

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Revista bimestral núm. 478 | Enero-Febrero 2024

ISSN: 2792-8314

**Nueva legislatura, nuevas reformas,
nuevos equilibrios: el subsidio por desempleo**

Margarita Miñarro Yanini



**El impacto de la digitalización
en la representación
de las personas trabajadoras**

José María Miranda Boto y Elisabeth Brameshuber

El trabajo en empresas multinacionales

Enrico Gragnoli

**Jubilación parcial y contrato de relevo
en supuestos de subrogación convencional**

Cristina Aragón Gómez

**El desistimiento a la pensión
de jubilación ya reconocida**

Susana Rodríguez Escanciano

**Efectos de la nulidad de la extinción
en la relación laboral especial penitenciaria**

María Dolores García Valverde

**El neuroticismo como antecedente
del tecnoestrés y la adicción al trabajo**

Mario Domene Toledo y Fernando José Pons Verdú

Ahora



MÁSTERES

CURSOS



¿Y tú? ¿Ya sabes lo que quieres?

FÓRMATE EN LAS ÁREAS DE

Asesoría de Empresas • Contabilidad y Finanzas • Dirección y
Administración de Empresas • Jurídica • Laboral • Marketing y Ventas •
Prevención, Calidad y Medioambiente • Recursos Humanos •
Tributación

Presencial | Telepresencial | Online

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Núm. 478 | Enero-Febrero 2024

Directora editorial

M.^a Aránzazu de las Heras García. Doctora en Derecho. Universidad a Distancia de Madrid, UDIMA (España)

Consejo de redacción

Directora

Margarita Miñarro Yanini. Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I (España)

Subdirectora

Susana Rodríguez Escanciano. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León (España)

Vocales

Coordinadora Derecho de la Seguridad Social. Isabel María Villar Cañada. Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén (España)

Coordinador Derecho del Trabajo. David Lantarón Barquín. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Cantabria (España)

Coordinador Derecho Vivo. Fernando Ballester Laguna. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Alicante (España)

Secretaría

Pilar Conde Colmenero. Doctora en Derecho (acreditada a titular de universidad, área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social). Profesora asociada. Universidad Jaume I (España)

Comité científico

Carlos Luis Alfonso Mellado. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia (España)

Ana Rosa Argüelles Blanco. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo (España)

Marco Biasi. Profesor asociado de Derecho del Trabajo. Università degli Studi di Milano (Italia)

Laura Calafà. Profesora titular de Derecho del Trabajo. Università di Verona (Italia)

Ferrán Camas Roda. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Girona (España)

María Teresa Díaz Aznarte. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada (España)

José Antonio Fernández Avilés. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada (España)

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Enrico Gragnoli. Catedrático de Derecho del Trabajo. Università di Parma (Italia)

María Teresa Igartua Miró. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla (España)

Eugenio Lanzadera Arencibia. Doctor en Derecho y Ciencia Política. Profesor de Derecho del Trabajo. UDIMA (España)

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)

José Eduardo López Ahumada. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Alcalá (España)

Cristina Mangarelli. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de la República (Montevideo, Uruguay)

Nelson Mannrich. Presidente da Academia Nacional de Direito do Trabalho. Profesor titular de Derecho del Trabajo. Universidade de São Paulo (Brasil)

Juan Pablo Mugnolo. Profesor de Derecho de las Relaciones Colectivas de Trabajo. Universidad de San Andrés (Victoria, Argentina)

Michele Tiraboschi. Catedrático de Derecho del Trabajo. Università di Módena e Reggio Emilia (Italia)

Evaluación externa

Estudios jurídico-laborales

Amparo Esteve Segarra. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia (España)

Juan García Blasco. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza (España)

Juan López Gandía. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Politécnica de Valencia (España)

Carolina Martínez Moreno. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo (España)

Jesús Rafael Mercader Uguina. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III (España)

Antonio Ojeda Avilés. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (jubilado). Universidad de Sevilla (España)

Sofía Olarte Encabo. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada (España)

Ana de la Puebla Pinilla. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid (España)

Eduardo Rojo Torrecilla. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona (España)

Carmen Sánchez Trigueros. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia (España)

José Luis Tortuero Plaza. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid (España)

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Estudios de recursos humanos

Eva Cifre Gallego. Catedrática de Psicología Social. Universidad Jaume I (España)

Vicente A. Martínez Tur. Catedrático de Psicología y de las Organizaciones. Universidad de Valencia (España)

María Eugenia Sánchez Vidal. Catedrática de Organización de Empresas. Universidad Politécnica de Cartagena (España)

José Ángel Zúñiga Vicente. Catedrático de Organización de Empresas. Universidad Rey Juan Carlos (España)

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

Indexación y calidad



CARHUS Plus+

BASE DE DATOS
ISOC

WorldCat®

MIAR

DULCINEA

Google
Académico

latindex

resh

D I C E

Dimensions

Psicodoc

ÍNDICES
CSIC

ANECA

clasificación
C I
R C

Dialnet

IN~RECJ

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.

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 (6 números) **130 €** en papel y digital / **80 €** en digital

Solicitud de números sueltos (en papel o en PDF)

Suscriptores/as **25 €**

No suscriptores/as **30 €**

Edición

Centro de Estudios Financieros, SL

Correo electrónico: revistatss@udima.es

Edición digital: <https://revistas.cef.udima.es/index.php/rtss>

Depósito legal: M-29442-2007

ISSN: 2792-8314

ISSN-e: 2792-8322

Entidad certificada por:



Esta editorial es miembro de la UNE, lo que garantiza la difusión y comercialización de sus publicaciones a nivel nacional e internacional

Impresión

Artes Gráficas Coyve

c/ Destreza, 7

Polígono industrial Los Olivos

28906 Getafe (Madrid)

Todos los derechos reservados.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización del Centro de Estudios Financieros, CEF., salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45). Transcurrido un año desde la fecha de publicación, los trabajos quedarán bajo Licencia Creative Commons Reconocimiento-No comercial-Sin obra derivada 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0).

Sumario

Editorial

- Nueva legislatura, nuevas reformas, nuevos equilibrios: el Real Decreto-Ley 7/2023 (...) para la simplificación y mejora del nivel asistencial de la protección por desempleo 7-20
Margarita Miñarro Yanini

Estudios

- El impacto de la digitalización en la representación de las personas trabajadoras: posibilidades y desafíos para los derechos de información y consulta y la negociación colectiva 21-59
The impact of digitalization on workers' representation: possibilities and challenges for information and consultation rights and collective bargaining
- Accésit del Premio Estudios Financieros 2023**
José María Miranda Boto y Elisabeth Brameshuber
- La empresa multinacional, su dirección y la protección efectiva de las personas trabajadoras 61-80
The multinational company, its management and the effective protection of workers
Enrico Gagnoli
- Una propuesta de reformulación del régimen de extinción del contrato en la relación laboral especial del servicio del hogar familiar tras el Real Decreto-Ley 16/2022 81-110
A proposal to reformulate the regimen of termination of the contract in the special employment relationship of the family home service after Royal Decree-Law 16/2022
Aránzazu Roldán Martínez
- Naturaleza jurídica de la renta activa de inserción. La puerta de acceso a prestaciones contributivas de la Seguridad Social 111-143
Legal nature of active insertion income. The gateway to contributory benefits of Social Security
José Luis Blanco Pérez

Diálogos con la jurisprudencia

- Jubilación parcial y contrato de relevo. Alcance de la responsabilidad de la empresa en caso de subrogación convencional. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 287/2023, de 19 de abril 145-154
Partial retirement and relief contract. Scope of the company's liability in case of conventional subrogation. Commentary on Supreme Court Ruling 287/2023, of 19 April
Cristina Aragón Gómez
- El desistimiento a la pensión de jubilación una vez reconocida por la entidad gestora. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 320/2023, de 26 de abril 155-163
Withdrawal of the retirement pension once it has been recognised by the management entity. Commentary on Supreme Court Ruling 320/2023, of 26 April
Susana Rodríguez Escanciano

La nulidad de la decisión extintiva de la relación laboral especial penitenciaria y el derecho del interno a la indemnización de daños y perjuicios. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 566/2023, de 19 de septiembre	164-172
<i>The nullity of the decision terminating the special prison labor relation and the inmate's right for compensation of damages. Commentary on Supreme Court Ruling 566/2023, of 19 September</i>	
María Dolores García Valverde	
¿Es aplicable el salario mínimo interprofesional a la relación laboral especial de las personas que intervienen en operaciones mercantiles actuando por cuenta de uno o más empresarios, sin asumir el riesgo y ventura de las mismas? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 725/2023, de 10 de octubre	173-181
<i>Is the interprofessional minimum wage applicable to the special employment relationship of commercial operators on behalf of one or more entrepreneurs, without assuming the risk and fortune? Commentary on Supreme Court Ruling 725/2023, of 10 October</i>	
Carmen Ferradans Caramés	
¿El principio del fin del «privilegio» notarial en materia de sucesión de empresas? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de noviembre de 2023 (asuntos acumulados C-583/21 a C-586/21)	182-190
<i>Is this the beginning of the end of notarial "privilege" related to transfers of undertakings? Commentary on the Ruling of the Court of Justice of the European Union of 16 November 2023 (joined cases C-583/21 to C-586/21)</i>	
Fernando Ballester Laguna	
La suspensión del contrato de trabajo por causas ajenas a la voluntad de la persona trabajadora no debe afectar a la retribución de las vacaciones. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 350/2023, de 11 de mayo	191-198
<i>Suspension of an employment contract for reasons beyond the employee's control should not affect holiday pay. Commentary on Supreme Court Ruling 350/2023, of 11 May</i>	
Paula López Aguado	

Estudios de Recursos Humanos

El neuroticismo como antecedente del tecnoestrés y la adicción al trabajo. Una visión sensibilizadora para las organizaciones del siglo XXI	199-218
<i>Neuroticism as an antecedent of technostress and workaholism. A view to sensitize organizations in the 21st century</i>	
Mario Domene Toledo y Fernando José Pons Verdú	
Gestión sostenible de los recursos humanos y resiliencia empresarial en el contexto pandémico	219-245
<i>Sustainable human resource management and business resilience in the pandemic context</i>	
Francisco Javier Jimeno de la Maza y Mercedes Redondo Cristóbal	

Actos de graduación del curso 2022-2023 y entrega de los Premios Estudios Financieros 2023	247-256
---	---------

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>

Nueva legislatura, nuevas reformas, nuevos equilibrios: el Real Decreto-Ley 7/2023 (...) para la simplificación y mejora del nivel asistencial de la protección por desempleo

Margarita Miñarro Yanini

*Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universitat Jaume I (Castelló, España)*

*Directora de la Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF
myanini@dtr.uji.es | <https://orcid.org/0000-0001-8411-3595>*

Es más importante no errar ni una vez que acertar cien veces. Nadie mira al sol resplandeciente, pero todos lo hacen cuando está eclipsado. La censura popular no tendrá en cuenta las veces que se acierte, sino las que se falle.

B. Gracián (*El arte de la prudencia*)

1. El año 2024 nos traerá, a buen seguro, importantes novedades en el ámbito jurídico-social. Algunas de ellas, previsibles, otras, sorpresivas –pues, sin necesidad de aplicar artes adivinatorias, puede afirmarse sin riesgo de errar que es seguro que las habrá–. En cualquier caso, por su mayor posibilidad de identificación, procede ahora referirse a las primeras, que además componen un grupo bien nutrido.

En este sentido, muchas son las reformas que el Gobierno quiere y debe –pues se ha comprometido a ello– acometer en esta nueva legislatura en materia sociolaboral, según quedó plasmado en el acuerdo de coalición entre PSOE y SUMAR. Además, a la importancia cuantitativa se suma la cualitativa, pues todas las reformas proyectadas relativas a esta área afectan a cuestiones de primer orden, algunas de ellas, retos en toda regla. Entre estas puede citarse el reforzamiento de garantías en las modificaciones sustanciales y descuelgues, así como de las relativas al despido –con el mismo objetivo de hacerlo más garantista y cumplir con las exigencias derivadas

Muchas son las reformas que el Gobierno quiere y debe –pues se ha comprometido a ello– acometer en esta nueva legislatura en materia sociolaboral según quedó plasmado en el acuerdo de coalición entre PSOE y SUMAR

de la [Carta Social Europea](#)–; el desarrollo de las reglas de representatividad de las empresas, o, en fin, el impulso de la jornada híbrida, que incluye trabajo presencial y en remoto.

No obstante, por su amplio espectro, su especial ambición reformista, al menos en su formulación inicial –que se verá si puede alcanzar reflejo normativo–, y por la concreción que se les ha dado, en este documento u otras actuaciones, que expresa una especial determinación respecto de las mismas y permite perfilarlas en mayor medida, algunas de las reformas planteadas pasan a otro nivel muy superior en su impacto. Este es el caso de la configuración de un nuevo y «gran» –en sentido literal y figurado– «Estatuto del Trabajo del siglo XXI», que integre todas las actividades profesionales; la ya desde hace años imprescindible reforma de la [Ley de prevención de riesgos laborales](#); o, en fin, otras respecto de las que se ha generado cierta controversia, como son la reducción –progresiva– de la jornada a 37 horas y media semanales, entre otras.

Este amplio y ambicioso programa se desarrollará a lo largo de la legislatura, pero el calendario de reformas ha fijado 2024 como el periodo de materialización de muchas de ellas, por lo que no cabe duda de que será un año especialmente activo en este terreno.

2. Algunas de las reformas de este extenso y heterogéneo paquete incluso se adelantaron, apareciendo cuando el recién despedido 2023 daba sus últimos coletazos, como son las incorporadas en el Real Decreto-Ley (RDL) 7/2023, de 19 de diciembre, por el que se adoptan medidas urgentes, para completar la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y profesional de

Algunas de las reformas de este extenso y heterogéneo paquete incluso se adelantaron, apareciendo cuando el recién despedido 2023 daba sus últimos coletazos, como son las incorporadas en el RDL 7/2023, de 19 de diciembre

los progenitores y de los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, y para la simplificación y mejora del nivel asistencial de la protección por desempleo. Aunque la materia de protección de desempleo asistencial parece quedar diluida formalmente, al situarse en la parte final de tan largo, descriptivo y también fraccionado título, lo cierto es que la importancia de la reforma operada es de primer orden. Ello es así no solo porque toda reforma en materia de desempleo es indiscutible foco de interés por razones objetivas, dadas sus grandes repercusiones sociales, políticas y económicas, y también, claro, porque el desempleo estructural es desde hace décadas uno de los problemas laborales más preocupantes de España. Además, en este caso, los cambios son de gran magnitud en todos los sentidos –cualitativo y cuantitativo–, pues alcanzan tanto a las políticas activas como a las mal llamadas políticas pasivas, es decir, las prestaciones económicas, afectando en esta área tanto a las contributivas como, mayoritariamente, a las asistenciales, lo que determina que el interés sea aún mayor. Por lo demás, la nueva regulación del subsidio por desempleo comparte marco normativo reformista, además de con previsiones

relativas a la prestación contributiva por desempleo, con materias tan heterogéneas como la igualdad entre hombres y mujeres a través de la conciliación de la vida laboral y familiar, como apunta su título, la representatividad de las personas artistas o la jornada de trabajo en el empleo público, entre otras con presencia más episódica. Es, en definitiva, un RDL «escoba», con el que pretendían resolverse antes de que terminase el año cuestiones pendientes desde largo tiempo atrás. En cualquier caso, la propuesta normativa todavía incluía más variedad de contenido, pues integraba también la regulación vinculada a la transposición de la [Directiva 2019/1152, de 20 de junio de 2019](#), sobre condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea; materia esta cuya regulación se derivó en el último momento a otra norma.

Justamente, este primer editorial del año quiere asomarse a la flamante reforma normativa del subsidio por desempleo, cuya aprobación era necesaria para percibir el cuarto pago de los fondos Next Generation. Esta razón explica su acelerada adopción y su adelanto respecto de las reformas programadas antes aludidas, lo que no solo ha sido una «cuestión de tiempos», sino que ha dejado huella en importantes aspectos de la regulación, como luego se indicará en relación con el tema nuclear examinado. Esta materia se integra en el [componente 23 del Plan Nacional de Recuperación, Transformación y Resiliencia](#), relativo a «Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo», cuyo ambicioso objetivo es favorecer «la reforma del mercado laboral español para adecuarlo a la realidad y necesidades actuales y de manera que permita corregir las debilidades estructurales, con la finalidad de reducir el desempleo estructural y el paro juvenil, corregir la dualidad, mejorar el capital humano, modernizar la negociación colectiva y aumentar la eficiencia de las políticas públicas de empleo, dando, además, un impulso a las políticas activas de empleo, que se orientarán a la capacitación de las personas trabajadoras en las áreas que demandan las transformaciones que requiere nuestra economía». La reforma 10.^a integrada en este componente es la relativa a la «simplificación y mejora del nivel asistencial de desempleo», respondiendo a tal objeto los cambios introducidos por el [artículo segundo](#) del recién aparecido RDL 7/2023.

3. Es de destacar, en cualquier caso, que, aunque la aprobación de esta norma era necesaria, en los términos expuestos, no ha sido pacífica ni sencilla, al haber estado precedida por las posiciones divergentes, dentro del propio Gobierno, en relación con la función socioeconómica que ha de desarrollar este subsidio; cuestión esta que se plasma en ciertos aspectos de su regulación.

Reflejo de esta brecha fue el conflicto abierto entre las titulares de los Ministerios de

Aunque la aprobación de esta norma era necesaria, en los términos expuestos, no ha sido pacífica ni sencilla, al haber estado precedida por las posiciones divergentes, dentro del propio Gobierno, en relación con la función socioeconómica que ha de desarrollar este subsidio; cuestión esta que se plasma en ciertos aspectos de su regulación

Economía, Comercio y Empresa (MECE) –ahora flamante presidenta del Banco Europeo de Inversiones– y de Trabajo y Economía Social (MTES), vicepresidentas del Gobierno primera y segunda, respectivamente, a cuenta de las muy distintas y distantes propuestas de reforma del subsidio por desempleo elaboradas por sus respectivos ministerios. Resulta evidente que este desencuentro no fue, o no solo, una disputa derivada de un conflicto de atribuciones entre departamentos ministeriales. Más allá de este choque, esta dicotomía revelaba una disparidad de enfoques, exponentes de dos maneras distintas de percibir el subsidio, incluso podría decirse que dos concepciones sociales distintas. Significativo era, en este sentido, el tenor de las muy distintas rúbricas de los borradores iniciales, a saber, «de simplificación y mejora del nivel asistencial de la protección por desempleo» –incidiendo en la lógica del garantismo jurídico social–, el del MTES, y «de refuerzo de los mecanismos de activación y apoyo al empleo» –poniendo el acento en el enfoque de activación para el empleo–, el del MECE. La nitidez de estos títulos huelga mucho más comentario, pues eran en sí mismos verdaderas «declaraciones de intenciones» que se confirmaban en sus respectivos textos. En cualquier caso, aun con tensiones y obstáculos, estaba claro que ninguna de estas dos posiciones podía cabalmente obviar totalmente a la otra, lo que se ha confirmado en el texto final del RDL 7/2023.

4. En este editorial no se pretende más que destacar algunos de los «aspectos clave» de la reforma de la protección asistencial por desempleo. En cualquier caso, por supuesto, esta revista dará cumplida cuenta *in extenso* de esta nueva regulación en el próximo número, donde se incluirá un estudio doctrinal específico de este tema elaborado por una pluma experta.

Como se ha señalado, los cambios que esta norma ha introducido en el subsidio por desempleo son amplios y profundos, y alcanzan tanto a la forma como al fondo. Los cuatro objetivos declarados de la reforma son los de ampliar la protección eliminando lagunas de desprotección, simplificar el sistema, vincular la prestación a un itinerario personalizado de mejora de la empleabilidad y acceso al mercado de trabajo y facilitar la protección social cuando no sea posible la reincorporación de la persona beneficiaria al mercado de trabajo. En aras de alcanzar tales fines, se reforman once preceptos y se añaden dos disposiciones adicionales a la Ley general de la Seguridad Social (LGSS). Por lo que respecta a la base de la disposición, la nueva regulación sigue mayoritariamente las líneas de la propuesta que elaborara el MTES, si bien, como oportunamente se señalará, en algunos aspectos es evidente la influencia del texto gestado en el MECE.

Los cuatro objetivos declarados de la reforma son los de ampliar la protección eliminando lagunas de desprotección, simplificar el sistema, vincular la prestación a un itinerario personalizado de mejora de la empleabilidad y acceso al mercado de trabajo y facilitar la protección social cuando no sea posible la reincorporación de la persona beneficiaria al mercado de trabajo

5. En esta breve presentación de algunas de las claves de la reforma del subsidio por desempleo, el primer aspecto que ha de ser destacado se refiere a las modificaciones que el [artículo segundo del RDL 7/2023](#) realiza respecto del [artículo 274 de la LGSS](#), relativo a los sujetos beneficiarios. En este aspecto los cambios son evidentes, puesto que la nueva redacción mantiene únicamente dos de los supuestos –los de alcance más general– que incluía la regulación precedente, a saber, (a) agotamiento de la prestación por desempleo y (b) carencia de cotizaciones suficientes para causar derecho a la prestación contributiva. Los restantes ahora quedan fuera del ámbito del subsidio y deben ser resueltos mediante el ingreso mínimo vital (IMV). De este modo, la reforma ordena y simplifica esta rama de protección, avanzando en el objetivo plasmado en su título.

La nueva redacción mantiene únicamente dos de los supuestos –los de mayor alcance general– que incluía la regulación precedente, a saber, (a) agotamiento de la prestación por desempleo y (b) carencia de cotizaciones suficientes para causar derecho a la prestación contributiva

Por lo que respecta a los dos supuestos subsistentes, introduce importantes cambios en su definición que alteran significativamente el alcance aplicativo del subsidio. En este sentido, en caso de agotamiento de la prestación por desempleo, se establecen dos posibilidades: o bien la persona beneficiaria es mayor de 45 años y tiene responsabilidades familiares –exigencias acumulativas–, o bien ha percibido la prestación por desempleo al menos durante 360 días. De este modo, se abre espacio para el nuevo supuesto constituido por la persona menor de 45 años sin responsabilidades familiares que haya percibido prestación por desempleo durante 360 días, por lo que se amplía la protección. Con todo, paralelamente, pasan a exigirse de forma acumulativa dos exigencias que antes otorgaban la condición de persona beneficiaria por sí solas, como son tener responsabilidades familiares y ser mayor de 45 años, lo que restringe su alcance aplicativo. Por lo que respecta al supuesto de carencia de cotizaciones suficientes para percibir la prestación por desempleo, exige como única condición que se haya cotizado al menos 3 meses, lo que, efectivamente, supone ampliar el supuesto respecto de la regulación previa, que exigía cotización de 3 meses con responsabilidades familiares y 6 meses sin ellas. En suma, aun con alguna limitación, son más notables los cambios en sentido extensivo, por lo que, en una valoración global, se aprecia una ampliación de la protección del subsidio. Por lo demás, desaparece el periodo de espera de 1 mes para percibir el subsidio que establecía el [artículo 274.1 de la LGSS](#) (nuevos arts. [274.1](#) y [276.1](#) LGSS), lo que supone un cambio que mejora el funcionamiento del subsidio.

Es de destacar que, como se ha expuesto, el MTES continúa dando peso a las responsabilidades familiares de las personas beneficiarias, tanto a efectos del reconocimiento de la prestación, de la concreción del límite de carencia de rentas, así como de su duración, como se apuntará. Desatiende así en este punto a la propuesta formulada desde el MECE, que abogaba por eliminar toda consideración a las mismas, para remitir su atención al mecanismo netamente asistencial del IMV, que justificaba en aras de la simplificación. En cualquier caso,

es cierto que, en este aspecto, la separación entre la dimensión laboral y la extralaboral que figuraba en la propuesta del MECE imprimía un mayor orden al sistema, del que por tanto adolece la regulación finalmente adoptada, que diluye los límites entre prestaciones por desempleo y familiares. Por lo tanto, aquella podía haber sido una buena solución, aunque siempre que previamente se mejorase el IMV más allá de la aparentemente limitada reforma de este que se apunta en la [disposición adicional primera del RDL 7/2023](#).

Con todo, más allá de este valor sistemático, esta diferencia es expresiva de una distinta concepción de la función que ha de tener el subsidio, y también acerca de la persona beneficiaria. Así, mientras que el MECE pretendía centrar la atención de forma exclusiva en la dimensión estrictamente laboral del subsidio y en la condición de «elemento productivo» de la persona beneficiaria, el MTES entiende –parafraseando a Ortega y Gasset– que esta es ella y sus circunstancias, y que, en consecuencia, la atención que se le preste debe atender a esa singularidad extendida –y onerosa–, lo que explica que trate de cubrir mediante aquel la insuficiencia de la rama de protección familiar.

Por lo demás, la circunstancia personal de ser mayor de 45 años, esta de aceptación unánime, presenta dimensión laboral, pues responde a la realidad del mercado de trabajo que demuestra que la edad es un factor que tiene gran relevancia a efectos de empleabilidad. Así, alcanzar los 45 años –situación en la que se encuentra el 50,13 % de la población española en estos momentos, según el último [informe del Observatorio de las Ocupaciones](#)– supone una drástica reducción de oportunidades laborales. Si bien no existe un motivo fundado para ello, lo cierto es que la dinámica del «mercado de trabajo» restringe las opciones, cuando no expulsa, a las personas trabajadoras a partir de ese momento, lo que, por cierto, se sitúa en las antípodas de la voluntad del Ministerio de Seguridad Social y Migraciones –de este y de todos los precedentes– de retrasar la edad de jubilación. Muy significativo resulta, a estos efectos, el hecho de que las ocupaciones en las que más crece el empleo de las personas mayores de 45 años sea el empleo doméstico y la Administración pública y Defensa. En fin, las anteriores consideraciones son extrapolables a las personas mayores de 52 años, que por su edad superior acusan aún en mayor medida estos problemas de empleabilidad vinculados con la edad. Ello justifica la existencia de un cauce específico para este colectivo, con condiciones especiales dirigidas a facilitar que las personas desempleadas que alcanzan dicha edad perciban el subsidio, respecto del que la reforma ha previsto la eliminación gradual de la sobrecotización para jubilación del 125 % del tope mínimo de cotización prevista con anterioridad ([art. 280 LGSS](#) y [disp. adic. tercera RDL 7/2023](#)).

6. Otro aspecto de sumo interés es en el que el [artículo segundo del RDL 7/2023](#) ha introducido cambios es en el periodo de percepción del subsidio, previsto en el [artículo 277 de la LGSS](#), en el que, como se ha anunciado con anterioridad, se mantiene la división entre los dos supuestos de percibo del subsidio. Así, en caso de agotamiento de la prestación por desempleo, la norma de reforma establece la duración en atención a las circunstancias de acreditación de responsabilidades familiares, edad superior o no a 45 años y duración de la prestación de desempleo agotada. De no existir responsabilidades familiares, la duración máxima del subsidio es de 6 meses, exigiéndose a la persona beneficiaria, de ser menor de 45 años, 360 días cotizados, y de ser mayor, 120 días. En caso de existir responsabilidades familiares, con la cotización de 180 días ya se reconoce el percibo del subsidio durante 30 meses. En este punto se opta esencialmente por la continuidad, si bien se elimina la anterior fragmentación y se sistematizan mejor los diferentes supuestos y duraciones.

En caso de agotamiento de la prestación por desempleo, la norma de reforma establece la duración en atención a las circunstancias de acreditación de responsabilidades familiares, edad superior o no a 45 años y duración de la prestación de desempleo agotada

En caso de que el derecho al subsidio se genere por no alcanzar cotizaciones suficientes para percibir la prestación por desempleo, se establece la identidad entre el periodo cotizado y el de percepción del subsidio en caso de inexistencia de obligaciones familiares, estableciendo periodos de percibo que van de los 3 a los 6 meses. En caso de acreditar responsabilidades familiares, con 6 meses de ocupación cotizada se reconoce el derecho a percibir el subsidio durante 21 meses. De este modo, en este caso, nada cambia si la persona beneficiaria tiene responsabilidades familiares, pero en caso de que no las tenga, por obra de la rebaja de exigencia de periodo cotizado ([art. 274 LGSS](#)), mejora la protección, dado que con la regulación precedente se exigía que esta alcanzara los 6 meses de cotización para percibir el subsidio, que alcanzaba la misma duración, mientras que en la nueva regulación, al haber rebajado la reforma la exigencia de cotizaciones hasta los 3 meses, ya percibiría el subsidio durante ese mismo periodo.

En suma, respecto de la duración del periodo de percepción de subsidio, la reforma ha traído mejoras, pues la amplía para personas sin responsabilidades familiares cuyas cotizaciones no sean suficientes para percibir la prestación por desempleo.

7. Otro aspecto clave es la cuantía del subsidio, prevista en el [artículo 278 de la LGSS](#), que ha sido objeto de importantes y significativos cambios. Como valoración general, ha de destacarse que la nueva regulación mejora la previa de manera considerable. Así, mientras que esta establecía un porcentaje fijo del 80 % del indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) para todos los casos, la nueva regulación lo fija en el 95 % del IPREM durante los primeros 180 días, el 90 % desde el día 181 al 360 y el 80 % del día 361 en adelante.

Con todo, siendo una mejora respecto de la regulación precedente, la fijación de estas cuantías merece dos comentarios. Por una parte, supone un cambio significativo de técnica, pues a diferencia de la regulación actual, en la que el porcentaje sobre el IPREM, y por tanto también la cuantía del subsidio, es fijo, el RDL 7/2023 prevé que aquel, y en consecuencia esta también, sea decreciente, como sucede con la prestación contributiva por desempleo. Esta fórmula tiene el claro objetivo de «estimular» a las personas beneficiarias a buscar un empleo mediante la herramienta que constituye la necesidad material, utilizando así la presión económica para que retornen al trabajo. Con ello se le responsabiliza de su situación laboral, pues en su trasfondo late la idea de que encontrar un empleo depende por entero de la persona trabajadora, lo que supone, de algún modo, culpabilizar a la persona de estar desempleada.

La fijación de estas cuantías supone un cambio significativo de técnica, pues a diferencia de la regulación actual, en la que el porcentaje sobre el IPREM, y por tanto también la cuantía del subsidio, es fijo, el RDL 7/2023 prevé que aquel, y en consecuencia esta también, sea decreciente, como sucede con la prestación contributiva por desempleo

Por otra parte, los porcentajes recogidos en el RDL 7/2023 suponen una considerable rebaja respecto de las cuantías consignadas en la propuesta del MTES, que fijaba idénticos tres tramos, reconociendo en ellos el 110 %, 90 % y 70 % del IPREM, respectivamente. Es cierto que los porcentajes finalmente recogidos en el RDL 7/2023 solo suponen la rebaja de la primera cifra, pues mantiene e incluso mejora la tercera. No obstante, también es cierto que los porcentajes más significativos son los del primer periodo, por ser los que afectarán a toda persona beneficiaria, con independencia del periodo reconocido. Sin duda, la tensión mantenida con el MECE, que fiel a su enfoque economicista incluía en su propuesta porcentajes muy inferiores, ha dejado su reflejo en este punto. Con todo, es muy relevante destacar que incluso esta propuesta fijaba una cuantía superior para el primer trimestre (parámetro utilizado en su propuesta, 90 primeros días), que alcanzaba el 100 % del IPREM, si bien se rebajaba al 80 % en el segundo trimestre (del día 91 al 180). Es cierto que, en un cálculo medio, el porcentaje del 95 % establecido en el RDL 7/2023 para el primer periodo supera el medio de la propuesta del MECE para este mismo periodo (90 %). No obstante, como antes se indicaba, el primer periodo de percibo del subsidio es particularmente significativo, porque es por el que pasarán necesariamente todas las personas beneficiarias, por tanto la importancia de la rebaja respecto del proyecto, relevante de por sí, parece acrecentarse.

Además, también común a ambas propuestas es haber ignorado la exigencia de que el importe del subsidio supere el umbral de la pobreza, fijado en el 50 % del salario mediano, que se sitúa en los 1.600 euros, lo que obligaría que alcanzase los 800 euros. Es esta una exigencia que han formulado los sindicatos, en línea con la exigencia de la Carta Social Europea de protección contra la pobreza y exclusión social ([parte I](#), 30, [parte II](#), [art. 30](#)), según la interpretación realizada por el Comité Europeo de Derechos Sociales.

8. Otro aspecto en el que quiere incidirse es en la compatibilidad entre la percepción del subsidio y el trabajo, que establece el nuevo [artículo 282 de la LGSS](#). Se trata, sin duda, de una gran novedad respecto de la regulación precedente, que llevaría a revisar el papel genuino del subsidio, como percepción sustitutiva de rentas del trabajo, si no fuera porque la existencia de «trabajadores pobres» revela que tener un trabajo no significa necesariamente disponer de recursos suficientes para cubrir las necesidades vitales. Esta idea ya late en la compatibilidad del IMV con el trabajo, que ahora se aplica con relación al subsidio.

Es de destacar que, pese a que durante el proceso de elaboración de la norma los medios de comunicación insistieron en destacar este aspecto, achacándolo en exclusiva a la propuesta del MECE, lo cierto es que también estaba contemplado en la del MTES, y, además, en ambos casos se admitía tanto cuando el trabajo se prestase a tiempo completo o parcial. Con todo, las divergencias entre el modo de concebir esta simultaneidad entre trabajo y subsidio eran evidentes y muy relevantes. Pues bien, esta medida constituye la más clara muestra de los equilibrios que han debido hacerse en el seno del Gobierno para la adopción de la norma de reforma. Y en este caso, la propuesta ganadora ha sido la del MECE, pues, con algunas variaciones, es la que hace suya en este punto el RDL 7/2023. En este sentido, la nueva regulación establece una clara separación entre los supuestos en los que las personas perceptoras del subsidio están desempleadas y aquellos otros en los que están empleadas. Para este último caso, formula reglas especiales y, a fin de marcar la diferencia, cambia su nomenclatura, pasando a denominarlo «complemento de apoyo al empleo». Este puede ser percibido, durante un máximo de 180 días, por quienes acceden al subsidio manteniendo uno o varios contratos a tiempo parcial o quienes siendo beneficiarios del subsidio por desempleo o para mayores de 52 años se reincorporen al mercado de trabajo, a tiempo parcial o completo. La cuantía de este complemento, que difiere de la del subsidio, varía en función del trimestre de subsidio en el que se halla la persona beneficiaria y de la jornada de trabajo que realiza, estableciendo cuatro supuestos en atención a la misma. Por resultar sumamente ilustrativa, se reproduce la tabla de cálculo de la cuantía del complemento de apoyo al empleo a percibir.

Trimestre de subsidio	CAE. Empleo a tiempo completo (% IPREM)	CAE. Empleo a tiempo parcial >=75 % de la jornada (% IPREM)	CAE. Empleo a tiempo parcial <75 % y ≥ 50 % de la jornada (% IPREM)	CAE. Empleo a tiempo parcial <50 % de la jornada (% IPREM)
1	80	75	70	60
2	60	50	45	40
3	40	35	30	25
4	30	25	20	15
5 y siguientes	20	15	10	5

Únicamente se establece la incompatibilidad de esta medida con el desempeño de un empleo por cuenta ajena en empresas que tengan autorizado expediente de regulación de empleo –que será por fuerza mayor, [ERTE](#) o [ERTE-RED](#)– o en las que la persona beneficiaria desempleada haya trabajado en los últimos 12 meses, así como en contrataciones de familiares hasta segundo grado –para evitar fraudes–.

Si bien este precepto merecería un largo comentario, baste apuntar en este somero repaso inicial que, en una interpretación global de la nueva regulación del subsidio por desempleo, el nuevo [artículo 282 de la LGSS](#) resulta anacrónico y descoordinado del resto del marco regulador. Ciertamente es que este problema queda diluido por el carácter «especial» de esta regulación, que se ha querido subrayar con el cambio de su denominación. No obstante, la primacía de la realidad evidencia sin esfuerzo que tras el liviano camuflaje del nuevo nombre no se encuentra nada distinto del subsidio de desempleo. Es más, la propia norma revela en este mismo precepto dicha identidad, pues al establecer los supuestos concretos de incompatibilidad con el trabajo se refiere al subsidio, no al complemento. Asimismo, no lo incluye en la acción protectora ex [artículo 265 de la LGSS](#).

El nuevo artículo 282 de la LGSS resulta anacrónico y descoordinado del resto del marco regulador. Ciertamente es que este problema queda diluido por el carácter «especial» de esta regulación, que se ha querido subrayar con el cambio de su denominación. No obstante, la primacía de la realidad evidencia sin esfuerzo que tras el liviano camuflaje del nuevo nombre no se encuentra nada distinto del subsidio de desempleo

La discordancia del nuevo [artículo 282 de la LGSS](#) se refleja tanto en el plano formal como en el material, si bien, como es lógico, resulta más relevante en este último. Por lo que respecta al primero, resulta muy sorprendente que se haya mantenido el parámetro de los trimestres, que es el que utiliza el MECE globalmente en su propuesta, que contrasta con el utilizado en el resto de la norma, fijado en días. Más llamativo resulta aún por cuanto la adaptación de esta referencia temporal hubiera requerido un esfuerzo mínimo. Es por ello que se considera que el mantenimiento del parámetro trimestral pretende, precisamente, marcar la diferencia, no solo en relación con el carácter especial del «complemento», sino, más allá, en la configuración de una medida aceptada por un juego de equilibrios.

Con todo, como se ha apuntado, mucho más importante es la falta de coherencia de fondo que imprime en la norma el complemento de apoyo al empleo en su configuración ex nuevo [artículo 282 de la LGSS](#). En este sentido, dadas las limitaciones de este editorial, para justificar esta afirmación se apuntarán únicamente dos significativos aspectos concretos que abundan en la misma dirección.

Por lo que respecta al primero, es de destacar que el fundamento genuino del subsidio por desempleo es asistir a quien no tiene empleo y carece de rentas, y esta es la idea que late en su regulación –también tras la reforma por el RDL 7/2023–. Pese a su avance hacia

la contributividad, el carácter asistencial del subsidio determina la centralidad del segundo elemento. Es por ello que la existencia de «personas trabajadoras pobres», es decir, con escasos recursos aun teniendo empleo, puede hacer comprensible la flexibilización del primer factor y el consiguiente reconocimiento del subsidio a personas empleadas. No obstante, lo que difícilmente puede obviarse, so pena de desvirtuar la lógica del subsidio, es la carencia de rentas. Así lo indica el [artículo 275 de la LGSS](#), cuyo objeto es definir en todos sus elementos cuándo concurre dicha situación, que el precepto sitúa en la percepción de rentas por importe inferior al 75 % del salario mínimo interprofesional (SMI), excluidas pagas extraordinarias, calculado por cada persona de la unidad familiar en caso de tener responsabilidades familiares.

Pues bien, el nuevo [artículo 282 de la LGSS](#) no establece un tope máximo de rentas de las personas beneficiarias del llamado «complemento de apoyo al empleo», lo que significa que no lo liga a su insuficiencia. Mucho más coherentes resultaban en este punto las propuestas que precedieron a la norma de reforma, pues tanto la del MTES como la del MECE establecían como requisito para su percibo que las rentas de la persona beneficiaria fueran inferiores al 125 % del SMI, incluida la cuantía de las pagas extraordinarias. Es cierto que el RDL 7/2023 establece la limitación del periodo de percepción del complemento a un máximo de 180 días; tope este que no se encontraba en la propuesta del MECE y sí en la del MTES, aunque con una duración muy inferior, que fijaba en 45 días. De este modo, el nuevo [artículo 282](#) limita la posibilidad de uso del complemento, pero sustituyendo el límite de rentas por el de duración de la compatibilidad. En cualquier caso, el hecho de que el periodo de percepción consuma días de subsidio sin duda autorregulará estas solicitudes.

El segundo aspecto que quiere destacarse es que el porcentaje de IPREM reconocido con el complemento es mayor cuanto más prolongada es la jornada laboral y, en consecuencia, previsiblemente, más alto será el salario. Ello implica que las personas beneficiarias que trabajen a tiempo completo, cobrando por tanto el salario correspondiente (de momento) a 40 horas semanales, percibirán como complemento una cantidad superior a la que se reconocerá a quien trabaja a tiempo parcial y, por tanto, tiene menos ingresos salariales.

El nuevo artículo 282 de la LGSS no establece un tope máximo de rentas de las personas beneficiarias del llamado «complemento de apoyo al empleo», lo que significa que no lo liga a su insuficiencia. Mucho más coherentes resultaban en este punto las propuestas que precedieron a la norma de reforma, pues tanto la del MTES como la del MECE establecían como requisito para su percibo que las rentas de la persona beneficiaria fueran inferiores al 125% del SMI, incluida la cuantía de las pagas extraordinarias

En este punto, de nuevo, la lógica natural de la prestación asistencial salta por los aires en este extraño complemento que quiere, aunque no puede, separarse del subsidio

En este punto, de nuevo, la lógica natural de la prestación asistencial salta por los aires en este extraño complemento que quiere, aunque no puede, separarse del subsidio.

Realmente, los dos aspectos apuntados van en la misma dirección de desvincular el subsidio del nivel de rentas de la persona beneficiaria, que es precisamente su esencia. El objetivo de ello es no solo evitar que el subsidio desincentive el empleo, sino, más allá, que aquel sea un estímulo para este. Por ello, no solo compatibiliza trabajo y subsidio, sino que «premia» la mayor intensidad laboral que supone la más extensa jornada laboral. Esta idea va en la línea de la propuesta presentada por el MECE, que, en su apuesta por la activación laboral, orienta todas sus medidas a tal objetivo. Cuestión muy distinta, claro, es que tal proceder sea eficaz, pues pone el foco exclusivamente en la persona trabajadora, cuando la realidad evidencia que las altas tasas de desempleo españolas responden a desajustes del mercado y deficiencias en servicios de empleabilidad y colocación. Por esta misma razón, tampoco resulta éticamente admisible, pues supone responsabilizar por entero a la persona desempleada de su situación laboral.

Desde un prisma más general, quiere resaltarse que esta medida, al margen de que se considere o no adecuada, podía tener coherencia en el marco de la propuesta de RDL del MECE, «de refuerzo de los mecanismos de activación y apoyo al empleo», pues sigue la apuntada lógica interna, que ya expresaba su título, orientada a la «activación del factor productivo». No obstante, resulta distorsionante en el marco del [RDL 7/2023](#), pues el objetivo de este, en una valoración global, es prioritariamente proteger a la persona desempleada ante la falta de recursos que esa situación plantea. Se considera, como se ha apuntado, que este fundamento no quedaría desnaturalizado por su flexibilización en aras de hacerlo compatible con el reconocimiento del subsidio a personas que, aun trabajando, perciben un salario bajo. No obstante, la idea que subyace en el actual [artículo 282 de la LGSS](#) es justo la opuesta, por lo que se sitúa en las antípodas de la orientación a la que responde el resto de la norma. Es por ello que la medida contemplada en dicho precepto, tal y como está regulada, resulta anacrónica y distorsionante en el marco del subsidio por desempleo. En este sentido, el cambio de su denominación no puede imprimir coherencia ni suavizar su radical diferencia respecto del espíritu que inspira el resto de la norma.

9. Aunque podrían reseñarse muchos más aspectos de relieve de la nueva regulación, basten los apuntados para este examen inicial. Con todo, sí es oportuno destacar la previsión relativa a la «otra cara» de esta materia, las políticas activas de empleo, que incluye la [disposición adicional quincuagésima cuarta](#). Esta se refiere a la garantía de las personas beneficiarias del subsidio del acceso al itinerario personalizado adecuado a su perfil ex [artículo 56.1 c\) de la](#)

Se echan de menos, en consecuencia, medidas eficaces específicas que logren que estas personas retornen al mercado de trabajo, pues la activación espontánea es, en muchas ocasiones, complicada, más aún cuando en la persona trabajadora concurren condiciones que determinan que el mercado de trabajo las rechace, e incluso que las expulse

Ley 3/2023. En suma, se limita a apostar por los mecanismos generales contenidos en la **Ley de empleo**, que para desplegar sus efectos requiere de desarrollos de aspectos clave que todavía no se han producido. Se echan de menos, en consecuencia, medidas eficaces específicas que logren que estas personas retornen al mercado de trabajo, pues la activación espontánea es, en muchas ocasiones, complicada, más aún cuando en la persona trabajadora concurren condiciones que determinan que el mercado de trabajo las rechace, e incluso que las expulse. Con todo, tales circunstancias no son raras anomalías, sino situaciones tan corrientes como tener descendencia o tan inevitables como cumplir años.

10. En fin, también es oportuno resaltar que, aunque el RDL destaca en su parte preliminar la igualdad de género como uno de los pilares del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, incidiendo en su carácter transversal, parece olvidarlo *ipso facto*. De este modo, la norma no incluye ni una sola previsión que plasme tal principio, lo que sería especialmente oportuno precisamente en relación con el subsidio por desempleo. Es así porque circunstancias ligadas a su género determinan que en muchos casos las mujeres cubran menores periodos de cotización, por lo que frecuentemente están abocadas al percibo del subsidio. En este sentido, las **estadísticas del SEPE de noviembre de 2023** confirman esta afirmación, pues las personas receptoras del subsidio son mayoritariamente mujeres, existiendo 415.299 beneficiarias frente a 320.775 beneficiarios. Ello supone que el número de mujeres que perciben el subsidio supera en casi 95.000 al de hombres, lo que se considera que debería haber dado lugar a la incorporación en este marco de medidas específicas en materia de igualdad de género.

Aunque el RDL destaca en su parte preliminar la igualdad de género como uno de los pilares del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, incidiendo en su carácter transversal, parece olvidarlo *ipso facto*

Por lo demás, la norma no alcanza el aprobado en lenguaje de género, que en virtud de la transversalidad de la igualdad de género debería cumplir, puesto que mezcla las referencias a «los trabajadores» con las realizadas a «las personas trabajadoras», por lo que resulta un texto poco ordenado en este aspecto. Podría pensarse que este fallo es consecuencia de la precipitación en la aprobación de la norma, pero lo cierto es que hubiera sido tan poco costoso homogeneizar todas las referencias a esta última que más parece simple descuido.

11. En fin, aunque la nueva regulación presenta claroscuros, en una valoración global se considera que supone un avance respecto del régimen previo. Así, como se ha apuntado, existen en ella aspectos claramente mejorables, se aprecia precipitación o descuido en algunas cuestiones relevantes y su técnica y coherencia interna en ocasiones son deficientes. Pese a todo ello, se reitera que constituye una mejora de protección. Con todo,

no acomete realmente la simplificación y mejora que anuncia su título, ni es la reforma reconstructiva que demanda, no ya solo la protección asistencial por desempleo, sino la rama completa de esta contingencia. Tampoco potencia la empleabilidad de las personas receptoras del subsidio, aunque haya incorporado mecanismos con los que así lo pretende. En este sentido, si bien para juzgar sus efectos en este aspecto habrá que esperar a ver los resultados que arroja la evaluación de la mejora de la empleabilidad, a la que se refiere la nueva [disposición adicional quincuagésima quinta de la LGSS](#), se teme con poco riesgo de errar que la nueva regulación no producirá resultados significativos en términos de retorno al empleo.

La tibieza de la norma, además, era inevitable, no solo por la prisa en su aprobación, sino por su falta de autosuficiencia. Así, más que reformas puntuales y retoques, es necesario repensar y reestructurar el sistema de desempleo, lo que implica realizar reformas de mucho mayor calado. En consecuencia, es necesario, por una parte, abordar una meditada reforma estructural tanto de la rama asistencial como contributiva de desempleo. Pero, por otra, es imprescindible, además, ir más allá de este ámbito para acometer una reforma más global, que ha de alcanzar el IMV y las políticas activas de empleo, al ser materias claramente conexas. Solo de este modo se logrará realmente la simplificación y mejora del subsidio, y se podrá aspirar a mejorar la empleabilidad de las personas beneficiarias; objetivos estos que el [RDL 7/2023](#) busca, pero no termina de encontrar.

Es necesario, por una parte, abordar una meditada reforma estructural tanto de la rama asistencial como contributiva de desempleo. Pero, por otra, es imprescindible, además, ir más allá de este ámbito para acometer una reforma más global, que ha de alcanzar el IMV y las políticas activas de empleo, al ser materias claramente conexas

Cómo citar: Miñarro Yanini, M. (2024). Nueva legislatura, nuevas reformas, nuevos equilibrios: el Real Decreto-Ley 7/2023 (...) para la simplificación y mejora del nivel asistencial de la protección por desempleo. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 478, 7-20. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.20685>

El impacto de la digitalización en la representación de las personas trabajadoras: posibilidades y desafíos para los derechos de información y consulta y la negociación colectiva

José María Miranda Boto (autor de contacto)

*Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Santiago de Compostela (España)*
josemaria.miranda@usc.es | <https://orcid.org/0000-0001-8518-1469>



Elisabeth Brameshuber

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Viena (Austria)*

elisabeth.brameshuber@univie.ac.at | <https://orcid.org/0000-0003-2692-8897>



Este trabajo ha obtenido el **accésit** del **Premio Estudios Financieros 2023** en la modalidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

El jurado ha estado compuesto por: don Miguel Ángel Purcalla Bonilla, don Alberto Blasco Hernando, don Jordi García Viña, don Eduardo Rojo Torrecilla, doña Cristina Samsó Sánchez y doña María José Sánchez García.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato.

Extracto

La imparable digitalización del trabajo trae consigo alteraciones también en el plano colectivo de las relaciones laborales. Por un lado, la dispersión de la fuerza de trabajo conlleva la ruptura de los tradicionales vínculos de proximidad, que engendraban solidaridad entre las personas trabajadoras. Por otro lado, sin embargo, las nuevas tecnologías pueden colaborar decisivamente a un desarrollo de la actividad de representación, siendo además un campo fecundo para la negociación colectiva. A través de un examen sintético del derecho comparado, se presentan varias de estas posibilidades, cuyo encaje en el derecho español, tanto *de lege lata* como *de lege ferenda*, se analiza. Entre las materias que se abordan se encuentran las herramientas digitales que pueden favorecer las tareas de representación; las posibilidades del voto telemático; los derechos de información y consulta a propósito de la videovigilancia, la utilización privada de medios de la empresa y la desconexión digital; y, por supuesto, los algoritmos empleados por la empresa con fines laborales. En el estudio se tienen en cuenta, además de la dimensión legislativa, las últimas novedades jurisprudenciales y de negociación colectiva.

Palabras clave: derecho del trabajo; digitalización; información y consulta; representación de las personas trabajadoras; negociación colectiva; algoritmos; derecho a la desconexión; voto telemático.

Recibido: 03-05-2023 / Aceptado: 08-09-2023 / Publicado: 04-01-2024

Cómo citar: Miranda Boto, J. M. y Brameshuber, E. (2024). El impacto de la digitalización en la representación de las personas trabajadoras: posibilidades y desafíos para los derechos de información y consulta y la negociación colectiva. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 478, 21-59. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.18885>

The impact of digitalization on workers' representation: possibilities and challenges for information and consultation rights and collective bargaining

José María Miranda Boto (contributing author)

Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Santiago de Compostela (España)

josemaria.miranda@usc.es | <https://orcid.org/0000-0001-8518-1469>

Elisabeth Brameshuber

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Viena (Austria)

elisabeth.brameshuber@univie.ac.at | <https://orcid.org/0000-0003-2692-8897>

This paper has won the **runner-up prize** in the **Financial Studies 2023 Award** in the Labour and Social Security Law category.

The jury members were: Mr. Miguel Ángel Purcalla Bonilla, Mr. Alberto Blasco Hernando, Mr. Jordi García Viña, Mr. Eduardo Rojo Torrecilla, Mrs. Cristina Samsó Sánchez and Mrs. María José Sánchez García.

The entries are submitted under a pseudonym and the selection process guarantees the anonymity.

Abstract

The unstoppable digitalization of work is also bringing about changes at the collective level of labour relations. On the one hand, the dispersion of the workforce is leading to a break with the traditional ties of proximity that used to create solidarity between workers. On the other hand, however, the new technologies can play a decisive role in the development of representative activity, and are also a fertile field for collective bargaining. By means of a synthetic examination of comparative law, several of these possibilities are presented, and their place in Spanish law, both *de lege lata* and *de lege ferenda*, is analysed. Among the subjects addressed are the digital tools that can favour representation tasks; the possibilities of telematic voting; the rights to information and consultation regarding video surveillance, the private use of company resources and digital disconnection; and, of course, the algorithms used by the company for employment purposes. In addition to the legislative dimension, the study takes into account the latest developments in case law and collective bargaining.

Keywords: labour law; digitalization; information and consultation; workers' representation; collective bargaining; algorithms; right to disconnect; telematic voting.

Received: 03-05-2023 / Accepted: 08-09-2023 / Published: 04-01-2024

Citation: Miranda Boto, J. M. y Brameshuber, E. (2024). The impact of digitalization on workers' representation: possibilities and challenges for information and consultation rights and collective bargaining. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 478, 21-59. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.18885>



Sumario

1. Un mundo del trabajo que se digitaliza... ¿y que se individualiza?
 2. Medios y modos digitales en el ámbito de la representación de las personas trabajadoras: un sucinto panorama comparado
 3. Medios y modos digitales en el ámbito de la representación de las personas trabajadoras: la situación en España
 4. A propósito del voto telemático: límites, posibilidades y garantías
 5. Información y consulta y negociación colectiva en el ámbito digital: contenidos
 6. El control colectivo de los algoritmos: ¿futuro o frustración?
 7. El camino sigue y sigue
- Referencias bibliográficas

Nota: este texto forma parte de los resultados del proyecto de investigación DIGILARE (101126503 –«Digitalization of industrial labour relations-Age-old values in a new digital world»– www.digilare.eu), cofinanciado por la Unión Europea. Las opiniones reflejadas en el texto son las de los autores y no están respaldadas por la Comisión Europea.

1. Un mundo del trabajo que se digitaliza... ¿y que se individualiza?

Datos recientes indican que el mundo del trabajo se digitaliza a pasos agigantados y no únicamente en sus procesos mecánicos de producción. Durante los confinamientos derivados de la pandemia, cerca del 40 % de las personas empezaron a teletrabajar (Eurofound, 2020). En 2021, el número de personas que, en mayor o menor medida, desarrollaban su actividad con esta fórmula se había duplicado frente a las cifras de 2019. Y nada hace presagiar que este crecimiento se vaya a interrumpir en un futuro inmediato, a pesar de las voces que reclaman la vuelta a la añorada presencialidad. Las mejoras tecnológicas por sí solas podrían desencadenar este impulso centrífugo. En ocasiones, además, unen fuerzas con las preferencias personales de las personas, que ven en el teletrabajo una mejor manera de conciliar su actividad con sus responsabilidades familiares. En este último aspecto, la dimensión de género cobra una especial importancia, puesto que las mujeres suelen ser las principales usuarias de este tipo de fórmulas (Casas Baamonde, 2021; Maneiro Vázquez, 2023).

En muchos casos, hay un cierto coste no económico. Piénsese en el choque directo que trae la digitalización con el derecho al tiempo de descanso al hacer omnipresentes las posibilidades de comunicación a través de las nuevas tecnologías, lo que ha traído consigo la aparición del derecho a la desconexión. Se trata de una materia en la que el Parlamento Europeo, en su Resolución de 21 de enero de 2021¹, junto a otras propuestas, ha incitado a los agentes sociales a tomar medidas en un plazo de 3 años. El alto valor político de esta medida debe considerarse teniendo en cuenta que es una de las escasísimas ocasiones en las que el Parlamento ha empleado el mecanismo del artículo 225 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que le permite obrar como impulsor legislativo, rompiendo el monopolio de la Comisión.

En esta perspectiva, el Acuerdo marco europeo sobre digitalización de 2020² no había esquivado los riesgos para las personas trabajadoras derivados de la organización flexible del trabajo introducida por la digitalización. El texto atribuye a la empresa la responsabilidad

¹ Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de enero de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el derecho a la desconexión (2019/2181(INL).

² Sobre él, Goerlich Peset (2021, p. 52):

[...] el Acuerdo marco sobre digitalización no parece adecuado para convertirse en una norma, que haya de ser traspuesta a los ordenamientos de los Estados miembros. Ello es así porque carece de verdadera estructura normativa. No incorpora mandatos, ni siquiera en la forma amplia en la que

en materia de seguridad y salud y contiene un catálogo de medidas que los agentes sociales nacionales podrán incorporar a sus prácticas. Entre ellas se cuentan el respeto del tiempo de trabajo, la creación de reglas a este respecto, incluyendo la evitación del contacto fuera de hora, el uso privado de las herramientas digitales durante el tiempo de trabajo, la racionalización de los horarios, la compensación por el trabajo extra o la prevención del aislamiento en el trabajo.

Otros peligros son menos evidentes, pero igualmente dañinos. Por ejemplo, el incremento del teletrabajo trae consigo la potenciación de los medios de vigilancia digitales, un tema ampliamente estudiado. Las murallas del domicilio, que el Estado liberal se esforzó en levantar, pueden tambalearse de esta manera frente al interés empresarial. ¿Dónde queda la capacidad de la representación de las personas trabajadoras para controlar estos registros domiciliarios, a semejanza de lo que ocurre en los físicos?

En este sentido, el acuerdo marco mencionado se centra en el control ejercido sobre las personas trabajadoras. En sí, puede verse como un desarrollo del Reglamento general de protección de datos, que en su artículo 88 habilita a la negociación colectiva para adoptar reglas más específicas que aseguren la protección de los derechos de las personas. Las medidas que se contemplan aquí son más restringidas. El eje es la representación de las personas trabajadoras, a la que se debería permitir ocuparse de cuestiones como los datos, el consentimiento, la protección de la intimidad y la vigilancia. Además de ello, sería necesario proporcionarles herramientas digitales para el cumplimiento de sus funciones en los nuevos escenarios. Una última advertencia incide en la necesidad de recopilar datos únicamente para fines concretos y transparentes³.

Además de lo mencionado, el teletrabajo trae consigo la pérdida de la proximidad y de relaciones personales con el resto de la plantilla, especialmente cuando toda la jornada de trabajo se desarrolla de esta forma. Se ha afirmado, incluso, que la digitalización trae consigo «una tendencia hacia la individualización de la relación de trabajo y una remercantilización de la relación laboral» (Martín Artilés y Pastor Martínez, 2022). Esta situación se acentúa, por añadidura, cuando el teletrabajo adquiere dimensiones transnacionales o se lleva a cabo a través de plataformas digitales, la modalidad conocida como *crowd-work*, en la que el contacto físico es inexistente.

estos aparecen en las directivas. Parece existir incluso cierto empeño en eliminar toda analogía entre sus contenidos y los de las normas: ni siquiera se utiliza la numeración, tan habitual en estas, con independencia de que tengan origen heterónimo o autónomo.

Muy interesantes las reflexiones sobre su ámbito de aplicación en Sepúlveda Gómez (2021).

³ Molina Navarrete (2021b):

La necesidad de revalorización de los instrumentos de gobernanza colectiva (participación y negociación) de la economía de datos es manifiesta, y así se refleja en el Acuerdo comunitario de digitalización (junio 2020), que también incluye la obligación de dar transparencia a la gestión algorítmica.

Esta consecuencia repercute indudablemente en el ámbito de la representación colectiva, cualquiera que sea la proporción de esta forma de trabajar. Se trata de «una especie de desagregación que se traduce en una manifiesta ruptura de la unidad de acción colectiva que se une a un proceso continuado» (Mercader Uguina, 2020). Los problemas que se han detectado en el ámbito de las plataformas digitales y que han sido un obstáculo para el surgimiento de interlocutores efectivos se trasladan ahora también a las relaciones de trabajo ordinarias. Y es que muchas cuestiones relativas a la representación de las personas trabajadoras en un mundo laboral digitalizado siguen sin resolverse, o sin siquiera plantearse⁴.

Este problema no surge en un lecho de rosas. En el momento presente, la representación de las personas trabajadoras en los Estados miembros de la Unión Europea no parece atravesar, en líneas generales, un periodo especialmente positivo. Piénsese en que, de media, en la actualidad, solo existe representación a nivel de centro de trabajo o de empresa en 3 de cada 10 empresas europeas con más de 10 personas en plantilla (Eurofound, 2020)⁵. En algunos casos se debe a la falta de tradición al respecto, como en Estonia, Hungría o Irlanda, pero en otros se debe a un declive de la importancia de los agentes sociales⁶, como es el caso de Polonia. A ello se añade que:

[...] una posible intensificación del peso de las empresas de muy pequeñas dimensiones hará particularmente difícil la aplicación, no solo del modelo más tradicional de relaciones colectivas de trabajo, sino también de las nuevas realidades que como tendencia se muestran en algunos modelos de relaciones laborales (Cruz Villalón, 2017).

En un plano complementario, los problemas colectivos en las denominadas «empresas-red» no son menores (al respecto, Molina Navarrete, 2019). Si sobre estas afirmaciones acumulamos el crecimiento del trabajo autónomo económicamente dependiente, claramente favorecido por la digitalización, el escenario se presenta oscuro.

Frente a los riesgos enumerados, que afectan en buena medida al individuo, existen, no obstante, también potenciales ventajas en el plano colectivo derivadas de la digitalización,

⁴ A propósito de los textos internacionales en la materia, Sáez Lara (2022):

[...] los textos analizados adolecen también de un defecto común, pues todos se sitúan en la perspectiva de protección individual de la persona afectada. Este planteamiento es insuficiente, cuando se trate de personas trabajadoras, pues, como se sabe, la protección de los derechos laborales se articula a través de la autonomía colectiva, de la organización y acción colectiva y sindical.

⁵ Sobre la situación en España, Ysás Molinero (2021).

⁶ A nivel legislativo, señala Rocha Sánchez (2022): «El escaso protagonismo de la concertación social tripartita constituye asimismo un punto débil de la gobernanza sobre la digitalización en España en la última década».

tanto para las personas teletrabajadoras como para quienes no lo son. La participación en las elecciones sindicales podría verse incentivada si se crearan vías digitales de votación, por ejemplo. En la misma línea, las reuniones con la representación, ya tengan el carácter formal de asamblea o no, podrían congregarse una audiencia mayor si se llevaran a cabo de forma digital. La sustitución de la información distribuida en papel por su equivalente digital es ya una realidad. En muchos Estados miembros de la Unión Europea, estas medidas empiezan a tomar forma, como se expondrá en los próximos epígrafes.

Los sindicatos no pueden permanecer al margen de lo descrito y ya es posible detectar iniciativas de interés⁷. Un buen ejemplo es Suecia donde, recientemente, la *Handelsanställidas Förbund*, el sindicato de trabajadores del comercio, ha adoptado un programa de acción destinado a reforzar su actividad en este campo. Entre las medidas que contempla se encuentran facilitar la presencia digital en reuniones y asambleas, crear herramientas digitales que favorezcan la afiliación en los centros de trabajo, y fomentar la promoción digital de la labor sindical. En el mismo país, el sindicato *Vision* realizó en 2022 una encuesta específica entre sus integrantes que llevan a cabo tareas de representación a propósito del apoyo digital necesario y las herramientas convenientes para incrementar la fuerza del resultado.

Las medidas indicadas se enmarcan en el papel tradicional de la representación de las personas trabajadoras como *adversaria* de la empresa. Pero en el actual contexto, existe también una faceta de cooperación entre representación y empresa que no ha de ser pasada por alto⁸. En algunos países, como Alemania o Austria, aquella ha tenido un papel decisivo en la puesta en marcha de mecanismos de salvaguarda del empleo como el denominado *Kurzarbeit* (McGaughey, 2021). En este escenario de contrastes, la digitalización puede traer nuevos peligros, pero también potenciales beneficios, tanto para las personas trabajadoras como para su representación.

⁷ Mercader Uguina (2020):

Es, pues, el desarrollo de la actividad sindical donde se concentra en estos momentos gran parte de los nuevos rumbos y de los debates actuales y, en particular, los espacios de actuación dentro de los medios informáticos de la empresa o a través de las poderosas redes sociales creando un nuevo «*digital activism*».

Una reflexión general en Nieto Rojas (2022).

⁸ Del Rey Guanter (2018):

El contenido de la negociación colectiva puede y debe experimentar cambios importantes, al igual deberá afrontar el reto de desplazarse hacia los nuevos sectores de actividad económica y empresarial que pueden surgir de esas tecnologías. La flexibilidad interna, en este contexto de cambios constantes impuestos por esas tecnologías, adquiere el carácter de esencial, no ya para el mantenimiento del empleo en la empresa –objetivo primario de la flexiseguridad–, sino de la propia supervivencia de la empresa.

El fomento de la democracia industrial no es un simple valor en sí mismo, sino que puede mejorar la productividad de las empresas. En las palabras del Parlamento Europeo:

[...] la voz de los trabajadores debe ser un componente clave de las iniciativas de la Unión encaminadas a garantizar un gobierno corporativo sostenible y democrático y la diligencia debida en materia de derechos humanos, incluidos los laborales, y de cambio climático y medioambiente, así como a reducir el uso de prácticas desleales, como, por ejemplo, la explotación laboral y la competencia desleal en el mercado interior⁹.

En esta línea, la existencia de mecanismos de información y consulta permanentes, de puesta en práctica fluida, puede proporcionar a las empresas un canal de información privilegiado sobre sus problemas internos. Así lo puso de manifiesto el control de adecuación («*fitness check*») llevado a cabo por la Comisión Europea a propósito de la legislación de la Unión sobre información y consulta¹⁰. Al evaluar los resultados de la puesta en práctica de lo dispuesto en las Directivas 98/59/CE, 2001/23/CE y 2002/14/CE, el documento de la Comisión se mostró muy positivo en su balance. De acuerdo con el texto, estos mecanismos no solo incrementan la confianza y el obrar conjunto («*partnership*»), mitigan conflictos en la empresa, implican a las personas trabajadoras en la toma de decisiones y mejoran el rendimiento en el centro de trabajo. Por añadidura, producen también una mejor gestión y, merece la pena subrayarlo, ayudan en la anticipación del cambio¹¹.

Se ha apuntado incluso más allá. Doctrinalmente, se ha señalado que la democracia en el trabajo favorece la innovación empresarial (Acharya *et al.*, 2013). Teniendo en cuenta los numerosos desafíos a los que se enfrentan las empresas en la actualidad, desde la crisis energética al cambio climático, la práctica permanente de la información y consulta puede servir a las empresas como una herramienta más con la que encarar estos retos¹².

⁹ Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de diciembre de 2021, sobre la democracia en el trabajo: un marco europeo para los derechos de participación de los trabajadores y revisión de la Directiva sobre el comité de empresa europeo.

¹⁰ SWD (2013) 293 final.

¹¹ Laulom (2018):

In April 2015, following the REFIT, the European Commission launched the first phase consultation of the social partners under article 154 of the TFEU on consolidation of the EU directives on informing and consulting workers. One of the main contributions of the recast would be the harmonisation of the various concepts used by the three directives and, particularly, the definitions of the notions of "information" and "consultation". Another issue, according to the Commission, relates to the extent to which the public sector is or is not covered. This consolidation could effectively improve the level of protection granted to workers by the European Union. However, the Commission's 2017 Work Programme no longer mentions it and recasting the directives no longer appears to be on the cards.

¹² Denuncia la situación en España Casas Baamonde (2017):

En línea con todo lo expuesto, el propósito de este trabajo es explorar vías de desarrollo de estas posibilidades en el derecho español a partir de dos coordenadas: cómo (con especial atención al voto telemático) y qué (analizando los contenidos afectados). En cada una de esas vías, se ofrecerá una primera consideración del estado de la cuestión en algunos países miembros de la Unión Europea donde ya se están poniendo en práctica medidas en este sentido. A continuación, se valorará la situación vigente, *de lege lata*, en el ordenamiento español, atendiendo también a los pronunciamientos de los tribunales, para concluir proponiendo, cuando proceda, *de lege ferenda*, posibles vías de desarrollo legislativo o convencional al respecto, o descartando, por inviables o innecesarias, su incorporación a nuestro derecho.

2. Medios y modos digitales en el ámbito de la representación de las personas trabajadoras: un sucinto panorama comparado

El primer aspecto que este artículo abordará es la forma en que la representación de las personas trabajadoras se está adaptando al entorno digital, intentando determinar qué herramientas surgidas con la digitalización del trabajo pueden redundar en su beneficio. Algunas de ellas ya existían con anterioridad a la pandemia, otras han surgido o se han generalizado, de la mano del teletrabajo, motivadas por la COVID-19. El diseño que aquí se pretende plasmar combinará el trabajo presencial y el que se realiza a distancia empezando por este último ámbito, atendiendo a su actualidad, y al reconocimiento explícito de derechos en este campo.

Datos recientes sobre la puesta en práctica del teletrabajo en este campo demuestran que no existe una fórmula general válida de reconocimiento de este tipo de derechos ligados a la representación para todos los Estados miembros. Es lo esperable, puesto que la representación colectiva adopta en ellos formas muy diversas, que responden a diferentes regulaciones, prácticas e, incluso, culturas del trabajo. Sin embargo, dichos estudios confirman el papel crítico del diálogo social y de la negociación colectiva en la regulación del teletrabajo a nivel de empresa (Eurofound, 2022).

Para que esto se cumpla, no obstante, es necesario que los órganos de representación existan. En países donde se aprecia un declive de la representación dentro de la empresa,

Nuestro modelo de representación de los trabajadores en la empresa ha seguido deparando en la práctica una consideración auxiliar o instrumental respecto de la negociación colectiva a los derechos de información y consultas, a los que, a no ser en ciertas empresas de tamaño mediano o grande con una organización formalizada de las relaciones laborales, apenas se les reconoce una capacidad autónoma de penetración en las decisiones empresariales, ni de alimentar un diálogo social permanente.

como es el caso paradigmático en la Unión Europea de Polonia (Mađrzycki y Pisarczyk, 2023), la tarea se vuelve imposible. La oportunidad de modernización que trajo consigo, por la fuerza, la pandemia se disipa en estos escenarios. No parece ser el caso del ordenamiento español, que reaccionó explícitamente en esta materia, como se verá.

En los países de nuestro entorno donde las estructuras representativas están consolidadas, la experiencia demuestra que se están produciendo importantes avances. Téngase en cuenta que, aproximadamente, la mitad de los Estados miembros de la Unión Europea tomaron medidas legislativas sobre teletrabajo durante la pandemia. La negociación colectiva y la participación de los representantes, en ese escenario, tienen que desempeñar un papel importante en la protección de las personas trabajadoras. Y los medios digitales serán una herramienta decisiva para ello. De acuerdo con el análisis más exhaustivo (Eurofound, 2022), en los países donde el diálogo social está debilitado, la protección resultante será inferior, en contraste con aquellos que disfrutaban de un alto nivel de implicación social. La digitalización de la práctica colectiva misma puede ser un incentivo para la mejora en este sentido.

El análisis comparado llevado a cabo para este trabajo indica que algunos Estados miembros, no todos por supuesto, han empezado a poner en práctica medidas que adaptan los modos de representación a la era digital, organizados en torno a la noción armonizada de información y consulta. Algunos de ellos se orientan al teletrabajo, otros optan por una regulación general. Si bien la pandemia fue un catalizador que aceleró considerablemente estas prácticas, ya existían antecedentes de interés.

En Francia, por ejemplo, ya era posible desde 2015 la organización de reuniones por videoconferencia del comité de empresa (*comité d'entreprise*¹³), si así lo establecía el convenio colectivo. Fue durante la pandemia cuando, en la mayoría de los casos, el legislador intervino con urgencia para permitir la continuidad de las relaciones colectivas a través de instrumentos digitales¹⁴. Algunas de estas medidas fueron, ciertamente, temporales, pero otras han perdurado en la legislación.

En Alemania, la COVID-19 condujo a la aprobación de cambios que concernían a esta representación digital. La modificación se llevó a cabo a través de la *Betriebsrätemodernisierungsgesetz*¹⁵, la ley de modernización de los comités de empresas, que alteró la

¹³ Aunque la traducción al castellano sea, obviamente, «comité de empresa», la composición del antiguo órgano francés era radicalmente distinta al caso español.

¹⁴ *Ordonnance n.º 2020-1441 du 25 novembre 2020 portant adaptation des règles relatives aux réunions des instances représentatives du personnel.*

¹⁵ Por su denominación completa, *Gesetz zur Förderung der Betriebsratswahlen und der Betriebsratsarbeit in einer digitalen Arbeitswelt* (BetrVG).

Betriebsverfassungsgesetz, norma central sobre la representación de las personas trabajadoras. El principal objetivo de la reforma fue permitir la reunión de los distintos órganos para la necesaria toma de decisiones, posibilitando la participación telemática¹⁶. Otro punto de gran importancia fue la flexibilización de las reglas de forma, al permitir el uso de medios electrónicos y no únicamente en papel. A pesar de haber sido aprobadas como reacción a la coyuntura de la pandemia, estas reglas siguen en vigor.

En otros países, como Estonia, los Países Bajos o Portugal, el legislador adoptó reglas similares a esta, facilitando las reuniones digitales, e incluso la efectiva aplicación de los derechos de información y consulta a través de estos medios. En Estonia, concretamente, este tipo de reuniones se han transformado en la norma y ya no en una excepción derivada del estado sanitario. En Portugal, desde el 1 de enero de 2022, la ley reconoce el derecho de los representantes de las personas trabajadoras a la utilización de un tablón digital¹⁷. Se trata de un espacio dentro de la intranet empresarial en el que la representación puede compartir noticias, comunicaciones, información u otros textos sobre la actividad sindical y los intereses socioeconómicos de las personas trabajadoras. Se reconoce también el derecho a la utilización de listas de correo para la difusión de esta información entre las personas teletrabajadoras¹⁸. El mismo derecho a un tablón digital ha sido establecido en el convenio colectivo del servicio de correos italiano (*Poste Italiane*) de 2021, una muestra de la utilidad de la negociación colectiva en este campo ante el silencio de la ley.

Un aspecto adicional de la legislación francesa merece también ser objeto de mención. De acuerdo con ella¹⁹, toda la información proporcionada a la representación de las personas trabajadoras debe ser almacenada en una base de datos (*Base de Données Économiques, Sociales et Environnementales*), en las empresas de más de 50 personas trabajadoras. En las que tengan más de 300, esta base de datos deberá tener necesariamente un formato digital. Aunque no es el objeto de este estudio, es conveniente señalar que la reforma de agosto de 2021 insistió en la información sobre cuestiones medioambientales.

En otros países, en cambio, como Austria o Rumanía, no existen derechos específicos similares a estos, pero tampoco obstáculos legales para su puesta en práctica. En los casos indicados, han sido los tribunales los que, interpretando las reglas existentes, se han pronunciado positivamente sobre la viabilidad de la utilización de herramientas digitales para el desarrollo de la negociación colectiva o las consultas con la representación.

¹⁶ Artículo 30 (2) de la BetrVG.

¹⁷ Artículo 465.2 del *Código do Trabalho*.

¹⁸ Artículo 169.3 del *Código do Trabalho*.

¹⁹ Artículos L. 2312-18, L. 2312-36 y L. 2312-21 del *Code du travail*.

3. Medios y modos digitales en el ámbito de la representación de las personas trabajadoras: la situación en España

Lo descrito en el anterior epígrafe no es sino una muestra, no exhaustiva, de buenas prácticas en el derecho comparado. Como siempre que se lleva a cabo una exposición de este tipo, es conveniente leerla con prudencia. Algunas de las grandes novedades son ya familiares en el ordenamiento español, otras son recibidas con escepticismo y algunas despiertan interés.

En primer lugar, ha de señalarse que, en nuestro país, la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia²⁰, ha otorgado un importante peso a la dimensión colectiva. Lo ha hecho en tal manera que:

[...] ha normalizado el trabajo a distancia y la negociación colectiva como institución esencial del derecho del trabajo, signo de identificación de este territorio jurídico y de sus exigencias de autonormación y autogobierno en su significación constitucional [...]. Realmente los aspectos más innovadores de la nueva regulación se confían a la negociación colectiva (Casas Baamonde, 2020).

Dentro de este marco, en su artículo 19, ha regulado expresamente los derechos colectivos de las personas que trabajan a distancia, dentro de los que se incluyen las personas que teletrabajan. El contenido de titularidad individual no es el objeto de este trabajo, como ya se ha indicado²¹, y el centro del análisis se trasladará a la repercusión que este precepto, y otros de la misma ley, tienen sobre la representación de las personas trabajadoras y su entorno de actividad en el plano digital.

En este precepto, deben distinguirse tres aspectos diferenciados. En el primer apartado, se reconoce la igualdad en los derechos colectivos para estas personas, «un reconocimiento neutral, en la medida que no aporta más facultades de las ya reconocidas por las normas legales y convencionales» (Rodríguez-Piñero Royo y Calvo Gallego, 2020), en conexión con el centro de trabajo al que estén adscritas²². Lo más relevante de este primer

²⁰ Y, obviamente, el Real Decreto-Ley 28/2020, su antecesor, que en este apartado no sufrió modificación alguna en la tramitación legislativa.

²¹ Al respecto, Cordero Gordillo (2021), con interesantes indicaciones sobre el Convenio colectivo para las cajas y entidades financieras de ahorro.

²² Cordero Gordillo (2021):

Atendiendo al art. 7 de la misma norma, el centro de trabajo al que quede adscrito el trabajador y en el que desarrollará, en su caso, la parte de jornada presencial (apartado e), forma parte de los contenidos mínimos obligatorios del acuerdo de trabajo a distancia, por lo que deberá quedar especificado desde el inicio.

bloque del precepto para este estudio, por el punto de vista adoptado, es precisamente dicha vinculación con el centro de trabajo²³, en su dimensión de unidad electoral²⁴. Como se ha señalado (Cordero Gordillo, 2021), una adscripción unilateral por parte de la empresa puede conllevar problemas a la hora del cálculo de los umbrales mínimos, un cierto *gerrymandering* empresarial que permitiría excluir a determinadas personas del proceso electoral o, por el contrario, disolverlas en una unidad irrelevante para sus intereses²⁵.

La creación de un colegio electoral propio a través de la negociación colectiva, con base en lo dispuesto con carácter general en el artículo 71 del Estatuto de los Trabajadores (ET), es una cuestión que despierta discrepancias en la doctrina desde antes de que la digitalización irrumpiera en el mercado de trabajo. El examen de la realidad demuestra que, salvo error u omisión, ningún convenio colectivo en España recoge esta posibilidad. La exigencia del artículo 71.1 del ET de que un hipotético nuevo colegio se cree «en función de la composición profesional del sector de actividad productiva o de la empresa» parece ser un severo obstáculo. La muy escasa jurisprudencia²⁶ al respecto solo ha señalado que el convenio franja no es una herramienta apropiada para esta creación, al tratarse de «una materia que, por su propia naturaleza, solo puede ser objeto de regulación por un convenio unitario de toda la empresa». Conocida, por lo tanto, la fuente que podría abordar tal regulación, el posible debate se traslada al fundamento de la novedad. El simple hecho de trabajar a distancia no parece ser motivo suficiente para justificar la constitución. La digitalización sería un simple «cómo» que no altera el «qué» que está en la base de la creación de ese colegio diferenciado, figura en todo caso «casi inédita en la práctica» (Cabeza Pereiro, 2009).

Con independencia de esta posibilidad, el precepto atribuye a la negociación colectiva²⁷ un importante papel en la garantía de estos derechos, ante la ausencia de indicaciones, siquiera subsidiarias, en las normas (Domínguez Morales, 2021). Una de ellas puede ser la introducción de criterios pactados para dicha adscripción (Cordero Gordillo, 2021), con lo

²³ A propósito de las plataformas, ya había señalado Garrido Pérez (2018):

[...] es posible identificar un centro de trabajo técnico, informático o digital como concreta unidad organizativa prestacional de la aplicación, delimitada por un concreto entorno físico o territorial de operatividad, a la que se adscriben los trabajadores que prestan el servicio que la plataforma o aplicación ofrece y garantiza en ese mismo entorno.

²⁴ Con carácter general, Álvarez del Cuvillo (2016).

²⁵ Una lista de criterios actuales en Domínguez Morales (2021).

²⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 17 de mayo de 2004 (rec. 101/2003).

²⁷ Lo que, de acuerdo con la interpretación de Rodríguez-Piñero Royo y Calvo Gallego (2020), supone que «se está utilizando esta expresión en sentido amplio, para cualquier forma de pacto, sea convenio o no [...]. Cualquier producto de la negociación colectiva puede constituirse en un canal idóneo para desarrollar esta adaptación».

que se eliminaría la unilateralidad²⁸. Salvo error u omisión, poco se ha hecho en este sentido, excepto en el Convenio colectivo de la empresa financiera El Corte Inglés, EFC, SA²⁹, en el que se ha recogido que «salvo acuerdo expreso en contrario, el personal en teletrabajo deberá estar adscrito al mismo centro de trabajo en el que desarrolle el trabajo presencial». La solución responde, probablemente, a todas las casuísticas de la mencionada empresa, pero no es exportable como regla general. En todo caso, es un primer paso. En definitiva, parece un campo este en el que la negociación colectiva puede obtener notables frutos, incluso en términos de gestión de personal y no solo de seguridades. El precio es, claro está, la aceptación del recorte de la unilateralidad empresarial.

A su vez, el segundo apartado del precepto reconoce a la representación legal potestades que responden perfectamente a los contenidos expuestos en el marco del derecho comparado y que como se ha señalado «supone en realidad reconocerles unos derechos que hasta ahora la legislación laboral española no había previsto» (Rodríguez-Piñero Royo y Calvo Gallego, 2020). Se trata de una cláusula abierta referida a «los elementos precisos para el desarrollo de su actividad representativa». El artículo precisa dos de esos elementos, que en todo caso constituyen una lista abierta³⁰: «el acceso a las comunicaciones y direcciones electrónicas de uso en la empresa» y «la implantación del tablón virtual».

Se ha señalado con preocupación la mención recogida en el artículo de la ley a la utilización de estos medios únicamente si son compatibles con el trabajo a distancia (Domínguez Morales, 2021). ¿Qué interpretación ha de darse a esta indicación? Para dotar de contenido a este precepto, la interpretación más razonable pasa por no restringir su uso de forma excesiva. Ya existe jurisprudencia suficiente de los tribunales sobre la utilización de estos medios fuera del ámbito del teletrabajo que puede ser trasladada sin inconveniente a este campo³¹.

²⁸ Gallego Montalbán (2022):

La remisión a la negociación colectiva no debería obviar este elemento de adscripción que junto con el concepto de centro de trabajo marcarán un punto de inflexión en el ejercicio de los derechos colectivos en nuevas formas de organización empresarial que tienden a la digitalización y descentralización productiva [...]. Es necesario un replanteamiento del concepto centro de trabajo, más flexible y funcional que permita el establecimiento de criterios de adscripción de las personas trabajadoras de manera más garantista para el ejercicio de los derechos colectivos y, concretamente, con la posibilidad de establecer circunscripciones electorales *ad hoc*. Por ese motivo, el papel de la negociación colectiva resulta absolutamente necesario para un mayor encaje a las nuevas realidades laborales y debiera el legislador regular en tal sentido.

²⁹ BOE de 6 de mayo de 2021.

³⁰ Rodríguez-Piñero Royo y Calvo Gallego (2020): «Que ya es más que lo que dicen el Estatuto de los Trabajadores y la Ley orgánica de libertad sindical, que indican elementos concretos [...] sin utilizar una fórmula general».

³¹ Por todos, Nieto Rojas (2015; 2022). Para un primer tratamiento convencional de la materia, Valle Muñoz (2019).

Otro posible campo para futuras discrepancias es quién ha de cargar con el coste de la puesta en práctica de estos derechos. Ya se manifiestan estas diferencias en el tratamiento doctrinal de la cuestión, dividido entre quien sostiene que no es posible reclamar la creación de esta infraestructura informática a la empresa (por todos, Cordero Gordillo, 2021) y quien sí lo ve viable (por todos, Nieto Rojas, 2020). Si, de nuevo, se acepta la vigencia de la doctrina existente para el trabajo ordinario en el ámbito del teletrabajo, la cuestión parece estar resuelta.

Desde el punto de vista subjetivo, es necesario señalar, además, que la dicción literal del precepto limita el derecho a la representación unitaria, y no a la sindical. Se ha sostenido, sin embargo, que el derecho pertenece también a las secciones sindicales de los sindicatos más representativos o que tengan presencia en los órganos de representación unitaria (Cordero Gordillo, 2021), alineándolo con el contenido del artículo 8 de la Ley orgánica de libertad sindical (LOLS). No parece que esta cuestión vaya a ser objeto de especial polémica y esta interpretación tiene visos de triunfar en la práctica.

Por último, el tercer apartado del artículo 19 de la Ley 10/2021 tiene un contenido, desde el punto de vista digital, diferenciado en dos partes. En primer lugar, se busca la garantía de la participación efectiva de las personas trabajadoras a distancia en las actividades de carácter colectivo. Aquí puede tener encaje fácilmente la puesta a disposición de la representación de las personas trabajadoras de medios para la organización de videoreuniones.

En principio, la literalidad del texto del ET parece no permitir la realización de asambleas *online*, al circunscribir el artículo 78 del ET su celebración al ámbito del centro de trabajo. No obstante, el nuevo texto legal, en tanto que ley posterior y ley especial (Casas Baamonde, 2020), podría ampararlas. Es más, obligaría a la empresa al suministro de los medios necesarios para que esta participación pudiera llevarse a cabo. La utilización del sistema de videollamada y la puesta a disposición de una *webcam* cumplirían, en principio, con esta exigencia. Pero cabe preguntarse qué sucedería en el caso de una representación de las personas trabajadoras que no fuera capaz de manejar dicho sistema por sí misma. Se puede presumir, en todo caso, que las exigencias generales para la celebración de asambleas presenciales sobre convocatoria, plazo, etc., siguen vigentes en esta modalidad³².

En segundo lugar, debe señalarse que la garantía es a la vez limitación. Lo protegido es el ejercicio del derecho a voto en las elecciones sindicales. El límite se deriva de la exigencia de que dicha participación debe ser «presencial», según la literalidad del texto. Se trata, ciertamente, de una paradoja³³, al exigir un desplazamiento que, en algunos casos,

³² Con carácter general, Gárate Castro (2020).

³³ Rodríguez-Piñero Royo y Calvo Gallego (2020): «Se ha tenido miedo, nos parece, a entrar en una materia tan compleja y litigiosa como esta, adoptando la solución más simple (pero la menos lógica cuando se trata de trabajo a distancia)».

cohonesta mal con la filosofía del trabajo a distancia³⁴. No fomenta, en modo alguno, una participación más elevada. La Sentencia de la Audiencia Nacional (SAN) de 12 de diciembre de 2022, sobre la que se insistirá en el próximo apartado, ha subrayado, *obiter dicta*, la necesidad de una interpretación literal de esa exigencia.

Esta situación ha sido criticada, al señalarse que «todas o la mayoría de las etapas por las que atraviesa el procedimiento electoral podrían evolucionar hacia unas elecciones digitalizadas en las que la presencia física en el centro de trabajo sea irrelevante» (Dominguez Morales, 2021)³⁵. Sin duda, esta indicación de presencialidad ha de ser criticada. Al abordar la cuestión del voto telemático con carácter general, en el siguiente epígrafe de este estudio, se expondrán una serie de argumentos comunes para el trabajo a distancia y el trabajo ordinario.

El panorama derivado de la Ley 10/2021, con más o menos detalle, queda así expuesto. ¿Qué sucede en esta dimensión colectiva con el resto de los empleos, donde no se desempeña trabajo a distancia en modo alguno o solo en una parte no sustancial de la jornada? ¿Qué sucede en las empresas donde se mantiene una actividad presencial? Algunos de los puntos expuestos anteriormente serán analizados a continuación: el tablón virtual y algunos aspectos comunes de la práctica de la representación de las personas trabajadoras, y el voto telemático, al que se dedicará el próximo epígrafe.

El uso del correo electrónico ya ha sido ampliamente estudiado, incluyendo la perspectiva de la protección de datos, por lo que no será abordado aquí. Por su especial vinculación con la materia tratada, en todo caso, ha de quedar recogida aquí la STS de 21 de abril de 2017 (rec. 149/2016). En ella, confirmando lo dictado por la Audiencia Nacional, se proclamó la inutilidad del correo electrónico como vía apropiada para realizar las consultas debidas en un procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo:

[...] sin llevar a cabo realmente ese proceso en el que las opiniones se contrastan y se valora de manera conjunta entre todos los interlocutores que al final pueden llegar a un acuerdo o discrepar de la medida propuesta por la empleadora.

³⁴ Martín Artilles y Pastor Martínez (2022):

Un informante nos dice: [...] Además, hay problemas para el ejercicio del voto corporatista en las elecciones sindicales. El sindicato no puede llevar la urna electoral a cuatrocientos domicilios. El permiso para votar en las elecciones está regulado, pero es muy difícil que el trabajador a domicilio participe en tiempo de trabajo retribuido.

³⁵ Para las plataformas digitales, señalaba Garrido Pérez (2018) una idea similar:

En plena era digital sería racional apuntar la posibilidad de que todo el proceso electoral pueda ser digitalizado o informatizado, a través por ejemplo de un programa informático *ad hoc*, o de una especie de intranet de la propia aplicación, de acceso limitado solo a los trabajadores, aun con todos los condicionamientos asociados que se requirieran de seguimiento o control externo y público que garantizara la corrección del proceso y la eficacia de su resultado.

El correo es una herramienta, pues, de información, tanto empresarial como de la representación de las personas trabajadoras, pero no de consulta.

Entrando ya en materia, como es de sobra sabido, el reconocimiento de algunos de estos derechos tiene su origen en los tribunales y en la negociación colectiva³⁶. Se ha señalado, por un lado, que la Ley 10/2021 no altera en modo alguno el panorama:

[...] esta obligación de provisión de los medios digitales para hacer efectiva la representación no puede ser aplicada en términos genéricos, esto es, extensible para la plantilla que no realiza trabajo a distancia, en cuyo caso seguirá siendo aplicable la jurisprudencia sobre el uso de los medios tecnológicos empresariales a efectos de comunicación entre representantes y representados (Domínguez Morales, 2021).

En sentido contrario, se ha sostenido que «esta diferenciación no tendría sentido, ni se correspondería con la práctica de las relaciones laborales en España» (Rodríguez-Piñero Royo y Calvo Gallego, 2020). A falta de un pronunciamiento de los tribunales al respecto, la opción expansiva parece más de acuerdo con la realidad social y el objetivo de fomento de la actividad colectiva que se defiende en este trabajo.

En cuanto al uso, en primer lugar, de un tablón virtual, la legislación guarda silencio en este escenario. Pero la negociación colectiva, con anterioridad al ejemplo italiano reseñado, ya se había pronunciado al respecto. No son especialmente abundantes, en todo caso, los convenios colectivos que recogen la posibilidad de la utilización de un tablón virtual, y no solo en el caso de las personas trabajadoras a distancia.

Entre ellos cabe señalar, sin ánimo de exhaustividad, mencionando solo los acuerdos más recientes, el Convenio provincial de Alicante de comercio de minoristas, mayoristas y exportadores de calzado y artículos de piel y viaje³⁷; el del Grupo Nortegás³⁸; el estatal

³⁶ Almendros González (2019), para ejemplos de uso pioneros. Nieto Rojas (2022), para un balance: «Me- nos frecuente es que la negociación colectiva contemple la posible creación de un espacio virtual, con denominaciones diversas: sitio, página web, tablón virtual de anuncios, portal sindical, tablón electrónico, aunque sí que se observan algunos ejemplos de este reconocimiento».

³⁷ BOP de Alicante de 16 de marzo de 2020. Su artículo 46 contiene algunas de las prescripciones más detalladas, que han sido imitadas en otros textos:

Las empresas cuyos sistemas operativos lo permitan y constituyan el medio habitual de trabajo y comunicación en la misma, pondrán a disposición de la representación legal de los trabajadores y trabajadoras un tablón virtual como vía de información de dichos representantes con los trabajadores y trabajadoras incluidos en su ámbito de representación y sobre las materias propias de su estricta competencia. En el ámbito de empresa se concretará la operativa utilizable, velando, siempre, por que no se vean afectados los procesos ordinarios de comunicación y de trabajo existentes en la empresa. También en dicho ámbito se determinará si con las fórmulas de comunicación adoptadas queda cumplida la puesta a disposición del preceptivo tablón de anuncios.

³⁸ BOE de 10 de julio de 2020.

de centros y servicios veterinarios³⁹; el de Hermandad Farmacéutica del Mediterráneo, SCL, para los centros de trabajo de Alicante, Almería, Barcelona, Madrid, Málaga, Murcia y Valencia⁴⁰; el de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas colaboradoras con la Seguridad Social⁴¹; de ámbito estatal para el sector de agencias de viajes, para el periodo 2019-2022⁴²; o el del sector de oficinas y despachos en la comunidad autónoma de Madrid 2022-2024⁴³. La muestra no es especialmente abundante, pero pone de manifiesto logros concretos en realidades muy distintas. No ha de descartarse, de todas maneras, que la concesión del uso de este tipo de tablón se esté dando a través de acuerdos de empresa no publicados o celebrados de manera informal⁴⁴, atendiendo a la finalidad de la norma y a la realidad social (Nieto Rojas, 2022).

En cuanto a las bases de datos como la mencionada anteriormente a propósito de la legislación francesa, el ordenamiento español, legal o negocial, no contiene mención alguna a ella ni a nada semejante. Quizá se deba al reconocimiento por parte del legislador a la representación de las personas trabajadoras de la capacidad suficiente para custodiar por sí misma lo recibido. Los derechos de información serían, por lo tanto, efímeros y la custodia de los materiales recibidos correspondería a la representación. No habría en España, en este momento, en principio, un derecho a una petición de información retroactiva.

Este escenario, que tiene sentido cuando hay continuidad, falla, no obstante, cuando se producen cambios de envergadura en la composición de los órganos de representación. Y si esos cambios van acompañados de una cierta dosis de mala fe, puede producirse una situación en la que la nueva representación de las personas trabajadoras carece del trasfondo necesario para poner en práctica su papel. En este supuesto, distinto del presentado en el párrafo anterior, sí que podría tener sentido una base de datos al modo de la francesa. Es necesario reconocer, en todo caso, que no ha sido posible localizar sentencia alguna donde se haya planteado esta cuestión ante los tribunales españoles. Pero podría suceder.

Es obvio que esta no es una cuestión prioritaria en una posible reforma de futuro. Su coste económico, en todo caso, es insignificante una vez se ha habilitado el uso de la intranet empresarial por parte de la representación de las personas trabajadoras. Por este motivo, lo más

³⁹ BOE de 14 de agosto de 2020. Su artículo 89.3 reproduce el contenido de Alicante mencionado, pero extendiendo, además, el derecho a los delegados sindicales.

⁴⁰ BOE de 14 de octubre de 2021.

⁴¹ BOE de 27 de diciembre de 2021. Su artículo 86 casi reproduce el mencionado artículo del convenio de Alicante.

⁴² BOE de 14 de enero de 2022. Su artículo 59 reconoce a la representación legal «un tablón físico y/o virtual».

⁴³ BOCM de 13 de agosto de 2022. En su artículo 52, reconoce el derecho a este tablón a los sindicatos con presencia en el comité de empresa, pero no a este.

⁴⁴ Sobre los límites de su uso y el control empresarial de este, Almendros González (2019).

apropiado parece proponer la inclusión de esta base de datos como un posible contenido de la negociación colectiva *ad futurum* y no considerar necesaria modificación legislativa alguna.

Para cerrar este epígrafe, conviene dejar constancia de la interesante idea de utilización, para la recaudación de cuotas, de la popular aplicación Bizum (Domínguez Morales, 2021). Dado lo episódico de esta herramienta, parece incluso más apropiada para la contribución a cajas de resistencia, como ya puso en práctica, entre otras organizaciones, CC. OO. en la huelga de Aernnova⁴⁵.

4. A propósito del voto telemático: límites, posibilidades y garantías

El desarrollo y puesta en práctica de alguna de las herramientas mencionadas trae consigo nuevas posibilidades de interacción⁴⁶. En concreto, la posibilidad del voto telemático merece una atención monográfica. Se trata de un asunto que tiene plena actualidad, por causa de la SAN 165/2022, de 12 de diciembre. Como es bien sabido, este pronunciamiento declaró inválido un acuerdo entre las empresas del grupo Iberdrola y varios de los sindicatos que tienen representación en ella por el que se establecía la posibilidad de voto telemático en las elecciones de representantes unitarios que debían celebrarse en dichas empresas. El fundamento para dicha decisión fue una interpretación gramatical del artículo 75.2 del ET⁴⁷, descartando de manera expresa cualquier adaptación a la realidad social que lo flexibilizase.

La sentencia, de hecho, recalcó que, dada la relativa modernidad del actual texto refundido, «consideramos que si el legislador hubiera querido admitir el voto telemático lo habría hecho así». En apoyo de esta afirmación, la sentencia subrayó la presencialidad exigida por la Ley 10/2021 antes mencionada. Quedó así zanjada, cual nudo gordiano, la cuestión de la posibilidad del voto. Por desgracia, no entró a resolver las muy interesantes alegaciones a propósito de la garantía del voto telemático que planteaban los sindicatos demandantes.

En sentido contrario, con una interpretación más favorable a los modos digitales, tiempo antes, se había pronunciado la pionera Sentencia del Juzgado de lo Social (SJS) número 25 de Madrid 321/2015, de 21 de septiembre⁴⁸. La argumentación discurrió por el camino

⁴⁵ https://andalucia.ccoo.es/noticia:553006--%20CCOO_pide_el_apoyo_a_la_caja_de_resistencia_de_la_plantilla_de_Aernnova_tras_40_dias_de_huelga%20indefinida

⁴⁶ Sobre la puesta a disposición de los sindicatos en el marco de elecciones sindicales de las direcciones de correo electrónico de los posibles electores, Moraru (2020).

⁴⁷ «El voto será libre, secreto, personal y directo, depositándose las papeletas, que en tamaño, color, impresión y calidad del papel serán de iguales características, en urnas cerradas».

⁴⁸ Vivero Serrano (2016) calificó el asunto de «una de las pocas cuestiones vírgenes en materia de elecciones».

exactamente contrario, al entender que el voto telemático no estaba prohibido en precepto alguno⁴⁹. El acuerdo entre empresa y dos de los sindicatos implicados, por lo tanto, validaba la posibilidad, siempre que el voto, eso sí, estuviera sometido a las debidas garantías.

En la misma línea resolvió la SJS número 5 de Granada 312/2021, de 7 de julio. En ella se insistió, particularmente, en la interpretación:

[...] en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas, resulta no solamente válida la decisión de la Mesa Electoral sino plenamente acertada y razonable ante la realidad sanitaria existente y el sistema de teletrabajo implantado máxime cuando no existe una prohibición normativa expresa de realizar la votación de forma telemática.

La contradicción entre la Audiencia Nacional y los juzgados de lo social indicados es patente y cabe plantearse una hipotética solución general. *De lege ferenda*, es posible plantear una reforma del ET que introduzca la posibilidad del voto telemático en las elecciones en la empresa. La propia SAN reconoce que ya se admite en el Estatuto Básico del Empleado Público y en el Real Decreto 555/2011, de 20 de abril, por el que se establece el régimen electoral del Consejo de Policía. Nada puede llevar a defender que lo que sirve para los colectivos afectados en el empleo público no sirve para la gran masa de las personas trabajadoras asalariadas. Ahora bien, a la hora de propugnar la reforma indicada, es necesario examinar cuestiones de orden económico, medioambiental y garantista.

Un argumento admisible en contra del voto telemático sería el coste de un procedimiento electrónico, que difícilmente bajará de 600 euros incluso en empresas de reducidas dimensiones. En este sentido, habría que examinar aspectos como el coste real de la impresión de papeletas, que un procedimiento ordinario conlleva. En una empresa de 50 personas trabajadoras, este coste puede oscilar entre 300 y 400 euros, teniendo en cuenta la necesidad de imprimir papeletas de reserva⁵⁰. Y aquí entra en juego la dimensión medioambiental. El impacto de unas elecciones telemáticas es infinitamente menor que el derivado de un

⁴⁹ Vivero Serrano (2016):

Aunque el voto electrónico remoto se considerase un voto indirecto, llegado a la mesa electoral no de la mano física del elector, sino de una mano tecnológica y digital sustitutiva de la mano física del cartero, no habría ningún problema a la hora de admitirlo por analogía con el voto por correo [...]. En cuanto a la interpretación teleológica de las normas legales en cuestión, el reconocimiento del voto telemático remoto es todavía más claro. Téngase muy en cuenta que mediante el voto telemático, mucho más ágil y rápido que el voto por correo y mucho menos costoso que la constitución de una mesa itinerante, se facilita extraordinariamente la participación de los trabajadores en las elecciones sindicales.

⁵⁰ Los costes indicados reflejan consultas realizadas a profesionales con motivo de la elaboración de este trabajo.

proceso de impresión como el necesario para cumplir con las exigencias legales. Si es así en una empresa de pequeñas dimensiones, basta con pensar en la colosal trascendencia en empresas con grandes plantillas.

Estos razonamientos conducen a la necesaria reflexión sobre las garantías precisas para que el voto telemático pueda desarrollarse de una forma equivalente al voto presencial. Estas garantías ya existen en nuestro ordenamiento. ¿Acaso puede dudarse de que los procedimientos electorales en la Administración pública no se desarrollan con el máximo cuidado? Bastaría con trasladarlas al ámbito privado.

La propuesta, osada sin duda, que aquí se deja es la elaboración de una web pública para este tipo de votaciones, administrada por el Ministerio de Trabajo y Economía Social, o por la autoridad laboral autonómica correspondiente. La Administración pública ya dispone de las herramientas necesarias para las elecciones mencionadas. En ella, se suponen presentes las máximas garantías, como demuestra el hecho de que el sistema nunca ha sido impugnado. Cada vez que una empresa tuviera que poner en marcha su proceso electoral, lo comunicaría a la Administración, que sería la garante del procedimiento. No hay espacio suficiente en este trabajo para desarrollar esta idea y queda aquí simplemente apuntada, a disposición de cualquier reforma futura.

Una cuestión distinta, pero también relevante, es la utilización de herramientas telemáticas en el funcionamiento de los órganos de representación y el voto en ellas. Como ya se ha visto, en algunos países ha sido necesaria una reforma legal para autorizar la celebración de reuniones *online*. En el caso español, este movimiento legislativo no sería necesario, puesto que nada en el ET condiciona el lugar de reunión del comité de empresa. Aunque se da por supuesto que las reuniones se celebran en el local puesto a su disposición, nada impide que el reglamento del comité autorice la celebración de reuniones telemáticas, perfectamente compatibles con las presenciales.

De la misma manera, yendo incluso más lejos, nada exige en los artículos 89 y 90 del ET que la negociación de un convenio tenga lugar en la sede de la empresa. Por lógica, una regla como esa sería absurda para un convenio de sector. De ahí que el Estatuto haya optado por el silencio en esta materia. Esta situación permite, sin ningún problema jurídico ni necesidad de reforma legislativa alguna, la celebración de reuniones telemáticas de negociación. Cosa distinta son los problemas prácticos que luego se mencionarán, donde la realidad de la práctica española y la obsolescencia de muchos reglamentos de comités choca con la digitalización que traería esta propuesta.

En línea con esto, la cuestión del voto digital en estos órganos debe abordarse desde una perspectiva diferente a la expresada para las elecciones. No se trata ya de un voto digital para elegir a la representación de las personas trabajadoras, sino de un voto digital para tomar decisiones en el comité de empresa. Esta medida es el complemento lógico de la celebración de reuniones virtuales y ya se ha expuesto que está admitida en algunos Estados de la Unión Europea, como Alemania.

Pues bien, el artículo 65.1 del ET exige una decisión mayoritaria de sus componentes. A su vez, el artículo 89.3 del ET requiere el voto favorable de la mayoría de cada una de las dos representaciones. Ninguno de los dos preceptos se pronuncia sobre la forma de dicho voto, que en muchas ocasiones es verbal. Ningún problema habría entonces para que, en una reunión virtual, el voto se expresara de igual forma. Cabría un voto verbal (garantizado con una grabación de la reunión), un voto por iconos, como la popular mano alzada de numerosas plataformas (garantizado con una captura de pantalla), un voto a través de chat, un voto a través de un formulario *online* o, si se quieren extremar las garantías, un voto a través de un sistema encriptado que garantizara su confidencialidad, requisito este que no recoge el ET.

Frente a esta especulación teórica, existen, por supuesto, dificultades prácticas en este campo⁵¹. Entre ellas se cuentan el tamaño de la empresa para justificar tal necesidad (que los miembros sean de diferentes provincias, por ejemplo). Superada esta objeción, surge el problema práctico de que la empresa provea de la infraestructura necesaria, como una sala con capacidad para videollamadas en donde todas las personas puedan interactuar. A los problemas materiales se unen las cuestiones estratégicas de la actividad sindical. Puede darse el caso de sindicatos que impidan tal posibilidad. La práctica apunta a que, cuando un sindicato ejerce el papel de minoritario, bloquea cualquier modelo *online*, ya que la presencialidad le da ventaja en proporcionalidad de voto en caso de falta de algún integrante.

Finalmente, están dos cuestiones de gran relevancia: la de la privacidad de las deliberaciones (una persona en su casa puede permitir el acceso a las deliberaciones cuando estas no son públicas, aunque sí lo sean las actas) y la mecánica del voto, que puede conducir a situaciones de auténtico caos. Sí que existen algunos reglamentos que permiten una conexión telefónica por impedimentos en el transporte. En este caso, surgen dos nuevos problemas: la prueba de verificación de la concurrencia de dicho retraso y la dinámica de intervención y voto a través del altavoz de un teléfono. Esta, en muchas ocasiones, ha demostrado ser realmente ineficaz, sin olvidar que no todas las sedes de comités disponen de un teléfono propio y hay que confiar en la buena fe de quien pone a disposición su teléfono para la conexión.

A la vista de estos argumentos, parece claro que la reforma propuesta debería ir precedida de una intervención del diálogo social a propósito de ella. Son los agentes sociales los que deben manifestar su interés en estos mecanismos. Una imposición unilateral por parte del legislador podría no ser otra cosa que una manifestación de despotismo ilustrado de inútiles consecuencias para quienes deben poner en práctica lo legislado.

⁵¹ Estas indicaciones fueron recibidas por parte de miembros de sindicatos conocedores de la realidad práctica de la digitalización en la empresa española, durante la elaboración de este trabajo.

5. Información y consulta y negociación colectiva en el ámbito digital: contenidos

Lo descrito en los epígrafes anteriores proporciona herramientas para el desarrollo de las funciones de representación con independencia de la materia que se quiera tratar. Pero la digitalización del trabajo ha traído consigo contenidos específicamente digitales en el plano colectivo y a ellos se dedica este epígrafe. Desde el punto de vista de la representación de las personas trabajadoras, los más destacados son, sin ánimo de exhaustividad por la extensión limitada de este trabajo, los medios empresariales de vigilancia, el derecho a la desconexión, y los algoritmos y la inteligencia artificial. Estos últimos serán abordados monográficamente en el próximo epígrafe, por su especial relevancia y novedad. A la hora de delimitar el contenido de este trabajo, se ha decidido omitir la participación de la representación en materia de protección de datos, por ser un campo suficientemente explorado por la doctrina⁵².

En su programa de trabajo para 2022, la Comisión Europea proclamó su intención de asegurar que el creciente mundo digital se adapte a las personas. No obstante, a través del control remoto de las personas trabajadoras, libertades tan clásicas como la intimidad o la inviolabilidad del domicilio pueden verse afectadas. Las empresas pueden observar a su plantilla remota en sus casas, en un café o incluso en otro país. De ahí que resulte de gran interés el papel que los derechos de información y consulta de la representación pueden significar en su control, como vigilantes del vigilante.

En numerosos Estados miembros de la Unión Europea ya existen disposiciones que exigen, si la empresa pretende emplear dispositivos de control electrónicos, que se informe a la representación de las personas trabajadoras o incluso que se le consulte. Es la situación, en diversos grados, en Austria, Alemania, Francia, los Países Bajos, Rumanía o Suecia. En los dos primeros, por ejemplo, se alcanza una cima al situar esta cuestión en el ámbito de la co-determinación: la representación puede obtener por vía judicial la paralización de las medidas si estas no han sido objeto de acuerdo con ella antes de su puesta en práctica. Las reformas más recientes han reforzado esta dimensión al incluir tanto en Alemania⁵³ como en Austria la necesidad de acordar la estructura del trabajo a distancia cuando se lleva a cabo a través de tecnologías de la información y la comunicación, y las condiciones de trabajo desde casa⁵⁴.

En los Países Bajos, también existe una facultad de intervención, pero se prevén grandes avances. En este momento, está en trámite parlamentario una nueva ley, llamada popularmente «*Wet werken waar je wilt*» o «Ley de trabajar donde quieras». En ella se plasmará la

⁵² Por todos, Pérez del Prado (2020).

⁵³ Artículo 87.1.14 de la BetrVG.

⁵⁴ Artículo 91.1.27 de la *Arbeitsverfassungsgesetz*. Resulta llamativo que, con la riqueza del idioma alemán, la normativa utilice el término inglés *homeoffice* (eso sí, en una sola palabra).

idea del centro de trabajo híbrido y, de ser aprobada, establecerá reglas específicas para el teletrabajo, con insistencia en el tratamiento de la seguridad y la salud (especialmente los riesgos psicosociales) y, lo más importante a los efectos de este estudio, los poderes de codeterminación de la representación de las personas trabajadoras. En Francia, la omisión de los trámites de información y consulta abre la vía para que la representación active un procedimiento especial para investigar y eliminar las potenciales violaciones de los derechos de las personas trabajadoras.

En Italia, por el contrario, la reforma del artículo 4 del *Statuto dei lavoratori*, anterior a la pandemia, optó por la flexibilización en este campo. Es cierto que somete su utilización al acuerdo con la representación de las personas trabajadoras, con varias posibilidades en función de la organización geográfica de la empresa. Pero en caso de faltar dicho acuerdo, será suficiente con obtener la autorización de la Inspección de Trabajo para su empleo.

En el panorama de derecho comparado que ha sido objeto de análisis, el extremo más negativo lo ocupa Polonia. A pesar de que el teletrabajo ha sido objeto de una reforma en diciembre de 2022, la opinión doctrinal mayoritaria coincide en que ha sido una ocasión perdida para reforzar el diálogo social (por todos, Mądrzycki y Pisarczyk, 2023). La nueva norma faculta a la empresa para dictar unilateralmente las disposiciones necesarias si no se llega a un acuerdo con la representación de las personas trabajadoras.

En el caso español, la Ley orgánica de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD) puede ser caracterizada como la magna carta de los derechos de información y consulta en materia digital, y no el ET. Varios de sus preceptos establecen nuevas competencias para la representación en este campo, que responden a lo establecido en el derecho comparado, superando incluso dichas medidas⁵⁵. Basta con mencionar, por añadidura, lo recogido en su artículo 91 sobre las posibilidades de la negociación colectiva a propósito de garantías adicionales de los derechos digitales para poner de manifiesto la relevancia de la implicación colectiva en este campo⁵⁶. Dejando a un lado estas posibilidades pactadas de expansión, los aspectos que aquí se analizarán son la participación de la

⁵⁵ Valle Muñoz (2019):

Entre los factores positivos que ofrece la regulación convencional de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación destacarían los siguientes: su proximidad a la realidad que pretende regular; la legitimidad y la seguridad jurídica derivada del carácter paccionado de la normativa convencional (lo que constituye un importante factor de paz social al evitar el conflicto); el carácter dinámico del convenio colectivo, al ser una norma fácilmente adaptable a las circunstancias cambiantes acomodándose al mismo tiempo a las características propias de cada empresa, sector o ámbito concreto; y el ser el convenio colectivo un instrumento apto para regular un fenómeno como las nuevas tecnologías, caracterizado por una constante evolución e innovación.

⁵⁶ Escéptica, Miñarro Yanini (2018): «Prácticamente se limita a reproducir el artículo 88 del RGPD [...]. En consecuencia, identificado tal paralelismo, ha de relativizarse la incidencia y significación real de este precepto en el ámbito nacional».

representación en la determinación de las medidas de videovigilancia y geolocalización, el uso privado de los medios digitales, y el derecho a la desconexión.

Con carácter general, el artículo 89.1 de la LOPDGDD establece un deber de información a la representación de las personas trabajadoras sobre las medidas de videovigilancia⁵⁷. El texto legal incluye la mención «y, en su caso». La interpretación más favorable a la representación pasa por entender tal cláusula como referente a la existencia misma de los representantes⁵⁸. En este precepto, y en todos los siguientes de la LOPDGDD, parece apropiado entender que este derecho de información pertenece a la representación legal y también a la sindical cuando se den las condiciones del artículo 10.3.1.º de la LOLS⁵⁹.

La omisión de este deber de información por parte de la empresa ha conllevado la nulidad de los sistemas instalados, entre otras, expresamente en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Galicia de 15 de febrero de 2021 (rec. 4586/2020)⁶⁰ y en las SSTSJ de Canarias/Las Palmas de 8 de marzo de 2021 (rec. 967/2020), 11 de junio de 2021 (rec. 310/2021), 10 de diciembre de 2021 (rec. 1417/2021) y 26 de enero de 2022 (rec. 1416/2021). Todos estos casos se refieren a la vigilancia por medios electrónicos en

⁵⁷ La Agencia Española de Protección de Datos, en su «Ficha práctica de videovigilancia. Cámaras para el control empresarial», atribuye únicamente este derecho a los representantes sindicales, de forma errónea.

⁵⁸ Propugna su eliminación Muñoz Ruiz (2022):

El deber de transparencia de la empresa podría ser reforzado por la negociación colectiva reiterando lo dispuesto en el artículo 89.1 LOPDGDD, pero eliminando la parte donde se expresa «y, en su caso». De esta forma se reforzaría el control colectivo de la medida de videovigilancia.

También defiende la autora que «podría ser oportuno que los negociadores pudieran introducir el derecho de consulta sobre estos medios de videovigilancia laboral si la fuerza negociadora del sector o de la empresa lo permite».

⁵⁹ Con carácter general, Nieto Rojas (2019):

El derecho de audiencia podrá ser ejercido tanto si se trata de medidas en las que está prevista la intervención consultiva de la representación unitaria (art. 64.1.5 ET) como en los supuestos en los que se prevé la posibilidad de alcanzar un acuerdo con la representación legal de base estatutaria [...]. Pero también y de manera convergente a las competencias reconocidas a las representaciones unitarias en los artículos 64.5 y 6 ET, debiendo ser oídos ante aquellas decisiones que pudieran provocar cambios relevantes en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo en la empresa o sobre la adopción de eventuales medidas preventivas. Una interpretación sistemática del derecho que asiste a los delegados sindicales que no formen parte del comité de empresa fuerza a sostener que dichos representantes tienen también derecho de audiencia previa.

⁶⁰ En ella se lleva a cabo este interesante matiz:

Se trata, en consecuencia, de una videovigilancia con cámaras de seguridad generales, y no con cámaras con finalidad de vigilancia estrictamente laboral, lo que tiene su relevancia pues de ser cámaras de esta última clase la información dada por el empresario a su personal, y a la representación del personal, en aplicación del artículo 89 de la LOPD, tendría eficacia en todo el centro de trabajo como ámbito espacial en el cual se desarrolla la prestación de servicios (FJ 3.º).

el centro de trabajo. No ha habido todavía ningún asunto referido al control en el domicilio de las personas teletrabajadoras, que sería una cuestión más espinosa.

Al hilo de lo mencionado sobre la legislación francesa y las medidas especiales de salvaguarda, parece oportuno hacer unas consideraciones sobre la vía procesal empleada en estos casos. Todos ellos son procedimientos individuales, en algunos casos de despido, en otros de tutela de derechos fundamentales. De su lectura, además, se desprende la existencia de litigios previos ante juzgados de lo social, cuyas resoluciones no se han publicado o no se han podido localizar. En ellos se advierte la participación de la representación de las personas trabajadoras para la defensa de su derecho a ser informada. La vía procesal empleada para ello fue el procedimiento especial de conflictos colectivos. No hay especialidad alguna frente a lo dispuesto para los derechos de información, con carácter general, en el artículo 153.3 de la Ley reguladora de la jurisdicción social (LRJS).

En paralelo con la primera disposición indicada, el artículo 90.2 de la LOPDGDD regula los dispositivos de geolocalización. Nuevamente, la representación tiene derecho a ser informada, en este caso «acerca de la existencia y características de estos dispositivos», así como los conocidos «derechos de acceso, rectificación, limitación del tratamiento y supresión».

La STS de 8 de febrero de 2021 (rec. 84/2019) no se pronunció sobre este precepto a la hora de anular el sistema de geolocalización que una empresa de reparto de comida a domicilio pretendía implantar, puesto que la LOPDGDD aún no se encontraba en vigor en el momento de los hechos. Pero no fue óbice para que, sobre la base del artículo 64.4 f) del ET, se entendiera que la medida era nula por la omisión del deber de información. El argumento no es «digital» en modo alguno, sino que se centró en que la información transmitida era más genérica que sustancial:

[...] en tanto que no se facilitó información del alcance de la geolocalización sobre los datos personales del dispositivo móvil, como tampoco se puede calificar como suficiente la referencia a las condiciones de aportación y uso del móvil sin especificación de las mismas, así como la referencia a un régimen disciplinario inespecífico en cuanto a la concreta conducta y tipificación.

No cabe duda de que el criterio de esta sentencia perdurará en los futuros litigios basados en el artículo 90.2 de la LOPDGDD, cuando estos se produzcan.

En segundo lugar, la siguiente materia relevante a los efectos de este estudio es la utilización particular de los medios considerados, desde el correo electrónico hasta el teléfono móvil o el ordenador portátil. De acuerdo con el artículo 87.3 de la LOPDGDD, en la elaboración de los criterios de la empresa para dicho uso «deberán participar los representantes de los trabajadores», lo que no significa codecidir (Goñi Sein, 2020). La indefinición de esta expresión merece ser objeto de críticas, puesto que «participar» no se corresponde con ninguna de las

modalidades de actuación de la representación recogida en el Estatuto. Parece difícil sostener que se está hablando aquí de una figura similar a la que se encuentra en el artículo 64.7 b) del ET a propósito de la gestión de obras sociales⁶¹. La consulta sería la respuesta más adecuada (en este sentido, Álvarez del Cuvillo, 2022; Goñi Sein, 2020). Con posterioridad a esta norma, el artículo 17.3 de la Ley 10/2021 encomendó a la representación legal participar en la elaboración de los criterios de utilización de los dispositivos digitales para las personas trabajadoras a distancia, en línea con la misma terminología imprecisa anterior.

Salvo error u omisión, no se ha dictado ninguna sentencia a propósito del incumplimiento de estos dos preceptos en lo que a la posición de la representación de las personas trabajadores concierne. Puede considerarse, sin excesivo riesgo, que la vía procesal más apropiada para la tutela de este derecho por su parte sería, de nuevo, el procedimiento de conflicto colectivo, si se omitiera su participación.

El segundo apartado del precepto hace una llamada a la negociación colectiva para regular potestativamente el uso personal de los equipos puestos a disposición por la empresa. Más allá de la indicación sobre «los usos sociales de dichos medios»⁶², resulta muy relevante la mención a «convenios o acuerdos colectivos». Con ello, se flexibiliza el diálogo entre empresa y representantes, en la línea apuntada anteriormente⁶³. Este es uno de los campos en los que se han señalado las posibles ventajas de una regulación negociada:

[...] una política consensuada con los representantes de los trabajadores a través de un proceso de negociación puede obtener un mayor reconocimiento, lo que facilitará su cumplimiento efectivo, especialmente si los representantes tienen una buena comunicación con sus representados. Así, por ejemplo, si los trabajadores se han sentido de algún modo partícipes en la negociación del «código de conducta» o «protocolo» de uso de los dispositivos del empresario, es muy posible que estén mejor informados de su contenido y que sean más capaces de comprender sus implicaciones (Álvarez del Cuvillo, 2022).

⁶¹ Si se llevara a cabo esta equiparación, hay que tener en cuenta lo señalado en Gárate Castro (2020): «En cuanto a las formas de intensidad de [la participación] dependerán de lo que disponga el convenio colectivo aplicable, pudiendo sobrepasar la mera participación y llegar a la directa y completa gestión».

⁶² Rodríguez-Piñero Royo y Calvo Gallego (2020):

Su simple mención y el hecho de que, en este caso, la negociación colectiva solo deba tener en cuenta y no ya respetar –como el poder de dirección del empresario– los usos sociales puede ser un incentivo a su paulatina incorporación a nuestro tejido negocial.

⁶³ Goñi Sein (2020):

El problema complejo y delicado estriba en el contenido del acuerdo, en caso de que se llegue a acordar algo; esto es, determinar qué se puede tratar o pactar entre la empresa o la Administración pública y los representantes de los trabajadores sobre el concreto asunto de los dispositivos digitales, teniendo en cuenta que los bienes jurídicos llamados a ser ponderados no son susceptibles de negociación. Las incertidumbres planteadas al respecto son numerosas.

La mayor parte de los convenios en vigor regulan el uso del teléfono móvil y de otros dispositivos digitales de la empresa para fines personales desde el punto de vista del poder disciplinario. Así, se puede comprobar, a modo de ejemplo entre los acuerdos más recientes, que tanto el Convenio colectivo provincial de madera y corcho de Ciudad Real para el periodo 2021-2025⁶⁴ como el Convenio colectivo estatal de estaciones de servicio⁶⁵ consideran falta grave su utilización para estos fines durante el tiempo de trabajo, en el caso del teléfono, o incluso fuera de él, para los equipos informáticos⁶⁶. En el caso del Convenio colectivo sectorial de vigilancia acuática y socorrismo de Illes Balears⁶⁷, la consideración es incluso de muy grave, siendo el otro extremo el Convenio colectivo del sector mayoristas y minoristas de alimentación de Sevilla⁶⁸, que solo lo tipifica como falta leve. La conclusión que se deriva de este primer examen, no exhaustivo, de los convenios más recientes es que la llamada de la LOPDGDD no ha sido escuchada y se mantiene la actitud de restricción⁶⁹, o bien se ha respondido a la invitación a través de acuerdos de empresa no publicados, lo que parece menos probable⁷⁰.

En tercer lugar, en cuanto al derecho a la desconexión digital, hay notables diferencias en el régimen de participación de la representación de las personas trabajadoras. En efecto, cuando la LOPDGDD introdujo un nuevo precepto en el ET, el artículo 20 bis, no incluyó referencia alguna a cualquier potestad de información o consulta. Fue el artículo 88 de la LOPDGDD el que les dio entrada en una doble dimensión. En el nivel básico, de acuerdo con el artículo 88.3 de la LOPDGDD, la política empresarial de utilización de estos medios está sometida a la previa audiencia de la representación⁷¹. Se trata en este caso de un auténtico deber de consulta, ya no de simple información. En el nivel avanzado, la utilización se somete a «lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores».

⁶⁴ BOP de Ciudad Real de 23 de febrero de 2023.

⁶⁵ BOE de 10 de marzo de 2023.

⁶⁶ El Convenio de madera y corcho precisa en este caso: «Lo dispuesto en los apartados 21 y 22 no se aplicará a la representación legal y sindical de los trabajadores en el ejercicio de sus funciones».

⁶⁷ BOP de Illes Balears de 16 de febrero de 2023.

⁶⁸ BOP de Sevilla de 23 de enero de 2023.

⁶⁹ Los contactos realizados con personas trabajadoras de grandes empresas para la realización del presente estudio arrojaron como resultado la prohibición expresa de uso privado de los medios empresariales en la mayoría de los casos.

⁷⁰ Un balance con mayor arco temporal, pero similares resultados en Álvarez del Cuvillo (2022).

⁷¹ Muy crítica, Miñarro Yanini (2018): «Un condicionante procedimental que hace dudar de su eficacia, puesto que cabe que no exista representación unitaria en el centro». Su análisis, crítico, de las primeras experiencias en Miñarro Yanini (2019):

El llamado derecho a la desconexión digital en estas regulaciones resta más que suma. En este sentido, ninguno de los instrumentos examinados ha introducido la medida que sería realmente efectiva consistente en prohibir el envío de comunicaciones ordinarias durante el tiempo extra-laboral.

¿Cómo se articulan estos dos niveles de actuación? Parece obvio que el nivel avanzado es contingente y está condicionado al ejercicio efectivo de la autonomía colectiva⁷². Una vez logrado este, se crearán unos condicionantes, de diferente eficacia jurídica, que la empresa debe respetar y de cuyo respeto serán guardianes los representantes. En todo caso, la negociación colectiva debe dejar un margen de adaptación a las empresas. Parece razonable sostener que la representación habrá de respetar, en su consulta, esta facultad y no limitarse a exigir el cumplimiento estricto de lo negociado colectivamente. El precepto, no obstante, ha sido objeto de críticas muy razonables⁷³, que reclaman la inclusión de este deber en el contenido mínimo de los convenios colectivos y la consideración de la desconexión como una cuestión de seguridad y salud, lo que exigiría una auténtica consulta con la representación de las personas trabajadoras (Aragón Gómez, 2022).

En paralelo, en la posterior Ley 10/2021, a propósito de las personas trabajadoras a distancia, se establece en el artículo 18.2 la necesidad de la elaboración de una política interna en la empresa. En este proceso, debe darse audiencia previa a la representación legal. Todo lo indicado a propósito de la LOPDGDD tiene validez aquí. Además de esa audiencia, continúa el paralelismo, al indicar el segundo apartado que los convenios o acuerdos colectivos de trabajo podrán establecer los medios y medidas adecuadas para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la desconexión en el trabajo a distancia y la organización adecuada de la jornada de forma que sea compatible con la garantía de tiempos de descanso⁷⁴.

No son escasos los convenios colectivos que ya recogen medidas en este sentido, tanto para el trabajo ordinario como para el teletrabajo. Solo en el ámbito estatal, ya rozan el centenar. Cabe mencionar entre ellos, a título de ejemplo como muestra de la variedad de ámbitos, el Convenio colectivo nacional de revistas y publicaciones periódicas 2022-2024⁷⁵; el Acuerdo de modificación parcial del Convenio colectivo de World Duty Free Group, SAU⁷⁶; el XX Convenio colectivo nacional de empresas de ingeniería; oficinas de estudios técnicos;

⁷² De la Puebla Pinilla (2022): «La intervención de la autonomía colectiva es imprescindible para dotar de contenido a este derecho a la desconexión digital cuya formulación en el art. 88 LOPD carece de eficacia real».

⁷³ Aragón Gómez (2022):

Lo que ocurre es que esta remisión convencional queda desprovista de garantías, pues ni se ha incluido el derecho a la desconexión digital en el contenido mínimo de los convenios colectivos (art. 85.3 ET), ni se ha impuesto a los agentes sociales la obligación de negociar al respecto. A mayor abundamiento, en defecto de convenio o acuerdo colectivo, la empresa puede (y debe) elaborar la política de desconexión digital de forma unilateral.

⁷⁴ De la Puebla Pinilla (2022): «A diferencia de la desconexión en el trabajo presencial, el art. 18 Ley 10/2021 sí contiene prescripciones directamente aplicables».

⁷⁵ BOE de 19 de enero de 2023.

⁷⁶ BOE de 26 de enero de 2023.

inspección, supervisión y control técnico y de calidad⁷⁷; el Convenio colectivo estatal de estaciones de servicio⁷⁸; o el VI Acuerdo laboral para el sector de la hostelería –ALEH VI–⁷⁹. Sin necesidad de explorar más allá del primer trimestre de 2023, se puede constatar que la materia está ganando su espacio. Las cláusulas son muy parecidas entre ellas y no se detectan grandes visos de originalidad, confirmando un balance «pobre» (Valle Muñoz, 2019) en este ámbito que ya se había detectado hace tiempo⁸⁰. Pero los primeros pasos ya se están dando, haciendo efectiva la participación de la representación en la tutela del derecho a la desconexión⁸¹. Ahora falta mejorar los resultados y dotar de auténtica eficacia a dicha participación.

6. El control colectivo de los algoritmos: ¿futuro o frustración?

Un apartado específico en lo que concierne a los contenidos que se están analizando se refiere al control de los algoritmos⁸², que por su novedad merece un tratamiento diferenciado. La tutela colectiva frente a los algoritmos y la inteligencia artificial encaja a la perfección en el marco de la Década Digital europea. Quizá provocados por el miedo a la máquina pensante tan presente en la ciencia-ficción, los recelos sobre esta nueva forma de intervención en las relaciones laborales están empezando a encontrar acomodo legislativo en algunos países de nuestro entorno. Tal es el caso de Alemania, donde la mencionada *Betriebsverfassungsgesetz* fue objeto de modificación también a este propósito en 2021.

⁷⁷ BOE de 10 de marzo de 2023.

⁷⁸ Ídem nota 77.

⁷⁹ Ídem nota 77.

⁸⁰ Más crítica, Aragón Gómez (2022):

[...] algunos convenios colectivos se limitan a recoger en su texto meras declaraciones programáticas. Otros regulan la desconexión digital mediante declaraciones vacuas, completamente faltas de contenido. Otros sí detallan algo más el alcance del derecho a la desconexión digital, pero no aportan medidas concretas para hacer efectivo el derecho, pues ni imponen al empresario la obligación de abstenerse de contactar con el trabajador fuera de su horario de trabajo, ni prevén cauces de reacción frente a un posible incumplimiento. A mayor abundamiento, no se especifican con claridad cuáles son los supuestos en los que la empresa puede contactar legítimamente con sus empleados.

⁸¹ Dos análisis de gran interés en Barrios Baudor (2020) y Gil Plana (2022).

⁸² Molina Navarrete (2021a), para un encuadre de la cuestión:

[...] carece de sentido un cierto debate abierto en torno a si se puede (no solo si se debe) regular el algoritmo, entre otras cosas porque, se dice, formaría parte del núcleo duro de la organización digital del trabajo, por lo tanto, zona reservada a la dirección de la empresa [...]. El problema no es si se debe o no regular, que es un falso debate, sino quién debería asumir su protagonismo (reparto de fuentes reguladoras), cómo debería regularse el algoritmo y qué debe-puede regularse, en el ámbito sociolaboral, de la gestión analítica o algorítmica.

Desde entonces, el comité de empresa tiene derecho a ser informado sobre la planificación de procesos de trabajo y flujos de trabajo, «incluido el uso de la inteligencia artificial»⁸³. En un estadio superior, se encuentra la codeterminación de las directrices en materia de selección de personal, especialmente reforzada en las empresas de más de 500 personas trabajadoras. Tras la reforma de 2021, esta facultad se aplica también en el caso de utilización de mecanismos basados en la inteligencia artificial⁸⁴. Para todas estas tareas, el comité de empresa tiene derecho a consultar a un experto externo⁸⁵.

En este campo, España ha sido pionera⁸⁶. Como es bien sabido, el Real Decreto-Ley 9/2021 (consolidado posteriormente como Ley 12/2021) introdujo en el ET un nuevo contenido en el artículo 64.4 d), de carácter general. En él se reconoce un derecho de información de la representación unitaria sobre los algoritmos que puedan incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo⁸⁷. Desde el punto de vista formal, se ha criticado su sistemática, ya que queda encuadrado en un ámbito que no responde ni a la naturaleza ni a la tipología de los contenidos informativos que deben ser comunicados a la representación legal (Gómez Gordillo, 2021).

Si bien esta tutela ha sido considerada simplemente de un nivel básico (Sáez Lara, 2022), e incluso de «desilusionante» (Molina Navarrete, 2021b), también se ha reconocido que supone un avance novedoso frente al anterior derecho genérico de información de la representación de las personas trabajadoras, «un primer paso en el necesario avance de los derechos de participación sindical en la gestión empresarial algorítmica» (Sáez Lara, 2022)⁸⁸. En la misma línea, se ha dicho que «la nueva obligación sí puede provocar un efecto expansivo sobre los deberes de información hasta ahora vigentes, cuando la empresa

⁸³ Artículo 90.1.3 de la BetrVG.

⁸⁴ Artículo 95.2 bis de la BetrVG.

⁸⁵ Artículo 80.3 de la BetrVG.

⁸⁶ El estudio global más completo es el de Mercader Uguina (2022).

⁸⁷ Sobre sus límites, Gómez Gordillo (2021):

No existe obligación de informar cuando el uso de estas tecnologías no afecte a este tipo de decisiones, ni cuando afectándolas no tengan la capacidad de incidir sobre estas materias [...]. La obligación de informar se refiere a los criterios que gobiernan estas herramientas y a las órdenes que la persona que los ha creado transmite a estos sistemas [...]. No parece desprenderse de la previsión legal que la empresa esté obligada a facilitar a la representación de los trabajadores todos los datos que pueda poseer de las personas que prestan servicio en la empresa.

⁸⁸ Más escéptico, Gorelli Hernández (2022):

Derecho que, a todas luces, es insuficiente: basta pensar que no tiene aplicación en caso de empresas sin representación [...]. El uso de la inteligencia artificial con fines de organizar la prestación de trabajo y tomar decisiones que afecta a derechos laborales encaja dentro del art. 64.5 ET. Por lo tanto, hubiese bastado con una adaptación a través de la negociación colectiva de esta cuestión, que debería haber sido incentivada vía concertación social fomentada directamente por el Gobierno.

haga uso de algoritmos en cualquier fase del proceso de toma de decisiones» (Gómez Gordillo, 2021), señalando los ejemplos punteros del poder disciplinario, cuando en su ejercicio intervenga la inteligencia artificial, o la preparación de un procedimiento de consulta en el marco de un despido colectivo.

El ámbito subjetivo del precepto, no obstante, también ha sido objeto de críticas. Se ha señalado que el modelo de delegados de personal y comités de empresa no es el apropiado para un desarrollo eficaz de fórmulas de participación, especialmente en el marco del trabajo en plataformas (Sáez Lara, 2022). Se ha insistido en esta misma línea en la necesidad de reforzar la capacidad de control de los sindicatos (Gómez Gordillo, 2021)⁸⁹. Para empezar, ha de tenerse en cuenta que esta información debería ser transmitida a los delegados sindicales en la empresa, pero solo en virtud de la cláusula general de equiparación del artículo 10.3.1.º de la LOLS. Es decir, la mayoría de las empresas quedarán excluidas de esta doble vigilancia.

Parece especialmente relevante el momento de efectividad del derecho y su modo de implementación (ampliamente Gómez Gordillo, 2021). La información previa a la puesta en práctica parece la hipótesis más razonable, aunque también ha de tenerse en cuenta su periodicidad, sobre la que nada se dice (Gorelli Hernández, 2022). Una simple información posterior sobre los resultados vaciaría de cualquier capacidad preventiva al derecho y volvería inútil la previsión legal⁹⁰.

En cuanto al contenido del derecho:

[...] se extiende a los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial, que afectan a la toma de decisiones, que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles (Sáez Lara, 2022).

No se trata tanto de líneas de código como de presupuestos y consecuencias:

Lo que se pretende es que haya transparencia en cuanto al funcionamiento para detectar si el algoritmo no funciona de manera neutral. Poca transparencia habrá si lo que se facilita a los representantes de los trabajadores es un enorme conjunto de códigos que hacen funcionar internamente al sistema de inteligencia artificial (Gorelli Hernández, 2022).

⁸⁹ Tajante, Sáez Lara (2022): «En un planteamiento acusadamente individual, que incluso remite a la participación de las personas trabajadoras, y que ignora el modelo constitucional de relaciones laborales, que articula la tutela de las personas trabajadoras a través de sus representantes sindicales».

⁹⁰ Sobre el carácter de secreto empresarial y el alcance del deber de sigilo, Gorelli Hernández (2022).

Nada exige, por otra parte, la emisión de un informe por parte de la representación de las personas trabajadoras, al no tratarse de un procedimiento de consulta (para Gorelli Hernández, 2022, sería lo deseable, como mínimo), ni, por supuesto, que la empresa preste atención a los reproches efectuados por ella. ¿Qué sucede si uno de esos reproches es la detección de un sesgo de carácter discriminatorio, como ha sucedido en diversas ocasiones en diversos países? (Sáez Lara, 2022, para una síntesis). Parece difícil concebir otro contenido peyorativo que tenga consecuencias legales.

¿Cómo ha de reaccionar la representación de las personas trabajadoras, ya no ante la omisión del deber de información, sino ante esta consideración de la presencia de un sesgo discriminatorio? En otros países, ya se ha llevado a cabo esta tutela judicial (Sáez Lara, 2022, a propósito del algoritmo Frank en Italia). En nuestro país, una vez más, la vía procesal indiscutible para la defensa por parte del comité de empresa sería el proceso especial de conflictos colectivos, al encajar fácilmente el algoritmo en la noción de «decisión empresarial de carácter colectivo» o de «práctica de empresa».

Ahora bien, en este caso, al tratarse de la vulneración de un derecho fundamental como consecuencia del diseño del algoritmo, otra vía posible, especialmente en el caso de los sindicatos, sería el proceso especial de tutela de la libertad sindical y otros derechos fundamentales (arts. 177 a 184 LRJS). En este caso, no ha de pasarse por alto la legitimación extendida que recoge el artículo 17 de la LRJS para vulneraciones de derechos de determinados grupos⁹¹, así como la posibilidad de actuar como coadyuvantes recogida en el artículo 177.2 de la LRJS, si la discriminación detectada tuviera, precisamente, estos rasgos.

En este marco, la negociación colectiva puede estar llamada a desempeñar un gran papel en la vigilancia de los algoritmos (Álvarez Cuesta, 2020; De la Puebla Pinilla, 2022). Legislativamente, no existe base alguna para ello, pero ya se ha visto a lo largo de este trabajo que existen llamadas a su intervención en otros campos «digitales». La inclusión de preceptos que proporcionaran un fundamento legal a esta actuación, haciéndola incluso obligatoria, podría ser una nueva etapa en la regulación paulatina de la digitalización en la empresa. En todo caso, no es necesaria esta base si las partes sociales consideran necesario abordar la regulación de su tutela reforzada en el marco de su libertad negocial.

Tal ha sido ya la situación en varios convenios colectivos, sin ánimo de exhaustividad en la exposición. En primer lugar, tanto el XXIV Convenio colectivo del sector de la banca⁹², pionero, como el Convenio colectivo para los establecimientos financieros de crédito⁹³, establecen, en sendas cláusulas paralelas, la obligación de proporcionar a la representación

⁹¹ Sobre el carácter de secreto empresarial y el alcance del deber de sigilo, Gorelli Hernández (2022).

⁹² BOE de 30 de marzo de 2021.

⁹³ BOE de 15 de octubre de 2021. También lo establece su versión actualizada del BOE de 28 de diciembre de 2022.

legal de las personas trabajadoras «como mínimo [...] los datos que nutren los algoritmos, la lógica de funcionamiento y la evaluación de los resultados». Por su parte, el Convenio colectivo del sector comercio de alimentación de la provincia de A Coruña 2022-2025⁹⁴, en el marco de un precepto dedicado a la transición digital, reconoció un derecho de «información y consulta periódica» (es decir, encarnando todo lo propuesto doctrinalmente como avance mínimo) a propósito del «uso de algoritmos que afecten a la igualdad y no discriminación por razones de género, edad y adaptabilidad tecnológica, etc., con especial atención a la venta digital y salarial de género». Es original, a su vez, lo dispuesto en el Convenio colectivo del sector de grandes almacenes para el periodo 2021-2022⁹⁵, que crea un Observatorio Sectorial que, entre otros temas relacionados con la transición digital, «prestará especial atención a la utilización de algoritmos que incidan en las condiciones de trabajo».

Por su parte, el XI Convenio colectivo de trabajo de establecimientos sanitarios de hospitalización, asistencia, consulta y laboratorios de análisis clínicos de Cataluña⁹⁶ se limita a reproducir el contenido del artículo 64 del ET. En línea similar discurre el XXII Convenio colectivo de ámbito estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales 2021-2024⁹⁷. El Convenio colectivo estatal para el comercio de distribuidores de especialidades y productos farmacéuticos⁹⁸, sobre esa base, añade la precisión «siempre y cuando existan en la empresa los medios o criterios». Es difícil determinar si se está recogiendo una obviedad o si se está excluyendo la información a propósito de algoritmos exteriores.

7. El camino sigue y sigue

Todo lo recogido en este trabajo no es más que una muestra del desafío al que se enfrenta la representación de las personas trabajadoras en una década de digitalización. Muchos de los temas han sido simplemente esbozados y merecerían un estudio monográfico, como pone de manifiesto la bibliografía utilizada, cada vez más abundante en España. Se ha buscado aquí ofrecer una síntesis de la situación, empleando el derecho comparado como posible guía.

Pero está claro que los problemas de la dimensión colectiva de la digitalización no terminan aquí. En los epígrafes anteriores se han expuesto leyes y convenios colectivos, mencionando buenas prácticas y pronunciamientos judiciales. En este epígrafe de cierre,

⁹⁴ BOP de A Coruña de 31 de octubre de 2022.

⁹⁵ BOE de 11 de junio de 2021.

⁹⁶ DOGC de 1 de junio de 2022.

⁹⁷ BOE de 24 de junio de 2022.

⁹⁸ BOE de 23 de septiembre de 2022.

se va a añadir una duda territorial a ese catálogo de derechos. ¿En qué jurisdicción, con qué ley aplicable, pueden y deben ser aplicados? La existencia de empresas multinacionales o la existencia misma del fenómeno del teletrabajo transnacional hacen indispensable esta reflexión en un mundo como el digital, que borra las fronteras. La mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea tienen en cuenta el volumen de la plantilla a la hora de crear estructuras representativas o de asignar funciones a esta. ¿Qué sucede en el caso de empresas multinacionales o en aquellas donde parte de su plantilla elige voluntariamente trabajar desde otro país? ¿Siguen formando parte del censo a efectos electorales? ¿Qué sucede en el caso del trabajo en plataformas digitales donde se produce una auténtica diáspora transnacional y la única conexión es digital? ¿Qué sucede si se superan los umbrales de representación en diversos Estados, como consecuencia de estos movimientos? Es difícil sostener que los derechos de información y consulta, consagrados en el artículo 27 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, puedan ser puestos en cuestión por el simple hecho de que el trabajo se desempeñe a través de medios electrónicos.

Otra posible línea de continuación de esta investigación apunta al ámbito subjetivo de estos derechos. ¿En qué medida las personas trabajadoras autónomas, en especial las económicamente dependientes, serán susceptibles de beneficiarse de la tutela descrita? La mayor parte de los textos internacionales reconocen la extensión de los derechos colectivos comentados a los trabajos atípicos, insistiendo en muchos casos en la necesaria protección de las formas novedosas de trabajo. Ahora bien, no queda clara la extensión real de los derechos de información y consulta. Algunos pronunciamientos supranacionales han señalado la posibilidad de que estos colectivos puedan beneficiarse de la negociación colectiva. ¿Será extensible el «derecho mayor» y no el «derecho instrumental»? Esta cuestión tiene especial relevancia en los casos de dependencia económica con una considerable integración en la dinámica productiva del contratante. Se trata de un tema que no ha sido abordado todavía de forma extensa por la doctrina y ofrece un nuevo reto a la delimitación de las fronteras del derecho del trabajo, en este caso en su dimensión colectiva.

Pero más allá de estas posibilidades, poniendo la atención, para terminar, en la regulación existente en España, el gran desafío es el desarrollo de la negociación colectiva. Las propuestas *de lege ferenda* que se han realizado en este trabajo son mínimas, comparadas con las aportaciones efectivas que puede traer una interacción productiva entre los agentes sociales. Para lograr este objetivo, es necesario un cambio, pero no de naturaleza legislativa, sino de mentalidades. Es necesario concebir, por ambas partes del diálogo social, la existencia de un nuevo modelo que nos aproxime a otras realidades donde este ha engendrado prosperidad: una puesta en práctica de los derechos de información y consulta y de la negociación colectiva que traiga colaboración y productividad, en beneficio de empresas y personas trabajadoras.

Referencias bibliográficas

- Acharya, V. V., Baghai, R. P. y Subramanian, K. V. (2013). Labor laws and innovation. *Journal of Law and Economics*, 56(4), 997-1.037. <https://doi.org/10.1086/674106>
- Almendros González, M. A. (2019). El control empresarial de la actividad de los representantes de los trabajadores. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 150, 299-329.
- Álvarez Cuesta, H. (2020). *El impacto de la inteligencia artificial en el trabajo: desafíos y propuestas*. Aranzadi.
- Álvarez del Cuvillo, A. (2016). El centro de trabajo como unidad electoral: un concepto jurídico indeterminado en un contexto de cambio organizativo. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 188, 141-177.
- Álvarez del Cuvillo, A. (2022). El papel de la negociación colectiva en la regulación del uso de los dispositivos digitales puestos a disposición de los trabajadores. En J. R. Mercader Uguina y A. de la Puebla Pinilla (Dirs.), *Cambio tecnológico y transformación de las fuentes laborales. Ley y convenio colectivo ante la disrupción digital* (pp. 381-406). Tirant lo Blanch.
- Aragón Gómez, C. (2022). El tiempo de trabajo ante las nuevas formas de organización empresarial. En J. R. Mercader Uguina y A. de la Puebla Pinilla (Dirs.), *Cambio tecnológico y transformación de las fuentes laborales. Ley y convenio colectivo ante la disrupción digital* (pp. 125-148). Tirant lo Blanch.
- Barrios Baudor, G. L. (2020). La desconexión digital en la negociación colectiva de 2020: un análisis práctico. *Revista Galega de Dereito Social*, 11, 105-165.
- Cabeza Pereiro, J. (2009). *Las elecciones sindicales*. Bomarzo.
- Casas Baamonde, M. E. (2017). La necesaria reforma del título II del Estatuto de los Trabajadores. En J. Cruz Villalón, M. R. Menéndez Calvo y M. Nogueira Guastavino (Coords.), *Representación y representatividad colectiva en las relaciones laborales* (89-126). Bomarzo.
- Casas Baamonde, M. E. (2020). El derecho del trabajo, la digitalización del trabajo y el trabajo a distancia. *Derecho de las Relaciones Laborales*, 11, 1.413-1.437.
- Casas Baamonde, M. E. (2021). Trabajo de las mujeres y digitalización. *Revista de Derecho Laboral vLex*, 4, 67-88.
- Cordero Gordillo, V. (2021). Trabajo a distancia y derechos de representación colectiva. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 157, 123-139.
- Cruz Villalón, J. (2017). El futuro del trabajo y su gobernanza. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 137, 13-39.
- Domínguez Morales, A. (2021). Derechos colectivos de los trabajadores a distancia en el Real Decreto-Ley 28/2020 de 22 de septiembre: problemas de aplicación práctica. *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado. Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social*, 3, 143-174. <https://doi.org/10.12795/TPDM.2021.i3.09>
- Eurofound. (2020). *Industrial relations: Developments 2015-2019. Challenges and prospects in the EU series*. Publications Office of the European Union.
- Eurofound. (2022). *The rise in telework: Impact on working conditions and regulations*. Publications Office of the European Union.
- Gallego Montalbán, J. (2022). El concepto de centro de trabajo y adscripción de las personas trabajadoras como presupuestos

- de los derechos de representación en el trabajo a distancia y las empresas digitalizadas. *IusLabor. Revista d'Anàlisi de Dret del Treball*, 1, 250-296. <https://doi.org/10.31009/IUSLabor.2022.i01.09>
- Gárate Castro, J. (2020). *La representación de los trabajadores y de los empresarios en las relaciones colectivas de trabajo*. Bomarzo.
- Garrido Pérez, E. (2018). Las nuevas formas de organización empresarial (economía colaborativa, multiservicios...). Retos a la aplicación de la legislación laboral y la participación sindical. *Jurisdicción Social. Revista de la Comisión de lo Social de Jueces y Jueces para la Democracia*, 186, 19-31.
- Gil Plana, J. (2022). Autonomía colectiva y políticas de empresa en la desconexión digital. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 258, 171-230.
- Goerlich Peset, J. M. (2021). El Acuerdo Marco Europeo sobre Digitalización. *Documentación Laboral*, 122, 49-57.
- Gómez Gordillo, R. (2021). Algoritmos y derecho de información de la representación de las personas trabajadoras. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 158, 161-182.
- Goñi Sein, J. L. (2020). Uso de los dispositivos digitales en el ámbito laboral. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, número extra 11.
- Gorelli Hernández, J. (2022). Algoritmos y transparencia: ¿pueden mentir los números? Los derechos de información. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 86.
- Laulom, S. (2018). Better regulation and the social acquis: Is the REFIT fit for purpose? *European Labour Law Journal*, 9(1), 7-23. <https://doi.org/10.1177/2031952518756>
- Mądrzycki, B. y Pisarczyk, Ł. (2023). The impact of the pandemic on collective relations in Poland. *Studia Iuridica*, 95, 354-374. <https://doi.org/10.31338/2544-3135.si.2022-95.19>
- Maneiro Vázquez, Y. (2023). *Cuidadores, igualdad y no discriminación y corresponsabilidad: la (r)evolución de los derechos de conciliación de la mano de la Directiva (UE) 2019/1158*. Bomarzo.
- Martín Artiles, A. y Pastor Martínez, A. (2022). Nuevas formas de representación colectiva. Reacción a la digitalización. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 40(2), 345-366. <https://doi.org/10.5209/crla.78524>
- McGaughey, E. (2021). A social recovery, workplace democracy and security: Covid-19 and labour law. *King's Law Journal*, 32(1), 122-136. <https://doi.org/10.1080/09615768.2021.1888475>
- Mercader Uguina, J. R. (2020). Nuevos escenarios para el Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI: digitalización y cambio tecnológico. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 63.
- Mercader Uguina, J. R. (2022). *Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo*. Tirant lo Blanch.
- Miñarro Yanini, M. (2018). La «Carta de derechos digitales» para los trabajadores del Grupo Socialista en el Congreso: un análisis crítico ante su renovado interés. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 424, 91-111. <https://doi.org/10.51302/rtss.2018.1560>
- Miñarro Yanini, M. (2019). La desconexión digital en la práctica negocial: más forma que fondo en la configuración del derecho. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 440, 5-18. <https://doi.org/10.51302/rtss.2019.1194>
- Molina Navarrete, C. (2019). Empresas complejas y derechos colectivos: parcial y atomizada transparencia jurídico-laboral de la

- posición organizativa del «empleador indirecto». *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 52, 67-76.
- Molina Navarrete, C. (2021a). «Duelo al sol» (digital). ¿Un algoritmo controla mi trabajo? Sí; a tu empresa también. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 457, 5-21. <https://doi.org/10.51302/rtss.2021.2370>
- Molina Navarrete, C. (2021b). Economía de datos, mercados digitales de empleo y gestión analítica de personas: retos para la transición a una «sociedad del e-trabajo decente». *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 459, 5-22. <https://doi.org/10.51302/rtss.2021.2424>
- Moraru, G. F. (2020). Elecciones sindicales durante tiempos de pandemia: a propósito del laudo arbitral dictado el 5 de octubre de 2020 en Vigo. *Revista de Derecho Social*, 92, 203-214.
- Muñoz Ruiz, A. M. (2022). La integración del pacto colectivo en el contenido del derecho fundamental de protección de datos de carácter personal: algunas reflexiones al hilo de la STC 160/2021, de 4 octubre. En J. R. Mercader Uguina y A. de la Puebla Pinilla (Dirs.), *Cambio tecnológico y transformación de las fuentes laborales. Ley y convenio colectivo ante la disrupción digital* (pp. 151-170). Tirant lo Blanch.
- Nieto Rojas, P. (2015). El correo electrónico como medio de transmisión de información sindical y el papel de la negociación colectiva en la fijación de su alcance. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 172, 239-245.
- Nieto Rojas, P. (2019). Representación legal de los trabajadores en la empresa y disfunciones derivadas de un modelo pluralista en este ámbito. *Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales*, 41. <https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.20808>
- Nieto Rojas, P. (8 de octubre de 2020). Derechos colectivos de los trabajadores a distancia. ¿Pueden enviarme información sindical? ¿Puedo negarme? ¿Cómo y dónde voto? *El Foro de Labos*. <https://www.elforodelabos.es/2020/10/derechos-colectivos-de-los-trabajadores-a-distancia-pueden-enviarme-informacion-sindical-puedo-negarme-como-y-donde-voto/>
- Nieto Rojas, P. (2022). La disrupción digital y su impacto en los medios de acción sindical. En J. R. Mercader Uguina y A. de la Puebla Pinilla (Dirs.), *Cambio tecnológico y transformación de las fuentes laborales. Ley y convenio colectivo ante la disrupción digital* (pp. 357-382). Tirant lo Blanch.
- Pérez del Prado, D. (2020). Representación de los trabajadores y protección de datos de carácter personal como fuente de poder. *Documentación Laboral*, 119, 57-77.
- Puebla Pinilla, A. de la. (2022). La negociación colectiva ante la disrupción digital: retos y respuestas. En J. R. Mercader Uguina y A. de la Puebla Pinilla (Dirs.), *Cambio tecnológico y transformación de las fuentes laborales. Ley y convenio colectivo ante la disrupción digital* (pp. 339-356). Tirant lo Blanch.
- Rey Guanter, S. del. (2018). Negociación colectiva, flexiseguridad y nuevas tecnologías: la necesaria adaptación a un cambio inexorable. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, número extra 135, 275-294.
- Rocha Sánchez, F. (2022). El (emergente) papel del diálogo social en la gobernanza de la dimensión laboral de la digitalización. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 40(2), 367-385. <https://doi.org/10.5209/crla.77774>
- Rodríguez-Piñero Royo, M. y Calvo Gallego, F. J. (2020). Los derechos digitales de los trabajadores a distancia. *Derecho de las Relaciones Laborales*, 11, 1.448-1.473.

- Sáez Lara, C. (2022). Gestión algorítmica empresarial y tutela colectiva de los derechos laborales. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 40(2), 283-300. <https://doi.org/10.5209/crla.79417>
- Sepúlveda Gómez, M. (2021). El acuerdo marco europeo sobre digitalización. El necesario protagonismo de la norma pactada. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 158, 213-244.
- Valle Muñoz, F. A. (2019). La regulación de las tecnologías de la información y de la comunicación por la negociación colectiva. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 149, 13-49.
- Vivero Serrano, J. B. (2016). El voto electrónico en las elecciones sindicales: reconocimiento arbitral y judicial a falta de previsión normativa. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 14, 113-116.
- Ysás Molinero, H. (2021). El papel de la negociación colectiva en la estructuración de la representación unitaria de las personas trabajadoras. *IUSLabor. Revista d'Anàlisi de Dret del Treball*, 3, 125-172. <https://doi.org/10.31009/IUSLabor.2021.i3.05>

José María Miranda Boto. Autor de más de un centenar de trabajos de investigación. Director del proyecto COGENS (MS/2019/0084, 2019-2021), financiado por la Unión Europea, sobre negociación colectiva en la economía de plataformas, y del proyecto «La adaptación del ordenamiento español a la jurisprudencia social del Tribunal de Justicia» (DER2015-66922-R, AEI/FEDER, UE, 2015-2018). Profesor invitado en las Universidades de Viena, Lyon y Cagliari. Conferenciante en la Europäische Rechtsakademie de Trier y en numerosas universidades españolas y europeas. <https://orcid.org/0000-0001-8518-1469>

Elisabeth Brameshuber. Subdirectora del Instituto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Viena. Coeditora de varios libros, los más recientes *Collective bargaining and the gig economy* (Hart Publishing, 2022) y *The EU Directive on adequate minimum wages* (Hart Publishing, 2024, en prensa). Integrante del Consejo del Nuevo Mundo del Trabajo del Ministerio Federal de Trabajo y Economía; directora de la sección austriaca del Instituto Europeo de la Seguridad Social (IESS). <https://orcid.org/0000-0003-2692-8897>

Contribución de autores. Ambos autores han contribuido en un mismo porcentaje a la realización de este trabajo.



La empresa multinacional, su dirección y la protección efectiva de las personas trabajadoras*

Enrico Gagnoli

Catedrático de Derecho del Trabajo.

Universidad de Parma (Italia)

enrico.gagnoli@unipr.it | <https://orcid.org/0000-0002-5992-8204>

Extracto

Este artículo aborda la cuestión del respeto de los derechos laborales por parte de la dirección de las empresas multinacionales y de las estrategias para llevar a cabo una contención de su poder que ofrezca una cierta protección a las personas trabajadoras que proveen de servicios a estas empresas complejas en diferentes países. Se analiza el impacto de las diferentes formas de actuación, vía autorregulación o vía convenio colectivo. Se trata la cuestión reputacional y las estrategias empresariales para ganar ventaja competitiva aprovechando los diversos ordenamientos en juego, así como para proveer de una cierta justicia distributiva en las relaciones de trabajo. Se abordan las posibles consecuencias de las propuestas para centralizar el conocimiento de las demandas de las personas trabajadoras que prestan sus servicios al conjunto empresarial en diversas partes del mundo, bien sea en sede judicial o mediante el recurso al arbitraje. El trabajo ofrece reflexiones sobre las consecuencias de tales modelos ideales sobre el protagonismo de los actores implicados, así como sus posibles efectos sobre el relieve que puedan tener los diferentes ordenamientos jurídicos en conexión.

Palabras clave: empresas multinacionales; poderes dirección; derechos laborales; responsabilidad social; autorregulación; negociación colectiva; tutela judicial.

Recibido: 24-03-2023 / Aceptado: 08-11-2023 / Publicado: 04-01-2024

* Traducción a cargo de J. A. Fernández Avilés.

Cómo citar: Gagnoli, E. (2024). La empresa multinacional, su dirección y la protección efectiva de las personas trabajadoras. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 478, 61-80. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.18761>



The multinational company, its management and the effective protection of workers

Enrico Gragnoli

Catedrático de Derecho del Trabajo.

Universidad de Parma (Italia)

enrico.gragnoli@unipr.it | <https://orcid.org/0000-0002-5992-8204>

Abstract

This article addresses the question of respect for labor rights by the management of multinational companies and the strategies to contain their power, in order to offer some protection to the workers who provide services to these complex companies in different countries. The impact of the different forms of action, via self-regulation or collective bargaining agreements, is analyzed. The issue of reputation and corporate strategies to gain competitive advantage by taking advantage of the various legal systems in play, as well as to provide a certain distributive justice in labor relations, are discussed. It also discusses the possible consequences of proposals to centralize knowledge of the claims of workers who provide services to the business community in various areas of the world, either in the courts or through recourse to arbitration. The paper offers reflections on the consequences of such ideal models on the role of the actors involved, as well as their possible effects on the relevance that different legal systems may have in connection with each other.

Keywords: multinational companies; management powers; labor rights; social responsibility; self-regulation; collective bargaining; judicial protection.

Received: 24-03-2023 / Accepted: 08-11-2023 / Published: 04-01-2024

Citation: Gragnoli, E. (2024). The multinational company, its management and the effective protection of workers. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 478, 61-80. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.18761>



Sumario

1. La empresa multinacional, la protección de las personas que provean de servicios y su impacto en el rumbo de la actividad económica
2. La limitación de los poderes empresariales, el establecimiento de las normas y los recursos procesales de cada Estado
3. La regulación unilateral de las empresas multinacionales y el impacto en la reputación
4. Las estructuras transnacionales de producción y logística, los mecanismos procesales de los países de capitalismo avanzado y el control diligente de los grupos multinacionales
5. Convenios colectivos, empresas multinacionales y su dirección
6. Los derechos de las personas trabajadoras de los países con menor protección social y la organización de la empresa multinacional

Referencias bibliográficas

1. La empresa multinacional, la protección de las personas que provean de servicios y su impacto en el rumbo de la actividad económica

El tema del gobierno de la empresa no puede dejar indiferente al derecho laboral, aunque tradicionalmente se haya centrado en la protección de las personas trabajadoras. En la actualidad, no sería cierto considerar a la empresa tan solo como una estructura diametralmente opuesta a la protección de sus personas empleadas. Al fin y al cabo, como producto de la Revolución Industrial, el derecho laboral se creó para influir eficazmente sobre las estrategias de las empresas y el reequilibrio de las oportunidades. Si se basa en las disposiciones legales y cláusulas de los convenios colectivos en todo caso inderogables, la cuestión de la efectividad es esencial, dado que estas disposiciones solo tienen un significado organizativo y económico si se aplican. La estructura de las empresas y la presencia de los grupos empresariales en más Estados, a veces en decenas de ellos, condicionan la relación laboral y también sus obligaciones recíprocas.

El contrato individual no es indiferente al modelo de la empresa y a sus formas de organización. Debido a su actividad en diversos países diferentes y a la inevitable confrontación con la opinión pública a nivel global, con sensibilidades y culturas con diferencias bastante arraigadas, la empresa racionaliza su comportamiento, a menudo, de forma meritatoria, limitando unilateralmente sus poderes y espacios discrecionales y garantizando la transparencia de la actividad y el respeto de los intereses profesionales (Lyon-Caen, 2018). Sobre todo, algunas empresas multinacionales no se caracterizan precisamente por sus grandes dimensiones, sino por objetivos de producción más delimitados, aunque desarrollados a escala global, y por sus recursos correspondientes, con la presencia en muchos Estados de empresas de tamaño medio en cuanto a número de personas empleadas, pero con una fuerte vocación hacia la competencia internacional (Turner, 2016).

La contención del arbitrio o, en todo caso, la autorregulación son índices no solo de la aceptación de la legitimidad como objetivo empresarial, sino de una idea más general de igualdad, es decir, de compartir condiciones comunes para todas las personas que provean de servicios, con independencia de los diferentes sistemas nacionales (Nizami y Prasad, 2017, pp. 57 y ss.). Por lo demás, la potencial relevancia global del daño reputacional debería empujar a la empresa a una defensa consciente de su imagen, con una atenta búsqueda de la integridad. A menudo sucede lo contrario y la importancia de la empresa amplía la divulgación de noticias sobre comportamientos ilegales o cuestionables. Su tamaño y notoriedad llaman la atención sobre la autorregulación unilateral, destinada a cualquier ordenamiento, independientemente de las leyes nacionales (Davidsson, 2002).

Es mejor no sobrevalorar la cuestión de la reputación como garantía indirecta de la racionalidad de las decisiones de las empresas multinacionales (con una tesis convincente, Sanguineti Raymond, 2019, pp. 35 y ss.). De hecho, este componente sigue estando presente y es significativo (McWilliams *et al.*, 2006), pero no se puede sobrevalorar, ya que afecta a las formas de gobierno empresarial de manera asimétrica, especialmente para aquellas que no producen bienes destinados al consumo y que, aunque están presentes en muchos países, tienen una notoriedad que se circunscribe a círculos económicos sectoriales y cualificados, y que no aspiran a un reconocimiento mundial.

En el plano del contrato individual de trabajo, un método organizativo unitario debe combinarse con diferentes sistemas de regulación; garantizar un mínimo de igualdad de trato en diferentes contextos significa aceptar un concepto parcial de igualdad en la gestión de las relaciones con la parte asalariada. El diálogo entre una misma empresa y decenas de derechos nacionales plantea una cuestión de gestión de la relación en un sentido jurídico, de modo que se pueda entender la forma en la que el contrato individual se ve afectado por esta perspectiva multinacional en relación con los conflictos (Turner, 2016). Nacido con el Estado y su manifestación, incluso en lo que se refiere a la regulación de la naturaleza y los efectos de los convenios colectivos, el derecho del trabajo conserva hoy en día esta característica, independientemente de las prescripciones parciales de las instituciones supranacionales y, en particular, las europeas, o de los esfuerzos generosos, pero a menudo en vano, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Sigue existiendo un vínculo estructural fundacional entre el país concreto y la protección del trabajo dependiente.

En cuanto al gobierno de la empresa multinacional y su (inevitable) posicionamiento como sujeto regulador de sus propios comportamientos, la cuestión de la igualdad se torna central (Murgo, 2017, pp. 11 y ss.), sobre todo porque el centro propulsor empresarial interactúa con los más dispares ordenamientos jurídicos, y debe observar sus prescripciones, pero, al mismo tiempo, estableciendo una disciplina interna, con diferente articulación y basada en una lógica propia. Surge una idea transversal de igualdad, con la consideración de la compleja inserción de las personas trabajadoras en un proyecto organizativo (Dahan *et al.*, 2016). El punto crucial es en qué medida la empresa quiere aprovechar las diferentes disposiciones nacionales, en particular sobre los niveles salariales, para reducir los costes, con la concentración de las actividades industriales en las zonas de menor protección social. Estos fenómenos de reasignación de las funciones productivas a nivel mundial ofrecen una oportunidad de empleo bien acogida por quienes proveen de servicios en los contextos territoriales de menores ingresos y bienestar.

2. La limitación de los poderes empresariales, el establecimiento de las normas y los recursos procesales de cada Estado

El derecho laboral contribuye indirectamente a la regulación del gobierno de la empresa, dado que contiene su poder originario y no lo fundamenta. No hay necesidad de ello, ya

que este poder deriva de la posición de supremacía de la organización empresarial desde la Revolución Industrial y la correlativa aparición de los procesos de producción en masa. El derecho laboral ha sido una respuesta al desafío así establecido, con modos de producción tales que hacen indiferente, para el nivel competitivo de la empresa, la calidad del trabajo prestado por la persona trabajadora individualmente considerada. Esto ha hecho que las protecciones ofrecidas por el sistema privatista clásico, que recurre a disposiciones obligatorias, sean insuficientes e incluso estén obsoletas para garantizar una protección general. Fue escrito con notable claridad:

¿Cuáles son [...] los costes de producción del trabajo? Son los costes necesarios para mantener al trabajador como tal o para formarlo como tal. Cuanto menor sea el tiempo necesario para aprender un trabajo, menores serán los costes necesarios para producir al trabajador, es decir, para su salario. En los ramos industriales, en los que no es necesario aprendizaje alguno y basta con la mera existencia física del trabajador, los costes de producción necesarios para formarlo se reducen casi exclusivamente a los bienes necesarios para mantenerlo en vida con condiciones de ser apto para el trabajo. De este modo, el precio de su trabajo estará determinado por el precio de los medios de subsistencia indispensables (Marx, 2008, pp. 166 y ss.).

La enorme diferencia entre el contexto económico contemporáneo y el idealizado por Marx nos lleva a recordar estas reflexiones sobre los procesos que, por un lado, han evocado una ley obligatoria y, por otro, un convenio colectivo que, obligando a la empresa frente a todas las personas trabajadoras actuales y futuras que contratase, pudiera conllevar el mismo resultado de protección social. Por una parte, el convenio sindical ha sido la creación jurídica más original de la sociedad del siglo XIX, resultado de una espontánea respuesta al desafío del mundo protocapitalista. Por otra parte, este contrato nació con una combinación precaria con las iniciativas heterónomas y cuestionó inmediatamente el papel del Estado como ente reequilibrador de posibles desigualdades. A pesar de los generosos intentos de la OIT (Papadakis *et al.*, 2008, pp. 85 y ss.) y de las experiencias de la Unión Europea (Borzaga, 2021), el derecho laboral ha sido, y sigue permaneciendo, nacional, basado en su respectiva legislación y con éxito diferente en cuanto a sus límites, según las opciones políticas de cada país y su historia.

El Estado es el horizonte máximo del convenio colectivo, si es que alcanza a protegerlo con suficiente credibilidad. De hecho, las experiencias supranacionales han tenido escaso protagonismo hasta hace unos años y tampoco los comités de empresa europeos han tenido un papel relevante. El fundamento de los convenios colectivos en la legislación nacional es ahora un punto central, y dichos convenios siempre tienen como presupuesto la regulación estatal. Esta es una de las principales razones de la crisis del sindicato, el cual, en los países de capitalismo tradicional y avanzado, aunque con una creciente apertura a las cuestiones transnacionales, se compromete con algún sector de

la producción, mientras que las premisas de su acción son esquivas, debido al carácter global de la lucha económica. La empresa multinacional encuentra (en las diferentes disciplinas estatales del contrato individual y de los convenios colectivos) los presupuestos para potenciar su libertad de acción, no siempre con fines que sean encomiables y en muchos contextos sin una contención real.

Actualmente no faltan parámetros para determinar una protección mínima, y no tanto en las indicaciones de la Unión Europea sobre los salarios, sino en los diversos instrumentos de la OIT, a los que podemos añadir los no menos significativos parámetros derivados de los tratados de libre comercio o, en todo caso, del derecho internacional convencional (Harrison *et al.*, 2019). El problema es su escasa efectividad y, sin ella, su falta de impacto en la gobernanza de la empresa multinacional, que es libre de aprovecharse de las diversas estrategias estatales y, en particular, de las más tímidas y atrasadas, con el continuo aumento del número de agentes económicos capaces de establecerse y competir en decenas de mercados, incluso para grupos de tamaño limitado o pequeño, al menos a escala mundial.

La paradoja de la empresa multinacional es la de estar destinada, por tradición, a enfrentarse con diferentes sistemas jurídicos, en gran número, al extremo con la mayoría de los ordenamientos estatales presentes en el contexto contemporáneo (Dahan *et al.*, 2016) y, al mismo tiempo, ser en potencia un sujeto regulador, capaz de establecer reglas obligatorias en su completo ámbito organizativo, precisamente con independencia de las fronteras de los países (o de los sistemas normativos supranacionales), con el restablecimiento de un mínimo de igualdad, sobre los perfiles abordados a nivel agregado, a veces con la solicitud de sistemas de verificación de la responsabilidad social (Turner, 2016). Es imposible para los grupos multinacionales resistirse a la tentación de aprovechar las diferencias salariales que ofrece cada ordenamiento jurídico, a pesar de que la regulación unilateral y centralizada a nivel mundial comporte una parcial justicia distributiva.

La determinación de la ley aplicable al contrato individual de trabajo, confiada a los tradicionales criterios del derecho internacional privado, no es una salvaguarda suficiente de la eficacia de las normas transnacionales e internacionales de protección de los prestadores de servicios e, incluso, refuerza indirectamente la actuación empresarial incontrolada, ya que, en los casos del ejercicio del poder económico más carente de escrúpulos, los Estados con sistemas de protección más reducida atraen inversiones deseosas de escapar a una protección social más sofisticada y completa (Nogler, 2022). De ninguna manera la empresa aspira a la igualdad total, debido a su exclusiva vocación hacia el beneficio; sin embargo, para su propia existencia y por erigirse como parcial factor de autodisciplina (Katz *et al.*, 2015, pp. 27 y ss.), logra un mínimo de justicia distributiva, debido al conflicto siempre latente entre el derecho nacional y la autorregulación global y unitaria de la propia empresa.

3. La regulación unilateral de las empresas multinacionales y el impacto en la reputación

Frente a la extendida crisis de efectividad del derecho laboral, muchas empresas multinacionales han confiado en la noción de responsabilidad social y en sus modos de certificación asociados, con el fin de dar una amplia visibilidad a la adhesión consciente a las prescripciones jurídicas (Ballesterero *et al.*, 2015, pp. 27 y ss.). Cabe preguntarse si la propia importancia asumida por estos sistemas no es un signo de los tiempos, por la confirmación indirecta de la irrupción de actividades ilícitas y por la necesidad de alguna identificación consolidada de la legitimidad como objetivo consciente y reconocible de la actuación privada. Si no existiera una arraigada ilicitud, la propia responsabilidad social y sus métodos de verificación no tendrían mucho sentido (Doh y Guay, 2004). Estos fenómenos muestran cómo las empresas quieren un reconocimiento mutuo de la legitimidad de sus comportamientos (Borelli, 2018), en las relaciones comerciales y en la interacción entre estructuras llamadas al diálogo (competitivo o colaborativo), en áreas geográficas y de mercado a menudo muy distantes entre sí.

Si las instituciones públicas son incapaces de controlar por sí mismas la eficacia de sus disposiciones (Mantouvalou, 2011, pp. 15 y ss.), la necesidad de identificar a los sujetos dispuestos a mantenerse en la legitimidad explica los sistemas de responsabilidad social. Su declaración solemne da lugar a una expectativa razonable de la credibilidad de la persona que afirme ser y que se le reconozca como un sujeto jurídico de confianza, en cumplimiento de la ley y, en particular, de la normativa de protección laboral. La cuestión reputacional es fundamental (Lonel, 2004); la decisión de actuar de manera legítima no es la consecuencia, sino la premisa de que la entidad económica se presente como responsable.

Si los sistemas de responsabilidad social quisieran crear o defender las normas, caerían en las mismas contradicciones y tensiones que los sistemas estatales o supranacionales y tendrían los mismos problemas de efectividad, o quizás los sufrirían incluso en mayor medida, porque su correlativo mecanismo de sanción es más débil. Por el contrario, el reconocimiento de los sujetos responsables afecta a la gobernanza empresarial, porque se fija un objetivo más circunscrito, pero mucho más realista, a saber, la delimitación del grupo de operadores que rechazan la ilegalidad deliberada de las conductas y se fijan como objetivo la observancia sistemática de las normas, como garantía de un proceso productivo sereno y creíble. Sin embargo, esta importancia reputacional se limita a las empresas que no se dirigen a un público amplio y tienen una notoriedad menor.

En un sistema local basado en las relaciones personales, esta acreditación siempre se ha conseguido sin dificultad. En la economía globalmente integrada, la identificación de interlocutores afines con objetivos y sentimientos comparables requiere un cambio hacia mecanismos formales y codificados para asignar una legitimidad moral (Trébulle, 2011). El reconocimiento de la responsabilidad social (o conceptos similares, todos ellos reconducibles a la misma matriz) no pretende estimular el cumplimiento de la ley (Grayson, 2003), ni

introducir (a través de la autorregulación empresarial) preceptos innovadores, ya que, por el contrario, los contenidos dispositivos de la disciplina unilateral son modestos en sus objetivos y repetitivos en su expresión (De Quenaudon, 2014, pp. 25 y ss.).

Por lo tanto, son cuestionables las frecuentes críticas a la certificación de la responsabilidad social, a la que se acusa de poner en entredicho la inclinación natural de las empresas a la búsqueda del beneficio (McWilliams *et al.*, 2006) y de introducir mezclas equívocas entre parámetros organizativos y morales (Husted y De Jesús Salazar, 2006). Solo en las historias cinematográficas más tradicionales es fácil distinguir a los «buenos» de los «malos», mientras que los cánones de valoración ética y jurídica están fragmentados y, a menudo, dejan lugar a las sorpresas. Los mecanismos de selección de responsables los identifican y no los persuaden para que sean buenos empleadores; el énfasis no debe estar en el comando, sino en el estudio del organismo certificador, su profundidad y minuciosidad. El objetivo es dejar claro quién acepta y quién rechaza el riesgo de ilicitud o, si se prefiere, cuál es la relación originaria entre la ley y la planificación de la iniciativa económica. Sin embargo, las implicaciones para la gestión de la empresa son considerables (Husted y De Jesús Salazar, 2006); si la detección es precisa, la legitimidad general de la empresa queda en entredicho. El establecimiento de la responsabilidad social debería, en parte, remediar o incluso compensar la falta de eficacia de los ordenamientos nacionales, por ejemplo, limitando las consecuencias de la falta de credibilidad de las actuaciones de inspección (Mantouvalou, 2011, pp. 15 y ss.).

De ninguna manera la certificación conlleva un solapamiento ambiguo entre la organización y la ética (Husted y De Jesús Salazar, 2006), ya que recae únicamente sobre la primera. El verdadero objetivo de estas instituciones no es mostrar cómo debe estructurarse la empresa concreta, sino, dada su libertad para planificar sus controles internos, evaluar los resultados, precisamente al suplir la falta de capacidad de los ordenamientos nacionales en cuanto al control del cumplimiento de sus preceptos. La responsabilidad social de las empresas debe determinarse de manera concreta, para la plena adhesión a los criterios de legitimidad (Gil y Gil, 2016) y los actos regulativos societarios no encuentran respuesta en ninguna estructura judicial coherente, ya que la aplicación judicial se deja en manos de cada Estado (Davidsson, 2002). El resultado es un derecho privado, de gestación unilateral, opuesto al nacional (y destinado a superar sus correspondientes niveles) (Lynch-Wood y Williamson, 2007), pero, en caso necesario, necesitado de la intervención de los tribunales de cada país.

La regulación unilateral percibe desde el principio el déficit de efectividad del sistema estatal y trata de remediarlo recurriendo a instrumentos de matriz reputacional. Esto no tiene nada que ver con la moral. La autodisciplina, sustraída a una dimensión ética, se sitúa en la frontera entre la acción del Estado y la de la empresa, atenta a su imagen planetaria, y la manifestación de la responsabilidad social presupone la autolimitación del poder empresarial capitalista, no por razones éticas, sino por la afirmación de un prestigio organizativo funcional vinculado a los objetivos productivos. No hay contraposición posible, y mucho menos sobre el plano jurídico, entre la autorresponsabilidad y el beneficio (Husted y De Jesús Salazar, 2006), ya que el primero busca facilitar el segundo. Sin embargo, la confianza en

las repercusiones reputacionales, como medio para garantizar la eficacia de la regulación, no ha tenido el éxito esperado, ya que solo una parte de las empresas multinacionales se han mostrado interesadas en ello y, en cualquier caso, la autorregulación las lleva a evitar los temas más delicados; las pequeñas estructuras, si bien arraigadas en varios Estados y diferentes continentes, se muestran menos preocupadas por las reacciones del público, sobre todo si no operan en un mercado amplio.

4. Las estructuras transnacionales de producción y logística, los mecanismos procesales de los países de capitalismo avanzado y el control diligente de los grupos multinacionales

Especialmente en la Unión Europea (Edelman, 2016, pp. 57 y ss.), se ha dejado sentir la naturaleza precaria de la promoción de la efectividad de la protección laboral, ya esté encomendada a la jurisdicción de los distintos países en los que se desarrolla la actividad, o esté basada en sistemas de aseveración de la responsabilidad social, ya que, en cualquier caso, los resultados son limitados y están condicionados por numerosas variantes, con una reducida protección de la igualdad entre las personas que provean de trabajos de diferentes Estados, y no alcanzada gracias a las decisiones unilaterales. La solución adoptada en Francia (Barraud de Lagerie *et al.*, 2020) consiste en la centralización del conocimiento de los posibles litigios en los tribunales del país en el que se encuentra radicada la empresa matriz, en referencia a su obligación de ejercer un control diligente, congruente y verificable sobre las sociedades que controla, con el fin de alcanzar objetivos mínimos de protección laboral, siempre con remisión a los parámetros y disposiciones de la OIT (Barraud de Lagerie *et al.*, 2020).

Esencialmente, si el perfil reputacional es considerado demasiado débil y si se ha manifestado una desconfianza compartida en la cognición de los jueces de todos los Estados donde operan las estructuras multinacionales, la estrategia francesa es innovadora (Lyon-Caen, 2019); el ejercicio de la acción ante los tribunales del país de la empresa matriz debe asegurar una valoración procesal equilibrada y autorizada, así como permitir a las personas trabajadoras perjudicadas en los contextos geográficos más alejados una oportunidad realista de defensa de sus pretensiones, aunque con un coste muy elevado, dado el cambio de cognición hacia los Estados europeos y, en todo caso, de capitalismo avanzado. Además, la responsabilidad de la empresa matriz de ejercer sus poderes de dirección y coordinación de forma diligente y de verificar la aplicación efectiva de los derechos de las personas trabajadoras debería conducir a una importante transformación organizativa, al menos a medio plazo, con un reequilibrio de las oportunidades (Barraud de Lagerie *et al.*, 2020). Confiada en la imparcialidad y la competencia de sus jueces, para Francia la efectividad podría garantizarse, en su vertiente sustantiva, mediante la configuración de una responsabilidad de la empresa matriz y, en el aspecto procesal, mediante la centralización de determinadas pretensiones, que pueden ser interpuestas, de manera directa, frente al vértice de la organización (Murgo, 2017, pp. 37 y ss.).

Si la redacción actual de la Directiva 2014/95/UE deja poco espacio para las cuestiones de derecho laboral, se imagina una nueva versión que, basada en el modelo francés (Daugareilh, 2021; Sachs, 2017), considere la responsabilidad de la empresa matriz en previsión de las acciones de las personas empleadas ante los tribunales europeos. La evaluación completa de estas soluciones debe posponerse a una fase posterior, cuando sea posible verificar en qué medida las personas trabajadoras de los Estados con escasa protección social pueden interponer demandas ante los tribunales europeos y con qué resultado (Barraud de Lagerie *et al.*, 2021), mientras, se deberían especificar las directrices finales de la Unión (en un sentido pesimista, Aranguiz, 2018).

Resulta poco convincente (Murgo, 2017, pp. 37 y ss.) referirse a algunos antecedentes jurisprudenciales sobre situaciones especialmente graves (como las catástrofes ocurridas en plantas industriales); eventos que son capaces de suscitar reacciones emocionales y provocar acciones innumerables y concomitantes en los tribunales, por los daños personales y los cuantiosos resarcimientos. Por el contrario, la efectividad de las normas de la OIT debería basarse en la protección de la infinidad de acciones individuales, en decenas de países, por limitadas pretensiones salariales, pero significativas en conjunto. La modificación de la gobernanza de los grupos multinacionales se debería vincular a la protección de las pretensiones individuales de todas las personas que provean de servicios, más que sobre acciones derivadas de hechos dramáticos, como los daños a la vida y a la salud.

Sin perjuicio del riesgo de que los acontecimientos futuros puedan desmentirlo (Moreau, 2017), resulta poco aceptable un ejercicio generalizado ante los tribunales europeos de acciones de las personas trabajadoras de los Estados con menores garantías retributivas y laborales, en tanto que esta comprensión de la efectividad sentaría las bases para un reequilibrio de las compensaciones y de las oportunidades profesionales. Si bien se suma a las amenazas a la reputación, la disciplina sobre el control de la empresa matriz subestima las dificultades organizativas y económicas inherentes al desplazamiento de la jurisdicción de los Estados donde se desarrolla la actividad hacia aquellos donde se encuentran las estructuras empresariales centrales. Los costes parecen desproporcionados con respecto a las oportunidades, al menos en el caso de los litigios habituales, por ejemplo, los relativos a la remuneración, los despidos y las órdenes empresariales ordinarias, donde la entidad patrimonial del conflicto no se corresponde adecuadamente con las iniciativas procesales desplegadas a muchos miles de kilómetros de distancia de los lugares donde se han producido las conductas lesivas.

Aparte de la referencia al deber de control diligente y de dirección coherente de la empresa matriz, poco importa subrayar el carácter vinculante de las indicaciones de la OIT o de las fuentes del derecho internacional de los convenios si queda imprejuzgada su escasa efectividad (Sobczak, 2012). Por muchas ganas que tengan de organizarse a nivel mundial, las organizaciones sindicales no parecen ser capaces de emprender acciones legales en otros continentes que no sean los habituales de su actividad, con costes y dificultades desproporcionados para muchos de los objetivos de las pretensiones procesales. Esto

solo podría desencadenar cambios realistas si se generaliza. Las dificultades organizativas actuales de las personas trabajadoras y de sus órganos de representación para dirigirse a jueces situados lejos de la sede de la empresa periférica son enormes; de hecho, estas soluciones pueden ser interesantes sobre todo para los acontecimientos dramáticos, en los que se discuten reclamaciones de un valor proporcional al esfuerzo a realizar.

5. Convenios colectivos, empresas multinacionales y su dirección

Una alternativa a las medidas prescriptivas, como las que se dirigen a centralizar la competencia de determinados litigios en los tribunales del país donde se encuentra la empresa matriz, la representan los acuerdos sindicales orientados a una disciplina consensuada y vinculante para toda la organización de la empresa, con la expectativa de sustituir a los actos unilaterales que se hayan acordado, aunque fuera de las vías tradicionales de constitución y actuación de los sujetos colectivos (Kun, 2018), que, a pesar de sus proclamaciones, no pretenden ni pueden pretender de forma realista la representación de las personas trabajadoras ubicadas en distintos continentes y con costumbres, ambiciones y necesidades muy diferentes (para el exceso de optimismo, Topo y Tardivo, 2021). Estos acuerdos expresan las reivindicaciones de las asociaciones presentes en países de capitalismo avanzado y suplen la imposible tarea de crear grupos que sigan la dinámica de las empresas en los numerosos países en los que están implantados.

Estas estrategias colectivas son importantes no solo en el plano simbólico, sino para su condicionamiento parcial de la actividad productiva, que en todo caso se ve obligada a enfrentarse al diálogo social, aunque sea en los Estados de origen de los grupos multinacionales y, en su mayor parte, con los sujetos sindicales tradicionales, investidos de una misión general de expresión de las reivindicaciones de las personas trabajadoras de todo el planeta (Hadwiger, 2015). Al menos frente a la tradición de las regulaciones unilaterales, la intervención sindical abre una confrontación, aunque imperfecta y suavizada en sus componentes reivindicativos, *de facto* privada de la amenaza de la huelga, con un conocimiento limitado de los múltiples contextos geográficos y de sus correspondientes necesidades, a veces difíciles de comprender para las personas que habitan las zonas prósperas del mundo, por muy animadas que estén por sentimientos altruistas.

Estos acuerdos solo pueden denominarse acuerdos sindicales en una visión amplia del fenómeno, ya que se celebran en ausencia de un ejercicio efectivo de la representación, con una consulta y un conocimiento recíproco sedimentado entre los actores colectivos y el conjunto de las personas trabajadoras; no existe una plena comprensión de las exigencias de las personas que trabajan y del interés colectivo perseguido. Aunque los medios de comunicación son cada vez más amplios, la experiencia sindical no solo presupone esto último, sino, de forma mucho más compleja, la participación en un diseño organizativo común,

basado en la pertenencia a un mismo contexto social (Kun, 2018). La mayoría de las veces, el intento de regular consensuadamente el comportamiento de las empresas se centra sobre dinámicas reputacionales; en consecuencia, estas experiencias son más típicas de las empresas que operan en mercados caracterizados por una fuerte implicación de la opinión pública, que puede valorar negativamente el repliegue de la empresa en la defensa exclusiva del beneficio (Klein y Dawar, 2004). Frente a la extensión del grupo multinacional mucho más allá de estos ámbitos, la confrontación sindical cuenta con recursos asimétricos y, en su mayor parte, implica a grandes interlocutores necesitados de la amplia acreditación de los medios de comunicación a nivel mundial (Hadwiger, 2015).

En gran medida apoyadas sobre la base de la experiencia del derecho estadounidense (sobre experiencias diferentes, pero reconducibles al mismo modelo, véase Sanguineti Raymond, 2021) y en escasa sintonía con los esquemas europeos opuestos (especialmente los de los países con tradición de derecho civil escrito), los acuerdos globales (si aceptamos la expresión) tratan de resolver el problema de la eficacia de sus disposiciones con el uso frecuente de cláusulas de arbitraje (Hadwiger, 2015), a pesar de que, al menos en Italia, el arbitraje es casi desconocido en los conflictos laborales individuales y colectivos. Por lo tanto, este enfoque está más en contraste que en consonancia con el pensado en Francia y, si acaso, está dirigido a centralizar los procesos en el país de la empresa matriz (Lyon-Caen, 2019). Por un lado, la confianza en el arbitraje comporta una difusión indirecta de los modelos de resolución de conflictos propia de la tradición estadounidense; por otro lado, aparecen grandes bufetes profesionales con vocación internacional, deseosos de representar a las personas empleadas dispersas en las regiones más lejanas (Sobczak, 2012).

Para los grupos multinacionales, los problemas que plantean estos convenios pueden ser, en perspectiva, mayores que los suscitados por el enfoque francés (Murgo, 2021), no tanto por el papel de los sindicatos, sino por la presencia de estos bufetes que se dedican a ofrecer un recurso procedimental más extensible que el manifestado hasta ahora mediante la aplicación de los principios franceses; el arbitraje es más prometedor que cuanto pueda ofrecer el acceso a los tribunales de los Estados del capitalismo avanzado, ya que podrían crearse condiciones más fáciles para el arraigo de las controversias. Aunque estos avances son cuestionables, frente a escenarios en permanente transformación, el enfoque de origen estadounidense muestra más vitalidad y sugiere perspectivas más atractivas.

Sobre todo, la experiencia de los convenios colectivos (Hadwiger, 2018, pp. 97 y ss.), pero, al fin y al cabo, las mismas sugerencias del ordenamiento jurídico francés vuelven a proponer como objetivo central la eficacia de la regulación (vinculada a las indicaciones de la OIT y al derecho internacional público) (Hodges, 2015, pp. 75 y ss.), en la precisa convicción de que, sin tales transformaciones, no podría producirse un impacto realista en la estructura y en la actuación de la empresa multinacional, a diferencia de lo que ocurre con sus actos e instrumentos unilaterales que se despliegan únicamente sobre el perfil reputacional (Sanguineti Raymond, 2021). El asunto está bien fundamentado, con una clara diferencia cualitativa respecto a la creencia tradicional (y excesivamente optimista) sobre los

efectos beneficiosos de las declaraciones de responsabilidad social, incapaces por sí mismas de afectar al gobierno de las empresas, incluso para las más sensibles y expuestas a las reacciones de los medios de comunicación.

Estas transformaciones muestran diferencias internas, debido al protagonismo en un caso de las sugerencias francesas y, en el otro, de los acuerdos sindicales, pero en estos diferentes enfoques ponen una creciente carga en la acción de las personas trabajadoras. A pesar de que el modelo estadounidense concede un espacio considerable al convenio colectivo, cabe preguntarse si estas experiencias son el preludio a largo plazo de una jurisdiccionalización (por ahora inexistente) de la relación entre las estructuras multinacionales y las personas trabajadoras de los países con menor protección social, con una protección más significativa de sus derechos (Sanguineti Raymond, 2021). Como se puede imaginar, esta no es la intención de las empresas, que están deseosas de controlar el fenómeno, de obtener ventajas reputacionales de este, así como conceder mejoras moderadas en la igualdad de trato de los proveedores de servicios de que se nutren en los numerosos Estados implicados y de preservar sus prerrogativas habituales, es decir, explotar la disímil protección de los derechos individuales y colectivos, con el fin de que crezcan los altos beneficios.

Sin embargo, si se adopta una visión pragmática de las cuestiones que se devuelven ante los tribunales europeos (Barraud de Lagerie *et al.*, 2020) con relación al ejercicio negligente de las facultades de coordinación y control de la sociedad matriz o a los desarrollos plausibles de los acuerdos de inspiración estadounidense, la efectividad depende, no obstante, de la justiciabilidad. En primer lugar, esto implica una falta de confianza en las actuaciones inspectoras y sancionadoras de la Administración pública. En segundo lugar, no se consideran suficientes las vías voluntarias o incentivadas, sino que se basan en la afirmación privada de la responsabilidad social. Se deja entrever una promoción de las pretensiones de las personas trabajadoras asentada en la tutela jurisdiccional y, por lo tanto, en la iniciativa de sus defensores, no hoy, sino en un futuro no demasiado lejano. Por el contrario, estas dinámicas sobrepasan la mediación colectiva y, en cierta medida, la sitúan en un segundo plano, a pesar de la estipulación de significativos convenios colectivos (Sanguineti Raymond, 2019, pp. 35 y ss.), no basados en una representación efectiva, imposible en contextos geográficos y sociales articulados de este modo, a pesar de las comunicaciones rápidas y económicas a grandes distancias.

Estas dificultades son las más fáciles de afrontar, en comparación con la diferencia cultural y de expectativas e intereses económicos (Barraud de Lagerie *et al.*, 2020). Frente a esta precariedad difícilmente subsanable de la acción sindical, la intervención de los despachos de abogadas y abogados y el correspondiente encargo profesional pueden tener mejores perspectivas, debido a la sencillez e inmediatez en los contactos con la clientela. Si no pueden comprender los sofisticados mecanismos de centralización de la cognición en los tribunales de sede de la empresa matriz o ante los paneles de arbitraje, no debería ser imposible para nadie concebir el sentido y la importancia de la cognición judicial.

En todo caso, solo hará falta tiempo para mitigar los obstáculos provocados por el temor reverencial frente a la empresa, el deseo de ser optimista y, por tanto, de excluir las iniciativas de represalia, que son muy probables y, quizás, en algunos ámbitos, se dan por supuestas y son peligrosas. Además, mientras la representación colectiva tiene una implantación nacional que no ha sido socavada por la extensión de las correspondientes estructuras ni por los intentos de la OIT (Sanguineti Raymond, 2019, pp. 27 y ss.), el proceso busca ahora mitigar estas limitaciones, tanto desde una perspectiva europea como estadounidense. Puede parecer contradictoria la idea por la cual, en este último aspecto, la difusión de los convenios de grupos multinacionales sea favorable para la implantación de los bufetes de abogadas y abogados frente al de las asociaciones contratantes. Sin embargo, el mayor peso de la promoción de los valores laborales a nivel mundial recae en la iniciativa de los países de capitalismo maduro y no en formas de representación arraigadas a nivel planetario, y mucho menos con igual conciencia y fuerza expansiva en cada zona.

Por consiguiente, el punto de partida de la transformación social es siempre la convicción propia de ciertas áreas culturales de los países con tradicional vocación capitalista acerca de la necesidad de establecer un reequilibrio de oportunidades a nivel mundial. Más que a un contraste radical, se asiste a una cierta autorreforma del grupo multinacional, guiada por el marco jurídico de los Estados europeos y norteamericanos. Esto tampoco debería sorprender si se acepta la idea más general y común de que la socialidad expresada por estos ordenamientos es el fruto de una autorreforma progresiva e incesante del capitalismo, iniciada en la segunda mitad del siglo XIX y nunca amenazada por la perspectiva de una subversión radical, independientemente de la evolución política y económica. Se anuncian nuevas etapas de esta autorreforma, caracterizadas por una inspiración planetaria merecedora de atención. Sin embargo, tal y como están las cosas, si se mantiene la confianza en las sanciones de reputación y en el papel de los medios de comunicación, se anuncian nuevos sujetos jurídicos protagonistas, que se corresponderán más con los tribunales o con el arbitraje que con los sindicatos.

6. Los derechos de las personas trabajadoras de los países con menor protección social y la organización de la empresa multinacional

En la actualidad, es modesto el impacto directo de los instrumentos que promueven la eficacia de las directrices de matriz internacional en relación con la organización de los grupos empresariales, los cuales siguen siendo en gran medida autónomos en la determinación de sus estrategias y, aunque condicionados tanto por la perspectiva francesa como por la estipulación de convenios colectivos, pueden realizar elecciones poco limitadas y establecer sus actos unilaterales de autorregulación sin demasiadas limitaciones. A menudo, se trata de la legislación de cada país en el que se aplican, como ocurrió con algunas disposiciones unilaterales (más conocidas de lo que merecen), basadas en los principios de ciertos Estados de los Estados Unidos, es decir, la prohibición de las relaciones románticas entre personas empleadas de la misma empresa, independientemente de sus deseos. Tanto en Brasil como en Italia, cláusulas similares han sido consideradas nulas

por entrar en conflicto con la libre determinación individual, con una solución bastante obvia, al menos en el ordenamiento jurídico italiano, en el que se considera que una regulación de las relaciones afectivas viene afectada por una intrínseca e irremediable ilicitud.

Sin embargo, aunque sigue existiendo una dialéctica entre la autorregulación de la empresa y el derecho nacional del lugar de ejecución, el contexto está en transformación (Perulli, 2021). Aunque diferentes en sus planteamientos y enfoque, las experiencias europea y estadounidense apuntan a posibles cambios a medio plazo. Los dos modelos podrían conducir en unos años a una centralización en la jurisdicción de los tribunales o paneles de arbitraje de los países de las empresas matrices, con la consiguiente e inevitable prevalencia de su sistema jurídico. Al fin y al cabo, estas implicaciones son bien conocidas por quienes cultivan el enfoque francés y el estadounidense, lo que explica la relativa y contenida oposición de las estructuras multinacionales a las referidas experiencias, y que, en todo caso, están llamadas a reducir su poder discrecional y organizativo.

Si la reforma hubiera sido drástica, los intentos no habrían tenido margen, ya que, por un lado, no se habrían celebrado acuerdos sindicales y, por otro, los países europeos no tendrían la fuerza política y la convicción institucional para aventurarse por caminos totalmente indeseados para las grandes empresas. Por el contrario, la progresiva mejora de las condiciones profesionales de las personas trabajadoras y el reconocimiento de una mayor eficacia de los criterios derivados del derecho internacional van acompañados de una progresiva atracción de la regulación de las relaciones laborales hacia los ordenamientos de las empresas matriz, con evidentes simplificaciones, sobre todo si se protegen los salarios solo en los mínimos y se mantienen sus actuales diferencias en los distintos ámbitos territoriales. En los países capitalistas maduros, los avances en materia de remuneración no son tan drásticos para la economía de las empresas si son graduales y se refieren a las personas empleadas con mayores competencias, que, en cualquier caso, son capaces de desarrollar un cierto nivel profesional, con sus aspiraciones correspondientes.

La atribución de los litigios a los tribunales o paneles de arbitraje de los Estados de origen de las empresas simplifica la toma de decisiones y refuerza la eficacia de la autorregulación empresarial, lo que reduce el protagonismo de la legislación laboral de los países donde se ejecutan las prestaciones y hacen más sencillo y, por lo tanto, más eficaz y menos costoso el ejercicio de los poderes directivos empresariales. La expansión de los cánones jurídicos de las empresas matrices, inevitable y consolidada desde hace varias décadas, se puede acompañar de la atracción de ciertos litigios, los más importantes, hacia lógicas que les son habituales. A largo plazo, esto no debería ser desagradable para las empresas multinacionales y, si la efectividad de los parámetros de protección laboral de matriz internacional puede reducir los márgenes operativos en lo inmediato, la progresiva acentuación de la operatividad del ordenamiento de la empresa matriz puede introducir todavía una mayor colonización jurídica, apreciable y fuente de muchos ahorros, aunque sea a medio plazo.

Sería un error concebir la autorreforma del sistema capitalista (inherente tanto a las posibles previsiones europeas como a muchos convenios colectivos) solo como una concesión a

las demandas salariales, aunque este componente existe. Si la empresa multinacional es un centro de producción de normas y, hasta la fecha, tiene que asistir a su aplicación en varios sistemas y, a menudo, de diferentes matrices, la imposición, incluso en el ámbito del derecho laboral, de las convicciones y de los cánones fundamentales del ordenamiento de la empresa matriz puede conducir a una directa simplificación organizativa y tener lugar a través de la atracción de las controversias. Estas pueden encontrar jueces o árbitros de mayor acreditación institucional y cultural, pero, al mismo tiempo, los grupos multinacionales pueden elegir el campo de juego, si se acepta la metáfora. Esto no debería desagradar especialmente a las empresas más escrupulosas y menos inclinadas a explotar las inevitables ventajas de operar en continentes lejanos y en contextos de menor protección social. En gran medida, dentro de la Unión Europea, estos fenómenos ya se han producido; la regulación uniforme compensa la mejora generalizada de las condiciones de trabajo y de vida en todo el territorio comunitario, con una importante facilitación de la circulación de capitales y en el establecimiento de estrategias de producción integradas y más homogéneas. Lo que ha ocurrido durante décadas en la Unión Europea puede repetirse en un contexto más amplio, a largo plazo.

Quienes pierden no son en absoluto las empresas multinacionales, especialmente las que tienen una actitud realista y coherente respecto a las cuestiones salariales y sociales (Palladini, 2021, pp. 529 y ss.), ni tampoco, con mayor motivo, lo son los proveedores de servicios de los países con menor desarrollo capitalista y de menor protección, ya que solo pueden alegrarse de la creciente y limitada efectividad de la disciplina que los protege, independientemente de la forma en que se logre o incluso meramente prometida. El perjuicio fundamental recae sobre los sistemas institucionales y judiciales de los Estados de más reciente asentamiento industrial, ya que son incapaces de garantizar una aplicación suficiente de las normas que promueven los intereses de sus ciudadanos personas trabajadoras; hay indicios de que el conocimiento sobre los litigios derivados de los derechos de su ciudadanía se lleva a cabo fuera de sus fronteras. No puede existir peor destino. No solo hay una centralización de las regulaciones laborales de las empresas multinacionales hacia los sistemas jurídicos de las empresas matrices, sino una especie de suplencia judicial planificada, en beneficio de los Estados con tradicional vocación capitalista.

Los de menor protección social podrían perder la misma regulación laboral que las empresas extranjeras en su territorio o, en todo caso, ver debilitadas sus competencias legislativas y judiciales de forma progresiva (quizás no rápida), no solo para las personas trabajadoras de mayor cualificación (este proceso está ya muy avanzado, incluso completo en algunos casos), sino para las personas trabajadoras con tareas más modestas, que en todo caso están condicionadas por esta atracción laboral hacia la fuerza reguladora del ordenamiento de la empresa matriz. A largo plazo, estos procesos privan a muchos Estados de la fuerza necesaria para establecer una política industrial racional y estrategias de redistribución de la renta, más allá del comprensible deseo de atraer capital extranjero. Una especie de colonización jurídica progresiva y creciente guiada por las empresas multinacionales reduce el espacio de actuación de los legisladores de cada país y provoca una mercantilización de todo el sistema de protección social. El diálogo entre las empresas y las personas trabajadoras podría ver reducidas, si no marginadas, las diversas perspectivas de los Estados de reciente industrialización.

Referencias bibliográficas

- Aranguiz, A. (2018). Social mainstreaming through the European pillar of social rights. Shielding "the social" from "the economic". *European Journal of Social Security*, 20(4), 341-363. <https://doi.org/10.1177/1388262718820616>
- Ballester, E., Pérez Gladish, B. y García Bernabeu, A. (2015). *Socially responsible investment. A multi-criteria decision making approach*. Springer Cham. <https://doi.org/10.1007/978-3-319-11836-9>
- Barraud de Lagerie, P., Béthoux, E., Mias, A. y Penalva Icher, E. (2020). La mise en œuvre du devoir de vigilance: Une managérialisation de la loi? *Droit et Société*, 106, 699-714. <https://doi.org/10.3917/drs1.106.0699>
- Barraud de Lagerie, P., Béthoux, E., Mias, A. y Penalva Icher, E. (2021). Tra attuazione e dibattito: Primi insegnamenti dalla legge francese del 2017 sul dovere di vigilanza delle imprese. *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 43(1), 37-51.
- Borelli, S. (2018). La législation européenne contre les discrimination et le devoir de diligence des Nations Unies dix ans après. *Revue de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale*, 1, 58-73. <https://doi.org/10.4000/rdctss.1990>
- Borzaga, M. (2021). Politiche di contrasto allo sfruttamento del lavoro: OIL e UE tra sanzione e prevenzione. *Lavoro e Diritto*, 2, 215-231.
- Dahan, Y., Lerner, H. y Milman-Sivan, F. (2016). The guiding principles for business and human rights: Labor violations and shared responsibility. *International Journal of Comparative Labor Law and Industrial Relations*, 32(4), 425-447. <https://doi.org/10.54648/ijcl2016022>
- Daugareilh, I. (2021). La legge francese sul dovere di vigilanza al vaglio della giurisprudenza. *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 43(2), 159-177.
- Davidsson, P. A. (2002). Legal enforcement of corporate social responsibility within the European Union. *Columbia Journal of European Law*, 8.
- De Quenaudon, R. (2014). *Droit de la responsabilité sociale des organisations*. Larcier.
- Doh, J. P. y Guay, T. R. (2004). Globalization and corporate social responsibility. How non-governmental organizations influence labor and environmental codes of conduct. *Management International Review*, 44(2), 7-29. <http://www.jstor.org/stable/40836017>
- Edelman, L. B. (2016). *Working law: Courts, corporations and symbolic civil rights*. The University of Chicago Press.
- Gil y Gil, J. L. (2016). Globalización y universalidad del derecho: la *lex mercatoria* y el derecho internacional del trabajo en el mercado global. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 4(2), 83-128. https://ejcls.adapt.it/index.php/rjde_adapt/article/view/376
- Grayson, D. (2003). *Winning with integrity. Business in the Community*.
- Hadwiger, F. (2015). Global frameworks agreement: Achieving decent work in global supply chains? *International Journal of Labour Research*, 7, 75-94.
- Hadwiger, F. (2018). *Contracting international employee participation: Global framework agreements*. Springer.
- Harrison, J., Barbu, M., Campling, L., Richardson, B. y Smith, A. (2019). Governing labour standards through free trade agreements:

- Limits of the European Union's trade and sustainable development chapters. *Journal of Common Market Studies*, 57(2), 260-277.
- Hodges, C. (2015). *Law and corporate behavior. Integrating theories of regulation, enforcement, compliance and ethics*. Hart/Beck.
- Husted, B. W. y De Jesús Salazar, J. (2006). Taking Friedman seriously: Maximizing profits and social performance. *Journal of Management Studies*, 43(1), 75-91. <https://doi.org/10.1111/j.1467-6486.2006.00583.x>
- Katz, H. C., Kochan, T. A. y Colvin, A. J. S. (2015). *Labor relations in a globalizing world*. Cornell University Press. <http://www.jstor.org/stable/10.7591/j.ctt20d89nb>
- Klein, J. y Dawar, N. (2004). Corporate social responsibility and customers' attributions and brand evaluations in a product-harm crisis. *International Research Journal in Marketing*, 21(3), 203-217. <https://doi.org/10.1016/j.ijresmar.2003.12.003>
- Kun, A. (2018). How to operationalize open norms in hard and soft laws: Reflections based on two distinct regulatory examples. *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 34(1), 23-51. <https://doi.org/10.54648/ijcl2018002>
- Lonel, O. (2004). The renew deal: The fall of regulation and the rise of governance in contemporary legal thought. *Minnesota Law Review*, 89, 342-470.
- Lynch-Wood, G. y Williamson, D. (2007). The social licence as a form of regulation for a small and medium enterprises. *Journal of Law and Society*, 34(3), 321-341. <http://www.jstor.org/stable/20109752>
- Lyon-Caen, A. (2018). Sustainable development, social rights and international trade. En A. Perulli y T. Treu (Eds.), *Sustainable development, global trade and social rights* (pp. 33-38). Wolters Kluwer.
- Lyon-Caen, A. (2019). Verso un obbligo legale di vigilanza in capo alle imprese multinazionali? *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 2, 240-249.
- Mantouvalou, V. (2011). *Study on labor inspection sanctions and remedies: The case of the United Kingdom*. International Labour Organization. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---lab_admin/documents/publication/wcms_162210.pdf
- Marx, K. (2008). *Lavoro salariato e capitale* (trad. D. Fusaro). Bompiani.
- McWilliams, A., Siegel, D. S. y Wright, P. M. (2006). Corporate social responsibility: Strategic implications. *Journal of Management Studies*, 43(1), 1-18.
- Moreau, M. A. (2017). L'originalité de la loi française du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance dans les chaînes d'approvisionnement mondiales. *Droit Social*, 10, 792-797.
- Murgo, M. (2017). *Governing labor-related risks in global value chains through international framework agreements*. The 34th International Labour Process Conference 2017 "Re-Connecting work and political economy". University of Sheffield, 4-6th April. https://www.ilpc.org.uk/Portals/7/2017/Documents/PaperUpload/ILPC2017paper-Governing%20GVCs%20through%20IFAs_20170326_095708.pdf
- Murgo, M. (2021). Interesse collettivo transnazionale: Accordi di impresa e codici di auto-regolamentazione. *Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro*, 3, 601-624.
- Nizami, N. y Prasad, N. (2017). *Decent work. Concept, theory and measurement*. Palgrave Macmillan.
- Nogler, L. (2022). Lieferkettensorgfaltspflichten-gesetz: perché è nata e quali sono i suoi principali contenuti. *Giornale di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, 173, 1-37.
- Palladini, S. (2021). Elementi di transnazionalità nel rapporto di lavoro: Il difficile bilanciamento tra "pluralità" del fenomeno e

- "singolarità" delle tutele. *Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro*, 3, 527-550.
- Papadakis, K., Casale, G. y Tsotroudi, K. (2008). International framework agreements as elements of a cross-border industrial relations framework. En K. Papadakis (Ed.), *Cross-border social dialogue and agreements. An emerging global industrial relations framework?* (pp. 67-87). International Labour Organization. https://www.ilo.org/global/publications/ilo-bookstore/order-online/books/WCMS_093423/lang--en/index.htm
- Perulli, A. (2021). Giustizia sociale, commercio internazionale ed extraterritorialità "atipica". Il caso UMSCA. *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 43(2), 215-234.
- Sachs, T. (2017). La loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et sociétés donneuses d'ordre: Les ingrédients d'une corégulation. *Revue de Droit du Travail*, 6, 380-390.
- Sanguinetti Raymond, W. (2019). Las cadenas mundiales de producción y la construcción de un derecho del trabajo sin fronteras [ponencia]. En *El futuro del trabajo: cien años de la OIT. XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Salamanca, 30 y 31 de mayo* (pp. 23-77). Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. <https://proyectotranslab.usal.es/wp-content/uploads/sites/83/2021/04/W-SANGUINETI-Las-cadenas-mundiales-de-produccion-y-la-construccion-de-un-Derecho-del-Trabajo-sin-fronteras-2019.pdf>
- Sanguinetti Raymond, W. (2021). La construcción de un nuevo derecho transnacional del trabajo para las cadenas globales de valor [ponencia]. En *Retos de los sistemas de legislación laboral y Seguridad Social. XXIII Congreso Mundial de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 7-10 de septiembre* (pp. 105-162). <https://wilfredosanguinetti.files.wordpress.com/2023/01/la-construccion-de-un-dt-transnacional-para-las-cgv-ponencia-congreso-aidtss-wsanguinetti-2021-ligero.pdf>
- Sobczak, A. (2012). Ensuring the effective implementation of transnational company agreements. *European Journal of Industrial Relations*, 18(2), 139-151. <https://doi.org/10.1177/095968011244407>
- Topo, A. y Tardivo, D. (2021). Accordi transnazionali, clausole di responsabilità sociale e tutela del sindacato. *Lavoro e Diritto*, 1, 77-104.
- Trébulle, F. G. (2011). Quel droit pour la responsabilité sociale d'entreprise? En F. G. Trébulle y O. Uzan (Dirs.), *Responsabilité sociale des entreprises. Regards croisés droit et gestion* (pp. 3-38). Economica.
- Turner, R. J. (2016). Transnational supply chain regulation: Extraterritorial regulation as corporate law's new frontier. *Melbourne Journal of International Law*, 17(1), 188-209.

Enrico Gragnoli. Catedrático de Derecho del Trabajo en la Universidad de Parma. Ha escrito monografías sobre el empleo público, la información en la relación laboral, la interpretación de los convenios colectivos, el despido colectivo y sobre el convenio colectivo estatal. Ha impartido conferencias en numerosas universidades europeas y de Estados Unidos. <https://orcid.org/0000-0002-5992-8204>

Una propuesta de reformulación del régimen de extinción del contrato en la relación laboral especial del servicio del hogar familiar tras el Real Decreto-Ley 16/2022

Aránzazu Roldán Martínez

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

Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA) (España)

aranzazufatima.roldan@udima.es | <https://orcid.org/0000-0002-1510-940X>

Extracto

El Real Decreto-Ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar, acometió una reforma en profundidad del Real Decreto 1620/2011, en materia de extinción del contrato. Ante el «terremoto» provocado por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de febrero de 2022, asunto C-389/20, y tratando de evitar el planteamiento de futuras cuestiones prejudiciales, el Gobierno puso fin al trato discriminatorio que suponía la existencia del desistimiento y de un despido improcedente más barato. Aunque estas fueron las «cuestiones estrella» de la reforma, existían controversias jurídicas importantes, en torno a los efectos del despido y de la compatibilidad de las causas de extinción del artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores con esta relación laboral especial, que habían dividido a los tribunales y que esperaban una respuesta legal. Por otro lado, la desaparición del desistimiento y la creación de unas nuevas causas objetivas de extinción del contrato en el artículo 11.2 del reglamento obligan a hacer una reflexión sobre la necesidad de reformular el régimen de extinción del contrato de servicio del hogar familiar para que sea coherente y proporcionado.

Palabras clave: trabajadoras al servicio del hogar familiar; extinción del contrato; despido; desistimiento; indemnización; discriminación; extinción por causas objetivas.

Recibido: 20-09-2023 / Aceptado: 08-11-2023 / Publicado: 04-01-2024

Cómo citar: Roldán Martínez, A. (2024). Una propuesta de reformulación del régimen de extinción del contrato en la relación laboral especial del servicio del hogar familiar tras el Real Decreto-Ley 16/2022. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 478, 81-110. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.19413>



A proposal to reformulate the regimen of termination of the contract in the special employment relationship of the family home service after Royal Decree-Law 16/2022

Aránzazu Roldán Martínez

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

Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA) (España)

aranzazufatima.roldan@udima.es | <https://orcid.org/0000-0002-1510-940X>

Abstract

The Royal Decree-Law 16/2022, of September 6, for the improvement of working conditions and Social Security of domestic workers, undertook an in-depth reform of Royal Decree 1620/2011, regarding extinction of the contract. Given the "earthquake" caused by the Ruling of the Court of Justice of the European Union of February 24, 2022, case C-389/20, and trying to avoid the referring of future preliminary ruling, the Government put an end to the discriminatory treatment that the existence of withdrawal and foresight implied of lower compensation in the event of unfair disciplinary dismissal. Although these were the "star issues" of the reform, there were important legal controversies, regarding the effects of the dismissal and the compatibility of the causes of termination of article 49 of the Workers' Statute, that had divided the courts and that should also have received a response in the new rule. On the other hand, the disappearance of withdrawal and the creation of new objective causes of termination of the contract in article 11.2 force us to reflect on the need to reformulate the regime for the termination of the family home service contract so that it is coherent and proportioned.

Keywords: domestic service workers; termination of contract; dismissal; withdrawal; compensation; discrimination; extinction due to objective causes.

Received: 20-09-2023 / Accepted: 08-11-2023 / Published: 04-01-2024

Citation: Roldán Martínez, A. (2024). A proposal to reformulate the regimen of termination of the contract in the special employment relationship of the family home service after Royal Decree-Law 16/2022. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 478, 81-110. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.19413>



Sumario

1. Introducción
 2. Régimen jurídico de la extinción del contrato de servicio doméstico antes de la reforma de 2022
 - 2.1. Las causas comunes de extinción del contrato del artículo 49 del ET
 - 2.2. Especialidades del despido disciplinario
 - 2.3. Una singular figura jurídica de extinción: el desistimiento
 - 2.3.1. Concepto
 - 2.3.2. Forma
 - 2.3.3. Efectos: sobre la posibilidad de calificar el desistimiento como improcedente o nulo
 3. Régimen jurídico de la extinción del contrato de servicio doméstico tras la reforma de 2022
 - 3.1. Las causas comunes de extinción del contrato del artículo 49 del ET
 - 3.2. Las especiales y novedosas causas de extinción del artículo 11.2 del RDSHF
 - 3.2.1. Causas
 - 3.2.2. Forma
 - 3.2.3. Efectos
 4. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

1. Introducción

La relación laboral especial del servicio de hogar familiar se regula en el Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre (RDSHF). La especialidad de la relación, «incuestionable» para el mismo Tribunal Constitucional (Sentencia del Tribunal Constitucional –STC– 26/1984, de 24 de febrero –FJ 3.º–), se ha justificado por las especiales condiciones en que realizan su actividad las personas que trabajan en el servicio doméstico¹. Como se explica en la exposición de motivos del RDSHF, el principal elemento diferenciador se encuentra en el ámbito donde se presta la actividad, el hogar familiar, un espacio estrechamente vinculado a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 Constitución española –CE–) y «por completo ajeno y extraño al común denominador de las relaciones laborales, que se desenvuelven en entornos de actividad productiva presididos por los principios de la economía de mercado». Como consecuencia de lo anterior, existe un «vínculo personal basado en una especial relación de confianza que preside, desde su nacimiento, la relación laboral entre el titular del hogar familiar y los trabajadores del hogar».

Dado que nos encontramos ante un sector hiperfeminizado, la perspectiva de género ha de presidir la interpretación y aplicación de las normas que lo regulan, debiendo desaparecer las diferencias que no respondan a un motivo justificado y que podrían, incluso, tener carácter discriminatorio (Sentencia del Tribunal Supremo –STS– 1/2022, de 11 de enero). Esta labor de depuración se ha llevado a cabo por los tribunales ordinarios españoles, aunque en fechas recientes ha tenido un papel muy relevante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En su Sentencia de 24 de febrero de 2022, asunto C-389/20, concluyó que el artículo 251 d) de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS), al excluir a este colectivo de la prestación por desempleo, entrañaba una discriminación indirecta por razón de sexo, a menos que estuviera justificado por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo, por responder a un objetivo legítimo de política social, adecuada y necesaria. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Vigo, que había presentado la cuestión prejudicial, en su Sentencia 68/2022, de 17 de marzo, confirmó que, de acuerdo con el derecho europeo, la exclusión de la cobertura de desempleo era discriminatoria. Los sucesivos pronunciamientos judiciales precipitaron la actuación del Gobierno. De este modo, el 9 de junio de 2022, España ratificó el Convenio 189 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre las trabajadoras o los trabajadores domésticos, y, con ello, la Recomendación número 201 que lo complementa, sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los

¹ Desde el punto de vista formal, utilizaremos el término «empleada de hogar», dado que nos encontramos ante un sector hiperfeminizado.

trabajadores domésticos. 3 meses después, se aprobó el Real Decreto-Ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar, que incluyó la protección frente al desempleo dentro de la acción protectora de la Seguridad Social, pero puso también fin a otras discriminaciones que se percibían por la falta de cobertura del Fogasa y en el régimen de extinción del contrato. En este último punto se modificó de forma muy sustancial el artículo 11 del RDSHF con el fin de eliminar las peculiaridades del despido disciplinario improcedente y la figura del desistimiento, de modo que la extinción, sin perjuicio de las causas comunes previstas en el Estatuto de los Trabajadores (ET), solo pudiera producirse por causa justificada en atención a las particularidades de la relación laboral en el hogar. De esta forma, se describieron en el artículo 11.2 tres causas específicas, valorables objetivamente, que justificarán la decisión extintiva. Con este estudio nos proponemos ofrecer criterios aplicativos e interpretativos para la comprensión del nuevo régimen jurídico de extinción del contrato. Pero resulta necesario también hacer una reflexión sobre si dicho régimen resulta coherente y completo. Por ello, comprobaremos si las lagunas que existían antes de la reforma de 2022 han sido solventadas por la norma de urgencia y si, con la supresión del desistimiento, que «absorbió» a otras causas de extinción del contrato, es preciso realizar una reformulación general de las causas del artículo 49 del ET en el ámbito de la relación laboral especial de servicio del hogar familiar. Por ello resulta necesario hacer una referencia al régimen legal anterior a septiembre de 2022, que consideramos imprescindible para poder interpretar y entender el verdadero alcance de los nuevos preceptos.

2. Régimen jurídico de la extinción del contrato de servicio doméstico antes de la reforma de 2022

2.1. Las causas comunes de extinción del contrato del artículo 49 del ET

Antes de la reforma de 2022, el RDSHF no recogía un listado específico de causas de extinción, sino que el artículo 11.1 se remitía al artículo 49.1 del ET, aunque excluía las causas señaladas en las letras h) (fuerza mayor), i) (despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas –causas ETOP–) y l) (extinción del contrato por causas objetivas), por considerar «que no resulta[ba]n compatibles con la naturaleza de la misma». La mayoría de la doctrina consideró que la incompatibilidad de las causas ETOP era correcta, pues, tal como están configuradas en el ET, son esencialmente mercantiles y difícilmente extensibles a la realidad de un hogar familiar (Benavente Torres, 2019, p. 257; Rodríguez Cardo, 2015, p. 70). Más criticable se consideró la exclusión de la fuerza mayor y de la posibilidad de despedir por ineptitud sobrevenida o por no adaptación a las modificaciones técnicas introducidas en el puesto de trabajo (Benavente Torres, 2019, p. 257; Rodríguez Cardo, 2015, p. 70; Rodríguez Sanz de Galdeano, 2023, pp. 226-227). Para algunos

autores fueron razones de conveniencia las que llevaron al Gobierno a derivarlas hacia el desistimiento, de forma que se evitaba al empleador tener que seguir el procedimiento de los artículos 51 y 52, a la vez que se rebajaba la indemnización (Ayala del Pino, 2017; Benavente Torres, 2019, p. 257; García Testal, 2019, p. 285; Miñarro Yanini, 2013, p. 62; Rodríguez Cardo, 2015, p. 70). *A sensu contrario*, el resto de las causas sí eran compatibles con la relación laboral especial, aunque la aplicación de algunas de ellas planteó algunos problemas. Veamos por qué:

- En el caso de la dimisión, la falta de una comunicación clara de dimitir generó con mucha frecuencia situaciones confusas, cuando la empleada se ausentaba intempestivamente de forma prolongada o retrasaba su reincorporación sin fijar un plazo para la misma o cuando abandonaba el hogar familiar tras una fuerte discusión. En estos casos, el empleador no podía cursar la baja en la Seguridad Social sin comunicación formal, pues podía considerarse como un despido tácito (STS 145/2022, de 14 de febrero). La inseguridad jurídica que provocaron estas situaciones explica que algunos empleadores optaran por extinguir el contrato realizando un desistimiento, asumiendo el coste de la indemnización.

En otro orden de cosas, el artículo 7.2 del RDSHF dispone que el incumplimiento grave por parte del empleador de los deberes en materia de seguridad y salud «será justa causa de dimisión del empleado». Aunque el reglamento utilice el término «dimisión», realmente debería ser una justa causa para solicitar la extinción del contrato por incumplimiento grave del empresario, por la vía del artículo 50.1 c) del ET (Ayala del Pino, 2022, p. 22; Benavente Torres, 2019, p. 271; Desdentado Daroca, 2016, p. 137; Llano Sánchez, 2012; Miñarro Yanini, 2013, p. 42).

- La muerte, jubilación, en los casos previstos en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, o incapacidad del empresario también han sido causas especialmente conflictivas. Empezando por la jubilación, la doctrina mayoritaria rechazó su aplicación con el argumento de que el artículo 49.1 g) del ET piensa en el cierre de una empresa o en la conclusión de la actividad profesional como consecuencia de la jubilación del empresario (Benavente Torres, 2019, p. 258; también García González, 2022, p. 29; García Testal, 2019, p. 286; Rodríguez Sanz de Galdeano, 2023, p. 229). Continuando con la incapacidad del empleador y el fallecimiento, aunque sería lógico pensar que han sido causas habituales de extinción del contrato debido a la condición de persona física de aquel, la realidad demuestra que han tenido «un reducidísimo ámbito» (Benavente Torres, 2019, p. 258), ya que en muchas ocasiones se canalizaron a través de la figura del desistimiento, incluso en relaciones laborales de larga duración donde, por aplicación del artículo 49.1 g) del ET, la indemnización habría sido inferior (1 mes de salario). Los motivos son varios. Una primera razón puede encontrarse en la dificultad para identificar en algunas situaciones quién es el empleador real, más allá del dato formal de quién figura como titular del hogar familiar ante la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS). Resulta habitual que la persona fallecida o incapaz figure como empleador,

mientras que otros familiares, que pueden vivir o no en el hogar familiar, sean los que imparten las órdenes y retribuyen los servicios, actuando como empresarios reales (Llano Sánchez, 2012), en cuyo caso el fallecimiento del empleador formal no debería ser causa de extinción del contrato². Otra razón tiene que ver con las unidades familiares cuyos miembros se benefician de los servicios de la empleada de hogar y ejercen de forma indistinta el poder de dirección, aunque legalmente solo uno de ellos puede inscribirse como empleador ante la TGSS. En buena lógica, el hecho de que solo uno de los miembros de la familia pueda figurar como titular del hogar familiar en los trámites con la Seguridad Social no significa que sea él quien asuma en exclusiva las obligaciones del contrato y las eventuales responsabilidades o sanciones por incumplimiento y, en consecuencia, su muerte tampoco sería causa de extinción del contrato (Benavente Torres, 2019, p. 259)³.

- La extinción por voluntad del trabajador, fundamentada en un incumplimiento contractual del empresario, planteaba ciertas dificultades aplicativas, ya que la empleada doméstica estaba obligada a permanecer en el hogar familiar hasta que recayera sentencia declarando extinguido el contrato (De Sande Pérez-Bedmar, 2011, p. 151). Ante la necesidad de garantizar el derecho a la intimidad familiar del titular del hogar, y quebrada la confianza entre las partes, se interpretó que podía considerarse aplicable la jurisprudencia que, en casos de graves incumplimientos empresariales, permite que el trabajador declare por sí mismo la resolución del contrato después de haber iniciado el ejercicio de la acción mediante la presentación de la papeleta de conciliación, sin necesidad de solicitar la cesación de la prestación de servicios como medida cautelar (Benavente Torres, 2019, p. 273)⁴.

Al margen de las causas de extinción del artículo 49 del ET, fue polémica la posibilidad de aplicar la extinción del contrato prevista en los artículos 41.3 y 40.1 del ET. El principal obstáculo se encontraba en que ambos preceptos exigen la concurrencia de unas causas que tienen carácter empresarial «por lo que este tipo de cambios requerían, al menos a nivel teórico» el acuerdo de las partes (Benavente Torres, 2019, p. 272; Rodríguez Sanz de Galdeano, 2023, p. 244)⁵. El problema era que, si la empleada no estaba de acuerdo, solo el empleador tenía abierta la vía del desistimiento, por lo que la libertad de aquella no era real. El artículo 10.2 del RDSHF sí recogía un régimen especial para el caso de traslado definitivo del hogar familiar, que se basaba en el acuerdo y que equilibraba la posición de ambas partes,

² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Extremadura 585/2013, de 19 de diciembre; SSTSJ de Cataluña 2765/2023, de 3 de mayo, 4884/2020, de 10 de noviembre, y 4049/2020, de 23 de septiembre.

³ Esta es la interpretación que parece defender la STSJ de Cataluña 4263/2020, de 7 de octubre.

⁴ STSJ de Madrid 315/2023, de 22 de mayo.

⁵ Algunos TSJ aplicaron el artículo 41 del ET sin plantearse si era procedente (Galicia 3458/2021, de 22 de septiembre).

de modo que si no existía acuerdo (bien de forma expresa o tácita) ambos podían desistir del contrato, percibiendo la empleada la indemnización del artículo 11.3. Lo razonable era interpretar, como hizo la STSJ de Madrid 615/2016, de 10 de octubre, que debía aplicarse la misma solución a la modificación sustancial de condiciones de trabajo (también, Benavente Torres, 2019, p. 272).

2.2. Especialidades del despido disciplinario

El artículo 11.2 del RDSHF establecía algunas peculiaridades en relación con los efectos de la calificación del despido disciplinario como improcedente, ya que la indemnización era equivalente «al salario correspondiente a 20 días naturales multiplicados por el número de años de servicio, con el límite de 12 mensualidades». A pesar del silencio legal, los tribunales aplicaron la regla común a todo despido contenida en el artículo 56.1 del ET, del prorrateo por meses de los periodos inferiores a 1 año⁶. La razón de ser de la menor indemnización, que coincidía con la del despido por causas objetivas (art. 53.1 b) ET), podía encontrarse en la que se presume menor capacidad económica del hogar familiar, pero también, como ha señalado Benavente Torres (2019, pp. 254-255), en la prevalencia del derecho a la intimidad «en tanto una alta indemnización podría suponer un límite desproporcionado al ejercicio de un derecho instrumental a los del artículo 18 CE»⁷. Un último factor a tener en cuenta es que el titular del hogar familiar respondía con sus bienes personales de las deudas contraídas con la empleada, estando excluida la protección del Fogasa en el antiguo artículo 3 b) del RDSHF (Benavente Torres, 2019, pp. 254-255).

El hecho de que el reglamento únicamente mencionara la indemnización hizo dudar de la posibilidad de que el empleador tuviera la opción de readmitir a la empleada. Doctrina judicial consolidada, apoyándose en la interpretación que realizó la STS de 5 de junio de 2002 (rec. 2506/2001), concluyó que no procedía, por considerar que el derecho a la inviolabilidad del domicilio impedía en todo caso que se pudiera obligar al titular del hogar a tener en su domicilio a quien no deseaba, aunque lo fuera en condición de empleado⁸. No faltaron autores, como De Sande Pérez-Bedmar (2011, p. 143) y sentencias de suplicación que sí reconocieron la opción, tras rechazar que la sentencia del Tribunal Supremo de 2002 hubiera unificado doctrina sobre la cuestión⁹. De hecho, la STS 145/2022, de 14 de febrero,

⁶ STS de 5 de junio de 2002 (rec. 2506/2001).

⁷ En el mismo sentido, STSJ de Galicia de 7 de junio de 2019 (rec. 1418/2019).

⁸ Por todas, y de fechas más recientes, SSTSJ de Andalucía/Sevilla 411/2019, de 13 de febrero; Madrid 699/2021, de 5 de noviembre; Cataluña 1066/2021, de 19 de febrero, 6748/2021, de 17 de diciembre, y 467/2023, de 30 de enero.

⁹ STSJ de la Comunidad Valenciana 1401/2020, de 27 de abril. En el mismo sentido, SSTSJ de la Comunidad Valenciana 2296/2019, de 1 de octubre, y Andalucía/Sevilla 411/2019, de 13 de febrero.

en un caso de despido tácito improcedente, condenó al empleador a optar entre la readmisión o el abono de indemnización, si bien no entró a justificar la procedencia de la opción. A nuestro juicio, desde el punto de vista del empleador y de su derecho a la inviolabilidad del domicilio, no hay problema en reconocer el ejercicio de la opción entre readmisión e indemnización, ya que siempre puede optar por esta última¹⁰ (de la misma opinión es Rodríguez Sanz de Galdeano, 2023, p. 236). El hecho de que la indemnización prevista para el despido improcedente fuera muy inferior a la del artículo 56 del ET favorecía que los empleadores eligieran la extinción indemnizada. El verdadero problema se encuentra en la empleada de hogar interna, ya que la imposición de la readmisión podría afectar a su derecho a elegir su residencia (art. 19 CE), no en vano las condiciones que existían cuando dio su consentimiento para residir en el domicilio del empleador habrían variado sustancialmente tras el despido. Una posible solución sería acudir al artículo 110.1 b) de la Ley reguladora de la jurisdicción social (LRJS), permitiendo que la empleada solicitara al juez que se entendiera hecha la opción por la indemnización en la sentencia, por no ser realizable la readmisión.

El reglamento también guardaba silencio sobre la posibilidad de calificar como nulo el despido por los motivos señalados en el artículo 55.5 del ET, incluidos los supuestos de nulidad objetiva y automática de su segundo párrafo. La aplicación supletoria de este precepto fue confirmada por la STS 1/2022, de 11 de enero (aclarada por el Auto del TS de 4 de febrero de 2022, rec. 2099/2019). Más problemática resultó la cuestión relativa a los efectos del despido nulo y, en concreto, si procedía imponer la readmisión a ambas partes de la relación¹¹. A favor y en contra se manifestó la doctrina científica más cualificada (García González, 2022, p. 42, recoge las distintas posturas doctrinales a este respecto). Estamos ante dos derechos fundamentales en conflicto: de un lado, el atinente a la prohibición de trato discriminatorio y de vulneración de derechos fundamentales; y de otro, el referido a la intimidad personal y familiar de los integrantes del hogar. No resulta fácil conjugar ambos derechos, si bien los tribunales han considerado que el que debe prevalecer, al menos en lo que toca al alcance y efectos del reproche que merece el despido discriminatorio, es el segundo, precisamente por el sacrificio tan desmesurado que supondría para los integrantes del hogar familiar tener que admitir en ámbito tan privado e íntimo la presencia física de una persona extraña al núcleo familiar una vez quebrada la confianza anteriormente existente; obligación que ni siquiera judicialmente cabe imponer a nadie. En la doctrina judicial encontramos una solución prácticamente unánime: se declarará la nulidad «más únicamente a efectos declarativos», ya que esta declaración tendrá las consecuencias propias del despido improcedente, sin que quepa la readmisión forzosa, a la que la STSJ del País Vasco 2184/2022, de 28 de octubre, llega a calificar de «innecesaria e indeseable». Esta interpretación también favorece a la empleada, quien podría encontrarse

¹⁰ STSJ de Andalucía/Sevilla 411/2019, de 13 de febrero.

¹¹ La STS 1/2022, de 11 de enero, no entró a valorar la procedencia de no imponer la readmisión ni hasta dónde llegaban los salarios de tramitación, ya que la trabajadora en la impugnación del recurso mostró expresamente su conformidad con la extinción.

en una situación violenta en un hogar cuya confianza ha perdido (Ayala del Pino, 2019, p. 49)¹², violentándose su derecho a la intimidad, especialmente si es interna (Benavente Torres, 2019, p. 258) y, como se ha comentado líneas arriba, su derecho a la libertad de residencia recogido en el artículo 19 de la CE (García González, 2022, p. 46). No faltaron sentencias que se pronunciaron a favor de la imposición de la readmisión, entre las que cabe destacar la STSJ de Andalucía/Sevilla 2108/2022, de 14 de julio, que, a pesar de que la empleada hubiera solicitado en la demanda que se condenara al empleador al abono de la indemnización, condenó a la readmisión por considerar inalienable el derecho reconocido en el artículo 55.5 del ET (a favor de la interpretación de esta sentencia y, por tanto, de la readmisión, se muestran Beltrán de Heredia, 2022, y Rodríguez Sanz de Galdeano, 2023, pp. 240-241). En opinión, que compartimos, de Miñarro Yanini y Molina Navarrete (2022, pp. 189-190), la sentencia peca por exceso, ya que la resolución olvida que «en nuestro derecho ni la única solución justa y correcta cuando se vulnera la dignidad humana, e incluso derechos fundamentales personalísimos, sería la preservación del puesto, admitiéndose decisiones unilaterales y tutela indemnizatoria (por ejemplo, artículo 50 ET –extinción causal por incumplimiento que viola la dignidad–; artículo 286.2 LRJS –derecho de opción en caso de despido por acoso o violencia de género–)», y porque deja en el más absoluto silencio «la concurrencia de otro derecho fundamental de la persona empleadora: la inviolabilidad de su domicilio ex artículo 18 de la CE».

Siendo mayoritaria la corriente que negaba la posibilidad de imponer la readmisión, la discusión se centró en determinar si la indemnización era la prevista para el despido improcedente en el RDSHF¹³ o una superior prevista en la legislación común. Dentro de quienes defendían esta última interpretación, a su vez, podemos identificar dos posturas: 1) Un sector abogaba por la aplicación de la indemnización prevista en el artículo 56 del ET, computándose, por tanto, la antigüedad hasta la fecha del despido¹⁴. 2) De forma, a nuestro juicio, más acertada, otro sector defendía la aplicación de lo establecido con carácter general para los despidos cuando no resulta viable o pertinente la readmisión, aplicando por analogía el artículo 110.1 b) de la LRJS en conexión con el 286.2 de la norma adjetiva, lo que se traduce en el abono de la indemnización del artículo 56 del ET, pero computándose la antigüedad del trabajador hasta la notificación de la sentencia que por primera vez declare la nulidad del despido (Benavente Torres, 2019, p. 271; De Sande Pérez-Bedmar, 2011, p. 144)¹⁵. Sí existió unanimidad en torno a la procedencia de abonar los salarios dejados de percibir desde la

¹² STSJ de Cataluña 4057/2022, de 7 de julio.

¹³ SSTSJ de Madrid 882/2016, de 26 de octubre, y Andalucía/Málaga 1983/2017, de 29 de noviembre.

¹⁴ SSTSJ de Madrid 767/2018, de 20 de noviembre, y 598/2016, de 26 de septiembre; Cataluña 2483/2013, de 8 de abril, entre otras.

¹⁵ SSTSJ del País Vasco 1233/2018, de 12 de junio –confirmada por la STS 1/2022, de 11 de enero–, y 1968/2015, de 20 de octubre; Madrid 882/2016, de 26 de octubre; y Andalucía/Sevilla 2012/2018, de 21 de junio.

fecha del despido hasta la fecha de la notificación de la sentencia que por primera vez declarara la nulidad, ya que no existiría la readmisión¹⁶.

2.3. Una singular figura jurídica de extinción: el desistimiento

2.3.1. Concepto

El desistimiento, regulado en el artículo 11.3 del RDSHF, constituía la manera especial de finalizar un contrato en la relación laboral de servicio de hogar familiar. Se justificaba por la «profunda introducción de la empleada en el círculo de mayor intimidad de la familia» que la tarea desempeñada conllevaba (STS de 5 de junio de 2002, rec. 2506/2001). La disposición adicional segunda del RDSHF entendía el desistimiento del empleador como una extinción debida a la «pérdida de confianza en el empleado», sin aclarar más. Los motivos podían explicitarse o no en la comunicación escrita, aunque no había obligación de hacerlo ni tampoco de probarlos¹⁷. El hecho de que los motivos explicitados por el empleador tuvieran acomodo en alguna de las causas del artículo 49 del ET o incluso resultaran improcedentes en el régimen común, como podía ser la baja por enfermedad de la empleada, no suponía que los tribunales dejaran de aplicar el régimen de desistimiento¹⁸, salvo que existieran indicios de discriminación o de vulneración de derechos fundamentales¹⁹. En la práctica, como se ha visto anteriormente, no solo sirvió para cubrir la difícil acreditación de las bases de la pérdida de la confianza (Benavente Torres, 2019, p. 255), sino para canalizar otras causas de extinción recogidas en el artículo 49 del ET.

2.3.2. Forma

El reglamento compensaba la falta de exigencia de una causa para extinguir el contrato con unos requisitos procedimentales, que acercaban el desistimiento a la extinción por causas objetivas del artículo 53 del ET hasta el punto de que, como explica De Sande Pérez-Bedmar (2011, p. 153), un sector de la doctrina llegó a considerar la pérdida de confianza como una causa objetiva automática. Los requisitos eran los siguientes:

- a) Exigencia de comunicación por escrito, donde, además, debía constar, «de modo claro e inequívoco», la voluntad del empleador de dar por finalizada la relación laboral «por esta causa». Esta exigencia adicional obedecía a la necesidad de

¹⁶ STS 77/2020, de 29 de enero.

¹⁷ SSTSJ de la Comunidad Valenciana 4346/2020, de 10 de diciembre, y La Rioja 37/2022, de 17 de febrero.

¹⁸ SSTSJ de Madrid 347/2012, de 8 de mayo, y País Vasco 1672/2021, de 2 de noviembre.

¹⁹ SSTSJ de Galicia 1922/2022, de 22 de abril, y Castilla y León de 12 de diciembre de 2022 (rec. 2445/2022).

que la trabajadora supiera si estaba ante un despido con defectos formales que la obligaba a reaccionar en el plazo perentorio de 20 días o ante un desistimiento, que le otorgaba el derecho a un plazo de preaviso y una indemnización reducida, cuya eventual reclamación se permitía durante plazos más dilatados que, por otro lado, eran de prescripción (STS de 5 de junio de 2002, rec. 2506/2001).

- b) Concesión de un plazo de preaviso con licencia para búsqueda de empleo. En el caso de que la prestación de servicios hubiera superado la duración de 1 año, el empleador debía conceder un plazo de preaviso cuya duración debía ser como mínimo de 20 días. En los demás supuestos, el preaviso era de 7 días. Durante el periodo de preaviso, la empleada que prestara servicios a jornada completa tenía derecho a una licencia retribuida de 6 horas semanales con el fin de buscar nuevo empleo. A diferencia del artículo 53.2 del ET que recoge esta licencia para todos los trabajadores, el RDSHF reconocía el derecho solo a las empleadas que prestaran servicios «a jornada completa», lo que implicaba que las trabajadoras con contrato a tiempo parcial no podían pedirla (Benavente Torres, 2019, p. 265), aunque también se defendió, de forma más correcta a nuestro entender, que la licencia debía ser proporcional a la jornada (Ayala del Pino, 2017).
- c) Junto con la comunicación debía ponerse simultáneamente a disposición de la empleada una indemnización en cuantía equivalente al salario de 12 días naturales por año de servicio, con el límite de 6 mensualidades²⁰. Al igual que en el despido disciplinario, no se preveía el prorrateo de la indemnización por meses o días. El problema es que no procedía «complementar» la disposición con la regulación común, ya que se trataba de una figura distinta del despido²¹.

2.3.3. Efectos: sobre la posibilidad de calificar el desistimiento como improcedente o nulo

El artículo 11.4 del RDSHF establecía que «se presumirá que el empleador ha optado por el despido del trabajador y no por el desistimiento», con la aplicación de las consecuencias establecidas en el artículo 11.2 –que se refería al despido disciplinario– en dos supuestos: 1) Cuando en la comunicación del cese hubiera incumplimiento de la forma escrita en los términos indicados en el párrafo primero del artículo 11.3. 2) Cuando no se hubiera puesto a disposición del trabajador la indemnización del artículo 11.3, con carácter simultáneo

²⁰ Es preciso tener en cuenta que la disposición transitoria primera del RDSHF excluía de la cuantía indemnizatoria fijada en el artículo 11.3 el desistimiento de contratos anteriores a la entrada en vigor de esta norma (17 de noviembre de 2011), al que se habrían de aplicar los artículos 10.2 y 9.3 del Real Decreto 1424/1985, que estaba al módulo indemnizatorio de 7 días por año, con el límite de 6 mensualidades.

²¹ STSJ de Galicia de 7 de junio de 2019 (rec. 1418/2019).

a la comunicación, lo que ocurría cuando hubiera una falta total de puesta a disposición²² o se entregara una cantidad inferior, debido a un error inexcusable, o cuando se retrasara la puesta a disposición del trabajador a la fecha de efectos de desistimiento (si se hubiera dado el preaviso)²³. Aunque resultaba de aplicación la doctrina del TS recaída en relación con el artículo 53 del ET respecto de lo que puede calificarse como error «excusable», los tribunales se mostraron más flexibles, ya que valoraron que los empleadores no tenían los conocimientos jurídicos y económicos de un empresario²⁴.

Sin embargo, la no concesión del preaviso o el error excusable en el cálculo de la indemnización no suponía que el empleador hubiera optado por el despido, sin perjuicio de la obligación de abonar los salarios correspondientes a dicho periodo o al pago de la indemnización en la cuantía correcta.

Si bien el reglamento indicaba que se «presumiría» que el empleador había optado por el despido, en la práctica la mayoría de los tribunales no admitieron la prueba en contrario, por considerar que los requisitos formales tenían carácter *ad solemnitatem* (Benavente Torres, 2019, p. 267; Llano Sánchez, 2012). En consecuencia, no cabían las figuras del desistimiento verbal y tampoco del desistimiento tácito, debiendo «configurarse el acto resolutorio dentro del instituto del despido» (STSJ del País Vasco 1233/2018, de 12 de junio), lo que significaba que se aplicaba el régimen jurídico de una figura distinta, incluidos los efectos de la declaración de nulidad discriminatoria y de la objetiva (STS 1/2022). Pese a la similitud del desistimiento con la extinción por causas objetivas del artículo 52 del ET, las consecuencias eran las propias del despido disciplinario improcedente del artículo 11.2 del RDSHF, no las del artículo 53 del ET, que, por otro lado, figuraba entre las causas excluidas en el artículo 11.1 del RDSHF. Así, pues, en caso de calificarse el desistimiento como un despido improcedente, no era necesario abonar los salarios de preaviso, siendo el único efecto el abono de una indemnización de 20 días de salario por año de servicio con un límite de 12 mensualidades²⁵ cuya compensación con la indemnización previamente recibida en concepto de desistimiento debía ser ordenada por el juez, ya que ambas indemnizaciones tenían su origen en el mismo acto extintivo²⁶.

²² Vid., por ejemplo, SSTSJ de Madrid 200/2018, de 5 de marzo; Asturias 808/2016, de 19 de abril; País Vasco 1695/2015, de 19 de abril; y Andalucía/Málaga 508/2013, de 14 de marzo.

²³ Sentencia del Juzgado de lo Social (SJS) número 2 de Cuenca 136/2021, de 30 de septiembre.

²⁴ SSTSJ de Madrid 357/2020, de 14 de mayo, y 332/2020, de 28 de abril; Cataluña 4778/2022, de 20 de septiembre; Canarias 919/2019, de 25 de septiembre; y Castilla y León de 27 de enero de 2016 (rec. 2320/2015).

²⁵ SSTSJ de Cataluña 4263/2020, de 7 de octubre, y Madrid 882/2016, de 26 de octubre. En contra, la SJS número 3 de Talavera de la Reina 308/2022, de 24 de noviembre.

²⁶ En contra de la compensación se manifestaron algunos tribunales por considerar que en el despido disciplinario no se contenía «legalmente una previsión sobre compensación en el fallo en estos casos, a diferencia de lo que sucede para el despido objetivo en el artículo 123.4 de la LRJS, sin perjuicio de

Aunque el reglamento guardaba también silencio sobre la posibilidad de calificar el desistimiento como nulo, resultaba pacífica en la doctrina judicial y científica la conclusión de que como todo acto extintivo del empleador tenía un límite en el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas y en la prohibición de discriminación por los motivos de los artículos 14 de la CE y 17 del ET²⁷. La consecuencia, como en el despido, era la sustitución de la obligación de readmitir por el abono de una indemnización y de los salarios de tramitación. De nuevo, los TSJ no se mostraron unánimes respecto de cuál debía ser el *quantum* indemnizatorio. Mientras unos tribunales se inclinaron por la indemnización del artículo 11.2²⁸, la mayoría se mostró favorable a la indemnización del artículo 56 del ET, aunque existía divergencia en torno a la fecha límite del cómputo de la antigüedad (hasta la fecha del cese²⁹ o hasta la fecha de notificación de la sentencia que por primera vez declarara la nulidad³⁰).

Hay que tener en cuenta que, una vez que la empleada aportaba indicios de discriminación o de vulneración de un derecho fundamental, se producía la inversión de la carga de la prueba (art. 96.1 LRJS), lo que obligaba al empleador a revelar en sede judicial cuáles habían sido los verdaderos motivos de la extinción. A modo de ejemplo, en las sentencias analizadas se han considerado causas razonables y justificadas que permitían calificar como procedente el desistimiento: la pérdida del trabajo por parte del titular del hogar familiar; la pérdida de confianza, que se había explicitado a otras personas a las que se les ofreció el puesto de la empleada antes de que esta presentara la denuncia en la Inspección de Trabajo³¹; la desaparición de la necesidad que justificó la contratación, por ejemplo, en el caso

lo que pueda oponerse sobre esto en la ejecución de la sentencia. *Vid.*, STSJ de Cataluña 5398/2022, de 18 de octubre. Otras sentencias de suplicación sí ordenan la compensación de ambas indemnizaciones, sin necesidad de que hubiera sido solicitado por el empleador, como las SSTSJ de Cataluña 5670/2022, de 27 de octubre, y 4263/2020, de 7 de octubre; y Canarias 638/2022, de 20 de octubre. También se compensa la indemnización por despido nulo con la previamente percibida por despido improcedente en la STSJ de Madrid 882/2016, de 26 de octubre. En la STSJ del País Vasco 1233/2018, de 12 de junio –confirmada por la STS 1/2022–, la sentencia de instancia descontó de la indemnización por despido improcedente la previamente obtenida por desistimiento, posteriormente el TSJ declaró el despido nulo y descontó de la indemnización por despido nulo la correspondiente a la de despido improcedente.

²⁷ STSJ del País Vasco 1233/2018, de 12 de junio, confirmada por la STS 1/2022, de 11 de enero. Las decisiones de desistir se adoptaban, en ocasiones, tras una reclamación extrajudicial de mejora de condiciones de trabajo o, incluso, tras la presentación de denuncia ante la Inspección de Trabajo (SSTSJ de La Rioja 37/2022, de 17 de febrero, y Cataluña 3930/2019, de 22 de julio).

²⁸ SSTSJ de Extremadura 383/2016, de 15 de septiembre; y Andalucía/Málaga 1983/2017, de 29 de noviembre, y 1501/2019, de 18 de septiembre.

²⁹ SSTSJ de Asturias 2232/2018, de 27 de septiembre, y Cataluña 3930/2019, de 22 de julio.

³⁰ STSJ del País Vasco 1233/2018, de 12 de junio (confirmada por la STS 1/2022, de 11 de enero).

³¹ SJS número 1 de Logroño 273/2021, de 16 de diciembre (confirmada por la STSJ de La Rioja 37/2022, de 17 de febrero).

de un niño que empieza a ir a la guardería o que puede ser cuidado por un familiar³²; motivos económicos³³ o disciplinarios³⁴.

Admitida la posibilidad de que el desistimiento se calificara como nulo por los motivos del artículo 55.5, primer párrafo, del ET, era necesario preguntarse si también cabría la aplicación de la nulidad objetiva y automática a un desistimiento realizado habiendo cumplido los requisitos formales. La exposición de motivos del propio Real Decreto-Ley 16/2022 entiende que no, ya que apunta que «la inaplicación en el caso de desistimiento del principio de nulidad objetiva del despido de la trabajadora embarazada, cuya finalidad es la de proporcionar una tutela más enérgica que la ordinaria frente a la discriminación, es prueba palpable de ello [de que la tutela de los derechos fundamentales era muy inferior]». De forma mayoritaria, los TSJ se mostraron contrarios a admitir la nulidad objetiva, por considerar que la protección que se recoge en el segundo párrafo del artículo 55.5, letras a), b) y c), del ET está prevista para aquellas decisiones extintivas que, por ser causales, podrían calificarse de improcedentes³⁵. Realizando una interpretación del reglamento desde la perspectiva de género, como exigió la STS 1/2022, es razonable concluir que la protección objetiva del embarazo debía aplicarse a la extinción del contrato de trabajo de una empleada doméstica, ya fuera por despido o por desistimiento (Benavente Torres, 2019, p. 264), y así lo apreció un sector minoritario de la doctrina de suplicación³⁶. ¿Quiere ello decir que en caso de desistimiento de trabajadora que se encontrara en alguna de las situaciones descritas en las letras a), b) y c) del artículo 55.5 del ET el empleador debería haber indicado la causa en la notificación escrita? Dado que el artículo 11.3 del RDSHF no lo exigía, el acto de conciliación administrativa previa o el mismo acto del juicio, eran los momentos adecuados para que el empleador explicara los motivos objetivos y razonables que habían provocado la extinción del contrato, a no ser que hubiera explicado dichos motivos en la comunicación extintiva, en cuyo caso tal especificación causal sí le vincularía en la posterior fase judicial, por aplicación del artículo 105.2 de la LRJS –afirmación que hace Solà i Monells (2020, p. 21) en relación con el desistimiento en periodo de prueba, pero que resulta aplicable también a este supuesto–. A modo de ejemplo, respecto de cuáles podían ser esos «motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia», cabe citar la STSJ de Asturias 1718/2014, de 12 de septiembre, donde la sala aprecia que

³² STSJ de Galicia 1621/2021, de 20 de abril.

³³ STSJ de Madrid 714/2015, de 26 de octubre.

³⁴ Como hace la STSJ de Madrid 767/2018, de 20 de noviembre.

³⁵ Por todas, SSTSJ de la Comunidad Valenciana 2491/2018, de 26 de julio, y Extremadura 314/2019, de 30 de mayo. Para justificar esta interpretación se citaba la STC 173/2013, de 10 de octubre, que prohibía aplicar por analogía la protección del artículo 55.5 b) del ET al desistimiento en periodo de prueba. Este argumento perdió virtualidad tras la reforma del artículo 14 del ET, donde se introdujo un supuesto de nulidad objetiva durante el embarazo de la empleada.

³⁶ SSTSJ de Madrid 442/2019, de 8 de mayo, y 237/2019, de 6 de marzo; y Andalucía/Sevilla 2108/2022, de 14 de julio.

el panorama indiciario aportado por la demandante quedó desvirtuado por el hecho de que su cese vino motivado «no por su estado de gravidez, sino por la quiebra de la confianza que las vejaciones, el ultimátum, las mentiras y el resto de las manifestaciones contenidas en la comunicación provocaron en el empleador al verse retratado a sus 100 años de edad como un negrero del siglo XXI». En la STSJ de Madrid 363/2015, de 21 de abril, el marido de la empleada, que prestaba servicios en la empresa del empleador y convivía con su mujer en el hogar de este, fue despedido por causas disciplinarias, comunicándose el mismo día el desistimiento a la empleada para evitar tanto la convivencia «como las dificultades que inevitablemente iban a surgir en el trato con la empleada de hogar por el hecho del despido de su marido, que sin duda iba a minar la relación de confianza». En la STSJ de Cataluña 5670/2022, de 27 de octubre, a la empleadora se le ofreció por parte de su empresa una estancia internacional de 3 años en Alemania, mientras que en la STSJ de Madrid 143/2014, de 14 de febrero, el desistimiento coincidió con el despido de la esposa del titular del hogar familiar.

3. Régimen jurídico de la extinción del contrato de servicio doméstico tras la reforma de 2022

3.1. Las causas comunes de extinción del contrato del artículo 49 del ET

De acuerdo con lo dispuesto en la nueva redacción del artículo 11.1 del RDSHF, el contrato podrá extinguirse por las causas establecidas en el artículo 49.1 del ET «aplicándose la normativa laboral común salvo en lo que resulte incompatible con las peculiaridades derivadas del carácter especial de esta relación». Hay que preguntarse si la incompatibilidad hace referencia a las causas, como ocurría en el reglamento anterior, o a los respectivos procedimientos de extinción y sus efectos o a ambos motivos. La desaparición de la exclusión expresa de las causas señaladas en las letras h), i) y l) del apartado 1 del artículo 49 permitiría concluir que el Gobierno ya no las considera incompatibles con la relación laboral especial (Quintero Lima, 2022, p. 127), lo que avalaría la primera interpretación. Sin embargo, la doctrina continúa considerando que, al menos, las causas ETOP siguen siendo incompatibles con esta relación laboral. Al tradicional argumento de que son causas empresariales (García González, 2022, p. 55) cabe añadir uno nuevo: la introducción de una nueva causa específica de extinción de la relación laboral especial en la letra 11.2 a) que es muy similar y que consiste en «la disminución de ingresos de la unidad familiar o incremento de sus gastos por causa sobrevenida» (Rodríguez Sanz de Galdeano, 2023, p. 224). Desaparece, sí, el impedimento legal para invocar la falta de adaptación del trabajador (Rodríguez Sanz de Galdeano, 2023, p. 226) y la ineptitud sobrevenida. En lo referente a la fuerza mayor, tras la experiencia vivida durante la crisis sanitaria de la COVID-19, resulta evidente que las empleadas de hogar también pueden perder el trabajo por este

motivo. En aquellos duros momentos, y para no dejar en situación de desamparo a este colectivo, el Gobierno creó un subsidio extraordinario de desempleo para quienes con posterioridad al 14 de marzo y durante el estado de alarma hubieran cesado temporalmente en la prestación de servicios de forma parcial o total o hubieran visto extinguido su contrato por despido disciplinario, por el desistimiento del empleador, por muerte «o cualquier otra causa de fuerza mayor imputable al empleador» que hubiera imposibilitado definitivamente la prestación del trabajo, siempre que las causas que determinaron la extinción del contrato hubieran sido ajenas a la voluntad de la empleada y se hubiera debido a la crisis sanitaria de la COVID-19³⁷. Sin mencionarlo de forma expresa, se refería a situaciones que se entendieron como supuestos de suspensión, reducción de jornada o extinción del contrato por fuerza mayor (García Testal, 2020, p. 718). En la actualidad, la admisión de la fuerza mayor permitiría que el empleador pudiera beneficiarse de la previsión del artículo 51.7 del ET, de modo que toda o parte de la indemnización fuese satisfecha directamente por el Fogasa. En definitiva, las razones de conveniencia que pudieron explicar la derivación de la fuerza mayor hacia el desistimiento carecen en la actualidad de justificación razonable, por lo que debe concluirse que no existe incompatibilidad (Rodríguez Sanz de Galdeano, 2023, p. 228), aunque se ha apuntado la necesidad de que el legislador realice algunas adaptaciones en el procedimiento (García González, 2022, p. 30).

En lo referente a la extinción del contrato por voluntad de la empleada, sigue sin corregirse el artículo 7.2 del reglamento, que continúa hablando de dimisión. Urge modificar este precepto si realmente la norma está pensando en la extinción del contrato ex artículo 50 del ET, como hemos defendido, no únicamente porque la trabajadora tendría derecho a indemnización, sino porque solo así se encontraría en situación legal de desempleo y podría cobrar la correspondiente prestación. Por otro lado, pese a suprimir el desistimiento, el Gobierno ha mantenido intacto el artículo 10.2 con su referencia al desistimiento del empleador y de la empleada de hogar. Como veremos posteriormente, la extinción por desistimiento del empleador podría reconducirse a la nueva causa de extinción del artículo 11.2 b), sin embargo, el desistimiento indemnizado de la empleada necesitaría ser objeto de una regulación expresa que fuese coherente con el nuevo régimen jurídico de la extinción. Respecto de la extinción del contrato por incumplimiento grave del empresario, se aplica el régimen común, lo que significa que se eleva la indemnización, ya que se aplica la prevista en el artículo 56 del ET. Se ha perdido, sin embargo, la oportunidad de aclarar si es necesario que la empleada de hogar, especialmente la interna, continúe prestando servicios hasta que el juez declare extinguido el contrato.

³⁷ Resolución segunda de la Resolución de 30 de abril de 2020, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se desarrolla el procedimiento para la tramitación de solicitudes del subsidio extraordinario por falta de actividad para las personas integradas en el sistema especial para empleados de hogar del régimen general de la Seguridad Social regulado en el Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19.

Mantienen su vigencia los argumentos que rechazaban la aplicación del artículo 49.1 g) o, al menos, la matizaban.

En el despido disciplinario se suprimen las peculiaridades que recogía el antiguo artículo 11.2 del RDSHF, lo que significa que la indemnización por despido improcedente se eleva situándose en 33 días de salario por año de servicio con un límite de 24 mensualidades, como prevé el artículo 56 del ET. Debemos preguntarnos si la remisión al régimen legal común implica también la aplicación de la disposición transitoria undécima del ET para los contratos celebrados antes del 11 de febrero de 2012. En un principio, la respuesta sería negativa, toda vez que las empleadas de hogar nunca tuvieron derecho a la indemnización de 45 días, por lo que no habría que respetar ningún derecho adquirido³⁸. Sin embargo, hay argumentos para defender una respuesta afirmativa, ya que la regulación anterior ha sido derogada por suponer una diferencia de trato no justificada³⁹. Por otra parte, se aclara definitivamente que se aplica el prorrateo por meses de los periodos de tiempo inferiores al año. Subsisten, sin embargo, las dudas acerca de las consecuencias de la declaración del despido como improcedente o nulo, en concreto sobre si la readmisión, ya sea como opción del empleador o como obligación, puede ser el efecto de tales calificaciones (García González, 2022, p. 54; Quintero Lima, 2023, p. 122). El Gobierno demuestra en la exposición de motivos del real decreto-ley que conoce en profundidad la jurisprudencia recaída en relación con este especial contrato y las dudas interpretativas que planteaba la anterior redacción. Si hubiese considerado correcta esta jurisprudencia, debería haberla incorporado a la norma, y lo cierto es que no lo ha hecho, por lo que sería razonable interpretar que no ha querido que exista ninguna peculiaridad en cuanto a los efectos del despido. No obstante lo dicho, en el artículo 11.1 podría haber dejado una puerta abierta a la posibilidad de considerar que el efecto de la readmisión puede ser incompatible con las características propias de la relación especial (Benito Benítez, 2022, p. 283; Rodríguez Sanz de Galdeano, 2023, p. 236). Pero si esta última interpretación es la correcta, significaría que el legislador ha renunciado a establecer una regulación general y que remite a las circunstancias de cada caso concreto la valoración sobre si la readmisión es compatible o no con este contrato (esta parece ser también la interpretación de Rodríguez Sanz de Galdeano, 2023, p. 236). Podría darse el caso, por ejemplo, de que las partes estuvieran de acuerdo en la readmisión. Además, la entrada en escena del despido objetivo del artículo 52 del ET podría introducir motivos para defender que la readmisión no siempre será imposible ni vulneradora de

³⁸ Reflexión que realiza la STSJ de Galicia 3097/2023, de 27 de junio, en un supuesto en que la empleada de hogar alegaba trato discriminatorio (discriminación indirecta), porque la disposición transitoria primera del RDSHF no fijaba un cálculo indemnizatorio por tramos como sí se recoge en la disposición transitoria undécima del ET.

³⁹ La calculadora de indemnización derivada de la extinción de contrato de empleadas de hogar familiar del Consejo General del Poder Judicial calcula la indemnización en dos tramos (<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Servicios/Utilidades/ch.Calculo-de-indemnizaciones-por-extincion-de-contrato-de-trabajo.formato2/>).

derechos fundamentales y es que, en este despido, precisamente porque las causas son objetivas, no tiene por qué producirse una ruptura de la relación de confianza entre las partes.

3.2. Las especiales y novedosas causas de extinción del artículo 11.2 del RDSHF

3.2.1. Causas

Además de la equiparación del despido disciplinario al régimen laboral común, las otras dos grandes novedades del Real Decreto-Ley 16/2022 en materia de extinción del contrato han sido la eliminación del desistimiento por considerarlo discriminatorio⁴⁰ y la paralela inclusión en el nuevo apartado 2 del artículo 11 de tres nuevas causas «justificadas» de extinción del contrato, que son exclusivas de esta relación laboral. La norma se limita a enunciarlas, pero no las incluye dentro de las categorías extintivas tradicionales, lo que plantea dudas sobre su consideración como un subtipo de la extinción del contrato por causas objetivas del artículo 49.1 l) del ET (Sánchez Pujalte, 2022) o como un *tertium genus* que sería una modalidad de despido *sui generis* por causas objetivas adaptadas a la realidad doméstica (García González, 2022, p. 25; Quintero Lima, 2022, p. 127). Avalaría esta última opción el hecho de que se haya creado una nueva situación legal de desempleo, diferente del despido disciplinario y de la extinción del contrato por causas objetivas, en el artículo 267.1 a), apartado 8, de la LGSS. Lo que separa radicalmente a esta nueva forma de extinción del contrato del desistimiento es su carácter causal, no tanto el procedimiento que parece calcado de aquel. La norma ha querido enfatizar que el contrato solo podrá resolverse por una de las tres causas que se recogen en el artículo 11.2 «siempre que estén justificadas», lo que exigirá no solo que el motivo concreto de la extinción se refleje en la comunicación escrita, sino también que sea probado (Quintero Lima, 2023, p. 110). Las causas son las siguientes:

a) La «disminución de los ingresos de la unidad familiar o incremento de sus gastos por circunstancia sobrevenida». Parece que lo que ha hecho la norma es adaptar la circunstancia económica del artículo 52 c) del ET a una relación laboral especial donde el empleador es una persona física que no lleva a cabo una actividad económica (Quintero Lima, 2023, p. 110). Lo que se exige en este supuesto es que, bien porque hayan disminuido los ingresos o bien porque hayan aumentado los gastos, la renta de la familia, no exclusivamente la del titular del hogar, haya disminuido. Además, esa variación debe haber tenido lugar por circunstancias sobrevenidas. Aunque no se defina, lo lógico es interpretar que esa unidad familiar está formada por las personas que integran el «hogar familiar», quienes no deben

⁴⁰ La nueva norma se aplica a las extinciones realizadas a partir del 9 de septiembre de 2022. Pese a que el motivo para suprimir el desistimiento fuera su carácter discriminatorio, la norma de urgencia no tiene carácter retroactivo, como aclara la STSJ del País Vasco 1254/2023, de 18 de mayo.

estar unidas necesariamente por vínculos familiares y, en el caso de que los tengan, no es importante el grado de parentesco, ya que lo relevante es la convivencia. Resulta acertado tomar como parámetro la renta de la unidad, ya que, como se vio anteriormente, a los efectos laborales, lo importante es quién sea el empresario en sentido material y no tanto quién figura como empleador ante la TGSS. Precisamente la exposición de motivos, para justificar la razonabilidad de la extensión de la cobertura del Fogasa, recuerda que en la actualidad es posible la insolvencia de «las unidades familiares», en la Ley de segunda oportunidad (Ley 5/2015, de 28 de julio).

De modo didáctico, la exposición de motivos del propio real decreto-ley explica que en este supuesto se incluiría «la pérdida del trabajo o la declaración de incapacidad para el trabajo de la persona empleadora». El primer motivo es el clásico ejemplo de disminución de ingresos que se produce porque el titular del hogar familiar u otros miembros de la familia que ayudan a sustentarla económicamente pierden el trabajo. Respecto de la declaración de la incapacidad para el trabajo, obsérvese que el autor de la norma no la remite al artículo 49.1 g) del ET. Pero los ingresos perdidos pueden proceder de otras fuentes distintas del trabajo, como podrían ser subvenciones o ayudas por contratación de empleadas de hogar, de pensiones, ayudas, subsidios, alquileres, becas, etc. (Quintero Lima, 2022, p. 128). También encontrarían acomodo en este supuesto las pérdidas en la actividad económica o empresarial que sufren los trabajadores autónomos o profesionales liberales⁴¹. La norma también habla de incrementos de gastos de la unidad familiar. En un principio, como la norma exige que obedezca a circunstancias sobrevenidas, podría interpretarse que está pensando en la aparición de gastos extraordinarios e imprevisibles. Esta lectura de la norma no nos convence, ya que la misma merma de la renta familiar se produce cuando aumenta la cuantía de los gastos ordinarios, previsibles y periódicos sin que venga acompañada de un incremento paralelo de ingresos. Tampoco se indica en el artículo si la pérdida de ingresos o el aumento de gastos tienen que ser graves y definitivos. Lo razonable es interpretar que el juez debe realizar un juicio de razonabilidad y proporcionalidad, valorando la capacidad económica de cada familia y la entidad de la pérdida económica (García González, 2022, p. 62; Rodríguez Sanz de Galdeano, 2023, p. 232)⁴². ¿Podría considerarse que existe un incremento de gastos debido a la baja por incapacidad temporal de la empleada de hogar y la necesidad de contratar a un sustituto? Por muy costosa que pueda resultar para el empleador la sustitución, especialmente en economías débiles, en la actualidad, una extinción del contrato por este motivo será improcedente o, incluso, nula.

b) La «modificación sustancial de las necesidades de la unidad familiar que justifica que se prescinda de la persona trabajadora del hogar». Ejemplifica la exposición de motivos del

⁴¹ En el caso de la STSJ de Andalucía/Sevilla 2108/2022, de 14 de julio, la titular del hogar era abogada y se vio obligada a despedir a trabajadores de su empresa. Ofreció a la empleada reducir la jornada y, ante su negativa, procedió a realizar el desistimiento.

⁴² Tampoco se exige que para valorar la pérdida de ingresos se establezca una comparación anual, como se hace en el artículo 52 c) del ET.

Real Decreto-Ley 16/2022 que sería el caso de la asunción de las citadas tareas por entidad pública (¿necesariamente pública? Lógicamente, no) o el cambio en las necesidades de cuidado de algún miembro de la unidad familiar. Cuando analizamos los motivos por los que el desistimiento de una empleada de hogar embarazada se había considerado procedente, pudimos identificar algunas de estas necesidades: el ingreso en una residencia de la persona mayor, el traslado por razón de trabajo fuera de España, el crecimiento de los hijos que ya no exigen una cuidadora, muerte de la persona cuidada, los abuelos ya no viven en el hogar o vienen a vivir al hogar y cuidan de los niños... Podríamos añadir más: el hecho de que algún adulto pase a teletrabajar en el hogar o solicite y disfrute alguna medida de conciliación de la vida familiar y laboral (Quintero Lima, 2022, p. 128)⁴³; la marcha definitiva de los hijos o de alguno de los convivientes; la jubilación del empleador que le permite atender personalmente las labores del hogar (Rodríguez Sanz de Galdeano, 2023, p. 229); la separación o ruptura de la pareja. Otro supuesto que podría reconducirse a esta causa, tras la supresión del desistimiento, es el previsto en el artículo 10.2 del RDSHF que se refiere al traslado del hogar familiar. En cualquier caso, lo que se produce es una modificación sustancial de las necesidades del hogar que vienen determinadas por el objeto que se pactó en el contrato. En él deberá especificarse si la empleada realizará únicamente labores de limpieza, de cuidados o de ambos.

c) El «comportamiento de la persona trabajadora que fundamente de manera razonable y proporcionada la pérdida de confianza de la persona empleadora». Ya la STSJ de Asturias 625/2002, de 1 de marzo, había señalado que el empleador podía decidir la extinción del contrato por desistimiento «con base en sus propios sentimientos de satisfacción con el servicio recibido y con todas las difusas e ilocalizables –en abstracto y por su propia naturaleza– circunstancias que determina el hecho de la convivencia de la trabajadora bajo el techo familiar y el grado de intimidad que ello comporta». En la anterior redacción del reglamento, estas causas tan «difusas e ilocalizables» no estaban sometidas a control judicial. La gran novedad es que ahora sí pasarán a estarlo.

Pese a los interrogantes que han surgido en torno a su consideración como una causa de despido disciplinario (Rojo Torrecilla, 2022), se trata de una causa distinta de la comisión de una «falta muy grave a los deberes de lealtad y confianza» a la que se refiere el apartado 4 del artículo 11 del RDSHF, que justificaría un despido disciplinario procedente, con base en el artículo 54.2 d) del ET (García González, 2022, p. 35; Rodríguez Sanz de Galdeano, 2023, p. 230). Podría tratarse de comportamientos que merecieran un reproche inferior por tratarse de faltas leves o graves (Rodríguez Sanz de Galdeano, 2023, p. 230), por ejemplo, la embriaguez ocasional o la toxicomanía que no repercuta negativamente en el trabajo. Hay que tener en cuenta que el reglamento no prevé un listado de infracciones y

⁴³ En la SJS número 2 de Palencia 246/2022, de 22 de noviembre, se admite *obiter dicta* que el hecho de que la titular del hogar hubiera obtenido una excedencia para cuidado de su madre encajaba en este supuesto.

de sanciones ni existe en la actualidad convenio colectivo⁴⁴. En esta línea, la STSJ de Andalucía/Sevilla 1430/2023, de 18 de mayo, ha considerado que «las ausencias o retrasos en la incorporación al puesto de trabajo» constituyen un incumplimiento que podría ser inculcado en la letra c) del artículo 11.2. Pero existen otro tipo de comportamientos que sin constituir faltas laborales pueden hacer perder la confianza en la empleada, por ejemplo, las mentiras o las malas contestaciones que no llegan a ser ofensas verbales graves o el no realizar el trabajo con la diligencia y comportamiento habitual, a pesar de las correcciones del titular del hogar familiar (Rodríguez Sanz de Galdeano, 2023, p. 233). Podría referirse también a la «falta de entendimiento» o incluso a discusiones fuertes sobre la forma de realizar el trabajo⁴⁵ o, como se ha admitido en el contrato civil de alimentos (art. 1.792 Código Civil), la incompatibilidad de caracteres, la falta de entendimiento, o que las partes «no congenien»⁴⁶ (Berenguer Albaladejo, 2012, pp. 595-596). Si la prestación de servicios consiste en el cuidado de niños o de personas mayores o dependientes, hay que tener en cuenta que «el grado de satisfacción en la relación tiene que ser plena» (Monereo Pérez y Rodríguez Iniesta, 2022, p. 44). Ya no tiene sentido, sin embargo, que los empleadores, como hicieron con el desistimiento, acudan a esta nueva causa de extinción cuando no tengan pruebas para probar la comisión de una falta muy grave y culpable merecedora de despido, ya que, de todas formas, van a tener que acreditar también el comportamiento de la empleada (Rodríguez Sanz de Galdeano, 2023, p. 233)⁴⁷.

Las letras a) y b) del artículo 11.2 del RDSHF obedecen a causas objetivas en las que deberá probarse la conexión de funcionalidad entre la causa y el efecto pretendido. Si son varias las empleadas (lo que resulta habitual en los cuidados de personas dependientes

⁴⁴ En la SJS número 1 de Murcia 146/2022, de 9 de mayo, la empleadora había despedido disciplinariamente por pérdida de confianza, ya que consideraba que en el divorcio la empleada se había puesto del lado del marido y la acusaba de una serie de hechos que resultaron no ser ciertos. El tribunal declara el despido improcedente, pues «bien puede entenderse que a esta no le gustase su actuación, pero bastaba con una mera corrección mediante una orden expresa y concreta para futuras situaciones». Lo sucedido no «representa una conducta de la gravedad pretendida por la demandada como para justificar la pérdida objetiva de confianza en la trabajadora».

⁴⁵ Como en la STSJ de Asturias 905/2023, de 27 de junio.

⁴⁶ Para la STS (Sala 1.ª) 683/2002, de 9 de julio, el término «congeniar» hace referencia al «ajuste de dos o más personas en carácter, costumbres o aficiones para lograr la convivencia».

⁴⁷ Sin embargo, en la STSJ de Galicia 4292/2023, de 5 de octubre, se extingue el contrato con base en la letra c) del artículo 11.2 del RDSHF como consecuencia del trato descortés y amenazante utilizado por la empleada contra la empleadora y contra otros miembros de la unidad familiar. La sala considera que dicha conducta «es constitutiva de una falta muy grave, supone una clara trasgresión de la buena fe contractual que motiva y justifica el despido». Consecuentemente, señala, «habiendo cumplido la empleadora con todos los requisitos formales que impone la norma, comunicación escrita, puesta a disposición de la indemnización, la causa de la extinción de la relación laboral por la pérdida de confianza está sobradamente acreditada». En el caso analizado, la empleadora tuvo que probar lo imputado en la carta, pese a lo cual no acudió a un despido disciplinario.

que pueden exigir hasta tres turnos continuados), debería acreditarse suficientemente que la causa objetiva que sustenta el despido requiere concretamente la extinción del contrato de la persona referida (aplicando por analogía el art. 53.4 ET). A diferencia del desistimiento, y salvo el supuesto de la letra c), no será posible contratar a otra persona sin solución de continuidad, salvo que cambien sustancialmente las causas que motivaron la extinción⁴⁸. Ello será así, salvo que no sea necesario prescindir totalmente de la empleada y se haya intentado una novación del contrato en otro a tiempo parcial o una reducción de jornada y/o salarios que no haya sido aceptada por la empleada, en cuyo caso sí podría extinguirse su contrato y realizar uno a tiempo parcial con otra persona. En este sentido, sería necesario reformar el artículo 12.4 e) del ET añadiendo a la posibilidad de extinguir el contrato con base en el artículo 52 c) del ET una referencia expresa a la extinción según el artículo 11.2 del RDSHF. Respecto de la modificación de la jornada o del salario, si se quiere mantener la coherencia del régimen, lo más adecuado sería que, de la misma forma que se ha regulado una extinción del contrato por especiales causas objetivas, estas mismas sirvieran para justificar un régimen especial de modificación sustancial de condiciones de trabajo, lo que, además, permitiría a la trabajadora extinguir el contrato con la indemnización del artículo 11.2, y en su caso la del artículo 50.1 a) del ET (Rodríguez Sanz de Galdeano, 2023, p. 244).

A diferencia de las anteriores, la causa de la letra c) es más bien subjetiva (García González, 2022, p. 35), pues resulta evidente que lo que para una familia será un comportamiento susceptible de hacer perder la confianza (por ejemplo, que la persona no cumpla las obligaciones de limpieza con el rigor que lo hacía antes) para otra no lo será (Sánchez Pujalte, 2022). Será suficiente con que el empleador pruebe el comportamiento de la empleada, ya que la pérdida de confianza depende exclusivamente de él, al ser algo subjetivo. Corresponderá al juez realizar «un juicio de razonabilidad o proporcionalidad entre la conducta adoptada por la empleada del hogar –y si esta es de suficiente entidad para ser susceptible de mermar la confianza otorgada– y la decisión de dar por finalizada la relación laboral» (Sánchez Pujalte, 2022).

3.2.2. Forma

El artículo 11.2 del RDSHF reproduce casi literalmente el tenor del antiguo artículo 11.3, en cuanto a la exigencia de forma escrita, la entrega simultánea de la indemnización, de cuantía idéntica, y la obligación de preavisar en unos plazos también idénticos, durante los cuales se mantiene sin ningún cambio la licencia retribuida para buscar nuevo empleo. Como puede observarse, los requisitos formales vuelven a acercar esta nueva causa de extinción al despido objetivo del artículo 52 del ET. Respecto del requerimiento de forma escrita, continúa diciéndose que deberá constar «de modo claro e inequívoco la voluntad

⁴⁸ Se aplica la jurisprudencia recaída en relación con el artículo 52 del ET (STS de 21 de mayo de 2014, rec. 249/2013).

de la persona empleadora de dar por finalizada la relación laboral y la causa por la que se adopta dicha decisión». Esta exigencia, como se explicó anteriormente, estaba justificada en el desistimiento, pero resulta innecesaria en esta nueva figura de extinción causal. La norma debería conformarse con que en la comunicación escrita se indicara la concreta causa del artículo 11.2 en la que se basa la extinción. Por razones de seguridad jurídica, también sería oportuno que la norma exigiera que en la carta se fijara la fecha de efectos de la extinción (García González, 2022, p. 65).

Una vez que no parecen existir limitaciones para aplicar otras causas de extinción del contrato, como la fuerza mayor o la ineptitud sobrevenida, el establecimiento de una indemnización de 12 días para el artículo 11.2, que es inferior a la prevista para aquellas, produce un desequilibrio interno en el régimen de extinción del contrato, ya que, por ejemplo, no tiene sentido que, si hay una modificación sustancial de las necesidades de la familia, la indemnización sea de 12 días por año de servicios, mientras que, si la causa es la ineptitud sobrevenida de la empleada, la indemnización sea de 20 días. Podría hablarse de un «agravio comparativo», no ya con la relación laboral común, sino dentro de las causas de extinción de la misma relación laboral especial.

3.2.3. Efectos

Se recogen en el artículo 11.3 del RDSHF. Para el supuesto de que la empleada impugne la extinción del contrato, se reproduce lo que previamente establecía el anterior artículo 11.4 para el desistimiento. Así, vuelve a decirse que, de incumplirse los requisitos relativos a la forma escrita de la comunicación de extinción o la puesta a disposición de la indemnización, se presumirá que el empleador «ha optado por la aplicación del régimen extintivo del despido regulado en el Estatuto de los Trabajadores». Nuevamente, esta presunción no resultará aplicable por la no concesión del preaviso o el error excusable en el cálculo de la indemnización. Pese al silencio del reglamento, la solución debe ser idéntica cuando la causa alegada en la carta no ha sido probada o resulta insuficiente (García González, 2022, p. 69; Rodríguez Sanz de Galdeano, 2023, p. 235; Sánchez Pujalte, 2022). Hay, sin embargo, una diferencia con el antiguo 11.4 que puede pasar desapercibida. En él se decía que se presumiría que el empleador había optado por el despido disciplinario del trabajador y no por el desistimiento. El nuevo artículo 11.3 dice que se entenderá que el empleador ha optado por la aplicación del «régimen extintivo del despido», pero no indica a qué despido se refiere, ¿al objetivo o al disciplinario? Ante el silencio de la norma de urgencia sobre la vía procesal adecuada para impugnar la extinción del contrato por las nuevas causas del artículo 11.2 del ET, resultaría de aplicación el artículo 103.3 de la LRJS, de modo que debería seguirse la tramitación del despido disciplinario. En consecuencia, los efectos de la declaración judicial serán los propios de dicho despido (García González, 2022, p. 68), sin perjuicio «de las consecuencias sustantivas» de este tipo de extinción contractual (art. 103.3 LRJS). Pero tampoco hay que descartar la posibilidad de que el legislador no se haya expresado con el rigor y claridad que cabría esperar y quisiera referirse a

la extinción del artículo 52, como ha interpretado un sector de la doctrina que defiende la aplicación de los artículos 52 y siguientes (Baylos Grau, 2022). De hecho, la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 16/2022 utiliza el término «despido objetivo» y explica que con la supresión del desistimiento se querían introducir los límites garantistas del despido objetivo⁴⁹. Es indudable que la vía que mejor se adaptaría a la nueva modalidad extintiva es la de la extinción del contrato por causas objetivas, regulada en el artículo 120 de la LRJS, ya que, en definitiva, el artículo 11.2 define unas causas objetivas propias (Rojo Torrecilla, 2022), existe un plazo de preaviso y se abona una indemnización simultáneamente a la entrega de la comunicación; circunstancias todas ellas que se tienen en cuenta para fijar el fallo de la sentencia en el artículo 123 de la LRJS.

Continuando con el análisis de la presunción, la norma ha querido dar a los defectos formales el mismo tratamiento que tienen en el despido disciplinario y en la extinción del contrato por causas objetivas, esto es, la calificación como improcedente y, además, con la indemnización superior prevista en el artículo 56 del ET. En este sentido hay una desproporción entre la indemnización por extinción procedente que es de 12 días con un límite de 6 mensualidades y la indemnización por extinción improcedente que llega a los 33 días con un límite de 24 mensualidades, es decir, casi el triple. Si comparamos con el desistimiento, el salto es todavía mayor, sobre todo si atendemos a los contratos anteriores a la entrada en vigor del reglamento de 2011, que han pasado de una indemnización de 7 días (procedente) a otra que puede llegar a 45 días (improcedente), si finalmente se aplica el régimen de la disposición transitoria undécima del ET.

Como consecuencia de la revisión judicial de las causas, la sentencia podrá declarar nula la extinción, bien sea por discriminación o por nulidad objetiva (Rodríguez Sanz de Galdeano, 2023, p. 238). Si la extinción del contrato tiene lugar en uno de los periodos «blindados» de los artículos 55.5, segundo párrafo, y 53.4, segundo párrafo, los motivos que podrán enervar la calificación de nulidad objetiva no podrán ser diferentes de los concretados en la comunicación escrita (a diferencia del desistimiento donde podían ser alegados en el momento del juicio).

Se reproducen los problemas interpretativos que hemos expuesto anteriormente en el despido disciplinario y en el despido objetivo, en lo referente a la readmisión.

4. Conclusiones

La reforma llevada a cabo por el Real Decreto-Ley 16/2022 ha dado cumplimiento a las peticiones de que se pusiera fin a lo que se consideraba un trato discriminatorio para

⁴⁹ También para la STSJ de Asturias 905/2023, de 27 de junio, las nuevas causas «bien podrían asemejarse al despido objetivo».

las empleadas de hogar. Se ha eliminado la peculiar modalidad de extinción acausal del contrato y se ha equiparado el régimen del despido disciplinario al de la relación laboral común. Sin embargo, tras el estudio realizado, podemos concluir que la regulación resultante no es del todo coherente ni completa, no ha dado contestación a las cuestiones más polémicas que estaban recibiendo respuestas muy diferentes de los tribunales, y, además, perviven diferencias de trato que no han sido explicadas suficientemente por el autor de la norma. Llama la atención la creación de unas nuevas causas objetivas de extinción del contrato en el artículo 11.2 del reglamento que tienen una indemnización inferior a la del despido objetivo procedente. Parece tratarse de un *tertium genus*, que no sustituye a la extinción por causas objetivas del artículo 52 del ET y que no ha sido suficientemente justificado. El autor de la norma se ha limitado a introducir unas causas objetivas de despido, reproduciendo los requisitos formales del desistimiento y la presunción de que se ha optado por el despido en caso de que dichos requisitos se incumplan. Bajo la vigencia de la anterior redacción del reglamento, la tramitación de la impugnación del desistimiento a través del proceso especial de despido disciplinario planteó problemas a la hora de determinar el fallo de la sentencia, en concreto en lo que hace referencia a la compensación de indemnizaciones y el abono de salarios de preaviso cuando el despido se declara improcedente. Las dudas se mantienen. Si, como creemos, la verdadera intención del Gobierno era crear un «despido objetivo atenuado», llamémoslo así, lo más adecuado habría sido establecer que, en lo no previsto expresamente en el reglamento, se aplicaría supletoriamente el artículo 53 del ET y reconducir su impugnación al proceso especial de extinción del contrato por causas objetivas de los artículos 120 y siguientes de la LRJS.

En el nuevo reglamento no queda claro el encaje del artículo 10.2 con sus referencias al «desistimiento» del empleador y de la empleada en caso de traslado del hogar familiar. Da la impresión de que los autores de la norma tenían como única preocupación modificar el artículo 11, sin tener en cuenta que el régimen extintivo se completaba con otros preceptos con los que aquel estaba perfectamente cohesionado. La entrada en escena de la cobertura del Fogasa y de la protección frente al desempleo son dos factores que deben tenerse en cuenta a la hora de identificar correctamente la causa de extinción del contrato, de modo que debe ser revisada la interpretación que remitía ciertas cuestiones, como la falta de aceptación del cambio de empleador o de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, al acuerdo entre las partes o a la dimisión de la empleada. Por otro lado, admitido como causa de extinción del contrato el comportamiento de la empleada y, como en su momento propuso Benavente Torres (2019, p. 273), de la misma manera que la pérdida objetiva de confianza en la empleada es causa de extinción del contrato para el empleador, debería reconocerse el mismo derecho a la empleada, con la indemnización prevista en el artículo 11.2 del RDSHF. Mientras no se haga así, los desencuentros que terminan con la marcha de la empleada de hogar, quedando clara su voluntad de no volver, seguirán calificándose como un abandono que, además, no abre la puerta a la prestación de desempleo. También el régimen de dimisión necesita ser revisado para encuadrar la «justa causa de dimisión» del artículo 7.2 del RDSHF en el artículo 50 del ET.

En otro orden de cosas, la creación de unas nuevas causas objetivas de extinción del contrato exige, para que la regulación sea coherente y proporcionada, la creación de un régimen especial de modificación sustancial de condiciones de trabajo y de traslado, que incorpore dichas causas y con ello el derecho de la empleada a extinguir el contrato con la indemnización del artículo 11.2 del RDSHF, cuando la modificación le ocasiona un perjuicio o cuando no está conforme con el traslado. De la misma manera, el artículo 12.4 e) del ET debería reformarse para establecer que, en caso de que no haya acuerdo para novar un contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial, el empleador podrá extinguir el contrato por la vía del artículo 11.2 del RDSHF.

Los tribunales van a continuar desempeñando un papel esencial en la interpretación de las nuevas causas de extinción del contrato que recoge la norma, plagada de conceptos jurídicos indeterminados, y en la determinación de los aspectos de la relación laboral común que resultan incompatibles con esta relación laboral especial. Quizá la cuestión más preocupante sea la necesidad de que se aclare definitivamente si procede la readmisión en caso de despido improcedente o nulo. Ante el silencio de la norma, deberemos esperar a que el TS se pronuncie y unifique doctrina sobre esta cuestión que tiene repercusiones en otros aspectos, ya que la aplicación de varios preceptos de la legislación común, como la posibilidad de hacer un nuevo despido que dé cumplimiento a los requisitos formales omitidos, depende de la admisión de la figura de la readmisión.

El desistimiento se había convertido en un cajón de sastre donde no solo cabían las extinciones motivadas por la pérdida de confianza en la empleada, sino todo tipo de motivos que obedecían a causas objetivas, algunas de las cuales se han incorporado a las letras a) y b) del artículo 11.2. Atrajo hacia sí, además, al resto de las causas del artículo 49 del ET, precisamente para evitar trámites burocráticos, por ser más barato, por la dificultad de probar las causas o por la preocupación por no hacer públicas cuestiones que afectan a la economía e intimidad familiares. Ante esas dificultades, que no han desaparecido, el empleador puede inclinarse por realizar un despido reconociendo su improcedencia, lo que le resultará más costoso.

Una vez que ha desaparecido el desistimiento, están llamadas a cobrar mayor importancia el resto de causas de extinción del artículo 49 del ET, pero algunas de ellas deben ser adaptadas. Si, como parece, se admite la fuerza mayor como causa de extinción, paralelamente debería reconocerse al empleador la posibilidad de solicitar autorización para suspender el contrato o reducir la jornada, debiendo valorarse la necesidad de adaptar el procedimiento de los artículos 51 y 47 del ET. En lo referente a la extinción del contrato por fallecimiento o incapacidad del empresario, hay que tener en cuenta que, a diferencia de la relación laboral común, no es ni mucho menos una causa marginal de extinción del contrato. Tienen razón las asociaciones de empleadas del hogar cuando denuncian la injusticia que supone cobrar una indemnización de solo 1 mes de salario, cuando se ha estado al servicio del empleador durante muchos años. Sería más adecuado incluir este supuesto en el artículo 11.2 del RDSHF. Resulta también injustificado que, en los casos de unidades

familiares donde varios miembros de la familia son cuidados por la empleada, tengan distinto tratamiento el fallecimiento o incapacidad del titular del hogar familiar, que no deja de ser una ficción jurídica, y el de otro miembro de la unidad. Ambos casos deberían, a nuestro parecer, considerarse como causas objetivas de extinción del contrato, incluidas en la letra b) del artículo 11.2. No olvidemos que el parámetro que tiene en cuenta la norma no es el de las necesidades del titular del hogar, sino las de la unidad familiar en cuanto receptora de los servicios de la empleada.

Para concluir, aunque la modificación del reglamento ha sido muy beneficiosa para las empleadas de hogar, existe el peligro de que el cambio en el régimen de extinción del contrato, unido a la elevación del salario mínimo interprofesional y de las cuotas de Seguridad Social, así como la proyectada obligación de realizar una autoevaluación de riesgos laborales, puedan terminar conduciendo a las empleadas de hogar hacia la economía informal o hacia una externalización a empresas privadas, como han apuntado Monereo Pérez y Rodríguez Iniesta (2022, p. 44).

Referencias bibliográficas

- Ayala del Pino, C. (2017). El contrato de trabajo de los empleados de hogar: ingreso, conservación y extinción. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 47.
- Ayala del Pino, C. (2019). La extinción del contrato de los empleados del hogar en España. *Themis. Revista de Derecho*, 75, 43-62.
- Ayala del Pino, C. (2022). La prevención de riesgos laborales en la relación laboral especial de servicio de hogar familiar, tras la aprobación del Real Decreto-Ley 16/2022, de 6 de septiembre. *Lex Social*, 12(2), 1-33.
- Baylos Grau, A. (2022). La mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las trabajadoras al servicio del hogar. *Según Antonio Baylos...* <https://baylos.blogspot.com/2022/09/la-mejora-de-las-condiciones-de-trabajo.html>
- Beltrán de Heredia, I. (2022). El desistimiento de empleadas del hogar embarazadas exige la readmisión obligatoria (STSJ And\Sevilla 14/6/22). *Una Mirada Crítica a las Relaciones Laborales*. <https://ignasibeltran.com/2022/07/25/el-desistimiento-de-empleadas-del-hogar-embarazadas-exige-la-readmision-obligatoria-stsj-andsevilla-14-6-22/>
- Benavente Torres, M. I. (2019). Un aspecto jurídico especialmente problemático: la extinción de la relación laboral. *Lex Social*, 9(2), 250-274.
- Benito Benítez, M. A. (2022). El Real Decreto-Ley 16/2022, de 6 de septiembre para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar. En *Los briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*.

- Las claves de 2022* (pp. 281-284). AEDTSS. <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2023/02/Briefs-2022-AEDTSS.pdf>
- Berenguer Albaladejo, C. (2012). *El contrato de alimentos* [Tesis doctoral]. Universidad de Alicante. <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/60728>
- De Sande Pérez-Bedmar, M. (2011). La relación laboral especial de los empleados de hogar: aspectos laborales y de Seguridad Social. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 23. https://revistas.uam.es/revista_juridica/article/view/5996
- Desdentado Daroca, E. (2016). Las reformas de la regulación del trabajo doméstico por cuenta ajena en España. *Investigaciones Feministas*, 7(1), 129-148.
- García González, G. (2022). *El nuevo marco regulador de los empleados de hogar. Una aproximación crítica desde la dogmática jurídica*. Dykinson.
- García Testal, E. (2019). La extinción del contrato de trabajo de los trabajadores domésticos en España. Un régimen jurídico injustificadamente diferenciado. *Lex Social*, 9(2), 275-298.
- García Testal, E. (2020). Trabajo doméstico y COVID-19. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, número extra 12 bis [Ejemplar dedicado a: La experiencia jurídica latina en tiempo de coronavirus (reflexiones de urgencia)], pp. 712-723.
- Llano Sánchez, M. (2012). El nuevo contrato laboral especial del servicio del hogar familiar. *Actualidad Laboral*, 6.
- Miñarro Yanini, M. (2013). *El trabajo al servicio del hogar familiar: análisis de su nueva regulación*. Reus.
- Miñarro Yanini, M. y Molina Navarrete, C. (2022). Nuevas controversias de derecho vivo del trabajo y de la seguridad social: *in magister memoriam* don Efrén Borrajo. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 470, 147-191. <https://doi.org/10.51302/rtss.2022.6037>
- Monereo Pérez, J. L. y Rodríguez Iniesta, G. (2022). Reformas en la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos y para los trabajadores al servicio del hogar. *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, 32, 11-44. <https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/601>
- Quintero Lima, M. G. (2022). Las modificaciones introducidas por el Real Decreto-Ley 16/2022 de 6 de septiembre para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar y su impacto en las personas empleadoras. *IusLabor. Revista d'Anàlisi de Dret del Treball*, 3, 120-140.
- Quintero Lima, M. G. (2023). La desprecuarización de un colectivo discriminado: una norma de urgencia para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar. ¿Oportunidades perdidas? *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 473, 87-124. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.7661>
- Rodríguez Cardo, I. A. (2015). La relación laboral especial de los empleados de hogar. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 118, 49-78.
- Rodríguez Sanz de Galdeano, B. (2023). Extinción del contrato de los empleados de hogar. En M. L. Cuadros Garrido y A. Selma Penalva (Dirs.), *El nuevo régimen jurídico de las empleadas de hogar* (pp. 221-245). Colex.
- Rojo Torrecilla, E. (2022). Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las



condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar. Notas introductorias y texto comparado con la normativa derogada o transitoriamente vigente. *El Blog de Eduardo Rojo*. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/09/real-decreto-ley-162022-de-6-de.html>

Sánchez Pujalte, L. (2022). El sistema especial de empleados del hogar tras la reforma operada por el Real Decreto-Ley 16/2022.

Diariolaley. <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2022/12/27/el-sistema-especial-de-empleados-del-hogar-tras-la-reforma-operada-por-el-real-decreto-ley-16-2022>

Solà i Monells, X. (2020). La extinción de la relación laboral de las trabajadoras embarazadas durante el periodo de prueba tras el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo. *IUSLabor*, 1, 13-38. <https://doi.org/10.31009/IUSLabor.2020.i01.01>

Aránzazu Roldán Martínez. Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (UDIMA). Ha publicado numerosos artículos en revistas indexadas y ha participado como autora de comunicaciones en diversos congresos nacionales e internacionales. Igualmente, ha sido miembro investigador de varios proyectos de investigación competitivos de ámbito estatal y autonómico. Entre sus líneas de investigación destacan los temas referentes a género e igualdad y al derecho de las nuevas tecnologías. <https://orcid.org/0000-0002-1510-940X>

Naturaleza jurídica de la renta activa de inserción. La puerta de acceso a prestaciones contributivas de la Seguridad Social

José Luis Blanco Pérez

Abogado

Colaborador en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (Instituto de España)
jose Luis blanco@icam.es | <https://orcid.org/0000-0003-2861-7005>

Extracto

El presente trabajo analiza la naturaleza jurídica de la renta activa de inserción (RAI) desde el punto de vista normativo y, en especial, el doctrinal. Las diferentes sentencias del Tribunal Supremo (TS) y de los tribunales superiores de justicia (TSJ) han establecido premisas metodológicas que coadyuvan a definir esa naturaleza jurídica de la RAI y a suplir la indefinición provocada por los diferentes reales decretos reguladores de la RAI. Además, esta doctrina judicial ha permitido: (1) equiparar el agotamiento de la RAI al agotamiento de una prestación de desempleo, exigida para poder acceder al subsidio de desempleo para mayores de 55 años, y (2) relativizar el requisito de situación de asimilada a la de alta para acceder a una prestación contributiva. Sin embargo, encontramos casuísticas que todavía no han llegado al conocimiento del TS, pero que sí han sido resueltas por los TSJ, aunque con pronunciamientos dispares y bajo una ausencia de homogeneidad de criterio. Siendo deseable, por ello, la existencia de un criterio común adoptado por el poder legislativo y/o judicial, que ahonde en una mayor seguridad jurídica para este colectivo que, precisamente, por sus circunstancias personales debemos evitar apartarlo de la sociedad y ampararlo de su situación de pobreza o exclusión social.

Palabras clave: renta activa de inserción; naturaleza jurídica; subsidio de desempleo; asimilada al alta; prestación asistencial; prestaciones contributivas; Seguridad Social.

Recibido: 29-09-2023 / Aceptado: 17-11-2023 / Publicado: 04-01-2024

Cómo citar: Blanco Pérez, J. L. (2024). Naturaleza jurídica de la renta activa de inserción. La puerta de acceso a prestaciones contributivas de la Seguridad Social. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 478, 111-143. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.19433>



Legal nature of active insertion income. The gateway to contributory benefits of Social Security

José Luis Blanco Pérez

Abogado

Colaborador en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (Instituto de España)
joseluisblanco@icam.es | <https://orcid.org/0000-0003-2861-7005>

Abstract

The present paper analyzes the legal nature of the active insertion income (RAI) from a normative perspective, and especially from a doctrinal point of view. Different judgments from the Supreme Court (TS) and the High Courts of Justice (TSJ) have established methodological premises that contribute to defining the legal nature of RAI and to overcoming the ambiguity caused by the different royal decrees regulating RAI. Furthermore, this judicial doctrine has allowed: (1) equating the exhaustion of RAI to the exhaustion of unemployment benefits, which is required to access unemployment benefits for individuals over 55 years old, and (2) relativizing the requirement of being in a situation assimilated to being registered as employed in order to access contributory benefits. However, there are specific cases that have not yet come before the TS but have been resolved by the TSJ, albeit with varying pronouncements and a lack of uniformity of criteria. Therefore, it is desirable to have a common criterion adopted by the legislative and/or judicial authorities, which would provide greater legal certainty for this group, precisely because of their personal circumstances, we should avoid excluding them from society and protect them from poverty or social exclusion.

Keywords: active insertion income; legal nature; unemployment subsidy; assimilated to employment; welfare benefit; contributory benefits; Social Security.

Received: 29-09-2023 / Accepted: 17-11-2023 / Published: 04-01-2024

Citation: Blanco Pérez, J. L. (2024). Legal nature of active insertion income. The gateway to contributory benefits of Social Security. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 478, 111-143. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.19433>



Sumario

1. Introducción
 2. Fundamento de la renta activa de inserción
 3. Naturaleza jurídica de la RAI en la jurisprudencia
 4. El TS asimila la RAI al subsidio por desempleo a los efectos de poder acceder al subsidio especial de prejubilación
 5. El acceso a prestaciones contributivas de la Seguridad Social desde una situación de asimilada a la de alta
 6. El TS declara en situación de asimilada a la de alta al perceptor de la RAI a los efectos de acceder a una prestación contributiva: STS de 5 de mayo de 2014 y otras sentencias posteriores
 7. Reflexiones finales
- Referencias bibliográficas

1. Introducción

Es ampliamente aceptado en el ámbito de las ciencias sociales en nuestro país que el estado de bienestar en España es el resultado histórico de la transición política y se sostiene que el sistema de protección social se desarrolló en respuesta a los impulsos sociales y políticos de ese periodo. Esta idea se basa en la falsa premisa científica de que el estado de bienestar y la democracia política evolucionaron como parte de un mismo proceso, lo cual históricamente no es cierto, ya que los orígenes de los sistemas de protección social varían de un país a otro. Además, el hecho de que el estado de bienestar predominara en muchos países después de la Segunda Guerra Mundial no debe hacernos ignorar la gran diversidad histórica en la evolución de los sistemas de protección social.

Sin embargo, descubrimos que los cimientos históricos del estado de bienestar en España se remontan a la década que siguió a 1964, durante la cual se estableció la estructura institucional de los diferentes sistemas de protección social. Estos sistemas, con pocas modificaciones significativas, han perdurado hasta el día de hoy, con la preservación de normativas preconstitucionales en lo que respecta a las prestaciones de la Seguridad Social.

Más tarde, entre 1975 y 1988, el estado de bienestar en España experimenta un proceso de universalización que ocurre al mismo tiempo que se observa un deterioro relativo de los servicios públicos, en particular, la sanidad y la educación, y, en general, a expensas de la calidad de las prestaciones en el conjunto de los sistemas de protección social.

En efecto, durante el periodo de autarquía, el sistema de seguros sociales se expandió constantemente, generando sistemas muy diversos y descoordinados entre sí, además de enfrentar numerosos problemas financieros. Al mismo tiempo, el gasto en servicios públicos era insignificante en comparación con otras áreas de gasto dentro del Estado.

La crisis del sistema de autarquía y la apertura de España a la competencia internacional impulsaron la formulación de un modelo de crecimiento capitalista y de reproducción social con la intervención estatal. Este modelo combinaba elementos de la política económica keynesiana con la estructura autoritaria del franquismo.

Las intermitentes políticas de ajuste restrictivas en el terreno de la política social no frenan el avance y la progresiva ampliación de las políticas de protección social. Más cuando se sucede la incorporación de España a las comunidades europeas que supuso un nuevo horizonte de transformación social y económico.

Fruto de esa transformación, el apartado 4.º de la disposición final quinta del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, establecía:

Se habilita al Gobierno a regular, dentro de la acción protectora por desempleo y con el régimen financiero y de gestión establecido en el capítulo V del título III de esta ley, el establecimiento de una ayuda específica, denominada renta activa de inserción, dirigida a los desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo que adquieran el compromiso de realizar actuaciones favorecedoras de su inserción laboral.

Habilitación que fructificó en sucesivas convocatorias de acceso al llamado «Programa de Renta Activa de Inserción» que se regularon en los años 2000 a 2006; un programa que integra medidas activas y pasivas de empleo. Los resultados de estos programas han demostrado que es necesario mantener el doble propósito de reintegración laboral y protección contra el desempleo, tal como se ha concebido en los mismos, para lograr una aplicación más efectiva para los diversos grupos amparados.

En esa línea, el último Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo, es objeto de análisis en este trabajo, no en sus requisitos de acceso, sino su naturaleza jurídica a la luz de la normativa de Seguridad Social y de la jurisprudencia, y ello puesto en relación con el acceso a prestaciones contributivas de la Seguridad Social.

2. Fundamento de la renta activa de inserción

En general, el siglo XX en España ha auspiciado un sistema de protección e integración social que contempla una oferta amplia y diversa para los diferentes colectivos que integran nuestra sociedad. Por ejemplo, el salario mínimo interprofesional, las mejoras de las prestaciones, también la mayor oferta que se dispensa no solo desde el Estado a través de los organismos de la Seguridad Social, sino también a través de las propias comunidades autónomas que en el ejercicio de sus competencias en materia de asistencia social amplían la oferta de prestaciones a colectivos en riesgo de exclusión social.

Empero, el desempleo y la precariedad laboral –bajos salarios, eventualidad, trabajos a tiempo parcial, trabajos irregulares, etc.– y, en determinados supuestos, el endurecimiento de los requisitos para acceder a la protección dispensada por la Seguridad Social, la baja calidad de las prestaciones o limitación temporal de la mismas han comportado mayores desigualdades entre las capas sociales, pero también una sensación generalizada de malestar y fenómenos de pobreza y exclusión social. La polarización de las políticas y el vaivén

legislativo –según el color político– contribuyen en parte al agravamiento de las medidas sociales y a esos procesos de exclusión social, pero también es causa la mutación de la estructura familiar en su sentido más tradicional.

Dentro de los procesos de exclusión social que afectan profundamente a amplios sectores de la sociedad, podemos identificar dos grupos distintos.

El primer grupo está formado por trabajadores precarios que ingresan y salen periódicamente del mercado laboral, dependiendo de las circunstancias y sin garantía de acceso a la protección proporcionada por la Seguridad Social. Este grupo de trabajadores se enfrenta al riesgo de caer en situaciones cercanas a la pobreza y la exclusión social, especialmente si su situación laboral se prolonga en el tiempo y dependiendo de la cobertura que reciban de la Seguridad Social.

El segundo grupo está compuesto por personas que no han participado o han tenido una participación muy limitada en el mercado laboral, ya sea a través del empleo no registrado, el trabajo por cuenta propia o el trabajo doméstico, entre otros. Como resultado, no han tenido acceso a la protección proporcionada por la Seguridad Social. Este grupo ya se encuentra en una situación real de pobreza y exclusión social, que lo aleja no solo del mercado laboral, sino también de la sociedad en su conjunto. Esta situación puede fácilmente derivar en marginación, adicciones, falta de vivienda, delincuencia y otros problemas graves.

Ambos colectivos se subsumen en la nueva forma de pobreza, en contraposición a la pobreza tradicional (analfabetos o personas con bajo nivel de estudios, inmigrantes, desempleados de larga duración, hogares encabezados por mujeres, jóvenes menores de 29 años, etc.).

Esa situación de exclusión social no es única del siglo XX, sino que ha existido siempre, la diferencia estriba en que esa situación se ha transformado en un fenómeno estructural de nuestra sociedad, que excluye a una parte de la población de las oportunidades económicas y sociales más básicas. En un sentido amplio, la exclusión social no solo deriva de una carencia de ingresos –pobreza absoluta o relativa–, sino de la mera ausencia de participación del sujeto en los diversos ámbitos de la vida laboral e incluso social (Moreno Domínguez, 2004, pp. 38-42¹).

Ante estas situaciones de exclusión social, la Seguridad Social tradicionalmente se ha mostrado ciertamente estéril e inoperante, por ejemplo, si atendemos a su nivel contributivo, los requisitos de acceso a la protección continúan siendo contributivos, excluyentes, por tanto, de determinados colectivos que no se han incorporado al mercado de trabajo o, de hacerlo, lo han hecho de forma muy irregular. En otras palabras, es sabido que las

¹ La autora distingue entre pobreza –relativa y absoluta– y exclusión social.

prestaciones contributivas se basan en la previa cotización que origina el derecho a una prestación, la protección queda ligada a la previa participación en el mercado laboral, constituyendo un requisito determinante a los efectos de no solo dar derecho a la prestación, sino también a su cuantía y duración de percepción. En consecuencia, estando en crisis económica, las casuísticas sobre las que se apoya la protección social de carácter contributivo, es decir, un trabajo más o menos estable y un periodo de cotización suficiente, reiteran las previas desigualdades y exclusiones del mercado laboral del cual depende. Ergo, la protección social sobre la base en el principio contributivo imita las exclusiones y no es útil para evitar la pobreza (Noguera, 2001, pp. 71-72).

Manifestada la inoperancia de los resortes a nivel contributivo de la Seguridad Social para combatir la problemática social devenida con las nuevas situaciones de exclusión social, surgió la pensión no contributiva cuyo propósito es el de proteger a colectivos en situación de necesidad y que hasta la fecha habían sido huérfanos de protección. Existen diferentes tipologías de pensiones no contributivas: de jubilación, de invalidez y de prestación por hijo a cargo. Sin embargo, al tiempo se encontraban fuera del ámbito de protección de la Seguridad Social las personas comprendidas entre los 18 y los 65 años que tienen la capacidad de trabajar o, en cualquier caso, una discapacidad inferior a la requerida para acceder a la pensión no contributiva por invalidez, estando en una situación en la que, debido a su falta de participación en el mercado laboral o a su participación insuficiente, no tienen la posibilidad de solicitar prestaciones de carácter contributivo ni tampoco pueden acceder a prestaciones de carácter no contributivo.

Justamente, es ese el espacio que requería atención y que finalmente ha sido abordado, aunque de manera limitada, a través de las rentas de inserción². La renta activa de inserción (RAI) se encuentra regulada en el ya mencionado Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, con sucesivas modificaciones³.

El preámbulo del Real Decreto 1369/2006 justifica la RAI como parte de la acción protectora por desempleo del régimen público de Seguridad Social, pero con un carácter diferenciado

² En este punto, el Consejo de Estado en su Dictamen al proyecto de Real Decreto por el que se regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo, de 11 de octubre de 2006, ya indicaba que:

El trazado de fronteras entre la Seguridad Social estatal, descrita tan ampliamente en el artículo 41 de la Constitución, y otras formas de protección social, de competencia autonómica, tiene un criterio delimitador de carácter negativo, en el sentido de que los espacios de asistencia social son, ante todo, espacios «vacíos» de protección de la Seguridad Social e incluye a personas en situaciones de riesgo o necesidad que el sistema público de Seguridad Social no cubre o no cubre suficientemente. En este sentido, existe una frontera móvil, que depende de la decisión del Estado, en función de sus medios y posibilidades y opciones políticas, de ampliar la esfera de sujetos y objetos protegidos por el sistema público de Seguridad Social.

³ Para un estudio de la RAI, *vid.* Esteban Legarreta (2006) y Moreno Gené y Romero Burillo (2007).

y específico del nivel contributivo y asistencial a los que se refiere el artículo 265 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) (ex art. 206.1 RDleg. 1/1994, de 20 de junio), pero a la que es de aplicación el apartado 2 de los citados artículos, cuando establece que esa acción protectora comprenderá acciones específicas de formación, perfeccionamiento, orientación, reconversión o inserción profesional en favor de los trabajadores desempleados.

El programa de RAI se dirige a personas desempleadas que se comprometen a buscar activamente empleo y a participar en las iniciativas proporcionadas por los servicios públicos de empleo para mejorar sus perspectivas de inserción laboral. Este compromiso implica su plena disposición para trabajar. El programa implementa diversas políticas de empleo, tanto activas como pasivas, que se adaptan a las necesidades específicas de diferentes grupos de destinatarios que se encuentran en una situación de desempleo y tienen menos oportunidades de encontrar trabajo. Esto incluye a personas mayores de 45 años, desempleados de larga duración, emigrantes retornados, así como desempleados de cualquier edad con discapacidad o víctimas de violencia de género o doméstica, siempre que cumplan con los requisitos necesarios para ser beneficiarios de este programa.

La renta de inserción se configura como una política mixta y no exclusivamente pasiva en la que sustituyen los ingresos del sujeto por un mero subsidio económico, sino que contribuye a la falta de motivación de los trabajadores, a la falta de incentivos para la búsqueda activa de trabajo, y a erradicar la marginalidad, dependencia, etc. La RAI apuesta también por medidas activas, entre las que se incluye la formación al trabajador con acceso a cursos de «reciclaje» y permite a su beneficiario resolver su situación de desempleo por sus propios medios, dotándolo de plena autonomía laboral o social a fin de permitirle su inserción en la sociedad.

Debido a su naturaleza dual, la RAI se clasifica, desde una interpretación jurídica literal, como un subsidio o prestación no contributiva por desempleo, ya que reemplaza y compensa los ingresos del trabajo. Por lo tanto, forma parte del ámbito de la Seguridad Social, aunque tiene un claro propósito de política activa de empleo y un carácter prescricional en relación con las responsabilidades y obligaciones de empleo del beneficiario del programa.

Precisamente han sido los tribunales que, en clara evolución de criterio, han contribuido a delinear la naturaleza jurídica de la RAI y lo han hecho con una doble declaración: por un lado, la RAI puede ser asimilada al subsidio por desempleo y satisfacer la exigencia de haber agotado una prestación de desempleo –contributiva o asistencial– exigida para poder acceder al subsidio de desempleo para mayores de 55 años (también denominado «subsidio especial de jubilación»); y, por otro lado, la percepción de la RAI constituye una situación asimilada a la de alta a los efectos de acceder a prestaciones contributivas de la Seguridad Social.

3. Naturaleza jurídica de la RAI en la jurisprudencia

Respecto a la naturaleza jurídica de la RAI, si atendemos al preámbulo del primer Real Decreto 781/2001, de 6 de julio, por el que se regula un programa para el año 2001 de renta activa de inserción para trabajadores desempleados de larga duración, esta se define como una prestación que forma parte de la acción protectora por desempleo del régimen público de Seguridad Social, si bien, con carácter específico y diferenciado del nivel contributivo y asistencial de las prestaciones referidas en el artículo 265 de la LGSS (ex art. 206 RDleg. 1/1994). Definición que se ha mantenido en el preámbulo de los sucesivos reales decretos, incluido el último Real Decreto 1369/2006.

El Tribunal Supremo (TS) ha venido desarrollando en sus diferentes sentencias la naturaleza jurídica de la RAI, complementando y encajando en diferentes casuísticas la indefinición provocada por esos reales decretos. Siendo, a título ilustrativo, las sentencias más reseñables las siguientes:

- Sentencia del TS (STS) de 28 de octubre de 2009 (rec. 3354/2008):

[...] el hecho de que tanto la prestación no contributiva como la prestación asistencial de desempleo tengan naturaleza semejante [por su condición de prestaciones de protección social no directamente dependientes de unas concretas y determinadas cotizaciones previas] no comporta por sí mismo que su régimen jurídico haya de ser idéntico.

Analizando el modo en que deben computarse las rentas percibidas, razona que:

[...] la situación de necesidad que comporta el requisito de ausencia de ingresos y el importe de su protección económica mensual son idénticos en ese segundo grado [subsidio de desempleo] y en el tercero que significa la RAI [o «segundo grado asistencial», según se ha denominado a veces].

- STS de 3 de marzo de 2010 (rec. 1948/2009):

[...] se configura decididamente ya como una modalidad de la acción protectora por desempleo, en el marco de lo dispuesto en el art. 206.2 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social; y ello, por más que se contemple como una medida adoptada con vigencia anual y pese a que su régimen normativo no se incluya en las disposiciones de rango legal, sino que tenga naturaleza reglamentaria.

Examinando la «naturaleza y finalidad de la acción protectora» y la evolución normativa, concluye que:

[...] el abanico de protección dispensado a quienes carecen de empleo –integrada tradicionalmente por las prestaciones de nivel contributivo y asistencial– se ha venido a completar a través de la renta activa de inserción (RAI). Esta añade un plano más en la cobertura de las necesidades generadas por la falta de empleo: la inserción profesional –medio íntimamente ligado al de la inserción social– de quienes se hallan fuera del mercado de trabajo por razón de determinadas características personales.

A tal efecto, considera el Alto Tribunal que:

[...] todos estos individuos comparten una característica común, a la que se pretende atender, consistente en una inactividad no voluntaria «strictu sensu», sino motivada por especiales dificultades en ellos concurrentes, como circunstancia que los coloca en peligro de exclusión social. Estamos ante una modalidad de la acción protectora por desempleo que presenta autonomía propia y que ha de abordarse en atención a los fines que le son propios.

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Andalucía de 21 de octubre de 2010 (rec. 893/2010).

Nos encontramos ante un supuesto en que la trabajadora, tras percibir la RAI, presenta solicitud de alta inicial de subsidio por desempleo, que inicialmente le es reconocida por resolución de la Dirección Provincial del Servicio Público de Empleo, pero, posteriormente, se inicia expediente de revisión de oficio por el motivo de habersele reconocido el derecho al subsidio sin encontrarse en ninguno de los supuestos previstos por la ley para tener derecho al mismo y se declara como indebida la prestación percibida.

El TSJ de Andalucía llega a la conclusión de que, aunque la RAI forma parte de la protección económica por desempleo, tiene una naturaleza distinta de la prestación contributiva y del subsidio asistencial y, por tanto, su agotamiento no puede equipararse al agotamiento bien de la prestación, bien del subsidio, como requisito de acceso al subsidio especial para mayores de 52 años (art. 215.3 RDleg. 1/1994).

- STS de 23 de abril de 2015 (rec. 1293/2014).

El TS confirma la doctrina que contiene la sentencia recurrida y argumenta así:

La [...] RAI, en cuantía igual al 80 % de indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) mensual vigente en cada momento, es una prestación –si bien con carácter específico y diferenciado del nivel contributivo y asistencial– que forma parte de la acción protectora por desempleo del régimen público de Seguridad Social. Así se desprende [...], que lo configura «como un derecho más y con la misma financiación que el resto de las prestaciones y subsidios por desempleo, también se establece la cotización a la Seguridad Social durante la percepción de la renta, en la forma recogida en el artículo 218.1.4 de la Ley general de la Seguridad Social (exposición de motivos del Real Decreto 1369/2006) [...].

- STS de 2 de febrero de 2016 (rec. 2835/2014)⁴.

La sentencia aborda la cuestión relacionada con el requisito de carencia de rentas a la hora de acceder a la RAI. A tal efecto, el TS aplica los mismos criterios interpretativos que cuando se trata de franquear el acceso al subsidio por desempleo.

- STS de 21 de junio de 2016 (rec. 1342/2015):

Tanto porque la RAI se integra en la protección de desempleo cuanto porque así lo indica la reproducida disposición final quinta debemos acudir al capítulo V del título III de la LGSS, donde se regula el remitido «régimen financiero y gestión de las prestaciones».

- STS de 20 de diciembre de 2018 (rec. 1723/2018).

Esta sentencia analiza si se puede considerar actividad lucrativa por cuenta propia el promover la instalación de dos placas fotovoltaicas que generan un ingreso anual de 3.000 euros y razona que la RAI se establece «para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo».

4. El TS asimila la RAI al subsidio por desempleo a los efectos de poder acceder al subsidio especial de prejubilación

Las SSTS de 27 de marzo de 2019 (rec. 2966/2017) y de 23 de octubre de 2019 (rec. 733/2019), cuyo contenido y fallo es prácticamente idéntico, aclaran de manera decisiva

⁴ La STS de 27 de noviembre de 2017 (rec. 468/2016) aborda nuevamente el problema de la carencia de rentas y reitera el criterio acogido por la STS de 2 de febrero de 2016 (rec. 2835/2014).

que la RAI puede ser asimilada al subsidio por desempleo. Nuestro análisis, empero, parte de la base de la STS de 23 de octubre de 2019 (rec. 733/2019)⁵ por constituir la más reciente sentencia que reitera doctrina en esa materia.

La sentencia de referencia no solo aclara cuál es la naturaleza jurídica que cabe atribuir a la RAI, sino, en especial, si la RAI puede ser asimilada al subsidio por desempleo a los efectos de cumplir con los requisitos establecidos para el acceso al subsidio por desempleo para mayores de 55 años (conocido como subsidio especial de prejubilación). La cuestión que afronta no ha sido resuelta hasta esa fecha por el TS ni los TSJ, sin embargo, de las sentencias citadas en el epígrafe anterior, sí que se derivaban tomas de posición relevantes.

El TS aborda la cuestión de la naturaleza jurídica de la RAI como presupuesto necesario para resolver el auténtico problema litigioso objeto de dicha sentencia, que no es otro que el de determinar si el agotamiento de la RAI puede satisfacer la exigencia de haber agotado una prestación de desempleo –contributiva o asistencial– exigida para poder acceder al subsidio de desempleo para mayores de 55 años en la regulación normativa a la sazón vigente.

En el *iter* discursivo de la sentencia se plantea, en primer lugar, la delimitación de los términos del debate, esto es, si el agotamiento de la RAI equivale a una prestación por desempleo, a los efectos de devengar el subsidio para mayores de 55 años –subsidio especial de prejubilación–. Posteriormente, la resolución judicial pasa a exponer el marco normativo aplicable tanto al subsidio para mayores de 55 años por entonces vigente como a la RAI, centrándose en aquellos aspectos que, posteriormente, sirven al TS para abordar la cuestión controvertida.

El Alto Tribunal se enfrenta al dilema con las siguientes premisas:

- A pesar de que el régimen jurídico de la RAI sea diferente al del subsidio o la prestación por desempleo, esto no implica que su naturaleza sea diferente.

⁵ Con posterioridad, diferentes TSJ han aplicado dicha doctrina, entre otros el de Andalucía en Sentencia de 7 de octubre de 2021 (rec. 895/2021); resolución que conoce del caso de una solicitud de subsidio por desempleo para trabajadores mayores de 52 años y resuelve la cuestión litigiosa de si el solicitante se encontraba en una situación de asimilada al alta:

La actora, al tiempo de su solicitud, se encontraba en situación legal de desempleo, como se desprende del inmodificado por aceptado hecho probado sexto, quedando asimilada la renta activa de inserción a la prestación por desempleo (STS 27-03-2019, rcud. 2966/2017), por lo que se acredita que la actora se encontraba en situación legal de desempleo y no tenía derecho a prestación contributiva (por ello podía ser beneficiaria de la RAI), habiendo cotizado por desempleo.

En conclusión, la actora, a la fecha de extinción de la renta activa de inserción (agosto 2013), contaba con más de 45 años, había agotado la prestación por desempleo y carecía de responsabilidades familiares (art. 274.1 b) LGSS).

- Tanto la RAI como el subsidio por desempleo abordan la misma situación de necesidad.
- La RAI se considera una modalidad de la acción protectora por desempleo, complementaria a la prestación y al subsidio.
- Para resolver cuestiones específicas, como el cálculo de ingresos o la forma de pago, las sentencias han recurrido a la regulación de la prestación por desempleo, ya que la RAI se encuentra integrada en esta modalidad de protección.
- En resumen, la RAI se percibe como una variante de la acción protectora por desempleo con autonomía propia y debe ser abordada teniendo en cuenta sus objetivos específicos.

A partir de estas premisas, el Alto Tribunal razona su conclusión con base en diferentes criterios interpretativos. En primer lugar, atiende a un criterio ontológico de la RAI, considera que la integración de la misma en la acción protectora por desempleo debe constituir «un resorte hermenéutico de primer orden cuando se trata de resolver dudas sobre el alcance de determinadas normas». Por lo tanto, el tribunal considera que, si el acceso al subsidio de prejubilación se condicionaba en la normativa aplicable al supuesto litigioso, además de a otros requisitos, al haber agotado un subsidio por desempleo de otro tipo, la RAI debe equipararse al mismo.

En segundo lugar, atiende a un criterio histórico, al afirmar que el surgimiento de la RAI fue posterior a la creación del subsidio especial de prejubilación, por ello, no es factible afirmar que la normativa reguladora del subsidio hubiera pretendido excluir dicha equiparación entre ambas prestaciones, puesto que el legislador no pudo haber considerado esa posibilidad. Este argumento se refuerza aún más por el hecho de que, a pesar de las múltiples modificaciones realizadas en la regulación del subsidio de prejubilación después de la introducción de la RAI, ninguna de estas modificaciones ha incluido disposiciones contrarias a la equiparación de ambas prestaciones en ningún caso.

En tercer lugar, la sentencia adopta un criterio teleológico al recordar que el grupo de desempleados mayores de 52 años es un grupo especialmente protegido por el sistema, especialmente en lo que respecta a su amparo en situaciones de desempleo, tal como se establece en el artículo 41 de la Constitución española (CE).

En cuarto lugar, el Alto Tribunal acoge un criterio de finalidad de las normas, y afirma que la asimilación entre el subsidio por desempleo y la RAI se ajusta a lo pretendido por el Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, que no era otra cosa que atender a la «protección de los más necesitados, que se ven afectados por el impacto del diseño actual en la sostenibilidad del sistema de protección social» y favorecer «la interacción entre el sistema de protección por desempleo y la jubilación, impulsando el envejecimiento activo». A este respecto, el TS recuerda que quien es perceptor de la RAI

está vinculado a un «compromiso de actividad», con el que se pretende la inserción laboral del perceptor de la misma. El TS recuerda también que la reforma de la RAI ahonda en la dirección de vincular la misma con el empleo y garantizar una mayor efectividad en la utilización de los recursos públicos. Para cumplir con este requisito, es necesario que, antes de acceder a la RAI, se haya agotado la prestación contributiva o el subsidio por desempleo en el caso de las personas mayores de 45 años y desempleados de larga duración. También, es necesario que, durante un periodo de inscripción continua como demandante de empleo de al menos 1 año, no se haya rechazado ninguna oferta de trabajo adecuada ni se haya negado, a menos que exista una razón justificada, a participar en actividades de promoción, formación o reconversión profesional.

En quinto y último lugar, el Alto Tribunal adopta un criterio de coherencia con su propia doctrina formulada al afrontar otras problemáticas relativas a la naturaleza de la RAI. A tal efecto, de dicha doctrina emana que esta prestación constituye una modalidad de protección por desempleo, sin que sus particularidades puedan alterar esta condición, siendo en definitiva «un nivel o subgénero de la acción protectora por desempleo».

El TS resuelve en el sentido de considerar que «el agotamiento del subsidio propio de la renta activa de inserción debe asimilarse al de otros subsidios por desempleo cuando se trata de abrir el acceso al específico para mayores de 55 años».

El posicionamiento adoptado por el TS sobre esta cuestión parece el más idóneo, no en vano la RAI se conforma como una prestación de desempleo asistencial –no contributiva, tanto si se atiende a sus beneficiarios, a sus requisitos, a su contenido, como a su gestión y financiación–. Aunque la RAI se define como un medio de protección por desempleo específico y diferenciado de los niveles contributivo y asistencial, se asimila en gran medida a este último nivel. La RAI se configura como un nivel complementario o asistencial de la protección por desempleo de segundo grado, siendo el subsidio ordinario el nivel complementario de esta protección de primer grado (Cavas Martínez, 2003, p. 193; Cristóbal Roncero, 2002, p. 280).

La redacción inicial del Real Decreto 1369/2006 eliminó el requisito de que el solicitante de la RAI hubiera visto extinguida la prestación o subsidio por desempleo, siendo a partir de ese momento suficiente para acceder a esta únicamente no tener derecho a los mismos, ni a la renta agraria, con independencia de que estas se hubieran extinguido o no previamente. La RAI claramente tiene un carácter asistencial, ya que solo requiere el cumplimiento del requisito de la insuficiencia de ingresos, sin estar vinculada a la pérdida de un empleo anterior ni funcionar como una extensión excepcional de la prestación contributiva por desempleo. La eliminación del requisito de haber agotado previamente una prestación o subsidio por desempleo para acceder a la RAI muestra que no es necesario que el beneficiario tenga una conexión previa con el sistema de la Seguridad Social, lo que la sitúa en una posición intermedia entre las prestaciones no contributivas por desempleo y las prestaciones autonómicas de asistencia social.

En otras palabras, la regulación inicial de la RAI dejaba en claro que tenía un carácter subsidiario en comparación con la prestación o subsidio por desempleo y la renta agraria. Por lo tanto, se concebía como una red de protección final dentro del sistema de la Seguridad Social, ubicada detrás de las medidas de protección más comunes, como la prestación y el subsidio por desempleo.

La redacción actual de la norma, introducida por el Real Decreto-Ley 20/2012, recupera, sin embargo, en el supuesto de desempleados de larga duración mayores de 45 años el requisito de «haber extinguido la prestación por desempleo de nivel contributivo y/o el subsidio por desempleo de nivel asistencial [...] salvo cuando la extinción se hubiera producido por imposición de sanción, y no tener derecho a la protección por dicha contingencia». La RAI abandona la generalidad de destinatarios, hayan trabajado o no anteriormente, para centrarse únicamente en trabajadores que en algún momento de su vida han percibido una prestación por desempleo (Rodríguez Pastor, 2015, p. 328)⁶. A tal efecto:

[...] si el sujeto en cuestión nunca ha tenido una relación anterior con el mercado de trabajo, se apartó voluntariamente de él, o existe cualquier otro factor que permita concluir que no existía intención de búsqueda activa de un nuevo puesto de trabajo, no puede decirse que, si llega a encontrarse en una situación de carencia de rentas, esta derive de la pérdida de un puesto de trabajo (Selma Penalva, 2016, p. 41).

Inicialmente la RAI ostentaba la particularidad respecto al subsidio por desempleo de que combinaba la percepción de una renta con el compromiso de actividad del beneficiario de realizar determinadas actividades orientadas a mejorar su empleabilidad y, por tanto, su inserción laboral. En otros términos, mientras que la protección contributiva y no contributiva por desempleo buscaban de manera prioritaria la garantía de unos ingresos ante la falta de trabajo de su beneficiario, la RAI se centraba, principalmente, en la previsión de un proceso intenso de acompañamiento ordenado hacia la inserción en el mercado de trabajo, configurándose, por tanto, de forma prioritaria como un instrumento de fomento de empleo. No obstante, con posterioridad, el «compromiso de actividad» también se ha extendido tanto a la prestación contributiva por desempleo como al subsidio asistencial por desempleo; circunstancia que ha provocado la desaparición de la particularidad de la que antes gozaba la RAI.

En cualquier caso, el hecho de que la RAI sea considerada un tercer nivel de protección por desempleo destaca que esta prestación busca llenar ciertas lagunas que existían en la regulación anterior. En otras palabras, el nivel contributivo de la protección por desempleo

⁶ En parecidos términos, Saragossà i Saragossà (2014, p. 155) indica que «la necesidad de cobertura previa supone un gran obstáculo para ampliar el ámbito subjetivo de la RAI». También se muestran críticos con esta previsión Botí Hernández (2014, p. 10), López Insua (2015, pp. 394 y 395) y Selma Penalva (2016, p. 53).

requería una actividad laboral previa y tenía una duración limitada, características que nuevamente se encuentran en el nivel asistencial de la protección por desempleo. Estas particularidades, junto con otras, dejaban un amplio espacio de falta de cobertura en situaciones en las que las personas se quedaban sin ingresos debido a la falta de empleo. En definitiva, la protección por desempleo se parece más a un sistema orientado a los precarios que a los excluidos (Fernández Avilés, 2002, p. 885)⁷. Por el contrario, la RAI se manifiesta más como un medio particularmente enfocado a mitigar la exclusión social entendida como un fenómeno que sitúa a la persona en una situación de inferioridad respecto al resto de la población. En este contexto, la RAI se encuentra orientada hacia la inserción del individuo, dotándolo de autonomía con el objetivo de que pueda asumir sus propias responsabilidades, haciéndolo sentir útil e insertándolo nuevamente o por vez primera en la sociedad; objetivo por el cual combina las medidas destinadas al sostenimiento con medidas de ayuda para el regreso al mercado laboral.

Apartando, por último, los razonamientos de corte jurídico que el Alto Tribunal aborda para asimilar la RAI al subsidio por desempleo a los efectos de acceder al subsidio de prejubilación, la doctrina que asienta el TS en sus Sentencias de 27 de marzo y de 23 de octubre de 2019 «es tributaria del excesivo y a todas luces injustificado endurecimiento del acceso al subsidio de prejubilación llevado a cabo por el Real Decreto-Ley 20/2012» (Moreno Gené, 2020). No en vano, el TS, acorde con lo previsto por el artículo 41 de la CE, adopta una interpretación lo más garantista posible con la tutela de un colectivo tan vulnerable como el de trabajadores maduros sin empleo en cuya situación de desprotección se encontraban a raíz de la reforma normativa del subsidio de prejubilación llevada a cabo en el año 2012.

Sin embargo, la falta de protección que afectaba a este grupo ha sido significativamente mitigada gracias a la aprobación del Real Decreto-Ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo. Esta normativa, además de reducir la edad de acceso al subsidio de prejubilación a los 52 años, ha eliminado el requisito previo de haber agotado una prestación o un subsidio por desempleo que estaba presente en la regulación anterior.

5. El acceso a prestaciones contributivas de la Seguridad Social desde una situación de asimilada a la de alta

Las prestaciones contributivas constituyen una asistencia económica de duración indefinida, aunque no siempre, cuya concesión está generalmente condicionada a una previa

⁷ El autor afirma que este hecho comporta que queden fuera de la protección asistencial del desempleo las situaciones de necesidad más graves.

relación jurídica con la Seguridad Social. Aparte de los requisitos «particulares exigidos para la respectiva prestación», se deben reunir las condiciones del derecho a tales prestaciones, en primer lugar, «estar afiliadas y en alta en este régimen o en situación asimilada al alta, al sobrevenir la contingencia o situación protegida, salvo disposición legal expresa en contrario», y, en segundo lugar, y cuando así se exija, deben cumplir determinados periodos de cotización.

Dentro de la acción protectora del régimen general y de los regímenes especiales de la Seguridad Social, con las salvedades que, en cada caso y para cada modalidad, se indican en el respectivo régimen especial, se incluyen, entre otras, las siguientes: (1) por jubilación (ordinaria, anticipada con/sin condición de mutualista, parcial, etc.), (2) por incapacidad permanente (total, absoluta y gran invalidez) y (3) por fallecimiento (viudedad y orfandad).

Por el contrario, las prestaciones de carácter no contributivo, aunque también son prestaciones económicas, se reconocen solo a aquellos ciudadanos que se encuentran en situación de necesidad protegible, carezcan de recursos suficientes para su subsistencia en los términos legalmente establecidos, aun cuando no hayan cotizado nunca o el tiempo suficiente para alcanzar las prestaciones del nivel contributivo. Dentro de esta modalidad no contributiva se encuentran pensiones de invalidez y de jubilación.

La diversidad de situaciones que pueden surgir en la práctica ha dado lugar a numerosos desafíos en relación con el requisito de estar en una situación equiparable al alta, lo que ha llevado tanto al legislador como a los jueces y tribunales a buscar soluciones creativas para conciliar el cumplimiento de la norma con la prevención de situaciones injustas. Ello es fruto de una «interpretación humana, flexible e individual del requisito del alta». Una interpretación que, como señala la STS de 19 de julio de 2001 (rec. 4384/2000), resulta respetuosa con el «principio de protección suficiente por el sistema de la Seguridad Social, proclamado en el artículo 41 de la Constitución» y conduce a interpretar los preceptos legales:

[...] mitigando el rigor de su pura literalidad en lo referente a la exigencia del requisito del alta o de la situación asimilada al alta [...] atendiendo, sobre todo, a criterios teleológicos y humanizadores para ponderar las circunstancias de cada caso, con el fin de evitar situaciones de desprotección.

Por razones de claridad expositiva, antes de analizar los diferentes pronunciamientos judiciales, reproducimos los preceptos que enmarcan jurídicamente la cuestión de si un perceptor de la RAI parte de una situación asimilada a la de alta por paro involuntario a los efectos de acceder a una prestación contributiva:

- Artículo 165.1 de la LGSS:

Para causar derecho a las prestaciones del régimen general, las personas incluidas en su campo de aplicación habrán de cumplir, además de los requisitos particulares exigidos para acceder a cada una de ellas, el requisito general de estar afiliadas y en alta en dicho régimen o en situación asimilada a la de alta al sobrevenir la contingencia o situación protegida, salvo disposición legal expresa en contrario.

- Artículo 36.1.1.º del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social:

1. Continuarán comprendidos en el campo de aplicación del régimen de la Seguridad Social en que estuvieran encuadrados, pero en situación asimilada a la de alta en el mismo, quienes, aun cuando hubieren cesado en la prestación de servicios o en el desarrollo de la actividad determinante del encuadramiento en dicho régimen, se encuentren en alguna de las siguientes situaciones:

1.º La situación legal de desempleo, total y subsidiado, y la de paro involuntario una vez agotada la prestación, contributiva o asistencial, siempre que en tal situación se mantenga la inscripción como desempleado en la oficina de empleo.

- Artículo 9 de la Orden de 31 de julio de 1972, por la que se dictan normas de aplicación y desarrollo del Decreto 1646/1972, de 23 de junio, en materia de prestaciones del régimen general de la Seguridad Social:

Los trabajadores a los que se reconozcan auxilios económicos de carácter periódico, conforme a lo previsto en el artículo 22 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio, se les considerará en situación asimilada a la de alta, a efectos de que puedan causar las prestaciones de invalidez permanente, jubilación y muerte y supervivencia, en las condiciones que se determinen por la Dirección General de la Seguridad Social.

- Artículo 22 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio, para la aplicación de la Ley 24/1972, de 21 de junio, en materia de prestaciones del régimen general Seguridad Social:

La asistencia social podrá comprender entre los servicios o auxilios económicos que preste los que tengan carácter periódico, siempre que su concesión no comprometa recursos del ejercicio económico siguiente a aquel en que la misma tenga lugar.

6. El TS declara en situación de asimilada a la de alta al perceptor de la RAI a los efectos de acceder a una prestación contributiva: STS de 5 de mayo de 2014 y otras sentencias posteriores

La STS de 5 de mayo de 2014 (rec. 2678/2013) conoce de un supuesto en el que la actora solicitó pensión de viudedad por el fallecimiento de su marido. El Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) dictó resolución denegando la prestación de viudedad por no encontrarse el causante a fecha de fallecimiento en alta o situación asimilada al alta y no haber completado el periodo de cotización. El fallecido era beneficiario de la RAI. La sentencia de instancia estima la demanda de la solicitante de pensión de viudedad. El INSS recurre en suplicación la sentencia de instancia y la Sala Social del TSJ de Cataluña desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. El INSS recurre en casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del TS y plantea la cuestión de determinar si el solicitante de una prestación contributiva reúne el requisito de estar en situación de asimilada al alta, cuando se ha sido perceptor de la RAI, siendo este el quid de la cuestión. La conclusión del Alto Tribunal es la siguiente:

El recurso no puede prosperar porque, aunque es cierto que la renta activa de inserción no es equiparable al subsidio por desempleo, cuyos beneficiarios, incluso se encuentran de alta en la Seguridad Social y cotizan a ella por la contingencia de jubilación, no es menos cierto que, desde la publicación del RD 1369/2006, de 24 de diciembre, cuyo contenido en este particular ha conservado el art. 21 del RDL 20/2012, se viene exigiendo, para ser beneficiario de la renta activa de inserción, figurar inscrito como demandante de empleo durante 12 o más meses, esto es, ser un parado de larga duración, dato relevante, porque en nuestro sistema de Seguridad Social siempre se ha considerado en situación de alta al parado involuntario que continuaba desempleado tras agotar las prestaciones y subsidios por desempleo.

[...] Además, la situación asimilada al alta deriva de lo dispuesto en el art. 9 de la Orden de 31 de julio de 1972, dado que el causante era perceptor de la renta activa de inserción, auxilio económico que permite nuestra normativa y que tiene su encaje en el artículo 22 del Decreto 1646/1972, de 28 de julio, sin que la falta de desarrollo reglamentario del precepto que nos ocupa, dada la demora en que incurrió la entidad gestora al efecto, pueda servir para denegar la situación asimilada al alta de quien percibía auxilios económicos vinculados a su compromiso expreso de trabajar.

El tribunal concluye que el perceptor de la RAI parte de una situación de asimilada a la de alta cuando el cónyuge viudo solicite acceder a una pensión de viudedad si reúne los demás requisitos exigibles para esa prestación contributiva. A este respecto, mayores consideraciones serán expuestas en el epígrafe siguiente.

Por su parte, los TSJ han dictaminado sentencias con conclusiones dispares en relación con el reconocimiento de la situación de asimilada a la de alta del beneficiario de una renta de inserción. Veamos a continuación diferentes extractos según prestación solicitada:

a) En materia de pensiones contributivas de jubilación⁸:

- STS de 29 de junio de 2015 (rec. 2972/2014).

La sentencia aborda la solicitud de una prestación contributiva de jubilación anticipada, siendo la cuestión controvertida si el solicitante proviene de una situación asimilada al alta. A tal efecto, el Alto Tribunal confirma la STSJ de Cataluña de 16 de junio de 2014 (rec. 1378/2014) y razona que la beneficiaria proviene de situación de alta, porque, aunque abandonó de forma dilatada su vinculación con el mundo laboral y la demanda de empleo, desde el 20 de noviembre de 2002, en que cesó en la última prestación de servicios por cuenta ajena, hasta el 22 de enero de 2010, en que reanudó la inscripción y la demanda, habiendo percibido subsidio asistencial, RAI, desde el 29 de enero de 2011, aquí se observa la voluntad constante y mantenida de mantener vida laboral que no puede reanudar por causa ajena a su voluntad y esta es situación que según reiterada jurisprudencia es asimilada al alta.

- STSJ de Andalucía de 30 de marzo de 2022 (rec. 1917/2021).

La sentencia conoce del caso de una solicitud de pensión de jubilación contributiva y aborda la cuestión litigiosa de la susceptibilidad, en el cómputo para integrar la carencia exigida de la pensión de jubilación, de los periodos durante los cuales se ha percibido la RAI. Es destacable, en este caso, que la STSJ de Andalucía confirma la de instancia y sostiene que el actor se encontraba en situación de asimilada al alta a pesar de que, tras cesar en el régimen de trabajadores por cuenta propia o autónomos (RETA), estuvo más de 4 años y medio sin figurar como demandante de empleo. Por otro lado, aplica doctrina del paréntesis al retrotraer el cómputo de los 15 años de carencia genérica a partir de una segunda inscripción como demandante de empleo «[...] sino entendiendo que desde el 07-03-2012 estuvo continuadamente en una situación asimilada al alta sin obligación de cotizar, computando por ende el plazo previo de 15 años a partir de tal fecha [...]».

- STSJ de Madrid de 20 de junio de 2022 (rec. 283/2022).

Esta sentencia conoce de la solicitud de una pensión de jubilación contributiva, cuyo solicitante había sido receptor de la RAI y que desde entonces ha permanecido inscrito, sin solución de continuidad, como demandante de empleo. Empero, existe un lapso temporal de más de 2 años desde su cese involuntario hasta su inscripción

⁸ También, en el mismo sentido, STSJ de Cantabria de 7 de octubre de 2014 (rec. 466/2014).

como demandante de empleo en que no ha figurado inscrito. El tribunal concluye que el solicitante no se encuentra en situación asimilada a la de alta y que tampoco cumple con la carencia específica de 2 años de cotización previos⁹.

b) En materia de pensiones de incapacidad¹⁰:

- STSJ de Aragón de 17 de febrero de 2016 (rec. 20/2016).

La sentencia conoce de la solicitud del actor de percibir una pensión de incapacidad permanente y analiza si se encontraba en situación de asimilada al alta a fecha del hecho causante:

[...] al no haber mantenido el demandante, sin causa justificada, su inscripción como desempleado desde su baja en el sistema de Seguridad Social en 2004, no puede ser declarado en situación asimilada a la de alta en la fecha del hecho causante, septiembre de 2014, aunque estuviera en esta fecha inscrito en demanda de empleo (programa RAI).

- STSJ de Baleares de 4 de julio de 2014 (rec. 163/2014):

[...], desde el 10 marzo 2010 a 11 marzo 2013 permaneció inscrito en el servicio de empleo como demandante, desde el 15 abril 2011 a 14 marzo 2012 ha percibido la renta activa inserción, siendo el día 19 junio 2012 cuando solicitó invalidez permanente, que es el hecho causante.

[...] Acontece que el solicitante desde que cesó su actividad hasta que instó su inscripción como demandante de empleo dejó transcurrir más de 2 años, no pudiendo asimilarse su situación a la del alta, no existiendo circunstancias excepcionales que justificaran ese periodo sin estar dado de alta como demandante de empleo, [...]. La aplicación de la anterior doctrina [interpretación humanizadora, flexible e individualizada de los requisitos exigidos] a este concreto caso lleva a concluir que el trabajador no cumplía con el requisito de encontrarse en situación asimilada al alta al sobrevenir la contingencia [...].

⁹ En contra, la STS de 14 de marzo de 2012 (rec. 4674/2010) que, en materia de pensión de jubilación, unifica doctrina y estima que:

[...] el paréntesis se abre en el momento de la solicitud de la pensión y se cierra en la fecha de la inscripción como demandante de empleo, a partir de cuya fecha hay que computar hacia atrás los 15 años dentro de los cuales hay que acreditar al menos 2 años de cotización.

¹⁰ A mayor abundamiento, SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 22 de octubre de 2021 (rec. 1073/2021), de Madrid de 23 de abril de 2018 (rec. 1438/2017), de Galicia de 25 de abril de 2012 (rec. 1387/2009) y de Andalucía de 29 de septiembre de 2011 (rec. 3986/2010).

- STSJ de Cataluña de 25 de octubre de 2018 (rec. 5631/2018).

La cuestión litigiosa se centra en determinar si el solicitante de la prestación de incapacidad se encontraba en situación de asimilada al alta en la fecha del hecho causante, cuando:

[...]transcurrieron más de 4 años y medio, lo que se considera un tiempo muy prolongado como para aceptar que la situación de la demandante pueda considerarse como de asimilación al alta, pues no es posible incluir en tal situación los casos de voluntaria e injustificada solución de continuidad entre la baja en la Seguridad Social y la inscripción como demandante de empleo no es permanente entre el cese de la actividad y la fecha del hecho causante, sino que existe un periodo dilatado de tiempo.

Es cierto que la STS de 5 de mayo de 2014 consideró como situación de asimilación al alta la de los perceptores de la renta activa de inserción, renta que percibió la demandante a partir de diciembre de 2015, ya que para ser beneficiaria de dicha renta se ha de figurar inscrita como demandante de empleo durante un periodo de 12 o más meses. En el presente caso, a diferencia de aquel, no se alega por la parte demandante ninguna circunstancia para justificar su no inscripción como demandante de empleo durante tan dilatado periodo de tiempo.

- STSJ de Cataluña de 22 de febrero de 2022 (rec. 6018/2021).

Esta sentencia aborda la problemática de si el solicitante de una prestación de invalidez general se encontraba, a fecha del hecho causante, en situación de asimilada a la de alta:

En aplicación de esta doctrina, dado que el trabajador constaba inscrito ininterrumpidamente como demandante de empleo desde el 13 de octubre de 2016, y que hasta el 6 de enero de 2016 había percibido renta activa de inserción o subsidio por desempleo, se encontraba en situación asimilada al alta.

- STSJ de Cataluña de 17 de junio de 2022 (rec. 1082/2022)¹¹.

La sentencia conoce de la solicitud de prestación por incapacidad permanente por parte de una empleada del hogar:

Por tanto, en la fecha del hecho causante de la prestación solicitada se encontraba en situación asimilada al alta, en tanto que permanecía

¹¹ En igual sentido se dictó previamente la STSJ de Cataluña de 28 de enero de 2020 (rec. 3620/2019).

inscrita en el Servicio Público de Empleo, sin derecho a prestación ni subsidio, pero sí, en todo caso, cobrando la renta activa de inserción, que es la única prestación a la que podía acceder al tratarse de una empleada del hogar, lo cual no impide el reconocimiento de aquella situación.

La sentencia conoce de la solicitud de una prestación de invalidez por parte de una empleada de hogar y aborda la cuestión litigiosa de si se encontraba en situación de asimilada al alta teniendo en cuenta que, finalizada la relación de servicio, no podía acceder a la prestación por desempleo, porque el RETA no reconoce el derecho a tal prestación, a lo que el tribunal concluye que:

Resulta que en este caso se cumple el requisito de alta por asimilación al amparo del artículo 36.1.1.º del Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social aprobado por Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, al constar que la trabajadora, perceptora de una prestación pública por la contingencia de desempleo (renta activa de inserción) que se le reconoce el 29 de marzo de 2017 figuraba inscrita como demandante de empleo durante 12 o más meses anteriormente a esa fecha, ya que de otro modo no se le hubiera reconocido la prestación. Por ello, estaba inscrita como demandante de empleo, en relación con el momento de la solicitud de la prestación [...].

c) En materia de prestaciones de orfandad y viudedad¹²:

- STSJ de Aragón de 8 de julio de 2015 (rec. 409/2015).

La sentencia conoce de una solicitud de pensión de orfandad y la cuestión litigiosa se centra en si el beneficiario de la RAI estaba en situación de asimilada al alta al tiempo del óbito, a lo que el tribunal concluye que:

[...] tal condición no queda sin efecto ni es enervada por el hecho de que anteriormente hubiera causado baja voluntaria en la empresa o no hubiera renovado la inscripción como demandante de empleo entre 2005 y 2010. Desde octubre de este año estuvo el causante inscrito como demandante de empleo y 1 año más tarde pasó a cobrar la RAI, lo que conlleva asimilación al alta en la fecha de su fallecimiento, y es esta situación, y no su permanencia o continuidad durante un periodo de tiempo superior al que estuvo en ella el fallecido, el requisito por cuya falta se ha denegado –injustificadamente– la pensión de orfandad litigiosa.

¹² A mayor abundamiento, las SSTSJ de Andalucía de 19 de enero de 2017 (rec. 158/2017) y de Extremadura de 28 de enero de 2022 (rec. 780/2021).

- STSJ de Madrid de 18 de diciembre de 2015 (rec. 788/2015).

La sentencia conoce de las solicitudes de pensión de viudedad y orfandad, respectivamente, constituyendo la cuestión litigiosa en si el causante partía de una situación asimilada al alta, a lo que el tribunal concluye que:

[...] el padre de la demandante se había incorporado al Programa de Renta Activa de Inserción [...] situación que la jurisprudencia reputa en la práctica de equivalente a la de asimilada al alta en la Seguridad Social. En este sentido, traer a colación la sentencia de la misma Sala del Alto Tribunal de 5 de mayo de 2014 (recurso n.º 2678/13), también unificadora.

- STSJ de Andalucía, Sala Social, de 16 de junio de 2016 (rec. 296/2016).

Respecto a una solicitud de pensión de orfandad, la cuestión litigiosa se centra en si el causante se encontraba en una situación de asimilada a la de alta y el tribunal resuelve:

Y en el relato de hechos probados no consta ninguna circunstancia de alteración de la salud psicofísica o grave enfermedad de la causante que hiciera fundadamente explicable haber descuidado los resortes legales prevenidos para continuar formalmente en alta o situación asimilada al alta durante el largo periodo de 5 años desde el 27 de octubre de 2004 al 16 de noviembre de 2009, ya que la flexibilización del requisito de alta o situación asimilada mediante una interpretación humanizadora que pondera las circunstancias de cada caso concreto, no puede llevar a la absoluta inexigencia del mismo y no puede aplicarse en supuestos en los que no pueda inducirse una racional dificultad o inutilidad de la inscripción en la oficina de empleo, lo que impide tener por cumplido dicho requisito [...].

- STSJ de la Comunidad Valenciana de 10 de febrero de 2021 (rec. 1732/2020).

La sentencia conoce de la solicitud de pensión de orfandad y aborda la cuestión litigiosa de si la causante se encontraba en situación asimilada a la de alta al tiempo de su fallecimiento, momento en que acreditaba haber estado percibiendo la RAI durante tan solo 2 meses. El TSJ se apoya en la doctrina establecida por la STSJ de Andalucía n.º 2887/2020, de octubre, y concluye que es irrelevante el hecho de que la causante al cesar en el RETA se inscribiera como demandante de empleo más tarde de los 90 días¹³ para encontrarse en situación de asimilada

¹³ En referencia al requisito para trabajadores por cuenta propia que cesan su actividad y deben inscribirse dentro de un periodo de 90 días desde el cese de actividad a los efectos de reputarse una situación

al alta, pues «lo cierto es que en el periodo inmediatamente anterior a su fallecimiento había estado dada de alta como demandante de empleo y percibido la RAI a la que hemos hecho reiteradamente referencia».

- STSJ de Andalucía de 30 de marzo de 2022 (rec. 1917/2021).

El tribunal conoce de la solicitud de una pensión de orfandad y aborda la cuestión litigiosa de si el padre de la actora, que a fecha del óbito era beneficiario de la RAI, parte o no de una situación de asimilada a la de alta, cuando preexiste a la fecha de la primera inscripción como demandante de empleo un periodo:

[...] en que el padre de la actora permaneció sin inscribir como demandante de empleo (desde el año 2003 hasta el 12-02-09 y después, con las interrupciones [...] [la entidad gestora sostiene que] el hecho de que acogido al programa de la RAI percibiera la ayuda correspondiente a esta, desde 27-07-14 hasta la fecha de su fallecimiento el día 23-11-14, no le coloca en situación de asimilada al alta.

El tribunal resuelve que:

[...] la situación de asimilada al alta deriva de la inclusión en el programa [RAI] y no de las situaciones anteriores o de las circunstancias en que accedió a él, que insistimos, debieron ser las adecuadas para cumplir los requisitos legales porque, en otro caso, no hubiera sido admitido.

7. Reflexiones finales

Sabemos que la doctrina unificadora del TS concluye, por un lado, que la RAI queda configurada como una prestación asistencial asimilada al subsidio por desempleo, al menos, a efectos de acceder al subsidio especial de prejubilación. Por otro lado, sabemos que el beneficiario de una RAI parte de una situación de asimilada al alta cuando solicita una prestación contributiva, al menos, cuando el cónyuge viudo solicita una pensión de viudedad.

No sabemos, empero, qué tratamiento debieran recibir otras casuísticas por parte del TS y, además, la doctrina judicial de los diferentes TSJ es diversa, abigarrada y contradictoria. Las dificultades de superar con éxito el estricto análisis de idoneidad de una sentencia de contraste aportada en un recurso de casación para la unificación de doctrina impiden

de asimilada al alta (art. 69 Orden de 24 de septiembre de 1970, por la que se dictan normas para aplicación y desarrollo del régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos).

la llegada al conocimiento del Alto Tribunal de casuísticas que, hoy en día, están carentes de un criterio común entre los diferentes TSJ, por lo que resulta necesario y deseable una cierta homogeneidad y uniformidad doctrinal en los siguientes supuestos o casos de hecho.

1. Supuesto en el que en el momento de solicitar una pensión contributiva de jubilación o de incapacidad el solicitante es beneficiario de la RAI.

La solución dada por los tribunales a los solicitantes de pensiones de viudedad –y, por extensión, de orfandad– es la de considerar al perceptor de la RAI, a fecha del óbito, en situación de asimilada a la de alta. Es evidente que en el contexto de esas casuísticas la fecha del óbito es sorpresiva e incierta, y los tribunales entienden que ser perceptor de la RAI en el momento del óbito constituye una situación de asimilada a la de alta.

Pudiera ser controvertido extrapolar esa solución a otras casuísticas sin una apropiada justificación. No existe doctrina judicial suficiente cuando se trata de reconocer otras prestaciones contributivas, *verbi gratia* de incapacidad y de jubilación ordinaria, por parte de solicitantes que al tiempo del hecho causante y de la solicitud de la prestación son perceptores actuales de la RAI.

A nuestro entender, parece plausible extender la consideración de asimilación al alta al sujeto que viene percibiendo una RAI y que desea acceder a cualquier prestación contributiva, no solamente de viudedad o de orfandad, sino también de jubilación o de incapacidad, siempre y cuando reúna los demás requisitos que sean exigibles para esa prestación.

Nos basamos en la mismísima STS de 5 de mayo de 2014 que recoge el preceptivo análisis de idoneidad de la sentencia de contraste que aporta la parte recurrente en su recurso de casación para la unificación de doctrina. La sentencia de contraste conoce de la solicitud de una prestación de invalidez, mientras que la sentencia que es objeto de recurso conoce del caso de una solicitud de pensión de viudedad. A este respecto, el Alto Tribunal sostiene que no queda desvirtuada la idoneidad de la sentencia aportada como sentencia de contraste por el hecho de que las prestaciones solicitadas sean diferentes, en tanto que para acceder a cualquier prestación contributiva es exigible encontrarse en situación de asimilada a la de alta.

Por esta razón, consideramos que la doctrina unificadora de la STS de 5 de mayo de 2014 resulta extrapolable a cualquier solicitud de prestación de carácter contributivo sea de invalidez o jubilación. Si un sujeto es, en definitiva, perceptor de la RAI al tiempo de presentar solicitud por prestación de incapacidad o de jubilación, su situación debe ser atendida y reconocida, siempre que reúna los demás requisitos que resulten legalmente exigibles.

2. Supuesto en que el solicitante de una prestación contributiva, a fecha del hecho causante, permanece como demandante de empleo sin solución de continuidad desde el momento en que finalizó su condición de beneficiario de la RAI.

De conformidad con la doctrina ya establecida, no encontraríamos justificado un tratamiento diferenciado si se impidiera acceder a una pensión contributiva de viudedad o de orfandad cuando al tiempo del fallecimiento el sujeto no era beneficiario de la RAI, sino que lo fue con anterioridad y desde entonces figura inscrito como demandante de empleo hasta el momento del óbito.

Tampoco encontraríamos justificado un tratamiento diferenciado si se impidiera acceder a prestaciones contributivas de jubilación al sujeto que fue perceptor de la RAI en alguna ocasión anterior, pero que tras agotar ese subsidio (bien por no renovación, bien por no reunir los requisitos exigidos para la RAI como es el límite de ingresos por unidad familiar), el solicitante persiste inscrito sin solución de continuidad como demandante de empleo en el Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) u organismo equivalente.

Ser perceptor al momento del óbito no parece que deba constituir un elemento esencial para ser reconocido en situación de asimilada a la de alta, en todo caso, es constitutivo de una condición necesaria para que terceros beneficiarios puedan acceder a una prestación de viudedad o de orfandad. En el supuesto planteado, la RAI –atendiendo a su naturaleza jurídica– constituye el punto de partida por el cual se inicia una situación de asimilada a la de alta siempre que, terminada la percepción del subsidio, el trabajador permanezca inscrito ininterrumpidamente como demandante de empleo hasta la fecha de solicitud de la prestación contributiva.

Consideramos que un solicitante de una prestación contributiva también parte de una situación asimilada a la de alta por ser parado de larga duración al haber agotado un subsidio por desempleo asistencial (RAI) y demostrar un indubitado *animus laborandi* y compromiso de actividad. Podemos alcanzar esta solución con base en una interpretación sistemática de los siguientes artículos: 165.1 de la LGSS, 36.1.1.º del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, 9 de la Orden de 31 de julio de 1972 y 22 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio.

A nuestro juicio existe, de hecho, un doble razonamiento para sostener que el solicitante de una prestación contributiva se encuentra en situación de asimilada a la de alta si había sido previamente perceptor de la RAI y –finalizado ese subsidio– ha permanecido inscrito ininterrumpidamente como demandante de empleo hasta el momento del hecho causante de la prestación contributiva que solicite. Los razonamientos son los siguientes: 1.º debemos atender a la naturaleza jurídica atribuida a la RAI por el TS, en sus sentencias del año 2019, que la equipara al subsidio por desempleo; 2.º debemos considerar que el solicitante de la prestación contributiva es un parado de larga duración, al haber agotado un subsidio por desempleo de carácter asistencial (en este caso, la RAI) y un parado involuntario al mantener su inscripción en la oficina de empleo como demandante de empleo, lo cual denota un compromiso de actividad y un *animus laborandi*.

En otros términos, debe considerarse que las sentencias del TS del año 2019 asientan doctrina al asimilar la RAI al subsidio por desempleo a los efectos de acceder al subsidio de prejubilación. El Alto Tribunal considera que la RAI trata de una modalidad de protección por desempleo y que sus peculiaridades no pueden oscurecer esa condición,

constituyendo un nivel asistencial o subgénero de la acción protectora por desempleo. Esto nos lleva a reconfirmar la conclusión alcanzada en el párrafo precedente: el solicitante de una prestación contributiva que fue anteriormente beneficiario de la RAI y que a fecha del hecho causante figura como demandante de empleo es sujeto en situación de asimilada a la de alta para acceder a una prestación contributiva de la Seguridad Social, siempre que acredite el resto de los requisitos exigidos en la prestación correspondiente. El TS sostiene «que el agotamiento del subsidio propio de la RAI debe asimilarse al de los otros subsidios por desempleo cuando se trata de abrir el acceso al específico para mayores de 55 años» y, por otro lado, el presente razonamiento cumple con el artículo 36.1.1.º del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, en relación con el artículo 9 de la Orden de 31 de julio 1972 y con el artículo 22 del Decreto 1646/1972 del mismo año.

Los trabajadores a los que se les hayan reconocido auxilios económicos de carácter periódico deben ser considerados en situación asimilada a la de alta, a los efectos de que puedan causar derecho a prestaciones de incapacidad, jubilación y muerte y supervivencia. También se encontrarán en situación asimilada a la de alta aquellos sujetos en paro involuntario una vez agotada la prestación asistencial (RAI), siempre que en tal situación se mantenga la inscripción como desempleado en la oficina de empleo.

3. Supuesto en que existe un lapso temporal «prolongado» entre el cese involuntario en el trabajo (o cese de actividad para el caso de trabajadores en el RETA) con respecto a la fecha de la primera inscripción como demandante de empleo y que, seguida y posteriormente, el trabajador fue perceptor de la RAI.

Salvo contadas excepciones, la casuística que se plantea ha sido resuelta por los diferentes TSJ en el sentido de no considerar en situación de asimilada a la de alta al trabajador-solicitante de una prestación contributiva (jubilación o incapacidad) cuando, al tiempo del hecho causante, percibía la RAI, o bien permanecía inscrito como demandante de empleo tras haber percibido la RAI, pero que precedía a la fecha de la primera inscripción como demandante de empleo un lapso de tiempo prolongado en el que el trabajador no había figurado inscrito como demandante de empleo sin que concurriera causa justificada para ello¹⁴. En tales casos, los TSJ rechazan también la aplicabilidad de la doctrina del paréntesis, precisamente, por la inexistencia de una situación de asimilada a la de alta.

Como hemos visto en epígrafes precedentes, algunos posicionamientos de los TSJ consideran que no es de aplicación el artículo 36.1.1 del Real Decreto 84/1996 que reconoce en

¹⁴ La determinación de lo que es un tiempo prolongado sin inscripción como demandante de empleo constituye un aspecto crítico para el posicionamiento de algunos tribunales, pero totalmente subjetivo y discrecional, pues algunos tribunales consideran prolongado un periodo superior a 3 meses, otros a 1 año y otros a 3 o más años sin que haya ninguna otra circunstancia diferenciadora que justifique esa disparidad de razonamientos. Cómo no, hay tribunales que, al contrario, defienden que hay que ponderar las circunstancias vigentes al momento del hecho causante y excluir situaciones anteriores a la primera inscripción que constituye una *conditio sine qua non*, para acceder al programa de la RAI.

situación de asimilada a la de alta al trabajador que se encuentre en paro involuntario tras haber agotado una prestación asistencial, cuando a fecha del hecho causante el trabajador figura inscrito en el SEPE como demandante de empleo tras haber percibido la RAI, porque, durante el periodo de tiempo que media entre el cese involuntario de su último empleo (o cese de actividad) hasta la fecha de la primera inscripción como demandante de empleo, el trabajador no figuró inscrito en el SEPE como demandante de empleo sin que concurra una causa justificativa alguna para ello (*v. gr.*, enfermedad grave, permanencia en prisión, etc.). En tales casos, los tribunales sostienen que el trabajador, durante ese lapso temporal, se mantuvo voluntariamente apartado del mercado laboral y, por tanto, la falta de una inscripción inmediata tras el cese en el empleo trunca la situación de paro involuntario. De manera que las circunstancias vigentes a fecha del hecho causante no pueden ser tenidas en cuenta a los efectos de considerar su situación de asimilada a la de alta.

Sirva de ejemplo la STSJ de Cataluña de 10 de noviembre de 2022 (rec. 1583/2022), que aborda la cuestión –de oficio– de si el solicitante de una pensión contributiva de jubilación parte de una situación de asimilada a la de alta, al tiempo del hecho causante, cuando consta acreditado que fue beneficiario de la RAI por 1 año, y, tras finalizar esta, figuraba como demandante de empleo, sin solución de continuidad, a lo largo de más de 10 años, no solo en un organismo de empleo, sino hasta en tres organismos públicos de empleo diferentes, y acreditaba, además, haber completado dos cursos de formación profesional impartidos por el gremio de constructores; indicios todos ellos suficientes para denotar el compromiso de actividad, pero que –a juicio del TSJ– al solicitante de la prestación no se le podía considerar en situación de asimilada a la de alta dado que su situación no constituía paro involuntario y, por ende, tampoco resulta aplicable la doctrina del paréntesis, por el hecho de que con anterioridad a la fecha de su primera inscripción como demandante de empleo habían transcurrido más de 4 años desde su cese de actividad en el RETA sin que se inscribiera como demandante de empleo.

Cabe preguntarse si realmente está justificado remontarse a situaciones anteriores al momento del hecho causante, esto es, una situación anterior en la que el trabajador, tras el cese en el empleo o cese de actividad, se inscribe tardía o muy posteriormente en el SEPE como demandante de empleo, para considerar truncada la situación de asimilada a la de alta por paro involuntario a fecha del hecho causante, pese a que pueda sostenerse y acreditarse que aquella supuesta involuntariedad del trabajador a acceder al mercado laboral es pasada, anterior, caduca o extinta, porque a fecha de la solicitud de la prestación contributiva el trabajador acredita haber percibido la RAI –prestación asistencial equivalente al subsidio por desempleo– y, finalizada esta, acredita haber permanecido inscrito en el SEPE como demandante de empleo sin solución de continuidad. ¿Deja de constituir una situación de asimilada a la de alta por paro involuntario a fecha del hecho causante la consideración de una situación preexistente a la primera inscripción como demandante de empleo, por una supuesta voluntariedad de alejamiento del mercado laboral, a pesar de que el trabajador ha sido receptor de la RAI y existe una inscripción ininterrumpida como demandante de empleo hasta el momento de la solicitud de la prestación contributiva?

Nuestro criterio es que la situación de asimilada a la de alta debe concurrir en el momento del hecho causante por jubilación o por incapacidad, sin que el juzgador ni las partes puedan retrotraerse a situaciones previas a la primera inscripción como demandante de empleo, siempre que el trabajador haya percibido el subsidio de la RAI, que es precisamente el elemento determinante y originador de una situación de asimilada a la de alta. Es decir, la situación de asimilada al alta deriva de la inclusión en el programa de la RAI y no de las situaciones anteriores o de las circunstancias en que accedió a él, que debieron ser las adecuadas para cumplir los requisitos legales, porque, en otro caso, no hubiera sido admitido al programa de la RAI (en este sentido, *vid.* STSJ de Andalucía de 30 de marzo de 2022). Además, la doble sentencia del TS del año 2019 asimila la RAI al subsidio por desempleo y explica que, aunque no constituya una prestación contributiva, sí nos encontramos con una prestación asistencial y/o subgénero a una prestación por desempleo. En consecuencia, la mera condición de beneficiario de la RAI debe considerarse una situación de asimilada a la de alta a los efectos de acceder a cualquier prestación contributiva por paro involuntario, una vez agotada la prestación, asistencial (RAI), siempre que en tal situación se mantenga la inscripción como desempleado en la oficina de empleo (art. 9 Orden de 31 de julio de 1972 y art. 36.1.1 RD 84/1996)¹⁵.

Admitir la posición adoptada por aquellos TSJ que abogan por no considerar en situación de asimilada a la de alta por paro involuntario a estos solicitantes de prestaciones contributivas, en nuestra opinión, provoca la desnaturalización de la doctrina sustentada por el Alto Tribunal en el año 2014 de considerar en situación de asimilada a la de alta a los perceptores de la RAI al tiempo del hecho causante; igual desnaturalización de la doctrina del año 2019, que entendemos que complementa a la anterior, en la que el TS sostiene la asimilación de la RAI al subsidio por desempleo, cuya doctrina debe servir de base para permitir el acceso a prestaciones contributivas como la de jubilación o de incapacidad, porque el agotamiento de prestaciones por desempleo, tales como el subsidio por desempleo, y el mantenimiento del trabajador como demandante de empleo sí constituyen una situación de paro involuntario y, por ende, una situación asimilada a la de alta (art. 36.1.1.º RD 84/1996).

¹⁵ Por otro lado, en estos casos debe considerarse aplicable también la doctrina del paréntesis en tanto que concurre un indubitado *animus laborandi* del solicitante de la prestación contributiva de jubilación. El paréntesis se abre en el momento de la solicitud de la pensión contributiva y se cierra en la fecha de la inscripción como demandante de empleo, a partir de cuya fecha hay que computar hacia atrás los 15 años, de los cuales hay que acreditar al menos 2 años de cotización. Si con anterioridad al periodo de inscripción como demandante de empleo que llega hasta la jubilación hay un periodo de no inscripción como demandante de empleo de cierta duración, ello no debe impedir por completo abrir el paréntesis, de lo contrario sería una interpretación errónea de la doctrina del paréntesis. Téngase en cuenta que el solicitante de la prestación contributiva ya asume, en el cómputo de la carencia genérica, esa falta de cotización y esa falta de inscripción en el cómputo de la base reguladora de cotización de los últimos 15 años. Por lo que la existencia (o no) de un lapso de tiempo, prolongado (o no), en el que el sujeto no figurase inscrito como demandante de empleo no debe desvirtuar su situación de asimilada a la de alta ni tampoco la aplicabilidad de la doctrina del paréntesis.

4. Supuestos en que el solicitante de una prestación contributiva había percibido una renta autonómica de inserción y no propiamente una RAI.

De todas las casuísticas anteriormente estudiadas, planteamos si cabe subsumir el caso en el que el solicitante de una prestación contributiva al tiempo del hecho causante es o ha sido beneficiario de una renta de inserción financiada por una comunidad autónoma, pero que no es beneficiario, ni lo ha sido, de la RAI que financia el SEPE. De considerarse la misma naturaleza jurídica de ambos subsidios, ¿a igual naturaleza cabe igual solución?

La respuesta merece un análisis comparativo adecuado y sosegado a fin de no extrapolar soluciones a casuísticas que pudieran parecer equivalentes y no lo son. Téngase en cuenta, por ejemplo, la posición del TS que tuvo ocasión de pronunciarse respecto a la sentencia de contraste citada con ocasión de la interposición del recurso de casación para la unificación de la doctrina (*vid.* Auto de 7 de diciembre de 2016, rec. 790/2016). Pues bien, la sentencia recurrida conocía de la denegación de la prestación solicitada por no encontrarse el reclamante en situación de incapacidad desde una situación de no alta y no acreditar la carencia genérica ni específica para causar dicha pensión.

El Alto Tribunal entiende que no se supera el análisis de la idoneidad de la sentencia de contraste (STS de 5 de mayo de 2014) en tanto que no considera equivalente el ingreso aragonés de inserción con la RAI, porque esa prestación autonómica no exige que previamente a su solicitud el interesado haya figurado inscrito ininterrumpidamente como demandante de empleo durante un plazo mínimo y, por otro lado, se diferencia en que exige tener una edad que no permita acceder a una pensión no contributiva.

Criterio que compartimos, pues, si bien las rentas autonómicas de inserción guardan cierta similitud, no por ello están exentas de particularidades que las diferencian del programa de la RAI. En primer lugar, téngase en consideración que los organismos de los que depende la financiación de cada renta son diferentes. El programa de la RAI depende del SEPE y, como tal, ostenta un carácter estatal por su derivación de una competencia exclusiva del Estado, que forma parte de la acción protectora por desempleo del régimen público de la Seguridad Social, según señala inequívocamente el Real Decreto 1369/2006. En consecuencia, la RAI no debe matizarse ni alterarse por normas autonómicas, carentes de competencia en materia de Seguridad Social. Por su parte, de conformidad con el artículo 148.1.20.^a de la CE, las comunidades autónomas pueden asumir competencias en materia de asistencia social; y las rentas autonómicas de inserción dependen de las comunidades autónomas, que varían en su nombre según la región, pero que tienen un carácter predominantemente alimenticio, esto es, de cubrir las necesidades básicas de una unidad de convivencia, ya sea de una persona o de una familia; condicionada su financiación a las disponibilidades presupuestarias anuales de la comunidad autónoma correspondiente.

Las rentas autonómicas de inserción, como parte del sistema público de servicios sociales, derivan de la competencia exclusiva de las comunidades y ciudades autónomas,

por lo que cada una de ellas establece diferentes formas de acceso, requisitos, medidas complementarias, duración o cuantía, entre otros. Mientras que parte de los requisitos son más o menos comunes en todas las diferentes rentas de inserción autonómicas como el de figurar empadronado en la comunidad que corresponda un mínimo de tiempo (en algunos casos se exigen 3 años, 2 años o 1 año, pero también hay casos, como el de Melilla, donde son suficientes 6 meses); carecer de ingresos suficientes para la subsistencia (umbrales diferentes, en todo caso); suscribir un compromiso de actividad; tener determinadas edades (existen notables diferencias al establecer una edad mínima y, en otros casos, una edad máxima); y, entre otros requisitos, figurar en situación de desempleo en el momento de la solicitud.

En definitiva, el quid de la cuestión es que la gran mayoría de las rentas autonómicas de inserción no guardan homogeneidad y no exigen en el momento de su solicitud figurar inscrito como demandante de empleo y aquellas que lo exigen no requieren de una permanencia previa y mínimo de tiempo inscrito como demandante de empleo¹⁶; requisito que sí se predica en el artículo 2.1 b) del Real Decreto 1369/2006. Por tanto, las rentas autonómicas de inserción se sitúan a medio camino entre el programa de la RAI y el de un ingreso mínimo vital¹⁷, prestación dirigida a prevenir el riesgo de pobreza y exclusión social de las personas que viven solas o están integradas en una unidad de convivencia carente de recursos económicos para cubrir sus necesidades básicas. Diferencias notables que las hacen auténticas prestaciones autónomas y no equivalentes, especialmente en cuanto al hecho de equiparar la renta de inserción autonómica a un subsidio por desempleo ni de considerar a sus beneficiarios en situación de asimilada a la de alta por paro involuntario para acceder a una prestación contributiva.

¹⁶ Sí exigen figurar como demandante de empleo al tiempo de la solicitud, pero sin exigir un periodo mínimo previo como demandantes de empleo en las siguientes: la ya derogada prestación canaria de inserción (Canarias), renta mínima de inserción social (Andalucía), salario social básico (Asturias), ingreso mínimo de inserción social (Ceuta), renta social básica (Cantabria); el resto de comunidades no exigen figurar como demandantes de empleo.

¹⁷ Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital.

Referencias bibliográficas

- Botí Hernández, E. (2014). La renta activa de inserción: problemática interpretativa y reforma de 2012. *Anales de Derecho*, 32, 1-22. <https://revistas.um.es/analesderecho/article/view/184481>
- Cavas Martínez, F. (2003). Protección por el desempleo e inserción laboral: balance provisional de los programas de renta activa de inserción 2000/2003. *Aranzadi Social*, 5, 191-202.
- Cristóbal Roncero, R. (2002). El programa de la renta activa de inserción en la Ley 42/2002. En A. V. Sempere Navarro (Coord.), *Empleo, despido y desempleo tras las reformas del 2002* (pp. 277-292). Aranzadi.
- Esteban Legarreta, R. (2006). *La renta activa de inserción*. Tirant lo Blanch.
- Fernández Avilés, J. A. (2002). El programa de renta activa de inserción para el año 2002 (Comentario a la disposición adicional 1.^a del RDL 5/2002, de 24 de mayo). *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, 114, 883-926.
- López Insua, B. (2015). La renta activa de inserción como instrumento de lucha contra la exclusión social. En *La protección por desempleo en España. XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social* (pp. 385-397). Laborum.
- Moreno Domínguez, M. (2004). *La protección pública no contributiva frente a la exclusión social. Análisis jurídico-económico*. Mergablum.
- Moreno Gené, J. (2020). Naturaleza jurídica de la renta activa de inserción: nueva oportunidad de clarificación a propósito del acceso al subsidio especial de prejubilación. *IUS-Labor. Revista d'Anàlisi de Dret del Treball*, 2, 101-130. <https://doi.org/10.31009/IUSLabor.2020.i02.05>
- Moreno Gené, J. y Romero Burillo, A. M.^a (2007). *El nuevo régimen jurídico de la renta activa de inserción (A propósito del Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre)*. Thomson Aranzadi.
- Noguera, J. A. (2001). La renta básica y el principio contributivo. En D. Raventós (Coord.), *La renta básica. Por una ciudadanía más libre, más igualitaria y más fraterna* (pp. 63-106). Ariel.
- Rodríguez Pastor, G. E. (2015). Renta activa de inserción y programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo. En R. Roqueta Buj y G. E. Rodríguez Pastor (Coords.), *Crisis económica y medidas ante el desempleo* (pp. 319-355). Tirant lo Blanch.
- Saragossà i Saragossà, J. V. (2014). Comentarios a la renta activa de inserción. En R. Roqueta Buj y C. Tatay Puchades (Coord.^{as}), *Puntos críticos en la protección por desempleo y el cese de la actividad autónoma* (pp. 145-159). Thomson Reuters.
- Selma Penalva, A. (2016). Aspectos prácticos, perspectivas de futuro y cuestiones controvertidas de la renta activa de inserción. *Revista de Información Laboral*, 9, 41-67.

José Luis Blanco Pérez. Es director adjunto de la Asesoría Jurídica de Iberpay (Sociedad Española de Sistemas de Pago, SA) y actual colaborador de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (Instituto de España). Ha prestado asesoramiento jurídico para entidades del sector bancario en los últimos 10 años y es autor de diversos trabajos y artículos en revistas jurídicas especializadas de diversa índole. <https://orcid.org/0000-0003-2861-7005>

Jubilación parcial y contrato de relevo. Alcance de la responsabilidad de la empresa en caso de subrogación convencional

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Supremo 287/2023,**
de 19 de abril

Cristina Aragón Gómez

Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) (España)
cristina.aragon@der.uned.es | <https://orcid.org/0000-0001-6177-8287>

Extracto

La sentencia objeto de este comentario es la primera que aborda el alcance de la responsabilidad empresarial en un supuesto en el que, con motivo de una subrogación parcial por imperativo convencional, el trabajador relevista y el trabajador relevado acaban prestando servicios en empresas diferentes, con la particularidad de que el contrato de relevo se extingue por decisión de la empresa saliente con posterioridad al cambio de empresario, pero antes de que el jubilado parcial acceda a la jubilación plena.

Palabras clave: sucesión de empresa; sucesión de contratistas; responsabilidad empresarial; pensión de jubilación; jubilación parcial; contrato de relevo; cese del relevista.

Recibido: 12-10-2023 / Aceptado: 13-12-2023 / Publicado: 04-01-2024

Cómo citar: Aragón Gómez, C. (2024). Jubilación parcial y contrato de relevo. Alcance de la responsabilidad de la empresa en caso de subrogación convencional. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 287/2023, de 19 de abril. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 478, 145-154. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.19655>

Partial retirement and relief contract. Scope of the company's liability in case of conventional subrogation

Commentary on Supreme Court Ruling 287/2023, of 19 April

Cristina Aragón Gómez

*Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) (España)*
cristina.aragon@der.uned.es | <https://orcid.org/0000-0001-6177-8287>

Abstract

The ruling that is the subject of this comment is the first that addresses the scope of corporate responsibility in a case in which, due to partial subrogation due to conventional imperative, the substitute worker and the relieved worker end up providing services in different companies, with the particularity that the replacement contract is terminated by decision of the outgoing company after the change of employer, but before the partial retiree accesses full retirement.

Keywords: business succession; succession of contracts; corporate responsibility; retirement pension; partial retirement; relief contract; dismissal of the reliever.

Received: 12-10-2023 / Accepted: 13-12-2023 / Published: 04-01-2024

Citation: Aragón Gómez, C. (2024). Partial retirement and relief contract. Scope of the company's liability in case of conventional subrogation. Commentary on Supreme Court Ruling 287/2023, of 19 April. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 478, 145-154. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.19655>

1. Marco normativo de referencia

La jubilación parcial presenta una especial conexión con las políticas de empleo. En efecto, con esta concreta modalidad, el legislador ha pretendido varios y entremezclados objetivos. En primer lugar, que la persona trabajadora madura pueda acceder de forma paulatina y no traumática a una situación de inactividad laboral. En segundo lugar, que la jubilación parcial no se traduzca en la pérdida de puestos de trabajo y de ahí la exigencia de celebrar simultáneamente un contrato de relevo. En tercer lugar, que los ingresos de la Seguridad Social no se vean mermados. Lo que explica que, inicialmente, se requiriera la realización de trabajos iguales o similares y posteriormente –tras las Leyes [40/2007](#) y [27/2011](#)– se haya exigido la correspondencia de bases de cotización entre el jubilado parcial y el trabajador relevista. Y, por último, la jubilación parcial permite a las empresas dar continuidad a su plantilla y transmitir la experiencia y los conocimientos acumulados por el jubilado parcial a los nuevos empleados.

Pues bien, partiendo de los objetivos previamente mencionados, en nuestro ordenamiento jurídico el acceso a la jubilación parcial anticipada se condiciona a que la empresa celebre con carácter simultáneo un contrato de relevo con un trabajador en situación de desempleo o que tenga concertado con la empresa un contrato de trabajo de duración determinada, con el objeto de sustituir la jornada de trabajo dejada vacante por el trabajador que se jubila parcialmente (arts. [215.2 Ley general de la Seguridad Social](#) –LGSS– y [10 RD 1131/2002](#)).

En la práctica, el contrato de relevo puede ser indefinido o de duración determinada. En el caso de ser temporal deberá tener, como mínimo, una duración igual al tiempo que le falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad ordinaria de jubilación ([art. 215.2 f\) LGSS](#)). Y, en el caso de ser indefinido, deberá mantenerse, al menos, durante una duración igual al resultado de sumar 2 años al tiempo que le falte al trabajador sustituido para alcanzar dicha edad.

Así, si el contrato de relevo se extingue antes de alcanzar la duración mínima anteriormente indicada, el empresario estará obligado a celebrar un nuevo contrato en los mismos términos del extinguido, por el tiempo restante. Y en caso de incumplimiento por parte del empresario de esta obligación será responsable del reintegro de la pensión que haya percibido el pensionista. Concretamente, la [disposición adicional segunda.4 del Real Decreto 1131/2002](#) aclara que, si la empresa no cumple esta obligación en el plazo de 15 días, el empresario deberá abonar a la entidad gestora «el importe devengado de la prestación de jubilación parcial desde el momento de la extinción del contrato hasta que el jubilado parcial acceda a la jubilación ordinaria o anticipada». No obstante, a pesar del tenor literal del precepto, el Tribunal

Supremo (TS) ha entendido que la responsabilidad de la empresa ha de atemperarse, exigiéndose de forma proporcional a la entidad del incumplimiento. Así, la empresa únicamente debe responder por el tiempo que haya mediado entre el día en que se dio de baja al relevista que cesa y aquel en que la empleadora contrata a un nuevo relevista (Sentencia del TS –[STS- de 8 de julio de 2009, rec. 3147/2008](#)).

2. Síntesis del supuesto de hecho

La [sentencia objeto de este diálogo](#) aborda un supuesto de sucesión empresarial por imperativo convencional, en el que la empresa entrante se subroga en la relación laboral del trabajador relevado, mientras que el relevista sigue prestando servicios en la empresa saliente, que es la que extingue el contrato de relevo, con posterioridad al cambio de empresario, pero antes de que el trabajador relevado acceda a la jubilación plena. En efecto, en este concreto supuesto, un trabajador –que prestaba servicios para una empresa de seguridad en las instalaciones de Metro de Madrid– se acogió a la jubilación parcial y, a tal efecto, formalizó con su empresa un contrato a tiempo parcial. En contrapartida, la empresa suscribió un contrato de relevo por un periodo de 4 años, desde el 1 de noviembre de 2012 y hasta el 31 de octubre de 2016. El problema se suscita porque, a mediados del año 2013, se adjudicó una parte del servicio de seguridad a una nueva compañía, que se subrogó en todos los contratos de trabajo de los empleados adscritos a las zonas 3 y 7 de Metro de Madrid que cumplían los requisitos exigidos en el convenio colectivo. Entre ellos, se encontraba el contrato del trabajador jubilado parcial. Sin embargo, la trabajadora relevista continuó en la plantilla de la empresa anterior, causando baja en la misma el día 15 de julio de 2014.

Durante el periodo comprendido entre el 16 de julio de 2014 y el 31 de octubre de 2016, el trabajador relevado continuó prestando servicios a tiempo parcial y cobrando la pensión de jubilación por un importe total de 25.440,71 euros. Sin embargo, ninguna de las dos empresas contrató a un nuevo relevista que cubriera el resto de la jornada. En respuesta, el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) declaró la responsabilidad de la nueva adjudicataria del servicio por el incumplimiento de lo establecido en la [disposición adicional segunda del Real Decreto 1131/2002](#). Ante ello, la empresa interpuso reclamación previa y, tras su desestimación, presentó una demanda ante la jurisdicción social.

El Juzgado de lo Social estimó la demanda, revocó la resolución del INSS y condenó a la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) a reintegrar el importe que la empresa había abonado con carácter previo, pues –en su opinión– la nueva adjudicataria del servicio de seguridad no podía ser condenada al abono de la pensión de jubilación parcial, por cuanto no había adquirido la condición de empleadora de la trabajadora relevista y no había sido responsable de la extinción de esta relación laboral. La resolución de instancia fue recurrida en suplicación por el INSS y por la TGSS y el Tribunal Superior de Justicia de Madrid estimó el recurso, entendiendo que la nueva adjudicataria del servicio sí tenía la obligación

de contratar a un relevista hasta que el jubilado parcial accediera a la jubilación plena. Ante ello, la empresa formalizó un recurso de casación para unificación de doctrina, cuyas claves se abordan en el epígrafe siguiente.

3. Claves de la doctrina judicial de la sentencia

La cuestión a resolver en este recurso de casación para unificación de doctrina versa sobre la problemática que genera el hecho de que el trabajador relevado y el trabajador relevista pasen a trabajar para empresas diferentes por efectos de una subrogación empresarial convencional; más concretamente, el conflicto radica en determinar si procede declarar la responsabilidad de la empresa cesionaria que se ha subrogado en la relación laboral del pensionista, con respecto al pago de la prestación de jubilación parcial, por incumplir la obligación de sustituir al trabajador relevista cuya relación laboral se ha extinguido por decisión de la empresa cedente antes de la fecha en la que el jubilado parcial accede a la jubilación total.

Sabemos que el TS ha tenido oportunidad de pronunciarse, con carácter previo, con relación a supuestos similares en los que, con ocasión de una sucesión parcial de la actividad empresarial, el trabajador relevista y el trabajador relevado han acabado prestando servicios para empresas distintas. Pues bien, teniendo en cuenta que la subrogación mantiene la colocación del trabajador relevista en las mismas condiciones de trabajo y de Seguridad Social, se respetan las finalidades perseguidas por la norma, por lo que no hay obligación de sustituirlo por otro trabajador relevista y no surge, por tanto, ninguna responsabilidad empresarial (SSTS de [25 de enero de 2010, rec. 1245/2009](#); de [18 de mayo de 2010, rec. 2165/2009](#); de [20 de mayo de 2010, rec. 3797/2009](#); y de [9 de febrero de 2011, rec. 1148/2010](#)). Dicho en otros términos, en la medida en que el relevista continúa trabajando y cotizando, la jubilación parcial no se traduce en una pérdida de puestos de trabajo, ni se ven mermados los ingresos de la Seguridad Social.

Pero, en este concreto supuesto, el problema es distinto, pues la empresa cedente había extinguido el contrato de la trabajadora relevista antes de que el trabajador relevado hubiera alcanzado la edad de jubilación, sin que ninguna de las dos entidades hubiera contratado a un nuevo relevista para sustituirlo. Y con ello –según el TS– se estarían quebrando los objetivos de mantenimiento de empleo y de ingresos de la Seguridad Social, por lo que la empresa deviene responsable del pago de la pensión de jubilación. Para alcanzar esta conclusión, el TS se apoya en los siguientes argumentos.

En primer lugar, el vínculo existente entre el relevado y el relevista es inescindible y ese carácter indisoluble de ambas relaciones se mantiene incluso en el supuesto de que ambos empleados pasen a prestar servicios en empresas distintas. En la práctica, esta conexión se manifiesta en el propio origen de la relación laboral, pues la celebración de un contrato

de relevo es condición necesaria para el acceso a la jubilación parcial anticipada (arts. [12.6 Estatuto de los Trabajadores](#) –ET– y [215.2 LGSS](#)). Igualmente se evidencia en el desarrollo de la relación laboral: la jornada de trabajo del relevista y del relevado deben armonizarse y el puesto de trabajo ha de ser el mismo u otro similar del mismo grupo profesional o categoría equivalente o existir una correspondencia entre las bases de cotización de ambos. Y también se refleja en la finalización del contrato de relevo, pues su duración y su consecuente extinción no puede ser anterior a la extinción de la relación laboral del jubilado. Con todo, el elemento más determinante de esta indisociable vinculación es la causa que justifica la propia existencia del contrato de relevo, que no es otra que la situación de jubilación parcial del relevado.

En segundo lugar, la subrogación en la relación laboral del jubilado parcial ex [artículo 44 del ET](#) conlleva la asunción por la nueva empleadora de todas las obligaciones en materia laboral y de Seguridad Social asociadas a ese contrato de trabajo, entre ellas, la que impone la [disposición adicional segunda del Real Decreto 1131/2002](#), de asegurar la contratación de un trabajador relevista hasta la fecha en la que el sustituto alcance la edad de jubilación. Con la subrogación, la nueva empleadora queda sometida a la totalidad del régimen jurídico que regula esa figura: tanto a los beneficios y a las ventajas que están asociados a este tipo de contrato como a las obligaciones que se derivan de esta singular modalidad contractual. Y es que no olvidemos que el hecho de que la subrogación derive de lo previsto en el convenio colectivo no impide la aplicación de lo dispuesto en el [artículo 44 del ET](#), a raíz de la [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de julio de 2017 \(asunto C-60/2017, Somoza Hermo\)](#).

En tercer lugar, no es admisible que la empresa que se subroga en la relación laboral de un jubilado parcial se desentienda de las vicisitudes que puedan afectar al trabajador relevista vinculado a aquel. Así, aunque la nueva empleadora podría considerarse dispensada de la obligación de contratar a un trabajador mientras se mantenga vigente el contrato del relevista con su otra empresa, esta dispensa desaparece cuando el contrato del relevista se extingue sin que su empresa lo haya sustituido. Es cierto que, ante ello, la empresa entrante puede enfrentarse a ciertas dificultades prácticas, pero no podemos olvidar dos cosas: una, que es perfectamente factible que el propio convenio colectivo regule las obligaciones asumidas por la empresa saliente y por la empresa entrante, estableciendo la información que ha de darse entre una y otra (y no solo en el momento de la transmisión, sino también en el futuro); y otra, que, ante la falta de expresa previsión convencional, nada impide que la empresa entrante requiera esta información a la empresa saliente, ante la eventualidad de que extinga el contrato de trabajo del relevista. Lo que parece:

[...] una cautela elemental en el diligente actuar de cualquier empresa que se subroga en el contrato de un jubilado parcial y conoce perfectamente la obligación de que exista un contrato de relevo hasta la fecha de acceso definitivo a la jubilación (FJ 4.º, punto 4, [STS 287/2023](#)).

En cualquier caso, resulta irrelevante la concurrencia de culpa, pues debemos tener en cuenta que la obligación de sustituir al trabajador relevista no tiene carácter punitivo. Inicialmente, el TS entendió que la obligación empresarial prevista en la [disposición adicional segunda del Real Decreto 1131/2002](#) ostentaba naturaleza sancionadora (SSTS de [23 de junio de 2008, rec. 2335/2007](#), y de [16 de septiembre de 2008, rec. 3719/2007](#)). Pero, con posterioridad, corrigió dicha doctrina, pues la expresión «deberá abonar» sitúa la consecuencia jurídica en términos obligacionales y no represivos, de manera que no establece ninguna suerte de sanción que pueda o deba imponer el INSS, sino un efecto automático para el supuesto de que la empresa desconozca los compromisos que contrae el suscriptor de un contrato –el de relevo– que obviamente le beneficia a ella tanto como al trabajador que se jubila o al que releva a este; una consecuencia que resulta próxima al reintegro de prestaciones a través del cual el ordenamiento jurídico trata de restaurar el orden normal de las cosas, de forma que el abono de la prestación a la entidad gestora se articula como mera recuperación de la cantidad satisfecha por pensión cuando no se hubiese cumplido por parte de la empresa el presupuesto –contratar a un relevista en los términos legalmente previstos– de lo que se presenta un negocio a tres bandas: el INSS, la persona beneficiaria de la prestación y la empresa (SSTS de [9 de febrero de 2010, rec. 2334/2009](#), y de [15 de marzo de 2010, rec. 2244/2009](#)). Y de lo expuesto se deriva una consecuencia importante: la obligación de contratar un nuevo relevista se trata de una obligación de resultado, por lo que la empresa no puede verse exonerada de responsabilidad por el hecho de no haber adoptado la decisión extintiva del contrato de relevo.

Por todo lo anteriormente expuesto, el TS concluye que la empresa entrante (empleadora del jubilado parcial) es responsable del pago de la pensión. Ahora bien, esta afirmación debe ser matizada: partiendo de la inescindible vinculación entre el relevista y el relevado:

[...] la consecuencia jurídica no puede ser otra que la de extender solidariamente esa misma responsabilidad a la empresa del relevista que se ha venido beneficiando de su contratación y que da por extinguida la relación laboral sin respetar la normativa legal que justifica tan peculiar causa de contratación en la propia existencia de la relación laboral del relevado.

Por lo tanto, debe asumir solidariamente las responsabilidades derivadas de ese incumplimiento, «en tanto que su actuación supone asimismo el incumplimiento de aquellos objetivos de mantenimiento del empleo sin merma de los ingresos de seguridad social que justifican la propia existencia de este tipo de contrato de trabajo» (FJ 5.º, punto 1, [STS 287/2023](#)).

Se trata, según el TS, de un supuesto de solidaridad impropia, que no tiene su origen en la ley o en el contrato, sino que dimana de la naturaleza del ilícito y de la pluralidad de sujetos que han concurrido en su producción y que igualmente surge cuando no resulta posible individualizar la contribución de cada uno.

Lo que ocurre es que, en la demanda, la empresa entrante únicamente solicita que se deje sin efecto la resolución del INSS y, aunque formalmente llama al proceso a la empresa saliente, en la práctica no solicita su condena. Tampoco lo hace la entidad gestora en el recurso de suplicación, ni lo pide el demandante en el recurso de casación. Por lo tanto, el TS no puede imponer de oficio un pronunciamiento en tal sentido, pues ello vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva, dado que ninguno de los litigantes lo ha esgrimido y la empresa saliente no ha tenido oportunidad de defenderse.

4. Trascendencia de la sentencia y valoración

La [sentencia objeto de este «diálogo con la jurisprudencia»](#) es la primera que se pronuncia con respecto a la responsabilidad de la empresa ante el cese del relevista en un supuesto de subrogación convencional, y representa una muestra más de los muchos conflictos que se están suscitando en la práctica, con motivo de la compleja conexión entre la jubilación parcial y el contrato de relevo. Una serie de conflictos que tratamos de sintetizar en las siguientes líneas.

Ya hemos apuntado que, en el caso de que el relevista cese de forma anticipada, la empresa debe sustituirlo a través de un nuevo contrato de relevo en un plazo de 15 días. Pues bien, esta contratación debe realizarse incluso en el supuesto de que la actividad productiva de la empresa se encuentre paralizada de manera coyuntural con ocasión de un expediente de regulación temporal de empleo de suspensión que afecta a los contratos de trabajo de la totalidad de la plantilla. Así lo entendió, de hecho, la [STS de 25 de octubre de 2022 \(rec. 2634/2019\)](#). En este concreto supuesto, el contrato de relevo se había extinguido el 31 de mayo de 2016 y la empresa no había procedido a contratar a un nuevo relevista, arguyendo que su actividad productiva había estado paralizada de marzo a octubre de ese concreto año. Sin embargo, en opinión del TS, la empresa deviene responsable del pago de la pensión de jubilación del trabajador relevado, pues la correcta respuesta debería haber sido la contratación de un nuevo relevista, la suspensión de dicho contrato y su posterior reanudación, una vez concluido el expediente de regulación temporal de empleo.

Y esta misma conclusión resulta aplicable en caso de despido individual por razones objetivas del trabajador relevado y del trabajador relevista. En opinión del TS, la empresa puede extinguir por tales causas el contrato de trabajo del trabajador jubilado parcial, pero tiene la obligación de mantener el contrato de relevo, hasta que el relevado alcance la edad de jubilación (SSTS de [22 de septiembre de 2010, rec. 4166/2009](#); de [22 de abril de 2013, rec. 2303/2012](#); de [14 de enero de 2015, rec. 463/2014](#); y de [10 de mayo de 2022, rec. 139/2019](#)). No obstante, distinta sería la conclusión en el supuesto de que en la empresa se adoptara un despido colectivo que afectara a la totalidad de la plantilla. En tal caso, el cese del relevista no lleva aparejada la obligación de asumir el pago de la pensión de jubilación parcial abonada al trabajador relevado, por cuanto el cierre de

la empresa hace imposible la contratación de otro relevista y la vinculación entre los dos contratos (el del relevado y el del relevista) ha dejado de existir (SSTS de [29 de mayo de 2008, rec. 1900/2007](#); de [23 de junio de 2008, rec. 2335/2007](#); de [16 de septiembre de 2008, rec. 3719/2007](#); y de [19 de septiembre de 2008, rec. 3804/2007](#)).

Pero, es más, partiendo de los objetivos inicialmente expuestos, el TS viene entendiendo que la palabra «cese» utilizada por la norma, como presupuesto de la obligación sustitutoria, no es necesariamente equivalente a los supuestos de extinción de la relación laboral del [artículo 49 del ET](#), sino que ha de ser interpretada en un sentido amplio. En definitiva, la doble finalidad de la institución (como medida de política de empleo y como garantía de mantenimiento financiero de la Seguridad Social) provoca que la obligación de sustitución también se extienda a los supuestos de suspensión del contrato de trabajo del relevista en los casos en que no haya obligación de cotizar. Y, en su virtud, el TS ha entendido que habría obligación de sustituir al relevista en los siguientes casos: a) ante un supuesto de excedencia voluntaria (SSTS de [8 de julio de 2009, rec. 3147/2008](#); de [9 de julio de 2009, rec. 3032/2008](#); de [15 de marzo de 2010, rec. 2244/2009](#); y de [27 de diciembre de 2010, rec. 1011/2010](#)); b) en caso de excedencia por cuidado de hijos o de familiares (SSTS de [4 de octubre de 2010, rec. 4508/2009](#); de [7 de diciembre de 2010, rec. 77/2010](#); y de [28 de noviembre de 2011, rec. 299/2011](#)); c) e, incluso, en situación de prórroga de efectos de la incapacidad temporal, pues aun cuando el contrato de trabajo se mantiene en suspenso a la espera de la declaración de una incapacidad permanente, durante dicho periodo no existe obligación de cotizar (SSTS de [24 de septiembre de 2013, rec. 2520/2012](#), y de [17 de noviembre de 2014, rec. 3309/2013](#)).

Y con base en esta misma lógica, el TS ha llegado a declarar la responsabilidad proporcional de la empresa en un supuesto en el que esta había acordado con el trabajador relevista una reducción de la jornada de trabajo, de forma que se situaba por debajo del umbral legalmente establecido (STS de [23 de junio de 2015, rec. 3280/2014](#)). Sin embargo, ha negado la responsabilidad de la empresa en un caso en el que el trabajador relevista había reducido su jornada de trabajo por razones de guarda legal, pues su contrato continuaba ostentando la misma naturaleza (indefinido a tiempo completo), dado que la reducción de jornada no lo transforma en un contrato a tiempo parcial y no se ve afectada la cotización «si bien lo sea en los términos del artículo 180.3 de la Ley general de la Seguridad Social» (STS de [23 de junio de 2011, rec. 3884/2010](#)).

Por último, el TS también ha tenido la oportunidad de pronunciarse con respecto al alcance de la [disposición adicional segunda del Real Decreto 1131/2002](#) en supuestos de dualidad empresarial. A este respecto, la [STS de 8 de febrero de 2023 \(rec. 4786/2019\)](#) analizó en qué medida una empresa debía responder de la pensión de jubilación parcial por no haber sustituido a un trabajador relevista que cesó su relación en la misma para pasar a prestar servicios en otra empresa del mismo grupo. Pues bien, en opinión del TS, el hecho de que las dos empresas implicadas pertenezcan al mismo grupo empresarial es, a estos efectos, irrelevante. En la medida en que cada empresa del grupo mantiene

su independencia y plena identidad, debe asumir sus propias obligaciones laborales y de Seguridad Social, sin que sea lícito que, en un supuesto en el que la norma impone obligaciones para garantizar el mantenimiento del empleo en la empresa, tal finalidad quede desvirtuada por un acuerdo entre las empresas del grupo, sustituyendo tal finalidad por un mantenimiento global del empleo.

En este contexto, el TS también se ha pronunciado con respecto al alcance de la responsabilidad empresarial en supuestos de sucesión de empresa. Con carácter general, ha entendido que, en tales casos, no se genera ningún tipo de responsabilidad, pues la subrogación mantiene el empleo y la cotización del trabajador relevista. Pero esta conclusión quiebra ante el cese del contrato de relevo de forma anticipada, en cuyo caso sí que emerge la responsabilidad empresarial, alcanzando a ambas empresas (cedente y cesionaria). Una resolución judicial, sin duda, novedosa e importante que debe suponer un estímulo para que los agentes sociales incrementen las obligaciones de información previstas en el convenio colectivo en los supuestos de sucesión de contratos.

El desistimiento a la pensión de jubilación una vez reconocida por la entidad gestora

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Supremo 320/2023, de 26 de abril**

Susana Rodríguez Escanciano

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de León (España)

srode@unileon.es | <https://orcid.org/0000-0001-5910-2982>

Extracto

Es posible dejar sin efecto por voluntad de la persona beneficiaria una pensión de jubilación reconocida y notificada por la entidad gestora con el fin de formular una nueva solicitud en un momento posterior que pueda resultar más favorable desde el punto de vista cuantitativo ante el aumento sucesivo de las cotizaciones aportadas.

Palabras clave: jubilación contributiva; resolución del INSS; desistimiento.

Recibido: 21-11-2023 / Aceptado: 21-11-2023 / Publicado: 04-01-2024

Cómo citar: Rodríguez Escanciano, S. (2024). El desistimiento a la pensión de jubilación una vez reconocida por la entidad gestora. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 320/2023, de 26 de abril. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 478, 155-163. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.20153>

Withdrawal of the retirement pension once it has been recognised by the management entity

Commentary on Supreme Court Ruling 320/2023, of 26 April

Susana Rodríguez Escanciano

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de León (España)

srode@unileon.es | <https://orcid.org/0000-0001-5910-2982>

Abstract

It is possible for the beneficiary to cancel a retirement pension that has been recognised and notified by the public institution in order to make a new request at a later date that may be more favourable from a quantitative point of view in view of the successive increase in the contributions paid.

Keywords: contributive retirement; public organism decision; cancellation of the pension.

Received: 21-11-2023 / Accepted: 21-11-2023 / Published: 04-01-2024

Citation: Rodríguez Escanciano, S. (2024). Withdrawal of the retirement pension once it has been recognised by the management entity. Commentary on Supreme Court Ruling 320/2023, of 26 April. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 478, 155-163. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.20153>

1. Marco normativo

Cierto es que la pensión de jubilación (entendida, a la luz de los [arts. 204 y ss. Ley general de la Seguridad Social](#) –LGSS–, como el derecho a una prestación económica vitalicia vinculada al riesgo común de la vejez, que sustituye las rentas de trabajo) es uno de los pilares básicos de cualquier sistema de protección social, no solo porque desde un punto de vista estrictamente cuantitativo el importe del gasto en pensiones destinado a la jubilación representa un porcentaje muy elevado del total (alcanzando, según las últimas estadísticas, la cifra de 8.778,12 millones de €), sino porque el número de personas beneficiarias es cada vez mayor (de las 10.055.940 pensiones contributivas abonadas, 6.369.023 son de jubilación). Ello sin olvidar que constituye también el núcleo esencial de cualquier reforma operada en los diferentes sistemas de Seguridad Social en aras de garantizar su viabilidad futura, amenazada por los elementos demográficos que caracterizan a nuestra sociedad actual; no en vano la configuración poblacional en España se caracteriza por tres peldaños claramente diferenciados: una base relativamente estrecha, debida a la escasez de nacimientos recientes; una amplia zona intermedia en la que se sitúan las cohortes del *baby boom*, que tienen en la actualidad entre 40 y 60 años de edad; y una creciente zona alta de personas envejecidas o, mejor, sobre-envejecidas, mayores de 80 años.

No menos verdad resulta que, desde un punto de vista personal, el importe de la pensión de jubilación atesora igualmente una importancia capital, pues va a implicar la percepción de unos ingresos económicos que van a actuar como soporte del devenir vital individual (y, en su caso, familiar) a lo largo de varios años e incluso décadas, dado que la extinción de la pensión tendrá lugar en el momento del fallecimiento de la persona beneficiaria.

El carácter vitalicio de la pensión de jubilación debe ponerse en conexión con lo dispuesto en el [artículo 3 de la LGSS](#), que reconoce el principio de irrenunciabilidad de derechos en materia de Seguridad Social.

2. Breve síntesis del supuesto de hecho

La persona trabajadora solicitó el disfrute de una pensión de jubilación, que le fue reconocida por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) mediante resolución de fecha 13 de junio de 2018, con una base reguladora de 764,48 euros, un porcentaje del 85,49 % y unos efectos desde el 24 de enero de 2018. Contra dicha resolución formuló reclamación administrativa previa renunciando a la pensión de jubilación e interesando se deje sin efecto

la solicitud formulada, siendo tales pretensiones denegadas mediante resolución del INSS de fecha 9 de agosto de 2018, recurrida ante el Juzgado de lo Social número 6 de Alicante.

La Sentencia del juzgado de instancia de 22 de marzo de 2019 estima la demanda de origen y deja sin efecto la resolución del INSS que reconoció la pensión de jubilación, debiendo la persona trabajadora devolver todo lo percibido por dicho concepto.

Dicho pronunciamiento del juzgado de lo social fue recurrido por el INSS en suplicación. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de la Comunidad Valenciana, en [Sentencia de fecha 7 de julio de 2020 \(rec. 1464/2019\)](#), revocó la sentencia del juzgado de lo social, entendiéndose que no es posible la renuncia a una pensión de jubilación una vez que esta ha sido reconocida, ya que la única causa de extinción de la pensión de jubilación establecida en nuestro ordenamiento jurídico (además de la sanción de pérdida por causa de incompatibilidad) es, en consonancia con su carácter vitalicio, el fallecimiento de la persona pensionista, sin que esté prevista legal o reglamentariamente la posibilidad de renuncia a la pensión de jubilación, que contravendría el principio de irrenunciabilidad de derechos del [artículo 3 de la LGSS](#).

Por la representación de la persona trabajadora se planteó recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del [TSJ de Andalucía/Sevilla de fecha 17 de marzo de 2011 \(rec. 2011/2010\)](#).

Dicho recurso de casación para la unificación de doctrina fue admitido a trámite, previo informe del Ministerio Fiscal, y resuelto en la [Sentencia del Tribunal Supremo \(TS\) 320/2023, de 26 de abril](#), objeto del presente comentario.

3. Claves de la doctrina judicial

A la hora de valorar si es posible dejar sin efecto por voluntad de la persona beneficiaria una prestación de jubilación reconocida inmediatamente después de su notificación para poder solicitarla más adelante, en un momento posterior que le pueda resultar más favorable al aumentar su periodo de cotización, el TS toma en consideración los siguientes extremos:

1.º Analiza la posible contradicción existente entre la sentencia aquí recurrida y la de contraste que, como ya consta, es la dictada por la Sala de lo Social del [TSJ de Andalucía/Sevilla de fecha 17 de marzo de 2011](#). En esta última, el actor solicitó y le fue reconocida pensión de jubilación por importe del 65,36% de una base reguladora de 836,84 euros mensuales, en virtud de 28 años cotizados, habiendo permanecido de alta en el régimen especial de personas trabajadoras por cuenta propia o autónomas entre noviembre de 1977 y marzo de 1981. El actor alega que no solicita renunciar al derecho que le corresponde, sino que pide no ejercerlo en el momento actual, de suerte que, aun cuando existe un impreso oficial firmado por él, la realidad es que se personó en la oficina del INSS para solicitar información

sobre el importe de la pensión y, por falta de entendimiento, en lugar de solicitar dicha información presentó solicitud de pensión de jubilación. Una vez que el actor ha reconsiderado su situación, procede la renuncia de la prestación reconocida, pudiendo volver a solicitarla en el momento que le sea más favorable, pretensión estimada por el TSJ.

Como informa el Ministerio Fiscal, la Sala de lo Social del TS entiende que ha de apreciarse la concurrencia de contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste en los términos exigidos por el [artículo 219 de la Ley reguladora de la jurisdicción social](#) (LRJS) atendiendo a las siguientes circunstancias: en primer lugar, en lo que se refiere a los hechos, en ambas sentencias se está en presencia de solicitantes de pensión de jubilación a los que se les reconoce esta y, por no estar conformes con la cuantía de la pensión, solicitan la renuncia a la misma para poder volver a pedirla posteriormente; en segundo lugar, por lo que atañe a las pretensiones de los actores, en ambas sentencias pretenden renunciar a la pensión de jubilación ya reconocida, dado que no se trata de una renuncia de derechos prohibida por el ordenamiento jurídico; en tercer lugar, los fallos son contradictorios, ya que mientras que la sentencia recurrida entiende que no es posible renunciar a la pensión de jubilación ya reconocida por cuanto no está prevista la renuncia como causa de extinción de dicha prestación, sin que sea posible la renuncia de derechos conforme al [artículo 3 de la LGSS](#), la sentencia de contraste entiende que sí es posible dicha renuncia a la pensión de jubilación, por no tratarse de una renuncia prohibida por el [artículo 3 de la LGSS](#).

2.º Entra a interpretar lo dispuesto en el [artículo 3 de la LGSS](#), en virtud del cual «será nulo todo pacto, individual o colectivo, por el cual el trabajador renuncie a los derechos que le confiere la presente ley», tomando en consideración las dos posturas doctrinales existentes: de un lado, aquella que, apoyada en la sistemática y finalidad de la LGSS y más allá de la dicción literal del precepto que no habla de negocios jurídicos unilaterales, sino de pactos individuales y colectivos, entiende que la prohibición se refiere a todo tipo de renuncia con independencia de que provenga de un negocio jurídico bilateral o no; de otro, aquella que considera que la renuncia abdicativa unilateral, esto es, la que no necesita de pacto por tratarse de una decisión individual del beneficiario, queda fuera del principio de irrenunciabilidad de derechos.

Esbozadas estas dos teorías, el tribunal se inclina, en una aproximación inicial, por la primera, no en vano:

[...] la renuncia es un negocio jurídico unilateral por el que su titular extingue un derecho subjetivo mediante una declaración de voluntad dirigida a tal efecto o, dicho de otra forma, mediante ese negocio jurídico unilateral el sujeto expulsa de su patrimonio un determinado derecho del que ya goza o del que pudiera gozar en el futuro.

De esta manera, lo que pretende el [artículo 3 de la LGSS](#) es «justamente que el beneficiario, bien sea por pacto individual o colectivo o bien mediante decisión unilateral, establezca cualquier disposición que implique renuncia a los derechos que el propio sistema de Seguridad Social le confiere».

Ahora bien, de los hechos recogidos tanto en la sentencia recurrida como en la sentencia de contraste, no se deduce, a juicio del TS, que se trate de una renuncia prohibida por el ordenamiento jurídico, pues:

[...] no existe una declaración de voluntad en virtud de la cual el beneficiario de una prestación de jubilación presente o futura expulse de su patrimonio jurídico el derecho a percibir la prestación de jubilación a la que pudiera tener derecho. Lo que hay en los casos examinados es una decisión unilateral del trabajador por la que, vista la resolución de la entidad gestora, decide no hacer uso de la misma, en la medida en que desiste de la solicitud, pidiendo que se deje sin efecto y no disfrutar de las consecuencias de dicha decisión, para mantenerse en activo y volver a solicitar de nuevo, cuando lo estime más conveniente para sus intereses, la misma prestación de jubilación en otras circunstancias (de carencia y cotización) que puedan suponerle una prestación mayor.

3.º Parafraseando la fundamentación del TS, se trata de una mera manifestación de no querer disfrutar la pensión en la cuantía reconocida para solicitarla más adelante cuando, en virtud de los acontecimientos personales posteriores, dicha cuantía pudiera ser más conveniente para sus intereses, máxime cuando, por un lado, la solicitud de la prestación no resulta obligatoria para quienes cumplan la edad ordinaria de jubilación; y, por otro, que el propio sistema permite e, incluso, incentiva la prolongación de la vida activa y, con ello, el retraso en la solicitud de la jubilación.

Dado que en el presente caso el beneficiario únicamente desiste del procedimiento tramitado y dicha figura jurídica no está expresamente recogida en el [artículo 3 de la LGSS](#) sin que tampoco esté prohibida, nada impide que el beneficiario pueda formular solicitud posterior.

4.º Por tales razones, considera el tribunal que la doctrina correcta es la recogida en la sentencia de contraste, porque no estamos en presencia de la renuncia unilateral abdicativa al derecho a una prestación pública de Seguridad Social, de manera que se casa y revoca la sentencia recurrida, declarando la firmeza de la sentencia de instancia sin imposición de costas.

4. Trascendencia de la doctrina establecida más allá del caso

La ordenación jurídica de la pensión de jubilación gira en torno al establecimiento de una edad que articula el tránsito de la situación de activo a la situación de pensionista. La edad de jubilación a los 65 años se estableció en España en 1967. Por aquel entonces, gran parte de la población llegaba a ese umbral con mala salud, tras una vida de privaciones, trabajos físicos extenuantes y un acceso muy limitado a los servicios médicos. Hoy, la situación es muy distinta.

El desarrollo del estado de bienestar, la reducción de los índices de siniestralidad laboral, el cuidado de la alimentación y los avances médicos y farmacéuticos han mejorado

enormemente la salud de las personas a edades avanzadas, haciendo que la mayoría de la ciudadanía llegue a los 65 en condiciones óptimas, quedando extendida la vida media en situación de jubilación de 12 a 24 años. Por tal razón, haciendo un cálculo actuarial *ad futurum*, la cuantía exacta de la pensión va a tener gran importancia para la persona beneficiaria, dado el amplio espacio temporal de percepción. Todo ello sin olvidar que el dato de la edad de acceso a la jubilación resulta especialmente relevante para garantizar la sostenibilidad del sistema, ya que no solo incide directamente en el número de años de percepción de la pensión, sino que su retraso afecta directamente a su financiación, pues la fuente principal son las cotizaciones realizadas por las empresas y las personas trabajadoras.

Bajo tales perspectivas, dejando a un lado el régimen de clases pasivas que cuenta con sistemas especiales de jubilación, en la legislación se ha apostado por la progresiva prolongación de la actividad laboral de las personas trabajadoras, consecuencia del incremento de la edad ordinaria de jubilación, de la desincentivación o penalización de las jubilaciones anticipadas, la considerable intensificación del tiempo de cotización para acceder a la pensión plena, el incentivo a la permanencia o la reincorporación al mercado laboral incluso tras la edad ordinaria de jubilación, cierta compatibilidad de la pensión con el trabajo o la recompensa a las carreras profesionales largas.

Así pues, desde la perspectiva individual de la persona trabajadora puede resultar interesante demorar el momento de la jubilación para conseguir un incremento en el montante económico, dado que la cuantía de la pensión (aunque cuenta con un mínimo y con un máximo) va a depender muy directamente de la contribución previa. Y, desde el punto de vista colectivo, la dilación en el acceso a la pensión es un elemento nuclear para la sostenibilidad del sistema.

Siendo claras estas afirmaciones, el problema resuelto en casación para la unificación de la doctrina por la [sentencia objeto de comentario](#) radica en el siguiente interrogante: ¿la decisión subjetiva de demorar la percepción de la pensión de jubilación puede plantearse una vez concluido con resolución estimatoria el procedimiento administrativo tramitado ante el INSS? Tal duda ha merecido una respuesta positiva por el TS en unificación de doctrina, entendiéndose que no se trata de una renuncia a derechos, sino una mera opción de aplazamiento en la percepción de la pensión al objeto de conseguir una cuantía superior.

No hay que olvidar que el acceso a la pensión de jubilación no está contemplado con carácter absoluto o automático ante el cumplimiento de los requisitos exigidos para su devengo: edad determinada y periodo de carencia. Por el contrario, es necesario que la persona interesada formule una solicitud ante el órgano competente (el INSS, *in casu*), cubriendo el modelo oficial al efecto previsto y adjuntando la documentación personal y específica que se indica en dicho formulario. La entidad gestora no actúa de oficio, no en vano la jubilación supone el ejercicio de un derecho de la persona trabajadora, libre y voluntariamente actuado. A partir de ahí se seguirá un cauce procedimental integrado por sucesivas actuaciones y, una vez culminado, el INSS dictará resolución en la que, si procede,

fijará la cuantía exacta a percibir aplicada la correspondiente fórmula de cálculo en la que se tendrá en cuenta la carrera de seguro aportada.

Por su parte, el [Real Decreto 286/2003, de 7 de marzo](#), por el que se establece la duración de los plazos para la resolución de los procedimientos administrativos para el reconocimiento de prestaciones en materia de Seguridad Social, fija tal lapso temporal en lo que a la pensión de jubilación se refiere en 90 días, aplicándose la regla del silencio negativo en caso contrario ([art. 129 LGSS](#)). Obtenida resolución expresa o presunta, la persona beneficiaria tiene derecho a la percepción del pago que se materializará «por medio de transferencia con cargo a los saldos disponibles en las cuentas de la Tesorería General de la Seguridad Social en cada entidad financiera colaboradora y con abono en la entidad y cuenta elegida por el perceptor» ([art. 16.2 RD 696/2018, de 29 de junio](#), por el que se aprueba el Reglamento general de la gestión financiera de la Seguridad Social).

Ahora bien, nada impide, a la luz del [artículo 94 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre](#), de procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, que la persona beneficiaria pueda desistir de su pretensión o renunciar a la misma en el marco del procedimiento administrativo. En cuyo caso, la Administración aceptará de plano el desistimiento o la renuncia ([art. 94.4](#)). En el desistimiento, la persona interesada manifiesta su voluntad de abandonar la solicitud que dio lugar al procedimiento, sin perjuicio de que pueda volver a iniciar un nuevo expediente, mientras en la renuncia abandona totalmente el derecho en que aquella solicitud se basó. Esto es, en el primer supuesto se abandona solamente la solicitud formulada y el procedimiento iniciado, mientras en el segundo se abandona el derecho que se pretendía hacer valer.

La distinción entre estas dos figuras permite alcanzar la siguiente conclusión: el interés del beneficiario en el caso aquí enjuiciado queda garantizado a través de la fórmula del desistimiento, pues únicamente pretende dejar sin efecto el procedimiento administrativo tramitado y resuelto reservándose para un momento posterior la posibilidad de formular una nueva solicitud al objeto de seguir cotizando en aras de conseguir una mejora en la cuantía reconocida. Tal conclusión queda avalada por los cuatro siguientes extremos: 1) la solicitud de jubilación no resulta obligatoria para quienes cumplan la edad ordinaria de jubilación; 2) las últimas reformas del sistema de Seguridad Social no solo permiten, sino que incentivan, la prolongación de la vida activa o, en su envés, el retraso en la solicitud de la jubilación; 3) podría darse el caso de que la pensión no se disfrutase nunca por el simple hecho de no solicitarse; 4) el derecho a la solicitud de la pensión de jubilación es imprescriptible.

Otra cosa es el cauce que se ha seguido para materializar el desistimiento que no ha sido sino la reclamación administrativa previa frente a la resolución de reconocimiento de la pensión ([art. 71 LRJS](#)), pues este trámite preprocesal únicamente habilitaría para rebatir los tres extremos recogidos en la resolución: base reguladora, porcentaje de pensión o fecha de efectos. Aun cuando por razones de justicia material es acertado que se haya admitido esta posibilidad en el supuesto enjuiciado en aras de dar satisfacción a los legítimos intereses

del beneficiario, es cuestionable, con carácter general, que pueda utilizarse la reclamación previa para dejar sin efectos una resolución estimatoria de una petición individualizada reservando el ejercicio del derecho a formular una nueva solicitud *ad futurum*.

Así pues, teniendo en cuenta las dificultades que actualmente existen para conseguir cita presencial o telefónica con la entidad gestora a los efectos de obtener información sobre un derecho futuro de Seguridad Social, lo que provoca una sistemática vulneración del derecho de la ciudadanía «a obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar» (art. 53.1 f) Ley 39/2015), convendría una intervención rápida del legislativo para introducir un trámite administrativo *ad hoc* en uno de estos dos sentidos: bien añadir una propuesta de resolución provisional por el INSS (antes de la definitiva) sometida a la aceptación de la persona beneficiaria como se hace en otros procedimientos (léase, por ejemplo, en materia de subvenciones directas); bien adoptar un cauce para canalizar los desistimientos como sucede en otras prestaciones (léase desempleo).

La nulidad de la decisión extintiva de la relación laboral especial penitenciaria y el derecho del interno a la indemnización de daños y perjuicios

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Supremo 566/2023, de 19 de septiembre**

María Dolores García Valverde

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

Subdirectora del Instituto de Migraciones.

Universidad de Granada (España)

mgarciav@ugr.es | <https://orcid.org/0000-0001-8551-7014>

Extracto

El objeto controvertido afecta a la extinción de la relación laboral. Y, en concreto, se debate el derecho a la indemnización de daños y perjuicios que tendrá el penado-trabajador cuando el centro penitenciario extingue la relación laboral existente, pero dicha extinción es declarada nula. Hasta la sentencia objeto de comentario no existía unificación de doctrina en la materia, aunque sí había dictado numerosas sentencias el Tribunal Supremo sobre cuestiones relativas a la extinción de esta relación laboral especial.

Palabras clave: relación laboral especial; penados en instituciones penitenciarias; extinción; nulidad; indemnización de daños y perjuicios; interpretación analógica; derecho supletorio.

Recibido: 04-11-2023 / Aceptado: 07-11-2023 / Publicado: 04-01-2024

Cómo citar: García Valverde, M. D. (2024). La nulidad de la decisión extintiva de la relación laboral especial penitenciaria y el derecho del interno a la indemnización de daños y perjuicios. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 566/2023, de 19 de septiembre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 478, 164-172. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.20113>

The nullity of the decision terminating the special prison labor relation and the inmate's right for compensation of damages

Commentary on Supreme Court Ruling 566/2023, of 19 September

María Dolores García Valverde

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

Subdirectora del Instituto de Migraciones.

Universidad de Granada (España)

mgarciav@ugr.es | <https://orcid.org/0000-0001-8551-7014>

Abstract

The disputed object affects the extinction of the employment relationship. And, specifically, the right to compensation for damages that the prisoner-worker will have is debated when the penitentiary center terminates the existing employment relationship, but said extinction is declared null. Until the ruling under comment there was no unification of doctrine on the matter, although the Supreme Court had issued numerous rulings on issues related to the extinction of this special employment relationship.

Keywords: special employment relationship; sentenced in penitentiary institutions; extinction; nullity; compensation for damages; analog interpretation; supplementary right.

Received: 04-11-2023 / Accepted: 07-11-2023 / Published: 04-01-2024

Citation: García Valverde, M. D. (2024). The nullity of the decision terminating the special prison labor relation and the inmate's right for compensation of damages. Commentary on Supreme Court Ruling 566/2023, of 19 September. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 478, 164-172. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.20113>

1. Marco normativo de la relación laboral especial de los penados en instituciones penitenciarias. Deficiencias

En 1976, el trabajo penitenciario se laboraliza con la [Ley de relaciones laborales](#). Si bien, mientras no se dictó la normativa específica, a los reclusos no se les aplicaba el derecho laboral, sino el derecho penitenciario. El Estatuto de los Trabajadores (ET) incluye al penado interno en institución penitenciaria como relación laboral especial ([art. 2.1 c](#)).

El [artículo 25 de la Constitución española](#) (CE) establece que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad están orientadas hacia la reeducación y reinserción social, y además no pueden consistir en trabajos forzados. También el precepto constitucional contiene el derecho del condenado a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes a la Seguridad Social. Por su parte, la [Ley orgánica 1/1979, de 26 de septiembre](#), general penitenciaria, establece que el trabajo es un derecho y un deber del interno.

El trabajo penitenciario está concebido en el antiguo Reglamento penitenciario como formativo, creador o conservador de hábitos laborales, productivo o terapéutico, con el fin de preparar a los internos para las condiciones normales del trabajo cuando estén en libertad. Sin que pueda tener carácter afflictivo ni afectar a la dignidad del interno.

La primera peculiaridad de esta prestación de servicios se encuentra en el lugar de trabajo (los establecimientos penitenciarios), que obliga a la ordenación del trabajo con arreglo a las reglas e instrucciones penitenciarias. El trabajo se realiza en la institución penitenciaria, en el desarrollo de la relación intervienen dos sujetos: el interno o penado, por un lado; y el organismo autónomo de Trabajo y Prestaciones Penitenciarias u órgano autonómico equivalente, por otro.

La normativa reguladora de esta relación es el [Real Decreto 782/2001, de 6 de julio](#), por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad. En cuanto al derecho supletorio, la normativa laboral común solo será de aplicación cuando se produzca una remisión expresa desde el [Real Decreto 782/2001](#) o la normativa de desarrollo.

Entre las novedades más importantes que introduce el [Real Decreto 782/2001](#) destacan: primero, su propia filosofía general, combina formación y actividad laboral; segundo, la incorporación de un catálogo de oferta de los puestos de trabajo existentes por actividades que, en la medida de lo posible, han de seguir la tendencia del sector laboral, con el fin de que la tarea de inserción laboral sea lo más fácil posible; tercero, la posibilidad de que la labor

de preparación para la inserción no se vea interrumpida con los traslados entre centros penitenciarios; cuarto, una mayor concreción en la regulación de aquellas situaciones en que la organización del trabajo se lleva a cabo en colaboración con personas físicas o jurídicas del exterior; y quinto, establece el marco normativo de protección de Seguridad Social, el mismo es acorde con las especiales características de este colectivo.

Constituyen relación laboral especial las actividades laborales de producción por cuenta ajena desarrolladas, por los reclusos, en el interior de los establecimientos penitenciarios y bajo la organización y dirección de estos. En cambio, están excluidas de la relación especial tanto las modalidades de ocupación no productiva, desarrollada en el interior de dichos establecimientos, como el trabajo que realicen en el exterior los internos en régimen abierto y por sistema de contratación ordinaria con empresas (art. 1 RD 782/2001).

En lo que afecta al régimen jurídico aplicable a este personal destaca que la relación se formaliza a través de la inscripción en el Libro de Matrícula, en el que también se anotará la extinción y, en su caso, la suspensión del contrato por tiempo no superior a 2 meses debida al traslado del interno a otro centro penitenciario. La duración de la relación laboral coincidirá con la de la obra o servicio que se le encomiende (art. 7 RD 782/2001).

El recluso tiene como derechos laborales más destacables: el derecho a retribución (ingreso en la cuenta de peculio del interno, está prohibido el tener dinero a los internos), el derecho al descanso semanal, al descanso festivo, a las vacaciones anuales, a la intimidad... (art. 5 RD 782/2001).

Los deberes laborales del recluso son, principalmente, el cumplir con las obligaciones de su puesto de trabajo conforme a las reglas de la buena fe, diligencia, disciplina, observar las medidas de seguridad y salud laboral, cumplir las órdenes e instrucciones de los funcionarios y contribuir a conseguir el cumplimiento de los fines del trabajo (art. 6 RD 782/2001). Por otro lado, los internos, en cuanto trabajadores, asumirán individualmente la defensa de sus derechos e intereses laborales ante los órganos judiciales.

Especial interés tiene, además es el objeto de este comentario, la extinción de esta relación laboral especial. Existen importantes deficiencias en la regulación que realiza el [Real Decreto 782/2001](#), así lo puso de manifiesto el [Dictamen 1/2001, de 10 de enero](#), emitido por el Consejo Económico y Social, sobre el proyecto de real decreto regulador. Las importantes lagunas que existen en lo que afecta a la extinción de la relación han dado lugar a una amplia doctrina judicial y a una importante jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS).

Sin perjuicio del análisis de los epígrafes siguientes, hay que destacar: primero, en esta relación hay dos grupos de causas extintivas: laborales y penitenciarias; segundo, existe una doctrina reiterada que entiende que la figura del despido disciplinario, tal y como queda configurada en el ET, no tiene cabida en esta relación, dada su naturaleza especial; y tercero, el trabajo en estos centros no tiene por objeto único la prestación de servicio

remunerado, sino que constituye un elemento fundamental del tratamiento penitenciario y tiene además la finalidad de preparar a los internos para su acceso al mercado laboral cuando alcancen la libertad.

2. Breve síntesis del supuesto de hecho

La demanda planteada por el penado-trabajador es estimada por la Sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Sevilla 250/2020, de 1 de septiembre. El juzgado revoca la resolución de extinción de la relación laboral, acordada por el organismo penitenciario. El trabajador debe ser repuesto en su puesto de trabajo en las condiciones anteriores a dicha resolución. Además, condena al organismo penitenciario al pago de una indemnización de 6.012,93 euros. Los hechos probados son:

1.º Mario prestaba sus servicios como auxiliar de cocina desde el 1 de agosto de 2017 para el organismo Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo. Con una jornada de 3 horas y media diarias máximas 5 días a la semana. 2.º El salario a efectos de despido es de 11,02 euros diarios. 3.º El día 10 de enero de 2019, la entidad demandada acordó extinguir la relación laboral del interno con fecha de efectos de ese mismo día alegando una actitud laboral negativa en relación con las tareas propias del puesto de trabajo, haciendo caso omiso de las órdenes que se le dan y manteniendo una relación crispada con sus compañeros perjudicando el buen funcionamiento del departamento. Dicha información resulta de un parte firmado por dos funcionarios el día 9 de enero de 2019. La decisión fue notificada al actor el día 4 de febrero de 2019.

Fue interpuesto recurso de suplicación, que resolvió la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Andalucía/Sevilla, con Sentencia 1544/2022, de 1 de junio. El tribunal estima parcialmente el recurso interpuesto por la Abogacía del Estado, en representación del organismo Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo. Confirma que la extinción es nula, pero no procede la condena económica impuesta.

La representante del penado-trabajador planteó recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que alega: primero, como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía/Sevilla, 278/2021, de 3 de febrero. Y segundo, infracción del [artículo 24 de la CE](#).

3. Claves de la doctrina jurisprudencial unificada

La Sentencia del TS ([STS](#)) 566/2023, de 19 de septiembre, consciente de la problematidad existente, realiza un análisis exhaustivo de la extinción de la relación laboral especial

para clarificar la doctrina existente y lo que debe ser cambiado o interpretado por primera vez. Aunque el objeto del recurso, que se discute, es una cuestión concreta. Señala el fundamento jurídico primero:

En el ámbito de la relación laboral especial de personas penadas en instituciones penitenciarias, se discute si debe abonarse una indemnización de daños y perjuicios (indiciariamente igual a los salarios dejados de percibir) cuando la Administración ha puesto término a la prestación de servicios y, con posterioridad, se anula judicialmente esa decisión extintiva.

El derecho o no del interno a recibir indemnización de daños y perjuicios cuando es declarada nula la extinción de la relación laboral ha sido planteado en varias ocasiones ante el TS, pero no ha podido pronunciarse al respecto por no cumplirse alguno o algunos de los presupuestos del recurso de casación para la unificación de doctrina. Por tanto, no existe sobre este tema concreto doctrina unificada.

Sin embargo, ya es doctrina clara que: «no es posible trasladar aquí, ni por supletoriedad ni por remisión, las consecuencias del despido (nulo, improcedente), pero tampoco hay que descartar que operen las garantías previstas en otras normas (cual las del procedimiento administrativo)». Por tanto, el procedimiento laboral no impide la aplicación de normas de otros sectores del ordenamiento jurídico.

No es aplicable la [Ley 40/2015, de 1 de octubre](#), de régimen jurídico del sector público, ya que en el caso enjuiciado no se trata de responsabilidad de la Administración por mal funcionamiento ([art. 32](#)). Tampoco es aplicable el [artículo 106.2 de la CE](#). La Administración ahora actúa como empleadora y ha realizado una conducta no acorde con el derecho del trabajador (penado). Lo que lleva a considerar que la pretensión puesta de manifiesto en el recurso sí corresponde a la jurisdicción social.

Sí procede invocar el derecho a la tutela judicial efectiva ([art. 24 CE](#)) para sostener que quedaría vacía de contenido una resolución judicial ordenando la reposición de la persona ilegalmente cesada, pero sin comportar cualquier consecuencia reparadora. Así lo pone de manifiesto la parte recurrente y lo ratifica el TS en la [sentencia comentada](#).

Existe la obligación de reparar el daño causado al trabajador por la extinción de la relación laboral sin que se haya acreditado causa justificativa. El problema es determinar el alcance de los daños y perjuicios.

En la [sentencia comentada](#), el TS reitera la doctrina ya sentada sobre la imposibilidad de aplicar las normas y la construcción sobre los salarios de tramitación que acompañan a los casos de readmisión tras un despido improcedente ([art. 56.2 ET](#)). Pero añade, aquí está la novedad y aportación, que sí deben compensarse los daños y perjuicios ocasionados a la persona privada de forma ilícita de su empleo. Y considera que la cuantía de la indemnización

puede coincidir con los salarios que no ha podido percibir. Conclusión que parece razonable, sostenible en una aplicación analógica de aquellas normas ([art. 4.1 Código Civil](#)) y con apoyo en otros textos internacionales ([Convenio 158 Organización Internacional del Trabajo](#) y [Carta Social Europea](#) reconocen «el derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada»). La doctrina unificada que la [STS 566/2023](#) fija es:

En el ámbito de la relación laboral especial de penados en instituciones penitenciarias, el procedimiento por despido permite examinar tanto la regularidad del cese acordado por la Administración empleadora cuanto, en su caso, las consecuencias anudadas a la obligación de readmisión, incluyendo los eventuales daños y perjuicios reclamados. A tal fin cabe tomar en cuenta, por vía analógica, el alcance del deber de abonar salarios de tramitación.

4. Trascendencia de la doctrina jurisprudencial más allá del caso

La calificación de un determinado trabajo como relación laboral especial conlleva: primero, la sujeción del mismo a normas particulares, diferentes de las establecidas para la relación laboral «común» u «ordinaria»; y segundo, la no aplicación a dicha relación, salvo expresa remisión o indicación, de la legislación laboral general.

La determinación del derecho supletorio aplicable a las relaciones laborales especiales es una de las cuestiones más complejas. En última instancia debe ser valorada e interpretada por nuestros tribunales de justicia, a la vista del contenido de la correspondiente norma específica reguladora de cada relación laboral especial.

En la relación laboral especial de penados en instituciones penitenciarias concurren particularidades relevantes. Y en el ámbito de la extinción de la relación laboral se multiplican las especialidades, lo que ha puesto de manifiesto la doctrina científica y ha dado lugar a numerosos pronunciamientos de nuestros tribunales de justicia en las distintas instancias.

La trascendencia teórica y práctica de la doctrina manifestada por la [STS 566/2023](#) no ofrece duda. Afronta una cuestión que estaba dando lugar a pronunciamientos contradictorios en las salas de lo social de los distintos TSJ de las comunidades autónomas. E incluso en el mismo TSJ y en la misma sede. Este es el caso que da lugar a plantear este recurso de casación para la unificación de doctrina, pues la sentencia recurrida (1544/2022, de 1 de junio) y la sentencia de contraste (278/2021, de 3 de febrero) son del TSJ de Andalucía con sede en Sevilla.

Hasta la sentencia objeto de comentario existía claridad sobre algunos de los aspectos relativos a la extinción de esta relación laboral especial, pero no sobre otros. De ahí la

importancia y la necesidad de la fijación de una unificación de doctrina como la que realiza nuestro Alto Tribunal en la sentencia comentada.

Desde el año 2000, el TS dejó claro, en doctrina unificada, que en esta relación especial no tiene lugar la figura del despido disciplinario. Doctrina admitida y no sujeta a controversia.

También, existe doctrina reiterada que, cuando la extinción de la relación laboral del penado en instituciones penitencias es declarada nula, se trata de una decisión contraria a derecho y que debe procederse a la readmisión del trabajador. Pero sobre lo que no había doctrina unificada es sobre que la declaración de nulidad debe comportar, además, el resarcimiento de los daños y perjuicios causados al recluso-trabajador.

Aunque no son aplicables las normas del ET, la comunicación extintiva, por decisión del director del centro, debe contener los hechos que motivan la extinción, no es suficiente con su calificación jurídica. La motivación de la extinción debe expresar una correcta y precisa identificación de la circunstancia extintiva alegada por quien ejerce el poder disciplinario, lo que justifica su causalidad, y una motivación suficiente de los hechos sancionables acaecidos, incluso aunque se haga de forma sucinta.

El despido de esta relación laboral especial es un acto administrativo que, a falta de regulación específica, y no guiándose por las reglas del despido disciplinario del ET, no tiene otra regulación legal que lo dispuesto en la [Ley 39/2015, de 1 de octubre](#), del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas. Su [artículo 35.1 a\)](#) exige la motivación de los actos administrativos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos. Continúa el precepto que dicha motivación implica la «sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho».

Aunque el despido disciplinario no está entre las causas de extinción que prevé el [Real Decreto 782/2001](#), no se puede obviar que la conducta del trabajador puede determinar la decisión empresarial de poner fin a la relación. Esta posibilidad se hace particularmente adecuada en una relación como la presente en donde concurren otros elementos relacionados con el tratamiento del interno y con la seguridad en el centro. Se trata, pues, de supuestos extintivos cercanos a lo que se denomina «despido disciplinario» en el ámbito de la relación laboral ordinaria, pero que aquí ni tienen asignada tal denominación, ni llevan aparejado el mismo procedimiento para la adopción de la decisión empresarial, ni tampoco comportan una calificación jurídica y efectos como los del despido disciplinario del ET.

Hasta ahora lo más controvertido ha sido determinar los supuestos en los que es posible una indemnización por los daños y perjuicios causados al trabajador por la decisión extintiva.

El derecho a la tutela judicial efectiva ([art. 24 CE](#)) no quedaría totalmente garantizado si el trabajador (penado) no tuviera una reparación de los daños causados.

Que la cuantía de la indemnización de daños y perjuicios se cifre en la misma que se concede por el ET, en los casos de salarios de tramitación, no quiere decir que en la relación laboral especial se paguen salarios de tramitación.

Se ha sido totalmente restrictivo en la cita de sentencias de nuestros tribunales motivada por la brevedad que debe tener la sección Diálogos con la jurisprudencia. Pero por su claridad se debe traer a colación la [STSJ de la Comunidad Valenciana 1568/2016, de 12 de julio](#). Realiza una interpretación relevante sobre el derecho a la indemnización de daños y perjuicios. Considera la sala que:

[...] aunque tenga la indemnización acordada un cierto paralelismo con los salarios de tramitación, su otorgamiento deriva de los perjuicios que se acarrearán al demandante por dicha errónea decisión, y que merecen ser resarcidos de ese modo, pues de quedar como única consecuencia legal la restitución de aquel en su puesto de trabajo, estaría vacía de contenido la decisión judicial impugnada, ya que de no complementarse con la indemnización aludida sería una simple ratificación formal de lo previamente resuelto por el ente demandado, y que eventualmente, en el supuesto de que no se hubiera solicitado en este proceso esa suma complementaria, no existiría óbice para que se reclamara de manera independiente, duplicando innecesariamente a nuestro juicio el mismo litigio.

Se concluye que la [STS 566/2023](#) se caracteriza por la claridad en sus planteamientos, por la exposición meticulosa de la doctrina sentada hasta la fecha y, además, evita que los trabajadores penitenciarios se vean perjudicados ante la deficiente regulación de la extinción y sus consecuencias, por parte del [Real Decreto 782/2001](#). El TS se auxilia de la técnica analógica para resarcir al trabajador-interno que ha visto ilegalmente extinguido su contrato de trabajo.

¿Es aplicable el salario mínimo interprofesional a la relación laboral especial de las personas que intervienen en operaciones mercantiles actuando por cuenta de uno o más empresarios, sin asumir el riesgo y ventura de las mismas?

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Supremo 725/2023, de 10 de octubre**

Carmen Ferradans Caramés

*Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Cádiz (España)*

carmen.ferradans@uca.es | <https://orcid.org/0000-0001-6328-2840>

Extracto

La sentencia que se comenta dilucida si es aplicable la normativa sobre el salario mínimo interprofesional en la relación laboral especial de los operadores de comercio que actúan por cuenta de uno o más empleadores, sin asumir el riesgo y ventura de las operaciones. Se pretende esclarecer si existen argumentos que permitan sostener la no operatividad de este tope mínimo retributivo en las condiciones laborales de estas personas trabajadoras.

Palabras clave: salario mínimo; relaciones laborales especiales; operadores mercantiles.

Recibido: 15-12-2023 / Aceptado: 21-12-2023 / Publicado: 04-01-2024

Cómo citar: Ferradans Caramés, C. (2024). ¿Es aplicable el salario mínimo interprofesional a la relación laboral especial de las personas que intervienen en operaciones mercantiles actuando por cuenta de uno o más empresarios, sin asumir el riesgo y ventura de las mismas? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 725/2023, de 10 de octubre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 478, 173-181. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.20239>

Is the interprofessional minimum wage applicable to the special employment relationship of commercial operators on behalf of one or more entrepreneurs, without assuming the risk and fortune?

Commentary on Supreme Court Ruling 725/2023, of 10 October

Carmen Ferradans Caramés

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

Universidad de Cádiz (España)

carmen.ferradans@uca.es | <https://orcid.org/0000-0001-6328-2840>

Abstract

The ruling commented determines whether the regulation on the minimum wage is applicable in the special employment relationship of commercial operators who perform their services on behalf of one or more entrepreneurs, without assuming the risk and fortune of the operations. The aim is to clarify whether there are arguments that support the non-operation of this minimum wage cap on the core working conditions of these workers.

Keywords: minimum wage; special employment relationships; commercial operators.

Received: 15-12-2023 / Accepted: 21-12-2023 / Published: 04-01-2024

Citation: Ferradans Caramés, C. (2024). Is the interprofessional minimum wage applicable to the special employment relationship of commercial operators on behalf of one or more entrepreneurs, without assuming the risk and fortune? Commentary on Supreme Court Ruling 725/2023, of 10 October. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 478, 173-181. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.20239>

1. Marco normativo aplicable

La relación laboral especial de las personas que intervienen en operaciones mercantiles actuando por cuenta de uno o más empleadores, sin asumir el riesgo y ventura de las mismas, se rige por lo dispuesto en el [Real Decreto \(RD\) 1438/1985, de 1 de agosto](#). Las especificidades de esta prestación de servicios, que tradicionalmente se ha caracterizado por su desempeño fuera del lugar físico de trabajo con unos horarios de trabajo flexibles, provocan la adopción de un régimen jurídico diferenciado que también presenta especialidades en materia retributiva.

En efecto, en el contrato que se suscriba deberán concretarse una serie de menciones mínimas, entre las que se encuentra el tipo de retribución acordada y la duración del contrato o la zona, demarcación o categoría de la clientela con relación a la cual haya de prestar servicios el operador mercantil, así como la precisión en un anexo, entre otros datos, de la relación de medios que la persona trabajadora aporte para el desarrollo de su labor. Según el [artículo 7 del RD 1438/1985](#), entre las obligaciones empresariales se encuentra el pago de la retribución pactada, haciendo las correspondientes liquidaciones en los plazos establecidos, debiendo, en su caso, compensar los gastos de desplazamiento en la cuantía establecida en los contratos de trabajo o convenios colectivos aplicables. Y en virtud del [artículo 8.Uno](#) se precisa que, en el ámbito de este reglamento, las retribuciones estarán constituidas por comisiones sobre las operaciones en que se hubiese intervenido, si fuesen aceptadas por el empleador en el caso de haberse acordado esta opción en contrato, o por una parte fija y otra por comisiones sobre dichas operaciones, más los incentivos y compensaciones pactados en contrato, o bien exclusivamente por una cantidad fija. Por consiguiente, en esta relación laboral especial tiene singular relevancia la modalidad de retribución regulada en el [artículo 29.2 del Estatuto de los Trabajadores \(ET\)](#), el salario a comisión, así como lo acordado en el marco de la autonomía individual.

En adición, el [artículo 8.Dos](#) del reglamento citado, para garantizar la transparencia de los devengos, establece que las empresas vendrán obligadas a dar a conocer a las personas trabajadoras el importe de las mercancías o servicios que se hayan proporcionado directamente a la clientela y el [artículo 8.Cuatro](#) exige a la empresa la entrega a las mismas de recibo de pago sellado y firmado, en el que aparezcan detalladas las operaciones y las cuantías de las comisiones que se comprendan en dicho pago.

Por ende, la retribución en esta relación laboral especial no es periódicamente fija, sino que habitualmente se caracteriza por su aleatoriedad y dependencia de circunstancias fluctuantes. Es decir, en este ámbito, aun cuando la persona trabajadora se encuentre bajo la

disponibilidad de los poderes organizativos del empleador, es probable que solo residualmente exista una cuantía salarial fija al mes.

Si se analiza el contenido del RD 1438/1985, en el [artículo 12](#) también se localiza una importante referencia que debe ser traída a colación, dado que se establece de forma inductiva que son aplicables a esta relación laboral especial los derechos y deberes laborales básicos reconocidos en el ET, entre los que se encuentra la percepción puntual del salario pactado o legalmente establecido, si bien no se hace una remisión expresa a la operatividad del salario mínimo interprofesional (SMI) o de la normativa laboral básica sobre el salario –como sí ocurre en la regulación reglamentaria de otras relaciones laborales especiales, como las de las personas discapacitadas que prestan sus servicios en centros especiales de empleo (arts. [9](#) y [12](#) RD 1368/1985), las de las personas artistas (arts. [6](#) y [7](#) RD 1435/1985), las de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados individuales o colectivos (arts. [5](#) y [18](#) RD 1331/2006), las de los empleados del servicio de hogar doméstico (arts. [7](#) y [8](#) RD 1620/2011) o las de los penados que prestan sus servicios en talleres penitenciarios (arts. [5](#) y [15](#) RD 782/2001)–.

A consecuencia de la falta de referencia expresa a la operatividad del SMI en la relación laboral especial de las personas que intervienen en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empleadores, sin asumir el riesgo y ventura de las mismas, surgen las dudas que se debaten y se procuran esclarecer en la [sentencia](#) que a continuación se comenta. En adición, el litigio suscitado debe ser contextualizado en el marco constitucional y comunitario aplicable, teniendo presente, principalmente, lo proclamado en el [artículo 35 de la Constitución española](#) (CE), y lo establecido en la [Directiva \(UE\) 2022/2041 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022](#), sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea.

2. Breve referencia al supuesto de hecho

La Sentencia del Tribunal Supremo ([STS](#)) [725/2023, de 10 de octubre](#), resuelve recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la entidad Mutualidad General de Previsión del Hogar Divina Pastora, frente a Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Andalucía/Granada [1317/2022, de 14 de julio](#). El origen de la controversia se encuentra en demanda de despido resuelta por el Juzgado de lo Social número 3 de Almería el 22 de octubre de 2021.

El trabajador, un representante de comercio a jornada completa, ha prestado servicios para la demandada desde el 2 de septiembre de 2019 hasta el 22 de abril de 2020, con un salario medio diario en los meses de trabajo que ha alcanzado 32,99 euros (resultado del promedio entre el salario fijo y las comisiones abonadas). En primera instancia se asevera que el SMI diario asciende en ese periodo a 58,24 euros. En el contrato suscrito entre ambas partes se pactó una duración de 6 meses, prorrogables a 6 meses más si ninguna de las

partes denunciaba la finalización o se establecía otra duración. La función principal estipulada es «la venta de productos aseguradores del Grupo Divina Pastora Seguros», precisándose que empleador y trabajador pactarán anualmente un presupuesto de ventas –objetivo de ventas–, que deberá cumplirse por parte del asesor. Consta como firmado por ambas partes el contrato y el anexo de objetivos y retribuciones, no consta, empero, que hayan firmado la denominada adenda del anexo I del contrato, objetivos y retribuciones para el 2019, ni la adenda del anexo I del contrato para 2020, con el mismo tenor.

La retribución del trabajador está integrada por una comisión de ventas, salario fijo e indemnización por gastos, acordándose, asimismo, en el clausulado contractual que el incumplimiento de los objetivos mínimos de venta establecidos será una de las causas de extinción del contrato.

La compañía aseguradora comunica al trabajador la extinción de su contrato de trabajo, en fecha 22 de abril de 2020, con efectos ese mismo día, aduciéndose como causa de despido la no consecución de los objetivos mínimos de ventas establecidos y comunicados al trabajador, de lo que se advirtió previamente al afectado en fecha 4 de febrero de 2020.

En suplicación, se estimó parcialmente el recurso interpuesto por la mutualidad, en relación con la cuantificación de la indemnización opcional por despido improcedente, pero no se admitió la inaplicación del SMI a esta relación laboral especial, indicándose que a efectos de indemnización han de considerarse, al menos, los 36,43 euros diarios –y no 58,24 €– a los que asciende el SMI en el año 2020. Renglón seguido, se presentó recurso de casación para la unificación de la doctrina por dicha entidad aseguradora.

Versando principalmente el litigio sobre esta cuestión: la aplicación o no de las normas reguladoras del SMI a la relación laboral especial de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empleadores, sin asumir el riesgo y ventura de aquellas; y más en concreto, en relación con el cálculo de la indemnización por despido, la Sala IV del Tribunal Supremo (TS) entra a dilucidarla con la fundamentación que a continuación se expondrá y debatirá.

3. Doctrina jurisprudencial establecida: síntesis argumental de la decisión

Partiendo del marco normativo descrito, se debe examinar la resolución del recurso de casación formulado ante la Sala de lo Social del TS, frente a la STSJ de Andalucía/Granada de 14 de julio de 2022, que sostiene la aplicación del SMI en esta relación laboral especial. La entidad empleadora aporta como sentencia de contraste la STSJ de Andalucía/Málaga 1695/1997, de 6 de octubre, y denuncia la infracción de los artículos **8.Uno** y **10.Tres** del RD 1438/1985, este último referido a las peculiaridades existentes en torno al modo de cálculo de la cuantía de la indemnización por despido improcedente en esta relación laboral.

En el supuesto de la sentencia invocada, estando las partes vinculadas por la relación laboral especial de las personas que intervienen en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empleadores sin asumir el riesgo y ventura de aquellas, y habiéndose pactado como retribución una cantidad fija y un porcentaje de la comisión percibida por la empresa en caso de éxito en las operaciones en que interviene la persona trabajadora, también se produce su despido, declarándose su improcedencia. A pesar de las semejanzas existentes entre ambas sentencias, mientras la recurrida considera que el SMI es aplicable al cálculo de la indemnización por despido en la relación laboral especial regulada por el [RD 1438/1985](#), la aportada de contraste, empero, entiende que el SMI no resulta aplicable a la misma. Por consiguiente, existen doctrinas discrepantes sobre la aplicación del SMI a esta relación laboral especial, lo que requiere su unificación.

El fundamento de derecho tercero de la [sentencia](#) dictada es el que aborda de forma detenida la cuestión litigiosa. A estos efectos, en primer lugar, trae a colación la doctrina constitucional asentada en la [Sentencia del Tribunal Constitucional 31/1984, de 7 de marzo](#), que precisa que si bien:

[...] el sistema normal de fijación del mínimo salarial y, en general, del contenido de la relación laboral, corresponde a la autonomía de los trabajadores y empresarios, mediante el ejercicio el derecho a la negociación colectiva que proclama el artículo 37 CE, [...] [u]n Estado social y democrático de derecho, que propugna entre los valores superiores de su ordenamiento jurídico la justicia y la igualdad (art. 1.1 CE) y en el que se encomienda a todos los poderes públicos el promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas (art. 9.2 CE), ha de complementar aquel sistema de determinación del mínimo salarial estableciendo entre los poderes a los que compete la gobernación unos techos salariales mínimos que respondiendo a aquellos valores de justicia e igualdad den efectividad al también mandato constitucional contenido en el art. 35.1 CE. [Añadiendo que] En este marco de exigencias ha de situarse el art. 27 del Estatuto de los Trabajadores [sobre el SMI] y a ellas ha de someterse la potestad expresa y específica del Gobierno de fijar un SMI.

Y que, aunque la institución del salario mínimo constituya una intervención «coactiva» en las relaciones de trabajo y limite la libertad contractual, la misma «atiende a un interés social», que se estima «digno y necesitado de la atención del Estado, según los principios constitucionales antes referidos».

Y, en segundo lugar, alude a la [Directiva \(UE\) 2022/2041 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022](#), sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea, que, aun no siendo aplicable al supuesto en litis por razones temporales, expresa la relevancia que el derecho de la Unión Europea atribuye al salario mínimo. La reciente normativa comunitaria adoptada limita la aplicación de variaciones a grupos específicos de trabajadores o la exclusión de trabajadores en formas de trabajo atípicas, como los trabajadores

a demanda, a los que también se aplicará la directiva cuando tengan un contrato de trabajo o una relación laboral conforme a lo definido en la legislación, los convenios colectivos o los usos vigentes en cada Estado miembro, siempre que se cumplan los criterios establecidos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en lo que se refiere a la definición de trabajador (al respecto, Sentencias de [3 de julio de 1986, asunto C-66/85](#); [14 de octubre de 2010, asunto C-428/09](#); [9 de julio de 2015, asunto C-229/14](#); [4 de diciembre de 2014, asunto C-413/13](#); [17 de noviembre de 2016, asunto C-216/15](#); y [16 de julio de 2020, asunto C-658/18](#)).

Seguidamente, la argumentación de la Sala de lo Social del TS se centra en resaltar la necesaria conexión que debe existir entre el [artículo 35 de la CE](#) y el [artículo 27 del ET](#). No se puede obviar que dicho principio rector de la política económica y social del Estado, además de afirmar que todos los españoles tienen el derecho y el deber de trabajar, reconoce el derecho de los trabajadores a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, proyectándose este mandato en el [artículo 27 del ET](#), que encomienda al Gobierno la fijación anual del SMI, previa consulta con las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, teniendo presente una serie de parámetros objetivos (como es sabido, el índice de precios al consumo; la productividad media nacional alcanzada; el incremento de la participación del trabajo en la renta nacional; y la coyuntura económica general).

Por lo tanto, en este contexto, el SMI se configura como una garantía mínima, un suelo infranqueable a la hora de delimitar la cuantía de la retribución del conjunto de las personas trabajadoras. La función principal que se atribuye a esta institución es la constitución de un tope mínimo retributivo de los trabajadores asalariados, siendo notorio que la salvaguarda de unos ingresos mínimos debe ser conectada con la suficiencia de los mismos para garantizar la subsistencia digna de los trabajadores, incluidos los sujetos a una relación laboral especial.

Es evidente que las sucesivas crisis económicas que hemos vivido en los últimos años han propiciado la extensión de la franja de los que podríamos denominar «trabajadores pobres», es decir, que, aun estando ocupados, obtienen unos ingresos bajos, y, por ello, el impacto del SMI –y de sus paulatinas subidas para aproximarlos al umbral derivado de lo proclamado por el [art. 4 de la Carta Social Europea](#) y la interpretación realizada por el Comité Europeo de Derechos Sociales: el 60 % del salario medio del país– es muy importante en determinados segmentos de la población trabajadora. Entre ellos se encuentran algunos de los sujetos empleados con una relación laboral especial, siendo marcada la trascendencia del SMI en aquellas en las que se constata una deficitaria o incluso inexistente cobertura de la negociación colectiva, tales como las de los empleados en el servicio de hogar familiar, o en las que vienen configuradas con características atípicas, sin lugar u horario de trabajo, con unos emolumentos altamente fluctuantes a comisión, como las de los operadores mercantiles por cuenta ajena.

La valoración del conjunto de datos expuestos conduce a interpretar de forma restrictiva la no operatividad del SMI sobre algún tipo de relación laboral. A mayor abundamiento, la doctrina plasmada en la [sentencia que se comenta](#) enfatiza que los decretos anuales en los que se aprueba el SMI establecen con amplitud que la cuantía de dicho salario es aplicable «a cualesquiera actividades en la agricultura, en la industria y en los servicios». Y trae a colación lo dispuesto en el [Real Decreto-Ley 3/2004, de 25 de junio](#), para la racionalización de la regulación del salario mínimo interprofesional y para el incremento de su cuantía, que desvinculó dicho salario de otros efectos o finalidades distintas a su función de «garantía salarial mínima de los trabajadores por cuenta ajena establecida en el artículo 27 ET», manteniendo de forma expresa la vinculación del SMI a la determinación del salario del trabajador en los términos y condiciones establecidos en las normas reguladoras de las relaciones laborales de carácter especial a que se refiere el [artículo 2 del ET](#). Así como varias sentencias que se pronuncian sobre el canon hermenéutico por el que se ha de regir lo dispuesto en el [artículo 12 del RD 1438/1985](#) (entre ellas, la [STS 511/2022, de 1 de junio](#)), que señala que son aplicables en esta relación laboral especial «los derechos y deberes laborales básicos reconocidos en el ET». Al respecto, en sede del Alto Tribunal español se precisa que dicha prescripción no constituye propiamente una declaración de supletoriedad, no conllevando el [artículo 12](#) la íntegra aplicación supletoria del ET, sino únicamente de los derechos y deberes básicos reconocidos en sus artículos 4 y 5. Ello revela, por ende, la operatividad de lo dispuesto en el [artículo 4.2 f\) del ET](#), que reconoce el derecho de las personas trabajadoras a la percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida, interpretando el TS que, aunque no exista una remisión específica en el precepto reglamentario que regula esta relación laboral especial a la normativa sobre salarios mínimos, se debe inferir que la noción de remuneración legalmente establecida «presupone el obligado respeto a la cuantía del SMI».

En definitiva, el conjunto de argumentos aducidos conduce a la desestimación del recurso de casación interpuesto y a la confirmación de la sentencia recurrida.

4. Trascendencia de la sentencia más allá del caso: la doctrina judicial aclara y confirma la aplicación del SMI a la relación laboral especial de las personas que intervienen en operaciones mercantiles actuando por cuenta de uno o más empleadores, sin asumir el riesgo y ventura de las mismas

Coincidiendo con el fallo de la [sentencia dictada por la Sala IV del TS](#), a nuestro juicio, ni el contenido del articulado del [RD 1438/1985](#), ponderado junto al marco constitucional y comunitario vigente, ni las singularidades de esta relación laboral especial pueden implicar el no reconocer la operatividad del SMI sobre estos trabajadores. A pesar de la conclusión alcanzada, ello no impide admitir que existen peculiaridades que sí que obligan a introducir algunas modulaciones en referencia a la aplicación del SMI a las personas que intervengan

en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empleadores, sin asumir el riesgo y ventura de las mismas.

Por ejemplo, a causa de la mayor atipicidad del salario en este ámbito, de forma acorde a la regla establecida en el [artículo 27.1 in fine del ET](#), nada debiera imposibilitar que pudiera promediarse el cálculo del conjunto del salario del operador mercantil por cuenta ajena en cómputo anual, y compararse con la cuantía del SMI en cómputo anual, pudiendo compensarse la cuantía del salario de unos meses con la de otros para respetar en todo caso el importe del SMI, garantizar su percepción a estos trabajadores, y no causarles un tratamiento diferenciado injustificado respecto a los trabajadores comunes y al resto de trabajadores sujetos a relaciones laborales especiales.

Además, como corolario de la argumentación expuesta en la [sentencia que se comenta](#), estableciendo el [artículo 2.2 del ET](#) que la regulación de todas las relaciones laborales especiales respetará los derechos básicos reconocidos por la Constitución, sería de dudosa constitucionalidad no admitir que en todo caso serán aplicables a estas personas trabajadoras los derechos allí reconocidos, entre los que se encuentra el derecho a una retribución suficiente proclamado por el [artículo 35 de la CE](#).

¿El principio del fin del «privilegio» notarial en materia de sucesión de empresas?

Comentario a la **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de noviembre de 2023**
(asuntos acumulados C-583/21 a C-586/21)

Fernando Ballester Laguna

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Alicante (España)

fernando.ballester@ua.es | <https://orcid.org/0000-0002-2456-0630>

Extracto

En esta sentencia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resuelve por vez primera una cuestión prejudicial sobre la aplicación del artículo 1.1 de la Directiva 2001/23/CE sobre transmisión de empresas en el ámbito de las relaciones laborales del personal que presta sus servicios en las notarías, ofreciendo una respuesta afirmativa sobre el particular. Esta doctrina, además, contradice la jurisprudencia española del Tribunal Supremo que hasta la fecha ha venido rechazando la aplicación de los artículos 44 del Estatuto de los Trabajadores y 1.1 de la Directiva 2001/23/CE en este ámbito. Todo apunta a que el Tribunal Supremo se verá obligado a cambiar su doctrina.

Palabras clave: transmisión o sucesión de empresa; notarías; contratos de trabajo; despido; antigüedad; periodo de prueba; COVID-19.

Recibido: 12-12-2023 / Aceptado: 12-12-2023 / Publicado: 04-01-2024

Cómo citar: Ballester Laguna, F. (2024). ¿El principio del fin del «privilegio» notarial en materia de sucesión de empresas? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de noviembre de 2023 (asuntos acumulados C-583/21 a C-586/21). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 478, 182-190. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.20213>

Is this the beginning of the end of notarial "privilege" related to transfers of undertakings?

Commentary on the Ruling of the Court of Justice
of the European Union of 16 November 2023
(joined cases C-583/21 to C-586/21)

Fernando Ballester Laguna

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Alicante (España)

fernando.ballester@ua.es | <https://orcid.org/0000-0002-2456-0630>

Abstract

In this decision, the Court of Justice of the European Union for the first time makes a preliminary ruling on the application of article 1.1 of Directive 2001/23/EC regarding the transfer of undertakings as it affects of notaries' employees, ruling in favour on this matter. Furthermore, this doctrine contradicts the jurisprudence of the Spanish Supreme Court, which to date has consistently rejects the application of articles 44 of the Workers' Statute and 1.1 of Directive 2001/23/EC in this area. It seems clear that the Spanish Supreme Court will be forced to change its doctrine.

Keywords: transfer of undertakings; notaries; employment contracts; dismissal; seniority; probationary period; COVID-19.

Received: 12-12-2023 / Accepted: 12-12-2023 / Published: 04-01-2024

Citation: Ballester Laguna, F. (2024). Is this the beginning of the end of notarial "privilege" related to transfers of undertakings? Commentary on the Ruling of the Court of Justice of the European Union of 16 November 2023 (joined cases C-583/21 to C-586/21). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 478, 182-190. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.20213>

1. Marco jurídico

La [Sentencia](#) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) objeto de este comentario identifica en sus parágrafos 1 a 10 el marco jurídico aplicable al supuesto de hecho sometido a su consideración, distinguiendo a tales efectos el derecho de la Unión y el derecho interno español.

En relación con el primero, la norma fundamental cuya aplicación se discute es la [Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001](#), sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, destacando en relación con el asunto que centra nuestra atención los artículos 1.1 (ámbito de aplicación), 3.1 y 4 (ambos preceptos sobre mantenimiento de los derechos de las personas trabajadoras). Además, se trae a colación el [Reglamento \(UE\) n.º 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012](#), relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y la creación de un certificado sucesorio europeo, en particular, sus artículos 3.2, 62, 64 y 67 por su trascendencia para resolver si la función pública notarial española podría resultar excluida de la aplicación de la [Directiva 2001/23/CE](#) de conformidad con lo dispuesto en su artículo 1.1, letra c).

En cuanto a la normativa española se refiere, destacan el [artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores \(ET\)](#), en el que se regula la sucesión de empresa, la [Ley del notariado de 28 de mayo de 1862](#), el [Reglamento de la organización y régimen del notariado aprobado mediante Decreto de 2 de junio de 1944](#) y el II Convenio colectivo estatal de notarios y personal empleado, registrado y publicado por la [Resolución de 21 de septiembre de 2017 de la Dirección General de Empleo](#).

2. Síntesis del supuesto de hecho

El Juzgado de lo Social número 1 de Madrid tiene que resolver las demandas de despido presentadas por un total de cuatro personas trabajadoras de una notaría y precisa que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) le despeje la duda de la aplicabilidad o no en estos casos del artículo 1.1 de la [Directiva 2001/23/CE](#), al objeto de determinar la antigüedad ante las eventuales indemnizaciones que tuviera que fijar con motivo de los ceses.

Concurren las siguientes circunstancias: 1) las cuatro personas demandantes han prestado sus servicios laborales durante varias décadas (desde 1988, 2000, 2001 y 2004, respectivamente) para los distintos notarios (varones) que se han hecho cargo a lo largo del tiempo de una notaría de Vallecas (Madrid); 2) con fecha 30 de septiembre de 2019, el entonces titular de la notaría les remitió una carta con motivo de su cese por traslado a Jávea (Alicante), ofreciéndoles la posibilidad de trasladarse con él a su nuevo destino o extinguir el contrato de trabajo con derecho a una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, en aplicación del artículo 50 del [vigente convenio colectivo](#). Estas cuatro personas trabajadoras aceptaron la indemnización; 3) el día 11 de febrero de 2020, el nuevo notario adjudicatario de la plaza concertó nuevos contratos de trabajo con esas mismas personas, reconociéndoles como antigüedad la correspondiente a la firma del contrato y pactando un periodo de prueba de 6 meses; 4) el día 15 de marzo de 2020, a causa de la pandemia por COVID-19, la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública del Ministerio de Justicia dictó una instrucción en la que se establecía que solo se celebrarían actuaciones urgentes, que las notarías debían adoptar las medidas de distanciamiento recomendadas por las autoridades así como el establecimiento de turnos de trabajo; 5) al día siguiente, el 16 de marzo de 2020, las personas empleadas acudieron a su puesto de trabajo para solicitar al notario la implementación de las medidas recogidas en la instrucción. A lo que el notario respondió literalmente: «esto no es una cooperativa». Ese mismo día, tres personas trabajadoras vieron extinguido su contrato de trabajo, y una cuarta persona el día 2 de abril de 2020, mediante la entrega de una notificación escrita en la que se les indicaba como motivo de la extinción del contrato la no superación del periodo de prueba.

Partiendo de los hechos anteriores, el Juzgado de lo Social número 1 de Madrid plantea al TJUE la siguiente cuestión prejudicial:

¿Resulta aplicable el artículo 1.1 a) de la Directiva 2001/23, y por tanto el contenido de la directiva, a un supuesto en el que el titular de una notaría, funcionario público que a su vez es empresario privado del personal laboral a su servicio, regula esa relación como empleador por la normativa laboral general y por convenio colectivo de sector, que sucede en la plaza a otro anterior titular de la notaría que cesa, asumiendo su protocolo, que continúa prestando la actividad en el mismo centro de trabajo, con la misma estructura material, y que asume al personal que venía trabajando laboralmente para el anterior notario que era titular de la plaza?

Idéntica cuestión ya había sido planteada al TJUE en el año 2017 por el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Castilla-La Mancha ([asunto C-314/19](#)), si bien aquel no llegó a resolver el fondo del asunto como consecuencia de que las partes implicadas llegaron a una conciliación judicial.

Sin embargo, en esta ocasión, el TJUE sí da respuesta a la cuestión planteada y lo hace en sentido afirmativo, aunque, como ocurre en todos estos casos, su implementación compete al órgano judicial proponente que tiene que constatar la concurrencia en el caso concreto

de los requisitos que permiten aplicar la doctrina recogida en esta resolución del TJUE. La sentencia es muy relevante, pues además de ser la primera sentencia europea que se dicta sobre la materia, la solución que ofrece contradice la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) que, como se verá, viene rechazando hasta la fecha la aplicación de los artículos 44 del ET y 1.1 de la [Directiva 2001/23/CE](#) en el ámbito de las notarías.

3. Cuestiones clave de la posición judicial determinantes del fallo

Con carácter previo al conocimiento del fondo del asunto, el TJUE tiene que pronunciarse sobre la causa de inadmisibilidad planteada por el Gobierno español, quien afirmó que, 4 meses antes de la suscripción de los nuevos contratos con el último titular de la notaría, se extinguieron las relaciones laborales de las cuatro personas a las que afecta esta litis y recibieron una indemnización por ello. Sin embargo, este motivo de oposición a la admisibilidad de la cuestión prejudicial fue rechazado en atención a los siguientes argumentos: 1) la presunción de pertinencia de que gozan las cuestiones prejudiciales y 2) la consideración de que la percepción de indemnizaciones conforme al derecho interno (en este caso por aplicación de lo dispuesto en el art. 50 del [vigente convenio colectivo](#)) es ajena a la interpretación del derecho de la Unión; incluso se apunta la posibilidad de que la indemnización percibida haya sido devuelta. En todo caso, el TJUE recuerda que la extinción de la relación laboral con carácter previo al cambio de titularidad de la entidad transmitida puede resultar un obstáculo para la aplicación del fenómeno sucesorio (art. 3.1 [Directiva 2001/23/CE](#)); cuestión que tendrá que valorar el órgano judicial en el caso concreto. Dada la importancia de esta cuestión, se volverá sobre ella en la parte final de mi análisis.

Entrando ya en la cuestión de fondo, el TJUE rechaza que la actividad desempeñada por el notariado español pueda ser calificada como ejercicio de prerrogativas del poder público, excluidas de la aplicación de la [Directiva 2001/23/CE](#) por mor de lo dispuesto en su artículo 1.1 c), concluyendo, por el contrario, que dicha actividad encaja sin violencia en el concepto de «actividad económica» al que se aplica la directiva, en atención a los siguientes argumentos conjuntamente considerados: 1) las notarias y los notarios españoles ofrecen en el mercado sus servicios retribuidos a la clientela en régimen de competencia, ya que la clientela puede dirigirse a quienes decidan valorando la calidad de los servicios prestados y sus aptitudes profesionales, asumiendo así los riesgos económicos del ejercicio de su actividad; 2) el hecho de que las notarias y los notarios españoles pertenezcan al funcionariado, sus emolumentos estén sujetos a arancel, realicen importantes actividades de interés general (tales como dar fe de los actos privados, celebrar matrimonios, o disolverlos por causa de divorcio) o estén comprendidos en el concepto de «tribunal» a los efectos de lo dispuesto en el [Reglamento \(UE\) n.º 650/2012](#), son circunstancias todas ellas que no permiten su consideración como autoridades públicas; y 3) la exclusión del ámbito de la directiva que afecta a «[l]a reorganización administrativa de las autoridades públicas

administrativas y el traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas administrativas» (art. 1.1 c) constituye una excepción a la regla general que, como tal, debe ser objeto de interpretación restrictiva.

Una vez concluido que la actividad desempeñada por el notariado se incardina en el concepto de «actividad económica», el TJUE se pronuncia sobre si se ha producido o no una transmisión del artículo 1.1 de la [Directiva 2001/23/CE](#). Lo que depende de que la entidad en cuestión conserve su «identidad» pese al cambio producido. En este punto, el Alto Tribunal repasa los distintos aspectos a valorar, entre otros:

[...] el tipo de empresa o centro de actividad de que se trate, la transmisión o no de elementos materiales como los edificios y los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haya hecho cargo o no de la mayor parte de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de similitud de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades.

Específicamente en relación con las notarías, el TJUE pone el acento en las siguientes circunstancias: 1) el [artículo 69 del Reglamento del notariado](#) califica la notaría como una oficina pública definida como el conjunto de medios personales y materiales ordenados al cumplimiento de la finalidad de la función pública notarial; 2) el hecho de que el notario o la notaría pase a ser titular de una notaría como consecuencia de su nombramiento por el Estado, y no por mor de un contrato celebrado con su anterior titular, no constituye un impedimento a la existencia de transmisión. Es posible que la cesión se produzca a través de un tercero; 3) también es irrelevante a los efectos de la existencia de transmisión el hecho de que la función pública notarial sea una facultad que el notariado ostenta en exclusiva; y 4) la actividad de las notarías depende principalmente de la mano de obra que emplea (este es el elemento más importante a valorar en estos casos), de modo que aquellas pueden mantener su identidad tras su transmisión si la nueva persona titular se hace cargo de una parte sustancial de la plantilla en número y competencias.

Pues bien, partiendo de la situación fáctica presentada, el TJUE concluirá lo siguiente:

El artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2001/23/CE [...] debe interpretarse en el sentido de que esta directiva es aplicable a una situación en la que un notario, funcionario público y empleador privado de los trabajadores de su notaría, sucede al anterior titular de esa notaría, asume su protocolo y una parte sustancial del personal que venía trabajando para este último y continúa desempeñando la misma actividad en los mismos locales con los mismos medios materiales, siempre y cuando se mantenga la identidad de dicha notaría, extremo que corresponde determinar al órgano jurisdiccional remitente considerando todas las circunstancias pertinentes.

4. Valoración crítica

Un análisis que va más allá de lo que dice la [sentencia analizada](#) permite llegar a ciertas conclusiones, unas de alcance general y otras directamente relacionadas con el supuesto sometido al pronunciamiento del TJUE.

La primera conclusión general es que todo apunta a que se va a producir un cambio jurisprudencial en relación con la aplicación del fenómeno sucesorio en el ámbito de las notarías. Como se ha anticipado, en las escasas sentencias que el TS ha dictado sobre el particular (fundamentalmente, Sentencias del TS –SSTS– de [6 de octubre de 2009, rec. 2036/2008](#); de [23 de julio de 2010, rec. 2979/2009](#); y de [14 de mayo de 2012, rec. 3042/2011](#)), este ha rechazado de plano la aplicación del [artículo 44 del ET](#) (también del art. 1.1 [Directiva 2001/23/CE](#) en su [Sentencia de 23 de julio de 2010](#)). Y lo ha hecho argumentando escuetamente lo siguiente:

[...] por las especiales características de una oficina o despacho notarial en la que se desempeña una función pública asignada por el Estado a un profesional designado, en virtud de oposición o concurso-oposición, y en la que el propio protocolo notarial constituye una pertenencia del propio Estado respecto de la que el notario no actúa, sino, como mero depositario, no cabe hablar en los supuestos de cambio de titular en una misma notaría de un problema de sucesión de empresa susceptible de cobijarse, jurídicamente, en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores.

El notario no es el titular de una organización de medios personales y materiales que, al traspasar la oficina correspondiente en la que vino prestando la función pública que le corresponda, pueda generar un fenómeno de sucesión empresarial, puesto que sus sucesivos nombramientos y consiguientes traslados dependen del Gobierno del Estado y, tampoco él, se convierte, por el hecho de su nombramiento para una concreta notaría, en titular del conglomerado organizativo que caracteriza la misma, sino en mero depositario de su protocolo y simple cabeza visible y directora de la función pública –que no servicio público en estricto sentido– que en dicha oficina se desarrolla.

A mi juicio, la argumentación ofrecida por el TS para descartar la aplicación de la transmisión o sucesión *ex lege* en el ámbito de las notarías es realmente pobre, además de discutible, y, desde luego, no soporta su confrontación con el pormenorizado análisis que realiza el TJUE sobre esta problemática en la [sentencia objeto de comentario](#), del que solo se ha podido ofrecer una apretada síntesis.

La segunda conclusión general tiene que ver con el artículo 50 del [convenio colectivo aplicable](#) al personal de notarías, el cual parte de la premisa (avalada por la jurisprudencia del TS) de la inaplicación del fenómeno de la sucesión de empresas en este ámbito; razón por la cual es muy probable que las partes negociadoras del convenio consideren que resulte

necesario reformular su contenido si acaba imponiéndose –como parece que va a ocurrir– la doctrina emanada del TJUE sobre el particular. Mientras tanto, considero que habrá que reinterpretar el artículo 50 del [convenio](#) en el siguiente sentido: 1) el traslado de la persona titular de una notaría (que exija cambio de residencia), o su pase a situación de excedencia voluntaria, no implican *per se* la extinción de las relaciones laborales del personal a su cargo con derecho a una indemnización de 20 días de salario. Como regla general, dicha extinción no procederá, salvo en aquellos supuestos en los que no se produzca el fenómeno sucesorio (señaladamente, cuando la notaría cese definitivamente en su actividad). Además, en los casos en los que sí proceda la extinción, como consecuencia de no constatarse la existencia de transmisión, la indemnización no se calculará «en función del efectivo tiempo de prestación de servicios con ese notario que cesa», debiéndose adicionar la antigüedad acumulada durante el tiempo de prestación de servicios con el anterior o anteriores titulares de la notaría, si tal es el caso; y 2) la continuación en la prestación de servicios con el nuevo notario o notaria adjudicataria de la notaría no depende del acuerdo entre la persona saliente y la entrante, como se afirma en el artículo 50 del [convenio](#), sino de la concurrencia o no de las circunstancias que permiten identificar la existencia de una sucesión de empresas.

Poniendo el acento ahora en el supuesto concreto objeto de la presente litis, considero que el principal problema que tendrá que despejar el órgano judicial de instancia a la hora de determinar la existencia o no de transmisión es el siguiente: cómo afecta la eventual falta de prestación de servicios por parte de las personas trabajadoras entre la extinción indemnizada del contrato con el anterior titular de la notaría y la suscripción de los nuevos contratos con el nuevo titular. Y digo «eventual» falta de prestación de servicios entre contrato y contrato porque no queda claro qué es lo que ha ocurrido en la práctica. Es cierto que los sucesivos contratos se celebraron con solución de continuidad –exactamente durante 4 meses y 11 días–. Pero no está nada claro que las personas afectadas no prestaran servicios efectivos durante ese periodo de tiempo. Esto es algo que tendrá que constatar el órgano judicial de instancia. Pero aun en la hipótesis de que se hubiera producido una desvinculación no solo formal sino también material de la notaría, conviene recordar que el propio TJUE contempla como uno de los aspectos a valorar a los efectos de determinar la existencia o no de transmisión «la duración de una eventual suspensión de dichas actividades» (parágrafo 64, con cita de otras sentencias), dando a entender así que la falta de prestación de servicios durante un determinado lapso temporal no impide la aplicación del fenómeno subrogatorio, pese a lo dispuesto en el artículo 3.1 de la [Directiva 2001/23/CE](#). El asunto guarda cierto paralelismo con la doctrina sentada por la propia jurisprudencia del TJUE en relación con otra problemática distinta: la valoración de los periodos de inactividad entre contrato y contrato que permiten romper la cadena de contratación realizada para un mismo sujeto empleador ([STJUE de 4 de julio de 2006, asunto C-212/04, caso Adeneler](#)). Doctrina que obligó al TS a cambiar su posición tradicional en esta materia, admitiendo a partir de entonces interrupciones muy superiores al transcurso de los 20 días hábiles coincidentes con la acción de caducidad del despido cuando, pese a ello, se aprecie la «unidad esencial del vínculo» (así, [STS de 23 de febrero de 2016, rec. 1423/2014](#), con 69 días naturales de interrupción de la actividad laboral; [STS de 8 de noviembre de 2016, rec. 310/2015](#), con 3 meses y

19 días de interrupción; y, recientemente, [Sentencia del TSJ de Galicia de 14 de mayo de 2020, rec. 2728/2019](#), con más de 6 meses de interrupción).

Para terminar, considero que la indemnización de 20 días por año de servicio percibida (y parece que luego devuelta) con ocasión de la extinción de los contratos ex artículo 50 del [convenio colectivo aplicable](#) es perfectamente compatible con la indemnización por despido improcedente que, a buen seguro, fijará el Juzgado de lo Social número 1 de Madrid por la extinción no ajustada a derecho por descansar la misma en la no superación de un periodo de prueba que ha de entenderse por no puesto (arts. [14.1 in fine](#) y [56 ET](#)). A mi juicio, además, dicha compatibilidad resulta predicable también aun en la hipótesis, bastante probable, de que se declare la existencia de una sucesión de empresas, no procediendo en tal caso descuento alguno. La distinta naturaleza y fundamento de ambas indemnizaciones e, inclusive, el diferente sujeto deudor de cada una de ellas determinan la imposibilidad de su compensación. Otra cosa hubiera sido que, a resultas de la extinción indemnizada de los contratos con el anterior titular de la notaría, las personas afectadas hubieran demandado frente al mismo la existencia de una sucesión de empresa. Demanda que, de prosperar, sí podría poner en duda la compatibilidad de aquella indemnización con la nueva fijada o, en su caso, con la readmisión de las personas trabajadoras. Por razones de limitación de espacio no puedo desarrollar mi posición sobre el particular. Aunque sí pondré de manifiesto que para resolver esta cuestión puede resultar muy útil la jurisprudencia del TS vertida en relación con la compatibilidad de la indemnización por despido improcedente reconocida como consecuencia de la detección de irregularidades en la contratación temporal sucesiva y las indemnizaciones fin de contrato percibidas con ocasión de la extinción de los distintos contratos temporales suscritos (SSTS de [29 de junio de 2018, rec. 2889/2016](#); de [11 de julio de 2018, rec. 2131/2016](#); y de [14 de febrero de 2019, rec. 1802/2017](#)).

La suspensión del contrato de trabajo por causas ajenas a la voluntad de la persona trabajadora no debe afectar a la retribución de las vacaciones

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Supremo 350/2023**, de 11 de mayo

Paula López Aguado

Personal investigador de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universitat de València, EG (España)

paula.lopez@uv.es | <https://orcid.org/0009-0003-5692-4464>

Extracto

En la sentencia comentada, el Tribunal Supremo español se pronuncia sobre cuál es la forma de computar los periodos de suspensión del contrato de trabajo en la retribución de las vacaciones anuales planificadas conforme a la última jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en interpretación del artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre. Con carácter general, un periodo de suspensión del contrato de trabajo por causas ajenas a la voluntad de la persona trabajadora no debe implicar una menor remuneración vacacional.

Palabras clave: incapacidad temporal; jurisprudencia; remuneración de las vacaciones; salario; suspensión del contrato; Tribunal de Justicia de la Unión Europea; vacaciones tras incapacidad temporal.

Recibido: 15-10-2023 / Aceptado: 06-11-2023 / Publicado: 04-01-2024

Cómo citar: López Aguado, P. (2024). La suspensión del contrato de trabajo por causas ajenas a la voluntad de la persona trabajadora no debe afectar a la retribución de las vacaciones. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 350/2023, de 11 de mayo. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 478, 191-198. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.19663>

Suspension of an employment contract for reasons beyond the employee's control should not affect holiday pay

Commentary on Supreme Court Ruling 350/2023, of 11 May

Paula López Aguado

*Personal investigador de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universitat de València, EG (España)*
paula.lopez@uv.es | <https://orcid.org/0009-0003-5692-4464>

Abstract

In the commented judgment, the Spanish Supreme Court rules on how to calculate periods of suspension of the employment contract in the payment of planned annual leave in accordance with the latest case law of the Court of Justice of the European Union in interpretation of article 7 of Directive 2003/88/EC, of 4 November. As a general rule, a period of suspension of the employment contract for reasons beyond the employee's control should not lead to lower holiday pay.

Keywords: temporary disability; jurisprudence; vacation pay; salary; suspension of the employment contract; Court of Justice of the European Union; holidays after temporary disability.

Received: 15-10-2023 / Accepted: 06-11-2023 / Published: 04-01-2024

Citation: López Aguado, P. (2024). Suspension of an employment contract for reasons beyond the employee's control should not affect holiday pay. Commentary on Supreme Court Ruling 350/2023, of 11 May. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 478, 191-198. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.19663>

1. Marco normativo de referencia

Conforme al mandato del [artículo 40.2 de la Constitución española](#) que insta a los poderes públicos a asegurar el descanso de las personas trabajadoras mediante, entre otras, la garantía de unas vacaciones periódicas retribuidas, el Estatuto de los Trabajadores (ET) en su [artículo 38](#) recoge la normativa aplicable al periodo vacacional anual de quienes trabajan por cuenta ajena. El derecho a un periodo de vacaciones anuales retribuido también está recogido en el artículo 31 de la [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#).

En lo referente a la remuneración, el [artículo 38 del ET](#) se limita a establecer que las vacaciones serán retribuidas dejando a la negociación colectiva la labor de concretar el contenido de este derecho retributivo. No obstante, la autonomía colectiva está limitada por el artículo 7 del [Convenio 132 de la Organización Internacional del Trabajo](#) (OIT) que recoge que las personas trabajadoras durante el periodo de vacaciones tienen derecho a percibir al menos la remuneración normal o media, y por la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) que, interpretando el artículo 7 de la [Directiva 2003/88](#), considera que la retribución debe ser comparable en términos de salario a los periodos de trabajo para permitir el efectivo disfrute de la persona trabajadora de este derecho al descanso (por todas, Sentencia del TJUE –STJUE– de 22 de mayo de 2014, asunto C-539/12).

En este sentido, el Tribunal Supremo¹ (TS) recoge que la remuneración de las vacaciones debe coincidir con la retribución ordinaria de las personas trabajadoras. Esto incluye el salario base, los complementos personales y los debidos a la actividad empresarial y excluye los conceptos retributivos extraordinarios que remuneran actividades extraordinarias. La discrecionalidad de la negociación colectiva al respecto está limitada a la inclusión o no de los complementos por trabajo realizado, porque su calificación como retribución ordinaria o extraordinaria depende de la habitualidad de la percepción y es, en la definición de habitualidad, donde puede inmiscuirse la autonomía colectiva (a este respecto, la [STS 1046/2017, de 20 de diciembre](#), es muy aclaratoria).

Como se observa, la doctrina es consolidada en lo referente a los elementos que deben integrar la retribución de las vacaciones, aunque se siguen suscitando controversias respecto a supuestos concretos de inclusión de determinados complementos.

¹ Desde que rectificó su doctrina en la Sentencia del TS ([STS](#)) 497/2016, de 8 de junio, y determinó que la discrecionalidad de la negociación colectiva para establecer los conceptos incluidos en la remuneración de las vacaciones no puede apartarse de la retribución normal o media de la persona trabajadora.

Las vacaciones se devengan por la prestación efectiva de servicios, pero el artículo 5.4 del [Convenio 132 OIT](#) establece que las ausencias del trabajo por motivos independientes a la voluntad de la persona interesada han de computarse como parte del periodo de servicios a efectos de cálculo del derecho al periodo vacacional. Por tanto, durante los periodos de incapacidad temporal (IT) se generará derecho a las vacaciones, aun cuando el contrato de trabajo se encuentre suspendido ([STS de 29 de octubre de 2012, rec. 4425/2011](#)).

A este respecto, es controvertida la forma de calcular la retribución de las vacaciones cuando ha habido periodos de suspensión del contrato. Se ha cuestionado si se debe calcular contabilizando el salario base y los complementos ordinarios y habituales percibidos en total y dividiendo esta cantidad entre los 11 meses anteriores, es decir, realizando el promedio de los ingresos realmente percibidos, o bien, dividiendo exclusivamente entre el periodo en que el contrato estuvo activo y, por tanto, considerando como si la persona trabajadora hubiese prestado servicios ininterrumpidamente.

La [STS de 13 de marzo de 2001 \(rec. 3163/2000\)](#) concluye que los periodos de huelga no pueden afectar a la retribución de las vacaciones, lo que conduce a la detracción de la duración de la huelga para el cálculo del promedio mensual del complemento.

Por otro lado, la [STS 1046/2017, de 20 de diciembre](#), mantiene la postura de la doctrina del TJUE respecto a que la retribución de las vacaciones no impide que el convenio colectivo establezca que el cálculo de las percepciones se realice en función de la media percibida durante los 12 meses anteriores independientemente de que el contrato de trabajo haya podido sufrir alguna suspensión. Es decir, cuando el periodo de suspensión es retribuido, considera el Alto Tribunal que es acorde a la normativa europea no descontar estos lapsos de tiempo para el cálculo de la remuneración durante el periodo vacacional si así lo establece la normativa convencional aplicable.

Sin embargo, el TJUE en la [Sentencia de 9 de diciembre de 2021 \(asunto C-217/20\)](#) declara que si la retribución que la persona trabajadora percibe durante las vacaciones anuales es inferior a la ordinaria recibida mientras se prestan servicios, esto puede desincentivar el disfrute del derecho. En consecuencia, establece que las disposiciones nacionales que tomen en consideración la reducción de retribución que la persona trabajadora sufre durante un periodo de IT para fijar la remuneración de las vacaciones son contrarias a la normativa europea.

2. Breve referencia al supuesto de hecho

Cuando el VII Conveni col·lectiu de la xarxa hospitalària d'utilització pública perdió su vigencia ultraactiva se suscribió un acuerdo marco entre la representación legal de las personas trabajadoras y la empresa, sin establecer qué conceptos deben percibir las personas trabajadoras durante las vacaciones. Por ello, el sindicato Metges de Catalunya presenta

una demanda de conflicto colectivo frente a la empresa pública Institut de Diagnòstic per Imatge con el objetivo de que se declare que las personas trabajadoras de la misma tienen derecho a la remuneración normal durante las vacaciones con inclusión de los complementos salariales percibidos durante los 11 meses anteriores, y se condene a la empresa a abonar las diferencias salariales con el correspondiente interés de demora.

El Tribunal Superior de Justicia (TSJ) estimó la demanda declarando que se debían incluir en la retribución del periodo vacacional todos los complementos que las personas trabajadoras percibían, aunque desestimó la demanda respecto a los complementos que en ese momento ninguna de las personas trabajadoras estaba cobrando por no constituir un conflicto actual. También declaró que para el cálculo de la remuneración se debía contemplar lo percibido en los 11 meses anteriores y dividirlo entre el número de meses que el contrato estuvo activo, es decir, despreciando el periodo en que la relación contractual se encontraba suspendida, y que las diferencias salariales se debían abonar con la inclusión del 10 % por intereses moratorios.

Contra dicha resolución, la empresa interpuso recurso ordinario de casación, con fundamento en el [artículo 207 e\) de la Ley reguladora de la jurisdicción social](#), por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate y el TS procede a desestimar el recurso.

3. Claves de la doctrina judicial

En el recurso ordinario de casación interpuesto por la representación de la empresa pública se plantean tres cuestiones que debe resolver el TS: el criterio de habitualidad en la percepción de los conceptos retributivos que se deben incluir en la retribución del periodo vacacional; la fórmula del cálculo de la remuneración de las vacaciones cuando ha habido interrupción en la prestación de servicios durante los 11 meses anteriores; y la condena al pago de los intereses moratorios.

Respecto a la primera de las cuestiones, el TS mantiene la doctrina de que la retribución de las vacaciones debe corresponder con la remuneración normal de la persona trabajadora para que la situación salarial sea comparable a los periodos de prestación de servicio. Esto incluye el salario base, los complementos personales y los debidos a la actividad empresarial, dejando la inclusión de los complementos por trabajo realizado al arbitrio de la negociación colectiva.

En el caso concreto que nos ocupa, los complementos que el sindicato Metges de Catalunya pretende que se incorporen son ordinarios y habituales, por lo que, para poder excluirlos, corresponde a la empresa probar en cada caso concreto que no concurren tales circunstancias. Es de destacar que la sentencia que da origen a este recurso de casación

(Sentencia del TSJ de Cataluña 42/2020, de 23 de septiembre) considera que los complementos que perciben las personas trabajadoras integran la retribución de las vacaciones, pues cumplen las exigencias para ello, aunque estima en parte las pretensiones de la parte demandante porque no entra a valorar los complementos que no se están percibiendo en ese momento al no tratarse de un conflicto actual. El Alto Tribunal confirma esta interpretación realizada por el TSJ de Cataluña.

Resuelta la cuestión referida a la inclusión de los complementos salariales en la remuneración debida durante el periodo vacacional, la duda jurídica se centra en dilucidar cómo se deben computar los periodos de IT o de suspensión del contrato por voluntad ajena a la persona trabajadora en la retribución durante el periodo de descanso por vacaciones anuales.

A este respecto, el TS con carácter previo recuerda que, de acuerdo con su jurisprudencia (promulgada en la [STS 223/2018, de 28 de febrero](#), y reiterada en la [STS 379/2018, de 9 de abril](#)) y a falta de previsión convencional, con la finalidad de fijar un criterio objetivo y dotar de seguridad jurídica al concepto de habitualidad, se considera que las personas empleadas deben cobrar el promedio de los complementos que hayan percibido al menos 6 meses de los 11 anteriores.

Concluye la cuestión citando la doctrina del TJUE y recordando que no es acorde con la normativa europea computar los periodos en que la persona trabajadora no realiza trabajo efectivo para el cálculo de la retribución de las vacaciones cuando de ello resulte una remuneración inferior a la considerada retribución normal, es decir, a la que percibiría de no haber sufrido la suspensión de su contrato por causas ajenas a su voluntad.

En tercer lugar, desestima la pretensión de no inclusión del interés moratorio, porque mantiene que actúa de forma objetiva y automática respecto a los créditos salariales y se devenga desde el momento de reclamación del débito siempre que haya sido estimada la demanda.

4. Trascendencia de la doctrina judicial

La doctrina expuesta en la [sentencia comentada](#) es relevante porque traslada a la jurisprudencia nacional el criterio del TJUE sobre el cálculo del promedio de los complementos a abonar durante las vacaciones cuando ha habido periodos de suspensión del contrato.

En un primer momento, el Alto Tribunal había considerado aceptable que el convenio colectivo estableciera que el cálculo de la retribución de las vacaciones se fundamentara en el salario base más la media de cada uno de los incentivos ordinarios y habituales percibidos durante los 12 meses previos incluso cuando había habido periodos de suspensión remunerados del contrato de trabajo ([STS 1046/2017, de 20 de diciembre](#)). A esta conclusión llegaba alegando que, al ser periodos retribuidos, no era contrario a la doctrina del TJUE y

considerando, además, que, en el caso concreto, el convenio fijaba la obligación de abonar una retribución complementaria durante el periodo de IT de las personas trabajadoras.

Ahora bien, en su fallo de [9 de diciembre de 2021, en el asunto C-217/20](#), el TJUE determinó que, cuando la remuneración que recibe la persona trabajadora durante sus vacaciones anuales es menor que su salario ordinario, podría incentivarlo a prescindir del ejercicio de su derecho al descanso. Por lo tanto, concluyó que las disposiciones nacionales que consideren la reducción salarial que una persona trabajadora experimenta durante un periodo de IT para determinar la compensación de las vacaciones son contrarias a la legislación europea. En definitiva, para el cálculo de la retribución que las personas trabajadoras perciben durante las vacaciones debemos excluir los periodos de suspensión del contrato incluso cuando el convenio colectivo prevea lo contrario.

Lo decisivo no es que el periodo de suspensión del contrato esté retribuido incluso aunque se establezca la obligación empresarial de complementar la prestación de la Seguridad Social como había determinado el TS, sino que la persona trabajadora no vea disminuida su remuneración durante el periodo de descanso debido a la suspensión involuntaria de su contrato de trabajo.

Esta interpretación complementa la prohibición de que la normativa nacional restrinja el derecho a disfrutar de las vacaciones alegando que la persona empleada no ha respondido a su obligación de trabajar durante el periodo de referencia cuando este incumplimiento es debido a razones ajenas a su voluntad, como es el padecimiento de una enfermedad. La jurisprudencia europea viene dictaminando que el artículo 7 de la [Directiva 2003/88](#) atribuye a todas las personas trabajadoras sin distinción el derecho a vacaciones anuales retribuidas incluso cuando se hayan encontrado en situación de baja por enfermedad durante todo el periodo de devengo ([STJUE de 20 de enero de 2009, asuntos acumulados C-350/06 y C-520/06](#)).

En la [sentencia comentada](#), el Alto Tribunal recoge el criterio asentado por el TJUE y declara que es contraria a la normativa europea la práctica empresarial o la disposición convencional que, para calcular la retribución del periodo vacacional, toma en consideración los lapsos de tiempo en los que la persona empleada no realiza ningún trabajo efectivo por estar suspendido su contrato de trabajo, cuando esto conlleva una remuneración de las vacaciones inferior a la retribución normal de la persona trabajadora. Por tanto, el proceder adecuado es no incluir en el cálculo aquellos lapsos de tiempo en los que esta no ha desempeñado sus funciones debido a la suspensión del contrato por razones ajenas a su voluntad; de este modo, las vacaciones posteriores a un periodo de suspensión se remunerarán atendiendo a la retribución que hubiese correspondido de haber prestado servicios de forma efectiva.

Con todo ello, todas las personas trabajadoras tienen derecho a vacaciones anuales retribuidas y este derecho se genera incluso durante los periodos de suspensión del contrato por motivos ajenos a su voluntad como es la IT.

El convenio colectivo tiene legitimación para precisar cuándo debe considerarse que un complemento es habitual y, a falta de previsión convencional, se considerarán habituales los complementos que se hayan cobrado durante 6 o más meses de los 11 precedentes (STS 741/2020, de 8 de septiembre).

La retribución normal que la persona trabajadora percibe en las vacaciones anuales debe referirse a la recibida durante los periodos de actividad y no a los de suspensión del contrato. Por ello, una vez determinados qué complementos tienen que incluirse –todos los que sean ordinarios y habituales–, el promedio mensual debe realizarse computando únicamente los periodos de actividad, pues, en caso contrario, conllevaría una remuneración del periodo de descanso inferior que la que se hubiese percibido si no hubiera estado en suspensión por motivos ajenos a su voluntad, lo que desincentivaría el disfrute de las vacaciones por parte de las personas empleadas.

En conclusión, así como la IT, como periodo de suspensión del contrato por motivos independientes a la voluntad de la persona trabajadora, genera derecho a vacaciones anuales, esta suspensión no puede conllevar que la retribución del periodo vacacional sea inferior a la que se hubiese percibido de no haber estado en situación de IT durante el año natural previo al disfrute de este derecho al descanso.

Por último, cabe destacar que el TJUE centra su debate en la suspensión por IT, mientras que el TS habla de periodos en los que la persona empleada no ha realizado trabajos efectivos, como los supuestos de suspensión del contrato, por tanto, a mi parecer, sería interpretable que otras causas de suspensión del contrato como el nacimiento o adopción de menor o la excedencia forzosa llevasen a la misma conclusión. También se plantea el interrogante de si los periodos de excedencia voluntaria por cuidado de hijos/as donde no se percibe ningún emolumento deben computar para la retribución de las vacaciones, pues, aunque su disfrute es voluntario, su finalidad es la dedicación a tiempo completo al cuidado de una persona menor, lo que dista mucho del objetivo de permitir el descanso o el ocio y el esparcimiento que persigue el derecho a las vacaciones. Incluirlos para el cálculo de la remuneración persuadiría a la persona trabajadora de ejercer su derecho al descanso, que es lo que, en definitiva, pretende evitar la doctrina del TJUE.



El neuroticismo como antecedente del tecnoestrés y la adicción al trabajo. Una visión sensibilizadora para las organizaciones del siglo XXI

Mario Domene Toledo

Técnico de proyectos sociales en COGAM (España)
mariustd1984@gmail.com | <https://orcid.org/0009-0006-6458-4668>

Fernando José Pons Verdú (autor de contacto)

Profesor permanente laboral en IDOCAL (Instituto de Investigación en Psicología de los RR. HH., del Desarrollo Organizacional y de la Calidad de Vida Laboral) y Departamento de Psicología Social, Universitat de València (España)
Fernando.pons@uv.es | <https://orcid.org/0000-0002-1585-1831>

Extracto

La irrupción de las nuevas tecnologías está difuminando la línea que separa la vida privada de la profesional, y ha creado un fenómeno nuevo: el tecnoestrés, e incrementado otro ya existente: la adicción al trabajo. Este estudio evalúa el papel del neuroticismo como predictor de ambos fenómenos, así como la relación entre las diferentes variables. Los resultados obtenidos indican una capacidad predictiva del neuroticismo sobre el tecnoestrés, no así sobre la adicción al trabajo. Sin embargo, si el análisis se centra en las facetas de emocionalidad negativa, la capacidad predictiva del neuroticismo sí es significativa para la adicción al trabajo. Por otro lado, el análisis de correlaciones muestra una correlación débil entre el neuroticismo y la adicción al trabajo, y una correlación moderada entre el neuroticismo y el tecnoestrés. La correlación entre la adicción al trabajo y el tecnoestrés también es moderada, aunque es la más alta de todas.

Palabras clave: características de personalidad; adicción al trabajo; neuroticismo; emocionalidad negativa; tecnoestrés; estrés; *burnout*.

Recibido: 04-05-2022 / Aceptado: 08-09-2022 / Publicado: 04-01-2024

Cómo citar: Domene Toledo, M. y Pons Verdú, F. J. (2024). El neuroticismo como antecedente del tecnoestrés y la adicción al trabajo. Una visión sensibilizadora para las organizaciones del siglo XXI. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 478, 199-218. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.3361>



Neuroticism as an antecedent of technostress and workaholism. A view to sensitize organizations in the 21st century

Mario Domene Toledo

Técnico de proyectos sociales en COGAM (España)
mariusdt1984@gmail.com | <https://orcid.org/0009-0006-6458-4668>

Fernando José Pons Verdú (contributing author)

Profesor permanente laboral en IDOCAL (Instituto de Investigación en Psicología de los RR. HH., del Desarrollo Organizacional y de la Calidad de Vida Laboral) y Departamento de Psicología Social, Universitat de València (España)
Fernando.pons@uv.es | <https://orcid.org/0000-0002-1585-1831>

Abstract

The appearance of new technologies is blurring the separation between work and personal life, and has created a new phenomenon: technostress, and another one has increased: workaholism. This paper assesses neuroticism as a predictor of both phenomena and the relationship between different variables. The results indicate a predictive capacity of neuroticism on technostress, but not on workaholism. However, if the analysis focuses on the facets of negative emotionality, the predictive capacity of neuroticism is significant for workaholism. On the other hand, the correlation analysis shows a weak correlation between neuroticism and workaholism, and a moderate correlation between neuroticism and technostress. The correlation between workaholism and technostress is also moderate, although it is the highest of them.

Keywords: personality characteristics; workaholism; neuroticism; negative emotionality; technostress; stress; burnout.

Received: 04-05-2022 / Accepted: 08-09-2022 / Published: 04-01-2024

Citation: Domene Toledo, M. y Pons Verdú, F. J. (2024). Neuroticism as an antecedent of technostress and workaholism. A view to sensitize organizations in the 21st century. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 478, 199-218. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.3361>



Sumario

- 1. Introducción
 - 1.1. Adicción al trabajo
 - 1.2. Tecnoestrés
 - 1.3. Neuroticismo
- 2. Justificación del estudio e hipótesis
- 3. Método
 - 3.1. Participantes
 - 3.2. Instrumentos y procedimiento
- 4. Análisis de resultados
- 5. Discusión
- Referencias bibliográficas

1. Introducción

La Universidad Jaume I de Castellón, la Universidad Politécnica de Valencia y la Universidad del País Vasco realizaron un estudio en 2012 sobre la adicción al trabajo en España. Sus resultados arrojaron una conclusión preocupante: el 4,6 % de las personas trabajadoras presentaban conductas adictivas al trabajo y pronosticaban que esta cifra podría triplicarse en los siguientes años (De la Poza Plaza *et al.*, 2014). Entendida como un trabajo excesivo, debido fundamentalmente a una irresistible necesidad o impulso a trabajar constantemente, la adicción al trabajo se configura como un daño laboral de tipo psicosocial (Del Líbano Miralles y Llorens Gumbau, 2012).

La adicción al trabajo tiene diversas implicaciones para las personas trabajadoras. A nivel laboral, se relaciona con la disminución del desempeño, la flexibilidad cognitiva y la creatividad (Gorgievski *et al.*, 2010). Y a nivel personal, se relaciona con fatiga física y psicológica (Moriano León, 2012) o con repercusiones emocionales y psiquiátricas (Andreassen, Griffiths *et al.*, 2016). Además, el incremento del uso de los *smartphone* como instrumentos de trabajo ha propiciado una hiperconectividad laboral con consecuencias en el rendimiento profesional y físico, afectando de manera significativa a los ciclos de sueño (Spagnoli *et al.*, 2019).

El contexto laboral también se ha visto influido por otro fenómeno reciente. Según la Encuesta de población activa de 2019 (EPA), de los casi 20.000.000 de personas ocupadas que había en España, el 8,4 % (1.640.000) indicaron que trabajaban desde sus domicilios ocasionalmente, y un 4,5 % (950.000) lo hacían más de la mitad de los días laborales. En marzo de 2020, se estableció un estado de alarma sanitario en España que trajo una serie de medidas sociales, sanitarias y laborales sin precedentes. En el ámbito laboral, las organizaciones tuvieron que reorganizar su actividad y su estructura de manera drástica. Esto provocó una rápida y forzosa transición al teletrabajo. En ese contexto, un estudio del Banco de España señaló que el 80 % de la muestra analizada aumentó el porcentaje de su jornada en formato de teletrabajo (Anghel *et al.*, 2020), algo que, sumado a la falta de recursos (*e. g.*, conocimientos o equipos informáticos), potenció el incremento del tecnoestrés entre las personas trabajadoras.

A las consecuencias para las personas derivadas de estos dos fenómenos conviene añadir el impacto en los sistemas de trabajo para las organizaciones. Esto hace que convenga implantar medidas dirigidas a prevenir la aparición de estos fenómenos en los lugares de trabajo.

1.1. Adicción al trabajo

Inicialmente, el término «adicción al trabajo» fue definido por Oates como una «necesidad excesiva e incontrolable de trabajar incesantemente que afecta a la salud, a la felicidad y a las relaciones de las personas» (Del Líbano Miralles y Llorens Gumbau, 2012, p. 14). Para tratar de delimitar el constructo, Del Líbano Miralles y Llorens Gumbau (2012, p. 19) definieron ocho características clave en el perfil de adicción al trabajo: trabajar de manera excesiva (1) y compulsiva (2), negación del problema (3), necesidad de control (4), alta importancia y significado del trabajo (5), alta vitalidad, energía y competitividad (6), problemas extralaborales (7) y problemas en el rendimiento a medio-largo plazo (8). Por otro lado, diversos trabajos se han centrado en identificar los factores de riesgo.

Liang y Chu (2009) describieron un perfil de personalidad para la adicción al trabajo que se caracteriza por presentar rasgos obsesivo-compulsivos, orientación al éxito, perfeccionismo y responsabilidad. Para Savickas (1990), el patrón de conducta tipo A es el perfil de personalidad prototípico de la adicción al trabajo, y se caracteriza por ser perfeccionista, desarrollar comportamientos de hostilidad, además de ambición, competitividad e impaciencia.

Otras investigaciones relacionan la personalidad desde el *Big Five Model*, identificando el neuroticismo como el componente que ofrece mayor correlación con la adicción al trabajo (e. g., Quinones *et al.*, 2016). Considerando las características demográficas, ser una persona soltera, ocupar puestos directivos o de responsabilidad, percibir altas compensaciones económicas, ser emprendedora o autónoma y trabajar en el sector privado son indicadores de un mayor riesgo en el desarrollo de conductas adictivas al trabajo (Andreassen, Griffiths *et al.*, 2016).

En el ámbito familiar, Shkoler *et al.* (2017) encontraron que la adicción al trabajo conlleva una serie de problemas extralaborales que afectan negativamente al entorno familiar. Estos autores evidenciaron la relación positiva existente entre el impulso a trabajar y el conflicto familiar, encontrando, además, una correlación negativa entre el conflicto familiar y el disfrute en el trabajo.

Otros estudios han analizado la relación con diversos trastornos psiquiátricos y emocionales. Andreassen, Griffiths *et al.* (2016) identificaron tres trastornos psiquiátricos que se relacionan con la adicción al trabajo: el trastorno obsesivo-compulsivo, el trastorno por déficit de atención e hiperactividad y los trastornos del estado del ánimo. La ansiedad, la impulsividad y la compulsividad fueron dimensiones muy características en el comportamiento de personas que padecían este tipo de trastornos, siendo el neuroticismo el rasgo de personalidad que recoge estas facetas en su constructo (Shkoler *et al.*, 2017).

Finalmente, otros trabajos se han centrado en el análisis de las consecuencias de la adicción al trabajo. Moyer *et al.* (2017) llevaron a cabo una investigación para examinar las relaciones entre la adicción al trabajo, el capital psicológico y el *burnout*. Los resultados indicaron que el capital psicológico tenía una fuerte relación positiva con el logro personal

(mientras que la adicción al trabajo mostró una correlación negativa débil). También se halló una correlación positiva entre la adicción al trabajo y el *burnout*.

1.2. Tecnoestrés

El tecnoestrés es una enfermedad moderna, causada por la incapacidad de la persona para afrontar las nuevas tecnologías relacionadas con el uso del ordenador de manera saludable (Salanova Soria *et al.*, 2014). Complementariamente, Martínez Selva define el tecnoestrés como «un impacto negativo en el bienestar físico y mental de la implantación casi obligatoria de las nuevas tecnologías en todos los ámbitos: trabajo, ocio y vida privada» (2011, p. 16).

Más específicamente, Salanova Soria *et al.* (2014) identifican dos experiencias de tecnoestrés: *tecnostrain* y tecnoadicción. El *tecnostrain* se refiere a una experiencia psicológica negativa relacionada con el tecnoestrés (*strain*). Es un fenómeno multidimensional de cuatro dimensiones: (1) ansiedad y (2) fatiga relacionadas con el uso de la tecnología –la dimensión afectiva–, (3) escepticismo –la dimensión actitudinal–, (4) ineficacia en el uso de las tecnologías –la dimensión cognitiva del constructo–. Por otro lado, la tecnoadicción está presente en todas aquellas personas que hacen un uso excesivo y sufren una incontrolable compulsión a utilizar la tecnología en todo momento y en cualquier lugar durante largos periodos de tiempo.

Diversos autores y autoras han elaborado diferentes modelos explicativos del tecnoestrés. A través de una revisión realizada por Llorens Gumbau *et al.* (2011) podemos encontrar los siguientes. El modelo de ajuste persona-ambiente, según el cual el estrés es causado por un déficit en el ajuste de las capacidades de la persona y las demandas del ambiente. El modelo vitamínico explica el fenómeno del tecnoestrés desde dos dimensiones: placer (eje placer-displacer) y nivel de activación (eje entusiasmo-depresión). Aquí, el tecnoestrés se produce en aquellas personas que experimentan un bajo placer y un alto nivel de activación (ansiedad) cuando utilizan las nuevas tecnologías. El modelo conceptual de comprensión del tecnoestrés explica que el tecnoestrés se produce por cuatro elementos principales: (1) estresores específicos, que anteceden a la aparición del tecnoestrés, como: a) tecno-sobrecarga –consecuencia de una gran cantidad de información–, b) tecnoinvasión –sensación de sentirse invadido en el trabajo por la tecnología–, c) tecnoincertidumbre –cambio rápido con el que se sucede la tecnología–, d) tecnoinseguridad –miedo de la persona a perder su trabajo a causa de la tecnología– y e) tecnocomplejidad –complejidad de la tecnología para su uso y comprensión–; (2) factores situacionales, que reducen, amortiguan o inhiben el impacto del tecnoestrés –por ejemplo, el apoyo organizacional o el fomento de la participación de las personas trabajadoras en los diseños de los puestos de trabajo–; (3) consecuencias del estrés en el individuo, como los cambios psicológicos –por ejemplo, estado de ánimo depresivo o ansiedad– y fisiológicos –por ejemplo, alteraciones del sueño–; y (4) consecuencias para la organización como resultado del estrés –por ejemplo, absentismo o desempeño–. El modelo de demandas-recursos explica que el tecnoestrés se

producirá cuando existan altas demandas y bajos recursos tecnológicos en el ambiente de trabajo. Finalmente, el modelo espiral de la salud ocupacional otorga una gran importancia a los recursos personales como la autoeficacia específica con la tecnología (creencias que tienen en sus propias competencias para usar la tecnología). Si la persona se percibe con una baja autoeficacia en el uso de la tecnología, se producirá una espiral de deterioro en la salud, en cambio, si la persona se percibe con una alta autoeficacia específica en el uso de la tecnología, se producirá una espiral de motivación.

Respecto al análisis de los factores de riesgo, las mujeres muestran mayor ansiedad ante el uso de las nuevas tecnologías que los hombres, aunque tienen un mayor apego personal a estas herramientas, experimentan mayores niveles de estrés y malestar relacionados con su uso, mientras que el uso continuo de las nuevas tecnologías genera actitudes positivas y menos niveles de ansiedad (Llorens Gumbau *et al.*, 2011). El perfil prototípico de tecnoadicción suele darse en personas solteras, varones jóvenes, mujeres de mediana edad, estudiantes y personas con bajo nivel educativo (Douglas *et al.*, 2008).

En relación con las consecuencias del tecnoestrés, Atanasoff y Venable (2017) señalan que el mal uso de las nuevas tecnologías puede aumentar exponencialmente los casos de absentismo, reducir el desempeño, provocar bajos niveles de compromiso con la organización o reducir la satisfacción laboral. Por otro lado, Riedl (2013) enumera las consecuencias psicosomáticas relacionadas con el mal uso de las nuevas tecnologías: problemas de sueño, dolores de cabeza, dolores musculares, síndrome del túnel carpiano, fatiga, aumento de la presión sanguínea, déficits en el sistema inmune y problemas gastrointestinales. De este modo, el tecnoestrés presenta consecuencias que se pueden manifestar en ansiedad, insatisfacción personal con el trabajo, reducción del rendimiento laboral y *burnout*, entre otras.

Diferentes investigaciones han analizado la relación entre el tecnoestrés y la adicción al trabajo. Molino *et al.* (2019) realizaron un estudio para conocer qué relación tenía la adicción al trabajo con el uso de la tecnología fuera del trabajo. Confirmaron la hipótesis de que el uso de la tecnología fuera de horas de trabajo está directa y positivamente relacionado con la adicción al trabajo. En otro estudio, Molino *et al.* (2020) evidenciaron que la tecnosobrecarga, tecnocomplejidad y tecnoinvasión correlacionaron con la sobrecarga de trabajo. Y, concretamente, la tecnoinvasión se relaciona con altos niveles de conflicto familiar. Carlotto *et al.* (2014) investigaron los predictores de la adicción al trabajo en personas trabajadoras que utilizan las tecnologías de la información y la comunicación. Los resultados revelaron que las dimensiones del tecnoestrés ansiedad y escepticismo funcionan como variables que predicen la dimensión trabajar excesivamente de la adicción al trabajo. Además, encontraron que cuanto mayor es el nivel de ansiedad, mayor es la necesidad de trabajar excesiva y compulsivamente.

En un estudio realizado por Spagnoli *et al.* (2019) se investigó la influencia del uso intensivo de los *smartphones* en los ciclos de sueño. Evidenciaron que el uso excesivo de los *smartphones* y el déficit de sueño mediaron la relación entre la somnolencia diurna y la

adicción al trabajo. Explicaron que las personas adictas al trabajo permanecían *enganchadas* a su trabajo a través de sus teléfonos móviles. Estas autoras también señalaron la necesidad de incluir el factor neuroticismo en futuras investigaciones para el estudio de la adicción al trabajo. Quinones *et al.* (2016) pretendían conocer qué efecto tiene el uso compulsivo de internet con trabajar excesiva y compulsivamente. Encontraron que el uso compulsivo de internet era una variable que predice la dimensión compulsiva de la adicción. Sin embargo, el uso compulsivo de internet no predice trabajar excesivamente.

1.3. Neuroticismo

En 1944, Eysenck desarrolló su modelo biopsicosocial de la personalidad señalando la existencia de tres superfactores que conforman la personalidad: psicoticismo, extraversión y neuroticismo. Existe un alto consenso en los modelos factoriales en que el neuroticismo es la dimensión de la personalidad que hace referencia a la emocionalidad negativa del individuo (Costa y McCrae, 1985; Hernangómez Criado *et al.*, 2020). A su vez, en el neuroticismo se identifican las siguientes facetas: ansiedad, hostilidad, depresión, ansiedad social, impulsividad y vulnerabilidad (Ruiz Caballero, 2011).

En la última década se han desarrollado diversas investigaciones sobre los orígenes biológicos del neuroticismo. Según la hipótesis del sistema límbico, las personas que puntúan alto en neuroticismo tienen un umbral de excitación muy bajo, es decir, necesitarían poca estimulación para activar el sistema límbico y emitir respuestas relacionadas con el estrés (Hernangómez Criado *et al.*, 2020). Hu *et al.* (2020) encontraron evidencias de que las personas que puntuaron alto en neuroticismo tenían el volumen del lado izquierdo de la amígdala más pequeño. En un metaanálisis de Miller *et al.* (2007) se encontraron evidencias contradictorias en cuanto al papel del cortisol en el estrés crónico y en el neuroticismo. Por un lado, algunos estudios han evidenciado la presencia de altos niveles de cortisol asociados al estrés crónico (hipercortisolemia). Por otro lado, también encontraron investigaciones que apuntaban a niveles reducidos de esta hormona en la ansiedad, estrés crónico, trauma y depresión (hipocortisolemia).

Sobre la relación entre el neuroticismo y el tecnoestrés, Marciano *et al.* (2020) realizaron un metaanálisis de 154 estudios sobre el neuroticismo en la era digital (104 de ellos sobre neuroticismo y el uso de internet). Encontraron que las personas con altos niveles en neuroticismo usaban con mayor frecuencia las redes sociales, más para divulgar material que para comunicarse con otras personas.

Srivastava *et al.* (2015) investigaron la influencia de los factores de personalidad en los tecnoestresores y sus consecuencias laborales. Su hipótesis consistía en esperar que el neuroticismo moderara la relación entre los tecnoestresores y el *burnout*, y que esta relación fuera más intensa cuanto mayor fuera el nivel de neuroticismo. En su trabajo, esta hipótesis no pudo ser aceptada. Sin embargo, pudieron comprobar que el neuroticismo moderaba

de manera negativa la relación entre el tecnoestrés y el *engagement*, siendo esta relación más débil cuanto mayor era el nivel de neuroticismo.

Pflügner *et al.* (2019) realizaron un estudio dirigido a identificar qué perfiles de personalidad predisponían al tecnoestrés. Configuraron seis perfiles de personalidad que predisponían a la experiencia de tecnoestrés: (1) neurótico-agradable; (2) neurótico-consciente; (3) agradable-consciente; (4) neurótico-agradable-consciente; (5) abierto-extrovertido-agradable; y (6) abierto-neurótico. El hecho de que cuatro de los seis perfiles incluyan el neuroticismo constata su relevancia en el estudio del tecnoestrés.

Sobre la relación entre el neuroticismo y la adicción al trabajo, Součková *et al.* (2014) encontraron que el neuroticismo era un claro predictor de la adicción al trabajo y, a su vez, estaba negativamente asociado con el placer en el trabajo. Otra faceta relacionada con la adicción al trabajo fue el perfeccionismo, que estaba positivamente relacionado con el impulso a trabajar. En congruencia con estos resultados, Shkoler *et al.* (2017) encontraron una correlación positiva entre el neuroticismo y la impulsividad para trabajar, así como una correlación negativa entre el neuroticismo y el disfrute en el trabajo.

Jackson *et al.* (2016) investigaron la relación entre la personalidad y la adicción al trabajo en dos estudios. Una de las hipótesis que formularon fue que el neuroticismo y el sistema de inhibición de conducta (BIS del modelo de Gray) estaban positivamente asociados con la impulsividad por trabajar. La muestra del primer estudio estaba formada por 464 personas trabajadoras de Australia y la del segundo por 105 personas trabajadoras de puestos directivos de Estados Unidos. En la muestra australiana, los resultados confirmaron su hipótesis, el neuroticismo y el BIS estaban asociados positivamente con la adicción al trabajo. Sin embargo, esta hipótesis no se cumplió en la muestra estadounidense.

Andreassen, Bjorvatn *et al.* (2016) llevaron a cabo un estudio longitudinal para analizar la relación entre el *Big Five Model* y la adicción al trabajo. Los resultados mostraron que el neuroticismo estaba positivamente asociado a la adicción al trabajo. Otro hallazgo interesante de su estudio señaló que tener al menos un hijo o hija estaba negativamente asociado con la adicción al trabajo.

2. Justificación del estudio e hipótesis

La Organización Mundial de la Salud tiene en su agenda para el año 2030 investigar sobre los factores de riesgo en la adicción al trabajo, así como avanzar en futuras investigaciones sobre cómo el trastorno de la personalidad obsesivo-compulsiva, el *burnout* y la depresión interaccionan en su génesis y desarrollo (Atroszko *et al.*, 2020). La literatura científica analizada ha evidenciado la existencia de una relación entre la adicción al trabajo, el tecnoestrés y los rasgos de personalidad. En el marco de estas investigaciones, este estudio plantea las siguientes hipótesis:

Atendiendo a la capacidad predictiva del neuroticismo sobre el grado de adicción al trabajo en personas trabajadoras encontrada por Součková *et al.* (2014), la hipótesis 1 se formula como: «El rasgo neuroticismo ofrecerá una capacidad predictiva sobre la adicción al trabajo. Específicamente se espera que la escala de sensibilidad emocional (ESE) sea predictora de la adicción al trabajo».

Quinones *et al.* (2016) evidenciaron que el uso compulsivo de internet predice la dimensión de la adicción al trabajo relacionada con trabajar compulsivamente, y Carlotto *et al.* (2014) encontraron que las dimensiones de ansiedad y escepticismo del tecnoestrés predecían la dimensión trabajar excesivamente de la adicción al trabajo. De este modo, la hipótesis 2 se concreta como: «Las puntuaciones de la escala de tecnoestrés estarán relacionadas con la adicción al trabajo. Aquí se espera encontrar una correlación positiva entre el tecnoestrés y la adicción al trabajo».

Pflügner *et al.* (2019) describieron diferentes perfiles de personalidad implicados en el tecnoestrés, donde el neuroticismo era un elemento central en aquellos perfiles que tenían relación con el tecnoestrés. Así pues, en la hipótesis 3 se espera que: «Puntuaciones bajas en neuroticismo están relacionadas con un menor riesgo de sufrir tecnoestrés. Es decir, habrá una correlación positiva entre ambas variables». Y, por otro lado, en la hipótesis 4: «Las personas que obtienen puntuaciones elevadas en neuroticismo obtendrán puntuaciones elevadas en tecnoestrés y adicción al trabajo. Esperamos en esta hipótesis que el neuroticismo tenga una correlación significativa con ambos fenómenos».

3. Método

3.1. Participantes

La muestra estuvo compuesta por 121 participantes (51 hombres, 68 mujeres y 2 personas que no se definen). El rango de edad oscila entre 21-62 años, con una media de 38,39 años y una desviación estándar de 8,56. 8 personas (6,61 %) indicaron que trabajaban por cuenta propia, 86 lo hacían por cuenta ajena (71,07 %) y 27 pertenecían al funcionariado público (22,31 %).

Según el cargo o responsabilidad dentro de la organización, 60 personas no tenían responsabilidad dentro de sus organizaciones (49,59 %), 45 personas eran mandos intermedios (37,19 %), 10 personas desempeñaban cargos con alta responsabilidad (8,26 %) y 6 personas poseían el cargo más alto en sus empresas (4,96 %).

En cuanto al uso de las nuevas tecnologías, 104 personas (85,95 %) indicaron que sin ellas no pueden desempeñar sus funciones en el trabajo.

3.2. Instrumentos y procedimiento

Para medir la adicción al trabajo se ha utilizado la escala de adicción al trabajo DUWAS-10 (Schaufeli y Taris, 2004). Se trata de una versión reducida de la original *The Dutch Work Addiction Scale* (DUWAS). La escala original contiene 16 ítems que miden las dos dimensiones de la adicción al trabajo: trabajar excesivamente (TE) y trabajar compulsivamente (TC). La nueva versión, de 10 ítems, no cuenta con aquellos que eran repetitivos y no aportaban información adicional a la escala. Tiene 5 ítems para la dimensión TE (1, 2, 4, 6 y 8) y otros 5 ítems para la dimensión TC (3, 5, 7, 9 y 10). La escala mide la frecuencia de conductas relacionadas con el trabajo en una escala Likert, donde 1 indica la frecuencia «nunca/casi nunca» y 4 indica «siempre/casi siempre».

Para el constructo tecnoestrés se utilizó el cuestionario de tecnoestrés de Llorens Gumbau *et al.* (2011). Consta de 22 ítems, los 16 primeros miden la experiencia de *tecnostrain* en sus cuatro dimensiones (escepticismo –ítems 1 a 4–, fatiga –ítems 5 a 8–, ansiedad –ítems 9 a 12– e ineficacia –ítems 13 a 16–). Los 6 ítems restantes miden la adicción a las nuevas tecnologías. Este cuestionario permite medir las dimensiones *tecnostrain* y tecnoadicción de manera independiente. Las puntuaciones miden la frecuencia de una serie de afirmaciones relacionadas con el uso de las nuevas tecnologías a través de una escala Likert donde 0 indica «nunca» y 6 indica «siempre».

El neuroticismo se midió mediante la escala de sensibilidad emocional (ESE) de Guarino y Roger (2005). Es una escala hispana que ha sido validada para medir el constructo neuroticismo. Se compone de 45 ítems que miden tres dimensiones: sensibilidad egocéntrica negativa (SEN) (22 ítems), distanciamiento emocional (DE) (10 ítems) y sensibilidad interpersonal positiva (SIP) (13 ítems). Las personas deben responder «cierto» o «falso» a una serie de afirmaciones sobre diferentes estados emocionales, según su situación actual. Al tratarse de una respuesta dicotómica cualitativa, para su posterior análisis, las respuestas se transformaron en números de la siguiente manera: 2 puntos para cada respuesta «cierto» (las afirmaciones «cierto» indican una mayor intensidad en cada factor) y 1 punto para cada respuesta «falso». En el factor SEN, se ha invertido la puntuación del ítem 14 («Yo puedo controlar mis nervios fácilmente»), debido a que una mayor puntuación en este ítem no se relaciona con una mayor emocionalidad negativa (inestabilidad emocional). En el factor SIP, se han invertido las puntuaciones de los ítems 7 –39, en la escala global– («Es algo difícil para mí conocer los sentimientos y estados de ánimo de la gente a mi alrededor») y 10 –42, en la escala global– («Yo no trato de averiguar cómo la gente a mi alrededor se siente»), ya que una mayor puntuación en estos ítems no correlaciona con una mayor empatía, que es lo que mide este factor. En relación con la consistencia interna de los factores que componen la ESE, los valores (alfa de Cronbach) obtenidos han sido superiores a los encontrados por Guarino y Roger (2005) en el estudio para la construcción y validación de la escala. En la tabla 1, se muestran los datos comparativos entre uno y otro estudio.

Tabla 1. Comparativa consistencia interna de los factores de la ESE

	SEN	DE	SIP
Guarino y Roger (2005)	0,824	0,742	0,710
Presente estudio	0,852	0,632	0,718

Fuente: elaboración propia.

Los cuestionarios fueron administrados a través de un formulario *online* mediante un muestreo por conveniencia a través de diversas redes sociales.

4. Análisis de resultados

El análisis de resultados se ha llevado a cabo con el programa estadístico SPSS. Para contrastar las diferentes hipótesis se han realizado análisis de regresión jerárquica y análisis de correlaciones. Para conocer el valor predictivo del neuroticismo se ha utilizado la edad y el rol/cargo en la empresa como variables de control. La variable independiente se ha calculado como el promedio de las puntuaciones de la ESE. Por otro lado, la variable dependiente se ha calculado como el promedio de las puntuaciones de la escala DUWAS-10.

Tabla 2. Resultados análisis de regresión lineal neuroticismo y adicción al trabajo

Modelo	R	R ²	R ² ajustado	Error estándar de estimación	Cambio en R ²	Cambio en F	gl1	gl2	Sign. cambio en F
1	0,458 ^a	0,209	0,196	0,59743	0,209	15,623	2	118	0,000
2	0,476 ^b	0,227	0,207	0,59339	0,017	2,613	1	117	0,109

(a) Predictores: (Constante), Rol_Cargo, Edad.

(b) Predictores: (Constante), Rol_Cargo, Edad, Promedio_ESE.

Fuente: elaboración propia.

Como se aprecia en esta tabla, no se producen resultados significativos con la variable neuroticismo. En todo caso, el neuroticismo solo añade un 1,7 % a la capacidad predictiva sobre las variables de control para predecir la adicción al trabajo. Según estos resultados, no podemos aceptar la hipótesis 1.

De los tres factores que componen la ESE, la SEN ha mostrado una validez concurrente para medir la emocionalidad negativa (Guarino y Roger, 2005), componente central del rasgo neuroticismo en los principales modelos factoriales de personalidad. Para estudiar esta relación se ha realizado un análisis de regresión lineal considerando únicamente este factor.

Tabla 3. Resultados análisis de regresión lineal factor SEN y adicción al trabajo

Modelo	R	R ²	R ² ajustado	Error estándar de estimación	Cambio en R ²	Cambio en F	gl1	gl2	Sign. cambio en F
1	0,458 ^a	0,209	0,196	0,59743	0,209	15,623	2	118	0,000
2	0,541 ^b	0,293	0,275	0,56739	0,084	13,823	1	117	0,000

(a) Predictores: (Constante), Rol_Cargo, Edad.

(b) Predictores: (Constante), Rol_Cargo, Edad, Promedio_SEN.

Fuente: elaboración propia.

En este caso, sí se evidencian resultados significativos. La SEN mejora la capacidad predictiva de las variables de control en un 8,4 %. Este dato indica que existe cierta capacidad predictiva de la emocionalidad negativa sobre la adicción al trabajo.

Como la ESE tiene un segundo factor que mide la emocionalidad negativa, en un tercer análisis de regresión se añadió esta variable para comprobar si incluir el factor DE añadía capacidad predictiva al modelo.

Tabla 4. Resultados análisis de regresión lineal factores SEN/DE y adicción al trabajo

Modelo	R	R ²	R ² ajustado	Error estándar de estimación	Cambio en R ²	Cambio en F	gl1	gl2	Sign. cambio en F
1	0,458 ^a	0,209	0,196	0,59743	0,209	15,623	2	118	0,000
2	0,566 ^b	0,320	0,297	0,55871	0,111	9,462	2	116	0,000

(a) Predictores: (Constante), Rol_Cargo, Edad.

(b) Predictores: (Constante), Rol_Cargo, Edad, Promedio_DE, Promedio_SEN.

Fuente: elaboración propia.

Como se aprecia en la tabla 4, añadir el DE incrementa en casi 3 puntos porcentuales la capacidad predictiva de la SEN en la adicción al trabajo. Esta mejora confirma que las emociones negativas tienen una capacidad de predicción para la adicción al trabajo.

En el siguiente análisis de regresión sobre el tecnoestrés, la ESE en su forma global sí muestra un valor predictivo significativo. Específicamente, añadiendo un 9,3 % a la capacidad predictiva de las variables de control.

Tabla 5. Resultados análisis de regresión lineal neuroticismo y tecnoestrés

Modelo	R	R ²	R ² ajustado	Error estándar de estimación	Cambio en R ²	Cambio en F	gl1	gl2	Sign. cambio en F
1	0,069 ^a	0,005	-0,012	0,95579	0,005	0,281	2	118	0,756
2	0,312 ^b	0,097	0,074	0,91412	0,093	12,004	1	117	0,000

(a) Predictores: (Constante), Rol_Cargo, Edad.

(b) Predictores: (Constante), Rol_Cargo, Edad, Promedio_ESE.

Fuente: elaboración propia.

Como en el caso de la adicción al trabajo, en el análisis de regresión con los factores que miden las emociones negativas se vuelve a comprobar que la emocionalidad negativa añade capacidad predictiva sobre el tecnoestrés.

Tabla 6. Resultados análisis de regresión lineal factor SEN/DE y tecnoestrés

Modelo	R	R ²	R ² ajustado	Error estándar de estimación	Cambio en R ²	Cambio en F	gl1	gl2	Sign. cambio en F
1	0,069 ^a	0,005	-0,012	0,95579	0,005	0,281	2	118	0,756
2	0,409 ^b	0,167	0,138	0,88180	0,162	11,316	2	116	0,000

(a) Predictores: (Constante), Rol_Cargo, Edad.

(b) Predictores: (Constante), Rol_Cargo, Edad, Promedio_DE, Promedio_SEN.

Fuente: elaboración propia.

Estos datos indican la influencia de las emociones negativas en el desarrollo de este fenómeno. El resto de las hipótesis (2, 3 y 4) se han contrastado mediante una matriz de correlaciones.

Tabla 7. Medias, desviaciones típicas y correlaciones entre neuroticismo, factores de la ESE, adicción al trabajo y tecnoestrés

Variables	M	DT	1	2	3	4	5	6
1. SEN	1,34	0,22	–					
2. DE	1,26	0,21	0,403**	–				
3. SIP	1,69	0,21	0,141	–0,064	–			
4. Tecnoestrés	2,16	0,95	0,397**	0,141	0,053	–		
5. Adicción trabajo	2,37	0,67	0,383**	–0,028	0,034	0,430**	–	
6. ESE	1,43	0,14	–	–	–	0,302**	0,204*	–

* La correlación es significativa en el nivel 0,05 (bilateral).

** La correlación es significativa en el nivel 0,01 (bilateral).

Fuente: elaboración propia.

En cuanto al factor neuroticismo, medido aquí en la ESE, se encuentran correlaciones significativas entre neuroticismo y tecnoestrés ($r = 0,302$, $p < 0,01$) y adicción al trabajo ($r = 0,204$, $p < 0,05$). Si bien la correlación entre neuroticismo y tecnoestrés es ligeramente más alta que la obtenida con la adicción al trabajo.

En el caso del tecnoestrés, los resultados muestran una correlación moderada, y en el caso de la adicción al trabajo, la magnitud, aunque significativa, es débil.

A la luz de estos resultados podemos confirmar que el neuroticismo tiene una correlación significativa con el tecnoestrés y la adicción al trabajo, por lo que podemos aceptar la hipótesis 3 y la hipótesis 4.

Los resultados también muestran una correlación significativa entre los fenómenos de tecnoestrés y adicción al trabajo ($r = 0,430$, $p < 0,01$). De hecho, muestran la correlación más alta de las tres variables de estudio, por lo que aceptamos la hipótesis 2.

En relación con el peso individual de cada factor de la ESE en la correlación con el tecnoestrés y la adicción al trabajo, únicamente se encuentran correlaciones con el factor SEN. Este factor, de forma aislada, tiene una correlación superior con ambos fenómenos en comparación con la medida global de la ESE. En concreto, ofrece una correlación significativa moderada con el tecnoestrés ($r = 0,397$, $p < 0,01$) y una correlación significativa moderada con la adicción al trabajo ($r = 0,383$, $p < 0,01$).

Otro dato de interés es la ausencia de significatividad en la correlación del factor DE, ya que, según los autores de la escala, guarda asociación directa con emocionalidad negativa. De hecho, este factor muestra una correlación significativa con la SEN ($r = 0,430$, $p < 0,01$).

Resulta congruente la ausencia de correlación entre la SIP y las variables de estudio, pues este factor mide la sensibilidad positiva y la empatía, características ausentes en el perfil de las personas tecnoestresadas y adictas al trabajo.

5. Discusión

El presente estudio tiene el objetivo de predecir la adicción al trabajo y el tecnoestrés a partir de variables de personalidad, como el neuroticismo. Esta línea de investigación es congruente con la sugerencia de Spagnoli *et al.* (2019) de incluir la variable neuroticismo en el estudio de la adicción al trabajo.

Diversos estudios sobre la adicción al trabajo y el tecnoestrés señalan la importancia del neuroticismo en su desarrollo. Shkoler *et al.* (2017) encontraron una correlación positiva entre el neuroticismo y la impulsividad para trabajar, así como una correlación negativa entre el neuroticismo y el disfrute en el trabajo.

Según los resultados obtenidos en los análisis de regresión, no se puede afirmar que el neuroticismo prediga la adicción al trabajo. Este resultado diverge del obtenido en la investigación de Součková *et al.* (2014). Una posible explicación es la inclusión en la escala de un factor que mide la emocionalidad positiva (SIP), que puede restar valor predictivo a los ítems correspondientes a las emociones negativas.

Debido a esta suposición, y tras los resultados obtenidos, se aplicó un modelo de regresión a los factores que miden emocionalidad negativa. En este caso, los resultados mostraron una capacidad predictiva de la adicción al trabajo del 11 % sobre las variables control. Esta capacidad predictiva sí se alinea con la línea de investigación de Součková *et al.* (2014).

En el caso del tecnoestrés, el neuroticismo se ha mostrado como una variable predictora. Como en el caso anterior, las emociones negativas añaden capacidad predictiva al modelo (9,2 % frente al 16,2 % de los factores de emocionalidad negativa). De acuerdo con el modelo ajuste persona-ambiente (Edwards, 2008), el tecnoestrés puede producirse en la persona debido a un desajuste entre las habilidades de la persona y las demandas requeridas (ajuste H-D). Este desajuste puede generar indefensión aprendida, y provocar síntomas de ansiedad, hostilidad, inestabilidad y emocionalidad negativa.

Liang y Chu (2009) abordaron el estudio de la adicción al trabajo desde un modelo de rasgos de personalidad e incentivos según el cual la personalidad obsesivo-compulsiva es

una variable de riesgo para la adicción al trabajo. De acuerdo con los principales modelos factoriales de personalidad, el neuroticismo es un rasgo que se relaciona con emociones negativas: baja tolerancia a la frustración, inestabilidad emocional, ansiedad, impulsividad o necesidades exageradas (Costa y McCrae, 1985); facetas presentes en la personalidad obsesivo-compulsiva. Según el análisis correlacional, se han encontrado correlaciones significativas entre la adicción al trabajo y el neuroticismo. Esto aporta una evidencia empírica a los modelos teóricos factoriales y a la descripción del comportamiento obsesivo-compulsivo como un estilo neurótico (Shapiro, 2008).

Además, estos resultados también son consistentes con la investigación de Andreassen, Griffiths *et al.* (2016). Otros estudios han demostrado la presencia del neuroticismo en perfiles de personalidad relacionados con el tecnoestrés. En este estudio se ha encontrado una correlación entre el neuroticismo y el tecnoestrés con una intensidad moderada. Los datos indican que las emociones negativas tienen una mayor correlación con el tecnoestrés. Estos resultados apoyan el estudio de Pflügner *et al.* (2019) y la descripción de Llorens Gumbau *et al.* (2011) sobre la ansiedad (elemento central del neuroticismo, según los modelos factoriales de la personalidad) como la dimensión afectiva de riesgo en el tecnoestrés.

En cuanto a la correlación entre la adicción al trabajo y el tecnoestrés, los resultados muestran una correlación significativa moderada, consistente con los resultados de Carlotto *et al.* (2014). El modelo demandas-recursos (Bakker y Demerouti, 2013) proporciona una base teórica que permite una mejor interpretación de los resultados. Las personas que presentan altas demandas de trabajo pueden presentar sentimientos de ansiedad, fatiga, ineficacia y escepticismo al trabajo con las nuevas tecnologías. Esto puede llevar a dedicar un mayor número de horas a su trabajo, debido al menor rendimiento. En conclusión, puede existir una influencia de la emocionalidad negativa en el origen tanto de la adicción al trabajo como del tecnoestrés.

Finalmente, el neuroticismo no se ha mostrado como predictor de la adicción al trabajo. Sin embargo, los factores de la escala que miden la emocionalidad negativa sí han mostrado una capacidad predictora sobre la adicción al trabajo. Esta contradicción puede tener su origen en el diseño de la investigación. Quizás, si se hubieran empleado escalas que miden exclusivamente emocionalidad negativa o los factores SEN y DE de la ESE, los resultados podrían haber sido significativos. Por otro lado, el neuroticismo ha mostrado una correlación débil con la adicción al trabajo y moderada con el tecnoestrés. Y la correlación entre la adicción al trabajo y el tecnoestrés ha sido más elevada que la que tienen ambos por separado con el neuroticismo.

De las cuatro hipótesis planteadas, se han confirmado las tres concernientes a las correlaciones entre neuroticismo, adicción al trabajo y tecnoestrés. Se ha rechazado la hipótesis sobre la capacidad predictiva del neuroticismo sobre la adicción al trabajo, aunque se han encontrado resultados contradictorios en el análisis interfactorial de la ESE.

A pesar de las limitaciones del estudio (estudio correlacional, muestreo por conveniencia y posibilidad de sesgos en los resultados por la varianza de método común de los instrumentos de medida utilizados), los resultados obtenidos sugieren un papel relevante de las emociones negativas en la adicción al trabajo que convendría continuar analizando en futuras investigaciones. Los trabajos de Součková *et al.* (2014) y Andreassen, Griffiths *et al.* (2016) mostraron la relación entre el neuroticismo y la adicción al trabajo. Sin embargo, sería interesante desglosar las distintas facetas de las que se compone el neuroticismo y poder comprender mejor qué tipo de relación existe entre cada una de ellas y la adicción al trabajo.

Referencias bibliográficas

- Andreassen, C. S., Bjorvatn, B., Moen, B. E., Waage, S., Magerøy, N. y Pallesen, S. (2016). A longitudinal study of the relationship between the five-factor model of personality and workaholism. *TPM: Testing, Psychometrics, Methodology in Applied Psychology*, 23(3), 285-298. <https://doi.org/10.4473/TPM23.3.2>
- Andreassen, C. S., Griffiths, M. D., Sinha, R., Hetland, J. y Pallesen, S. (2016). The relationships between workaholism and symptoms of psychiatric disorders: A large-scale cross-sectional study. *PLoS ONE*, 11(5), e0152978. <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0152978>
- Anghel, B., Cozzolino, M. y Lacuesta, A. (2020). El teletrabajo en España. *Boletín Económico* (2/2020). Banco de España. <https://repositorio.bde.es/bitstream/123456789/12361/1/be2002-art13.pdf>
- Atanasoff, L. y Venable, M. A. (2017). Technostress: Implications for adults in the workforce. *The Career Development Quarterly*, 65(4), 326-338. <https://doi.org/10.1002/cdq.12111>
- Atroszko, P. A., Demetrovics, Z. y Griffiths, M. D. (2020). Work addiction, obsessive-compulsive personality disorder, burn-out, and global burden of disease: Implications from the ICD-11. *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 17(2). <https://doi.org/10.3390/ijerph17020660>
- Bakker, A. B. y Demerouti, E. (2013). Job demands-resources model. *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones*, 29(3), 107-115. <https://dx.doi.org/10.5093/tr2013a16>
- Carlotto, M. S., Wendt, G. W., Lisboa, C. y Moraes, M. A. de. (2014). Predictors of work addiction in workers who use information and communication technologies. *Temas em Psicologia*, 22(2), 377-387. <http://dx.doi.org/10.9788/TP2014.2-09>
- Costa, P. T. y McCrae, R. R. (1985). *The NEO Personality Inventory Manual*. Psychological Assessment Resources.
- De la Poza Plaza, E., Del Líbano Miralles, M., García Ureta, I., Jódar Sánchez, L. y Merello Giménez, P. (2014). Predicting workaholism in Spain: A discrete mathematical model. *International Journal of Computer Mathematics*, 91(2), 233-240. <https://doi.org/10.1080/00207160.2013.783205>
- Del Líbano Miralles, M. y Llorens Gumbau, S. (2012). *Adicción al trabajo*. Síntesis.
- Douglas, A. C., Mills, J. E., Niang, M., Stepanchenkova, S., Byun, S., Ruffini, C., Lee, S. K., Louffi, J., Lee, J. K., Atallah, M. y Blanton, M. (2008). Internet addiction: Meta-synthesis of qualitative research for the decade 1996-2006. *Computers in Human Behavior*, 24(6), 3.027-3.044. <https://doi.org/10.1016/j.chb.2008.05.009>
- Edwards, J. R. (2008). Person-environment fit in organizations: An assessment of theoretical

- progress. *Academy of Management Annals*, 2(1), 167-230. <https://doi.org/10.1080/19416520802211503>
- Gorgievski, M. J., Bakker, A. B. y Schaufeli, W. B. (2010). Work engagement and workaholism: Comparing the self-employed and salaried employees. *The Journal of Positive Psychology*, 5(1), 83-96. <https://doi.org/10.1080/17439760903509606>
- Guarino, L. R. y Roger, D. (2005). Construcción y validación de la escala de sensibilidad emocional (ESE). Un nuevo enfoque para medir neuroticismo. *Psicothema*, 17(3), 465-470.
- Hernangómez Criado, L., Fernández Belinchón, C. y González Díaz, R. M. (2020). *Psicología de la personalidad y diferencial*. CEDE.
- Hu, Y., Moore, M., Bertels, Z., Phan, K. L., Dolcos, F. y Dolcos, S. (2020). Smaller amygdala volume and increased neuroticism predict anxiety symptoms in healthy subjects: A volumetric approach using manual tracing. *Neuropsychologia*, 145, 106564. <https://doi.org/10.1016/j.neuropsychologia.2017.11.008>
- Jackson, S. S., Fung, M. C., Moore, M. A. C. y Jackson, C. J. (2016). Personality and workaholism. *Personality and Individual Differences*, 95, 114-120. <https://doi.org/10.1016/j.paid.2016.02.020>
- Liang, Y. W. y Chu, C. M. (2009). Personality traits and personal and organizational inducements: Antecedents of workaholism. *Social Behavior and Personality: An International Journal*, 37(5), 645-660. <https://doi.org/10.2224/sbp.2009.37.5.645>
- Llorens Gumbau, S., Salanova Soria, M. y Ventura Campos, M. (2011). *Tecnoestrés*. Síntesis.
- Marciano, L., Camerini, A. L. y Schulz, P. J. (2020). Neuroticism in the digital age: A meta-analysis. *Computers in Human Behavior Reports*, 2, 100026. <https://doi.org/10.1016/j.chbr.2020.100026>
- Martínez Selva, J. M. (2011). *Tecnoestrés. Ansiedad y adaptación a las nuevas tecnologías en la era digital*. Paidós.
- Miller, G. E., Chen, E. y Zhou, E. S. (2007). If it goes up, must it come down? Chronic stress and the hypothalamic-pituitary-adrenocortical axis in humans. *Psychological Bulletin*, 133(1), 25-45.
- Molino, M., Cortese, C. G. y Ghislieri, C. (2019). Unsustainable working conditions: The association of destructive leadership, use of technology, and workload with workaholism and exhaustion. *Sustainability*, 11(2), 446. <https://doi.org/10.3390/su11020446>
- Molino, M., Ingusci, E., Signore, F., Manuti, A., Giancaspro, M. L., Russo, V., Zito, M. y Cortese, C. G. (2020). Wellbeing costs of technology use during Covid-19 remote working: An investigation using the Italian translation of the technostress creators scale. *Sustainability*, 12(15), 5911. <https://doi.org/10.3390/su12155911>
- Moriano León, J. A. (2012). Adicción al trabajo. En C. M. Alcover de la Hera, J. A. Moriano León, A. Osca Segovia y G. Topa Cantisano (Eds.), *Psicología del trabajo* (pp. 253-283). UNED.
- Moyer, F., Aziz, S. y Wuensch, K. (2017). From workaholism to burnout: Psychological capital as a mediator. *International Journal of Workplace Health Management*, 10(3), 213-227. <https://doi.org/10.1108/IJWHM-10-2016-0074>
- Pflügner, K., Mattke, J. y Maier, C. (24-27 de febrero de 2019). *Who is stressed by using ICTS? A qualitative comparison analysis with the big five personality traits to understand technostress* [conferencia]. XIV Congreso Internacional de Informática Empresarial, Siegen, Alemania.
- Quinones, C., Griffiths, M. D. y Kakabadse, N. K. (2016). Compulsive internet use and workaholism: An exploratory two-wave longitudinal study. *Computers in Human Behavior*, 60, 492-499. <https://doi.org/10.1016/j.chb.2016.02.060>

- Riedl, R. (2013). On the biology of technostress: Literature review and research agenda. *ACM SIGMIS Database: The DATABASE for Advances in Information Systems*, 44(1), 18-55. <https://doi.org/10.1145/2436239.2436242>
- Ruiz Caballero, J. A. (2011). Introducción a los trastornos de la personalidad desde la psicología de la personalidad. En J. Bermúdez Moreno, A. M. Pérez-García, J. A. Ruiz Caballero, P. Sanjuán Suárez y B. Rueda Laffond, *Psicología de la personalidad* (pp. 585-634). UNED.
- Salanova Soria, M., Llorens Gumbau, S. y Ventura Campos, M. (2014). Technostress: The dark side of technologies. En C. Korunka y P. Hoonakker (Eds.), *The impact of ICT on quality of working life* (pp. 87-103). Springer.
- Savickas, M. L. (1990). The career decision-making course: Description and field test. *The Career Development Quarterly*, 38(3), 275-284. <https://doi.org/10.1002/j.2161-0045.1990.tb00388.x>
- Schaufeli, W. B. y Taris, T. W. (2004). *The Dutch Work Addiction Scale* (DUWAS).
- Shapiro, D. A. (2008). *Estilos neuróticos*. Gaia.
- Shkoler, O., Rabenu, E. y Tziner, A. (2017). The dimensionality of workaholism and its relations with internal and external factors. *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones*, 33(3), 193-204. <https://doi.org/10.1016/j.rpto.2017.09.002>
- Součková, M., Vaculík, M. y Procházka, J. (2014). Personality traits and workaholism. *International Journal of Humanities and Social Science*, 4(14), 70-79.
- Spagnoli, P., Balducci, C., Fabbri, M., Molinaro, D. y Barbato, G. (2019). Workaholism, intensive smartphone use, and the sleep-wake cycle: A multiple mediation analysis. *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 16(19), 3517. <https://doi.org/10.3390/ijerph16193517>
- Srivastava, S. C., Chandra, S. y Shirish, A. (2015). Technostress creators and job outcomes: Theorising the moderating influence of personality traits. *Information Systems Journal*, 25(4), 355-401. <https://doi.org/10.1111/isj.12067>

Mario Domene Toledo. Graduado en Psicología y Máster en Dirección y Gestión de RR. HH. Especialista en psicología de la salud e intervención en trastornos mentales y del comportamiento. Actualmente es técnico de prevención en VIH y programas asistenciales de otras ITS en COGAM donde desarrolla programas de apoyo social a colectivos vulnerables y en riesgo de exclusión. <https://orcid.org/0009-0006-6458-4668>

Contribución del autor. Su porcentaje de participación en la realización de este trabajo ha sido de un 60%.

Fernando José Pons Verdú. Actualmente es PPL en el Departamento de Psicología Social y el IDOCAL (Universitat de València). Anteriormente, ha sido profesor en diferentes universidades y ha ocupado distintos puestos en el ámbito de la gestión y dirección de RR. HH. en empresas de diversos sectores. Ha participado en proyectos de investigación relacionados con el estudio de la conducta de innovación en las organizaciones y el análisis del efecto de las prácticas de gestión de personas sobre diferentes resultados y procesos psicosociales. <https://orcid.org/0000-0002-1585-1831>

Contribución del autor. Su porcentaje de participación en la realización de este trabajo ha sido de un 40%.

Gestión sostenible de los recursos humanos y resiliencia empresarial en el contexto pandémico

Francisco Javier Jimeno de la Maza (autor de contacto)

*Profesor del Departamento de Economía Financiera y Contabilidad.
Universidad de Valladolid (España)*

franciscojavier.jimeno@uva.es | <https://orcid.org/0009-0007-9840-9347>

Mercedes Redondo Cristóbal

*Profesora del Departamento de Economía Financiera y Contabilidad.
Universidad de Valladolid (España)*

mredondo@uva.es | <https://orcid.org/0009-0009-2531-0076>

Extracto

A medida que en los últimos años ha aumentado la atención que se concede a los enfoques de compromiso con la sostenibilidad en el mundo de los negocios, se incrementa también el interés por la integración de la sostenibilidad en el área de los recursos humanos, así como por las cuestiones relacionadas específicamente con la gestión sostenible de los recursos humanos. El presente trabajo pretende analizar si las prácticas corporativas en sostenibilidad de recursos humanos han influido en la capacidad de resiliencia organizacional durante la etapa de la crisis pandémica de la COVID-19. Al objeto de llevar a cabo este estudio, hemos seleccionado una amplia muestra de empresas españolas, con datos disponibles que hacen referencia a proyecciones de puntuaciones en sostenibilidad, que han sido proporcionados por una agencia de calificación especializada y que miden once dimensiones distintas relacionadas con prácticas de sostenibilidad en el área de recursos humanos. Los resultados obtenidos sugieren que determinadas iniciativas en gestión sostenible de recursos humanos pueden haber tenido un efecto amortiguador del impacto del contexto pandémico sobre las empresas que las han implantado, particularmente en lo referido a contener los niveles excesivos de endeudamiento.

Palabras clave: sostenibilidad corporativa; gestión sostenible; recursos humanos; resiliencia organizacional; empresas españolas; COVID-19; crisis pandémica.

Recibido: 04-05-2022 / Aceptado: 08-09-2022 / Publicado: 04-01-2024

Cómo citar: Jimeno de la Maza, F. J. y Redondo Cristóbal, M. (2024). Gestión sostenible de los recursos humanos y resiliencia empresarial en el contexto pandémico. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 478, 219-245. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.3377>



Sustainable human resource management and business resilience in the pandemic context

Francisco Javier Jimeno de la Maza (contributing author)

Profesor del Departamento de Economía Financiera y Contabilidad.

Universidad de Valladolid (España)

franciscojavier.jimeno@uva.es | <https://orcid.org/0009-0007-9840-9347>

Mercedes Redondo Cristóbal

Profesora del Departamento de Economía Financiera y Contabilidad.

Universidad de Valladolid (España)

mredondo@uva.es | <https://orcid.org/0009-0009-2531-0076>

Abstract

As sustainability engagement approaches has recently gained attention in the business world, there has also been a growing interest in the integration of sustainability in the area of human resources, especially in the so called "sustainable human resource management". This paper aims to analyze whether corporate practices and actions in human resources sustainability have influenced organizational resilience during the COVID-19 pandemic crisis. To this end, we have selected a large sample of Spanish companies, with available data referring to projections of sustainability scores provided by a specialized rating agency. These scores measure eleven different sustainability dimensions related to sustainability in the human resources management practices. Our results suggest that some initiatives in sustainable human resource management may have had a dampening effect on the impact on those companies that have implemented such actions. This impact is particularly significant in controlling high levels of leverage during the pandemic period.

Keywords: corporate sustainability; sustainable management; human resources; organizational resilience; Spanish companies; COVID-19; pandemic crisis.

Received: 04-05-2022 / Accepted: 08-09-2022 / Published: 04-01-2024

Citation: Jimeno de la Maza, F. J. y Redondo Cristóbal, M. (2024). Sustainable human resource management and business resilience in the pandemic context. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 478, 219-245. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.3377>



Sumario

1. Introducción
 2. La integración de los recursos humanos en la sostenibilidad corporativa
 3. La resiliencia organizacional y el papel de los recursos humanos
 4. Metodología de análisis, datos utilizados y variables empleadas
 5. Análisis de resultados
 6. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

1. Introducción

La integración del prisma de la sostenibilidad en el ámbito organizacional se convierte hoy en día en un reto de primer orden para muchas entidades, incluso para aquellas que contemplan ese proceso como una potencial evolución adaptativa de un modelo que ya han adoptado previamente y que incorpora un compromiso corporativo con los valores representativos de la responsabilidad social. De acuerdo con el significado con el que suele conceptualizarse con frecuencia en la literatura reciente, la sostenibilidad hace referencia a un uso adecuado de los recursos presentes, a fin de que puedan preservarse para el futuro, con la finalidad de que sigan estando disponibles para su utilización venidera. En el plano operativo, la noción de organización sostenible atiende convencionalmente a una taxonomía que se asienta sobre los pilares ambiental, social y de gobernanza. Esta triple distinción acude a criterios concretos prácticamente universales, por lo que es de amplia aceptación y usual hoy en día, permitiendo un más ajustado y comprensible planteamiento a la hora de proyectar, implementar o desarrollar las prácticas e iniciativas organizacionales de sostenibilidad a distintos niveles.

En este sentido, y descendiendo al terreno de algunas de las áreas funcionales clave en las organizaciones, en los últimos tiempos se han multiplicado las propuestas y formulaciones, tanto desde la visión académica como desde la óptica de la práctica profesional, que exploran las posibilidades de actuación que se ofrecen mediante la integración de la gestión de los recursos humanos en el ámbito de las estrategias corporativas de sostenibilidad. Este tipo de proposiciones confluye en lo que a menudo se ha dado en denominar bajo la etiqueta de «gestión sostenible de los recursos humanos», definida conforme a Wagner (2013, p. 443) como «una gestión de los recursos humanos que satisface las necesidades actuales de una empresa y de la sociedad en general, sin comprometer su capacidad para satisfacer cualquier necesidad futura».

Asimismo, hay un número creciente de aportaciones a la literatura, sobre todo en el campo de los estudios estratégicos, que señalan los particulares efectos favorables derivados de la implantación de aquellas prácticas organizacionales y actuaciones corporativas en materia de sostenibilidad que afectan más directa y específicamente a los recursos humanos de la entidad. La razón principal para que exista esa sugerida influencia positiva estriba en la conexión con factores de reconocida incidencia en la productividad y que, además, sirven para reforzar la vinculación relacional con la organización, como sucede con el compromiso que muestran empleados y empleadas, con su identificación con una firma que cuenta con una acreditada reputación en cuanto a comportamiento sostenible, o con el orgullo de

pertenencia a una entidad que manifiesta su inclinación hacia la satisfacción de demandas y aspiraciones de sus grupos de interés y partes involucradas. Así, y en virtud del papel central del factor humano en la obtención de ciertas ventajas competitivas que permitan mejorar el posicionamiento de la firma, son varios los trabajos que, siguiendo esta línea de estudio, apuntan a la gestión sostenible de los recursos humanos como un catalizador de las capacidades de resiliencia de una organización, que son aquellas que van a facultar a las firmas para que puedan afrontar, con expectativas de éxito, algunos desafíos del entorno que derivan de circunstancias sobrevenidas de especial adversidad.

La noción de resiliencia organizacional se entiende comúnmente como un conjunto de capacidades adaptativas con las que cuenta una organización a la hora de afrontar eventos disruptivos o situaciones inesperadas que presentan importantes consecuencias negativas. Resulta indiscutible que esas capacidades resilientes del conjunto del ecosistema empresarial se pusieron a prueba en una época reciente, como consecuencia del escenario derivado de la crisis pandémica global de la COVID-19. Como es bien sabido, las condiciones del entorno económico general se tornaron hostiles para la esfera de los negocios, a raíz de la secuencia de sucesivas medidas que las autoridades públicas iban disponiendo, al objeto de tratar de contener la propagación de los contagios. Las restricciones impuestas conllevaron cierres o paralizaciones de actividad, así como cancelaciones y postergación de proyectos o de decisiones de inversión, tensionando hasta el borde de la ruptura a las cadenas de proveedores de suministros, materias e insumos. Entretanto, los confinamientos decretados y las limitaciones a la movilidad de la población, acontecimientos imprevisibles para una economía moderna hasta poco tiempo antes de que se produjeran, no solamente influyeron en un drástico cambio de hábitos cotidianos y de patrones del consumo que acabó arrastrando a la oferta de productos y servicios, sino que también tuvieron una significativa influencia en las condiciones de trabajo y en el ámbito de las relaciones laborales, generando toda una serie de situaciones inéditas a las que la función gestora de los recursos humanos tenía que dar rápida respuesta.

En suma, todos los acontecimientos que fueron acaeciendo durante el periodo pandémico exigieron de un considerable y apresurado esfuerzo, por parte de las organizaciones, para adecuarse a unas condiciones ambientales restrictivas antes nunca vistas. También se requirió de una importante activación y movilización de diversidad de recursos y de capacidades, con el objetivo principal de procurar el mantenimiento de unos ciertos niveles de actividad económica, sobre todo en determinados sectores que se hallaban más expuestos o que fueron más golpeados. En semejante contexto, y con elevadas dosis de incertidumbre asociadas al sustancial cambio en el entorno empresarial, las contribuciones intangibles distintivas que se esperan de los recursos humanos, al menos en cuanto a la aplicación de determinadas habilidades y competencias como las vinculadas a la creatividad e innovación, emergieron como el elemento imprescindible y decisivo para conseguir que la esfera productiva pudiera acomodarse con rapidez a la nueva realidad, estableciéndose así una conexión directa entre recursos humanos y capacidades resilientes de la organización.

Conforme al planteamiento expuesto, y desde una vertiente empírica, en el presente trabajo se aborda el estudio del impacto de la gestión sostenible de los recursos humanos en las firmas españolas durante el periodo pandémico. Nuestra principal hipótesis es que las empresas que en ese momento mostraban un comparativamente superior nivel de preocupación por sus recursos humanos, en lo referente a cuestiones de sostenibilidad, eran las que también acumulaban en mayor medida capacidades de resiliencia, y ello les permitió soportar en unas relativamente mejores condiciones el impacto de la crisis causada por la pandemia de COVID-19.

Para analizar tal cuestión, se ha seleccionado una amplia muestra de empresas españolas, con datos disponibles que reflejan unas puntuaciones individuales en sostenibilidad, estimadas para cada entidad según sus características, acorde a una calificación externa e independiente, que proporciona una agencia de evaluación especializada, Vigeo-Eiris, de conformidad con la aplicación de su propia metodología. Los indicadores que hemos empleado para llevar a cabo el estudio se corresponden con métricas de once dimensiones distintas de sostenibilidad corporativa que se relacionan estrechamente con el área de recursos humanos y con sus funciones asignadas. Una vez que se recopilaban las proyecciones de puntuación en sostenibilidad que se otorgaban a cada empresa en el año 2020, así como en cada dimensión de las contempladas, se procedió a analizar el impacto sobre algunas de las típicas variables financieras y de desempeño para ese mismo ejercicio económico 2020, que a su vez fueron obtenidas a partir de la información divulgada por esas mismas firmas, a través de sus estados financieros. Dichas variables reflejan niveles de rentabilidad, de crecimiento, o de endeudamiento y solvencia para cada empresa, siendo por tanto indicativas de la consecución de varios de los objetivos corporativos convencionales, de modo que es plausible que sirvan de adecuada referencia comparativa para diferenciar a aquellas entidades con superior capacidad de resistencia a la adversidad ambiental.

Los resultados que hemos obtenido ponen de manifiesto unas generalizadamente bajas puntuaciones en sostenibilidad de las empresas españolas en todas las dimensiones que se han contemplado para evaluar las actuaciones e iniciativas que se conectan con la sostenibilidad de los recursos humanos. No obstante, en el año 2020, que es el que centra el foco de atención del análisis empírico, se aprecia la existencia de efectos favorables sobre ciertas variables en aquellas empresas que obtienen una comparativamente mejor calificación en sostenibilidad en algunas de las prácticas organizacionales implementadas que atañen al área de los recursos humanos, lo cual puede ser un síntoma de que se estén potenciando las capacidades de resiliencia.

En particular, nuestros resultados indican que, en la contención del nivel de deuda que la entidad tiene contraída (lo que se vincula a un mayor riesgo financiero), influyen aspectos como la gestión de las carreras profesionales y el fomento de la empleabilidad de los recursos humanos, las condiciones laborales, la gestión de las jornadas, el respeto a los derechos humanos en el ámbito de trabajo y el respeto a la negociación colectiva. Igualmente, se aprecia que, sobre las variables representativas del rendimiento o del desempeño

financiero de la firma, estarían repercutiendo favorablemente las actuaciones que suponen una gestión más responsable de las reestructuraciones empresariales y también el nivel de respeto a los derechos humanos en el ámbito laboral. Contrariamente a nuestras expectativas, la puntuación general obtenida en el conjunto del área de recursos humanos no parece tener una fuerte incidencia sobre el desempeño financiero, la solvencia o el crecimiento de la firma, siendo mayor el peso de algunas de las iniciativas específicas y concretas en las que se materializa esa gestión de las personas cuando se consideran aisladamente.

El resto del trabajo se organiza del siguiente modo. A continuación, se expondrá un marco explicativo de la integración de la gestión de los recursos humanos en la sostenibilidad corporativa, con apoyo en la teoría de los *stakeholders*, en combinación con enfoques estratégicos basados en capacidades y recursos. En el siguiente epígrafe se abordarán las cuestiones relacionadas con las capacidades de resiliencia organizacional, con especial referencia al papel que juegan los recursos humanos como factor clave para establecer vinculaciones exitosas con el entorno que potencian la resistencia de la firma a la adversidad ambiental. A continuación, y previamente a la realización del estudio empírico, se describirá la metodología, detallando la muestra extraída y las fuentes de datos utilizados, para pasar en el penúltimo epígrafe a presentar y comentar los principales resultados obtenidos. Finalmente, se expondrán las conclusiones principales.

2. La integración de los recursos humanos en la sostenibilidad corporativa

En los últimos años, el paradigma de la sostenibilidad en el mundo de los negocios ha venido despertando una considerable atención, convirtiéndose en una de las cuestiones de primer orden en el panorama corporativo contemporáneo. En este sentido, la literatura académica y la práctica profesional coinciden a la hora de compartir foco de interés en lo que se refiere a las posibles sinergias que se podrían generar en muchas empresas como resultado de la integración de la gestión de los recursos humanos en el ámbito de las estrategias de sostenibilidad que muchas entidades ya han llegado a implementar (Kramar, 2014). Este tipo de ideas ha abierto el camino a enfoques organizacionales emergentes en los que se da una confluencia concurrente entre la sostenibilidad corporativa y la gestión estratégica de los recursos humanos. Los planteamientos que se han propuesto al respecto no se limitan solamente a desarrollos teóricos o puramente conceptuales, sino que también alcanzan en numerosos casos a un plano instrumental y material, abarcando actuaciones e iniciativas concretas que adoptan en la práctica operativa el prisma de lo que en muchos casos ya recibe la denominación de «gestión sostenible de los recursos humanos» (Aslanertik y Çolak, 2021).

En la actualidad, el término «sostenible» a menudo es entendido según una interpretación amplia que remite al enunciado que aboga por un uso responsable de los recursos en

el marco de la actividad empresarial, a fin de procurar preservarlos para que las generaciones futuras también los puedan disfrutar. De esta forma, y conforme a lo expuesto por Andreu Pinillos y Fernández Fernández (2011), el discurso de la sostenibilidad supone una evolución natural en el desarrollo de planteamientos que, como los de la responsabilidad social corporativa, conciben una organización alineada con su entorno. Trascendiendo el enfoque clásico que se limitaba al objetivo de la creación de valor para la propiedad de la firma, la adopción de esta perspectiva abierta al entorno corporativo supone una integración en la estrategia organizacional de las preocupaciones de todos aquellos con los que se interrelaciona o que se ven afectados por su actuación, los llamados grupos de interés, partes implicadas o *stakeholders*. De esta manera, la empresa sostenible se caracterizará por la vocación de crear valor a largo plazo para todos ellos, y se mostrará receptiva a sus preocupaciones y objetivos compartidos, implicándose activamente en su consecución.

Sea por auténtica convicción, por conveniencia o a resultas de presiones externas procedentes del entorno, lo cierto es que hay variadas motivaciones para que sean cada vez más las empresas que impulsan una cultura de la sostenibilidad. En la literatura previa existe un amplio consenso al señalar la necesidad de adaptar el funcionamiento de las organizaciones a los desafíos que de continuo provienen de un contexto competitivo globalizado que se halla en constante cambio, con la aparición de nuevos modelos de negocio, la aceleración de los avances en innovación y tecnología o la creciente digitalización y automatización de procesos. Así, como señalan Randev y Jha (2019), el concepto de sostenibilidad ha acabado irrumpiendo en todas las funciones gestoras, niveles estructurales y áreas de la organización, de manera que es indiscutible que también atañe directamente a distintos aspectos que, directa o indirectamente, incumben a los recursos humanos y a sus procesos de gestión. Sirva como ejemplo la adecuación de las cualificaciones profesionales a los perfiles que las nuevas realidades productivas hoy en día demandan, las dificultades que se presentan en las sociedades actuales para la conciliación de la vida personal con el desempeño profesional, las exigencias requeridas en condiciones de seguridad y salud laboral o la atención específica que ha de prestarse a las cuestiones de diversidad e inclusión en los grupos organizacionales.

En consonancia con el concepto de sostenibilidad previamente expuesto, según la antedicha definición de Wagner (2013), la gestión sostenible de los recursos humanos descansa en una visión a largo plazo que pone el acento en la destacable incidencia que tiene la contribución del personal vinculado a la organización para el aseguramiento de la continuidad futura de la misma (Kramar, 2014). Por lo tanto, el alcance de la gestión sostenible de los recursos humanos se extiende más allá de la aportación como factor productivo que realizan las personas para que las organizaciones obtengan resultados económicos, pues incorpora también otro tipo de actuaciones e iniciativas que implican a los empleados y empleadas, y que contribuyen a que la entidad logre otros objetivos de desempeño social, ambiental o de vinculación relacional con otros agentes (Aslanertik y Çolak, 2021).

En este sentido, la literatura organizacional previa parece proporcionar un suficiente soporte argumental para fundamentar una comprensión integral de las conexiones existentes entre lo que, por un lado, serían el rol y las capacidades de los recursos humanos y, por otro, la apuesta de una entidad por un modelo de sostenibilidad corporativa. En particular, se suele acudir a algunos de los planteamientos estratégicos que gozan de gran popularidad, como los de la teoría de los *stakeholders* o los de los enfoques basados en recursos, que seguidamente presentaremos con algún grado mayor de detalle:

- De acuerdo con Freeman (2011), considerado su principal impulsor, la teoría de los *stakeholders* surge como un planteamiento estratégico de gestión, bajo la perspectiva de que la empresa debe crear valor para una pluralidad de *stakeholders*, definidos como «cualquier grupo o individuo que puede afectar o verse afectado por el logro de los objetivos de la firma». En este enfoque se parte de la premisa de que, en el transcurso de la actividad empresarial, hay una serie de obligaciones y compromisos con dichos *stakeholders* que derivan no solamente de contratos formalizados o jurídicos, sino también de otros cuasicontratos informales que cabría calificar como «sociales» y «morales». Bajo la óptica de este enfoque, y atendiendo a la esencia de la conceptualización de *stakeholder*, resulta indiscutible que los recursos humanos tienen una condición de «*stakeholders* internos», ya que afectan y se ven afectados por la actividad empresarial, habiendo en consecuencia de prestarse atención a sus intereses y expectativas, por su condición de partícipe con estrecha implicación en la organización.

De hecho, con frecuencia se presentan situaciones típicas en las que la adecuada atención a los intereses y demandas de estos *stakeholders* internos son determinantes de la obtención de una ventaja competitiva que se conseguirá más fácilmente con una fuerte implicación de los recursos humanos (Haski-Leventhal *et al.*, 2017; Sharma *et al.*, 2009). Hay múltiples ejemplos de cuestiones que afectan a los recursos humanos con un presumible impacto directo en el éxito organizacional, como ocurre con la generación de oportunidades para propiciar el desarrollo o la promoción laboral, la creación de un buen clima laboral y de condiciones de trabajo, o la atención al bienestar físico y psicosocial de empleados y empleadas (Wikhamn, 2019, p. 103). Además, también es de prever que una más ajustada alineación de los objetivos de la organización con los intereses particulares de sus recursos humanos servirá como un elemento impulsor de relevancia para reforzar los niveles de compromiso organizacional (Herrbach y Mignonac, 2004).

También la mejora de la percepción por parte del personal suele facilitar la identificación con la organización y repercutirá favorablemente en el orgullo de pertenencia a la misma, lo cual, en último término, redundará en un importante intangible competitivo de valor simbólico como es la reputación corporativa (Glavas y Kelley, 2014). Así, se ha observado que, cuando los propios recursos humanos perciben que son los destinatarios primarios de iniciativas de responsabilidad social, se produce un inmediato efecto positivo en la imagen y en la reputación de la empresa

(Herrbach y Mignonac, 2004; Rupp *et al.*, 2006). La reputación de una firma remite al juicio acumulado sobre la organización a lo largo del tiempo (Musteen *et al.*, 2010), y además de resultar un factor de importancia crucial para allegar capital relacional, en la actualidad está muy conectada con los enfoques estratégicos orientados hacia la sostenibilidad (Ferris *et al.*, 2007).

- Con base en las teorías que sitúan el foco en los recursos y capacidades de la empresa, y partiendo de la reconocida posición central que hoy en día ocupan las personas en la mayoría de organizaciones productivas, es posible también articular una conexión con la sostenibilidad que justifique la implantación de una gestión sostenible de los recursos humanos. Como es bien sabido, los recursos humanos se han convertido en la actualidad en el recurso clave para la consecución de ventajas competitivas de muchas empresas (Haski-Leventhal *et al.*, 2017), debido a su aportación en forma de capital intelectual, conocimiento o capital relacional individual acumulado. Por este motivo, la implicación de los recursos humanos en las estrategias organizacionales de sostenibilidad alberga significativas expectativas de expandir el impacto positivo que cabe esperar que se consiga a resultas de las vinculaciones relacionales con el entorno, principalmente como consecuencia del refuerzo de la motivación o de la lealtad de los empleados y empleadas con aquellas empresas que están manifestando un compromiso ético con su entorno (Heilmann, 2006; Valentine y Godkin, 2016; Westerman *et al.*, 2020).

A la luz del recorrido efectuado por los distintos planteamientos teóricos, y en consonancia con los argumentos que se han expuesto, no parece factible que pueda llevarse a cabo una «gestión sostenible de recursos humanos» aislada en su propia parcela de actuación, en el sentido de que se vea reducida solamente a aquellos aspectos que afecten exclusivamente al personal (como conciliación, diversidad, etc.), aunque se halle completamente desligada del resto de áreas corporativas. Por el contrario, la razón de ser de este tipo de enfoque gestor se ha de situar en una organización que, en su conjunto, opte por una cultura sostenible, habida cuenta de las diferentes funciones que los recursos humanos pueden asumir en la promoción de la sostenibilidad de la entidad (De Stefano *et al.*, 2018).

Por otra parte, resulta asimismo fundamental que se propicie e incentive la integración de los empleados y empleadas en otras actuaciones corporativas que persiguen logros de desempeño social y ambiental, como sucede, por ejemplo, en lo referente a las cadenas de suministro, o en las relaciones con proveedores y clientes (Kramar, 2014; Westerman *et al.*, 2020). Adicionalmente, la información que se elabore acerca de la implantación de estas prácticas de gestión de recursos humanos y sostenibilidad, o sobre los recursos comprometidos en tales actuaciones, independientemente que esté más o menos sistematizada, y de que sea estrictamente interna y para la gestión, o incluso en el caso de que se confeccione con la intención principal de ser divulgada, será de gran interés y utilidad para una variedad de destinatarios, incluyendo tanto a la dirección de la empresa (para sus

procesos de toma de decisiones) como a otras partes implicadas externas a la organización (Hronová y Špaček, 2021).

En el plano operativo, es posible establecer las posibilidades de confluencia de la gestión de los recursos humanos con la sostenibilidad sobre la base de dos pilares primarios (Macke y Genari, 2019). Por una parte, a la hora de su implantación, conviene efectuar un rediseño de algunos de los procesos convencionales de gestión de los recursos humanos, de cara a su adaptación, a fin de que sirvan como palanca de la implicación de todos los partícipes en la sostenibilidad organizacional (Järlström *et al.*, 2018). Por otra parte, se han de incorporar directamente al ámbito de la gestión de recursos humanos nuevos criterios específicos de sostenibilidad, para dotar de herramientas a la organización, con el propósito de que empleados y empleadas se conviertan no solamente en agentes colaboradores y acompañantes de este tipo de actuaciones corporativas, sino también para que el personal sea destinatario primario de ciertas iniciativas. Este sería el caso de medidas como las que pretenden favorecer la conciliación entre vida personal y desempeño profesional, la promoción de la diversidad, la adecuación de espacios laborales sostenibles, la mejora de clima laboral u otras actuaciones análogas. Como se indica en Ehnert *et al.* (2016), la introducción del prisma de la sostenibilidad en la gestión de los recursos humanos no busca sino un equilibrio duradero y retroalimentado entre la productividad y el establecimiento de relaciones fructíferas de intercambio mutuo y beneficio recíproco con el factor posiblemente más crucial en la organización.

A este respecto, Spooner y Kaine (2010) también distinguen entre el compromiso interno y externo con los recursos humanos, identificando una triple tipología de posibilidades de actuación:

- El compromiso «interno» es el relacionado con la sostenibilidad que manifiesta la organización, implicando a los recursos humanos en cuidar de un «espíritu sostenible» en los procesos que les afecten.
- El compromiso «externo» es el relacionado con el entorno de la firma en sentido amplio, que se manifestaría, por ejemplo, en la participación de los recursos humanos en actuaciones filantrópicas que benefician a la comunidad, o en actividades de voluntariado, así como también en cuestiones como el seguimiento de subcontratas y cadenas de suministro.
- El compromiso «interno» es el relacionado con la sostenibilidad del personal al servicio de la organización. En este caso, se trataría de actuaciones genuinas que afectan directamente a las condiciones de los recursos humanos, adoptando un prisma que atiende a su vertiente sostenible. Por ejemplo, incluiría las prácticas laborales asociadas a diseños de políticas de conciliación, la implantación de códigos de conducta que fomenten un uso responsable de recursos o el reciclaje, los protocolos de aseguramiento de respeto a la diversidad, el respeto a los derechos humanos en el ámbito laboral, etc.

3. La resiliencia organizacional y el papel de los recursos humanos

El interés suscitado entre profesionales y académicos por las cuestiones relacionadas con la resiliencia organizacional se ha visto sin duda acrecentado a raíz de la crisis pandémica global ocasionada por la COVID-19, acontecimiento extraordinario e imprevisible de bien conocidas consecuencias para la sociedad y para el sistema económico. Lo cierto es que la variedad de enfoques utilizados en la literatura en el tratamiento del tema de la resiliencia en las organizaciones provoca cierta ambigüedad en un término que, como es fácil de comprobar, admite múltiples matizaciones en función de la perspectiva de análisis que se adopte (Hillmann, 2021). No obstante, la acepción que subyace al significado con que más frecuentemente se emplea esta expresión es la que se refiere a aquellas capacidades instrumentales de las que dispone una empresa y que, en condiciones ambientales de singular adversidad, le permiten afrontar con éxito las potenciales amenazas y perjuicios, en aras de preservar sus objetivos corporativos de supervivencia, rentabilidad y crecimiento, o incluso de prosperar en el cumplimiento de los mismos, a pesar de las dificultades (Dahles y Susilowati, 2015; Rudolph y Repenning, 2002; Vogus y Sutcliffe, 2007).

En ocasiones, estas crisis surgen de forma puntual como consecuencia de acontecimientos disruptivos o dramáticos que afectan al sistema económico en general, como ha ocurrido con la pandemia de COVID-19, o en situaciones causadas por desastres naturales. En otras circunstancias, la adversidad se manifiesta durante fases depresivas o ciclos económicos desfavorables que perturban gravemente a los mercados en los que opera la empresa, como sucedió con la gran crisis financiera global iniciada en 2008 (Lengnick-Hall *et al.*, 2011). Cuando una organización se encuentra ante este tipo de entornos turbulentos, su adaptación requiere en primera instancia de la conjunción de una estructura de recursos, de una combinación de capacidades y de un desarrollo de procesos específicos que, coordinadamente, se han de dirigir a amortiguar las vulnerabilidades, a fin de mitigar el impacto negativo de la situación de crisis que esté comprometiendo el aseguramiento del objetivo primario de la supervivencia de la entidad (Barton *et al.*, 2015; De Oliveira Teixeira y Werther, 2013). En una fase posterior al acontecimiento disruptivo, se podrá incluso intentar afrontar la recuperación, de cara a retornar al estatus de la entidad anterior a que estallase la crisis. En último término, y una vez superadas las fases críticas, habrá de plantearse si existen posibilidades de que la firma vuelva a la senda del crecimiento, lo que significará que se han conseguido superar los niveles organizacionales anteriores (Torres *et al.*, 2019).

Tal y como indican McManus *et al.* (2008), resulta de vital importancia que las propias organizaciones tomen conciencia sobre cuáles son los aspectos de la empresa que permitirían enfrentarse a una adversidad ambiental con expectativas de éxito. Al respecto de esta cuestión, y en los trabajos previos que han analizado las principales capacidades resilientes que más frecuentemente prevalecen (Hamel y Välikangas, 2003), hay ciertos aspectos

que pueden destacarse en la literatura previa, por su conexión con las visiones estratégicas orientadas hacia una gestión sostenible de recursos humanos:

- En primer lugar, hay que considerar la relevancia de que las empresas recurran a la sostenibilidad para mostrar un compromiso creíble con todas las partes interesadas, incluyendo a los *stakeholders* internos, de cara al establecimiento de unas vinculaciones exitosas con el entorno que permitan aminorar los riesgos y la incertidumbre ambiental derivada de un escenario de crisis (Cheema-Fox *et al.*, 2021). Especialmente, la reputación corporativa acumulada parece constituirse en una destacada fuente de ventaja competitiva cuando se afrontan entornos altamente turbulentos, debido a que los grupos de interés tienden a sobreponderar los lazos de confianza con las organizaciones que perciben como fiables y con las que consideran que se comportan respetuosamente con el medio en el que actúan (Sabatino, 2016).
- Debido a su carácter de recursos estratégicos, los recursos humanos son una destacable fuente de acumulación y retención de capacidades resilientes (Luthans, 2002). Por consiguiente, las actuaciones en materia de sostenibilidad que involucren a los empleados y empleadas, y que refuercen su compromiso organizacional, pueden servir para mantener y activar esa fuente de resiliencia, en caso de que se presenten condiciones adversas para la entidad (Wikhamn *et al.*, 2021). Desde un acercamiento meramente intuitivo, parece sencillo encontrar varios ejemplos de actuaciones que ilustran esta cuestión. Así, es posible que una empresa incremente su capacidad de resistencia a la adversidad, mediante un refuerzo del compromiso de sus recursos humanos en el mantenimiento de la productividad, cuando en una situación de crisis trata de evitar despidos, facilita flexibilidad horaria u ofrece posibilidades de ampliar las bajas por enfermedad sin penalización (Eccles *et al.*, 2014; Gibbons y Henderson, 2012; Henderson y Van den Steen, 2015). Incluso cabe plantearse la posibilidad de que algunas de las personas que componen la organización también sean determinantes para que esta tenga un mayor potencial de resiliencia, en la medida en que se trate de recursos humanos que hayan superado vivencias individuales difíciles y trasladen sus experiencias particulares exitosas como aportación a la empresa.
- En el trabajo de Lengnick-Hall *et al.* (2011) se establece un interesante análisis sobre los factores que median entre la gestión de recursos humanos y las capacidades resilientes de una firma, sugiriéndose que se generarían básicamente a través de la intervención de elementos cognitivos, conductuales y contextuales que parecen manifestarse más fluidamente cuando existe una cultura organizacional de compromiso con la sostenibilidad. Así, los elementos cognitivos tienen que ver con muchos aspectos que residen en el capital humano, como la experiencia, la creatividad, la capacidad de iniciativa o la concepción de soluciones novedosas. Los elementos conductuales aluden a la posibilidad de desarrollo de

respuestas sólidas y no convencionales ante circunstancias impredecibles, lo que habilita para abrirse a nuevos cursos de acción totalmente distintos a aquellos que se emprenderían en condiciones de normalidad. Finalmente, los elementos contextuales incluyen las interrelaciones y vinculaciones que permiten allegar recursos críticos con cierta rapidez, los cuales suelen apoyarse en redes compartidas de conocimientos e información que acumulan las personas y que, puestas en común, son valiosas para la toma de decisiones corporativas. De esta manera, y según este soporte argumental, la gestión estratégica de los recursos humanos contribuye a la resiliencia de las empresas a través de la generación de una serie de capacidades, rutinas, prácticas y procesos que acabarán permitiendo enfrentarse a las situaciones desfavorables con mayores expectativas de éxito.

4. Metodología de análisis, datos utilizados y variables empleadas

El principal propósito del presente trabajo consiste en analizar si en las empresas españolas las estrategias de sostenibilidad corporativa que se hallan conectadas directamente con el área de gestión de los recursos humanos están influyendo en la potenciación de las capacidades de resiliencia organizacional que se presupone que permiten afrontar en unas mejores condiciones comparativas el impacto de la crisis pandémica de la COVID-19.

A efectos de estudiar esta cuestión, hemos seleccionado una amplia muestra de empresas españolas, con forma jurídica societaria (incluyendo a sociedades anónimas y a sociedades limitadas), con la condición de que estuviesen activas a fin del año 2020, bajo el criterio de que tuvieran datos disponibles relacionados con evaluaciones de sostenibilidad comparables en el ámbito concreto de los recursos humanos. Para ello, hemos acudido a los datos suministrados por la agencia de calificación especializada en sostenibilidad Vigeo-Eiris, perteneciente a Moody's, la cual, de acuerdo a una metodología propia (opaca al escrutinio público, por razones comerciales), proporciona una escala de puntuaciones numéricas que varía desde un mínimo de 1 hasta un máximo de 100, en función del nivel que cada entidad exhibe en distintas dimensiones separadas de sostenibilidad.

Originariamente, el proveedor de datos solamente ha evaluado la sostenibilidad de un número limitado de empresas a escala global (siendo todas ellas cotizadas en distintas bolsas mundiales), elaborando sus calificaciones a partir del análisis de información que las propias compañías divulgan directamente y es de sencilla disponibilidad, en combinación con otros datos complementarios o noticias de acceso público que afectan a esta materia. Sin embargo, a través de la aplicación de estimaciones econométricas robustas basadas en distintas características de cada firma, Vigeo-Eiris facilita también una proyección que permite asignar puntuaciones en sostenibilidad a prácticamente cualquier otra empresa, en las distintas dimensiones específicas que se contemplan. De esta forma,

en el presente trabajo se ha podido manejar una muy amplia muestra que finalmente se compone de 60.543 sociedades mercantiles españolas para las que se disponía de una calificación en sostenibilidad, en forma de puntuación estimada, para cada una de las dimensiones que se recogen en la tabla 1.

Tabla 1. Dimensiones en sostenibilidad de recursos humanos

Variable	Definición
V01	Puntuación general en recursos humanos
V02	Puntuación en promoción de las relaciones laborales
V03	Puntuación de la gestión de recursos humanos
V04	Puntuación de la gestión responsable de las reestructuraciones
V05	Puntuación en gestión de la carrera profesional y fomento de la empleabilidad
V06	Puntuación de las condiciones laborales
V07	Puntuación de la mejora de las condiciones de salud y seguridad
V08	Puntuación en respeto y gestión de las jornadas laborales
V09	Puntuación en respeto a los derechos humanos en el ámbito laboral
V10	Puntuación en respeto a la libertad asociativa y derecho a la negociación colectiva
V11	Puntuación en diversidad y no discriminación

Fuente: elaboración propia a partir de datos de Vígeo-Eiris.

Una vez recopiladas las puntuaciones de sostenibilidad para cada empresa de las que componen la muestra, en las distintas dimensiones consideradas que atañen a la gestión de recursos humanos, y con el fin de analizar su posible influencia sobre el desempeño o la solvencia durante la etapa de la crisis pandémica, hemos procedido a la obtención de información financiera correspondiente a cada firma, junto a otra información complementaria que podía ser de interés, contenida en los estados financieros presentados por las entidades seleccionadas, acudiendo en este caso a la base de datos empresarial denominada SABI. Con base en esa información financiera estandarizada, y de acuerdo a la literatura que nos precede, hemos optado por construir algunas variables que sirvieran de medida del desempeño o que resultaran representativas de sus objetivos de crecimiento, solvencia

o liquidez, utilizando las tradicionales formulaciones en forma de ratios contables. En la tabla 2 se recogen las variables financieras directamente extraídas de SABI, y que también se han empleado en el análisis, junto a otras que se han construido sobre algunas magnitudes originariamente contenidas en las cuentas anuales de las empresas de la muestra, ofreciéndose una explicación descriptiva de cada una de dichas variables.

Tabla 2. Otras variables empleadas en el análisis

Variable	Descripción
SECTOR	Sector de actividad según clasificación estandarizada CNAE a dos dígitos
ANTIG	Antigüedad de la empresa (en años desde su constitución)
N_EMP	Promedio de personal empleado en 2020
ATOTAL	Activo total en miles de euros 2020
ROA	Rentabilidad económica 2020 (Resultado antes de intereses e impuestos dividido entre Activo total)
ROE	Rentabilidad financiera 2020 (Resultado antes de impuestos dividido entre Patrimonio neto)
MARGEN	Margen de explotación 2020 (Resultado de explotación dividido entre Ventas)
CRECV	Crecimiento interanual de las ventas 2020
ENDEUD	Endeudamiento 2020 (Pasivo total dividido entre Activo total)
LIQUIDEZ	Liquidez general 2020 (relación entre Activo corriente y Pasivo corriente)
CEBITDA	Crecimiento EBITDA 2020 (aumento interanual del resultado antes de intereses, amortizaciones e impuestos)
CONSIST	Consistencia 2020 (medida por el inverso del ratio, equilibrio entre financiación externa a largo plazo y activos fijos)

Fuente: elaboración propia a partir de datos de SABI.

En cuanto a la metodología utilizada para analizar empíricamente la hipótesis planteada, se ha aplicado previamente un procedimiento estadístico factorial, con la finalidad de reducir las distorsiones que se iban a causar por el tipo de variables financieras empleadas, en tanto que es de suponer, por la simple observación de la formulación con la que se han construido varias de ellas, que estén altamente correlacionadas y que, por lo tanto,

sus mediciones acaben siendo redundantes. En consecuencia, mediante el análisis factorial se ha procedido a sintetizar los datos de partida, recurriendo al método de componentes principales, con el fin de conseguir un número más reducido y manejable de factores incorrelacionados que fuesen expresivos de objetivos corporativos genéricos, y que es de esperar que, según una interpretación económica razonable, sean representativos de la rentabilidad, el endeudamiento o el crecimiento de las empresas durante el año 2020. Con posterioridad, se han planteado varios modelos estadísticos de regresión lineal, en los que se han ido incluyendo sucesivamente, como variables dependientes, los distintos factores sintéticos obtenidos que representan métricas financieras y de desempeño de la empresa, considerándose como regresores a las puntuaciones en sostenibilidad en recursos humanos.

5. Análisis de resultados

En cuanto a los resultados que ofrece nuestro estudio empírico sobre los efectos de las calificaciones en sostenibilidad en cuestiones que atañen al área de los recursos humanos, y tal y como se refleja en la tabla 3, se ha procedido en primer lugar al cálculo de algunos estadísticos descriptivos básicos (promedio, mínimo y máximo), para cada una de las dimensiones que se han contemplado, con el fin de realizar una sencilla aproximación a la caracterización de las distribuciones de las puntuaciones obtenidas.

Si se tiene en cuenta que la escala que emplea el proveedor de datos para evaluar cada dimensión oscila entre un mínimo de 1 y un máximo de 100, la conclusión que se obtiene observando la tabla 3 es que, de forma abrumadora, las calificaciones de las empresas españolas en sostenibilidad de recursos humanos ofrecen unas puntuaciones bastante bajas. Son apenas dos las dimensiones que llegan a superar una puntuación promedio de 20, y se trataría de la denotada como V09 (respeto a los derechos humanos en el ámbito laboral), al igual que se observa en V10 (respeto a la libertad asociativa y derecho a la negociación colectiva). La puntuación máxima que obtiene una empresa en cualquiera de las dimensiones de sostenibilidad contempladas alcanza la cifra de 93, y corresponde a V11 (diversidad y no discriminación). Destacan en sentido negativo, por situarse en el rango de las puntuaciones promedio otorgadas que son inferiores para el conjunto de la muestra de empresas, las dimensiones V06 (condiciones laborales), V07 (condiciones de salud y seguridad) y V08 (respeto y gestión de las jornadas laborales), obteniéndose en este último caso el valor promedio inferior de cualquiera de las dimensiones de sostenibilidad de recursos humanos que se han considerado en el análisis, superando apenas una calificación de 11 sobre un potencial máximo de 100.

Quizá estas puntuaciones tan bajas se expliquen por el hecho de que se ha empleado una muestra de observaciones muy grande y que, además, integra a una inmensa mayoría de entidades de pequeñas dimensiones, en sintonía con el patrón típico que caracteriza al tejido productivo español. Lo cierto es que estas pymes, o bien tienen unas barreras de

acceso obvias para poder desarrollar algunas de estas iniciativas o, simplemente, no consideran que en la práctica tengan una urgente necesidad de llevarlas a cabo, debido a que su plantilla se compone de pocos efectivos.

En lo referente al promedio del personal empleado en 2020, que también se refleja en la tabla 3 (N_EMP), se observa que fue de prácticamente 44,7 personas por empresa, si bien no es una media representativa de la distribución, pues se debe al peso de un limitado número de grandes corporaciones que cuentan con una plantilla con un número elevado de efectivos. En este sentido, se comprueba que más de un 55 % de las observaciones de la muestra tenía 15 o menos personas empleadas por término medio en el año 2020.

Tabla 3. Estadísticos descriptivos de indicadores de sostenibilidad en recursos humanos y de número de personas empleadas (N = 60.543)

Variable (Dimensión de sostenibilidad recursos humanos)	Promedio	Mínimo	Máximo
V01	14,6085	6	58
V02	17,7529	5	79
V03	17,673	9	52
V04	14,4554	11	42
V05	18,3393	9	68
V06	12,84	4	65
V07	13,0195	4	65
V08	11,0672	2	49
V09	21,2949	10	79
V10	22,3152	6	73
V11	19,8446	8	93
N_EMP	44,6983	1	76.474

Fuente: elaboración propia.

Tal y como ya se indicó al exponer las cuestiones metodológicas en el epígrafe correspondiente, y con carácter previo a la aplicación de los modelos de regresión con los que se pretende efectuar un contraste de los efectos de las variables representativas de la sostenibilidad en recursos humanos, se ha recurrido a las habituales técnicas estadísticas de análisis factorial. Dicho análisis factorial se efectúa con la finalidad de reducir el número inicial del subconjunto de variables de naturaleza financiera, ya que a simple vista se constata que algunas de ellas ofrecen información redundante sobre rentabilidad, crecimiento, solvencia o liquidez de las empresas, y ello puede suponer un obstáculo para que el análisis de regresión ofrezca estimadores insesgados. Como se refleja en la tabla 4, tras extraer los componentes principales de los datos originarios, se han calculado los denominados «autovalores» asociados para cada factor, seleccionando aquellos factores en los que su autovalor supera la unidad, que explicarían un 42,382 % de la variabilidad original, descartándose el resto de factores cuyo autovalor queda por debajo de ese límite de 1.

Tabla 4. Análisis de extracción de factores*

N.º factor	Autovalor	% varianza	% varianza acumulada
1	1,26185	15,773	15,773
2	1,11874	13,984	29,757
3	1,00993	12,624	42,382
4	0,999966	12,5	54,881
5	0,992708	12,409	67,29
6	0,971269	12,141	79,431
7	0,895123	11,189	90,62
8	0,750408	9,38	100

* Método aplicado: componentes principales (extracción de factores: criterio autovalor > 1).

Fuente: elaboración propia.

En la tabla 5 se recoge la matriz de cargas factoriales después de efectuarse un tipo de rotación «varimax» o de varianza máxima (que se dirige a conservar la mayor parte de la variabilidad de los datos originales). Para evaluar la pertinencia del análisis factorial, se suele calcular el estadístico de adecuación Kaiser-Meyer-Olkin (KMO), que en el presente caso se estima que, en principio, es suficientemente aceptable, al arrojar un valor de 0,5 (a partir de 0,6 se considera sobradamente consistente). Como suele ser usual al aplicar este

tipo de metodología, se ha rotado la matriz factorial, debido a que es una manera efectiva de favorecer la interpretación económica de los factores obtenidos de una forma intuitiva, que es la esencia de lo que se pretende (que las variables originarias queden reducidas a un número menor de variables incorrelacionadas que también se pueda saber fácilmente que característica financiera de la empresa están midiendo).

Esa interpretación se realiza atendiendo a las cargas factoriales, que son las que representan la correlación existente entre cada variable financiera original (consignadas en las filas de la tabla 5), y los tres factores sintéticos obtenidos (que se encuentran dispuestos en las columnas de esa misma tabla 5). Es decir, las intersecciones entre filas y columnas de la tabla 5 corresponden a las cargas factoriales, y se ha de entender que están expresando una superior correlación cuando su cuantificación sea más próxima a la unidad (sea con signo más o sea con signo menos). De esta forma, al observar los resultados de la rotación factorial, parece razonable que quepa interpretar al factor 1 como representativo del «desempeño», al factor 2 como representativo de la «deuda» y al factor 3 como representativo del «crecimiento». La matriz rotada de cargas factoriales recogida en la tabla 5 permite la transformación de las variables originales en puntuaciones factoriales, que se calculan para cada empresa de las que componen la muestra, de tal manera que se consiga disponer de una distribución de valores, de acuerdo a una escala de referencia de menor a mayor nivel, para los tres factores que constituyen un subrogado de la medición de las capacidades de resiliencia (desempeño financiero, endeudamiento y crecimiento del negocio).

Tabla 5. Matriz rotada de cargas factoriales

	Comunalidad	Factor 1	Factor 2	Factor 3
ROA	0,581968	0,723336	-0,220671	0,100288
ROE	0,383585	0,163736	-0,0366731	0,59618
MARGEN	0,403143	0,419434	0,118834	-0,461624
CRECV	0,429057	0,63209	0,152639	0,0788739
ENDEUD	0,601754	-0,196913	0,749773	0,0286292
LIQUIDEZ	0,517906	-0,123443	-0,708726	-0,0193869
CEBITDA	0,451197	0,0671601	0,0790143	0,663659
CONSIST	0,0219161	0,0343018	0,107294	-0,0960599
Interpretación		«Desempeño»	«Deuda»	«Crecimiento»

Fuente: elaboración propia.

Una vez que se obtuvieron los factores con el análisis factorial, se procedió a realizar un recálculo que determinase las nuevas puntuaciones factoriales que corresponderían a cada empresa, sobre la base de los valores asignados a las variables originales y de las cargas factoriales asociadas. Tras disponer de unas puntuaciones factoriales para cada factor y para cada empresa de las que componen la muestra, el siguiente paso consistió en contrastar los efectos de las once dimensiones de sostenibilidad en recursos humanos, aplicando tres modelos de regresión lineal, uno por cada factor («desempeño», «deuda» y «crecimiento»), los cuales se fueron consignando como variable dependiente en cada modelo. Asimismo, se consideró como regresores a las once variables de las que se disponía para medir la puntuación en las diversas dimensiones de sostenibilidad de recursos humanos, junto con otras variables de control (que fueron previamente mencionadas y detalladas en el epígrafe referido a la metodología). En la tabla 6 se recoge la significación obtenida para cada variable, en cada uno de los tres modelos de regresión planteados.

Tabla 6. Resultados de los modelos y significación

Variables	Factor 1. Desempeño	Factor 2. Deuda	Factor 3. Crecimiento
SECTOR	***	***	*
ANTIG	***	***	***
V01	*		*
V02	**	*	
V03	*	**	*
V04	***		
V05		***	
V06		***	
V07	**		
V08		***	
V09	***	***	
V10		***	
V11		*	



Variables	Factor 1. Desempeño	Factor 2. Deuda	Factor 3. Crecimiento
N_EMP (log)	***	***	***
ATOTAL (log)	***	***	

* Significación al 10%; ** Significación al 5%; *** Significación al 1%.

Fuente: elaboración propia.

Como se aprecia en la tabla 6, en lo tocante al desempeño, hay una fuerte evidencia de la influencia que ejercen algunas de las dimensiones utilizadas para medir la sostenibilidad en recursos humanos. En concreto, y con una significación al 1 %, se encontrarían V04 (gestión responsable de las reestructuraciones) y V09 (respeto a los derechos humanos en el ámbito laboral). Con una menos sólida significación, que alcanzaría únicamente el 5 %, observamos a V02 (promoción de las relaciones laborales) y a V07 (mejora de condiciones de salud y seguridad). Si se relaja la significación hasta el 10 %, se incluirían los efectos que cabe atribuir a V03 (gestión de recursos humanos) y a V01 (que valora la puntuación general para cuestiones del área de recursos humanos).

Respecto al factor catalogado como «deuda» y a los efectos para su contención que puedan atribuirse a las calificaciones en sostenibilidad, son hasta cinco las dimensiones a destacar, con un impacto significativo al 1 % de V05 (gestión de la carrera profesional y fomento de la empleabilidad), V06 (condiciones laborales), V08 (respeto y gestión de las jornadas laborales), V09 (respeto a los derechos humanos en el ámbito laboral) y V10 (respeto a la asociación y al derecho a la negociación colectiva). Habría de añadirse, con una más limitada significación al 5 %, la dimensión V03 (gestión de recursos humanos), y con alguna posible incidencia muy débil, relajando la significación hasta el 10 %, se incluirían V02 (promoción de las relaciones laborales) y V11 (diversidad y no discriminación). Hasta ocho dimensiones de la sostenibilidad en recursos humanos podría asumirse que se relacionan con un cierto conservadurismo corporativo en el mantenimiento de los niveles de deuda. De hecho, la deuda contraída es la variable sobre la que se pone en evidencia un más extenso impacto de las calificaciones en sostenibilidad de recursos humanos en algunas dimensiones específicas, que, en consecuencia, parecen tener efectos significativos positivos sobre el control del riesgo empresarial.

En lo referente a las expectativas futuras de crecimiento, una vez que se pudieran recuperar los niveles previos a la crisis, no se aprecia que exista una incidencia destacable de ninguna de las dimensiones de la sostenibilidad en recursos humanos sobre el factor que representa a esta magnitud, más allá de una débil significación al 10 % de V01 (puntuación general para cuestiones del área de recursos humanos) y de V03 (gestión de recursos humanos). Por lo tanto, no parece que la sostenibilidad en el área de los recursos humanos influya

particularmente en las posibilidades futuras de una firma de retomar la senda del crecimiento del negocio, una vez que la empresa logre superar las dificultades de la etapa pandémica.

Es de destacar que el número de empleados y empleadas en plantilla sea una variable significativa en todos los modelos, de manera que podría decirse que, en este sentido, y de alguna manera, los recursos humanos pueden haber sido un elemento de importancia para afrontar un escenario adverso como el de la crisis pandémica. No obstante, esta afirmación requiere de una profundización en el análisis empírico de esta cuestión específica, que no ha sido abordada en el presente estudio, aunque abriría una perspectiva de indudable interés para una futura investigación sobre la respuesta de los recursos humanos de las organizaciones durante la crisis pandémica.

Por otro lado, no hay una evidencia consistente que permita augurar la consecución de una mejor posición comparativa en desempeño, contención de niveles de deuda o crecimiento de la firma para aquellas entidades que alcanzan un nivel más elevado en la puntuación general otorgada en prácticas de sostenibilidad de recursos humanos. De los resultados obtenidos, más bien parece que son las iniciativas específicas en esta área las que consiguen una superior repercusión, destacando la vertiente del respeto a los derechos humanos en el ámbito laboral, cuyo impacto sobre el desempeño y el riesgo de endeudamiento sí que alcanzaría una elevada significación estadística que merece ser considerada.

6. Conclusiones

Como se ha ido exponiendo a lo largo del desarrollo del presente trabajo, hoy en día las cuestiones relacionadas con la sostenibilidad son de gran relevancia en todo tipo de organizaciones, lo que conduce a que muchas entidades opten por incorporar una visión corporativa orientada a la preservación y uso razonable de los recursos actuales, a fin de que sea factible su conservación y que puedan seguirse utilizando también en el futuro. En lo que se refiere a la integración de las prácticas de sostenibilidad en el área de la gestión de los recursos humanos, esta corriente de pensamiento ha dado lugar en los últimos años a una variedad de propuestas y enfoques emergentes de lo que se ha acabado por conocer como gestión sostenible de los recursos humanos. Por otro lado, es innegable que los aspectos relacionados con la potenciación de las capacidades de resiliencia organizacional han adquirido una importancia crucial en el contexto de la crisis pandémica, con vistas a la necesidad de mantener la actividad económica y empresarial en medio de las dificultades inherentes a un escenario productivo de particular adversidad ambiental, ocasionado por las limitaciones impuestas para mitigar la expansión de la COVID-19.

Acudiendo a la literatura que nos precede, y fundamentalmente a aquellas aportaciones que se apoyan en la teoría de los *stakeholders* y en los desarrollos del campo estratégico, en nuestro trabajo hemos establecido una conexión lógica entre ambos temas, gestión sostenible

de los recursos humanos y resiliencia organizacional. Nuestro propósito consistía en analizar si las empresas españolas que han mostrado mayores niveles de compromiso con sus recursos humanos en materia de sostenibilidad son las mismas que también han acumulado unas superiores capacidades de resiliencia, de manera tal que hayan podido afrontar el impacto de la situación de crisis causada por la pandemia en unas mejores condiciones comparativas.

Para proceder al estudio de los efectos de la calificación en sostenibilidad de recursos humanos, se ha seleccionado una amplia muestra de empresas españolas, disponiéndose de datos sobre estas entidades que hacen referencia a proyecciones de puntuaciones en sostenibilidad, elaboradas y proporcionadas por una agencia de calificación especializada. Asimismo, se han considerado métricas proporcionadas por el proveedor de datos que corresponden a once dimensiones diferentes de sostenibilidad que se hallan relacionadas con el área de recursos humanos, con la intención de observar su impacto sobre variables de desempeño y sobre medidas financieras de las empresas que corresponden al año 2020, centrándonos sobre todo en aquellas que representan a los objetivos tradicionales, de manera que se han considerado los niveles de rentabilidad, de endeudamiento y solvencia o de crecimiento de la cifra de negocios.

Los resultados obtenidos ponen de manifiesto que, en general, las puntuaciones en sostenibilidad de las empresas españolas son muy bajas en todas las dimensiones que evalúan la implantación de iniciativas y actuaciones de sostenibilidad de los recursos humanos. No obstante, se pone de manifiesto que en el año 2020 sí que se aprecian ciertos efectos positivos (en términos comparativos) en aquellas empresas que obtienen una comparativamente mejor calificación en algunas de las dimensiones específicas consideradas en nuestro análisis, lo cual puede ser un síntoma de que algunas actuaciones concretas de las típicamente encuadradas en la gestión sostenible de los recursos humanos parecen mediar en que se favorezcan las capacidades de resiliencia de las organizaciones.

De los resultados obtenidos se infiere que, en la contención de los niveles de deuda que la entidad contrae y, por lo tanto, en los comportamientos resilientes más conservadores de aversión al riesgo, estarían influyendo las iniciativas para la gestión de las carreras profesionales y el fomento de la empleabilidad, las condiciones laborales, la gestión de las jornadas, el respeto a los derechos humanos en el ámbito de trabajo y el respeto a la negociación colectiva. De modo complementario, se aprecia que la gestión responsable de las reestructuraciones y el respeto a los derechos humanos en el ámbito laboral parecen repercutir favorablemente sobre el desempeño financiero.

Por otra parte, y contrariamente a nuestras expectativas, no se aprecia que la puntuación general obtenida en el conjunto de actuaciones de sostenibilidad en el área de recursos humanos tenga una fuerte incidencia sobre el desempeño, la solvencia o el crecimiento de las ventas de la firma. En todo caso, el mayor peso específico en cuanto a impacto sobre la potenciación de capacidades de resiliencia habría que atribuirlo a algunas de las iniciativas concretas en las que se desdobra la gestión sostenible de los recursos humanos.

Referencias bibliográficas

- Andreu Pinillos, A. y Fernández Fernández, J. L. (2011). De la RSC a la sostenibilidad corporativa: una evolución necesaria para la creación de valor. *Harvard-Deusto Business Review*, 207(1), 5-21.
- Aslanertik, B. E. y Çolak, M. (2021). The link between sustainability reporting and the core characteristics of sustainable human resource management. *International Journal of Contemporary Management*, 57(4), 15-24. <https://doi.org/10.2478/ijcm-2021-0010>
- Barton, M. A., Sutcliffe, K. M., Vogus, T. J. y Dewitt, T. (2015). Performing under uncertainty: Contextualized engagement in wildland firefighting. *Journal of Contingencies and Crisis Management*, 23(2), 74-83. <https://doi.org/10.1111/1468-5973.12076>
- Cheema-Fox, A., LaPerla, B. R., Wang, H. S. y Serafeim, G. (2021). Corporate resilience and response to COVID-19. *Journal of Applied Corporate Finance*, 33(2), 24-40. <https://doi.org/10.1111/jacf.12457>
- Dahles, H. y Susilowati, T. P. (2015). Business resilience in times of growth and crisis. *Annals of Tourism Research*, 51, 34-50. <https://doi.org/10.1016/j.annals.2015.01.002>
- De Oliveira Teixeira, E. y Werther, W. B., Jr. (2013). Resilience: Continuous renewal of competitive advantages. *Business Horizons*, 56(3), 333-342. <https://doi.org/10.1016/j.bushor.2013.01.009>
- De Stefano, F., Bagdadli, S. y Camuffo, A. (2018). The HR role in corporate social responsibility and sustainability: A boundary-shifting literature review. *Human Resource Management*, 57(2), 549-566. <https://doi.org/10.1002/hrm.21870>
- Eccles, R. G., Ioannou, I. y Serafeim, G. (2014). The impact of corporate sustainability on organizational processes and performance. *Management Science*, 60(11), 2.835-2.857. <https://doi.org/10.1287/mnsc.2014.1984>
- Ehnert, I., Parsa, S., Roper, I., Wagner, M. y Muller-Camen, M. (2016). Reporting on sustainability and HRM: A comparative study of sustainability reporting practices by the world's largest companies. *The International Journal of Human Resource Management*, 27(1), 88-108. <https://doi.org/10.1080/09585192.2015.1024157>
- Ferris, G. R., Perrewé, P. L., Ranft, A. L., Zinko, R., Stoner, J. S., Brouer, R. L. y Laird, M. D. (2007). Human resources reputation and effectiveness. *Human Resource Management Review*, 17(2), 117-130. <https://doi.org/10.1016/j.hrmr.2007.03.003>
- Freeman, R. E. (2011). Some thoughts on the development of stakeholder theory. En R. A. Phillips (Ed.), *Stakeholder theory. Impact and prospects* (pp. 212-234). Edward Elgar.
- Gibbons, R. y Henderson, R. (2012). Relational contracts and organizational capabilities. *Organization Science*, 23(5), 1.350-1.364. <https://doi.org/10.1287/orsc.1110.0715>
- Glavas, A. y Kelley, K. (2014). The effects of perceived corporate social responsibility on employee attitudes. *Business Ethics Quarterly*, 24(2), 165-202. <https://doi.org/10.5840/beq20143206>
- Hamel, G. y Välikangas, L. (2003). The quest for resilience. *Harvard Business Review*, 81(9), 52-63.
- Haski-Leventhal, D., Roza, L. y Meijs, L. C. P. M. (2017). Congruence in corporate social responsibility: Connecting the identity and behavior of employers and employees. *Journal of Business Ethics*, 143(1), 35-51. <https://doi.org/10.1007/s10551-015-2793-z>
- Heilmann, P. (2006). Commitment between employee and organization examined in Finnish ICT and paper business sectors. En S.

- Vanhala y M. Kolehmainen (Eds.), *HRM-between performance and employees. Proceedings from the HRM conference in Helsinki* (pp. 191-202). Helsinki School of Economics.
- Henderson, R. y Van den Steen, E. (2015). Why do firms have "purpose"? The firm's role as a carrier of identity and reputation. *American Economic Review*, 105(5), 326-330. <https://doi.org/10.1257/aer.p20151072>
- Herrbach, O. y Mignonac, K. (2004). How organisational image affects employee attitudes. *Human Resource Management Journal*, 14(4), 76-88. <https://doi.org/10.1111/j.1748-8583.2004.tb00134.x>
- Hillmann, J. (2021). Disciplines of organizational resilience: Contributions, critiques, and future research avenues. *Review of Managerial Science*, 15(4), 879-936. <https://doi.org/10.1007/s11846-020-00384-2>
- Hronová, Š. y Špaček, M. (2021). Sustainable HRM practices in corporate reporting. *Economies*, 9(2), 75. <https://doi.org/10.3390/economies9020075>
- Järström, M., Saru, E. y Vanhala, S. (2018). Sustainable human resource management with salience of stakeholders: A top management perspective. *Journal of Business Ethics*, 152(3), 703-724. <https://doi.org/10.1007/s10551-016-3310-8>
- Kramar, R. (2014). Beyond strategic human resource management: Is sustainable human resource management the next approach? *The International Journal of Human Resource Management*, 25(8), 1.069-1.089. <https://doi.org/10.1080/09585192.2013.816863>
- Lengnick-Hall, C. A., Beck, T. E. y Lengnick-Hall, M. L. (2011). Developing a capacity for organizational resilience through strategic human resource management. *Human Resource Management Review*, 21(3), 243-255. <https://doi.org/10.1016/j.hrmr.2010.07.001>
- Luthans, F. (2002). The need for and meaning of positive organizational behaviour. *Journal of Organizational Behavior*, 23(6), 695-706. <https://doi.org/10.1002/job.165>
- Macke, J. y Genari, D. (2019). Systematic literature review on sustainable human resource management. *Journal of Cleaner Production*, 208, 806-815. <https://doi.org/10.1016/j.jclepro.2018.10.091>
- McManus, S., Seville, E., Vargo, J. y Brunson, D. (2008). Facilitated process for improving organizational resilience. *Natural Hazards Review*, 9(2), 81-90. [https://doi.org/10.1061/\(ASCE\)1527-6988\(2008\)9:2\(81\)](https://doi.org/10.1061/(ASCE)1527-6988(2008)9:2(81))
- Musteen, M., Datta, D. K. y Kemmerer, B. (2010). Corporate reputation: Do board characteristics matter? *British Journal of Management*, 21(2), 498-510. <https://doi.org/10.1111/j.1467-8551.2009.00676.x>
- Randev, K. K. y Jha, J. K. (2019). Sustainable human resource management: A literature-based introduction. *NHRD Network Journal*, 12(3), 241-252. <https://doi.org/10.1177/2631454119873495>
- Rudolph, J. W. y Repenning, N. P. (2002). Disaster dynamics: Understanding the role of quantity in organizational collapse. *Administrative Science Quarterly*, 47(1), 1-30. <https://doi.org/10.2307/3094889>
- Rupp, D. E., Ganapathi, J., Aguilera, R. V. y Williams, C. A. (2006). Employee reactions to corporate social responsibility: An organizational justice framework. *Journal of Organizational Behavior*, 27, 537-543. <https://doi.org/10.1002/job.380>
- Sabatino, M. (2016). Economic crisis and resilience: Resilient capacity and competitiveness of the enterprises. *Journal of Business Research*, 69(5), 1.924-1.927. <https://doi.org/10.1016/j.jbusres.2015.10.081>
- Sharma, S., Sharma, J. y Devi, A. (2009). Corporate social responsibility: The key role of human resource management. *Business Intelligence Journal*, 2(1), 205-213.

- Spooner, K. y Kaine, S. (2010). Defining sustainability and human resource management. *International Employment Relations Review*, 16(2), 70-81.
- Torres, A. P., Marshall, M. I. y Sydnor, S. (2019). Does social capital pay off? The case of small business resilience after hurricane Katrina. *Journal of Contingencies and Crisis Management*, 27(2), 168-181. <https://doi.org/10.1111/1468-5973.12248>
- Valentine, S. y Godkin, L. (2016). Ethics policies, perceived social responsibility, and positive work attitude. *The Irish Journal of Management*, 35(2), 114-128. <https://doi.org/10.1515/ijm-2016-0013>
- Vogus, T. J. y Sutcliffe, K. M. (2007). Organizational resilience: Towards a theory and research agenda. En *2007 IEEE International Conference on Systems, Man, and Cybernetics, SMC 2007* (pp. 3.418-3.422). Article 4414160 (Conference Proceedings-IEEE International Conference on Systems, Man and Cybernetics). <https://doi.org/10.1109/ICSMC.2007.4414160>
- Wagner, M. (2013). "Green" human resource benefits: Do they matter as determinants of environmental management system implementation? *Journal of Business Ethics*, 114(3), 443-456. <https://doi.org/10.1007/s10551-012-1356-9>
- Westerman, J. W., Rao, M. B., Vanka, S. y Gupta, M. (2020). Sustainable human resource management and the triple bottom line: Multi-stakeholder strategies, concepts, and engagement. *Human Resource Management Review*, 30(3), 100742. <https://doi.org/10.1016/j.hrmr.2020.100742>
- Wikhamn, W. (2019). Innovation, sustainable HRM and customer satisfaction. *International Journal of Hospitality Management*, 76, 102-110. <https://doi.org/10.1016/j.ijhm.2018.04.009>
- Wikhamn, W., Asplund, K. y Dries, N. (2021). Identification with management and the organisation as key mechanisms in explaining employee reactions to talent status. *Human Resource Management Journal*, 31(4), 956-976. <https://doi.org/10.1111/1748-8583.12335>

Francisco Javier Jimeno de la Maza. Funcionario de carrera del Cuerpo Superior Económico-Financiero de Castilla y León, en excedencia. Doctor por la Universidad de Valladolid, con premio extraordinario. Profesor del Departamento de Economía Financiera y Contabilidad de la Universidad de Valladolid. Su línea de investigación se relaciona principalmente con la sostenibilidad y la diversidad de género en el gobierno corporativo, habiendo recibido sus trabajos distintos reconocimientos y distinciones en el ámbito nacional e internacional. <https://orcid.org/0009-0007-9840-9347>

Mercedes Redondo Cristóbal. Doctora por la Universidad de Valladolid, con premio extraordinario. Profesora del Departamento de Economía Financiera y Contabilidad de la Universidad de Valladolid en la Facultad de Ciencias del Trabajo, campus de Palencia. Sus principales líneas de investigación se desarrollan en el ámbito de los recursos humanos, la responsabilidad social corporativa, la sostenibilidad y la diversidad de género en las organizaciones, habiendo recibido sus trabajos distintos premios, reconocimientos y distinciones en el ámbito nacional e internacional. <https://orcid.org/0009-0009-2531-0076>

Contribución de autores. Ambos autores han contribuido en un mismo porcentaje a la realización de este trabajo.

Actos de graduación del curso 2022-2023 y entrega de los Premios Estudios Financieros 2023

Madrid

Al amparo del solemne acto de graduación de alumnos de grado y máster del curso académico 2022-2023, el Grupo Educativo CEF.- UDIMA aprovechó la ocasión para escenificar también el merecido reconocimiento a los restantes ganadores del trigésimo tercer Premio Estudios Financieros el pasado 4 de noviembre. Así, además de rendir homenaje a los más de 460 alumnos que superaban este año sus estudios superiores, por la tarima del Palacio Municipal



Panorámica de la mesa presidencial

de IFEMA en Madrid pasaron también los galardonados en el certamen en las modalidades de Derecho Civil y Mercantil, Derecho Constitucional y Administrativo, y Educación y Nuevas Tecnologías. El resto de las modalidades del premio se entregaron en las sedes de Barcelona y Valencia.

Semejante ejercicio de reconocimiento a nuevos y veteranos no podía dejar de contar con la procedente mesa presidencial del grupo educativo. Encabezada por sus presidentes, Arturo y Arancha de las Heras García, junto a la rectora de la UDIMA, Concha Burgos García,

y su secretario general, Eugenio Lanzadera Arencibia, estuvieron estos acompañados por el padrino de la promoción, el presidente de la Audiencia Nacional, José Ramón Navarro Miranda. También estuvo presente el presidente de honor y fundador del grupo, Roque de las Heras. La ceremonia se desarrolló bajo la batuta del director de Comunicación, Luis Miguel Belda García, y la directora de Gestión Académica, Silvia Alonso.

La primera parte del acto abordó las modalidades del Premio Estudios Financieros de Derecho Constitucional y Administrativo, y de Educación y Nuevas Tecnologías. Dentro del

ámbito del Derecho Constitucional y Administrativo, la ganadora del primer premio, Lucía Casado Casado, dedicó unas palabras de agradecimiento tanto a los premios como a la figura de Roque de las Heras, y a la labor de apoyo a la investigación que comenzó con esta iniciativa.



Lucía Casado Casado, primer premio en Derecho Constitucional y Administrativo

en el derecho de seguros ante ciberataques perpetrados por Estados), el investigador animó a los graduados a participar en esta actividad académica: «Especialmente para aquellos jóvenes investigadores, tener la oportunidad de participar en un certamen de este prestigio tiene un valor incalculable».



José Ignacio Baile Ayensa consiguió el galardón en Educación y Nuevas Tecnologías

Casado defendió la oportunidad que estos premios dan a los investigadores para aportar su granito de arena a la sociedad y remarcó la compleja labor que desempeña el jurado (del que ella misma formó parte en 2021) para acreditar el respetado anonimato de los trabajos seleccionados: «Es una satisfacción enorme ver que llegamos a la edición número 33, y la número 21 en esta modalidad».

Por su parte, el ganador del primer premio en la modalidad de Derecho Civil y Mercantil, Ignacio Sánchez Gil, sumó a las anteriores sus palabras de agradecimiento a Roque de las Heras cuando tomó el atril. Tras ofrecer una breve explicación de su trabajo (enfocado



Ignacio Sánchez Gil, ganador en Derecho Civil y Mercantil

Mientras, el ganador del primer premio en la modalidad de Educación y Nuevas Tecnologías, José Ignacio Baile Ayensa, apuntó en su intervención a los trabajos no premiados, pero de igual valor, animando a sus autores a no desanimarse. Además, subrayó el respaldo claro y sencillo de los premios a la investigación, destacando su meritocracia y agilidad: «Van a los resultados, algo extraordinario en el panorama de premios a la investigación», abundó, antes de recordar que apoyar a la investigación «es hacerlo al desarrollo de la sociedad».

Esfuerzo y placer

«Me recordáis a mi frase favorita», señaló el presidente del Grupo Educativo CEF.- UDIMA, Arturo de las Heras, a graduados e investigadores: «Soy un gran creyente en la suerte; he



Foto de familia con José Ramón Navarro Miranda (2.º por la izq.), presidente de la Audiencia Nacional

descubierto que cuanto más duro trabajo, más suerte tengo». Así recogía el guante para sumarse al trabajo de alumnos, profesores, personal de administración y servicios, premiados y miembros del jurado del certamen. El presidente puso en valor especialmente el esfuerzo de los profesores del grupo, destacando «su segunda actividad» docente, en su afán por seguir siendo profesores tras las clases. Y recomendó a todos entrar a formar parte de la familia que es la Asociación de Antiguos Alumnos del grupo, la Alumni+ CEF.- UDIMA.

Entre sus principales integrantes está precisamente el secretario general, Eugenio Lanzadera, que centró sus palabras en dos conceptos «*a priori* antagónicos», pero que son los que se esconden tras lo que entiende por superación: «esfuerzo y placer». Según defendió, «la verdadera felicidad es la obtenida con esfuerzo»; es una garantía de progreso personal, y sin ella no hay aprendizaje.

Un aprendizaje que representan los 464 egresados y que supone un logro fruto de ese esfuerzo, y que la propia rectora de la UDIMA, Concha Burgos, celebró «no solo por su conocimiento adquirido, sino por su resiliencia y capacidad de superación» ante las adversidades. Durante su discurso, la rectora argumentó a favor del papel de la universidad como fábrica de intelectuales; esa figura que desde los tiempos de Pericles en la antigua Grecia, hasta nuestros días con Jonathan Swift, ha criticado el poder político y se ha mostrado idealista.



Posado de doctores en Derecho de la UDIMA



Perspectiva de egresados del CEF.- y la UDIMA

Adaptados, humanos, íntegros

En esa misma línea de elogio y consejo se pronunció el padrino de la promoción en el ecuador del acto. El presidente de la Audiencia Nacional, José Ramón Navarro, coincidió con la rectora en que han superado mucho más que un curso académico; han superado meses de trabajo y cargas personales y profesionales. A pesar de todo, ellos «aquí están, listos para afrontar el mundo con los conocimientos y habilidades que han ido adquiriendo». Navarro aportó a los alumnos tres claves para su vida profesional.

«Adaptabilidad», comenzó. «Será vuestra mejor aliada en un mundo en constante cambio», pues ante los prolíficos cambios de la tecnología, solo hay una certeza constante: aprender a adaptarse y estar siempre dispuesto a aprender. Conseguirlo será clave para ser siempre relevantes, resaltó Navarro. «Valorar las relaciones humanas», prosiguió, pues sin estas conexiones no podemos establecer perspectiva de mejora y cambio. Nunca desdeñar las relaciones profesionales de cualquier índole fue el segundo de sus consejos; «siempre con respeto y empatía». «Integridad como columna», anotó en tercer lugar. Y es que ser honestos, éticos y no solo conformarse con el comercio es la guía a seguir para hacer el camino hacia «el éxito sostenible». «Recuerden que la confianza, una vez perdida, es difícil de recuperar», advirtió.

Espíritu Indiana Jones



En representación de los graduados intervino Gonzalo Rodríguez

dijo agradeciendo con vehemencia el papel de profesores, compañeros y familias.

El capítulo se termina pero da paso a uno nuevo, y así lo entendió también la representante de los alumnos de máster, Patricia Peña Cabo. Tras superar el Máster en Asesoría de Empresas, es consciente de que toca «avanzar hacia el próximo

En representación de los alumnos de grado tomó en primer lugar la palabra el egresado en el Grado en Ingeniería de Organización Industrial Gonzalo Rodríguez. Desde su origen latinoamericano, Rodríguez contó su historia, imprimiendo en sus palabras la épica y la superación (lo que llamó el «espíritu de Indiana Jones»), dejando su país de origen y llegando a España para formarse con la UDIMA. «Una travesía larga, difícil y solitaria», aseguró, como la de cada uno de los graduados. «Hoy todas nuestras historias se tocan», continuó, para demostrar «que en esta aventura de la educación a distancia no estamos solos»,



La representante de los alumnos de máster fue Patricia Peña Cabo

capítulo en nuestras vidas». Agradeció la labor de docentes y personal administrativo, pues facilitaron enormemente su progreso. «Sigamos con la misma determinación», abanderó. «Es un placer representar al CEF.- y la UDIMA, que muchos ya consideramos nuestra casa».

Bajó el telón de esa casa la presidenta del Grupo Educativo CEF.- UDIMA, Arancha de las Heras, quien recalcó lo especial de la celebración, tras un camino largo y de esfuerzo. «Graduados, no solo habéis adquirido conocimientos, sino que también habéis establecido lazos con compañeros y profesores», admitió, y que «no pueden terminar ahora». Por ello, además del papel de la Alumni+ CEF.- UDIMA, la presidenta enfatizó el valor de la Bolsa de Trabajo y Emprendedores del grupo, donde los egresados podrán encontrar «magníficos profesionales, muchos antiguos alumnos como vosotros». «Espero que esta celebración sea un hasta pronto y podamos vernos de nuevo. ¡Enhorabuena!».

Redacción CEF.- UDIMA Media

Barcelona

El acto de clausura del curso académico 2022-2023 en el Grupo Educativo CEF.- UDIMA se solapa felizmente con la entrega de las becas de graduación para los alumnos que superaron en su día sus estudios. Ocurrió el día 11 de octubre en Barcelona, donde también se procedió a la entrega de los galardones del Premio Estudios Financieros en las modalidades de Contabilidad y de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.



Miguel Ángel Purcalla Bonilla,
jurado en Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social

La bienvenida a los alumnos y premiados corrió a cargo de Javier García Ortells, director del CEF.- y la UDIMA en la Ciudad Condal, a quien siguió la intervención de Miguel Ángel Purcalla Bonilla, presidente del jurado del Premio Estudios Financieros 2023 en la modalidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.



Emilio Álvarez Pérez, padrino de la
promoción y jurado en Contabilidad

Tras su alocución, se procedió a su entrega a los investigadores distinguidos en esta ocasión en la modalidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Arturo Montesdeoca Suárez, con el primer premio, y José María Miranda Boto y Elisabeth Brameshuber, con el accésit; y de Contabilidad, cuyo primer premio lograron

Isidoro Guzmán Raja y Manuela Guzmán Raja, y María Cristina Abad Navarro, Francisco Bravo Urquiza y Nuria Reguera Alvarado, acreedores del accésit.



Arturo Montesdeoca Suárez, con su diploma de primer premio, junto a Javier García Ortells, director de CEF.- UDIMA en Barcelona



Manuela e Isidoro Guzmán Raja recibieron el primer premio en Contabilidad

A continuación tuvo lugar el discurso de Rosa Milán Hernández, en nombre del claustro de profesores del Grupo Educativo CEF.- UDIMA, y la esperada imposición de becas a los alumnos egresados de grados y másteres. Tamara Peyretó Cuéllar, alumna del Máster en Dirección y Gestión de Recursos Humanos, intervino en representación del alumnado.



Rosa Milán Hernández intervino en representación del claustro de profesores

Posteriormente, se procedió al reconocimiento a los alumnos de oposiciones que han aprobado sus respectivos procesos selectivos, en representación de los cuales habló Roger Solanellas Griso, alumno-opositor de Técnicos de Hacienda.

Camino del cierre del acto, tomó la palabra Emilio Álvarez Pérez, presidente del jurado del Premio Estudios Financieros 2023 en la modalidad de Contabilidad, y padrino de esta promoción 2022-2023, a quien siguió, para la clausura del acto, Arancha de las Heras García, presidenta del Grupo Educativo CEF.- UDIMA.



Tamara Peyretó Cuéllar habló en nombre del alumnado

Redacción CEF.- UDIMA Media

Valencia

La sede del Grupo Educativo CEF.- UDIMA en Valencia acogió el acto de graduación del último curso el día 28 de septiembre, tanto en la escuela de negocios como en la universidad, así como la entrega de los Premios Estudios Financieros en las modalidades de Tributación y de Recursos Humanos.

Bajo la dirección de Elena Albarrán García, jefa de estudios del área de cursos y másteres en CEF.- UDIMA Valencia,



Carlos Clemente Collado representó al claustro de profesores

el evento reunió a los estudiantes que residen en esta comunidad autónoma, y a todos aquellos de cualquier parte de España que decidieron en su día recibir su beca y merecido homenaje en la capital del Turia.

Primera- mente, tuvo lugar el solemne acto de entrega de los Premios Estudios Financieros, que contó con la intervención de José María Peiró Silla, catedrático de Psicología Social de la Universidad de Valencia y presidente del jurado de los premios que se conceden en Recursos Humanos, y, en el sentido protocolario, presidente, esta vez, de ambos premios, incluido el de Tributación.

Toda vez que fueron entregados los premios, se procedió a celebrar el solemne acto de graduación, que arrancó con la bienvenida a los alumnos egresados a cargo de José Pedro Valero Tolosa, director de CEF.- UDIMA en Valencia.



Luis M. Salas García-Neble ganó en la modalidad de Tributación

Continuó el acto con el discurso de Carlos Clemente Collado, profesor del CEF.- y la UDIMA, y socio de auditoría en PwC, en representación de todo el claustro de profesores, tras lo cual se procedió a la imposición de becas a los alumnos egresados de grados y másteres.



José María Peiró Silla, jurado en Recursos Humanos



Carlos María Alcover de la Hera, primer premio de Recursos Humanos

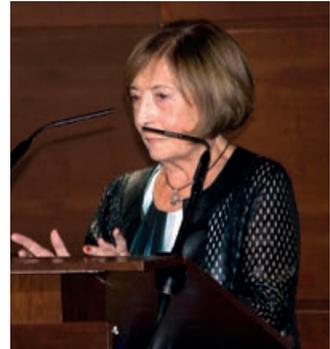
En representación de los estudiantes de grado y máster tomó la palabra Cristina Ordiñaga Donderis, alumna del Máster en Tributación/Asesoría Fiscal. A continuación, tuvo lugar un reconocimiento a los alumnos que han aprobado los procesos selectivos a los distintos cuerpos de la Administración General del Estado, en representación de los cuales habló Álvaro Rodríguez Baeza, alumno de Técnicos de Hacienda.



Cristina Ordiñaga Donderis representó a los alumnos



Álvaro Rodríguez Baeza habló en nombre de los opositores



María Teresa Soler Roch fue la madrina de la promoción

A posteriori, intervino María Teresa Soler Roch, madrina de la promoción y catedrática emérita de la Universidad de Alicante, y procedió a la clausura formal del acto Arturo de las Heras García, presidente del Grupo Educativo CEF.- UDIMA.



Foto de familia de los premiados con los integrantes de la mesa presidencial

Vigo

La escuela de negocios del Centro de Iniciativas Profesionales (CIP), asociada con el Centro de Estudios Financieros, CEF.-, y la Universidad a Distancia de Madrid, UDIMA, celebró el pasado 22 de septiembre la solemne clausura anual del curso académico 2022-2023, así como la entrega anual de diplomas de másteres, en el Círculo de Empresarios de Galicia.

A la ceremonia se sumaron los alumnos del resto de titulaciones de grado y máster que han completado sus estudios *online* a través de la UDIMA.

En esta entrega de diplomas de CIP-CEF-UDIMA, a la que asistió el presidente fundador del Grupo Educativo CEF.- UDIMA, Roque de las Heras, se conmemoró el 30.º aniversario del Máster en Tributación/Asejería Fiscal.

Al acto acudieron, además, el presidente de la Confederación de Empresarios de Pontevedra, Jorge Cebreiros; el presidente del Grupo CIP, Pedro Rey, y representantes del Concello de Vigo.



Mesa presidencial del acto

El CIP presentó hace más de tres décadas una oferta educativa especializada, convirtiéndose en el transcurso de estos años en una de las más prestigiosas escuelas de posgrado del



Jorge Cebreiros, presidente de la Confederación de Empresarios de Pontevedra



Todos los egresados recibieron la felicitación personal de todos los miembros de la mesa presidencial

norte de España, tanto por la variedad de su oferta formativa como por el número de alumnos, posicionándose entre las más prestigiosas de España.



Roque de las Heras acompañado de los recién titulados del CEF.- y la UDIMA

Redacción CEF.- UDIMA Media



PREMIO
ESTUDIOS
FINANCIEROS

2024

PREMIO
ESTUDIOS
FINANCIEROS

PREMIO
ESTUDIOS
FINANCIEROS

PREMIO
ESTUDIOS
FINANCIEROS

CEF.-

Modalidades

El CEF.- Centro de Estudios Financieros convoca, con carácter nacional, el Premio Estudios Financieros.

La 34.ª edición para las modalidades de:

- **Tributación**
- **Contabilidad y Sostenibilidad**
- **Derecho del Trabajo y Seguridad Social**

La 30.ª edición para la modalidad de:

- **Recursos Humanos**

La 21.ª edición para las modalidades de:

- **Derecho Civil y Mercantil**
- **Derecho Constitucional y Administrativo**

La 10.ª edición para la modalidad de:

- **Educación y Nuevas Tecnologías**

El objeto de la convocatoria es el reconocimiento y estímulo de la labor creadora y de investigación en las distintas modalidades del Premio Estudios Financieros, para lo que se valorará el carácter práctico de los trabajos presentados.

CEF.-

Dotaciones económicas

Para cada una de las siete modalidades se establece un primer premio y los accésits que los respectivos jurados consideren merecedores de reconocimiento.

- Primer premio: 9.000 euros.
- Accésits: 900 euros.

CEF.-

Lugar y plazo

Los trabajos se presentarán en la secretaría del CEF.- de Madrid: a la atención de Begoña Cob Montes, paseo del General Martínez Campos, 5. 28010, Madrid.

También pueden enviarse por correo certificado o mensajería a la misma dirección.

El plazo finaliza el día **3 de mayo de 2024**, a las **20:00 horas**.

CEF.-

Información sobre las bases

<https://www.cef.es/es/bases-premio>

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 - Empresa y Tecnología - 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

TÍTULOS PROPIOS Y DOCTORADOS

(Consultar en www.udima.es)

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 - Educación Inclusiva y Personalizada - Educación y Recursos Digitales - Formación del Profesorado de Educación Secundaria - Gestión Sanitaria - Psicología General Sanitaria - Psicopedagogía - Tecnología Educativa

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Asesoramiento Financiero y Bancario - Auditoría de Cuentas - Dirección Comercial y Marketing - Dirección de Empresas Hoteleras - Dirección de Negocios Internacionales - Dirección Económico-Financiera - Dirección y Administración de Empresas (MBA) - Dirección y Gestión Contable - Marketing Digital y Redes Sociales

Facultad de Ciencias Jurídicas

Análisis e Investigación Criminal - Asesoría Fiscal - Asesoría Jurídica de Empresas - Asesoría Jurídico-Laboral - Dirección y Gestión de Recursos Humanos - Gestión Integrada de Prevención, Calidad y Medio Ambiente - Interuniversitario en Estudios Avanzados de Derecho Financiero y Tributario - Práctica de la Abogacía y la Procura - Prevención de Riesgos Laborales

Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Enseñanza Bilingüe - Enseñanza del Español como Lengua Extranjera - Interuniversitario en Unión Europea y China - Mercado del Arte - Seguridad, Defensa y Geoestrategia



Si necesitas volar,
SOMOS TUS ALAS
Contigo, somos uno.