes, también las razones (derechos e intereses legítimos) de otras personas, que hallan en la alta tasa de vacunación el mejor medio de protección frente a un virus que puede ser mortal. Ya hay certeza suficiente sobre la eficacia de las vacunas para prevenir la transmisión, al tiempo que la hay sobre lo reducido de los efectos secundarios nocivos («daños colaterales individuales»), aunque al respecto no hay igual certeza. Ahora bien, es evidente que el debate no puede producirse de forma idéntica para todas las personas, porque ni todas tienen el mismo nivel de riesgo ni todas tienen, por ello, el mismo nivel de acceso a la vacunación, dada su escasez y selección pública.

Naturalmente, debe haber una relativa certidumbre sobre sus efectos, lo que no puede decirse respecto de ciertas vacunas. Las personas expertas creen que es poco probable que las vacunas contra el coronavirus sean obligatorias ahora, pero podría cambiar la situación con muchas personas reticentes a recibir la dosis por el riesgo a efectos secundarios. A menudo alimentadas por las autoridades sanitarias, que tanto suspenden como impulsan la vacunación con algunas de las vacunas. En fin, es lo incierto –y el reto– del deber de prevenir lo imprevisible.

Y, en cualquier caso, sea obligatoria o no, la ley debería atender a la necesidad de prever que sí se ha retribuido el permiso de quienes deben acompañar a personas mayores a la vacunación. Ahora no sucede, al no considerarse deber público ex artículo 37.3 d) del ET, sino solo familiar ([STS 1098/2020, de 9 de diciembre](#)). Otro «olvido» más de las leyes de urgencia y de las leyes ordinarias que no asumen más misión que transcribir aquellas para dar apariencia de que hay vida parlamentaria en este atormentado tiempo de pandemia. Habrá que seguir confiando en un tiempo más proclive para la «épica y la lírica legislativa» de calidad (democrática –y técnica–).

## Referencias bibliográficas

- Beltrán de Heredia Ruiz, Ignasi. (21 de abril de 2021). Superación de pruebas selectivas para personal fijo en sociedad pública sin obtención de plaza y posterior acceso a bolsa de empleo, temporalidad ilícita y fijeza. *Una mirada crítica a las relaciones laborales*. <https://ignasibeltran.com/2021/04/21/superacion-de-pruebas-selectivas-para-personal-fijo-en-sociedad-publica-sin-obtencion-de-plaza-y-posterior-acceso-a-bolsa-de-empleo-temporalidad-ilicita-y-fijeza/>.
- Bianchini, Riccardo. (8 de abril de 2021). Covid-19: riflessioni sulla vaccinazione obbligatoria. *Altalex.com*. <https://www.altalex.com/documents/news/2021/04/08/covid-19-riflessioni-sulla-vaccinazione-obbligatoria>.
- Biarella, Laura. (1 de abril de 2021). Coronavirus: le novità per giustizia e sanità. *Altalex.com*. <https://www.altalex.com/documents/news/2021/04/01/coronavirus-le-novita-per-justizia-e-sanita>.
- González Cobaleda, Estefanía. (8 de abril de 2021). ¿Es posible la creación de un nuevo escenario laboral a partir del certificado verde digital? *Blog TransformaW*. <https://www.transformaw.com/blog/es-posible-la-creacion-de-un-nuevo-escenario-laboral-a-partir-del-certificado-verde-digital/>.
- Rojo Torrecilla, Eduardo. (30 de marzo de 2021 –2021a–). Covid-19. Del RDL 11/2020 de 9 de junio a la Ley 2/2021 de 29 de marzo. Notas a las (pocas) modificaciones de contenido laboral. *El Blog de Eduardo Rojo*. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/03/covid-19-del-rdl-112020-de-9-de-junio.html>.
- Rojo Torrecilla, Eduardo. (20 de abril de 2021 –2021b–). ¿La imagen que pretende dar la empresa a su clientela (femenina) puede prevalecer sobre la libertad religiosa de una trabajadora? Nulidad del despido. Notas a las importantes sentencias del Tribunal Supremo francés de 14 de abril de 2021 y del Tribunal de Apelación de Toulouse de 6 de septiembre de 2019. *El Blog de Eduardo Rojo*. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/search?updated-max=2021-04-20T17:42:00%2B02:00&max-results=5>.



## Cuidados, pensión de jubilación y perspectiva de género

**Glòria Poyatos i Matas**

*Magistrada especialista de la Sala de lo Social  
del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Las Palmas)*

### Extracto

Se analiza la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias/Las Palmas 186/2021, de 17 de febrero, y su voto particular disidente en el que se incluye cuestión prejudicial fundamentada ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La sala desestimó la demanda planteada por trabajadora en materia de jubilación, por incumplimiento del requisito de carencia específica, a pesar de contar con más de 15 años de cotización. No se tuvo en cuenta la conectividad entre el imputado «apartamiento» del mercado laboral y la crianza de sus tres hijos pequeños. La actual redacción del artículo 205.1 b) de la Ley general de la Seguridad Social es sospechosa de discriminar (indirectamente) a las mujeres, al no tener en cuenta el tiempo dedicado a cuidados, en la contabilización del periodo de carencia específica, exigible para acceder a la pensión de jubilación contributiva. Ello, a su vez, pudiera ser contrario al artículo 4.1 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, por lo que la sala debió plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

**Palabras clave:** jubilación; doctrina del paréntesis; cuidados; perspectiva de género.

Fecha de entrada: 03-04-2021 / Fecha de aceptación: 05-04-2021

**Cómo citar:** Poyatos i Matas, Glòria. (2021). Cuidados, pensión de jubilación y perspectiva de género. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 458, 111-126.



# Care, retirement pension and gender perspective

Glòria Poyatos i Matas

## Abstract

The ruling of the Superior Court of Justice of the Canary Islands/Las Palmas 186/2021, of February 17, and its dissenting vote, which includes a question for a preliminary ruling before the Court of Justice of the European Union, is analyzed. The court dismissed the lawsuit filed by a female worker regarding retirement, due to non-compliance with the requirement of specific deficiency despite having more than 15 years of contributions. The connectivity between the imputed «withdrawal» from the labor market and the upbringing of her three young children was not taken into account. The current wording of article 205.1 b) of the General Social Security Law is suspected of (indirectly) discriminating against women, as it does not take into account the time spent caring for them when calculating the specific qualifying period required to qualify for a contributory retirement pension. This, in turn, could be contrary to article 4.1 of Council Directive 79/7/EEC, which is why the chamber had to refer the matter to the Court of Justice of the European Union for a preliminary ruling.

**Keywords:** retirement; parenthesis doctrine; care; gender perspective.

**Citation:** Poyatos i Matas, Glòria. (2021). Care, retirement pension and gender perspective. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 458, 111-126.



## Sumario

1. Introducción
2. La obligación internacional de diligencia debida o debida diligencia en la impartición de justicia de derechos humanos
3. Sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJUE
4. Análisis del caso concreto. Marco normativo y jurisprudencia en materia de carencia específica y doctrina del paréntesis
5. Relato fáctico: hechos relevantes
6. Claves del razonamiento jurídico: impacto adverso desproporcionado de género en el cumplimiento legal de la carencia específica por razón de los cuidados. Planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE
7. Conclusiones

Se identifica el derecho con los lados jerárquicamente superiores y «masculinos» de los dualismos. Aunque la «justicia» sea representada como una mujer, según la ideología dominante el derecho es masculino y no femenino.

Frances Olsen (*El sexo del derecho*)

## 1. Introducción

En el presente artículo se analiza la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Canarias/Las Palmas 186/2021, de 17 de febrero, y el voto particular que, haciendo uso de la facultad conferida por el artículo 260.2 de la Ley orgánica del Poder Judicial (LOPJ), formulé, por discrepar, desde la mayor consideración y respeto, con el criterio mayoritario, considerando que debió plantearse una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Resumidamente, porque la actual redacción del artículo 205.1 b) de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS) es sospechosa de discriminar (indirectamente) a las mujeres, al no tener en cuenta el tiempo dedicado a cuidados familiares y crianza de hijos/as, en la contabilización del periodo de carencia específica, exigible para acceder a la pensión de jubilación contributiva.

La mayoría de la sala se pronunció a favor de desestimar el recurso de suplicación al apreciar «cuestión nueva» y entender que no procede, en este caso, la aplicación de la «doctrina del paréntesis».

Tanto la entidad gestora (Instituto Nacional de la Seguridad Social –INSS–) como el juzgado desestimaron la solicitud de pensión de jubilación de la trabajadora, a pesar de reunir el periodo de carencia genérica, por no cumplirse el requisito de carencia específica, esto es, que 2 años de cotización debían «estar comprendidos dentro de los 15 años inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho» (art. 205.1 b) LGSS). No obstante, no se tuvieron en cuenta las circunstancias familiares de la trabajadora (tres hijos biológicos) en la aplicación de la doctrina del paréntesis, limitada exclusivamente a los periodos de desempleo acreditados. La demandante, trabajadora a tiempo parcial, carecía de cotizaciones durante un periodo largo de tiempo, comprendido entre el 2 de julio de 1991 y el 26

de marzo de 2004. Durante dicho periodo, tuvo a uno de sus tres hijos biológicos, nacido en 1994, siendo los otros dos de muy corta edad (3 y 4 años en 1991), lo que evidencia una conectividad entre el «apartamento» y los cuidados de sus descendientes.

## 2. La obligación internacional de diligencia debida o debida diligencia en la impartición de justicia de derechos humanos

La obligación de diligencia debida, cuando hablamos de derechos humanos, se ha forjado internacionalmente a través de los estándares contenidos en tratados internacionales<sup>1</sup> y las distintas observaciones generales emitidas por los comités especializados<sup>2</sup>, que han concretizado que las normas relativas a los derechos básicos de la persona son obligaciones *erga omnes*. Es una obligación vinculante para los Estados parte, en cada caso, promover el respeto universal y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Dicha obligación es extensiva a todos los poderes del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial) y otras autoridades públicas o estatales, a cualquier nivel que sea, nacional, regional o local.

En la misma línea, aunque proyectada exclusivamente respecto al derecho antidiscriminatorio por razón de género, se pronuncia la [Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer](#) (CEDAW)<sup>3</sup> en su artículo 2 c), d) y e)<sup>4</sup>. Y en

<sup>1</sup> Pactos Internacionales de [Derechos Civiles y Políticos](#) y [de Derechos Económicos, Sociales y Culturales](#), hechos en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, ratificados por España en sendos Instrumentos de ratificación publicados en el [BOE de 30 de abril de 1977](#).

<sup>2</sup> Entre otras, la [Observación general número 16 \(2005\) sobre igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales](#).

<sup>3</sup> [Convenio ratificado por España \(BOE de 21 de marzo de 1984\)](#).

<sup>4</sup> «Artículo 2.

Los Estados partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:

[...]

c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación;

d) Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación;

e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas;

[...].».

el contexto laboral, en el artículo 11.1 e) de la [CEDAW](#)<sup>5</sup>. Tal obligación se ha desarrollado por el Comité CEDAW en sus distintas recomendaciones, destacando la [Recomendación número 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia](#), que es vinculante para España, al haber [ratificado el Protocolo facultativo de la CEDAW](#)<sup>6</sup>. El incumplimiento de tal diligencia por alguno de los poderes públicos puede comprometer la responsabilidad del Estado, cosa que ya le ha sucedido a España, en el caso [Ángela González](#)<sup>7</sup>, que acabó con una condena a la Administración del Estado, por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, en concreto en la cantidad de 600.000 euros, en concepto de daño moral producido a la señora González<sup>8</sup>.

¿En qué consiste la diligencia debida? Podríamos resumirla en tres concretas obligaciones estatales. La primera es la obligación de respetar las obligaciones internacionales incluidas en el correspondiente tratado. Ello se traduce, en el caso de la [CEDAW](#), en abstenerse de discriminar o estereotipar por razón de género en sus propias actuaciones o resoluciones.

En segundo lugar, debe proteger a las mujeres frente a las violaciones de sus derechos humanos que puedan producirse por otros actores en cualquier entorno (social, doméstico, laboral...).

Y, por último, la obligación de cumplir, que exige de todos los poderes adoptar una posición activa y no pasiva o neutra, para remover los obstáculos que impiden que la igualdad y no discriminación de género sea una realidad vivida. Esta obligación trasladada al poder judicial se traduce en impartir justicia estando alerta en la aplicación e interpretación del derecho, integrando la perspectiva de género cuando concurren patrones estereotípicos de género o asimetrías normativas con impacto de género adverso.

Las obligaciones internacionales forman parte del derecho y son vinculantes para quienes juzgan a tenor del [artículo 117 de la Constitución española](#) (CE). Además, los acuerdos

---

<sup>5</sup> «Artículo 11.

1. Los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular:

[...]

e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas;

[...]».

<sup>6</sup> De 6 de octubre de 1999 (BOE de 9 de agosto de 2001).

<sup>7</sup> [Dictamen del Comité CEDAW número 47/2012, de 16 de julio de 2014](#), en el que se condena a España por el incumplimiento de diversos preceptos de la [CEDAW](#), poniéndose de relieve que las resoluciones judiciales dictadas no cumplieron con la obligación de diligencia debida.

<sup>8</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (STS) (Sala 3.ª) 1263/2018, de 17 de julio.

y tratados internacionales son guía interpretativa en materia de derechos fundamentales, por mandato de los artículos 10.2 y 96 de la CE en relación con la obligación que tienen los poderes públicos de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, a tenor del artículo 9.2 de la CE. A este respecto debe destacarse la [Sentencia del Tribunal Constitucional 140/2018 \(Pleno\), de 20 de diciembre](#), en la que se señala que corresponde a los jueces y juezas, en cada caso concreto, realizar el correspondiente control de convencionalidad internacional en el sistema español mediante la selección de derecho aplicable al supuesto controvertido, y ello debe proyectarse en la interpretación de lo dispuesto en los tratados internacionales de aplicación, así como en el análisis de la compatibilidad entre una norma interna y una disposición internacional.

### 3. Sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJUE

Los jueces y juezas de España y también de la Unión Europea (UE) están vinculados igualmente por la amplia normativa de la UE tal como expresamente ordena el [artículo 4 bis de la LOPJ](#).

Las [Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales \(2016/C 439/01\)](#) recuerdan que la remisión prejudicial, contemplada en el artículo 19, apartado 3, letra b), del [Tratado de la Unión Europea](#) y en el artículo 267 del [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea](#), es un mecanismo fundamental del derecho de la UE que tiene por objeto garantizar la interpretación y la aplicación uniformes de este derecho en el seno de la Unión, ofreciendo a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros un instrumento que les permita someter, con carácter prejudicial, al TJUE cuestiones relativas a la interpretación del derecho de la UE.

Una petición de decisión prejudicial puede revelarse especialmente útil cuando se suscite ante el órgano jurisdiccional nacional una nueva cuestión de interpretación que presente un interés general para la aplicación uniforme del derecho de la Unión, o bien cuando la jurisprudencia existente no parezca ofrecer la claridad imprescindible en un contexto jurídico o fáctico inédito.

De este modo, para asegurar la aplicación efectiva de la legislación comunitaria y evitar que las diferencias entre las reglas de interpretación que aplican los diferentes tribunales nacionales puedan conducir a una interpretación divergente del derecho comunitario, se ha establecido el citado procedimiento, que ha institucionalizado una fructífera cooperación entre el TJUE y los órganos jurisdiccionales nacionales. Así, en los asuntos en que se pone en tela de juicio el derecho comunitario, jueces y juezas nacionales en caso de duda sobre la interpretación o la validez de este derecho pueden, y a veces deben, dirigirse al Tribunal de Justicia para formularle cuestiones usando este genuino procedimiento de la UE.

## 4. Análisis del caso concreto. Marco normativo y jurisprudencia en materia de carencia específica y doctrina del paréntesis

La [sentencia comentada](#) resuelve el recurso de suplicación planteado frente a la Sentencia del Juzgado de lo Social número 8 de Las Palmas desestimatoria de demanda en materia de pensión de jubilación contributiva. La controversia radica, exclusivamente, en el cumplimiento del requisito de carencia específica y la aplicación de la doctrina del paréntesis. La demandante, trabajadora a tiempo parcial, reunía el periodo de carencia genérica de 15 años de cotización.

La regulación de la jubilación en su modalidad contributiva se contiene en los [artículos 204 a 215 de la LGSS](#). Específicamente, el [artículo 205.1 b\)](#) regula el requisito de carencia específica para acceder a la pensión de jubilación contributiva, en los siguientes términos:

b) Tener cubierto un periodo mínimo de cotización de 15 años, de los cuales al menos 2 deberán estar comprendidos dentro de los 15 años inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho. A efectos del cómputo de los años cotizados no se tendrá en cuenta la parte proporcional correspondiente a las pagas extraordinarias.

En los supuestos en que se acceda a la pensión de jubilación desde una situación de alta o asimilada a la de alta, sin obligación de cotizar, el periodo de 2 años a que se refiere el párrafo anterior deberá estar comprendido dentro de los 15 años inmediatamente anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar.

En los casos a que se refiere el párrafo anterior, y respecto de la determinación de la base reguladora de la pensión, se aplicará lo establecido en el artículo 209.1.

El actual redactado del [artículo 205.1 b\) de la LGSS](#) normativiza la denominada «doctrina del paréntesis», creada jurisprudencialmente, a partir de los años noventa. Destacamos, además, las siguientes sentencias del TS que han ampliado el campo de aplicación del paréntesis en el requisito de carencia específica y permiten la posibilidad de abrir y cerrar distintos paréntesis:

- [STS 940/2018, de 30 de octubre](#), en la que se aplica un paréntesis en el cálculo del periodo de carencia específica al tiempo comprendido entre el 29 de enero de 1992 y el 15 de enero de 2012 en el que la demandante permaneció privada de libertad, cumpliendo condena en prisión sin que constase que se le ofreciesen o rechazase trabajos o actividades laborales en talleres penitenciarios<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> En esta sentencia se resume la jurisprudencia vigente en relación con la aplicación de la doctrina del paréntesis en materia de situaciones asimiladas al alta que tienen incidencia en el periodo a tener en

- [STS de 24 de noviembre de 2010 \(rec. 777/2009\)](#), en la que se determinó la posibilidad de abrir y cerrar varios paréntesis en la aplicación de esta doctrina, en el cálculo del periodo de carencia específica, cuando se han alternado periodos de actividad con otros de paro involuntario.

En el caso analizado, se aplicó a la actora el paréntesis, pero exclusivamente a los periodos de desempleo inmediatamente anteriores al hecho causante, sin tenerse en cuenta sus circunstancias familiares y, más concretamente, que durante el periodo comprendido entre el 2 de julio de 1991 y el 26 de marzo de 2004, en el que permaneció «apartada» del mercado laboral, dio a luz a uno de sus tres hijos biológicos (nacidos en 1987, 1989 y 1994), siendo de muy corta edad los otros dos hijos. Ello evidencia una conectividad entre ese imputado «apartamiento» del trabajo y los cuidados de sus descendientes.

La concurrencia de la práctica de cuidar familiares en este caso, como elemento impositivo del cumplimiento del requisito legal de carencia específica, tiene un evidente impacto desproporcionado de género, por razones culturales y sociales.

Según el Instituto Nacional de Estadísticas (INE), entidad encargada de elaborar las estadísticas oficiales del Estado español ([www.ine.es](http://www.ine.es)), las mujeres españolas siguen ocupándose de forma desproporcionada con relación a sus compañeros varones de los cuidados de hijas, hijos y otros familiares dependientes, lo que incide directamente sobre sus posibilidades de trabajar, colocándolas en una posición estadísticamente de más inactivas respecto a sus compañeros varones. En relación con «los cuidados de niños», el porcentaje de mujeres inactivas fue en 2019 de un 33,5 % frente al 8,3 % en el caso de los hombres, durante el año 2018 de un 35,8 % (mujeres) y de un 9 % (hombres), y durante el 2017 de un 41,2 % (mujeres) y del 13,9 % (hombres).

Además, en el caso que nos ocupa, la actora es trabajadora a tiempo parcial, motivo por el cual el INSS le aplica el correspondiente coeficiente de parcialidad por lo que respecta a los días cotizados exigibles de carencia específica. Pues bien, como se refleja en las estadísticas del INE, también existe un impacto adverso de género desproporcionado en las

---

cuenta a efectos del cumplimiento de carencia específica y se establece que los tiempos excluidos del periodo computable son en principio aquellos inmediatamente anteriores al hecho causante, en que el asegurado/a no pudo cotizar por circunstancias de infortunio o ajenas a su voluntad. Pero solo se han reconocido como tales: a) la situación de paro involuntario no subsidiado siempre que exista una permanente inscripción como demandante de empleo; b) la antigua situación de invalidez provisional; c) la percepción de una prestación no contributiva de invalidez; d) el periodo de internamiento en establecimiento penitenciario, con el consiguiente alejamiento del mercado laboral; e) la existencia comprobada de una grave enfermedad «que conduce al hecho causante, por la que es fundadamente explicable que se hayan descuidado los resortes legales prevenidos para continuar en alta» y los periodos «interregno de breve duración en la situación de demandante de empleo», que no es revelador de esa «voluntad» de apartarse del mundo laboral.

personas ocupadas a tiempo parcial por razón del cuidado de hijos, hijas u otras personas dependientes. En el estudio realizado por el INE: *Mujeres y hombres en España 2019*, del catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado (España), se detallan datos objetivos en relación con el impacto de la tasa de empleo desagregada por sexos y con el impacto de género del cuidado de hijos/as en el trabajo femenino. Del total de personas que permanecieron inactivas en el año 2018 por cuidar a personas dependientes (niños/as y personas adultas), el 94,3 % eran mujeres. El 33,1 % de las mujeres inactivas por cuidar a personas dependientes tenía de 35 a 44 años y el 25 % de 25 a 34 años. El 43,9 % de las mujeres de 35 a 44 años inactivas por cuidar a personas dependientes alega como motivo de inactividad no poder costear los servicios adecuados para el cuidado de niños/as (p. 67).

Según destaca el estudio realizado por Eurostat en colaboración con los institutos nacionales de estadísticas de los Estados miembros de la UE: *La vida de las mujeres y hombres en Europa. Un retrato estadístico. Edición 2020*, con relación a las pautas de empleo:

[...] a más hijos [...] la tasa de empleo de los hombres es superior a la de las mujeres (74 % en comparación con el 63 % en la UE en 2019). Sin embargo, es interesante observar que la diferencia en las tasas de empleo entre mujeres y hombres aumenta con el número de hijos. En la UE en 2019, la tasa de empleo de las mujeres sin hijos era del 67 % mientras que la de los hombres era del 75 %. En mujeres con un hijo, las tasas de empleo se incrementaron y fueron del 72 % y del 87 % para los hombres. En mujeres con dos hijos la tasa se mantuvo casi igual, en el 73 %, mientras que la de los hombres aumentó al 91 %. Para aquellas personas con tres o más hijos, la tasa de empleo disminuyó hasta el 58 % para las mujeres, en comparación con el 85 % de los hombres. Esta pauta se observa en la gran mayoría de los Estados miembros.

En este mismo estudio se refleja el mayor porcentaje de mujeres desempleadas en relación con los hombres. En 2019, la tasa de paro era del 7 % para las mujeres y del 6,4 % para los hombres, siendo los datos de España del 16 % para las mujeres y del 12,5 % para los hombres.

De otro lado, también se evidencia un impacto de género desproporcionado en el cobro de las pensiones de jubilación contributivas en España a tenor de los datos estadísticos del INSS<sup>10</sup>. Específicamente en las estadísticas sobre «Evolución de la afiliación media por género» al sistema de la Seguridad Social español, los porcentajes de afiliación por sexo son los siguientes: del total de pensiones contributivas de jubilación generadas en 2019, el 38,44 % fueron para las mujeres y el 61,56 % para los varones. Y en 2018, el porcentaje femenino fue del 37,96 % frente al 62,03 % masculino. Por lo que respecta al año 2020, la nómina mensual de pensiones de jubilación en el mes de octubre que fueron reconocidas a las mujeres fue de 2.383.715 y en el caso de los hombres de 3.714.301.

<sup>10</sup> Accesibles a través de la aplicación eSTADISS desde la página web: [www.seg-social.es](http://www.seg-social.es).

Los impactos adversos de género expuestos debieron llevar a la sala canaria a extremar las precauciones en el enjuiciamiento del caso, teniendo en cuenta la normativa nacional (arts. 4 y 15 Ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres) y la normativa de la UE concurrente ([Directiva 79/7/CEE](#) relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en materia de Seguridad Social; art. 21.1 [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#) –CDFUE– y [Directiva 2006/54/CE](#) relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación). A nivel internacional, también, las normativas en materia de derecho antidiscriminatorio por razón de género ([CEDAW](#), [Recomendación general núm. 33 del Comité CEDAW](#); Convenios núms. 111 y 156 Organización Internacional del Trabajo) y la [Convención internacional de los derechos del niño](#) de 1989, porque, en este caso, los cuidados se proyectaban sobre los hijos menores de edad.

En relación con la aplicación de la [Directiva 79/7/CEE](#) y la discriminación indirecta por razón de sexo, debe destacarse la Sentencia del TJUE ([STJUE de 22 de noviembre de 2012, asunto C-385/11 \(Elbal Moreno vs. España\)](#), en materia de discriminación indirecta con relación al cálculo de cotizaciones de trabajo a tiempo parcial para el acceso a la pensión de jubilación del sistema de la Seguridad Social español, donde se determinó por el Alto Tribunal europeo que la normativa española que exigía en aquel momento a las personas trabajadoras a tiempo parcial, mayoritariamente mujeres, un periodo de cotización proporcionalmente mayor para acceder a la pensión de jubilación contributiva, en relación con las personas trabajadoras a tiempo completo, se oponía al artículo 4 de la [Directiva 79/7/CEE](#).

Y, más recientemente, la [STJUE de 8 de mayo de 2019, asunto C-161/18 \(Villar Laíz vs. España\)](#), vino a resolver cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Castilla y León en relación con la aplicación del coeficiente de parcialidad en el cálculo de la pensión de jubilación contributiva de las personas trabajadoras a tiempo parcial. El TJUE estimó que el sistema de cálculo español vigente en ese momento se oponía al artículo 4.1 de la [Directiva 79/7/CEE del Consejo](#).

## 5. Relato fáctico: hechos relevantes

La sentencia recurrida desestima la demanda planteada en materia de pensión de jubilación contributiva, por no reunir el requisito de carencia específica exigido en el [artículo 205.1 b\) de la LGSS](#), reproduciendo la misma motivación que el INSS. Estos son los hechos relevantes del caso:

- La demandante solicitó pensión de jubilación contributiva ante el INSS en fecha 30 de abril de 2019.

- Era trabajadora a tiempo parcial y, a la fecha de su solicitud, reunía un periodo de cotización de 15 años, 6 meses y 14 días, por lo que cumplía con el requisito de carencia genérica.
- También se reconocieron los periodos en los que la actora permaneció inscrita en el Servicio Público de Empleo como demandante de empleo de forma discontinua entre el 26 de marzo de 2004 y el 13 de septiembre de 2017.
- Desde el 9 de junio de 2016, la actora trabajó en varios empleos, por lo que se reconoce el cese en su obligación de cotizar (paréntesis) en fecha 30 de mayo de 2018 (último trabajo).
- Entre el 30 de mayo de 2018 y el 30 de mayo de 2003 (15 años), la actora reunía 198 días cotizados y, en su caso, se requerían 719 días.
- La base reguladora de la pensión solicitada era de 352,18 euros mensuales y el porcentaje del 52,94 %.
- En el informe de vida laboral de la actora que obra en el expediente administrativo del INSS aparecían los diferentes periodos en los que permaneció de alta o en situación asimilada, pero el último día cotizado más cercano al 26 de marzo de 2004 se remontaba al 1 de julio de 1991.
- También fue perceptora de renta activa de inserción entre el 30 de junio de 2007 y el 1 de mayo de 2010.
- Y, según obra en su libro de familia, que también se integra en el expediente administrativo del INSS, tuvo tres hijos nacidos el día 24 de febrero de 1987, 24 de febrero de 1989 y 2 de enero de 1994.

## **6. Claves del razonamiento jurídico: impacto adverso desproporcionado de género en el cumplimiento legal de la carencia específica por razón de los cuidados. Planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE**

La sentencia recurrida aplica mecánicamente la «doctrina del paréntesis» ([art. 205.1 LGSS](#)), retro trayendo el inicio del periodo de los 15 años para contabilizar los 719 días de carencia específica al día 30 de mayo de 2018 («fecha en la que cesó la obligación de cotizar»). Con base en lo anterior, entre el 30 de mayo de 2018 y el 30 de mayo de 2003 (15 años), la demandante solo tenía 198 días cotizados.

El caso tiene un impacto de género desproporcionado que se evidencia en los propios datos estadísticos desagregados por sexo del INSS en el cobro de las pensiones contributivas de jubilación y las estadísticas desagregadas por sexo en materia de cuidados familiares.

La estricta aplicación del [artículo 205.1 b\) de la LGSS](#) por lo que respecta al periodo de carencia específica requiere que 2 años de cotización, al menos, estén dentro de los 15 años inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho. Pero el precepto legal introduce una excepción y permite que dicho periodo pueda ser ampliado aplicándose un paréntesis, más allá del momento inmediatamente anterior a causar el derecho, iniciándose su cómputo «a la fecha en que cesó la obligación de cotizar».

La jurisprudencia del TS ha extendido la aplicación de la doctrina del paréntesis a los siguientes supuestos<sup>11</sup>:

- desempleo involuntario no subsidiado, siempre que exista una permanente inscripción como demandante de empleo;
- la antigua situación de invalidez provisional;
- la percepción de una prestación no contributiva de invalidez;
- el periodo de internamiento en establecimiento penitenciario cuando hay disponibilidad para el trabajo;
- la existencia comprobada de una grave enfermedad, y
- un «interregno» de breve duración en la situación de demandante de empleo.

Así, la doctrina del paréntesis actúa como elemento flexibilizador para completar la carencia específica en determinadas circunstancias en las que la persona trabajadora no ha podido trabajar por causas de infortunio o ajenas a su voluntad, sin que ello suponga la pérdida del *animus laborandi*. Pero la actual configuración legal de esta pensión contributiva tiene un impacto adverso de género, derivado del mayor tiempo dedicado a la crianza y cuidados de hijos e hijas por parte de las mujeres trabajadoras. Ello es así porque el [artículo 205.1 b\) de la LGSS](#) no ha tenido en cuenta, en el cálculo del periodo de carencia específica y la aplicación de los paréntesis, el impacto que tiene sobre las mujeres trabajadoras el cuidado de familiares dependientes, que estadísticamente recae mayoritariamente sobre ellas. La práctica de cuidar ha sido históricamente asumida por las mujeres, no por una cuestión biológica o vinculada al sexo, sino por razones culturales y sociales (género), al asignarse a las mujeres el rol de cuidadoras y a los hombres el de proveedores del hogar. Por ello, es más probable que las trabajadoras deban apartarse temporalmente del mercado de trabajo para cuidar a descendientes u otras personas familiares, impactando negativamente no solo en sus carreras de cotizaciones, sino, incluso, en el cumplimiento de carencia específica, como requisito indispensable para el acceso a las pensiones. Obviamente, ello tiene una incuestionable repercusión, tanto en la brecha salarial, como en las brechas de pensiones existentes entre las trabajadoras y los trabajadores de España.

<sup>11</sup> [STS 940/2018, de 30 de octubre.](#)

La jurisprudencia del TS ha omitido extender la doctrina del paréntesis a casos en los que la persona trabajadora deba abandonar el mercado laboral por causa de los «cuidados», exigiéndose siempre formalmente el *animus laborandi* como elemento central en la aplicación jurisprudencial de la doctrina del paréntesis, que se traduce, genéricamente, en la inscripción como demandante de empleo. No obstante, no siempre puede compatibilizarse el cuidado de los hijos/as u otras personas familiares con el trabajo efectivo, lo que motiva la salida del mercado laboral, temporalmente, de muchas madres trabajadoras a lo largo de sus carreras profesionales. Ello incide negativamente no solo en la base reguladora de sus futuras pensiones, sino también, en el peor de los casos, en el acceso a la pensión.

La ausencia de una regulación legal expresa en la que se reconozcan, a efectos de aplicación de la teoría del paréntesis en el cálculo de la carencia específica, aquellas situaciones vinculadas a los cuidados de hijos/as o personas dependientes se alza como un elemento impeditivo en el acceso a la pensión de jubilación contributiva que coloca en mayor desventaja a las trabajadoras en relación con los trabajadores por las razones estadísticas, y ello tiene, a su vez, repercusión en el número de pensiones de jubilación contributiva percibidas por hombres y por mujeres, a pesar de que la población activa desagregada por sexo es muy similar.

Ante las deficiencias legislativas detectadas en la norma española, sospechosa de discriminar indirectamente a las trabajadoras respecto a sus compañeros varones, se suscita una duda interpretativa en relación con la legislación de la UE, consistente en si la exclusión en la aplicación de la doctrina del paréntesis, a efectos del cómputo del periodo de carencia específica para acceder a la pensión de jubilación contributiva, del tiempo dedicado al cuidado de personas dependientes se opone al artículo 4.1 de la [Directiva 79/7/CEE del Consejo](#), al generar una desventaja particular con respecto a las personas del sexo femenino, al ser mayoritariamente las trabajadoras quienes dedican más tiempo a los cuidados familiares en relación con sus compañeros trabajadores y, por tanto, es más probable que ellas se aparten más del mercado laboral.

En el caso de la recurrente se cumple con el requisito de carencia genérica (15 años de cotización), pero se deniega la pensión sin tenerse en cuenta las circunstancias familiares concurrentes y la incidencia que el tiempo dedicado a la crianza de sus tres hijos pudo tener en relación con el cumplimiento del mecánico requisito de carencia específica.

Con base en lo expuesto, mi voto particular se separó del criterio mayoritario de la sala canaria y contiene, a lo largo de su redactado, las bases jurídicas de la cuestión prejudicial que debió plantearse, debiendo haberse formulado la siguiente pregunta al TJUE:

¿La prohibición de discriminación por razón de sexo establecida en el artículo 4.1 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe ser interpretada en el sentido que se opone a una norma nacional como

el artículo 205.1 b) del Real Decreto legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, que no tiene en cuenta en el cumplimiento del requisito de carencia específica en el acceso a la pensión de jubilación contributiva el tiempo durante el cual las personas trabajadoras se apartan del mercado laboral para cuidar hijos/as u otras personas familiares dependientes como periodo paréntesis?

## 7. Conclusiones

El derecho tiene género y no es el femenino.

Ello no es nada excepcional, sino producto de la ductilidad de una disciplina más, que no se ha librado de las históricas influencias sociales y culturales sostenidas sobre dualismos opuestos, sexualizados y jerarquizados: valores femeninos frente a valores masculinos. Los primeros, devaluados, y los segundos, revalorizados.

Nuestro ordenamiento jurídico se ha esculpido por hombres adultos, blancos y heterosexuales que se han tomado a sí mismos como patrón de los denominados «valores sociales» que sostienen el derecho. Ello no es monopolio español, sucede en todos los países del mundo y tiene una directa relación con las brechas de género que nos muestran las estadísticas.

Por ello, los principios y «valores sociales» que apuntalan nuestras leyes ni son tan neutros ni tan sociales, porque no representan por igual la mirada completa de la sociedad. La exclusión de los valores asociados a la feminidad, y en general de las experiencias, preocupaciones y aspiraciones de las mujeres o de la infancia, es un acto de coherencia con un concepto de «productividad», impuesto por los poderes económicos dominantes, que desprecian la maternidad, la crianza y los cuidados, negándoles valor contributivo, social o curricular, a pesar de ser un trabajo imprescindible para la economía, la sociedad y para la vida.

Por estas razones, en muchas ocasiones, una aplicación mecánica del derecho va a servir para perpetuar las desigualdades sociales.

La actual configuración legal de la carencia específica y la doctrina del paréntesis se ha diseñado de espaldas a la crianza de hijos/as y a las demandas de cuidados de familiares. Se ha esculpido atendiendo a un concepto mercantilista del «buen» aprovechamiento del tiempo, que penaliza contributivamente a quien se atreve a cuidar. Ello también tiene un impacto indirecto sobre nuestros niños, niñas y adolescentes, como causantes, en muchos casos, de las demandas de cuidados que son incompatibles con el cumplimiento de los requisitos legales para acceder a las pensiones.

Por ello, el [artículo 205.1 b\) de la LGSS](#) es sospechoso de discriminar indirectamente a las trabajadoras colisionando con el mandato del artículo 4.1 de la [Directiva 79/7/CEE](#), relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social.

El hecho de que las partes, en el caso analizado, no hubieran cuestionado el impacto discriminatorio de la regulación de los «periodos paréntesis» en el acceso a la pensión de jubilación no es impedimento para el planteamiento de la cuestión prejudicial si el tribunal sospecha de la falta de compatibilidad entre el derecho interno y el derecho de la UE. Debe recordarse que ello no fue impedimento en el caso de las SSTJUE de [14 de septiembre de 2016 \(asunto C-596/14 –De Diego Porras–\)](#) y de [21 de noviembre de 2018 \(asunto C-619/17 –De Diego Porras II–\)](#), que resuelven dos cuestiones prejudiciales sobre el mismo caso, planteadas, primero, por el TSJ de Madrid y, más tarde, por el TS, a pesar de que lo preguntado nada tenía que ver con el debate judicial en la instancia ni con el *petitum* de la demanda origen de las actuaciones.

Dicha sospechosa discriminación pudiera colisionar con la normativa de la UE y, por ello, como jueces y juezas de Europa, se debió plantear la cuestión. El principio de diligencia debida (arts. [9.2](#), [10.2](#) y [96.1 CE](#)) vincula a todos los poderes del Estado y, cuando se trata de derechos constitucionales (arts. [14 CE](#) y [21.1 CDFUE](#)), protegidos, además, por tratados internacionales y regionales de derechos humanos ([CEDAW](#), [Convenio Europeo de Derechos Humanos](#)), debe prevalecer el principio pro persona frente a interpretaciones procesales rigoristas.

La perspectiva de género nos ayuda a descubrir la invisibilización de las asimetrías de género que siguen existiendo en nuestro derecho, que, travestido de igualdad jurídica, tiene su propio género, y, desde luego, no es el femenino. Los jueces y juezas podemos y debemos ser dinamizadores de cambios sociales para avanzar en la igualdad (real) a través de nuestras actuaciones y resoluciones judiciales.

# Empleo y solicitantes de protección internacional: una garantía social del sistema comunitario de asilo

Comentario a la [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de enero de 2021 \(asuntos acumulados C-322/19 y C-385/19\)](#)

**Margarita Miñarro Yanini**

*Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad Jaime I*

## Extracto

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de enero de 2021 resuelve varias cuestiones prejudiciales planteadas por la High Court irlandesa en relación con el derecho al empleo de solicitantes de protección internacional que han impugnado órdenes de traslado.

**Palabras clave:** empleo; solicitante; protección internacional.

**Cómo citar:** Miñarro Yanini, Margarita. (2021). Empleo y solicitantes de protección internacional: una garantía social del sistema comunitario de asilo. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de enero de 2021 (asuntos acumulados C-322/19 y C-385/19). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 458, 127-137.

# Employment and asylum-seeker: a social guarantee from the community asylum system

Commentary on the judgment of the Court of Justice of the European Union of January 14, 2021 (joined cases C-322/19 and C-385/19)

Margarita Miñarro Yanini

## Abstract

The judgment of the Court of Justice of the European Union of 14 January 2021 resolves several preliminary questions raised by the Irish High Court in relation to the right to employment of applicants for international protection who have challenged transfer orders.

**Keywords:** employment; asylum-seeker; international protection.

**Citation:** Miñarro Yanini, Margarita. (2021). Employment and asylum-seeker: a social guarantee from the community asylum system. Commentary on the judgment of the Court of Justice of the European Union of January 14, 2021 (joined cases C-322/19 and C-385/19). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 458, 127-137.

## 1. Marco normativo: dos instrumentos jurídicos y un solo sistema común de asilo, también para Reino Unido e Irlanda

Pese a la salida del Reino Unido de la Unión Europea (UE), siguen recayendo decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) que le afectan por haberse planteado con anterioridad al Brexit. Uno de los ámbitos más relevantes al que se refieren es el de los flujos migratorios, entendidos en toda la extensión de este complejo fenómeno, incluyendo los relativos al asilo y los derechos y garantías que este lleva aparejados.

A fin de promover la mayor autonomía de las personas solicitantes de protección internacional cuando acceden al territorio de la UE, así como para evitar notables discrepancias entre los Estados miembros, en especial, por lo que aquí interesa, en su acceso al mercado de trabajo –aspecto esencial para favorecer su integración–, se dictó la [Directiva 2013/33/UE, de 26 de junio](#), relativa a las normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional. Según su considerando 11, deben establecerse «unas normas sobre la acogida de los solicitantes, que sean suficientes, para garantizarles un nivel de vida digno y unas condiciones de vida comparables en todos los Estados miembros».

La [directiva](#) define en su artículo 2 tanto el concepto subjetivo de persona «solicitante» de protección internacional, como el concepto objetivo de «condiciones materiales de acogida». Por lo que respecta al primero, lo identifica con la persona «nacional de un tercer país o apátrida que haya formulado una solicitud de protección internacional sobre la cual todavía no se haya dictado una resolución definitiva». En cuanto al segundo, tras la definición genérica de qué ha de entenderse por condiciones de acogida –conjunto de medidas que los Estados conceden a las personas solicitantes de conformidad con la directiva–, precisa que tales condiciones materiales son el «alojamiento, alimentación y vestido, proporcionados en especie o en forma de asignaciones financieras o de vales, o una combinación de las tres, y una asignación para gastos diarios».

Junto a esta dimensión asistencial, el artículo 15 de la [directiva](#) prevé a favor de las personas solicitantes una garantía de efectividad del derecho al trabajo. Así, su apartado 1 ordena a los Estados que ofrezcan una oportunidad real de acceso al mercado de trabajo, estableciendo un plazo máximo de 9 meses desde la presentación de la solicitud, siempre que:

- las autoridades competentes no hayan adoptado una resolución en primera instancia –si bien la garantía perdurará si hay resolución negativa, pero se presenta recurso con efectos suspensivos, y hasta la notificación de su desestimación–;
- la demora no sea imputable a la persona solicitante.

La norma europea delega en las normas internas las condiciones concretas de ejercicio de esta garantía comunitaria de protección internacional, atribuyéndoles un margen de apreciación muy amplio. De este modo, los Estados miembros decidirán los requisitos para garantizar la efectividad de este derecho de acceso al mercado de trabajo, con arreglo a su legislación nacional. Entre estas opciones normativas, la [directiva](#) contempla la posibilidad de que prevea la postergación de acceso al mercado de trabajo nacional de estas personas en relación con las personas ciudadanas de la UE y nacionales de los Estados parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, así como con las personas nacionales de terceros países que sean residentes legales.

Como recuerda el considerando 33 de la [directiva](#), según los artículos 1, 2 y 4 bis, apartado 1, del [Protocolo número 21 sobre la posición del Reino Unido e Irlanda respecto del espacio de libertad, seguridad y justicia](#), anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), ninguno de estos países está vinculado a esta directiva. No obstante, a tenor del artículo 4 de dicho [protocolo](#), y a través de las [European Communities \(Receptions Conditions\) Regulations 2018, S. I. n.º 230/2018](#), Irlanda traspuso a su derecho interno lo dispuesto en la [Directiva 2013/33](#), con efectos a partir del 30 de junio de 2018. No obstante, según la regla 2, apartados 2 y 3, de la norma de transposición, la condición de solicitante se pierde, pasando a la de mera persona «beneficiaria», cuando se produzca una decisión de traslado. Del mismo modo, esa será su condición si interpone un recurso ante el International Protection Appeals Tribunal –Tribunal de Apelación en Materia de Protección Internacional, Irlanda–, en tanto dicho tribunal no se haya pronunciado sobre el recurso.

También en 2013 se aprobaron otros dos instrumentos normativos relativos a la protección internacional intensamente vinculados entre sí y con la [Directiva 2013/33/UE](#), puesto que, junto con la [Directiva 2011/95/UE](#), de requisitos, y el [Eurodac](#), integran el Sistema Europeo Común de Asilo (SECA), paquete normativo que desde 2016 se encuentra en proceso de revisión. Estos son, por una parte, la [Directiva 2013/32/UE, de 26 de junio](#), sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, que en su considerando 27 incide en su vinculación con la [Directiva 2013/33](#) al señalar que las personas nacionales de terceros países y las apátridas solicitantes de protección internacional deben cumplir las obligaciones y gozar de los derechos de ambas directivas. No obstante, esta directiva no es vinculante para el Reino Unido ni para Irlanda y no ha sido traspuesta en virtud del [Protocolo 21](#).

Por otra parte, se aprobó el [Reglamento 604/2013/UE, de 26 de junio](#) –Reglamento Dublín III–, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de las solicitudes de protección internacional. De entre las previsiones de este precepto, cabe destacar que en su considerando 11 señala que las disposiciones de la [Directiva 2013/33](#) deben aplicarse al procedimiento de determinación del Estado miembro responsable, a reserva de los límites en la aplicación de dicha directiva. Por su parte, el considerando 19 indica que la efectiva protección de los derechos de las

personas solicitantes exige el establecimiento de garantías jurídicas y el derecho a la tutela judicial efectiva con respecto a las decisiones sobre traslados al Estado miembro responsable, así como que, a fin de garantizar el respeto del derecho internacional, debe dispensarse una tutela judicial efectiva que comprenda el examen de la solicitud y de la situación de hecho y de derecho en el Estado miembro al que se traslade a la persona solicitante. Por lo demás, entre otros criterios jerárquicamente ordenados, en su artículo 12 establece que, en caso de que la persona solicitante haya sido titular de un documento de residencia válido, el Estado responsable del examen de la solicitud será el que lo emitió, previéndose la misma pauta de atribución al Estado expendedor, generalmente, cuando la persona solicitante sea titular de un visado.

## 2. Breve referencia al supuesto de hecho

K. S., nacional de Pakistán, llegó a Reino Unido en febrero de 2010, permaneciendo en dicho país sin solicitar protección internacional. Posteriormente, en mayo de 2015, viajó hasta Irlanda, presentando allí solicitud de asilo. En 2016, el Refugee Applications Commissioner –Comisario para los Refugiados de Irlanda– dictó una decisión de traslado de dicha solicitud al Reino Unido, basándose en que, al ser este el Estado de entrada, era el que debía resolverla. Esta decisión fue recurrida por el solicitante y, ante su desestimación por el Refugee Appeals Tribunal –Tribunal de Apelación en Materia de Protección Internacional, Irlanda–, planteó un recurso judicial ante la High Court –Tribunal Superior, Irlanda– que, con efecto suspensivo, sigue pendiente de resolución.

Simultáneamente, presentó una solicitud de acceso al mercado de trabajo ante el Labour Market Access Unit of the Department of Justice and Equality –Unidad de Acceso al Mercado de Trabajo del Ministerio de Justicia e Igualdad, Irlanda–, que fue denegada, formulando posterior recurso y subsiguiente apelación ante el International Protection Appeals Tribunal –Tribunal de Apelación en Materia de Protección Internacional–, recibiendo en ambos casos respuesta desestimatoria.

Situaciones análogas a la descrita, aunque con algunas variantes, se repiten en otros tres casos respecto de los que plantea consulta el órgano judicial irlandés, relativos a un ciudadano de Bangladesh, y a una ciudadana y un ciudadano iraquíes –si bien este accedió inicialmente a Europa por Austria, donde presentó solicitud de protección internacional, aunque abandonó ese país antes de que fuera resuelta–. En lo que importa a este análisis, en los cuatro casos, las personas implicadas solicitaron el acceso al mercado laboral mientras pendía la resolución de los recursos judiciales contra las decisiones de traslado de sus peticiones de asilo, siendo el motivo de rechazo en las instancias previas que tales decisiones determinaban que hubieran dejado de ser solicitantes y, por tanto, que ya no se les reconociera dicho derecho.

Ante los dos primeros recursos aludidos presentados frente a estas decisiones –ciudadanos de Pakistán y de Bangladesh–, la High Court plantea si es posible tener en cuenta la [Directiva 2013/32](#) por su valor interpretativo respecto de la [2013/33](#), pese a que no es aplicable directamente a Irlanda. La convicción del tribunal es, por una parte, que los recurrentes «por definición» han abusado del mecanismo establecido por el [Reglamento Dublín III](#) y, por otra, que la presentación de una solicitud de protección internacional en un Estado miembro distinto del primer Estado de entrada de la persona solicitante es contraria a dicho reglamento, lo que le lleva a considerar que, dado el abuso, no debe reconocerse el acceso al mercado de trabajo irlandés.

En los dos segundos casos –nacionales de Irak–, el Tribunal de Apelación en Materia de Protección Internacional solicita que el TJUE dilucide si la directiva autoriza o no a efectuar la distinción entre las personas titulares de protección internacional de la condición de «solicitante» y de «beneficiaria». Este órgano judicial manifiesta su convicción de que no puede realizarse esta distinción –a tenor de la Sentencia del TJUE ([STJUE](#)) de 27 de septiembre de 2012, asunto C-179/11– y de que la presentación de un recurso judicial no puede identificarse automáticamente con la demora imputable, recordando, asimismo, sus precedentes de desplazamiento de la norma nacional por la comunitaria, en aplicación de la [STJUE](#) de 4 de diciembre de 2018, asunto C-378/17, cuya consecuencia es autorizar el acceso de las personas solicitantes al mercado de trabajo irlandés.

De este modo, con base en las cuestiones planteadas por los órganos judiciales irlandeses remitentes, el TJUE debe dar respuesta a las siguientes cuestiones:

- Si un instrumento normativo comunitario es aplicable a un Estado y otro no lo es, ¿puede tenerse en cuenta el segundo a efectos de interpretar el primero?
- ¿Es aplicable el artículo 15 de la [Directiva 2013/33](#) a una persona sobre la que se ha tomado una decisión de traslado con arreglo al [Reglamento Dublín III](#)?
- De ser aplicable, ¿qué tipo de conductas constituyen una demora atribuible a la persona solicitante a efectos del artículo 15 de la [Directiva 2013/33](#)?

### 3. Claves de la doctrina judicial

El TJUE, tras rechazar la tramitación de las cuestiones prejudiciales por el procedimiento de acelerado (art. 105.1 [Reglamento de Funcionamiento del TJUE](#)) por considerar que no se dan las circunstancias justificantes, concluye respecto de las cuestiones planteadas que:

- La [Directiva 2013/32/UE](#), pese a no ser aplicable a Reino Unido e Irlanda, sí es aplicable en dichos países a efectos de la interpretación de la [Directiva 2013/33/UE](#), de conformidad con el artículo 4 del [Protocolo 21](#).

- El artículo 15 de la [Directiva 2013/33](#) debe interpretarse en el sentido de que:
  - Se opone a una normativa nacional que excluye a una persona solicitante de protección internacional del acceso al mercado de trabajo por haberse dictado una decisión de traslado, de acuerdo con el [Reglamento Dublín III](#).
  - Solo se puede atribuir a la persona solicitante de protección internacional la demora en la adopción de una resolución en primera instancia a tal fin cuando esta sea consecuencia de su falta de cooperación con las autoridades competentes.
  - No puede apreciarse falta de cooperación por haber presentado la solicitud en un Estado que no es primero de entrada, ni por la interposición de un recurso judicial suspensivo contra una decisión de traslado, de acuerdo con el [Reglamento Dublín III](#).

Tras esta referencia sintética, procede examinar con más detalle la interesante argumentación del tribunal respecto de cada una de las cuestiones prejudiciales planteadas.

Por lo que respecta a la primera cuestión, la respuesta positiva se fundamenta en la consolidada doctrina del imperativo de realizar interpretaciones autónomas y uniformes de los conceptos y normas del derecho de la UE. En el supuesto planteado, los dos instrumentos –uno vinculante para Irlanda y no así el otro– «pertenecen al mismo corpus jurídico, esto es, al Sistema Europeo Común de Asilo». Por lo tanto, a los efectos de la interpretación de lo dispuesto en la [Directiva 2013/33](#), «los preceptos de la Directiva 2013/32 constituyen elementos de contexto pertinentes y necesarios».

Siendo de aplicación a tales efectos esta [directiva](#), y conforme a la posición de la Abogacía General ([Conclusiones de 3 de septiembre de 2020](#)), el TJUE da respuesta igualmente positiva a la segunda gran cuestión prejudicial –realmente el núcleo fundamental de todo el problema–. Así, a fin de garantizar el efecto útil de la [directiva](#), considera que no cabe hacer distinción alguna en la categoría jurídico-comunitaria de persona solicitante de protección internacional.

En consecuencia, en tanto no haya recaído resolución definitiva, la persona será solicitante, y, por tanto, esta condición no queda alterada por una decisión de traslado pendiente de recurso judicial suspensivo. De este modo, la interpretación literal del artículo 2 b) –amplia y no excluyente– es la que responde a la finalidad del derecho de la Unión, como se desprende del considerando 8 de la [Directiva 2013/33](#), que incide en que esta es de aplicación en todas las fases y tipos de procedimientos de solicitud de protección internacional, y a todo el periodo en el que se permita a las personas solicitantes permanecer en el territorio de los Estados miembros en esa condición. Por lo tanto, las personas implicadas en los «procedimientos de solicitud de protección internacional» establecidos por el [Reglamento Dublín III](#) se integran en el ámbito de aplicación subjetivo de la referida [directiva](#), incluyendo, como no podía ser de otra manera, su artículo 15.

Siguiendo con este orden de cuestiones, incide el tribunal en que no cabe imputar la demora en la tramitación de una solicitud a la persona que la ha formulado cuando no se aprecia una falta de cooperación con las autoridades competentes, en atención al artículo 31.3 de la [Directiva 2013/33](#) en relación con su artículo 13, así como al artículo 4.2 de la [Directiva 2011/95](#).

En este sentido, destaca que:

[...] no puede atribuirse a un solicitante de protección internacional que abandona un Estado miembro sin haber presentado una solicitud de protección internacional y que presenta la solicitud en otro Estado miembro la demora que pueda derivarse de ello en cuanto al examen de su solicitud por ese mero hecho (apdo. 84).

En consecuencia, incide en que el [Reglamento de Dublín](#) no obliga a presentar la solicitud en el primer Estado miembro de acogida de forma automática (apdo. 82, que remite a los apdos. 110-112 de las [conclusiones de la Abogacía General](#)), sino que establece diversos criterios aplicativos.

En línea con este razonamiento y con las previsiones del [Reglamento de Dublín](#), destaca el tribunal que este, en su artículo 27.3, obliga a los Estados a establecer recursos contra las decisiones de traslado, que supone para la persona solicitante de protección internacional «el derecho a permanecer en el Estado miembro de que se trate hasta que se resuelva su recurso, y, por otra parte, que el traslado se suspenderá automáticamente». Asimismo, señala que el considerando 19 de esta norma incide en que:

Para garantizar la protección efectiva de los solicitantes de protección internacional deben establecerse garantías jurídicas y el derecho a la tutela judicial efectiva con respecto a las decisiones de traslado al Estado miembro responsable, de conformidad con el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Destaca, asimismo, que:

[...] el legislador de la Unión no pretendió sacrificar la tutela judicial de los solicitantes de protección internacional en aras de la exigencia de celeridad en la tramitación de su solicitud [...] (véanse, en este sentido, las Sentencias de 7 de junio de 2016, Ghezelbash, C-63/15 [...], y de 31 de mayo de 2018, Hassan, C-647/16 [...]), y, por otra parte, que una interpretación restrictiva del alcance del derecho de recurso previsto en el artículo 27, apartado 1, del Reglamento Dublín III podría oponerse a la realización de ese objetivo (véase, en este sentido, la Sentencia de 26 de julio de 2017, Mengesteab, C-670/16 [...]).

Finalmente, el TJUE censura eventuales presunciones generales de abuso con finalidad de «prevención genérica» ligadas a los recursos frente a traslados, manifestando que, si bien comprende que hay Estados sobrecargados de solicitudes, y que algunas posiblemente sean abusivas, el abuso debe extraerse del relato fáctico de cada caso. Destaca, en este sentido, que:

[...] la adopción de medidas destinadas a prevenir genéricamente casos frecuentes de abuso de derecho o de fraude implicaría que la mera pertenencia a un determinado grupo de personas permitiría que los Estados miembros denegaran el reconocimiento de un derecho expresamente conferido por el derecho de la Unión [...].

## 4. Trascendencia de la doctrina más allá del caso: ni el abuso se presume ni el derecho al trabajo puede separarse de la dignidad humana

### 4.1. El acceso al mercado laboral como condición de acogida de la persona solicitante de protección internacional beneficia a la persona y también al Estado de acogida

La [STJUE de 14 de enero de 2021, comentada](#), tiene sumo interés, que no se circunscribe al caso irlandés, pues su importancia y utilidad práctica trascienden del supuesto concreto resuelto. Así, expone una concepción expansiva de las garantías sociolaborales a favor de nacionales de terceros Estados solicitantes de protección internacional. Esta visión extensiva y más humanista contrasta abiertamente con las más restrictivas, economicistas y nacionalistas, mantenidas por los Estados de la UE, como fue el caso del Reino Unido, que ya no está, pero también de otros que siguen en barco de la Unión, mostrando sus posiciones claramente restrictivas de la inmigración y del asilo, que han venido obstaculizando la revisión de los instrumentos normativos reguladores de la protección internacional, y que han quedado reflejadas en el [Nuevo pacto europeo sobre migración y asilo 2020](#) (*vid.* editorial de J. A. Fernández Avilés, «[Nuevo pacto europeo sobre migración y asilo: bienvenida la reforma migratoria integral, adiós al "cambio de paradigma"](#)», en el número 455 –febrero 2021– de esta revista).

En el marco de la libertad de circulación de personas (arts. 45 [TFUE](#) y 14.4, letra b), [Directiva 2004/38](#)), el TJUE ya incidió en el deber de los Estados de dar cumplimiento a sus obligaciones de ofrecer, con la debida transparencia y en plazo razonable, las ofertas de empleo que puedan convenir a quienes la ejercen ([STJUE de 17 de diciembre de 2020, asunto C-710/19](#)). En la [sentencia objeto de este comentario](#), vuelve a tratar de reforzar la garantía ocupacional de acceso al mercado de trabajo en relación con las personas extracomunitarias solicitantes de protección internacional.

Resulta evidente que las distancias entre ambas situaciones jurídico-subjetivas de movilidad internacional son muy notables. Así, si la garantía ocupacional actúa para la ciudadanía de la UE en todos los casos, con independencia de la intención con la que se produce el traslado entre Estados (art. 6 [Directiva 2004/38](#) y [STJUE de 11 de abril de 2019, Tarola, asunto C-483/17](#)), pues se trata de un derecho socioeconómico fundamental comunitario, para las personas nacionales de terceros países tal garantía solo aparece en ciertas situaciones «privilegiadas», como las de protección internacional. Existe así un profundo desajuste entre la previsión normativa de tutela reforzada y su deficitaria praxis. En este sentido, el TJUE recuerda que, si bien la garantía de acceso al mercado laboral no es una «condición material de acogida» *stricto sensu* (art. 2, letra g), [Directiva 2013/33](#)), sí se incluye en las condiciones de acogida (art. 2, letra f), [Directiva 2013/33](#)). En consecuencia, su concesión no puede ser una opción discrecional de los Estados, puesto que el establecimiento de normas sobre acogida de las personas solicitantes, que sean suficientes para garantizarles un nivel de vida material digno y comparables en todos los Estados miembros, constituye un mandato comunitario (como recuerda el considerando 11 [Directiva 2013/33](#) y refleja la [STJUE de 27 de septiembre de 2012, asunto C-179/11](#)).

En el caso examinado, la Abogacía General y el TJUE asumen plenamente que el acceso a una oportunidad de empleo es la mejor forma de garantizar el derecho a una vida digna, pues facilita una procura autónoma como persona. En este sentido, el considerando 23 de la [Directiva 2013/33](#) subraya su objetivo de «fomentar la autonomía de los solicitantes» de protección internacional, previniendo el riesgo de aislamiento y de exclusión social.

No obstante, no es esta una concepción unilateralmente garantista del TJUE, puesto que, siguiendo una antigua lógica de la Comisión, recuerda que el acceso al mercado laboral beneficia tanto a la persona solicitante como al Estado de acogida, pues impedirlo «supone un coste social» –prestaciones asistenciales– durante el tiempo de tramitación. Es por ello que en las propuestas de revisión del SECA de 2016 se planteaba el acortamiento del periodo de espera para trabajar de las personas solicitantes de protección internacional, fijándolo en un máximo de 6 meses, y además se animaba a los Estados a rebajarlo hasta los 3 meses cuando se previera que la solicitud iba a ser estimada. En consecuencia, esta concepción expansiva no es puro idealismo humanista, sino también reflejo de pragmatismo económico.

## 4.2. Las personas solicitantes de protección internacional como colectivo vulnerable: inherencia del derecho al trabajo a su condición de dignidad humana

La ambivalencia de la normativa comunitaria y de la jurisprudencia del TJUE en este punto es, por tanto, evidente. No obstante, precisamente respecto de esta cuestión existe cierto contraste entre la visión de la Abogacía General y la del TJUE. Así, este asume la

posición de aquella, que acoge esta doble significación de la garantía ocupacional de acceso al mercado de trabajo como imperativo del derecho social al trabajo de las personas solicitantes de protección internacional. Sin embargo, la Abogacía General enfatiza más la vertiente «humanista», resaltando de forma intensa y extensa la conexión del derecho social al trabajo con el derecho civil de la dignidad ex artículo 1 de la [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#) (CDFUE). Así, destaca que el derecho a trabajar no solo contribuye a la realización personal del individuo y a su integración, sino también a la preservación de su dignidad. Así lo refleja el Alto Comisionado de las Naciones Unidas (ACNUR) en la Nota relativa a la integración de las personas refugiadas en la UE, 2007. En consecuencia, el acceso al empleo no solo debe estar reconocido como derecho, sino garantizado para las personas y grupos especialmente vulnerables.

Además, incide en que la persona solicitante que es objeto de un procedimiento de traslado se halla en una situación aún más precaria que la que no se encuentra en esa situación, por lo que negarle la posibilidad de ejercer toda actividad profesional aumenta su vulnerabilidad. Este «plus de precariedad» se agrava con largos plazos de resolución.

Exponente de esta posición más humanista de la Abogacía General es la crítica explícita que hace al estado actual de funcionamiento del SECA, al destacar su deficiencia sistémica en el establecimiento de las condiciones de acogida, con vulneración de la garantía a una existencia humana digna reconocida en los artículos 1 y 4 de la [CDFUE](#) y en el artículo 3 del [Convenio Europeo de Derechos Humanos](#) ([Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 11 de diciembre de 2014, Al. K. c. Grecia](#)). Asimismo, apunta los beneficios económicos e institucionales que tendría una política de protección internacional más eficaz en general, y en especial en la garantía de acceso al mercado de trabajo, al contribuir a reducir «el riesgo de fuga» y de «irregularidades».

Con todo, pese a estos apuntados efectos positivos, los tempestuosos vientos políticos en el seno de la Unión parecen resistirse a facilitar medidas que supongan tender puentes a favor de las personas solicitantes de protección internacional.

## Seguridad Social de personas trabajadoras extranjeras: ¿anulación o validez del alta?

Comentario a la [Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 1744/2020, de 16 de diciembre](#)

**Belén del Mar López Insua**

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

### Extracto

La relación entre inmigración y ciudadanía inclusiva está planteando múltiples problemas a la hora del acceso a los derechos de Seguridad Social de las personas inmigrantes. Se parte del respeto al principio de igualdad real de trato en la atribución de tales derechos y, lógicamente, contrarrestando las tendencias recientes a la reducción de los estándares que trabajosamente han venido alcanzándose. En esta línea, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre del año 2020 incide en un tema trascendental y que ha generado una enorme conflictividad, tal y como es el mantenimiento de los actos de encuadramiento producidos en el sistema de Seguridad Social respecto de las personas trabajadoras extranjeras que carezcan de los permisos de trabajo y de residencia cuando ha habido una relación laboral con una o varias empresas.

**Palabras clave:** personas extranjeras; Seguridad Social; anulación y extinción.

**Cómo citar:** López Insua, Belén del Mar. (2021). Seguridad Social de personas trabajadoras extranjeras: ¿anulación o validez del alta? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 1744/2020, de 16 de diciembre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 458, 138-147.

# Social Security for foreign workers: cancellation or validity of the registration?

Commentary on Supreme Court ruling, Contentious-Administrative Chamber, 1744/2020, of December 16

Belén del Mar López Insua

## Abstract

The relationship between immigration and inclusive citizenship is posing multiple problems when it comes to access to Social Security rights for immigrants. It is based on respect for the principle of real equality of treatment in the allocation of such rights and, logically, counteracting recent trends towards lowering standards that have been laboriously achieved. Along these lines, Supreme Court ruling of 16 December 2020 touches on a transcendental issue that has generated enormous conflict, such as the maintenance of the acts of framing produced in the Social Security system in respect of foreign workers who lack work and residence permits when there has been an employment relationship with one or more employers.

**Keywords:** foreign workers; Social Security; cancellation and extinction.

**Citation:** López Insua, Belén del Mar. (2021). Social Security for foreign workers: cancellation or validity of the registration? Commentary on Supreme Court ruling, Contentious-Administrative Chamber, 1744/2020, of December 16. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 458, 138-147.

En la historia de la cultura se pone también de manifiesto que las más poderosas luchas y guerras de hombres contra hombres han tenido desde un principio una importancia decisiva.

Ferdinand Tönnies (*Principios de sociología*)

## 1. Seguridad Social de las personas trabajadoras inmigrantes: marco normativo regular y problemática general

La Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX), se refiere a las prestaciones de Seguridad Social para inmigrantes, a saber: [artículo 10](#) intitulado «Derecho al trabajo y a la Seguridad Social», [artículo 14](#) sobre el «Derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales» y, finalmente, el [artículo 36](#) en donde se concreta la «Autorización de residencia y trabajo» necesarias para desempeñar una actividad lucrativa en España.

Comienza el [artículo 10.1 de la LOEX](#) haciendo hincapié en los dos requisitos primordiales, de autorización de estancia y residencia, para poder gozar de los derechos de Seguridad Social a los que, posteriormente, se refiere esta ley. En concreto, se indica lo siguiente:

Los extranjeros residentes que reúnan los requisitos previstos en esta ley orgánica y en las disposiciones que la desarrollen tienen derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como a acceder al sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente.

Destaca el hecho de que este apartado se refiera a la condición de «residente», lo que implica que las personas inmigrantes habrán de estar afiliadas, en alta y cotizando (obligación que le corresponde a la empresa) para poder disfrutar de las prestaciones contributivas, pues, de lo contrario, su acceso al sistema de protección social será limitado. En otras palabras, las personas inmigrantes en situación irregular no tendrán derecho a dichas prestaciones, aunque estén desempeñando un trabajo.

Claramente se pretende con esta previsión controlar la entrada de personas extranjeras en el mercado laboral español y al hilo de la situación de la mano de obra nacional. Lo que, al término, conlleva que estas acaben ocupando aquellos puestos de trabajo que no son desarrollados por la población autóctona. Para lo cual se tiene en cuenta el catálogo

de ocupaciones de difícil cobertura que es elaborado por el Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE). Asimismo, aun cuando un empleo no sea calificado como de difícil cobertura, se podrá proceder a contratar a inmigrantes siempre que se acredite la insuficiencia de personas trabajadoras cualificadas nacionales o comunitarias para un determinado puesto de trabajo. Previamente, la empresa deberá probar que ha gestionado la oferta pública de empleo a través del SPEE y que el resultado ha sido negativo. De este modo, el sistema público canaliza los flujos laborales al tiempo que controla la entrada de personas trabajadoras en España.

Finalmente, el marco normativo regulador de las prestaciones de Seguridad Social para las personas extranjeras en España se cierra con la previsión que recoge el [artículo 36 de la LOEX](#) sobre la «Autorización de residencia y trabajo». Resulta relevante destacar lo preceptuado por el apartado 5, en donde se refiere a la situación en particular de las personas inmigrantes irregulares, a saber:

La carencia de la autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación. En todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo. Salvo en los casos legalmente previstos, el reconocimiento de una prestación no modificará la situación administrativa del extranjero.

De todos los puntos que analiza el [artículo 36.5 de la LOEX](#), quizás el más conflictivo sea el referente a la nulidad del contrato de trabajo y las consecuencias que, a efectos de Seguridad Social, puede conllevar de cara a determinar la validez o la anulación del alta. Precisamente, sobre este concreto punto, se centra la Sentencia del Tribunal Supremo (STS), [Sala de lo Contencioso-Administrativo, 1744/2020, de 16 de diciembre](#).

Antes de nada, cabe cuestionarse qué ocurre cuando la persona inmigrante ha trabajado, pero no se ha regularizado su situación administrativa en España debido a un incumplimiento empresarial. Lo primero que hay que tener en cuenta es que el contrato de trabajo no es nulo, pero tampoco ello podrá ser obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle. En ese caso, perfectamente, la persona extranjera irregular laboral podrá generar el derecho a las prestaciones por contingencias comunes, además de las causadas por origen profesional. Todo ello sin perjuicio de las responsabilidades penales o administrativas, incluso en materia de Seguridad Social, a que dé lugar la carencia de la correspondiente autorización por parte de la empresa. En efecto, aunque la autorización administrativa para trabajar constituya requisito esencial para el contrato de trabajo, su falta no lo invalidará, lo que no impide que la empresa pueda extinguir la relación laboral. En estos

casos, las consecuencias del despido suponen la calificación de improcedencia, pero no la readmisión debido a la situación irregular de la persona trabajadora inmigrante. En otras palabras, para evitar conductas propiciadoras de «hechos consumados», el [artículo 36 de la LOEX](#) (tras las modificaciones operadas por [LO 2/2009](#)) persevera en que «[...] el reconocimiento de una prestación no modificará la situación administrativa del extranjero», salvo que la ley disponga lo contrario (esto es, solo «en los casos legalmente previstos»).

En esta línea, resulta interesante destacar la doctrina del TS (Sala de lo Social) en su [Sentencia de 17 de septiembre de 2013 \(rec. 2398/2012\)](#), en donde se ha establecido que, si bien el contrato de trabajo de la persona extranjera, sin la preceptiva autorización, está afectado de la sanción de nulidad que establece la normativa (arts. [7.1 Estatuto de los Trabajadores –ET–](#) y [36.1 LOEX](#)), la misma ley salva la sanción de nulidad proclamando su validez respecto a los derechos de la persona trabajadora afectada. Recuérdese que la LOEX establece que las personas empleadoras que contraten a personas extranjeras deberán solicitar y obtener autorización previa del Ministerio de Trabajo. La carencia de la correspondiente autorización para contratos por parte de la empresa, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos de la persona trabajadora extranjera. Por otra parte, el [apartado 1 del artículo 144 de la Ley general de la Seguridad Social \(LGSS\)](#) establece que la obligación de cotizar se inicia con la prestación de servicios por cuenta ajena, precepto determinante para que la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este tribunal (a este respecto, la [Sentencia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 2 de diciembre de 1998, rec. 9978/1992](#)) haya declarado la obligatoriedad de cotizar por las personas extranjeras que presten servicios sin las correspondientes autorizaciones y permisos. Por lo tanto, el contrato de trabajo de la persona extranjera no autorizada no es, en la actual legislación, un contrato nulo. Y, siendo ello así, no puede verse privado el trabajador o la trabajadora de una protección que, en nuestro sistema de relaciones laborales, es inherente al contrato de trabajo, y así lo ha sido siempre desde la primitiva Ley de accidentes de trabajo de 1900 (para un conocimiento más exhaustivo, *vid.* SSTS, Sala de lo Social, de [9 de junio de 2003, rec. 4217/2002](#); [11 de octubre de 2006, rec. 3562/2005](#); y [29 de septiembre de 2003, rec. 3003/2002](#)).

En segundo lugar, aunque la persona inmigrante se encuentre en situación de irregularidad laboral (falta de autorización de trabajo) o plena en España (falta de autorización de residencia y trabajo), la empresa estará obligada a cotizar por ella, pese a que legalmente no proceda su afiliación y alta. Y todo ello conforme a la aplicación analógica de los [artículos 9.2 del ET](#) y [18 de la LGSS](#), en donde se establece que la obligación de cotizar le corresponderá a la empresa «[...] desde el momento de iniciación de la actividad correspondiente». Se parte de la interpretación literal de que la obligación de cotización tiene por presupuesto el puro hecho de «la prestación del trabajo [...] sin referencia a contrato válido y solo en función de la prestación de la actividad». En realidad, el empresario/a que no cumple con sus obligaciones de afiliación, alta y cotización de las personas trabajadoras inmigrantes ilegales incurre en infracción administrativa no por haber omitido esos actos, sino por haber empleado ilegalmente al extranjero/a. Conforme a esta irregularidad, la

Inspección de Trabajo podrá levantar acta de infracción para sancionar la contratación ilegal de la persona inmigrante, pero no para sancionar su falta de afiliación, alta o cotización, y, obviamente, tampoco podrá levantar acta de liquidación por tales descubiertos de cotización, ya que las mismas se entienden nulas por incumplimiento empresarial.

En tercer lugar, la compatibilidad para el disfrute de las distintas prestaciones dependerá de la situación administrativa en España ([art. 36.5 LOEX](#)). Si la persona inmigrante irregular (laboral o plena) ha estado trabajando, podrá disfrutar de las prestaciones de corto alcance (a excepción del desempleo) que haya generado, como: la maternidad, la paternidad, la incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, etc. De igual modo, también podrá disfrutar de las prestaciones de largo alcance (como la jubilación y la incapacidad permanente), ya que resulta irrelevante aquí la autorización para trabajar y residir, máxime teniendo en cuenta que las prestaciones podrán exportarse.

En cuarto lugar, hay que considerar al empresario/a como único responsable de las prestaciones de acuerdo con el [artículo 167.2 de la LGSS](#). El incumplimiento de la obligación de solicitar autorización de trabajo resulta causa determinante para que la persona trabajadora se convierta en irregular, lo que, al tiempo, impide igualmente que esta cumpla con las obligaciones de afiliación, alta y cotización. Es por ello que el citado precepto condiciona la exigencia de responsabilidad a la «fijación de los supuestos de imputación». Desgraciadamente, en la actualidad, este requerimiento no incluye a las personas inmigrantes ilegales, pues los preceptos aún aplicables son tan atormentados (a saber: los arts. 94 a 96 Ley de Seguridad Social de 1966) que circunscriben la responsabilidad empresarial a aquella que pueden exigir las personas trabajadoras incluidas en el campo de aplicación del régimen general y fuera del que se encuentran, evidentemente, las personas extranjeras sin autorización para trabajar en España. Por todo ello, el incumplimiento del deber de cotización genera repercusiones directas para la empresa en el ámbito de la Seguridad Social (que se ingresarán en la Tesorería General de la Seguridad Social –TGSS–), lo que no impedirá, asimismo, la responsabilidad de esta en el terreno de las prestaciones cuyo derecho ha generado la persona trabajadora irregular. A este respecto, una parte de la doctrina sostiene que la responsabilidad de la empresa no es aquí por aplicación del [artículo 167.2 de la LGSS](#), sino por los daños que derivan del incumplimiento extracontractual de sus obligaciones (arts. [1.101](#) y [1.102](#) Código Civil –CC–) o de una circunstancia ajena al contrato ([art. 1.902 CC](#)).

## 2. Hechos controvertidos

En el presente recurso de casación, interpuesto por la TGSS contra la Sentencia número 736 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 5 de octubre de 2018, se debate acerca del tenor literal del [artículo 36.5 de la LOEX](#). En particular, se trata de dilucidar si la autorización para residir en España y el permiso de trabajo son o no requisitos inexcusables a efectos de alta y afiliación a la Seguridad Social. Afirma, a este respecto, el letrado de la Administración de la Seguridad Social que:

[...] cuando ha existido una relación laboral de una extranjera cuyo permiso de trabajo y residencia se ha anulado, la consecuencia legal es la anulación del alta en el sistema de la Seguridad Social, sin perjuicio de que de ese contrato de trabajo «inválido» determinados derechos del trabajador se mantengan, como pudiera ser sus retribuciones o prestaciones por accidente de trabajo y enfermedad profesional en el que se rige el principio de automaticidad de las prestaciones cuando el empresario incumplió sus obligaciones de alta del trabajador en el sistema, siendo responsable entonces, de las prestaciones generadas en virtud del artículo 167 de la LGSS [...]. Como conclusión, lo que permite la ley es, en estos supuestos, considerar incluido al extranjero al objeto de obtener determinadas prestaciones, pero nunca estar incluido en el sistema de Seguridad Social, por tanto, la anulación del alta es procedente (antecedentes de hecho, punto 4).

Los antecedentes de hecho tienen por protagonista a doña Purificación, nacional de Rusia. Esta trabajadora extranjera dispone desde un inicio de autorización de residencia y de trabajo concedida por la Administración General del Estado. Desde que llega a España en el año 2011, ha estado en situación de afiliación y alta en el régimen general de la Seguridad Social, ya que ha trabajado hasta para cuatro empresas. No obstante, en noviembre del año 2014, la TGSS, tras recibir comunicado de la Oficina de Extranjería, acordó extinguir el permiso de residencia inicial, así como las subsiguientes autorizaciones de residencia, al entender que existen errores en ciertos datos de la trabajadora, a saber: nombre de la madre y lugar de nacimiento de la recurrente. Ello se calificó como inexactitud grave de la documentación presentada para la concesión del permiso de residencia inicial. Por todo ello, se acordó extinguir el permiso de residencia de doña Purificación (en virtud del [art. 162.2 c\) Real Decreto –RD– 557/2011, de 20 de abril](#)).

Por su parte, la defensa de doña Purificación entiende que no existe impedimento alguno para calificar de válido el contrato de trabajo que se otorga entre empresa y persona trabajadora extranjera carente de autorización, pues:

[...] la carencia de los requisitos específicos, constando una prestación de servicios, no obsta al acceso a las prestaciones de Seguridad Social, ni por tanto que se curse alta en el régimen correspondiente a los servicios efectivamente realizados en virtud de contrato laboral.

### 3. Doctrina jurisprudencial y resolución del TS de 16 de diciembre de 2020

Antes de analizar la resolución y fundamentación que otorga el TS, conviene precisar cuál ha sido la posición de ambas partes. De un lado, el letrado de la Administración de la Seguridad Social sostiene que se ha procedido a anular la afiliación y alta en el sistema de

Seguridad Social de doña Purificación con base en la extinción del permiso de residencia y trabajo operada por la TGSS. Ahora bien, reconoce esta parte que, aunque se haya procedido a la anulación del alta en la Seguridad Social, ello no debe implicar que el contrato de trabajo sea «inválido», por lo que respecto a las retribuciones o prestaciones por accidente de trabajo y enfermedad profesional regirá el principio de automaticidad de las prestaciones.

Por su parte, la defensa aduce que, con motivo del cambio legislativo ofertado por la LOEX, no debe existir impedimento alguno para calificar válido el contrato de trabajo y tampoco, por ende, el acceso a las prestaciones de Seguridad Social. Ello implicará el consiguiente mantenimiento del alta en el régimen correspondiente por virtud de la validez misma del contrato de trabajo.

Los argumentos de ambas partes quedan claros para el TS, sin embargo, este va mucho más allá en su doctrina y aduce dos ideas claves que paso a continuación a detallar.

Primero, el contenido de las actuaciones administrativas o de la resolución de la TGSS es de «extinción» y no de «anulación» del permiso de trabajo y de residencia (todo ello por aplicación del [art. 162.2 c\) RD 557/2011, de 20 de abril](#); en efecto, se ha constatado la existencia de un error en ciertos datos que fueron calificados como de «inexactitud grave en la documentación presentada» para la concesión del permiso de residencia inicial). Por lo tanto, no cabe confundir los efectos *ex tunc* con los efectos *ex nunc*. En otras palabras, la eficacia extintiva de dicha resolución administrativa es desde ese momento y para el futuro, pero no desde siempre. De ahí que no quepa retrotraer la pérdida de la validez de la autorización de residencia y trabajo al momento mismo de su concesión. Recuérdese, en este punto, que la doctrina del TS en [Sentencia \(Sala de lo Contencioso-Administrativo\) 22/2020, de 15 de enero](#), ya precisa, respecto a la naturaleza y efectos de la resolución adoptada, que cuando exista una inexactitud grave en las alegaciones formuladas o en la documentación aportada por la persona titular se aplicará lo preceptuado por el [apartado 2 del artículo 162 del RD 557/2011, de 20 de abril](#). La interpretación de dicho artículo es clara:

[...] dice «se extinguirá», no dice «declarará su extinción» y ese dato es relevante pues en tanto no se dicte la resolución –que tiene efectos constitutivos «*ex nunc*»– la autorización no queda extinguida, salvo que hubiera transcurrido el plazo de su expedición o concurrieran las otras dos circunstancias previstas en el apartado 1 del tan citado art. 162, que causan su extinción «*ope legis*», haciendo entonces incensario e improcedente tal pronunciamiento (FJ 4.º [STS 1744/2020, de 16 de diciembre](#)).

Por todo ello, afirma el TS que no cabe equiparar este supuesto con aquel que recoge el [artículo 36.5 de la LOEX](#). Y es que no se trata de que haya existido un contrato de trabajo careciendo la trabajadora de autorización de residencia y trabajo, sino de que ambos permisos han quedado extinguidos posteriormente al momento de concertar el contrato de trabajo y, por tanto, tras haber causado afiliación y alta en el sistema de Seguridad Social.

Segundo, respecto a los límites de los actos de revisión de oficio, cabe recordar lo previsto en los [apartados 1 y 2 del artículo 55 del RD 84/1996, de 26 de enero](#) (Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos en la Seguridad Social). Así, una cosa es que las personas extranjeras desempeñen una actividad en España careciendo de autorización administrativa previa para trabajar y otra bien distinta que, habiendo obtenido dicha autorización, la misma sea extinguida con posterioridad. En este segundo caso:

[...] no ha existido un procedimiento de revisión de oficio, pese a lo cual se ha afectado a una situación jurídica como es la de alta en la Seguridad Social, que constituye un acto declarativo de derecho de la actora en cuanto obtuvo una resolución de afiliación, altas y bajas en el sistema de Seguridad Social.

A los efectos que aquí interesan cabe aclarar que: «[...] todo acto de la Seguridad Social o es declarativo de derecho o no lo es: *tertium non datur*». Por lo tanto, lo decisivo en el ámbito administrativo es si se trata de un acto declarativo de derechos o no.

Ahora bien, recordemos que los efectos son aquí *ex nunc*, de modo que no podrá dejarse sin efectos la afiliación y alta de la trabajadora durante el periodo en el que estuvo viva la relación laboral y, por consiguiente, aquellos permisos de trabajo y de residencia iniciales. Para proceder a la anulación del periodo que solicita el letrado de la Administración de la Seguridad Social, habría que seguir el correspondiente procedimiento de revisión de oficio y siempre que concurran los presupuestos que establece la ley.

## 4. Conclusiones jurídico-críticas

Las migraciones constituyen una situación jurídica diferencial que marca las fronteras entre la ciudadanía nacional y la no nacional (extranjera). Las principales limitaciones se manifiestan en torno a la titularidad y el ejercicio de los derechos que, como consecuencia del estatuto jurídico de extranjería, pueden disfrutar las personas no nacionales. Resulta curioso, desde la lógica jurídica, que el elemento de «extranjería» instituya la razón de ser de la discriminación y, por tanto, de la distinción entre ambos colectivos. Empero, en algunos ordenamientos jurídicos (de tinte universalista) se ha alzado como valor central la dignidad de la persona, de ahí que se haya extendido el principio de equiparación entre personas nacionales y extranjeras en la titularidad y ejercicio de los derechos. Por más que se intentan reducir al mínimo las divergencias entre derechos, lo cierto es que todavía persisten limitaciones que arrojan a las personas extranjeras a sufrir cierta precariedad y vulnerabilidad.

Aunque el [artículo 13 de la carta magna](#) indique que «los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley», lo cierto es que, en términos comparados, una de las principales

limitaciones que se producen entre nacionales y extranjeros/as es la referente al acceso a derechos sociales y de Seguridad Social, con motivo de la libertad de residencia o establecimiento, como filtro para la inserción estable de la persona extranjera en el país (por regla general, esta necesita de visado para entrar en un país que no es el suyo; permiso de residencia o trabajo para permanecer y residir en él). En particular, esta restricción es la que determina el estatuto jurídico básico de la extranjería en España: entrada (a través de visado como elemento básico de control), permanencia (mediante autorización de residencia), trabajo (igualmente mediante la concesión de una autorización) y, finalmente, el régimen sancionador. Este estatuto jurídico básico es el que permite distinguir entre personas extranjeras regulares e irregulares. Evidentemente, la posibilidad de gozar de los derechos propios del estado de bienestar viene aparejada a la situación de regularidad de la persona extranjera en España.

Desde un punto de vista administrativo, se plantean numerosas dudas interpretativas cuando –con posterioridad a la entrada legal de la persona extranjera en España– se constata la existencia de ciertos errores graves o de inexactitud en los datos que inicialmente determinaron la concesión del permiso de residencia. Claramente, la revisión administrativa de esos datos efectuada varios años después de la entrada legal de la persona inmigrante en territorio nacional no solo puede dañar o perjudicar los actos de encuadramiento de la misma, sino también el disfrute de derechos laborales (tal y como se describe en la [sentencia del TS objeto de este comentario](#)). Ello dificulta la consecución de un efectivo derecho a la igualdad por razón de nacionalidad, al tiempo que pone en serio riesgo de duda la capacidad de la Administración pública para la consecución de un efectivo interés general. Por esa razón, el [artículo 14.1 de la LOEX](#) insiste en que no se podrá condicionar el acceso a las «prestaciones y servicios de la Seguridad Social» al elemento de la residencia de las personas extranjeras, como tampoco a los demás requisitos que obligan a españoles y españolas. Sobre este punto, recuérdese que tras la reforma operada en la LOEX no se prevé ya impedimento alguno para calificar como válido el contrato de trabajo que se otorga entre la empresa y la persona trabajadora carente de autorización. Por lo que, a efectos del acceso a las prestaciones de Seguridad Social, de los actos de afiliación y del alta en el régimen correspondiente, se habrán de mantener *ex nunc* los derechos adquiridos durante el periodo en el que estuvo vigente el permiso de trabajo y residencia, no pudiendo los mismos quedar extinguidos *ex tunc*. Y es que, en este último caso, se estaría provocando un grave perjuicio a la parte trabajadora. En resumen, el contrato de trabajo no podrá ser declarado nulo a causa de un fallo documental detectado por la Administración pública varios años después, pero tampoco ello será obstáculo para que la persona extranjera conserve la afiliación y el alta en el sistema de Seguridad Social durante el tiempo en el que estuvo vigente aquel permiso de trabajo y de residencia.

# La prescripción en la revisión de actos declarativos de derechos y en el reintegro de prestaciones indebidamente percibidas. Un pleito ocasional que, a veces, complica a los tribunales sociales

Comentario a la [Sentencia del Tribunal Supremo 61/2021](#), de 19 de enero

Ana Isabel Zapirain Bilbao<sup>1</sup>

*Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad del País Vasco (EHU/UPV)*

## Extracto

La revisión de actos declarativos de derechos que prospera implica el reintegro de prestaciones indebidamente percibidas. Pero el reintegro no presupone la revisión del acto declarativo en todo caso. Ambos contextos se tipifican en la norma procesal y en la sustantiva, respectivamente, compartiendo un mismo plazo de prescripción. Claro que, tratándose de escenarios diversos, no puede confundirse y combinarse su aplicación, a conveniencia, ni en sede administrativa ni en la judicial. El plazo de la norma procesal supedita el ejercicio de la acción judicial, el de la norma sustantiva, el límite temporal para el reintegro de la prestación.

**Palabras clave:** revisión actos declarativos; reintegro prestaciones; prescripción.

**Cómo citar:** Zapirain Bilbao, Ana Isabel. (2021). La prescripción en la revisión de actos declarativos de derechos y en el reintegro de prestaciones indebidamente percibidas. Un pleito ocasional que, a veces, complica a los tribunales sociales. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 61/2021, de 19 de enero. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 458, 148-153.

# The prescription in the review of rights declaration acts and in the reimbursement of improperly perceived benefits. An occasional lawsuit that sometimes complicates the social courts

Commentary on Supreme Court ruling 61/2021, of January 19

Ana Isabel Zapirain Bilbao

## Abstract

The declarative act of rights review that is successful implies the reimbursement of benefits unduly received. But this reinstatement does not presuppose the review of the declarative act in any case. Both contexts are typified in the procedural and substantive rules and both of them share the same prescription period. It is clear that there are different scenarios and their application cannot be confused neither combined at convenience before administrative offices or judicial courts. The procedural term contained in the rule subordinates the exercise of the judicial action and the substantive one the temporary limit for the benefit reimbursement.

**Keywords:** review of declaration acts; benefits' reimbursement; prescription.

**Citation:** Zapirain Bilbao, Ana Isabel. (2021). The prescription in the review of rights declaration acts and in the reimbursement of improperly perceived benefits. An occasional lawsuit that sometimes complicates the social courts. Commentary on Supreme Court ruling 61/2021, of January 19. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 458, 148-153.

## 1. Marco normativo

El artículo 55 del Real Decreto legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS), dedica su contenido al reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas. Toda persona beneficiaria está obligada a devolver lo indebidamente cobrado, con independencia de la causa que originó esta situación, incluido el error imputable a la entidad gestora. Esta obligación prescribirá a los 4 años, así que, en su caso, el máximo reintegrable incluye el importe recibido en los últimos 4 años señalados. Es evidente que el contexto puede comprometer el propio derecho a la prestación reconocido en su momento, con lo que el pago por la gestora o colaboradora cesaría, además de pasar de ser beneficiaria-acreedora a deudora. Pero no toda prestación indebidamente percibida afecta al reconocimiento del derecho, sino que puede limitarse a uno o varios aspectos del último, como al cálculo de la base reguladora, al porcentaje aplicado, a una incompatibilidad o a un complemento del derecho reconocido, entre otros, con lo que resulta perjudicada la cuantía de la protección económica, pero no el derecho a la protección de forma absoluta.

Por su parte, la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS), incluye en la modalidad procesal en materia de prestaciones de la Seguridad Social (arts. 140-147) la «submodalidad» que desentraña el cauce judicial para decidir contiendas sobre prestaciones indebidamente percibidas, en cualquier caso, aunque bajo la rúbrica «Revisión de actos declarativos de derechos» (art. 146). Este precepto se «arranca» obligando a las entidades de gestión (incluido el Fogasa) a iniciar el proceso judicial para revisar sus actos declarativos de derechos –no pueden hacerlo de oficio– en perjuicio de sus personas beneficiarias. Pero claro, como es habitual y a continuación, su apartado segundo incluye tantas excepciones que, al fin, lo más frecuente es que la revisión opere de oficio en vía administrativa y sea la persona beneficiaria, tras agotar la vía administrativa, quien se vea en la necesidad de ejercitar el derecho a la tutela judicial iniciando el proceso. No obstante, no fue este el caso en el proceso, habiendo interpuesto demanda el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y la Tesorería General de la Seguridad Social frente al beneficiario.

## 2. Supuesto de hecho: síntesis del relato fáctico para la norma del caso

Desde los hechos declarados probados por el Juzgado de lo Social y transcritos en los antecedentes tanto de la sentencia unificadora como de la de suplicación, todo se concreta

en una sucesión cronológica de resoluciones del INSS, sobre reconocimientos en materia de incapacidad permanente. Así:

- En marzo de 1978, se le reconoce al demandado una incapacidad permanente total en el régimen general.
- En junio de 1995, se le reconoce el mismo grado de incapacidad en el régimen especial de la minería del carbón.
- En junio de 2002, se revisa por agravación declarándosele afecto de una incapacidad permanente absoluta con cargo a este régimen especial.
- El 8 de enero de 2013, solicitó el complemento (incremento) del 20 % sobre la pensión del régimen general, y se le reconoció por Resolución de 28 de enero de 2013.
- El 14 de septiembre de 2017, es decir, 4 años y 7 meses largos después, el INSS acordó iniciar expediente de revisión de actos declarativos de derechos, al detectar el indebido (error) reconocimiento del incremento del 20 %.

### 3. La doctrina judicial: brevario de razones para el fallo

Previamente, no está de más aclarar que el juzgado en la instancia acogiendo la excepción de prescripción ex [artículo 146.3 de la LRJS](#) desestimó la demanda. La revisión de actos declarativos de derechos en perjuicio de personas beneficiarias fue la pretensión deducida en el escrito rector,

[...] la cual no puede quedar identificada por el consecuente económico anudado a su eventual estimación [...]. El art. 45 LGSS que invoca la demanda regirá para aquellas prestaciones periódicas que no exijan la previa revisión de la declaración de un derecho [...].

Este fue el núcleo en la justificación de su pronunciamiento.

La sala de suplicación, al resolver el recurso formalizado por el INSS, no compartió el criterio del juzgado, y estimándolo revocó su sentencia. Tras rechazar la prescripción de la acción judicial, resolvió el fondo declarando nula la resolución de la gestora que reconoció el incremento sobre la pensión por incapacidad permanente total en el régimen general, y condenando al beneficiario al reintegro del importe correspondiente a los últimos 4 años. La argumentación con la que sostuvo la exclusión de la excepción se limitó a la transcripción literal de la doctrina del Tribunal Supremo contenida en su [Sentencia de 16 de febrero de 2016 \(rec. 2938/2014\)](#), que, tal y como señala la sentencia presentada («citada y aplicada indebidamente») no abordaba si la acción de revisión estaba prescrita, sino la fecha de inicio del cómputo de 4 años de cara a reintegrar una prestación indebidamente percibida.

Pues bien, la sentencia de la Sala Cuarta que, brevemente, pasamos a comentar puede calificarse de clara, precisa, «correctora» y esperemos que también disuasoria para la Administración institucional de la Seguridad Social en posibles supuestos futuros similares al presente. Tras entender que existe la contradicción exigida legalmente con la sentencia de contraste, afirma que, sin duda, debió estimarse la prescripción prevista en el [artículo 146.3 de la LRJS](#). Aunque, antes de fallar, vuelca tres precisiones:

- Conforme a la normativa administrativa, artículos [47](#) («Nulidad de pleno derecho») y [48.1](#) («Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder») de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, los actos de las entidades gestoras son anulables, no nulos de pleno derecho, y, siendo actos favorables a las personas beneficiarias cuya revisión interesan aquellas por ser contrarios al ordenamiento jurídico, esta causa determina su anulabilidad.
- El [artículo 55.3 de la LGSS](#) y el [146.3 de la LRJS](#) contemplan situaciones diferentes. El primero establece el plazo de prescripción en la obligación de reintegro de la prestación indebidamente percibida, «obligación [...] que puede estar precedida o no de una revisión de un acto declarativo de derecho». El segundo dispone el plazo para el ejercicio de una acción judicial concreta: la revisión de actos declarativos de derechos en perjuicio de sus personas beneficiarias, y, sí, este plazo también es de prescripción y de 4 años. Coincide con el señalado en el precepto sustantivo, pero, como se dice, cada uno de ellos observa un escenario propio. Además, para las prestaciones de pago periódico –la mayoría en el sistema–, el paso de estos años operará sus efectos también de forma periódica.
- Como se ha anticipado, la sentencia que la sala de suplicación sostuvo en única justificación jurídica para descartar la prescripción es considerada por la Sala Cuarta como «citada y aplicada indebidamente por la sentencia recurrida», por cuanto, como culmina el Alto Tribunal:

Nos movimos, por tanto, en el ámbito de la prescripción de la obligación de reintegro; pero no abordamos, ni directa ni indirectamente, el plazo para el ejercicio de la acción de revisión de actos declarativos de derechos a favor de beneficiarios.

En definitiva, la Sala Cuarta casa y anula la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, resuelve el debate de suplicación desestimándolo y declara la firmeza de la del Juzgado de lo Social. Con lo que ninguna cantidad ha de reintegrar el beneficiario y mantiene de forma definitiva y firme el derecho al incremento del 20 % de su pensión por incapacidad permanente total del régimen general del sistema de Seguridad Social.

#### **4. Trascendencia de la decisión más allá del caso: ¿cómo esperar un eficaz efecto disuasorio para la gestora si la sala de suplicación «confunde» el contexto jurídico?**

A pesar de la ocasionalidad de estas contiendas, el beneficiario ha tenido que llegar hasta el Tribunal Supremo en defensa de su legítimo, que no decimos ajustado a la norma sustantiva, derecho. Las fechas de las resoluciones administrativas en cuestión, obrantes en el expediente administrativo, no admitían duda y, sin embargo, las entidades de gestión inician el proceso. Lo sorprendente es que la sala del tribunal superior de justicia eluda un contexto tan claro y derive su resolución a otro diferente. Puede intuirse que, quizás, lejos de tratarse de un error, es más que posible que lo que buscaba era la justicia material. Sin embargo, su sometimiento al imperio de la ley, la seguridad jurídica y la paz social no solo se alcanzan con instituciones tan potentes como la cosa juzgada material en su efecto excluyente o negativo, por citar alguna, sino también, en todos los procesos, respetando el plazo, de caducidad o de prescripción, que las normas sustantivas y procesales asignan al ejercicio de las acciones judiciales. Conseguir que a través del recurso de casación para la unificación de doctrina se dicte sentencia casando o no la recurrida no es siempre una tarea fácil, y podemos suponer que también barajan esta circunstancia las gestoras de la Seguridad Social cuando deciden incoar un proceso como este.

# La declaración de nulidad de un convenio colectivo negociado por una sección sindical no autorizada conforme a los estatutos del sindicato

Comentario a la [Sentencia del Tribunal Supremo 154/2020](#), de 19 de febrero

**Laura María Melián Chinaea**

*Doctora en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad de La Laguna*

## Extracto

Las personas trabajadoras afiliadas a un sindicato podrán, en el ámbito de la empresa o centro de trabajo, constituir secciones sindicales de conformidad con lo establecido en los estatutos del sindicato. En el nivel empresarial están legitimadas para negociar las secciones sindicales cuando sumen la mayoría de la representación unitaria en el ámbito correspondiente y así lo decidan. Ahora bien, la voluntad de negociar de las mismas dependerá de la previa autorización de la comisión ejecutiva del sindicato, con la finalidad de garantizar una adecuada protección de los derechos laborales de las personas trabajadoras.

**Palabras clave:** negociación colectiva; sección sindical; representación legal; nulidad.

**Cómo citar:** Melián Chinaea, Laura María. (2021). La declaración de nulidad de un convenio colectivo negociado por una sección sindical no autorizada conforme a los estatutos del sindicato. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 154/2020, de 19 de febrero. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 458, 154-160.

# The invalidity declaration of a collective agreement negotiated by an unauthorized trade union section in accordance with the union's statutes

Commentary on Supreme Court ruling 154/2020, of February 19

Laura María Melián Chinaea

## Abstract

Workers affiliated with a trade union may, in the field of the undertaking or workplace, constitute trade union sections in accordance with the union's bylaws. In the business field, trade union sections can negotiate when they add up to the majority of unitary representation and they decide this. However, the willingness to negotiate will depend on the prior authorization of the union's executive committee, in order to ensure adequate protection of the labour rights of working persons.

**Keywords:** collective bargaining; trade union section; legal representation; nullity.

**Citation:** Melián Chinaea, Laura María. (2021). The invalidity declaration of a collective agreement negotiated by an unauthorized trade union section in accordance with the union's statutes. Commentary on Supreme Court ruling 154/2020, of February 19. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 458, 154-160.

## 1. Marco normativo

Las reglas de legitimación establecidas en el [artículo 87 del Estatuto de los Trabajadores \(ET\)](#) constituyen un requisito esencial en el ejercicio del derecho a la negociación colectiva y escapan del poder de disposición de las partes negociadoras –que no pueden modificarlas por decisión propia, pues se trata de normas imperativas e indisponibles–. Como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional ([STC](#)) [73/1984, de 27 de junio](#), se trata de un presupuesto normativo que impide cualquier valoración desde la perspectiva del derecho privado, debido a que la legitimación se concibe como un poder *ex lege* de actuar y afectar a las esferas jurídicas de otras personas.

En el ámbito de empresa o centro de trabajo, desde el punto de vista de las personas trabajadoras, se encuentran legitimados: los delegados o delegadas de personal, en empresas de 10 a 50 personas trabajadoras; el comité de empresa, en empresas de 50 o más personas trabajadoras; o, si las hubiere, las secciones sindicales, cuando decidan negociar y sumen la mayoría de la representación unitaria en el ámbito correspondiente, descartando, *a sensu contrario*, las que no reúnan ninguna de las condiciones.

La legitimación inicial, plena y decisoria, exigida por los artículos [87](#), [88](#) y [89](#) del ET, constituye requisitos sucesivos y acumulativos de ineludible cumplimiento, como así expone la Sentencia del Tribunal Supremo ([STS](#)) [de 23 de febrero de 2016 \(rec. 39/2015\)](#). Ahora bien, el cumplimiento de los criterios de legitimación debe concurrir, a su vez, con la observancia del insoslayable principio de correspondencia, como así se pone de manifiesto singularmente en la obra [El sistema de negociación y sus reglas de articulación: la estructura negociada en los diversos escenarios de la producción](#).

El principio de correspondencia es un principio esencial que rige la actuación de los órganos de representación en el ámbito de las relaciones laborales, al menos, en lo que a relaciones negociales se refiere. De conformidad con el mismo, por un lado, el ámbito de representación debe ser superior al ámbito de aplicación concreto y, por otro lado, el órgano de representación debe ostentar en el mismo una implantación suficiente o significativa. El principio de correspondencia exige que el marco de actuación del órgano de representación de las personas trabajadoras en el ámbito del convenio de empresa se ajuste estrictamente con el de afectación del convenio colectivo, como así ha declarado la [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias 462/2016, de 2 de junio](#). Como resulta evidente, no es posible transformar el pacto posterior a su sanción y reducir su ámbito para lograr su validez, así como tampoco cabe la desnaturalización del convenio como acuerdo extraestatutario, puesto que no fue esa la intención inicial de sus partes negociadoras, como declara la [Sentencia de la Audiencia Nacional 120/2015, de 9 de julio](#).

Tras la última reforma laboral, la cual ha propiciado el aumento inexorable del número de unidades de negociación –especialmente a nivel empresarial debido a la medida tan controvertida de la prioridad aplicativa prevista en el [art. 84.2 ET](#)–, se ha producido una intensa aplicación del principio de correspondencia en la jurisprudencia, declarando la nulidad de una multitud de convenios colectivos de empresa que habían sido negociados por las representaciones de las personas trabajadoras que carecían de la legitimación necesaria y suficiente para negociar un determinado convenio colectivo.

Prestando especial atención a la legitimación de las secciones sindicales para negociar convenios colectivos de empresa, conviene destacar que esta figura representativa no cuenta con autonomía en su voto y depende de las instrucciones del sindicato al que pertenece, pues entre los mismos media una relación de mandato, de conformidad con lo establecido en el [artículo 1.709 del Código Civil](#) («Por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra»). En este sentido se pronuncia la propia Ley orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical (LOLS), en su título IV, [artículo 8.1](#), disponiendo que las personas trabajadoras afiliadas a un sindicato podrán, en el ámbito de la empresa o centro de trabajo, constituir secciones sindicales de conformidad con lo establecido en los estatutos del sindicato.

Se puede entender como sección sindical una unidad integrada por una fracción de las personas afiliadas a un sindicato. Esta se caracteriza por las siguientes dos notas principales: instancias organizativas internas del sindicato y representaciones externas a las que la ley les confiere una serie de ventajas y obligaciones ([STC 61/1989, de 3 de abril](#)). Atendiendo a estas últimas, el respeto a los estatutos del sindicato constituye uno de los principales deberes de las personas afiliadas.

En otros términos, las secciones sindicales representan una modalidad organizativa de los sindicatos. Por este motivo, las mismas deberán estar sujetas a lo estipulado en los estatutos o reglamentos específicos del sindicato en concreto.

Como manifiesta la [STS de 28 de febrero de 2000 \(rec. 2040/1999\)](#), las secciones sindicales son meros órganos del sindicato y, de conformidad con el [artículo 2.2 de la LOLS](#), le corresponde a este el derecho a la negociación colectiva.

La [STC 121/2001, de 4 de junio](#), manifiesta que:

[...] la relación entre la sección y el sindicato no se traba mediante un vínculo asociativo entre dos sujetos colectivos distintos, como ocurre en el caso de aquellos, sino a través de una integración directa, de forma que la sección se mantiene unida al sindicato de procedencia. Es por ello que se ha señalado que la sección sindical aparece jurídicamente al mundo exterior como una parte integrante de la asociación sindical; en sentido negativo no constituye por sí misma una asociación sindical, lo que impide, como ha recordado la jurisprudencia ordinaria en diversas ocasiones, atribuir a la sección sindical personalidad jurídica distinta de la del propio sindicato (FJ 3.º).

En consecuencia, tanto las secciones sindicales como los delegados y las delegadas sindicales están sujetos a las instrucciones previstas en los estatutos sindicales de conformidad con la normativa expuesta y continuados pronunciamientos judiciales.

## 2. Los datos del caso: síntesis de los antecedentes de hecho

La empresa de transporte de mercancías por carreteras Sintax Logística tiene una plantilla aproximada de 160 personas trabajadoras en diversas provincias: Álava, Alicante, Almería, Ávila, Barcelona, Cádiz, Cantabria, Córdoba, Granada, Guipúzcoa, Huelva, Jaén, Lleida, Madrid, Málaga, Navarra, Pontevedra y Sevilla, entre otras. Ahora bien, el único centro de trabajo de la empresa que cuenta con representación unitaria se encuentra en Barcelona. Se trata de un comité de empresa integrado por 4 miembros elegidos por UGT y 1 por CGT.

El día 17 de septiembre de 2014 se produce una reunión entre las personas trabajadoras afiliadas a UGT con la finalidad de constituir una sección sindical en la empresa.

El día 21 de febrero de 2017 se creó la comisión negociadora del V Convenio colectivo de la empresa Sintax Logística, interviniendo, por la parte social, la sección sindical, actuando como representación de la misma en la comisión las propias personas miembros del comité de empresa de Barcelona.

Con posterioridad, el 9 de noviembre de 2017 se aprueba por unanimidad el V Convenio colectivo de Sintax Logística, publicado en el BOE de 26 de enero de 2018.

Ante una posible vulneración de las reglas de legitimación para negociar por parte de la comisión negociadora, el día 28 de febrero de 2018 se presenta demanda por la letrada de la Federación Estatal de Servicios, Movilidad y Consumo (FeSMC) de UGT ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional contra Sintax Logística.

La pretensión formulada por la parte demandante es la impugnación del mencionado convenio colectivo por vulnerar las previsiones contenidas en los artículos 87.1 y 88 del ET, normas de derecho absoluto e indisponible. Sin embargo, el día 17 de mayo de 2018, la mencionada Sala de lo Social desestimó la demanda planteada por UGT a la que se adhirió CC. OO.

Contra dicha resolución, la letrada presenta un recurso de casación ante la Sala de lo Social del TS por los siguientes motivos: error en la apreciación de las pruebas aportadas y falta de legitimación de la sección sindical, como consecuencia de la ausencia de autorización previa para negociar por parte de la comisión ejecutiva del sindicato.

### 3. Fundamentación jurídica

El TS considera que la determinación de la legitimación de la sección sindical es la principal controversia jurídica del supuesto de hecho, procediendo a rechazar el resto de alegaciones formuladas por la letrada.

El órgano judicial presta especial atención a las normas de representación contempladas en el ET, puesto que su incumplimiento puede comportar la nulidad directa del convenio colectivo de empresa negociado.

La Sala de lo Social aplica la doctrina actual: la determinación del ámbito de la sección sindical corresponde definirlo al propio sindicato, como facultad de autoorganización interna incluida en el contenido de su derecho fundamental de libertad sindical ([art. 28 Constitución española](#)). En otras palabras, de conformidad con el artículo 10.1 de la LOLS:

En las empresas o, en su caso, en los centros de trabajo que ocupen a más de 250 trabajadores, cualquiera que sea la clase de su contrato, las secciones sindicales que puedan constituirse por los trabajadores afiliados a los sindicatos con presencia en los comités de empresa o en los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones públicas estarán representadas, a todos los efectos, por delegados sindicales elegidos por y entre sus afiliados en la empresa o en el centro de trabajo.

Esta doctrina ya ha sido previamente aplicada por las SSTs de [30 de enero de 2015 \(rec. 3221/2013\)](#) y de [23 de septiembre de 2015 \(rec. 253/2014\)](#).

Ante la doctrina expuesta, cabe examinar si la sección sindical de ámbito de empresa de Syntax Logística ha sido constituida de conformidad con los estatutos del sindicato; en virtud del artículo 8.1 de la LOLS «[l]os trabajadores afiliados a un sindicato podrán, en el ámbito de la empresa o centro de trabajo: a) constituir secciones sindicales de conformidad con lo establecido en los estatutos del sindicato [...]».

El TS procede a analizar los estatutos de la FeSMC de UGT y considera que se ha incumplido lo estipulado en el artículo 72. Este precepto exige la previa autorización expresa por parte de la comisión ejecutiva federal de la sección sindical o que se haya constituido a su iniciativa con la observancia de determinados requisitos previstos en los estatutos del sindicato. La no observancia del artículo 72 se traduce en una clara y evidente vulneración de lo dispuesto en el [artículo 8.1 de la LOLS](#), conllevando la estimación del recurso.

Los efectos del incumplimiento de la LOLS por parte de la comisión negociadora –integrada por la sección sindical– del V Convenio colectivo de la empresa Syntax Logística trascienden más allá de esta norma reguladora de un derecho fundamental, dando lugar, a su vez, al quebrantamiento de las reglas absolutas en materia de legitimación

(arts. 87, 88 y 89 ET), así como al principio insoslayable de correspondencia. En virtud del mismo, la sección sindical constituida en Barcelona carece de legitimación suficiente para poder negociar y suscribir un convenio colectivo de empresa aplicable a otros centros de trabajo.

En síntesis, exclusivamente las secciones sindicales adecuadamente constituidas de conformidad con lo establecido en los estatutos del sindicato tendrán legitimación para negociar en el ámbito empresarial.

## 4. Relevancia práctica

Una vez expuestos brevemente los antecedentes de hecho y los fundamentos jurídicos de derecho, la Sala de lo Social del TS revocó la sentencia impugnada y declaró la nulidad del V Convenio colectivo de la empresa Sintax Logística, puesto que su negociación se desarrolló por una sección sindical no habilitada o autorizada de conformidad con los estatutos del sindicato.

En consecuencia, la trascendencia práctica de este pronunciamiento es de notoria envergadura: la sección sindical no tiene autonomía para negociar al margen de los estatutos del sindicato. La no observancia de los mismos conlleva la declaración de nulidad del convenio colectivo, debido a la evidente transgresión de las normas absolutas de representación y el principio insoslayable de correspondencia.

La ausencia de una previa autorización de la sección sindical podría conducir a un proceso de diálogo que no ofreciera las garantías necesarias para descartar cualquier posibilidad de influencia recibida desde la dirección de la empresa en perjuicio de la legítima defensa de los intereses de las personas trabajadoras. En otras palabras, el convenio colectivo negociado por una sección sindical no validada previamente por la comisión ejecutiva del sindicato, o que incumpla las correspondientes exigencias estatutarias del mismo, podría perjudicar, como alega la recurrente (FJ 6.º 2), las condiciones laborales negociadas en un convenio sectorial, al menos, mientras continúe vigente la controvertida prioridad aplicativa del convenio de empresa prevista en el [artículo 84.2 del ET](#). Por este motivo, en el caso presente, los estatutos exigen que las secciones sindicales no puedan firmar acuerdos con las direcciones de las empresas que sean contrarios al contenido de los convenios o acuerdos firmados en el nivel sectorial.

## Tratamiento de la exención fiscal de las indemnizaciones por despido colectivo materializado por mutuo acuerdo de las partes

Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 991/2020, de 14 de julio, y 1189/2020, de 21 de septiembre

José Flores Alcázar

*Doctorando en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad de Murcia*

### Extracto

Las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3.<sup>a</sup>, 991/2020, de 14 de julio, y 1189/2020, de 21 de septiembre, han alcanzado distintas soluciones para la misma situación de hecho. Tal y como afirmó la Sección 1.<sup>a</sup> (Sala de Admisiones), en ambos casos debía responderse a una cuestión jurídica idéntica: «interpretar y delimitar el alcance de la exención fiscal del artículo 7 e) LIRPF, en aquellos supuestos en los que está abierto un ERE y la extinción del contrato de trabajo se produce por mutuo acuerdo de empresa y trabajador en virtud de la oferta de prejubilación de la empresa con importes pactados». El diferente enfoque aplicado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de los respectivos tribunales superiores de justicia en su momento para resolver el litigio ha motivado que, pese a la expresa petición de la Sala de Admisiones, la Sala 3.<sup>a</sup> haya eludido pronunciarse respecto a la cuestión de interés casacional, de suerte que un trabajador ha visto reconocido su derecho a la exención fiscal por la indemnización percibida con motivo de su prejubilación y se le ha denegado a otro afectado por el mismo ERE.

**Palabras clave:** ERE; exención fiscal indemnización prejubilación; extinción por mutuo acuerdo.

**Cómo citar:** Flores Alcázar, José. (2021). Tratamiento de la exención fiscal de las indemnizaciones por despido colectivo materializado por mutuo acuerdo de las partes. Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 991/2020, de 14 de julio, y 1189/2020, de 21 de septiembre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 458, 161-170.

# Treatment of the tax exemption of severance payments for collective dismissal materialized by mutual agreement of the parties

Commentary on Supreme Court rulings, Contentious-Administrative Chamber, 991/2020, of July 14, and 1189/2020, of September 21

José Flores Alcázar

## Abstract

Rulings of the Supreme Court, 3rd Chamber, 991/2020, of July 14, and 1189/2020, of September 21, have reached different solutions for the same factual situation. As stated by the 1st Section (Admissions Chamber), in both cases an identical legal question was to be answered: «to interpret and delimit the scope of the tax exemption of article 7 e) LIRPF, in those cases in which an ERE and the termination of the employment contract occurs by mutual agreement of the company and the worker by virtue of the company's early retirement offer with agreed amounts». The different approach applied by the Contentious-Administrative Chamber of the respective High Courts of Justice at the time to resolve the dispute has motivated that, despite the express request of the Admissions Chamber, the 3rd Chamber of Supreme Court has eluded to pronounce on the matter of interest so that a worker has seen his right to tax exemption for the compensation received due to his early retirement recognized while another affected by the same ERE has been his petition denied.

**Keywords:** ERE; tax exemption pre-retirement compensation; extinction by mutual agreement.

**Citation:** Flores Alcázar, José. (2021). Treatment of the tax exemption of severance payments for collective dismissal materialized by mutual agreement of the parties. Commentary on Supreme Court rulings, Contentious-Administrative Chamber, 991/2020, of July 14, and 1189/2020, of September 21. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 458, 161-170.

## 1. Marco normativo aplicable

El [artículo 7 e\) de la Ley del impuesto sobre la renta de las personas físicas \(LIRPF\)](#) dispone la exención en el impuesto de las indemnizaciones por despido o cese de la persona trabajadora, salvo en los casos de convenio, pacto o contrato, estableciendo, para el caso de despidos colectivos realizados de conformidad con el [artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores \(ET\)](#), basados en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o por fuerza mayor, el límite de exención prescrito para el despido improcedente hasta la cantidad de 180.000 euros.

Es muy frecuente que, en el marco del despido colectivo, la empresa ofrezca a las personas trabajadoras un pacto de prejubilación, que se formaliza mediante una extinción de la relación laboral por mutuo acuerdo de las partes conforme al [artículo 49.1 a\) del ET](#). La interesada interpretación que las empresas realizan respecto de la naturaleza del pacto firmado las lleva a comunicar a la Seguridad Social el cese como voluntario, por lo que proceden a practicar a la persona trabajadora la oportuna retención en concepto de IRPF en el momento de abonarle la indemnización pactada. Esta actuación de la empresa tiene por objeto evitar la aplicación de lo previsto en la [disposición adicional decimosexta de la Ley 27/2011, de 1 de agosto](#), sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, en relación con lo dispuesto en el [artículo 51.11 del ET](#), que impone a la empresa la aportación económica al Tesoro Público de las prestaciones y subsidios por desempleo de las personas trabajadoras de 50 o más años de edad afectadas por el despido colectivo, incluidas las cotizaciones a la Seguridad Social realizadas por el Servicio Público de Empleo Estatal.

De hecho, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (TS) se ha pronunciado reiteradamente respecto de la pretensión de la entidad CaixaBank de que, frente a la revisión de oficio llevada a cabo por la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), que modifica la causa de la baja y la califica como involuntaria («77 baja despido colectivo»), se califique como voluntario el cese de la persona trabajadora afectada por el despido colectivo:

[...] en el que se prevé un sistema de prejubilaciones al que pueden acceder los empleados de la empresa, cuando la extinción de su contrato de trabajo se sustenta en un acuerdo individual, firmado por el propio trabajador y la empresa en los términos que se siguen del acuerdo sobre prejubilaciones que puso fin al ERE [expediente de regulación de empleo], y en cualquier caso, a negar la competencia de la TGSS para modificar de oficio la causa del cese, alterando a tal efecto el contenido del certificado emitido en su momento por el empleador

cuando se produjo el cese ([Sentencia del TS –STS–, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 1384/2019, de 16 de octubre](#) –donde se mencionan otras muchas y donde se afirma la desaparición sobrevenida del interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia–).

Sobre la cuestión, la sala ha llegado a afirmar la desaparición sobrevenida del interés casacional, al haberse pronunciado en numerosas sentencias sobre la competencia de la TGSS para modificar de oficio la causa de la baja, toda vez que el cese de la persona trabajadora es involuntario al traer causa de un ERE; ello con base en la [STS, Sala de lo Social, de 24 de octubre de 2006 \(rec. 4453/2004\) –comentada en el núm. 287, febrero/2007, de esta revista–](#), así como en el informe emitido por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el que estimaba que las bajas mediante prejubilaciones habidas con ocasión de dicho ERE tienen carácter de involuntarias, realizadas de conformidad con lo dispuesto en el [artículo 51 del ET](#).

## 2. Antecedentes fácticos

Al amparo de lo dispuesto en el [artículo 51 del ET](#), la entidad financiera Banca Cívica (actualmente, CaixaBank, SA) negoció con la representación legal de las personas trabajadoras el ERE número 301/2012, expediente de despido colectivo y de suspensión de contratos, basado en causas económicas, organizativas y productivas, en el que se contemplaba una oferta de prejubilación para las personas trabajadoras a partir de determinada edad. Dos trabajadores, uno de Madrid y otro de La Rioja, que extinguieron su relación laboral en 2012 en el marco de este ERE, formalizaron el cese por mutuo acuerdo de las partes al amparo del [artículo 49.1 a\) del ET](#), que contemplaba una indemnización con pago fraccionado anualmente. La empresa, basándose en la formalización del cese mediante extinción de la relación laboral de mutuo acuerdo ([art. 49.1 a\) ET](#)), comunicó a la TGSS el cese de los trabajadores como voluntario, por lo que procedió a practicar la oportuna retención por IRPF a la indemnización abonada a cada trabajador, viéndose estos en la obligación de realizar las oportunas autoliquidaciones en concepto de IRPF de los ejercicios 2012, 2013 y 2014, solicitando posteriormente, a la Administración tributaria, la rectificación de las autoliquidaciones practicadas sobre la base de que los ingresos percibidos de CaixaBank se habían declarado como ingresos del trabajo, cuando la realidad es que dichos ingresos se trataban del pago parcial de una indemnización por despido derivada del ERE, por lo que estaban exentos de IRPF.

La Administración tributaria y los respectivos tribunales económico-administrativos resolvieron negativamente su pretensión, sobre la base de que las rentas percibidas traían causa de un acuerdo de extinción del contrato de trabajo por prejubilación en el que se reiteraba la existencia de mutuo acuerdo en la extinción del contrato de trabajo al amparo del [artículo 49.1 a\) del ET](#), de suerte que la pretensión de que las rentas percibidas mensualmente

se declarasen exentas del IRPF con base en lo dispuesto en el [artículo 7 e\) de la LIRPF](#) no podía ser acogida, pues las cantidades percibidas tenían carácter paccionado, materializado a través de un acuerdo individual suscrito entre empresa y trabajador.

Hasta aquí llega la identidad del litigio de estos dos trabajadores, pues las respectivas Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia (TSJ) de Madrid y de La Rioja aplicaron distinto criterio para resolver la controversia planteada. La Sentencia del TSJ ([STSJ de Madrid 160/2018, de 18 de abril](#)), basándose en lo dispuesto en el [artículo 105.1 de la Ley general tributaria](#), dictaminó que correspondía al trabajador acreditar que reúne los requisitos del citado precepto para la procedencia de la exención en el IRPF de las cantidades percibidas de la empresa con motivo de la extinción laboral, no bastando la simple acreditación de que el trabajador fue afectado por el ERE, sino que es preciso justificar los concretos importes y conceptos percibidos, y aportar el documento concreto referido al propio trabajador en el que se fijan las consecuencias del ERE por el que fue afectado, además de un certificado acreditativo de los conceptos e importes percibidos. Es llamativa la alusión de la sala al hecho de que el trabajador no haya probado que las cantidades percibidas de la empresa no fueran consecuencia de un acuerdo voluntario de jubilación, lo que resulta ciertamente difícil para el trabajador si nos atenemos al criterio de la empresa de considerar voluntario el cese (criterio que ha ocasionado la admisión por la Sección 4.ª de la Sala 3.ª del TS de hasta 25 recursos de casación preparados por CaixaBank sobre la competencia de la TGSS para cambiar el carácter de una baja laboral como voluntaria o involuntaria).

Por su parte, la [STSJ de La Rioja 113/2018, de 4 de abril](#), estimó la pretensión del trabajador, dictaminando que la indemnización percibida estaba al amparo de un despido colectivo, gozando de la exención que al efecto establece el [artículo 7 e\) de la LIRPF](#).

Por tanto, dos trabajadores que cesaron en su relación laboral en virtud del mismo ERE, con el mismo pacto de extinción de mutuo acuerdo y con idéntica pretensión de exención fiscal de las cantidades percibidas en concepto de indemnización por el despido, obtuvieron de los tribunales un resultado distinto, basado en el diferente enfoque aplicado por la respectiva Sala de lo Contencioso-Administrativo de su TSJ, habiendo llegado cada sala a distinta conclusión, lo que, a su vez, ha motivado un distinto pronunciamiento por la Sala 3.ª del TS, de suerte que un trabajador ha visto reconocido su derecho a la exención fiscal solicitada y el otro no.

### **3. Las SSTs, Sala 3.ª, 991/2020, de 14 de julio, y 1189/2020, de 21 de septiembre, a la luz del Auto de admisión de la Sección 1.ª de la Sala 3.ª de fecha 8 de enero de 2019**

Para una acertada interpretación del alcance de estas sentencias, resulta oportuno atender a lo expresado por la Sala de Admisiones de la Sala 3.ª del TS, en su Auto de 8 de enero de 2019, por el que admite a trámite el recurso de casación para unificación de doctrina

que dio lugar a la [STS de 14 de julio de 2020](#), que resuelve el recurso presentado contra la [STSJ de Madrid de 18 de abril de 2018](#). Dicho auto ya adelanta que:

[...] aun cuando el planteamiento de los correspondientes escritos de preparación en un caso y otro no sea el mismo, la cuestión jurídica que subyace en el recurso inadmitido por la providencia de 20 de septiembre de 2018 y la que se suscita en el recurso 4364/2018 viene a ser, en esencia, idéntica.

La sala afirma con rotundidad que es indiscutible que, ante «situaciones sustancialmente iguales, distintos órganos jurisdiccionales han llegado a conclusiones diversas, fijándose así doctrinas contradictorias». Resulta ciertamente trascendente la necesidad que la Sala de Admisiones otorga a la resolución de esta cuestión, resaltando la conveniencia de que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS:

[...] clarifique la cuestión planteada a fin de evitar una desigualdad injustificada en la aplicación de la ley, máxime si se tienen en cuenta las numerosas admisiones de recursos que se han efectuado sobre esta misma cuestión en la propia Sala 3.<sup>a</sup> del TS, así como la abundante doctrina sentada por la Sección 4.<sup>a</sup> de la misma sala sobre el mismo particular.

Como pone de manifiesto el auto, la cuestión de interés casacional radica en:

[...] interpretar y delimitar el alcance de la exención fiscal del artículo 7 e) de la LIRPF, en aquellos supuestos en los que está abierto un ERE y la extinción del contrato de trabajo se produce por mutuo acuerdo de empresa y trabajador a virtud de oferta de prejubilación de la empresa con importes pactados.

A pesar de la sólida e impecable argumentación del recurrente<sup>1</sup>, y de la razonada motivación del auto de admisión del recurso de casación, especialmente la relativa a la necesidad

<sup>1</sup> Considera arbitraria, ilógica o con error patente de la prueba la valoración realizada por el TSJ de Madrid, en cuanto centra la desestimación del recurso contencioso-administrativo en una presunta falta de prueba, lo que sitúa al recurrente en el requerimiento de probar un hecho negativo, cuando es la Administración la que, en su caso, tendría la carga procesal de la prueba sobre dicho extremo. Por otra parte, la controversia tanto en sede de la Agencia Tributaria, como en las respectivas reclamaciones ante el Tribunal Económico-Administrativo Regional, versó sobre la interpretación de la voluntariedad o no en el cese, sin que se discutiera, en ningún caso, la cuantía de las percepciones ni las condiciones individualizadas del recurrente, vulnerándose el derecho a la tutela judicial efectiva, dado que el pronunciamiento judicial resuelve una cuestión que no ha sido objeto de debate en el proceso. Por último, trae a colación la doctrina de la Sala de lo Social del TS relativa a la involuntariedad de la adscripción a ERE por las personas trabajadoras que se adhieren ([STS de 24 de octubre de 2006, rec. 4453/2004](#)); jurisprudencia aplicada por la Sala 3.<sup>a</sup> en sus SSTS 2023/2017, de 19 de diciembre, 2058/2017, 2063/2017 y 2070/2017, todas de 21 de diciembre, y [432/2018, de 19 de marzo](#), para concluir el carácter involuntario de estos despidos.

de que, dada la identidad de la cuestión jurídica subyacente en ambos recursos, era necesario un pronunciamiento de la sala a fin de evitar que, ante situaciones sustancialmente iguales, se fijaran doctrinas contradictorias, la Sección 2.<sup>a</sup> de la Sala 3.<sup>a</sup> dicta sentencia en la que concluye que no ha lugar al recurso de casación y confirma la sentencia de instancia por entender que dicha sentencia se basa en la falta de prueba por parte del recurrente, tal y como le exige el [artículo 105 de la Ley general tributaria](#); cuestión que queda vedada a la casación.

Hasta aquí, el criterio de la Sección 2.<sup>a</sup> de la Sala 3.<sup>a</sup> podría considerarse una resolución acogida estrictamente, tal y como preconiza la sentencia, a la puridad de la génesis del recurso de casación, no entrando en el fondo del asunto. Sin embargo, no deja de resultar llamativo que la sala haya optado por seguir este criterio, máxime si ya tenía pendiente de resolver, tal y como le avisa la Sección de Admisiones, el recurso frente a la [STSJ de La Rioja de 4 de abril de 2018](#), lo que ha hecho en su [STS de 21 de septiembre de 2020](#). En este caso, son dos las cuestiones casacionales planteadas. La primera, determinar si al exceso abonado sobre la indemnización legal al trabajador incluido en un ERE en el que este solo se adhiere a las condiciones previamente negociadas entre empresa y la representación legal de las personas trabajadoras le es de aplicación la reducción del 30 %, al tener naturaleza indemnizatoria la cantidad obtenida con ocasión del cese y tratarse de una renta irregular, y, la segunda, interpretar y delimitar el alcance de la exención fiscal del [artículo 7 e\) de la LIRPF](#), en aquellos supuestos en los que está abierto un ERE y la extinción del contrato de trabajo se produce por mutuo acuerdo de empresa y persona trabajadora en virtud de oferta de prejubilación de la empresa con importes pactados.

A la primera cuestión casacional, da respuesta la sala, afirmando que «resulta aplicable la reducción prevista en el artículo 18.2 de la Ley del IRPF cuando cumpla las condiciones previstas en él, particularmente, que los rendimientos percibidos no se obtengan de forma periódica o recurrente». Respecto de la segunda, aunque en la sentencia se afirma literalmente que «no procede responder a la segunda cuestión con interés casacional», lo cierto es que lo hace *obiter dicta* al concluir que la extinción del contrato de trabajo no ha sido voluntaria, sino fruto de un despido colectivo, por lo que ratifica el criterio seguido por la [STSJ de La Rioja](#) de que la indemnización percibida por el trabajador al amparo del despido colectivo goza de la exención que al efecto establece el [artículo 7 e\) de la LIRPF](#); interpretación que resulta coherente con el criterio de involuntariedad de la baja establecido por la [STS, Sala de lo Social, de 24 de octubre de 2006 \(rec. 4453/2004\)](#).

## 4. Trascendencia de la doctrina más allá del caso

Resulta ciertamente criticable que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS no se haya pronunciado de forma expresa y rotunda sobre la cuestión casacional planteada, pues ello redundará en que se sigan produciendo diferentes criterios en los distintos órganos jurisdiccionales. En cualquier caso, en las sentencias objeto de este comentario, se ha

producido aquello que la Sala de Admisiones pretendía evitar, y es que, ante situaciones sustancialmente iguales, se ha llegado a conclusiones diversas; ahora bien, en este caso, no han sido distintos órganos jurisdiccionales, sino la misma sala del TS la que ha resuelto de distinta forma para dos trabajadores afectados por el mismo supuesto de hecho, la extinción por mutuo acuerdo de las partes al amparo del mismo ERE, de forma que uno de ellos ha visto su indemnización sujeta íntegramente al IRPF, mientras que el otro ha obtenido una exención de IRPF.

El [artículo 87 bis de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa](#) (LRJCA) dispone que, «[s]in perjuicio de lo dispuesto en el artículo 93.3, el recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo se limitará a las cuestiones de derecho, con exclusión de las cuestiones de hecho». La propia sala así lo expresa, citando el Auto de 5 de diciembre de 2017: «con arreglo al artículo 87 bis 1 LRJCA, el recurso de casación se reserva a cuestiones jurídicas, centrando su objetivo en la interpretación del derecho». No obstante, podría perfectamente haber aprovechado la ocasión para pronunciarse expresamente sobre la cuestión planteada, siquiera para evitar las controversias y criterios interpretativos que a buen seguro seguirán produciéndose.

Con todo, resultará muy difícil explicar a una persona justiciable que, pese a la absoluta identidad de hecho que pueda presentar respecto de otras justiciables, la resolución dependerá exclusivamente del criterio de libre valoración de la prueba que el tribunal de instancia realice en su caso, pues es reiterada la jurisprudencia que, en aplicación del principio de inmediación, sostiene que la valoración de la prueba es una cuestión que debe dejarse al criterio de los tribunales de instancia. La Sala 3.<sup>a</sup> obvia la posibilidad que le otorga el [artículo 93.3 de la LRJCA](#) de integrar en los hechos aquellos que «habiendo sido omitidos [...], estén suficientemente justificados según las actuaciones y cuya toma en consideración resulte necesaria para apreciar la infracción alegada de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, incluso la desviación de poder». Sin entrar a valorar si cabría o no considerar la existencia de un error de valoración de la prueba en la instancia, es preciso recordar la doctrina del Tribunal Constitucional en su [Sentencia 152/2015, de 6 de julio](#), sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en su dimensión del derecho a obtener una resolución motivada que no esté incurso en un error patente, según la cual:

[...] cuando la resolución judicial sea el producto de un razonamiento equivocado que no se corresponde con la realidad, por haber incurrido el órgano judicial en un error patente en la determinación y selección del material de hecho o del presupuesto sobre el que se asienta su decisión, produciendo efectos negativos en la esfera jurídica del ciudadano, siempre que se trate de un error que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, y que sea determinante de la decisión adoptada, constituyendo el soporte único o básico (*ratio decidendi*) de la resolución, de forma que no pueda saberse cuál hubiera sido el criterio del órgano judicial de no haber incurrido en dicho error (FJ 5.º).

Pues bien, en aplicación de la referida doctrina, la Sala 3.<sup>a</sup> del TS podría haber tomado en consideración las manifestaciones realizadas por la letrada del recurrente en su escrito de interposición del recurso de casación, en las que se desgrana detalladamente la incongruencia de dictar sentencia sobre cuestiones que no han sido objeto de debate en el proceso, pues la controversia entre la Administración tributaria y el trabajador se circunscribía exclusivamente al carácter voluntario o involuntario del cese de la relación laboral, y a su consecuencia respecto de la exención o no del [artículo 7 e\) de la LIRPF](#), máxime cuando la Sala 3.<sup>a</sup> tenía en estudio el [recurso 4364/2018 \(STS 1189/2020\)](#) a que aludía la Sección de Admisión en su auto de admisión del recurso. La principal función que se asigna a los tribunales de justicia, y en el caso del TS en mayor medida, es la de, en última instancia, otorgar a los/las justiciables una tutela judicial efectiva que evite la desigualdad ante la ley; algo que en este caso resulta evidente que no ha sucedido.

Y para terminar de abrir el abanico de casuística respecto del alcance de esta falta de pronunciamiento expreso por parte de la Sala 3.<sup>a</sup> del TS, conviene hacer referencia a la [STSJ de Andalucía, Sala de lo Social, 3617/2018, de 13 de diciembre](#), que, en los antecedentes de hecho, se refiere al tratamiento fiscal que la Agencia Tributaria dispensó a la indemnización percibida por otro trabajador afectado por el mismo ERE; tratamiento diametralmente opuesto al dispensado a los dos trabajadores afectados por las sentencias analizadas, por cuanto, en el caso de este empleado, la propia Agencia Tributaria considera exenta la renta mensual abonada por CaixaBank en los ejercicios 2012 a 2014, mismos ejercicios que los dos casos que han originado este comentario.

Desde luego, carece de toda justificación que, ante idéntico supuesto de hecho, los criterios seguidos por la Administración tributaria sean distintos, así como que también sean distintas las resoluciones de los correspondientes recursos contencioso-administrativos resueltos por el TSJ de Madrid y de La Rioja, que no son sino consecuencia del distinto planteamiento con el que cada sala abordó la controversia planteada. Lo que ciertamente ya escapa a toda lógica es que la Sala 3.<sup>a</sup> del TS haya obviado corregir o afirmar con un criterio propio el dictado por estos tribunales, lo que ha devenido en un evidente perjuicio para el trabajador de Madrid que no ha podido obtener la exención del IRPF por las indemnizaciones por extinción de su contrato correspondientes a los años 2012 a 2014.

Resulta llamativa la postura adoptada por la Abogacía del Estado, que defiende la voluntariedad del cese y, por tanto, su sujeción al impuesto, apoyándose para ello en la existencia del acuerdo voluntario de la extinción laboral en el que empresa y trabajador se acogen expresamente a la extinción de mutuo acuerdo prevista en el [artículo 49.1 a\) del ET](#) en lugar de al [artículo 51 del ET](#), así como al carácter pactado de la compensación económica, que no es la establecida legalmente ni para el despido colectivo (20 días por año de trabajo) ni para el despido improcedente (33 días por año de trabajo). Para la Abogacía del Estado, no se trata de una indemnización por despido, sino de una garantía de mantenimiento de un nivel retributivo equivalente al que se mantenía en activo hasta el momento de la jubilación. En este sentido, cita, entre otras, la [STS, Sala 3.<sup>a</sup>, de 10 de mayo de 2006 \(rec. 29/2004\)](#),

según la cual la exención del IRPF de las indemnizaciones derivadas de las extinciones del contrato de trabajo por mutuo acuerdo de las partes en el marco de un ERE sería gravemente dañosa para el interés general, pues produciría una merma de las arcas públicas como consecuencia de la disminución de autoliquidaciones de IRPF, habida cuenta del abundante número de ERE. No obstante, sería conveniente que, en lugar de recurrir sistemáticamente en casación, la Abogacía del Estado planteara un recurso de casación en interés de ley, al objeto de que se establezca una doctrina legal que evite, en el futuro, que se continúe cayendo en esta errónea interpretación que lleva a cabo la Administración tributaria y que ha dado origen a las sentencias analizadas y al resultado dispar para los trabajadores.



# La gestión del acoso por razón de sexo y del acoso sexual en las empresas españolas. Una propuesta de mejora de los protocolos existentes

**María Ramón Sánchez**

*Graduada en Psicología y Máster en Psicología del Trabajo, de las Organizaciones y Gestión de Recursos Humanos. Universidad Complutense de Madrid*

**Jesús Torres López**

*Graduado en Psicología y Máster en Psicología del Trabajo, de las Organizaciones y Gestión de Recursos Humanos. Universidad Complutense de Madrid*

**Alfredo Rodríguez-Muñoz**

*Profesor titular. Departamento de Psicología Social, del Trabajo y Diferencial. Universidad Complutense de Madrid*  
[alfredo.rodriguez@psi.ucm.es](mailto:alfredo.rodriguez@psi.ucm.es) | <http://orcid.org/0000-0002-9417-3687>

## Extracto

El objetivo de este trabajo consiste en desarrollar una propuesta de mejora de los protocolos de prevención y actuación frente al acoso sexual laboral y por razón de sexo de las instituciones y empresas españolas. Para ello se revisan un total de 94 protocolos, siendo 37 de organizaciones públicas españolas, 40 de organizaciones privadas y 17 de organizaciones internacionales, principalmente de Estados Unidos, país pionero en este tipo de protocolos. Posteriormente se crea una base de datos en función de una serie de criterios divididos en cuatro grandes grupos de información presentes en la mayor parte de los protocolos: marco legislativo; principios y garantías; conductas y prevención; y procedimiento de actuación. Siguiendo esta división se analizan los protocolos seleccionados, estableciendo los puntos fuertes y áreas de mejora. Tras la revisión se encuentran importantes carencias en el desarrollo general de los protocolos en materia de acoso sexual, como, por ejemplo, la dificultad en el consenso en las definiciones de acoso sexual, acoso por razón de sexo o acoso laboral. También hay deficiencias en las medidas preventivas y en el procedimiento de actuación, que son en muchos casos ambiguos y escasos de contenido. Por ello, se proponen una serie de mejoras para tener en cuenta en la elaboración de futuros protocolos y para futuras líneas de investigación, intervención o prevención.

**Palabras clave:** protocolo; acoso sexual; acoso moral; acoso por razón de sexo; discriminación.

Fecha de entrada: 08-02-2021 / Fecha de aceptación: 07-04-2021

**Cómo citar:** Ramón Sánchez, María; Torres López, Jesús y Rodríguez-Muñoz, Alfredo. (2021). La gestión del acoso por razón de sexo y del acoso sexual en las empresas españolas. Una propuesta de mejora de los protocolos existentes. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 458, 171-198.



# Management of sexual harassment at work in Spanish companies. A proposal for the improvement of existing protocols

María Ramón Sánchez

Jesús Torres López

Alfredo Rodríguez-Muñoz

## Abstract

This work aims to develop a proposal to improve protocols for prevention and action against sexual harassment at work and gender-based harassment of Spanish institutions and companies. For this reason, a total of 94 protocols have been reviewed, being 37 from Spanish public organizations, 40 from private organizations, and 17 from international organizations, mainly from United States, since this country was a pioneer in this field. A database was created classified into four types of information: legislative framework; principles and guarantees; behaviors and prevention; and intervention procedures. Following this classification, the selected protocols have been analyzed, establishing the strengths and areas for improvement. After the review, important shortcomings were found in the general development of the protocols on sexual harassment, such as, for example, the difficulty in reaching a consensus on the definitions of sexual harassment, gender-based harassment, or workplace bullying. We also found deficiencies in preventive measures and in the intervention procedures, which are in many cases ambiguous and with a lack of content. For this reason, a series of improvements have been proposed to take into account in the development of future protocols and for future lines of research, intervention, or prevention.

**Keywords:** procedure policy; sexual harassment; workplace bullying; gender-based harassment; discrimination.

**Citation:** Ramón Sánchez, María; Torres López, Jesús y Rodríguez-Muñoz, Alfredo. (2021). Management of sexual harassment at work in Spanish companies. A proposal for the improvement of existing protocols. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 458, 171-198.



## Sumario

1. Introducción
2. Acoso psicológico laboral o acoso moral
3. Acoso sexual laboral y acoso por razón de sexo
4. Método
5. Resultados
  - 5.1. Marco legislativo
  - 5.2. Principios y garantías
  - 5.3. Conductas y prevención
  - 5.4. Procedimiento de actuación
  - 5.5. Protocolos internacionales
6. Discusión
7. Propuestas de mejora
  - 7.1. Marco legislativo
  - 7.2. Principios y garantías
  - 7.3. Descripción de conductas y prevención
  - 7.4. Procedimiento de actuación

Referencias bibliográficas

## 1. Introducción

El estudio de los factores psicosociales que afectan a la salud de las personas trabajadoras no empezó a ser una realidad hasta la década de 1970. Desde entonces aumentaron de forma importante las referencias sobre esta temática y la importancia otorgada a la misma. No obstante, también creció la ambigüedad al desarrollarse tres conceptos similares para referirse a dichos factores que tienen raíces históricas y conceptuales diferentes: los términos de factores psicosociales, factores de riesgo psicosocial o de estrés y riesgos psicosociales (Moreno Jiménez y Báez León, 2010). Así, haciendo una distinción entre los tres conceptos en función de la influencia en el bienestar de las personas trabajadoras, podemos concluir que los factores psicosociales son condiciones organizacionales, que pueden afectar de forma positiva o negativa a la salud. Por tanto, los factores psicosociales están directamente relacionados con el tipo de liderazgo, el clima de la organización y la cultura empresarial (Moreno Jiménez y Báez León, 2010). Los factores de riesgo psicosocial o de estrés, por su parte, son aquellos aspectos de la organización y su entorno social que pueden perjudicar a la salud de las personas trabajadoras provocando la aparición de riesgos psicosociales (Inspección de Trabajo y Seguridad Social –ITSS–, 2012). Ejemplos de estos factores son la falta de variedad de tareas, la sobrecarga de trabajo, la ambigüedad de rol o la desigualdad salarial (Cox *et al.*, 2005). Como se ha mencionado, la conjunción de estos factores puede resultar en la aparición de riesgos psicosociales. Estos se definen como la serie de características del diseño, organización y dirección del trabajo y de su entorno social que pueden provocar resultados psicológicos, sociales o físicos en la salud (ITSS, 2012). En resumen, existen una serie de factores de riesgo psicosocial en el trabajo (relaciones y apoyo social, contenido y carga de trabajo, cultura, etc.) que se pueden traducir en una serie de riesgos psicosociales (fatiga, estrés laboral o violencia). Estos riesgos podrían derivar en daños en la salud como trastornos psíquicos, conductuales o físicos que pueden interactuar con otros riesgos (Cox *et al.*, 2005; ITSS, 2012; Moreno Jiménez y Báez León, 2010).

Entre los riesgos psicosociales más destacados nos encontramos con los siguientes: estrés, violencia, inseguridad contractual, síndrome de *burnout*, conflictos familiares, y los que nos atañen en este trabajo: el acoso laboral o moral, el acoso por orientación sexual, identidad de género y racial o étnico, y, especialmente, el acoso sexual y por razón de sexo (Moreno Jiménez y Báez León, 2010).

## 2. Acoso psicológico laboral o acoso moral

El acoso psicológico en el trabajo, también conocido como acoso moral laboral, constituye uno de los riesgos psicosociales más comunes en organizaciones (De Miguel Barrado y Prieto Ballester, 2016; Rodríguez-Muñoz *et al.*, 2013). Según el Instituto Nacional de

Seguridad e Higiene en el Trabajo (INSHT, 2009), el acoso psicológico en el trabajo consiste en la exposición a comportamientos de violencia psicológica de manera recurrente y prolongada en el tiempo, hacia una o varias personas por parte de otra u otras, que actúan desde una posición de poder, dentro del marco de una relación laboral y que supone un importante riesgo para la salud. La posición de poder desde la que actúa la persona acosadora no tiene por qué ser necesariamente jerárquica (INSHT, 2009). Esta posición de poder puede ser de influencia, de información o de estatus. La referencia a la estructura jerárquica de la organización nos recuerda inevitablemente a los conceptos de dirección del acoso. Cuando el acoso se produce entre miembros de diferente posición jerárquica, hablamos de acoso vertical, mientras que, si este se produce entre miembros que comparten rol en la organización, hablamos de acoso horizontal (De Miguel Barrado y Prieto Ballester, 2016).

La finalidad de este tipo de acoso consiste en intentar dismantelar las redes de comunicación de las víctimas, arruinar su reputación, desbaratar sus labores y, finalmente, conseguir que las personas acaben por renunciar o salir de su trabajo (Leymann, 1996). El acoso laboral implica conductas y comportamientos que pueden suponer un riesgo para la vida cotidiana de la víctima y de su entorno, pudiendo afectar a su autoestima, conllevando graves resultados, como podría ser el suicidio de la persona trabajadora (De Miguel Barrado y Prieto Ballester, 2016). Las conductas o acciones constituyentes de acoso psicológico en el trabajo comprenden un conjunto de conductas explícitas, como ataques físicos y verbales, y otras menos evidentes, como la exclusión y el aislamiento de la víctima. Se ha demostrado que las conductas varían en función de la dirección en la que se produce el acoso (Hoel *et al.*, 2001). En resumen, se observa que todas estas definiciones coinciden en que el acoso se trata de una situación perjudicial, que se repite de manera sistemática durante un largo periodo de tiempo. Este se genera de manera gradual mediante un abuso de poder, independientemente de la posición jerárquica de la parte o partes emisoras de las conductas perjudiciales. Tiene consecuencias negativas, tanto para quien recibe dichas conductas, en cuanto a su bienestar o calidad de vida y condiciones laborales, como para el entorno de la propia organización en que se desarrolla.

Se trata de un grave problema que tiene un importante papel en la salud y calidad de vida de las víctimas. Estas suelen presentar malestar psicológico y problemas en su salud física, síntomas de naturaleza depresiva, irritable y ansiosa y alteraciones del sueño (Rodríguez-Muñoz *et al.*, 2013). Uno de los diagnósticos más frecuentes en individuos que han sido víctimas de acoso laboral es el trastorno de estrés postraumático (TEPT), llegando a alcanzar una prevalencia del 40 % (Rodríguez-Muñoz *et al.*, 2010). Además, todas estas conductas se traducen en riesgos laborales, y en muchas ocasiones surgen a raíz de elementos como la inapropiada dirección, organización y gestión de la empresa (De Miguel Barrado y Prieto Ballester, 2016). También perjudica la imagen de estas, incrementa los niveles de absentismo laboral e influye en su productividad y calidad. Esto se traduce en considerables costes en términos tanto sociales como empresariales (De Miguel Barrado y Prieto Ballester, 2016).

Existe una gran variabilidad de datos en cuanto a la prevalencia del acoso laboral a nivel europeo y a nivel nacional, dada la dificultad para poder estimarla. En España, la cifra oscilaría

entre un 9,2% y un 18,9% según el monográfico de Moreno Jiménez y Rodríguez-Muñoz (2006). Por su parte, a nivel europeo, un informe de Eurofound (2015) sugiere que las personas trabajadoras que han sido víctimas de acoso han aumentado en un 33% entre los años 2005 y 2015.

### 3. Acoso sexual laboral y acoso por razón de sexo

En cuanto al acoso sexual laboral (ASL), podemos observar que también carece de un consenso universalizado para su definición (Camacho Ramírez, 2018). Una de las primeras definiciones fue la aportada por la Comisión de Igualdad de Oportunidades en el Empleo de Estados Unidos (Employment Opportunity Commission, EEOC, 2011). Esta entiende el ASL como el conjunto de proposiciones sexuales no deseadas, demandas de favores sexuales y otras conductas de índole sexual en tres supuestos (EEOC, 2011): como condición para obtener empleo, como base para tomar decisiones sobre el empleo del individuo en función de su aceptación o rechazo, y para entorpecer la eficacia de su trabajo o para crear un entorno hostil e intimidatorio.

Mientras tanto, la legislación española define el acoso sexual en la Ley orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, como cualquier conducta, física o verbal, de carácter sexual, que posea el objetivo o genere el producto de vulnerar la dignidad de un individuo, creando un entorno degradante, intimidatorio u ofensivo. Además de su inclusión en la conocida como «Ley de igualdad» (LO 3/2007), destacan las referencias en otros documentos, como en el Estatuto de los Trabajadores, la Ley de prevención de riesgos laborales y directivas de la Unión Europea (2002/73/CE y 2006/54/CE). La Constitución española también contiene artículos que amparan el rechazo al ASL, así como el Código Penal, que incluye las conductas de acoso en el artículo 184. Las conductas que se consideran propias del ASL son aquellas de naturaleza física o verbal, de índole únicamente sexual, que se expresan en forma de chantaje o acoso ambiental. Estas tienen lugar en el sitio de trabajo por parte de individuos de cualquier sexo y de cualquier posición jerárquica dentro de la organización, orientadas hacia personas de cualquier sexo y de cualquier posición jerárquica dentro de la organización, que se manifiestan implícita o explícitamente como ofensiva para la parte receptora de dicha conducta (Pérez Guardo y Rodríguez Sumaza, 2013).

Se consideran como elementos esenciales las conductas sexuales o de connotación sexual, comportamientos no deseados por el individuo que los recibe y la localización de la conducta, que debe desarrollarse en el entorno de la organización y dentro del mando del empresariado (Camacho Ramírez, 2018; Morondo Taramundi, 2013). Entre las variantes de ASL, encontramos el acoso *quid pro quo* y el acoso ambiental (Cuenca Piqueras, 2017):

- *Quid pro quo* (chantaje sexual): imposición llevada a cabo por un/una superior jerárquico o cualquier persona que pueda tener algún tipo de influencia o poder sobre el empleo y las condiciones laborales de la víctima. Se trata de ejercer presión

para que la persona trabajadora escoja aceptar las exigencias sexuales que se le propongan. La negativa podría ser perder beneficios laborales o incluso la pérdida del empleo (Cuenca Piqueras, 2015).

- El acoso ambiental consiste en el deterioro en el ambiente laboral por la parte acosadora con el objetivo de impedir el desempeño de la persona trabajadora y generar un clima hostil, inseguro o humillante menoscabando la tranquilidad personal de la misma (Camacho Ramírez, 2018). No se contemplan las posiciones jerárquicas a la hora de definir el ASL desde esta perspectiva.

También podemos encontrarnos otras dos distinciones, el acoso técnico y el acoso declarado (Camacho Ramírez, 2018). El acoso técnico es entendido como el acoso que padece una persona trabajadora en el último año, en cualquier situación definida como acoso sexual, siendo indistinto que lo considere como acoso sexual o no. Y el acoso declarado se entiende como situaciones de acoso sexual, sufridas por una persona trabajadora en el último año y que son reconocidas por la víctima como constituyentes de acoso (Inmark, 2006; Pérez Guardo y Rodríguez Sumaza, 2013). El ASL, además, es una manifestación de la autoridad o el dominio sobre otra persona expresada de manera sexual (Cooper, 2001). Este poder se deriva del modelo sociocultural que desarrolla las desigualdades históricas entre mujeres y hombres (Camacho Ramírez, 2018). Constituye una de las formas más graves de la desigualdad dentro de las organizaciones y es muy difícil de detectar y calcular. Es una variante de la violencia de género muy poco visibilizada, pero que aún se encuentra en las organizaciones y que continúa creando sufrimiento, desigualdad y discriminación, y que afecta fundamentalmente a las mujeres (Pérez Guardo y Rodríguez Sumaza, 2016). Esto evidencia que el ASL se encuentra también englobado en el acoso por razón de sexo. Esta distinción hace referencia a cualquier conducta ejecutada para vulnerar la dignidad de la persona y generar un ambiente hostil, ofensivo o degradante solo porque esa persona es de un sexo determinado (Velasco Portero, 2019).

El ASL es un riesgo psicosocial presente en muchas organizaciones y que ha permanecido como un problema oculto hasta que no empezó a reconocerse como un problema social (Inmark, 2006). El origen de este fenómeno viene marcado por distintos componentes, diferenciados en dos variantes. Por un lado, la histórica diferencia de poder entre hombres y mujeres. Por otro lado, los elementos pertenecientes a la organización. Ambos se encuentran muy relacionados entre sí hasta el punto de ser complementarios (Camacho Ramírez y Mayorga, 2017).

Desde una perspectiva organizativa, es importante tener en cuenta diferentes factores. El entorno de la organización determina los distintos tipos de conductas y comportamientos que se efectúan en las zonas de trabajo. Por tanto, el entorno laboral es un factor imprescindible, ya que, en función de este, la organización será más propensa a tener una cultura que apoye el ASL (Cuenca Piqueras, 2015). Las políticas y filosofías de la organización, las relaciones dentro de esta, junto con las condiciones de empleo que proporcione y la calidad del trabajo, son factores influyentes en la cultura, y de manera indirecta en que se dé ASL.

Actualmente, el ASL puede tener graves consecuencias que afectan a tres grupos diferenciados. Por un lado, encontramos las consecuencias individuales para las víctimas; por otro, las consecuencias en la propia organización; y, por último, consecuencias con terceras partes que puedan estar implicadas o que se encuentren en el mismo entorno (Camacho Ramírez y Mayorga, 2017). Las consecuencias en la víctima pueden dividirse a su vez en diferentes categorías: las referidas a la salud (física y mental) y sus relaciones personales, y las referidas al empleo y condiciones laborales. Las mujeres que han sufrido ASL con mayor frecuencia presentan síntomas como fatiga, ansiedad, tristeza injustificada, depresión, insomnio, angustia, miedo, tensión, agobio e inseguridad consigo mismas (Pérez Guardo, 2013). Al igual que con el acoso psicológico laboral, también es frecuente que las víctimas desarrollen TEPT (Mansilla Izquierdo, 2014). Esto se une al temor hacia el cambio de posición o pérdida del empleo (Pérez Guardo, 2013). Y en los casos más graves pueden darse conductas autolesivas que pueden acabar en suicidio (Pérez Guardo, 2013).

En muy pocas ocasiones las personas acosadas se atreven a denunciar la situación de acoso dada la dificultad para aportar pruebas, por eso en los procesos judiciales se lleva a cabo la controvertida «inversión de la carga de la prueba», en la que la persona acusada debe demostrar su inocencia (LO 3/2007; Villamarín López, 2017). Esta dificultad para demostrar la situación de ASL conlleva una pérdida de la credibilidad y se debe principalmente al hecho de que las conductas de acoso en muchos casos no son observables. Suelen primar las conductas verbales y de tono menor con respecto a las conductas físicas (Pérez Guardo, 2013). Ante esto, las víctimas suelen utilizar estrategias como la normalización o evitación, pero en muy pocas situaciones el enfrentamiento directo. También, tienden a cambiar de cargo o de empleo, cuando las estrategias anteriores no funcionan. Y como estrategias emocionales y cognitivas pueden simplemente tolerar o negar el acoso y sus consecuencias (Pérez Guardo, 2013).

Los efectos que tiene el ASL en las personas pueden llevar a un efecto negativo en las organizaciones, como la pérdida de valor (Au *et al.*, 2019). Los principales riesgos que presentan las empresas son de carácter tangible. El absentismo y el presentismo son dos problemas que con gran facilidad ocurrirán ante una situación de ASL, unidos a intenciones de abandono por parte de muchas de las personas empleadas. Esto último sucederá cuando la situación de acoso genere un mal clima dentro de la organización (Camacho Ramírez y Mayorga, 2017). Entre las implicaciones encontramos un menor rendimiento, la pérdida de la cantidad y calidad del trabajo, así como una comunicación interna deficiente. Las relaciones entre iguales también se verán desgastadas y aumentarán con mayor probabilidad la conflictividad y la accidentabilidad laboral, así como la rotación del personal (Pérez Guardo, 2013).

El grupo de riesgo con más tendencia a sufrir acoso sexual ambiental es el de una mujer de entre 26 y 30 años, soltera, sin hijos, económicamente dependiente y con estudios de nivel medio. Si pertenece a minorías, las consecuencias son mayores, ya que son más propensas a sufrir las expresiones más graves del ASL (Cuenca Piqueras, 2015; Inmark, 2006). Se da de forma más habitual en la construcción y en la industria, dos sectores muy masculinizados

(Inmark, 2006). En 1999, Pérez Bilbao y Sancho Figueroa encontraron que las encuestas europeas indicaban que alrededor del 3 % de las mujeres europeas habían sufrido acoso sexual. En 2006, el estudio de Inmark concluyó que el 14,9 % de las mujeres trabajadoras en España habían sufrido alguna situación de ASL (acoso técnico), mientras que el 9,9 % lo habían percibido de manera más sistemática (acoso declarado).

A pesar del avance social y legislativo, en la Unión Europea solo se denuncian en torno al 15 % de los casos, cifra que empeora en España, donde únicamente el 8 % de las personas afectadas se atreven a denunciar (Eurofound, 2015). Por otro lado, solamente un 8 % de las empresas españolas tienen implementados planes de igualdad, a pesar de su obligatoriedad (LO 3/2007), y no se han encontrado datos con respecto a la implementación de protocolos de ASL. Por tanto, la falta de mecanismos de actuación ante estos casos en la gran mayoría de empresas, el hecho de que siga permaneciendo como un problema oculto o la ausencia de inspección y control del ASL dificultan la obtención de una radiografía completa de la magnitud de este problema social. Las empresas e instituciones deben prestar interés en eliminar este tipo de comportamientos, ya que afectan a sus equipos de trabajo y tienen consecuencias tanto en el clima y la reputación de la organización, como en la productividad y el rendimiento de esta (Gómez Gutiérrez *et al.*, 2019).

En resumen, en las últimas décadas se han producido enormes cambios en las prácticas y dinámicas de la vida en sociedad. Esto se ha visto plasmado en el mercado laboral, en sus condiciones y en las prácticas empresariales. Las consecuencias de estas grandes modificaciones en las organizaciones y del proceso actual de globalización han derivado en una mayor exposición a los riesgos psicosociales que pueden tener efectos en la salud y seguridad de las personas trabajadoras (Camacho Ramírez y Mayorga, 2017; Moreno Jiménez y Báez León, 2010). Esto se traduce en que los riesgos psicosociales han sido estudiados mediante estudios empíricos en mayor medida, pero se han dejado de lado los estudios aplicados, la prevención y los protocolos de actuación. Ocurre de igual manera con la intervención en materia de acoso en todas sus variantes (Rodríguez-Muñoz *et al.*, 2013).

Estos protocolos surgen de la creciente inclusión de prácticas destinadas a reducir y suprimir las desigualdades entre hombres y mujeres en el ámbito laboral. Sin embargo, muchos de ellos surgen más bien para cumplir con la legislación vigente que por un deseo expreso de proteger y garantizar la seguridad de las personas empleadas. En ocasiones, se realizan protocolos por la presión normativa, sin llegar a estar realmente integrados en los procesos y dinámicas organizacionales. Este desinterés ha traído consigo que muchas de estas guías de prevención y actuación resulten insuficientes, ineficaces y escasas de contenido (Pérez Guardo y Rodríguez Sumaza, 2016).

Apenas existen trabajos que sistematicen esta problemática. Por ello, el objetivo principal de este trabajo es desarrollar una propuesta de mejora de los protocolos de prevención y actuación frente al ASL y por razón de sexo de las instituciones y empresas españolas. Por su parte, los objetivos específicos son los siguientes:

- Realizar una revisión de la situación de los protocolos de prevención y actuación frente al ASL y por razón de sexo en España.
- Observar si existen diferencias entre protocolos de organismos públicos y de empresas privadas.
- Observar si existen diferencias entre protocolos españoles e internacionales.
- Desarrollar una serie de recomendaciones para complementar las medidas incluidas en los protocolos.

## 4. Método

En primer lugar, se realizó una revisión bibliográfica de la materia existente sobre acoso sexual. También, se establecieron tres grupos para diferenciar los protocolos: los pertenecientes a instituciones públicas, a organizaciones privadas y a organizaciones internacionales (sin distinción entre entes públicos y privados). Con una primera revisión de 20 protocolos pertenecientes a cada uno de los grupos, se establecieron cuatro categorías obtenidas a través de la información proporcionada por el conjunto de los protocolos (marco legislativo, conductas y prevención, principios y garantías, y procedimiento de actuación). Esta división se realizó con el fin de facilitar el posterior análisis. Cada una de ellas está conformada por una serie de criterios que las definen y que son comunes en la mayor parte de protocolos revisados. Una vez establecidos estos criterios, se analizaron un total de 94 protocolos de prevención y actuación frente al acoso. De ellos, 37 pertenecen a empresas e instituciones públicas españolas, 40 a empresas privadas españolas y 17 a organismos internacionales.

Tabla 1. Lista de protocolos revisados de empresas públicas y privadas españolas e internacionales

<b>Empresas e instituciones públicas españolas</b>	Adif, Administración General del Estado, Agencia Española de Protección de Datos, Ayuntamiento de Gijón, Ayuntamiento de Madrid, Ayuntamiento de Valencia, Ayuntamiento de Zaragoza, Comunidad de Madrid, Correos, CSIC, Diputación de Málaga, EFE, EMULSA Gijón, Fuerzas Armadas, Generalitat Valenciana, Gobierno de Navarra, Instituto Canario de Seguridad Laboral, Instituto Vasco de la Mujer, Junta de Andalucía, Puertos del Estado, Renfe, RTVE, Universidad Autónoma de Madrid, Universidad Complutense de Madrid, Universidad de Barcelona, Universidad de Córdoba, Universidad de Girona, Universidad de Granada, Universidad de Huelva, Universidad de Málaga, Universidad de Murcia, Universidad de Oviedo, Universidad de Sevilla, Universidad de Zaragoza, Universidad Politécnica de Madrid, Universidad Rey Juan Carlos.
----------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------



<b>Empresas privadas españolas</b>	Accem, Acciona, Admiral Seguros, Aguas de Alicante, AIF, Allianz, Anova, Anpark, Aqualia, Arada Ingeniería, Asamblea de Cooperación por la Paz, Asociación Alanna, Asociación de Personas con Discapacidad-Centro Especial de Empleo Verdiblanca, Asociación Dianova España, Banco Sabadell, Banco Santander, Boehringer Ingelheim España, Borges, Broseta Abogados, Calidad Pascual, Carac Siglo XXI, Centro de Formación Empresarial Aura, CERMI, Deutsche Bank, EMC Computer Systems Spain, Empresa Constructora EJUCA, emteSPORT, Endesa, Ensa, Ernst & Young, Euroconsult, Ferrovial Corporación, Finconsum, Focan, Fundación del Museo Guggenheim Bilbao, Grupo ATU, Grupo FCC, IKEA, Mahou, ONCE.
<b>Empresas e instituciones internacionales</b>	3M, ACNUR, Banco Mundial, FAO, FMI, Goldsmiths University, Johnson, NY State, OIT, OMS, Pfizer, Tesco, UNDP, UNESCO, UNICEF, United Technologies, Universidad de Toronto.

Fuente: elaboración propia.

Se creó una base de datos con las categorías anteriormente mencionadas. Posteriormente, se enumeraron tanto los criterios que cumple cada protocolo, como el número de protocolos que cumplen cada criterio. Con estos datos, se realizaron porcentajes, con el fin de observar cuáles de los criterios fueron más utilizados y, al mismo tiempo, qué protocolos son más completos con respecto a los criterios establecidos. A partir de los datos recogidos, se llevó a cabo una discusión de los resultados, detectando las necesidades a partir de las generalidades y particularidades de los protocolos. Finalmente, se utilizaron estas necesidades para redactar una serie de recomendaciones que constituyen la propuesta de mejora.

## 5. Resultados

Para la presentación de resultados de los protocolos españoles, se han utilizado las cuatro categorías que se han indicado anteriormente: marco legislativo, principios y garantías, conductas y prevención, y procedimiento de actuación. Mientras que los protocolos internacionales se han analizado de manera cualitativa.

### 5.1. Marco legislativo

Se han estudiado la Ley orgánica 3/2007, la Constitución española, la Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales, el Código Penal, el Estatuto de los Trabajadores, el Real Decreto 5/2000 (Ley de infracciones y sanciones en el orden social) y las Directivas 2002/73/CE y 2006/54/CE de la Unión Europea. También, el Estatuto Básico del Empleado Público

(Ley 7/2007), que aparece con frecuencia en los protocolos de instituciones públicas, y leyes que afectan exclusivamente al ámbito autonómico. Se ha tenido en cuenta si se desarrolla el fundamento jurídico de estas normas o si exclusivamente son mencionadas sin ahondar en ellas. Los datos obtenidos del análisis de todo el conjunto de los protocolos, atendiendo al marco legislativo que utilizan como referencia, son los siguientes.

Tabla 2. Leyes revisadas, protocolos en los que aparecen y porcentaje con respecto al total

Leyes	N.º protocolos	%
Ley orgánica 3/2007	53	68,8
Constitución española	25	32,5
Ley de prevención de riesgos laborales	23	29,9
Directiva 2006/54/CE	22	28,6
Estatuto de los Trabajadores	21	27,3
Directiva 2002/73/CE	16	20,8
Código Penal (LO 10/1995)	12	15,6
Real Decreto 5/2000	11	14,3
<b>Total</b>	<b>77</b>	<b>100</b>

Fuente: elaboración propia.

En las instituciones públicas, los datos concuerdan en posición con la totalidad de los protocolos, pero siendo mayor la utilización del conjunto de los criterios: la Ley orgánica 3/2007 (91,9 %), la Constitución española (54,1 %), la Ley de prevención de riesgos laborales (43,2 %), la Directiva 2006/54/CE (43,2 %), el Estatuto de los Trabajadores (32,4 %), la Directiva 2002/73/CE (29,7 %), el Código Penal (LO 10/1995) (27 %) y el Real Decreto 5/2000 (24,3 %). En las organizaciones privadas, existe una menor utilización del marco legislativo en general: la Ley orgánica 3/2007 (23,4 %), el Estatuto de los Trabajadores (11,7 %), la Constitución española (7,8 %), la Ley de prevención de riesgos laborales (7,8 %), la Directiva 2006/54/CE (6,5 %), la Directiva 2002/73/CE (5,2 %), el Código Penal (LO 10/1995) (1,3 %) y el Real Decreto 5/2000 (1,3 %).

## 5.2. Principios y garantías

En este análisis hemos reducido los principios a seis: confidencialidad, celeridad y diligencia, prohibición de represalias, imparcialidad, protección de las personas y salvaguarda de los derechos laborales de las personas, también llamado indemnidad. Los principios y garantías considerados como criterios han sido utilizados por los protocolos revisados en el siguiente orden.

Tabla 3. Principios y garantías revisados, protocolos en los que aparecen y porcentaje con respecto al total de todos los protocolos

Principios y garantías	N.º protocolos	%
Confidencialidad	68	88,3
Protección personas	64	83,1
Celeridad/Diligencia	52	67,5
No represalias	49	63,6
Imparcialidad	35	45,5
Indemnidad	32	41,6
<b>Total</b>	<b>77</b>	<b>100</b>

Fuente: elaboración propia.

De igual manera que al atender a la totalidad de los protocolos revisados. Los protocolos de instituciones públicas utilizan los principios y garantías de la siguiente forma: confidencialidad (91,9%), protección de personas (81,1%), celeridad (78,4%), no represalias (67,6%), imparcialidad (56,8%) e indemnidad (45,9%). En cuanto a las organizaciones privadas, se observa el siguiente porcentaje de utilización de cada uno: confidencialidad (85%), protección de personas (85%), imparcialidad (85%), no represalias (60%), celeridad (57,5%) e indemnidad (37,5%).

## 5.3. Conductas y prevención

En este apartado, se han tenido en cuenta los siguientes criterios: definiciones de acoso sexual, acoso por razón de sexo, acoso moral, chantaje sexual, acoso ambiental, acoso técnico y

acoso declarado y discriminación. También «descripción de conductas», que indica si los protocolos cuentan con ejemplos específicos de conductas que conforman cada tipo de acoso o discriminación. Y medidas preventivas.

Los resultados obtenidos en cuanto al cumplimiento de los criterios seleccionados, definiciones y descripción de conductas son los siguientes.

Tabla 4. Conductas revisadas, protocolos en los que aparecen y porcentaje con respecto al total en todos los protocolos

Conductas	N.º protocolos	%
Acoso sexual	74	96,1
Acoso por razón de sexo	69	89,6
Acoso moral	40	51,9
Discriminación	34	44,2
Chantaje	31	40,3
Acoso ambiental	30	39
Acoso técnico	4	5,2
Acoso declarado	4	5,2
Descripción conductas	48	62,3
<b>Total</b>	<b>77</b>	<b>100</b>

Fuente: elaboración propia.

En el caso de las instituciones públicas, las definiciones utilizadas y los porcentajes de utilización son: acoso sexual (97,3 %), acoso por razón de sexo (97,3 %), discriminación (67,6 %), chantaje (40,5 %), acoso ambiental (37,8 %), acoso moral (37,8 %), acoso técnico (2,7 %), acoso declarado (2,7 %) y descripción de conductas (54,1 %). Al hablar de las organizaciones privadas, los datos obtenidos son los siguientes: acoso sexual (95 %), acoso por razón de sexo (82,5 %), acoso moral (82,5 %), chantaje (40 %), acoso ambiental (40 %), discriminación (22,5 %), acoso técnico (7,5 %), acoso declarado (7,5 %) y descripción de conductas (70 %). Por último, en total, un 68,8 % de los protocolos (53 protocolos) utilizan medidas preventivas en materia de acoso. En el caso de las instituciones públicas, un 86,5 % de las mismas, lo cual se traduce en 32 de los 37 protocolos revisados, cuentan con

medidas preventivas específicas sobre este tema, mientras que solo un 52,5 % de las organizaciones privadas (21 protocolos) presentan este tipo de medidas.

## 5.4. Procedimiento de actuación

Los criterios utilizados han sido los siguientes: interposición de denuncia, posibilidad de denuncia verbal, posibilidad de denuncia por correo electrónico (provisto por la empresa), procedimiento informal, procedimiento formal, medidas cautelares, comité de seguimiento o asesoría confidencial, medidas disciplinarias, actuación ante denuncias falsas y evaluación y seguimiento de la actuación. Los protocolos revisados muestran que los porcentajes de utilización de los criterios seleccionados en cuanto al procedimiento de actuación son los siguientes.

Tabla 5. Fases del procedimiento, protocolos en los que aparecen y porcentaje con respecto al total en todos los protocolos

Fases	N.º protocolos	%
Denuncia	76	98,7
Procedimiento formal	67	87
Asesoría confidencial	61	79,2
Medidas cautelares	54	70,1
Denuncias falsas	53	68,8
Procedimiento informal	36	46,8
Evaluación y seguimiento	36	45,5
Denuncia verbal	21	27,3
Denuncia correo electrónico	16	20,8
<b>Total</b>	<b>77</b>	<b>100</b>

Fuente: elaboración propia.

Los resultados obtenidos de los protocolos de las instituciones públicas son: denuncia (100 %), procedimiento formal (97,3 %), asesoría confidencial (89,2 %), medidas cautelares

(75,7 %), denuncias falsas (70,2 %), evaluación y seguimiento (67,6 %), procedimiento informal (48,6 %), denuncia verbal (32,4 %) y denuncia *e-mail* (10,8 %). En las organizaciones privadas se han obtenido los siguientes resultados: denuncia (97,5 %), procedimiento formal (77,5 %), asesoría confidencial (70 %), denuncias falsas (67,5 %), medidas cautelares (65 %), procedimiento informal (45 %), denuncia *e-mail* (30 %), evaluación y seguimiento (25 %) y denuncia verbal (22,5 %). En cuanto a las medidas disciplinarias, se encuentran especificadas en 35,1 % (27 protocolos) del total de los protocolos, un 62,2 % (23 protocolos) de las instituciones públicas mencionan las conductas a sancionar y las medidas correctoras consiguientes, mientras que solo un 10 % (4 protocolos) de las organizaciones privadas lo hace.

## 5.5. Protocolos internacionales

La revisión de los protocolos internacionales se ha realizado de forma diferente a la de los organismos españoles, ya que tienen una estructura procedimental distinta. Por ello, se ha decidido recoger las particularidades de cada uno de los protocolos que sean útiles para la propuesta de mejora. Estos protocolos fueron aprobados entre la década de 1990 y la década del 2000. Lo más relevante de estos protocolos es que destacan por otorgarle un mayor énfasis al procedimiento informal, ofreciendo varias opciones además de la mediación, común en los protocolos españoles. Por otro lado, suelen ser más explícitos a la hora de determinar a qué departamento o a qué personas acudir cuando se produce un caso de ASL.

## 6. Discusión

A tenor de los resultados obtenidos, podemos confirmar que en líneas generales tanto los protocolos de instituciones públicas como los de empresas privadas necesitan mejorar sustancialmente. Con respecto al marco legislativo, los de instituciones públicas cuentan con un gran desarrollo de los documentos, leyes y decretos que toman como referencia, mientras que, en los protocolos de empresas privadas, no suele existir un apartado específico, integrándolos en el texto. No obstante, buena parte de los protocolos únicamente hacen referencia a la Ley orgánica 3/2007, lo que refuerza la idea de que se implantaron como medida para cumplir con la legislación más que como una herramienta de protección de las personas trabajadoras (Fabregat Monfort, 2010; Pérez Guardo y Rodríguez Sumaza, 2016).

En relación con los principios y garantías, destacan los de confidencialidad y protección de personas, que son incluidos en la mayor parte de protocolos. Estos principios juegan un importante papel, ya que la desprotección de las partes supone graves consecuencias como la pérdida de valor (Au *et al.*, 2019), la disminución de la productividad, comunicación interna deficiente y relaciones interpersonales empobrecidas, así como mayores índices de rotación y absentismo, entre otros factores (Camacho Ramírez y Mayorga, 2017; Pérez Guardo, 2013). No obstante, a pesar de la intencionalidad de proteger a las personas, menos de la mitad

de los protocolos incluyen medidas para salvaguardar los derechos laborales de la víctima (principio de indemnidad). De hecho, solo dos incluyen medidas activas de asistencia a las víctimas para restituir las, importante para evitar o disminuir las consecuencias somáticas o psicológicas del acoso (TEPT, fatiga, insomnio o depresión), así como los sentimientos de pérdida de utilidad y el miedo por perder el empleo o tener que cambiar de posición (Mansilla Izquierdo, 2014; Pérez Guardo, 2013). Las buenas intenciones de los protocolos no son suficientes y tienen que plasmar qué medidas va a tomar la organización para proteger y asistir a su trabajador o trabajadora en caso de que sufra ASL.

En muchas ocasiones se opta por cambiar a la víctima de espacio físico de trabajo, con el fin de ocultar el problema. Esta actuación junto con otras, como el alargamiento en el tiempo del proceso judicial, suponen formas de victimización secundaria (Rodríguez-Muñoz *et al.*, 2013). También surge esta victimización si no se garantiza la confidencialidad y empiezan a difundirse comentarios malintencionados y rumores en el seno de la organización, insultos y conductas como el aislamiento social o el rechazo de la comunicación (INSHT, 2009; Rodríguez-Muñoz *et al.*, 2013). También aumenta el riesgo a sufrir represalias por la parte acusada (Pérez Guardo y Rodríguez Sumaza, 2016). Por esto, es importante que los protocolos incluyan los principios de celeridad y confidencialidad.

El principio de imparcialidad y contradicción, referido al trato justo de las partes, se encuentra ausente en muchos protocolos. Estos datos son importantes para la revisión, puesto que muchas veces las empresas funcionan mediante vínculos extralaborales que pueden favorecer un trato beneficioso hacia las personas que realizan conductas constituyentes de acoso (Morondo Taramundi, 2013). Este principio está relacionado con el de presunción de inocencia, que, aunque no se ha tenido en cuenta como criterio en este trabajo, es importante mencionarlo, ya que existe cierta controversia dado el procedimiento de actuación en muchos de estos casos, que suele ser la inversión de la carga de la prueba. Ciertos sectores consideran que este procedimiento no permite un trato imparcial, ya que obliga a la parte acusada a demostrar con pruebas su inocencia (Villamarín López, 2017).

En la categoría de «conductas y prevención», lo más destacable es que prácticamente la totalidad de protocolos definen los conceptos de ASL y acoso por razón de sexo, variando en la explicitud del contenido, siendo los de empresas privadas más completos que los de instituciones públicas. En este apartado hemos incluido también aquellos protocolos que incluyen medidas preventivas. La mayor parte de los protocolos se basan en campañas de información y sensibilización para sus plantillas, así como la divulgación del protocolo. Algunos de ellos incluyen la formación y muy pocos un código de buenas prácticas.

Los resultados de «procedimiento de actuación» nos indican que lo más común es empezar el proceso por medio de una denuncia para proseguir con una investigación llevada a cabo por un comité de seguimiento o asesoría confidencial, en cuya composición se suele encontrar personal de los departamentos de Recursos Humanos/Relaciones Laborales/Prevención de Riesgos Laborales, así como miembros de las comisiones de igualdad de la

empresa y representación del personal. Algo menos de la mitad de los protocolos reconocen una segunda vía previa a la investigación, constituida por lo que se conoce como «procedimiento informal» o «de mediación». Se ha tenido en cuenta si los protocolos ofrecían alternativas a la denuncia presencial tradicional (por ejemplo, a través de correo electrónico), ya que suponen una mayor protección para la víctima y la confidencialidad del proceso (Pérez Guardo, 2013). No obstante, una minoría incluye esta opción.

Por otro lado, la mayor parte de los protocolos incluyen medidas cautelares mientras dure el proceso, centradas principalmente en la separación de la víctima de la parte presuntamente acosadora, teniendo en cuenta las preferencias de la víctima en todo caso. En el caso de que esta separación no sea posible, se optaría por la suspensión temporal.

Los resultados obtenidos nos arrojan también información sobre qué protocolos son más completos en cuanto a los criterios que hemos tenido en cuenta, y aquellos que, por el contrario, se han mostrado más deficientes. Esta diferencia puede deberse a que la influencia de la representación sindical en los organismos y empresas públicas suele ser mayor que en las empresas privadas. También por la gran variedad de interacciones interpersonales que se da en las instituciones públicas entre personal, usuarios/as y empresas dependientes o externas. Por tanto, se puede decir que estos protocolos nacen de una construcción global por parte de los distintos colectivos implicados (Morondo Taramundi, 2013; Rodríguez Rodríguez, 2018).

Otros protocolos de organizaciones importantes a nivel nacional se han demostrado insuficientes e ineficaces. Estos tampoco eran específicos de acoso sexual y lo enmarcan dentro del acoso laboral. La actuación ante el ASL debe tener matices distintos, ya que tiene origen diferente (Camacho Ramírez, 2018).

La mayor parte de los protocolos españoles se aprobaron a lo largo del último lustro, a diferencia de los protocolos internacionales revisados que pertenecen a la primera década del 2000. Uno de los motivos que explican esto es el mayor recorrido del reconocimiento del ASL como problema social y la mayor tradición en la elaboración de este tipo de protocolos en los países anglosajones (EEOC, 2011).

En resumen, el ASL es un riesgo psicosocial en los entornos laborales que engloba un conjunto de conductas de carácter sexual destinadas a crear un ambiente hostil y humillante para la persona que está siendo acosada (Cuenca Piqueras, 2017). Para prevenir este tipo de situaciones e intervenir en caso de que se den, los organismos públicos y empresas privadas han de contar por ley con un protocolo (Pérez Guardo, 2013). Sin embargo, y a pesar de su obligatoriedad desde el año 2007, la mayor parte de los protocolos de empresas e instituciones españolas se desarrollaron recientemente. De igual manera, muchas instituciones importantes siguen sin contar con uno (UGT, 2019).

El acoso sexual, al igual que la conocida como violencia de género, es fruto de una cultura esencialmente patriarcal que ha creado una diferencia de poderes entre hombres

y mujeres (Camacho Ramírez, 2018; Vallejo Dacosta, 2006). Los protocolos de ASL están destinados a proteger a hombres y a mujeres por igual, pero es imprescindible recordar los orígenes de una problemática para tener conocimiento de su existencia.

Las conductas constituyentes de acoso sexual fueron en su inicio una muestra del poder que tenía el hombre sobre la mujer, especialmente tras la incorporación tardía de ellas en el mercado laboral (Camacho Ramírez, 2018; Cooper, 2001; Vallejo Dacosta, 2006). Hoy en día, la inmensa mayoría de las víctimas de ASL siguen siendo mujeres (Cuenca Piqueras, 2015). La ausencia del enfoque de género en los protocolos revisados impide conocer la realidad histórica de este fenómeno y, por tanto, dificulta que este tipo de conductas dejen de ser normalizadas (Pérez Guardo y Rodríguez Sumaza, 2016).

Además, también es necesario que los protocolos incluyan las definiciones del ASL, sus tipos y las distintas posibilidades que pueden darse. El ASL depende principalmente del poder (económico, de estatus, de información, etc.) que tiene la parte acosadora sobre la persona acosada (Pérez Guardo y Rodríguez Sumaza, 2013). La indefinición y desconocimiento sobre qué es ASL y qué no hace que haya personas que puedan no darse cuenta de su realidad y de que podrían estar siendo víctimas. Por otra parte, también influye el desconocimiento de que ciertas conductas cometidas son constituyentes de ASL (Camacho Ramírez, 2018). Exponer con claridad qué es acoso y qué no es también una medida de prevención de acoso en el entorno laboral (Pérez Guardo y Rodríguez Sumaza, 2013).

Por otro lado, la actuación de los protocolos revisados también es mejorable. Ningún protocolo indica que el procedimiento informal de mediación es recomendable cuando la situación de acoso es inicial y no se ha prolongado demasiado en el tiempo. Esto es así debido a que podría llegarse a acuerdos no deseados por la víctima, incrementando las consecuencias individuales y organizacionales a las que hemos hecho referencia (Del Pozo Pérez, 2011; Guardiola Lago, 2009; Mansilla Izquierdo, 2014; Pérez Guardo, 2013).

La investigación debe hacerse siguiendo los principios y garantías que se han considerado en este trabajo, para impedir la victimización secundaria y otras discriminaciones a las partes, que pudiesen ser constituyentes de acoso psicológico (INSHT, 2009; Rodríguez-Muñoz *et al.*, 2013). También es importante incluir los procedimientos de actuación ante denuncias falsas para poder garantizar el principio de presunción de inocencia (Villamarín López, 2017).

Con el fin de suplir las posibles limitaciones de este trabajo, sería conveniente contar con mayores datos sobre la prevalencia del ASL tanto en España como a nivel comunitario. Los estudios provienen de fuentes muy diversas y suelen ser relativamente antiguos (Eurofound, 2015; Inmark, 2006; UGT, 2019). En ningún caso se han encontrado datos directos provenientes de instituciones gubernamentales, por lo que sería recomendable instar a estos organismos a promover un mayor número de estudios para conocer la incidencia de este problema.

Otra limitación se encuentra en los criterios seleccionados, puesto que los protocolos de actuación frente al acoso sexual no siguen un patrón único, por lo tanto, es posible que se haya perdido información durante el análisis. También se han encontrado dificultades a la hora de localizar los protocolos, especialmente en los de organizaciones internacionales, a pesar del uso de diferentes palabras clave. Además, se ha limitado su análisis debido a las diferencias en legislación, ideologías y culturas.

Las necesidades detectadas en esta revisión, junto con las que se han visto en la bibliografía (Bodelón González y Gala Durán, 2013; Morondo Taramundi, 2013; Pérez Guardo, 2013; Pérez Guardo y Rodríguez Sumaza, 2016; Rodríguez Rodríguez, 2018), nos muestran que las medidas llevadas a cabo para intentar eliminar las diferentes formas de discriminación y conseguir la igualdad efectiva entre hombres y mujeres no son suficientes ni aplicadas de forma efectiva por todas las empresas. Por ello, es necesario crear líneas de actuación dirigidas a diferentes objetivos. Entre ellos, nos parece importante destacar el reconocimiento de las mujeres como trabajadoras, dejando de exaltar su rol sexual, desarmar las concepciones sobre las intenciones de las personas que realizan conductas consideradas constituyentes de acoso y realzar la importancia de la percepción de estos comportamientos por parte de quienes los reciben.

Lo mismo ocurre con la concepción existente sobre la frecuencia con la que se imponen denuncias falsas, puesto que es un número significativamente menor al imaginado. Ocurre también con la culpabilización de las personas acosadas, ya que se tiende a culpar a las víctimas, muchas veces de manera inconsciente, ya sea por su actitud o su apariencia, y a legitimar las conductas constituyentes de acoso sexual (Pérez Guardo y Rodríguez Sumaza, 2016).

Con los resultados y conclusiones de este trabajo, se espera otorgar a las empresas una guía que les permita trabajar para mejorar o elaborar sus protocolos de prevención y actuación frente al ASL. También para poder seguir desarrollando líneas de investigación e intervención y seguir difundiendo la importancia de este riesgo psicosocial en la sociedad. Esto solo se puede conseguir realizando más estudios para conocer los índices de prevalencia del ASL, puesto que los datos existentes son antiguos y poco concluyentes. Y, sobre todo, para potenciar medidas efectivas de prevención primaria que nos acerquen a conseguir entornos laborales libres de acoso.

## 7. Propuestas de mejora

### 7.1. Marco legislativo

Las organizaciones públicas dedican con mayor frecuencia que las privadas un espacio específico para señalar las leyes en las que se ampara el protocolo. Contar con este

espacio facilita acceder al ámbito jurídico en el que se fundamentan y, por tanto, una mayor comprensión de la validez jurídica de este tipo de protocolos (Pérez Guardo y Rodríguez Sumaza, 2013).

## 7.2. Principios y garantías

El principio de indemnidad aparece en menos de la mitad de los protocolos. Esto se une con la ausencia de medidas de actuación o medidas cautelares con respecto a este principio. Por lo tanto, debería intentarse especificar medidas como acordar con la víctima el cambio o mantenimiento del puesto de trabajo, acuerdos sobre las condiciones laborales, traslado si la víctima lo desea, pero bajo ningún concepto deben empeorar las condiciones laborales de la persona receptora de acoso. Siempre teniendo en cuenta los recursos de los que dispone la organización y la particularidad de cada uno de estos casos.

## 7.3. Descripción de conductas y prevención

El acoso sexual es un problema que afecta principalmente a mujeres (Vallejo Dacosta, 2006), pero los hombres también pueden ser víctimas (Pérez Guardo y Rodríguez Sumaza, 2013) y puede darse entre personas del mismo o de distinto género. A pesar de que por sus raíces históricas debe mantenerse una perspectiva de género a la hora de tratar el asunto del ASL, el documento debe dejar constancia de que el protocolo es un instrumento cuyo último fin es instaurar entornos laborales libres de acoso para poder alcanzar el principio de igualdad de género.

También es importante señalar que el ASL puede darse en múltiples direcciones dado que la relación de poder no tiene por qué ser exclusivamente jerárquica, ya que existen distintos tipos de poder (de información, económico o de estatus) que pueden desencadenar situaciones de acoso. Por tanto, el acoso puede darse entre personas de distinta posición jerárquica (acoso vertical), entre personas de la misma posición (acoso horizontal) o incluso externas a la organización, como la clientela o estudiantes en caso de instituciones dedicadas a la formación (De Miguel Barrado y Prieto Ballester, 2016).

La falta de definición de las conductas o una descripción deficiente de las mismas impiden conocer la problemática real a la que nos estamos enfrentando (Pérez Guardo y Rodríguez Sumaza, 2013). Por ello, la propuesta de mejora en este aspecto es que todos los protocolos cuenten con una lista de los tipos y conductas que constituyen el ASL y por razón de sexo, para que las personas empleadas puedan reconocerlo y actuar en consecuencia (Camacho Ramírez, 2018). También cabe destacar el ASL que ocurre fuera del entorno de trabajo por medio de las nuevas tecnologías, principalmente redes sociales, que pueden agravar los problemas existentes. Ningún protocolo contempla este tipo de conductas pese

a constituir un factor de riesgo importante y, al mismo tiempo, un instrumento que facilita la obtención de evidencias cuando se producen casos de ASL (Vicente Pachés, 2017).

La mayoría de protocolos se centran principalmente en la prevención primaria, para evitar que se desarrollen situaciones de ASL, y la terciaria, para actuar ante estos casos. Nuestras propuestas de actuación concretas de prevención primaria se fundamentan a través de campañas de sensibilización y concienciación, para ofrecer información sobre esta problemática y desarrollar un conocimiento reflexivo. También con la difusión del propio protocolo y llevando a cabo actividades formativas sobre igualdad de género y actuación ante casos de acoso. La prevención secundaria apenas recibe espacio en los protocolos de actuación, pese a ser fundamental para localizar casos en fases iniciales y actuar sobre elementos que puedan desencadenar casos de ASL. Así, es necesario establecer como medidas de prevención secundaria estudios de riesgos psicosociales, sistemas de información que faciliten el asesoramiento sobre este tema al personal, así como políticas eficaces de resolución de conflictos y estudios periódicos de incidencia (Pérez Guardo y Rodríguez Sumaza, 2016; Universidad de Granada, 2016). También medidas como la inclusión de sistemas telemáticos y de asesoramiento sobre acoso sexual para aquellas personas que tengan sospechas de algún caso de acoso. Las medidas de prevención terciaria son aquellas que constituyen el procedimiento de actuación del protocolo.

## 7.4. Procedimiento de actuación

La denuncia es la mejor manera para detener el acoso (Camacho Ramírez, 2018). Asimismo, muchas organizaciones utilizan métodos muy confusos que la dificultan. Siguiendo el modelo de Bodelón González y Gala Durán (2013), se debe asegurar que los protocolos incluyan la siguiente información:

- Datos de identificación de la parte presuntamente acosadora.
- Datos de identificación de la presunta víctima.
- Datos de identificación de la persona denunciante (si es distinta a la víctima) en caso de que no se contemple la denuncia anónima.
- Descripción detallada de los hechos con indicación de fechas, medios de prueba pertinentes y circunstancias relevantes para identificar a la persona o personas que están cometiendo la falta.
- Información que favorezca la investigación (testigos, documentos, correos electrónicos, etc.).
- Inclusión de un modelo de denuncia formal en los anexos del protocolo.

Otra propuesta de mejora para facilitar la descripción de los hechos para la víctima es el desarrollo o planteamiento de una serie de cuestiones cuyas respuestas sirvan para identificar

correctamente la conducta de acoso. Estas preguntas pueden ser utilizadas como guía por parte de la asesoría confidencial encargada de tramitar la denuncia o por parte de la propia víctima para facilitar la redacción de la denuncia. Podrían utilizarse como ejemplo: ¿qué tipo de conductas he recibido?, ¿han afectado a mi salud?, ¿de qué manera?, ¿la persona acosadora es superior a mí jerárquicamente?, ¿han sido reiterativas en el tiempo?, ¿durante cuánto tiempo se han llevado a cabo esta serie de conductas?, etc.

Muchas organizaciones admiten únicamente denuncias realizadas por escrito y algunas proveen a su personal de un correo electrónico mediante el cual pueden denunciar. Esto es útil, pero no suficiente. Es necesario que las organizaciones cuenten con formularios implementados a nivel digital, por medio de la página web de la institución. De este modo, se facilitarían la denuncia y el asesoramiento sobre la misma. La formulación de las denuncias de manera telemática está en consonancia también con las nuevas formas de acoso, ya que actualmente pueden traspasar el ámbito físico laboral y continuar a través de otros medios, como son las redes sociales.

También es importante destacar que solo un 27,3% de los protocolos permiten que la víctima denuncie su situación de manera verbal. Algo importante, puesto que podría facilitar la denuncia para muchas personas. Lo mismo ocurre con el hecho de realizar una denuncia con identificación de la víctima. No obstante, esta denuncia verbal debería quedar reflejada por escrito, por la parte receptora de la misma, para dejar constancia de ello y activar el proceso.

En este sentido, otra propuesta sería que la persona encargada de tramitar las denuncias, la conocida como asesor/a confidencial, sea fácilmente identificada por las personas trabajadoras. Una forma de llevar a cabo esto es incluyendo en el propio protocolo el nombre y datos de contacto de la persona o grupo de personas responsables de esta asesoría confidencial, tal y como se da en algunos protocolos internacionales como el de ACNUR (2005). Asimismo, es necesario ofrecer varias alternativas de personas o grupos a los que dirigirse en caso de querer presentar una denuncia, con el fin de brindar mayor apoyo y oportunidades a las víctimas.

Al igual que se mencionó anteriormente con respecto a la identificación de la denuncia, sería interesante que se dejase constancia en el protocolo de la composición del comité, al menos por su posición en la empresa (integrante del departamento de Recursos Humanos, de la representación sindical, del comité de igualdad, etc.), para asegurar la mayor transparencia posible en el procedimiento de actuación. También es importante que estos comités sean interdisciplinarios y, si es posible, que el personal tenga formación en materia de igualdad y en ASL (Pérez Guardo y Rodríguez Sumaza, 2016).

Los protocolos deben mostrar más transparencia al indicar qué pasos van a seguir durante la investigación y cuál va a ser el procedimiento de toma de decisiones. Independientemente de que la investigación interna se lleve a cabo mediante entrevistas a las partes o a posibles testigos, la evaluación de documentos presentados por las partes o, incluso, la inversión de la carga de la prueba.

Los protocolos se limitan a indicar que se tomarán las medidas cautelares pertinentes en cada caso. En pocos casos sí que se indican diversas medidas como la separación de la supuesta víctima y de la supuesta persona agresora, el cambio en las condiciones y el entorno laboral e, incluso, la adaptación o cambio de puesto de trabajo. En aquellos casos en los que no es posible ninguna de estas medidas se opta por la suspensión temporal de empleo. Los protocolos que incluyen este tipo de medidas establecen que la víctima tiene prioridad de elección en los cambios o que estos se hacen con su consentimiento.

Los protocolos deberían ser más específicos, indicando cuáles serían las consecuencias de una denuncia ante una situación de acoso y las posibles opciones que tiene la víctima o testigos para que sus condiciones de trabajo se vean lo menos afectadas posible. Debe tenerse en cuenta siempre a los testigos, que pueden actuar como denunciantes o colaboradores durante el proceso de investigación y que también deben ser protegidos, algo que ningún protocolo tiene en cuenta.

También sería interesante incluir en los protocolos, ya sea en un anexo o en un apartado propio, una serie de medidas o recomendaciones sobre cómo actuar ante una acusación por acoso sexual y los posibles recursos que tiene para defenderse en caso de que considere que dicha denuncia es ilegítima.

En el caso de las medidas disciplinarias nos encontramos con un problema similar al observado en las medidas cautelares. Solo un 35,1 % de los protocolos cuentan con un listado de conductas sancionables y las correspondientes medidas disciplinarias. Este es un apartado que debería estar incluido en todos los protocolos, puesto que es necesario que las personas conozcan las consecuencias que podrían tener sus acciones. Además, es pertinente que estas medidas se encuentren amparadas en la legislación existente (Pérez Guardo y Rodríguez Sumaza, 2016).

El procedimiento informal surge como una vía rápida para solucionar el conflicto y también para tratar de evitar una posible victimización secundaria al judicializar el proceso. No obstante, si la situación de conflicto se debiera a una cuestión de género, la mediación no debería estar permitida (Del Pozo Pérez, 2011). En estos casos, podría existir una diferencia de poder entre las partes que hiciera que dicha mediación no fuera justa y, por lo tanto, llevar a soluciones o acuerdos no aceptados por las partes (Guardiola Lago, 2009). Las organizaciones deben velar por que este tipo de procedimientos sean lo más justos posible, ya sean mediados por la asesoría confidencial, personas expertas en igualdad o representantes sindicales, quienes deberán contar siempre con formación en mediación y resolución de conflictos.

Además de la mediación, podría utilizarse la asistencia de terceras personas que mediante el diálogo traten de buscar una solución entre las partes (personal de Recursos Humanos, representación sindical u otros integrantes de la organización). También la conciliación, que supondría el diálogo directo entre las partes junto con una figura nombrada por la organización.

Este tipo de soluciones podrían servir como alternativa para intentar evitar la judicialización del conflicto, pero solamente son útiles en etapas muy tempranas, como método para cortar de raíz el posible acoso antes de que hechos aislados se conviertan en una secuencia repetida. Por tanto, nuestra propuesta de mejora en este aspecto está encaminada a promover los mecanismos de mediación o asistencia de una tercera parte como una actividad de prevención secundaria y siempre siguiendo las consideraciones que tenga la presunta víctima. Los protocolos deben dejar claro que, en ningún caso, debe suponer un paso previo obligatorio a la interposición de la denuncia, ya que no todas las personas son capaces de hacer frente o desean llegar a ningún tipo de acuerdo con la persona que las está acosando. Puesto que, además, las actuaciones de terceras partes obligan a la víctima a participar de forma activa en el proceso, consiguiendo que esta sea una doble víctima al ser necesario que se reafirme en su rechazo hacia las conductas de acoso (Olarte Encabo, 2020).

En cuanto a la evaluación y al seguimiento, existen dos puntos a tener en cuenta:

- Por un lado, la evaluación y seguimiento de los propios protocolos, que deberían ser revisados y corregidos con continuidad, examinando los puntos débiles que presentan y corrigiendo los procedimientos de la manera pertinente. Además, deberían incluir los datos de contacto de las personas o departamentos que forman parte de las estructuras implicadas en la ejecución del protocolo (comité de asesoramiento, representación sindical, departamentos de Recursos Humanos y Relaciones Laborales, etc.), lo que serviría para actualizar los datos en caso de que sea necesario.
- Por otro lado, también es necesario hacer una evaluación y seguimiento de los casos denunciados, un 45,5 % de los protocolos lo lleva a cabo, pero no resulta un porcentaje suficiente. Tras un procedimiento de actuación, es imprescindible realizar un seguimiento, aún más en este tipo de casos que constituyen riesgos psicosociales.

Es recomendable que los protocolos también cuenten con la auditoría de personas ajenas a la organización, o, al menos, las que han contribuido a la elaboración del protocolo, para contar con opiniones externas que permitan seguir mejorando la actuación en casos de ASL. Las organizaciones deben ser conscientes de los riesgos que suponen las situaciones de acoso y, por lo tanto, proveer de diferentes tipos de ayuda a las personas implicadas en dichas situaciones (Fabregat Monfort, 2010). Se puede dividir en tres grupos a las personas implicadas en ellas:

- En primer lugar, las víctimas, las principales afectadas por estas situaciones. Proporcionándoles la ayuda necesaria, ya sea psicológica, médica, jurídica o social. Las organizaciones deben comprometerse a restituir por completo a la víctima, incluyendo la modificación de aquellas condiciones laborales que se crean favorables para su recuperación.

- En segundo lugar, las personas agresoras. En muchos casos podría resultar útil prestarles atención psicológica para conocer las causas de sus acciones y así poder prevenir este tipo de conductas en el futuro.
- Por último, otras personas implicadas. Muchas personas pueden estar implicadas en estos casos, ya sea porque han sido testigos o porque la situación les ha afectado de manera indirecta.

Todas las partes podrían necesitar apoyo emocional, instrumental, organizativo o informativo, en especial las víctimas y otras personas implicadas, así como las personas acusadas en falso (Fabregat Monfort, 2010). Es importante mencionar que la gran mayoría de las empresas e instituciones analizadas en esta revisión son de gran tamaño y, en general, su personal está cualificado. Pero las organizaciones medianas (menos de 250 personas trabajadoras) y con personal menos cualificado suelen ser las más susceptibles de contener casos de acoso, y menos propensas a elaborar protocolos de actuación ante casos de acoso sexual (Inmark, 2006). Por lo tanto, parece importante destacar que sería necesario dar a conocer esta problemática para que las personas menos informadas conozcan que existen soluciones para los conflictos y problemas a los que se pueden enfrentar en su día a día.

Por último, es relevante destacar que son escasos los trabajos que han realizado un análisis sistemático y bajo criterios cuantitativos, y los que lo han hecho ha sido bajo criterios meramente cualitativos (Bodelón González y Gala Durán, 2013; Morondo Taramundi, 2013). A lo largo de este trabajo hemos tratado de obtener una visión exhaustiva de la situación en España de los protocolos de prevención y actuación frente al ASL para poder desarrollar una propuesta de mejora de los mismos.

## Referencias bibliográficas

- ACNUR. (2005). Policy on Harassment, Sexual Harassment, and Abuse of Authority. <https://bit.ly/2MsKn6G>.
- Au, Shiu-Yik; Dong, Ming y Tremblay, Andreanne. (2019). Me Too: Does Workplace Sexual Harassment Hurt Firm Value? *SSRN Electronic Journal*.
- Bodelón González, Encarna y Gala Durán, Carolina. (2013). Protocolos contra el acoso sexual y por razón de sexo en el ámbito de las empresas privadas. En Juana María Gil Ruiz (Coord.<sup>a</sup>), *Acoso sexual y acoso por razón de sexo: actuación de las administraciones públicas y de las empresas* (pp. 133-260). CEJFE.
- Camacho Ramírez, Adriana. (2018). Acoso laboral basado en el sexo: entendiendo realmente el fenómeno. *Dilemas. Revista de Estudios de Conflicto e Controle Social*, 11(3), 562-579.
- Camacho Ramírez, Adriana y Mayorga, Daniela Rocío. (2017). Riesgos laborales psicosociales. Perspectiva organizacional, jurídica y social. *Prolegómenos*, 20(40), 159-172. <https://doi.org/10.18359/prole.3047>.

- Cooper, Jennifer. (2001). *Hostigamiento sexual y discriminación. Una guía para la investigación y resolución de casos en el ámbito laboral*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Cox, Tom; Griffiths, Amanda y Leka, Stavroula. (2005). Work organization and work related stress. En Kerry Gardiner y Malcolm Harrington (Eds.), *Occupational Hygiene*. Blackwell.
- Cuenca Piqueras, Cristina. (2015). Factores precipitantes del acoso sexual laboral en España. *Revista Mexicana de Sociología*, 77(4), 525-554.
- Cuenca Piqueras, Cristina. (2017). *El acoso sexual. Un aspecto olvidado de la violencia de género*. Centro de Investigaciones Sociológicas.
- EEOC. (2011). Guidelines on discrimination because of sex. Title 29-Labor. Subtitle B-Regulations Relating to Labor. Chapter XIV-Equal (vol. 4). Part 1604. <https://bit.ly/3oQJAJL>.
- Eurofound. (2015). Sexta Encuesta europea sobre las condiciones de trabajo: 2015. <https://bit.ly/3rhxHxW>.
- Fabregat Monfort, Gemma. (2010). El acoso laboral desde la perspectiva de la prevención de riesgos laborales. *Revista de Relaciones Laborales*, 2(23), 137-153.
- Gómez Gutiérrez, Elizabeth Lourdes; Montalvo Morales, Jesús Alberto; Molina Romeo, Víctor Pedro; Rivera González, Alejandra y Cervantes Ávila, Yazmín Guadalupe. (2019). La autoestima, seguridad y nivel académico como factores determinantes en la ausencia del acoso laboral. *Revista Global de Negocios*, 7(3), 1-11.
- Guardiola Lago, María Jesús. (2009). La víctima de violencia de género en el sistema de justicia y la prohibición de la mediación penal. *Revista General de Derecho Penal*, 12, 1-41.
- Hoel, Helge; Cooper, Cary y Faragher, Brian. (2001). The experience of bullying in Great Britain: the impact of organizational status. *European Journal of Work and Organizational Psychology*, 10, 443-466.
- Inmark Estudios y Estrategias. (2006). *El acoso sexual a las mujeres en el ámbito laboral: resumen de resultados*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- INSHT. (2009). Notas Técnicas de Prevención (854): Acoso psicológico en el trabajo: definición. <https://bit.ly/3jgxusa>.
- ITSS. (2012). *Guía de actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre riesgos psicosociales*. <https://bit.ly/3bWuJW4>.
- Leymann, Heinz. (1996). The content and development of mobbing at work. *European Journal of Work and Organizational Psychology*, 5, 165-184.
- Mansilla Izquierdo, Fernando. (2014). Acoso sexual en el trabajo en la Administración pública. *Medicina y Seguridad del Trabajo*, 60(235), 335-343.
- Miguel Barrado, Vanessa de y Prieto Ballesster, Jorge Manuel. (2016). El acoso laboral como factor determinante en la productividad empresarial: el caso español [The workplace harassment as determining factor in business productivity: the Spanish case]. *Perspectivas*, 19(38), 25-44.
- Moreno Jiménez, Bernardo y Báez León, Carmen. (2010). *Factores y riesgos psicosociales, formas, consecuencias, medidas y buenas prácticas*. INSHT.
- Moreno Jiménez, Bernardo y Rodríguez-Muñoz, Alfredo. (2006). Introducción del número monográfico sobre acoso psicológico en el trabajo: una perspectiva general. *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones*, 22, 245-249.

- Morondo Taramundi, Dolores. (2013). Protocolos contra el acoso sexual y por razón de sexo en el ámbito de las administraciones públicas. En Juana María Gil Ruiz (Coord.<sup>a</sup>), *Acoso sexual y acoso por razón de sexo: actuación de las administraciones públicas y de las empresas* (pp. 87-132). CEJFE.
- Olarte Encabo, Sofía. (2020). Prevención del riesgo laboral de acoso sexual y acoso sexista. En Manuel Correa Carrasco y María Gema Quintero Lima (Coords.), *Los nuevos retos del trabajo decente: la salud mental y los riesgos psicosociales (Objetivos de Desarrollo Sostenible 3, 5, 8, 10)* (pp. 63-94). Universidad Carlos III de Madrid.
- Pérez Bilbao, Jesús y Sancho Figueroa, Tomás. (1999). Nota Técnica Preventiva 507: Acoso sexual en el trabajo. INSHT.
- Pérez Guardo, Rocío. (2013). *El acoso sexual laboral a través de la percepción social de los agentes implicados en su prevención y control* (Tesis doctoral). Universidad de Valladolid.
- Pérez Guardo, Rocío y Rodríguez Sumaza, Carmen. (2013). Un análisis del concepto de acoso sexual laboral: reflexiones y orientaciones para la investigación y la intervención social. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 31(1), 195-219.
- Pérez Guardo, Rocío y Rodríguez Sumaza, Carmen. (2016). Una propuesta de intervención corresponsable sobre el acoso sexual laboral. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 34(1), 107-127. [https://doi.org/10.5209/rev\\_crla.2016.v34.n1.52008](https://doi.org/10.5209/rev_crla.2016.v34.n1.52008).
- Pozo Pérez, Marta del. (2011). ¿Es adecuada la prohibición de mediación del art. 44.5 de la Ley orgánica 1/2004? En Fernando Martín Diz (Coord.), *La mediación en materia de familia y derecho penal: estudios y análisis* (pp. 283-324). Andavira.
- Rodríguez-Muñoz, Alfredo; Baillien, Elfi; Note-laers, Guy y De Witte, Hans. (2013). Acoso psicológico en el trabajo. En Bernardo Moreno Jiménez y Eva Garrosa Hernández (Coords.), *Salud laboral: riesgos laborales psicosociales y bienestar laboral* (pp. 139-154). Pirámide.
- Rodríguez-Muñoz, Alfredo; Moreno Jiménez, Bernardo; Sanz Vergel, Ana Isabel y Garrosa Hernández, Eva. (2010). Post-traumatic symptoms among victims of workplace bullying: exploring gender differences and shattered assumptions. *Journal of Applied Social Psychology*, 40, 2.616-2.635.
- Rodríguez Rodríguez, Ignacio. (2018). *La gestión del acoso sexual y acoso por razón de sexo en las universidades públicas españolas. Propuestas de mejora* (Trabajo fin de máster). Universitat Jaume I. <https://bit.ly/3cMYA9j>.
- UGT. (2019). Informe de UGT Castilla y León sobre violencia de género. <https://bit.ly/3tuv5i6>.
- Universidad de Granada. (2016). Protocolo de la Universidad de Granada para la prevención y respuesta ante el acoso. <https://bit.ly/3rnCpu6>.
- Vallejo Dacosta, Ruth. (2006). Acoso sexual y acoso por razón de sexo: riesgos de especial incidencia en la mujer trabajadora. *Trabajo. Revista Iberoamericana de Relaciones Laborales*, 17, 55-84. <https://bit.ly/3jijADK>.
- Velasco Portero, María Teresa. (2019). Acoso y otras formas de violencia en el trabajo. *CIELO*, 9(4). [http://www.cielolaboral.com/wp-content/uploads/2019/10/velasco\\_noticias\\_cielo\\_n9\\_2019.pdf](http://www.cielolaboral.com/wp-content/uploads/2019/10/velasco_noticias_cielo_n9_2019.pdf).
- Vicente Pachés, Fernando. (2017). El ciberracismo: un fenómeno de violencia emergente en el ámbito de las relaciones de trabajo. *Revista de Información Laboral*, 2, 99-120.
- Villamarín López, María Luisa. (2017). «Inversión» de la carga de la prueba y presunción de inocencia desde una perspectiva europea. *Revista de Estudios Europeos*, 1, 94-105.

## Normas de publicación

La *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF (RTSS.CEF)* editada por el Centro de Estudios Financieros, SL, con ISSN 1138-9532 (en versión impresa) e ISSN-e 2531-212X (en versión electrónica), es una publicación dirigida a las personas interesadas en materias conectadas con el área social del Derecho que pretende ser un medio al servicio de la investigación y opinión, ofreciendo aportaciones a temas controvertidos y de interés.

La revista tiene una periodicidad mensual e incluye tanto estudios de naturaleza académica como artículos que analizan las disposiciones normativas y resoluciones judiciales de actualidad más relevantes de las materias relacionadas con el objeto de la publicación: Trabajo, Seguridad Social y Recursos Humanos. Asimismo, destina un espacio al análisis de cuestiones de controvertida aplicación práctica.

Los contenidos de la revista en versión impresa están también disponibles en versión digital en la página web [www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm](http://www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm), vehículo de divulgación y, a su vez, instrumento que permite la difusión de aquellos estudios que por las limitaciones propias del soporte papel verían dificultada su publicación.

### Normas para el envío y presentación de originales

1. Los trabajos (redactados en español) deberán ser originales e inéditos y se remitirán por correo electrónico a la dirección [revista@cef.es](mailto:revista@cef.es), identificándose el archivo con los apellidos del autor o la autora del trabajo seguidos de un guion y de la abreviatura de la sección de la revista a la que se destina: ED (estudios doctrinales), ARRL (análisis de actualidad de las relaciones laborales), DJ (diálogos con la jurisprudencia), FD (foro de debate), RRHH (estudios doctrinales específicos del área de Recursos Humanos) o CP (caso práctico).

Los trabajos destinados a la sección «Estudios» (incluidos los que con esta consideración se dirijan a la sección «Recursos Humanos») se presentarán anonimizados, indicándose en un archivo independiente los datos de autoría y, en su caso, de la financiación de la investigación.

2. Los trabajos han de estar encabezados por:

- Título en español e inglés.
- Extracto de no más de 20 líneas en español e inglés.
- Lista de palabras clave/descriptores (no menos de 2 ni más de 5) en español e inglés.
- Sumario (debe comenzar en página nueva), que utilizará la numeración arábiga, desarrollándose los subepígrafos secuenciados (dos dígitos: 1.1, 1.2...; tres dígitos: 1.1.1, 1.1.2...). De este requisito se exceptúan los trabajos dirigidos a la sección «Diálogos con la jurisprudencia».

3. La extensión de los artículos (incluidos título, extracto, palabras clave y sumario), en formato Microsoft Word (Times New Roman, cuerpo 11 e interlineado 1,5 para el texto y cuerpo 10 e interlineado sencillo para las notas a pie de página), será la siguiente:

- Estudios doctrinales: mínimo 20 y máximo 35 páginas.
- Análisis de actualidad de las relaciones laborales: máximo 25 páginas.
- Diálogos con la jurisprudencia: mínimo 3 y máximo 7 páginas.
- Foro de debate: máximo 10 páginas.
- Casos prácticos: máximo 25 páginas.

4. Las notas se numerarán consecutivamente y su texto se recogerá a pie de página y no al final. Se evitarán las que sean simples referencias bibliográficas, en cuyo caso deberán ir integradas en el texto señalando entre paréntesis solo los apellidos del autor o la autora, el año de publicación y, si procede, las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.). La mención completa se incluirá al final en las «Referencias bibliográficas».
5. Las citas de referencias legislativas o jurisprudenciales contendrán todos los datos necesarios para su adecuada localización y serán neutras. Se recomienda el empleo de la base de datos Normacef ([www.normacef.es](http://www.normacef.es)).

Las citas textuales deberán incluirse entre comillas latinas («») y al final de las mismas, entre paréntesis, solo los apellidos del autor o autora, el año de publicación y las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.) de las que se ha extraído dicho texto.

No se utilizará letra cursiva para las citaciones.

Las citas bibliográficas a lo largo del texto se harán citando la autoría solo por los apellidos, año de publicación y, si procede, las páginas (todo entre paréntesis y separado por comas). *Vid.* ejemplos de citas basados en el *Manual de Publicaciones de la American Psychological Association (APA)* en <http://www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm>.

6. Las referencias bibliográficas se limitarán a las que expresamente sustentan la investigación y son citadas en el trabajo.

No ocuparán más de 3 páginas.

Se situarán al final del artículo y se ajustarán a las normas APA (7.<sup>a</sup> ed.). *Vid.* ejemplos de lista de referencias basados en el *Manual de Publicaciones de la American Psychological Association (APA)* en <http://www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm>.

7. Los criterios de edición a seguir por los autores y las autoras se contienen detallados en <http://www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm>.

## Proceso editorial

- Recepción de artículos. Se acusará su recibo por la editorial, lo que no implicará su aceptación.
- Remisión de originales al Consejo de Redacción. La editorial remitirá el trabajo al Consejo de Redacción de la revista, que lo analizará y decidirá su aceptación, su admisión condicionada a la introducción de cambios o su rechazo. En cualquiera de los casos, la decisión adoptada será comunicada.
- Sistema de revisión por pares. El estudio enviado a evaluación será analizado por dos personas evaluadoras externas, de forma confidencial y anónima (doble ciego), que emitirán un informe sobre la conveniencia o no de su publicación, que será tomado en consideración por el Consejo de Redacción. El trabajo revisado que se considere que puede ser publicado condicionado a la inclusión de modificaciones deberá ser corregido y devuelto por el autor o autora a la revista en el plazo máximo de 1 mes, tanto si se solicitan correcciones menores como mayores.
- Proceso editorial. En los trabajos de investigación, una vez finalizado el proceso de evaluación, se enviará al autor, a la autora o a la persona designada como responsable principal en caso de trabajos colectivos la notificación de aceptación o rechazo para su publicación. Asimismo, serán remitidas, si así se requiere editorialmente, las pruebas de imprenta de su trabajo para su examen y eventual corrección. Terminado el proceso y disponible el artículo, se le hará llegar por correo electrónico.



## Más de **350 libros digitales** en las áreas de

- Calidad y medioambiente
- Ciencias de la salud
- Contabilidad
- Derecho laboral y seguridad social
- Derecho administrativo
- Derecho civil
- Derecho constitucional
- Derecho mercantil
- Derecho penal
- Derecho procesal
- Economía y finanzas
- Educación
- Historia
- Idiomas
- Informática
- Ingeniería
- Marketing
- Periodismo
- Psicología
- Recursos humanos
- Tributación

// Facilidades de pago

// Entrega inmediata

// También en papel

Tu currículum no dice que

# DESPUÉS DEL TRABAJO SEGUÍAS TRABAJANDO EN TU FUTURO.

En UDIMA reconocemos tu esfuerzo. Por eso te ofrecemos una metodología online que encaja con tu ritmo de vida, sea cual sea.

**ERES MÁS DE LO QUE SE VE**  
udima.es



Nuestro equipo de profesionales hace de la UDIMA un lugar donde cumplir tus sueños y objetivos: profesores, tutores personales, asesores y personal de administración y servicios trabajan para que de lo único que tengas que preocuparte sea de estudiar.

## GRADOS OFICIALES

### Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Ingeniería de Organización Industrial • Ingeniería de Tecnologías y Servicios de Telecomunicación • Ingeniería Informática

### Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Magisterio de Educación Infantil • Magisterio de Educación Primaria • Psicología (rama Ciencias de la Salud)

### Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Administración y Dirección de Empresas • Economía • Empresas y Actividades Turísticas • Marketing

### Facultad de Ciencias Jurídicas

Ciencias del Trabajo, Relaciones Laborales y Recursos Humanos • Criminología • Derecho

### Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Historia • Periodismo • Publicidad y Relaciones Públicas

## MÁSTERES OFICIALES

### Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Energías Renovables y Eficiencia Energética

### Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Dirección y Gestión de Centros Educativos • Enseñanza del Español como Lengua Extranjera • Formación del Profesorado de Educación Secundaria • Gestión Sanitaria • Psicología General Sanitaria • Psicopedagogía • Tecnología Educativa

### Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Auditoría de Cuentas • Banca y Asesoría Financiera • Dirección Comercial y Marketing • Dirección de Empresas (MBA) • Dirección de Empresas Hoteleras • Dirección de Negocios Internacionales • Dirección Económico-Financiera • Dirección y Gestión Contable • Marketing Digital y Redes Sociales

### Facultad de Ciencias Jurídicas

Análisis e Investigación Criminal • Asesoría de Empresas • Asesoría Fiscal • Asesoría Jurídico-Laboral • Dirección y Gestión de Recursos Humanos • Gestión Integrada de Prevención, Calidad y Medio Ambiente • Práctica de la Abogacía • Prevención de Riesgos Laborales

### Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Interuniversitario en Unión Europea y China • Mercado del Arte • Seguridad, Defensa y Geoestrategia • Sociedad y Relaciones de Poder en el Mundo Premoderno

## TÍTULOS PROPIOS Y DOCTORADO

(Consultar en [www.udima.es](http://www.udima.es))

¡MATRÍCULA ABIERTA! DESCUENTO ESPECIAL AHORA