

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Revista bimestral núm. 479 | Marzo-Abril 2024

ISSN: 2792-8314

La brecha digital de género

Susana Rodríguez Escanciano

Excepciones al «trabajo personal» en la relación laboral

Alejandra Selma Penalva

Bienestar de los animales de compañía y derecho del trabajo

Oriol Cremades Chueca

La igualdad efectiva entre mujeres y hombres: una realidad en construcción

Una solución categórica para el varón doblemente discriminado

Margarita Miñarro Yanini

Protección por desempleo para empleadas de hogar

Ignacio González del Rey Rodríguez



¿Y tú? ¿Ya sabes lo que quieres?

Ahora 

S



Si sabes

lo que quieres,

ha llegado el momento

de lograrlo.

Laboral y Recursos Humanos

Presencial | Telepresencial | Online

INICIO MARZO Y ABRIL 2024

- Curso Avanzado sobre Power BI
- Curso de Power BI
- Curso sobre Aplicación Práctica Mindfulness en Entornos Personal y Profesional
- Curso sobre Gestión de Nóminas y Seguros Sociales (Práctica de Salarios y Cotizaciones)
- Curso sobre Gestoría Fiscal, Laboral y Contable
- Curso sobre Planes de Igualdad y Brecha Salarial
- Curso sobre Práctica en Derecho Procesal-Laboral
- Curso sobre Selección y Desarrollo del Talento

Consulta nuestra oferta formativa completa en www.cef.es/cursos

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Núm. 479 | Marzo-Abril 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. Diríjase 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).

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

ISSN: 2792-8314
ISSN-e: 2792-8322

Sumario

Editorial

- La brecha digital de género: reflexiones en las postrimerías del primer cuarto del siglo XXI 7-19
Susana Rodríguez Escanciano

Estudios

- La nota de trabajo personal en la relación laboral y sus excepciones 21-45
The personal work note in the employment relationship and its exceptions
Alejandra Selma Penalva
- Retórica y ponderación judicial en las adaptaciones de la prestación laboral a las necesidades de conciliación 47-78
Rhetoric and judicial balancing in labor accommodations for work-family reconciliation needs
Antonio Álvarez del Cuvillo
- Bienestar de los animales de compañía y derecho del trabajo: convergencias y propuestas 79-114
Companion animal welfare and labour law: convergences and proposals
Oriol Cremades Chueca
- Derecho a la protección de datos personales y control laboral a través de dispositivos de geolocalización 115-142
Right to the protection of personal data and work monitoring through geolocation devices
Victoria Rodríguez-Rico Roldán

Diálogos con la jurisprudencia

Monográfico. La igualdad efectiva entre mujeres y hombres: una realidad en construcción

- Presentación 143-145
Fernando Ballester Laguna
- En busca de algo de orden: una solución indemnizatoria categórica para el «varón doblemente discriminado». Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 977/2023, de 15 de noviembre 147-156
In search of some order: a categorical compensation solution for the "doubly discriminated male!". Commentary on Supreme Court Ruling 977/2023, 15 November
Margarita Miñarro Yanini

<p>La protección (transitoria) por desempleo en el sistema especial de Seguridad Social para emplead(a)s de hogar. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 4403/2023, de 10 de octubre</p> <p><i>(Transitional) unemployment protection in the special scheme of Social Security for domestic workers. Commentary to the Judgment of the Superior Court of Justice of Galicia 4403/2023, of October 10</i></p> <p>Ignacio González del Rey Rodríguez</p>	157-163
<p>Permiso parental en caso de nacimiento de un hijo sin vida. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 4053/2023, de 22 de septiembre, y a la posterior Sentencia del Tribunal Supremo 753/2023, de 19 de octubre</p> <p><i>Parental leave in the event of the birth of a stillborn child. Commentary on the Ruling of the High Court of Justice of Galicia 4053/2023 of 22 September and the subsequent Ruling of the Supreme Court 753/2023 of 19 October</i></p> <p>María Teresa Velasco Portero</p>	164-173
<p>Atreverse a cuidar sin dejar de trabajar y sin intromisión en la intimidad familiar. ¿Misión imposible? Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias/ Las Palmas de 18 de enero de 2024 (rec. 1134/2023)</p> <p><i>Daring to care without giving up work and without intruding on family privacy: mission impossible? Commentary on the Judgment of the High Court of Justice of the Canary Islands/ Las Palmas of 18 January 2024 (appeal 1134/2023)</i></p> <p>Glòria Poyatos i Matas</p>	174-185
<p>Tras la Sentencia de la Audiencia Nacional 69/2023, de 29 de mayo, el registro retributivo de las empresas debe informar de los datos retributivos de toda la plantilla, expresados mediante valores medios y medianos y, cuando no sea posible de esta forma, mediante valores individualizados</p> <p><i>After the Judgment of Spanish National High Court 69/2023, of May 29, the remuneration register of companies must report the remuneration data of the entire workforce, expressed through average and median values and, when this is not possible, through individualized values</i></p> <p>Santiago García Campá</p>	186-194

Estudios de Recursos Humanos

<p>La fortaleza del sistema de recursos humanos: un estudio empírico sobre su influencia en el compromiso afectivo del personal de la empresa</p> <p><i>Strength of the HR system: an empirical study on its influence on the affective commitment of firm workforce</i></p> <p>Accésit del Premio Estudios Financieros 2023</p> <p>Inmaculada Beltrán Martín</p>	195-224
--	---------

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>

La brecha digital de género: reflexiones en las postrimerías del primer cuarto del siglo XXI

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>

Subdirectora de la Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

1. El mercado de trabajo actual se encuentra sometido a profundos cambios en su composición, funcionamiento y efectividad, asociados precisamente a las innovaciones técnicas que provocan el paso del empleo analógico al trabajo digital, donde la empresa deviene ingrátida e intangible bajo el paraguas de un doble fenómeno: de un lado, tecnologías ya conocidas, pero que resultan mejoradas; y, de otro, tecnologías genuinamente propias del presente en progresión imparable hacia el futuro.

La automatización digital conlleva un modelo de negocio basado en la optimización del rendimiento: hacer y servir todo lo más pronto (antes que nadie), lo más barato (precio más reducido que nadie *–low cost–*) y lo más rápido (con mayor celeridad que nadie).

La robotización, la generalización de internet, la computación cuántica, la fabricación aditiva, el *blockchain*, el M2M, los algoritmos, las redes de gran velocidad, la impresión multidimensional, la analítica de datos, la visión por computador, la virtualización, los *cobots* y, cómo no, la inteligencia artificial están ocasionando mutaciones radicales no solo en el ámbito tecnológico con el fin de optimizar el beneficio empresarial, al permitir producir más en menos tiempo bajo el parámetro de la vinculación de materiales, dispositivos, instalaciones o herramientas al sistema cibercientífico, sino en el plano humano, que queda en algunos casos potenciado, pero en otros muchos eliminado y sustituido por unas máquinas dotadas de capacidad para aprender ante la necesidad de disponer de menos mano de obra.

La permanente necesidad empresarial de responder y adecuar su estructura a estas fluctuaciones del mercado y de la demanda en el sustrato productivo actual, caracterizado, como ya consta, por feroces exigencias de competitividad y rentabilidad empresarial, va a ser determinante para el surgimiento de nuevas amenazas por mor de la digitalización en cuanto a la destrucción de empleos se refiere. Mientras en las revoluciones tecnológicas anteriores se sostenía que las máquinas venían para reemplazar esencialmente la fuerza muscular, en la actualidad las «nuevas» máquinas (robots automatizados o artilugios ingeniosos) pueden llegar a sustituir la capacidad intelectual y las habilidades cognitivas,

solventando en un segundo lo que a varias trabajadoras y trabajadores diligentes les ocuparía mucho tiempo. Baste pensar, en paradigmático ejemplo, en los asistentes de voz que resumen la información solicitada, las traducciones inmediatas de textos en decenas de idiomas, los avances significativos en el transporte sin conductor o los programas de «juri-metría», eso es, de análisis profundo de millones de resoluciones judiciales que permiten conocer las argumentaciones más relevantes y exitosas, así como los criterios de los tribunales.

La innovación tecnológica implica, en unos casos, que la persona trabajadora debe adaptar su prestación de servicios para seguir ocupando su puesto y para seguir realizando sus funciones ante una posible ineptitud sobrevenida, mientras que en otros resulta innecesario el propio puesto ante la completa sustitución por el programa, la máquina o el robot, sin olvidar aquellos en los que se prestan servicios sin contar con los estándares mínimos de calidad en el empleo, máxime cuando la incidencia de los avances técnicos en la actualidad es infinita, no solo por la velocidad en la implantación que hace difícil la adquisición de las destrezas necesarias, sino por su ingente expansión, al afectar no solo al trabajo rutinario y de escasa cualificación sino también al intelectual mediante la aplicación de los algoritmos y del *deep learning*.

Las repercusiones pueden dejarse sentir no exclusivamente entre las personas trabajadoras poco duchos sino también entre aquellas con mayor grado de cualificación y especialización, incidiendo en gran número de sectores al mismo tiempo. Agricultura, industria, construcción y servicios pugnan con la misma fuerza por ganar eficacia y calidad en sus respectivos ámbitos gracias a las numerosas ventajas que puede reportarles la modernización tecnológica aplicada a sus respectivos ámbitos de actividad. Actividades clásicas como distribución, comercialización, logística, cadenas de restauración o *call centers* están transitadas igualmente por la inteligencia artificial. No es difícil imaginar la utilización de *chatbots* a la hora de prestar servicios de atención a la clientela o para realizar funciones de recepcionistas, camareros/as, limpiadoras/es, mecánicos/as, soldadores/as ... o recurrir a técnicas de reconocimiento de imágenes para la eliminación de frutas y verduras en mal estado en una cadena de producción.

2. Es un aserto totalmente verosímil que la introducción de las tecnologías avanzadas en los procesos productivos favorece una segmentación creciente ante la creación de nuevas situaciones de desigualdad y de exclusión de muchas personas que no pueden acceder a una ciudadanía construida sobre el trabajo como pilar fundamental para el asentamiento de la personalidad humana. No todas las personas tienen la posibilidad de invertir en equipos informáticos o de contratar y pagar mensualmente el suministro de internet o, incluso, puede que en la zona en la que viven ni siquiera cuenten con tal opción. Surge, así, una evidente «desigualdad digital» basada en las diferencias existentes entre unos usuarios de aplicaciones y otros en función de sus capacidades para obtener ventajas y beneficios del uso de una tecnología en constante evolución.

La edad, el lugar de residencia, el nivel educativo y de ingresos, el sexo o el género reaparecen como factores altamente relevantes dentro de la mencionada desigualdad digital, de modo que el impacto tecnológico en términos de potencial agravante de las desventajas sociales se traduce en dos realidades convergentes: por un lado, el incremento de las diferencias preexistentes, por cuanto añade nuevas formas de marginación social que distan considerablemente de las tradicionales, y, por otro lado, el ámbito productivo ante un crecimiento de mercados excluyentes y exclusivos. Como fácilmente puede intuirse, la realidad técnico-empresarial perjudica sobremanera a aquellos colectivos que más dificultades presentan en el acceso y mantenimiento del empleo.

En términos generales, es fácil describir un alineamiento entre los colectivos vulnerables o victimizados y los que sufren la brecha de la digitalización. Muy en particular, la pobreza en sus diferentes manifestaciones y, entre otras, el desempleo de larga duración, son asuntos indisociables de la desventaja en el aprovechamiento de las tecnologías, al tiempo que la edad, la discapacidad, el sexo y el género están estrechamente vinculados con la brecha digital y tienen con ella una relación directa. Es más, conjuntamente combinadas, se pueden descubrir fácilmente situaciones de discriminación múltiple e interseccional para las cuales hay que tener en cuenta, además de las circunstancias mencionadas, la raza o etnia o, incluso, la religión y convicciones, con el trasfondo permanente de las diferencias sociales.

Si las nuevas tecnologías no son suficientemente accesibles, alargarán sesgos respecto al ingreso, mantenimiento y/o promoción en el empleo; y si no se garantiza efectivamente la adquisición de competencias digitales para la adaptación a los cambios, representarán un factor de desigualdad y, por ende, de exclusión social y laboral. No hay que desconocer que la tecnología constituye un factor más de preterición que se suma a los vectores clásicos (edad, pobreza, alfabetización, sexo, género...) y que exige la intervención de los poderes públicos en un intento de reequilibrio.

3. Sin poder abordar la preocupante casuística de cada uno de los colectivos marginados, un racional esfuerzo de síntesis aconseja adoptar una perspectiva transversal capaz de aglutinar frecuentes supuestos de interseccionalidad o de discriminación múltiple, cual es el género, pues no hace falta realizar un acopio exhaustivo de materiales para constatar que en un mundo presidido por la segregación, tradicionalmente las mujeres se han visto alejadas de lo tecnológico, pues se ha pensado que los requerimientos técnicos son más acordes con las características propiamente masculinas. Las mujeres, sin lugar a duda, constituyen uno de los sectores más afectados por la discriminación algorítmica, revestida ahora con el disfraz de la objetividad o neutralidad que en apariencia adopta toda fórmula matemática. Puede suceder, por ejemplo, que se retribuyan más las tareas que requieran mayor esfuerzo físico o que se incluya algún criterio que favorezca a los trabajadores varones o –con mayor frecuencia de la deseable– que la decisión automatizada produzca un perjuicio a las personas que disfruten de permisos de conciliación familiar, mayoritariamente solicitados por mujeres.

Todo hace predecir que van a ser pocas las féminas que van a acceder a las nuevas profesiones y actividades cualificadas vinculadas a la robótica y a la tecnificación (mecatrónica, animación 3D, programación de algoritmos, TIC, ciberseguridad, nanotecnología, *data engineer*, arquitectura de sistemas en la nube, experto en infraestructuras informáticas, analistas de datos, desarrolladores de aplicaciones, *data miners*, *data architects*, *software* y aplicaciones, *networking*, simulación de sistemas, seguridad informática, negocios digitales y *e-commerce*...), pues evidentemente el aspecto nuclear vendrá de la mano de adquirir las competencias habilitantes en el nuevo escenario, caracterizado por una paradójica relación con la tecnología en el ámbito educativo. Hoy en día, las cifras en formación y en estudios universitarios no pueden llamar a ningún engaño por el desequilibrio de género: la mujer está clarísimamente infrarrepresentada en la educación tecnológica y las ingenierías, ciencias y arquitectura, precisamente donde se encuentran las mayores posibilidades de empleo. Así lo ponen en evidencia numerosas estadísticas que analizan la distribución porcentual del alumnado por familia profesional, de manera que, en formación profesional, las mujeres representan una mayoría clara en sanidad, servicios sociales, imagen personal, servicios socioculturales y en la comunidad textil, confección y piel. Los hombres, en cambio, acaparan transporte y mantenimiento de vehículos, informática y comunicaciones, mecánica, energía y agua. La presencia de mujeres en los estudios universitarios STEM (ciencia, tecnología, ingeniería y matemáticas) es igualmente minoritaria y, como consecuencia, también lo es (y lo seguirá siendo) en los sectores tecnológicos punteros, sin duda más remunerados y con más posibilidades de ocupación.

Por mor de la pervivencia de estereotipos de género, ellas siguen orientándose hacia estudios tradicionalmente «femeninos» (señaladamente ciencias sociales y jurídicas y ciencias de la salud) y, en muchos casos, especialidades de difícil inserción laboral, descartando aquellos otros con más posibilidades de futuro por ser los más demandados en los nuevos contextos productivos, que requieren avanzados conocimientos tecnológicos.

Los datos ponen de manifiesto también una escasa presencia femenina en el diseño y generación de algoritmos e inteligencia artificial, a saber: más del 80 % del profesorado universitario especializado en esta materia está integrado por hombres, solo un 13,8 % de féminas figuran como autoras de artículos científicos y únicamente un 18 % de las personas al frente de proyectos de investigación son mujeres. Lo mismo puede decirse en relación con la ciberseguridad, ámbito funcional donde es muy superior la presencia masculina, que alcanza a nivel europeo el 93 %.

Las mujeres con título de doctorado van abandonando la investigación por diversas causas, como los problemas para conciliar la vida personal y, sobre todo, familiar, con una carrera en investigación que cuenta con dificultades propias como la competitividad, la inestabilidad, la movilidad o las altas exigencias de dedicación, que precarizan y dificultan la entrada y permanencia de las mujeres en el ámbito investigador. Otros motivos que las llevan a desistir son las barreras visibles e invisibles, los sesgos de género y el sexismo que sufren en algunos entornos laborales (tal y como señala el «[Estudio sobre la situación de](#)

[las jóvenes investigadoras en España](#)», 2021, del Observatorio de Mujeres, Ciencia e Innovación del Ministerio de Ciencia e Innovación) ([Preámbulo RD 669/2023](#)).

Esta desalentadora realidad se traslada también al trabajo autónomo, pues las emprendedoras tecnológicas representan igualmente un porcentaje muy inferior al de los hombres. Según el informe «[Mujer & Tecnología](#)», elaborado por UGT en agosto de 2022, el volumen de mujeres en el conjunto de las especialidades técnicas no llega ni al 20 % (parámetro semejante a 2013), solo 1 de cada 3 firmas españolas tiene una tecnóloga en plantilla y el 68 % de las empresas no cuentan con la presencia de mujeres profesionalizadas en el sector de las TIC.

4. Al margen de la falta de consenso sobre las cifras exactas, no cabe duda de que la brecha digital-tecnológica conlleva una acusada destrucción de empleos susceptibles de automatización ocupados mayoritariamente por mujeres. Es más, no es que únicamente se incremente la demanda de personas trabajadoras especializadas en las tecnologías de la información y el conocimiento, sino que la cada vez mayor implantación de la tecnificación tiene un efecto transversal en la práctica totalidad de las ocupaciones, de modo que en la actualidad cualquier trabajo requiriere destrezas o habilidades complementarias en tales instrumentos, lo cual se convierte en un verdadero *gap* para el empleo femenino, máxime si se trata de mujeres que residen en el medio rural o que viven en situación de pobreza. La [Encuesta de Condiciones de Vida desarrollada por el Instituto Nacional de Estadística](#) (INE) determina que, en 2022, la tasa AROPE –*at risk of poverty and/or exclusion*– es 2 puntos superior en mujeres, situándose en un 27,2 % frente al 24,8 % en los hombres. El 8,2 % de las mujeres sufren carencia material severa frente a un 7,2 % de los hombres, esto es, no disponen de ciertos elementos en el hogar o la vida cotidiana (la posibilidad de irse de vacaciones, comer proteínas al menos 2 días por semana, tener una temperatura adecuada en casa, afrontar gastos imprevistos, etc.) o a nivel personal (sustituir ropa estropeada, disfrutar de momentos de ocio, tener conexión a internet, etc.).

En un contexto laboral altamente tecnificado, el temor a quedarse sin empleo o ver reducidos los ingresos genera elevadas dosis de incertidumbre para las mujeres; en otros muchos casos no se contrata ni siquiera a trabajadores sino a nuevos prestadores de servicios a un módico precio, lo que supone una búsqueda permanente de tareas, la necesidad de compatibilizar diferentes trabajos y la asunción directa de los costes de ejecución de la actividad e incluso de las condiciones de seguridad y salud laboral; igualmente, se extienden los «minijobs» y su peculiar forma de retribución, que evitan el desempleo completo pero proporcionan escasos ingresos pecuniarios.

5. Con el objetivo de permitir un uso selectivo de la fuerza de trabajo, más ajustado a las necesidades productivas en un entorno digitalizado, se ha recurrido frecuentemente a la jornada a tiempo parcial, que ha adquirido un crecimiento notable, irrumpiendo en los últimos

años como una de las alternativas a las diferentes formas de ocupación de la clase trabajadora que, en tiempos de crisis, viene impulsada por la legislación laboral para el reparto del trabajo o para el fomento del empleo de los colectivos más perjudicados por la desocupación. Ahora bien, en este esquema subyacen, empero, concepciones precarizadoras y androgénicas que merecen una reflexión más detenida, no en vano, si se observan los datos del INE, el 70% de los contratos a tiempo parcial se celebran con mujeres.

Sin lugar a dudas, resulta muy marcado el desequilibrio en el recurso al empleo a tiempo parcial falsamente voluntario por parte de las mujeres (31,5 % frente al 8,2 % de los varones en la Unión Europea), lo cual encierra en sí mismo una auténtica discriminación que responde a un estereotipo sexista, germen de unas considerables dificultades para el desarrollo y progreso de la carrera profesional de las féminas, de una lamentable brecha salarial que condena a las mujeres a la pobreza e, inclusive, de una más reducida (casi en un 34 %) protección social (singularmente, respecto del desempleo y la jubilación). Se trata del ámbito más característico de la discriminación indirecta por razón de sexo.

La regulación vigente del contrato a tiempo parcial se ha dirigido, de un lado, a facilitar una entrada precaria en el mercado de trabajo, esto es, como vía muchas veces frustrada de transición hacia el trabajo a tiempo completo, y, de otro, a incrementar la flexibilidad empresarial en la organización y distribución del tiempo de trabajo, sin tener en consideración sus responsabilidades familiares, de atención imposible ante la incertidumbre sobre el tiempo de la prestación de la actividad, a la que se suman las facultades empresariales de distribución irregular de la jornada. Solo en una ocasión la regulación legal de esta modalidad contractual da entrada expresa a la atención de las responsabilidades familiares de las personas trabajadoras, enunciadas en el [artículo 37.6 del Estatuto de los Trabajadores \(ET\)](#), para considerarlas causa justificativa de la renuncia por la persona trabajadora al pacto de horas complementarias, una vez cumplido 1 año desde su celebración ([art. 12. 5 e\) 1.ª ET](#)). A este pacto de horas complementarias se adicionan las horas complementarias voluntarias, que constituyen el medio de incremento del tiempo de trabajo inicial en esta modalidad contractual y de acomodación continua a las necesidades empresariales, lo que corrobora la idea de partida: el contrato a tiempo parcial incide en la segregación laboral de las mujeres y en la falta de proyección profesional.

En efecto, la posibilidad de realizar horas complementarias, con el añadido de que la parcialidad está en función de que se realice un número de horas inferior al que con carácter general lleva a cabo una persona trabajadora ordinaria, provoca que una persona contratada bajo la modalidad aquí analizada pueda llegar a tener una jornada prácticamente igual que la de una persona trabajadora con jornada completa sin concreción *ex ante*. Sumadas las que puede directamente comprometer la persona trabajadora mediante pacto (hasta un 30 %, que puede ampliarse por convenio colectivo hasta un 60 %), con las que puede ofrecer la empresa y aceptar la persona trabajadora (del 15 %, ampliable hasta un 30 % por norma paccionada), llegamos a un resultado en el que la jornada de trabajo de la persona que haya sido reclutada a tiempo parcial puede ser estirada o encogida al albur de las

necesidades empresariales (y teóricamente aceptada por la persona trabajadora, aun cuando, ya se sabe, en el ámbito laboral la decisión de la persona asalariada no debería presuponerse acriticamente), con unos márgenes amplísimos que rayan lo delirante, pues en el supuesto extremo (en el que los negociadores del convenio hubieran atendido en este punto las demandas preponderantes del banco patronal) llevarían a permitir que prácticamente se doblara el espacio inicialmente pactado. Es más, la regla general de que la persona trabajadora tenga conocimiento del día y hora de realización de las horas complementarias pactadas al menos con 3 días de antelación ([art. 12.5 d\) ET](#)), plazo limitado sin lugar a dudas, podría acortarse sustancialmente cuando así lo prevea el convenio colectivo aplicable, de sector o de empresa, y lo que todavía es peor, tratándose de horas complementarias «de libre aceptación», pueden ser ofrecidas por el empresario «en cualquier momento» con dos únicos vetos: «que se trate de un contrato a tiempo parcial de duración indefinida con una jornada de trabajo no inferior a 10 horas semanales en cómputo anual» ([art. 12.5 g\) ET](#)).

Tal regulación recuerda los denostados trabajos «a llamada», capaces de exigir una disponibilidad constante no compensada económicamente, máxime cuando las horas complementarias se retribuirán como las ordinarias sin penalización adicional y solo cuando se hayan prestado efectivamente los servicios requeridos. Otra cosa es que el [Real Decreto-Ley 2/2023](#) haya reformado el [artículo 247 de la Ley General de la Seguridad Social](#) para que se tengan en cuenta como si fueran a tiempo completo los periodos de trabajo a tiempo parcial a efectos de acreditar los periodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal y nacimiento y cuidado de menor. Por tanto, se tienen en cuenta los periodos cotizados cualquiera que sea la duración de la jornada realizada en cada uno de ellos.

Todo ello sin olvidar la hipótesis (harto frecuente) de que la persona empresaria no esté acatando plenamente el ordenamiento laboral, pues no cabe silenciar que la experiencia práctica enseña que el contrato a tiempo parcial resulta ser, además, una situación que, en no pocas ocasiones, es utilizada por algunas empresas directamente para cometer fraude. Así, sectores como el turismo y la hostelería o el empleo en el hogar familiar aparecen poblados por un alto porcentaje de personas trabajadoras a tiempo parcial donde la sospecha permite suponer que las horas realizadas son mayores que las declaradas, aun cuando el silencio lleva a una situación de fraude evidente.

En fin, teniendo en cuenta todas estas circunstancias no puede sino valorarse de forma positiva que el [Real Decreto-Ley 1/2023](#) penalice especialmente la contratación a tiempo parcial. Por una parte, [se ha derogado el incremento previsto en el artículo 2.7 de la Ley 43/2006](#), en virtud del cual el importe de la bonificación correspondiente a los contratos a tiempo parcial se modificaba en función de la jornada realizada, pero incrementada en 30 puntos porcentuales. Por otra, salvo excepciones, únicamente se bonifican los contratos a tiempo parcial con una jornada superior o igual al 50 % de la jornada a tiempo completo. Ahora bien –pese a estos avances–, es pertinente llevar a cabo una reforma sustancial de esta modalidad contractual en clave de género.

De interés resulta también la inclusión en la negociación colectiva o en los planes de igualdad de cláusulas que reconozcan en los casos de aumento de la plantilla, vacantes o necesidad de contratación a tiempo completo, la preferencia de las trabajadoras de la empresa con contrato a tiempo parcial.

6. Junto a la señalada demarcación sexual de las actividades, quedando las mujeres relegadas de los avances científicos y a una mayor presencia femenina en las ocupaciones a tiempo parcial, tampoco cabe olvidar que las nuevas tecnologías pueden provocar discriminaciones derivadas, bien del propio entrenamiento del algoritmo que se alimenta de la observación de la realidad donde los colectivos desfavorecidos ocupan un lugar minoritario que no es atendido en la programación, o bien de las correlaciones con otras variables para predecir comportamientos. Un ejemplo puede resultar ilustrativo. La utilización de algoritmos para la organización de horarios (*just in time*) resulta muy eficiente desde el punto de vista empresarial por cuanto permite disponer del número exacto de personas necesarias en cada momento y, por tanto, ahorrar costes y tiempos de improductividad o inactividad. Sin embargo, afecta negativamente al colectivo de mujeres que asume significativamente mayores responsabilidades de cuidado de personas menores o dependientes con serias dificultades para asumir horarios intempestivos o sorpresivos. Igualmente, las decisiones sobre asignación de pedidos o franjas horarias que utilizan las plataformas, en virtud de las cuales aquellas personas con más horas de conexión, mayor disponibilidad durante espacios de alta demanda o más servicios aceptados son beneficiadas con más o mejores encargos, perjudican igualmente a las mujeres.

7. Sin caer en una contraproducente postura negacionista al progreso, es menester parar mientes en un problema añadido que la tecnología presenta para las mujeres. Si preocupante resulta el panorama de mujeres poco cualificadas o descualificadas en España, las estadísticas muestran que también lo es –desde el plano numérico– la sobrecualificación; no en vano, según los datos del INE en el cuarto trimestre de 2018, el nivel educativo de la población activa femenina más joven –hasta los 30 años– es claramente superior a la de los varones –el 54,7 % de ellas ha finalizado estudios superiores frente a un 33,7 % en el caso de los hombres–.

Estas mujeres, pese a sus cualidades subjetivas, ocupan los puestos más bajos en los escalafones de las empresas, quedando sumidas en un estado de frustración constante. Por tanto, más educación tampoco es suficiente para lograr mayor equidad, máxime cuando el ordenamiento jurídico apenas ofrece mayor respuesta que la derivada de una incorrecta clasificación originaria, otorgando acción declarativa a quien realiza funciones de nivel superior a las acordadas en contrato (salvo pacto de polivalencia funcional ex [art. 22.4 ET](#)) o reconocimiento de la posibilidad de instar un ascenso por formación y méritos cuando corresponda según lo previsto en convenio ([art. 24.1 ET](#)) u obre la vacante formal puesta de

manifiesto por la realización de trabajos de grupo profesional superior durante un espacio significativo de tiempo ([art. 39.2 ET](#)).

Un ilustrativo ejemplo puede encontrarse en la [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 16 de noviembre de 2022 \(rec. 762/2022\)](#), que reconoce la discriminación salarial sufrida por una mujer, ingeniera de caminos, canales y puertos, con titulación de técnico titulado superior, que percibe menos ingresos que un compañero varón con titulación de técnico de grado medio, quien además recibe una gratificación extraordinaria.

Es necesario, por tanto, instaurar vías adecuadas no solo para la tutela reparadora de tales situaciones sino para erradicar las discriminaciones en el encuadramiento profesional de las mujeres.

8. Particular atención merece la posibilidad que tanto la [Directiva 2019/1158](#) como el [artículo 34.8 del ET](#) brindan de trabajar en remoto como mecanismo para fomentar la conciliación de la vida familiar y laboral, atendiendo a un doble cúmulo de motivos: por un lado, ahorro de tiempo en los desplazamientos y cercanía con las personas objeto de cuidado manteniendo el salario; y, por otro, mayor autonomía a la hora de decidir cómo y cuándo prestar las funciones profesionales encomendadas por la organización productiva, facilitada por la utilización de medios digitales que, en principio, podrían aligerar de manera prácticamente automática e inevitable la prestación presencial de servicios. Con todo, siendo estas premisas ciertas, tampoco pueden olvidarse algunos peligros inherentes al teletrabajo.

De un lado, la deslocalización espacial conlleva la eliminación de las fronteras entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso, pues la persona trabajadora se ve obligada directa o indirectamente a permanecer en alerta constante (*always on*) ante una intensificación de los requerimientos productivos. Las turbulencias del nuevo entorno empresarial y de las circunstancias de la competitividad van a ser atendidas a través de un concepto polisémico, cual es el de «disponibilidad», que designa tanto la situación de «utilizable» dentro de la jornada como la posibilidad de ser llamado fuera de tal parámetro. En las nuevas empresas digitales, los puestos de trabajo se antojan movibles, abiertos, multifuncionales, marcados por objetivos y «des-espacializados», máxime cuando la conexión no tiene lugar únicamente entre personas trabajadoras y empresarias, sino también con clientela y proveedores, dando lugar a nuevos modelos de negocio que permiten ofrecer productos y servicios de forma rápida y constante (*on demand*) a través de plataformas colaborativas creadoras de un mercado abierto para el uso temporal de mercancías a precios más bajos, poniendo en cuestión notas tradicionales del contrato de trabajo, tal y como sucede con la dependencia.

Este nuevo tipo de persona trabajadora, deslocalizada física y geográficamente y sujeta a cometidos fraccionados y microrremunerados, encuentra difícil encaje legal y, por ende, su denominador común es la ausencia de una adecuada protección en cuanto a los

derechos laborales se refiere, deviniendo imposible el disfrute de la mayor parte de ellos, tal y como ocurre con el de desconexión recogido de una manera muy tímida en el [artículo 88 de la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre](#), de protección de datos personales y garantías digitales, como cauce «para garantizar fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar», remitiendo a la negociación colectiva o, en su defecto, al acuerdo entre la empresa y los representantes de las personas trabajadoras, «las modalidades de ejercicio de este derecho». Sin duda, el incumplimiento empresarial de este derecho tendrá una fuerte proyección de género, pues provocará daños superiores en la salud y la promoción profesional de las mujeres en una medida muy superior a la de los varones.

De otro, cuando la persona trabajadora utiliza intensivamente equipos infotelemáticos, todas sus acciones quedan registradas con extraordinaria precisión, de tal suerte que va a quedar plenamente sometida al poder directivo empresarial y a las órdenes e instrucciones que la persona empleadora pueda emitir, así como a sus prerrogativas de supervisión y disciplinarias, requiriendo un fuerte ritmo de trabajo y una trazabilidad completa de su actividad ante la amenaza del desempleo. Desde la dirección de la empresa se pueden instrumentar sofisticadas medidas de control, bien directo y en tiempo real, bien diferido, mediante la utilización de sistemas *in accounting* o técnicas de inteligencia artificial altamente invasivas que permiten obtener fácilmente una visión muy cercana de los usos de los dispositivos (profesional o personal) y de los patrones de comportamiento del titular, pudiendo conocer fácilmente preferencias de todo tipo (su orientación sexual, identidad sexual, aficiones, gustos, hábitos y pensamiento político o sindical). Se pueden registrar con facilidad y a escaso coste informaciones procedentes de las propias herramientas informáticas: desde el pulsado del teclado y los movimientos del ratón efectuados en todo momento hasta capturas de pantalla realizadas al azar o a intervalos, pasando por el seguimiento de las aplicaciones utilizadas y tiempo de empleo de las mismas, por las veces que se ha marcado el teléfono e incluso por el rastreo de datos conseguidos mediante cualesquiera otros instrumentos, como cámaras de visualización o GPS, sin olvidar, a la postre, la frecuente utilización de los sistemas de puntuación basados en algoritmos o en evaluaciones externas de clientela o personas usuarias sin ningún rigor bajo una desmedida «soberanía del consumidor». Al tiempo, no son difíciles de utilizar *wearables* u otro tipo de artilugios de monitorización en gafas, relojes, pulseras o brazaletes amparados en su legalidad en abstracto bajo el amplio trazo del principio de proporcionalidad.

Es más, a estos riesgos generales inherentes a cualquier sistema de teletrabajo, cabe añadir otros específicos particularmente incisivos para las mujeres cuando se desempeña con vocación conciliadora, pues habida cuenta la flexibilidad, en particular horaria, la atención prioritaria en las horas centrales de la jornada a las tareas de cuidado, relegando el desarrollo de actividades laborales al tiempo restante, en ocasiones en tramos temporales sumamente incómodos o en los que el cansancio resulta más acusado (nocturno), en exceso fraccionados (alternando tareas profesionales y domésticas) o simultáneos, conlleva

consecuencias negativas en un doble plano: por una parte, desde la perspectiva laboral, es previsible un escaso rendimiento; y, por otra, desde el punto de vista personal, la sensación de insatisfacción será máxima, quedando resentida su salud física y psíquica. Tiene lugar, así, a través del teletrabajo una fuerte atadura al rol social de cuidadora, derivada de «un retorno de la mujer al hogar» y una intensa quiebra en la protección de la seguridad y salud. La teórica ventaja del teletrabajo como fórmula de conciliación se ve ensombrecida por la pervivencia de roles sexuales que vinculan a las mujeres, en mayor medida que a los hombres, con las tareas domésticas y de cuidado, lo cual puede traducirse en una asimilación de esta modalidad laboral al desarrollo de cometidos de menor responsabilidad y que requieren una menor vinculación con la empresa, lo que redundaría en un menor rendimiento y en una disminución genérica de la cualificación del propio teletrabajo y una limitación en la proyección profesional de las mujeres.

Estos lados oscuros han motivado que la [Ley 10/2021](#) intente evitar que el teletrabajo contribuya a perpetuar los roles de género. De ahí que el [artículo 4.3](#) reconozca el derecho de las personas teletrabajadoras a ser tomadas en consideración para elaborar los planes de igualdad de las empresas y que el [artículo 4.5](#) prevea expresamente que estas personas trabajadoras *online* tengan

[...] los mismos derechos que las personas trabajadoras presenciales en materia de conciliación y corresponsabilidad, incluyendo el derecho de adaptación a la jornada establecido en el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores, a fin de que no interfiera el trabajo con la vida personal y familiar.

Dicho de otro modo, el citado [artículo 34.8 del ET](#) permite que cualquier persona trabajadora –incluida la teletrabajadora– solicite la adaptación de la duración y distribución de la jornada, a la par que permite que cualquier persona trabajadora pueda pedir cambiar la modalidad de trabajo de presencial a remoto por motivos de conciliación. No obstante, este doble juego de posibilidades debería haberse acompañado de medidas que impulsen a los varones a acogerse a esta modalidad de trabajo telemático a distancia.

Con todo, procede distinguir el régimen jurídico aplicable a quienes han solicitado trabajar *online* por motivos de conciliación en virtud del [artículo 34.8 del ET](#), en cuyo caso la empresa solo podrá oponerse o proponer medidas alternativas cuando no concurra realmente una necesidad de conciliar, la petición no sea razonable o resulte desproporcionada desde el punto de vista de las necesidades organizativas o productivas de la corporación, frente al teletrabajo ordinario fruto de un acuerdo bilateral bajo las coordenadas de la [Ley 10/2021](#), en las que la empresa ha de encargarse de dotar a la persona trabajadora de «medios, equipos, herramientas y consumibles, a la vez que remite a la negociación colectiva para acordar la posible compensación de gastos en que haya podido incurrir la persona trabajadora».

9. Teniendo en cuenta todas estas dificultades, en las que como punta del iceberg se pone de manifiesto que las féminas siguen rezagadas en el acceso a la tecnología y carecen en mayor medida que los hombres de las competencias pertinentes, es necesario adoptar una política seria de atracción del talento femenino a los empleos tecnológicos, no solo porque ello ayudaría a conseguir una empleabilidad más equitativa, sino porque actuaría como ariete para corregir la minusvaloración salarial que acompaña a las mujeres y a romper el techo de cristal. Pieza clave para conseguir estos objetivos es una formación profesional capaz de proporcionar estas nuevas capacidades y habilidades digitales a las mujeres, teniendo en cuenta la celeridad de los cambios tecnológicos, que exige una recualificación constante en aras de evitar la obsolescencia. Con mayor amplitud de miras, dicha línea de actuación no solo ha de centrarse en las trabajadoras ya ocupadas, sino que debe convertirse en una herramienta clave dentro de los programas de fomento del empleo de los colectivos más vulnerables, como sucede *in casu* con las féminas. En estas ideas insiste la [Estrategia España Digital 2025](#), uno de cuyos ejes principales es reforzar las competencias digitales en la línea marcada, a su vez, por el [Plan de Acción de Educación Digital de la Comisión Europea](#).

Es necesario afrontar, sin perder de vista la perspectiva de género, la escasez de cualificaciones (*skill shortages*), el desajuste de competencias (*skill mismatches*), la brecha de cualificación (*skill gaps*) y la falta de aprendizaje permanente (*lack of lifelong learning*). El sistema de formación en clave de género debería estar en condiciones de propiciar un amplio abanico de programas dirigidos a mantener en la frontera del conocimiento a aquellas personas trabajadoras de alta cualificación empleadas en sectores muy punteros; permitir un cierto grado de capacitación a aquellas otras que, mostrando una intensidad tecnológica elevada, sin embargo no se encuentran en la cúspide, lo que no quiere decir que no requieran una cierta actualización formativa constante; garantizar también habilitación para sectores o actividades con penetración tecnológica media o baja, y, por último, no olvidar la recualificación y el reciclaje, dirigidos a aquellas personas trabajadoras en sectores o actividades en desaparición o reconversión, ni tampoco dejar de implementar acciones específicas para aquellas personas con mayores dificultades, como sucede con las mujeres.

Por su parte, la [Ley 14/2011, de 1 de junio](#), de la ciencia, la tecnología y la innovación, tras su modificación operada por la [Ley 17/2022, de 5 de septiembre](#), prevé en su [artículo 33](#) un conjunto de medidas para asegurar entornos de investigación e innovación igualitarios, inclusivos, diversos y seguros, entre los que se encuentra la creación de un distintivo de igualdad de género en I+D+i para centros de investigación, universidades y centros de innovación que acrediten alcanzar criterios de excelencia en igualdad de género en investigación, innovación y transferencia de conocimiento e integración de la dimensión de género en los proyectos de I+D+i. Junto a ello, la [Ley orgánica 2/2023, de 22 de marzo](#), del sistema universitario, contempla en su [artículo 13.2](#) la incentivación por parte del sistema universitario de proyectos científicos con perspectiva de género, la paridad de género en los equipos de investigación y los mecanismos que faciliten la promoción de un mayor número de mujeres investigadoras principales.

Para la concesión del distintivo, se valorará el trabajo realizado por las entidades solicitantes para reforzar estructuras y políticas específicas en aplicación del principio de igualdad de género y la perspectiva de género con enfoque interseccional en su ámbito de actuación en I+D+i, entendiendo la interseccionalidad como una «herramienta analítica para estudiar, entender y responder a las maneras en que el sexo y el género se cruzan con otras características o identidades y cómo estas intersecciones contribuyen a experiencias complejas y únicas de discriminación», según la definición que facilita el Instituto Europeo de la Igualdad de Género. También se valorarán las medidas implantadas para lograr una participación equilibrada entre mujeres y hombres a todos los niveles y en todos los ámbitos, incluida la toma de decisiones, así como las iniciativas para alcanzar el cambio en la cultura organizativa favorable a la igualdad de género y otras medidas que busquen incorporar la dimensión de género en el contenido de los proyectos de I+D+i. Es también fundamental que estas entidades puedan demostrar que las políticas de igualdad de género forman ya parte de una estrategia más amplia y están integradas en el conjunto del ecosistema de I+D+i, docencia y transferencia de la entidad (RD 669/2023).

Al tiempo, resulta de interés el establecimiento en la negociación colectiva o en los planes de igualdad de cuotas de reserva en acciones formativas a favor del sexo con menor representación en el ámbito al que vayan dirigidas dichas actividades.

Es necesario, a la postre, tomar en consideración lo previsto la [Carta española de Derechos Digitales de 2021](#), que reconoce en su parte 2 «el derecho a la igualdad y la no discriminación en el entorno digital», priorizando la igualdad entre mujeres y hombres y apostando por el fomento de medidas específicas para garantizar la ausencia de sesgos de género tanto en datos como en algoritmos empleados en los procesos de transformación digital (art. 8).

10. Afrontar con medidas específicas la discriminación tecnológica soportada por las mujeres como muestra señera de su situación de pobreza laboral, impulsar la mejora y reconocimiento de su talento, así como apreciar su incuestionable aportación económica y social, permitirán avanzar en igualdad, desarrollo e inclusión. La ruptura de estereotipos vinculados al género en el trabajo digital facilitará el tránsito hacia la emancipación, autonomía y dignidad de las mujeres.

Cómo citar: Rodríguez Escanciano, S. (2024). La brecha digital de género: reflexiones en las postrimerías del primer cuarto del siglo XXI. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 479, 7-19. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.21415>

La nota de trabajo personal en la relación laboral y sus excepciones

Alejandra Selma Penalva

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Murcia (España)

aselma@um.es | <https://orcid.org/0000-0003-2116-0057>

Extracto

En un mundo sometido a constantes cambios productivos y sociales, los perfiles del contrato de trabajo también se van adaptando con el paso del tiempo. Aunque tradicionalmente eran las notas de ajenidad y dependencia las que solían utilizarse para diferenciar el contrato de trabajo de otras relaciones productivas que, en cierta medida, pudieran resultar afines, en los últimos tiempos parece que también la existencia o no de la nota de trabajo personal puede convertirse en un elemento controvertido. Dependiendo de si está o no presente en una relación jurídica, puede cambiar de forma radical la calificación que finalmente se atribuya a la relación jurídica. Ahora bien, proclamar sin reservas que existe o que falta la nota de trabajo personal no es un tema tan sencillo como a primera vista pudiera parecer. A lo largo de este trabajo se plantean los principales problemas prácticos que se están produciendo al respecto y las soluciones que por el momento ofrecen nuestros jueces y tribunales.

Palabras clave: zonas grises; sustitución del trabajador; auxiliar asociado; *vis extensiva* del derecho del trabajo; trabajo amistoso; notas de laboralidad; simulación.

Recibido: 15-11-2023 / Revisado: 02-02-2024/ Aceptado: 02-02-2024 / Publicado: 01-03-2024

Cómo citar: Selma Penalva, A. (2024). La nota de trabajo personal en la relación laboral y sus excepciones. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 479, 21-45. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.20135>



The personal work note in the employment relationship and its exceptions

Alejandra Selma Penalva

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Murcia (España)*

aselma@um.es | <https://orcid.org/0000-0003-2116-0057>

Abstract

In a world subjected to constant productive and social changes, the profiles of the employment contract are also adapting over time. Although traditionally it was the notes of employment and dependency that used to be used to differentiate the employment contract from other productive relationships that, to a certain extent, could be related, in recent times it also seems that the existence or not of the personal work note It can become a controversial item. And it is that, depending on whether or not it is present in a legal relationship, the qualification that is finally attributed to the legal relationship can radically change. Now, proclaiming without reservations that the personal work note exists or is missing is not as simple a matter as it might seem at first glance. Throughout this work, the main practical problems that are occurring in this regard and the solutions currently offered by our judges and courts are raised.

Keywords: gray areas; worker substitution; associated assistance; vis extensive of labor law; friendly work; work notes; simulation.

Received: 15-11-2023 / Revised: 02-02-2024/ Accepted: 02-02-2024 / Published: 01-03-2024

Citation: Selma Penalva, A. (2024). The personal work note in the employment relationship and its exceptions. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 479, 21-45. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.20135>



Sumario

1. Aproximación inicial
 2. Sustitución admitida en la esfera laboral
 3. Cuestiones para el debate
 - 3.1. La habitualidad o excepcionalidad de la sustitución
 - 3.2. ¿Reconocimiento del carácter civil del vínculo, fraude de ley o resurgimiento de la figura del auxiliar asociado?
 - 3.3. Sustitución: ¿desconocimiento o tolerancia tácita por el empresario?
 4. Conclusiones: interpretación extensiva y perspectiva de género subyacente
- Referencias bibliográficas

Nota: el presente trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación PID2020-117554RB-100, sobre «Retos de la garantía jurisdiccional de los derechos laborales de las personas trabajadoras en un contexto socioeconómico cambiante», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, incluido en la Convocatoria 2020 del Programa Estatal de I+D+i orientada a los retos de la sociedad, del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2017-2020. Proyecto PID2020-117554RB-100, financiado por el MCIN/AEI/10.13039/501100011033.

1. Aproximación inicial

La nota de «trabajo personal» debe concurrir en todo contrato de trabajo de forma imprescindible. De hecho, a pesar de que el texto del artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores –ET- (y también del art. 8.1 ET) solo la enumera de forma implícita entre las notas constitutivas de la relación laboral, doctrinal y jurisprudencialmente, se le concede exactamente la misma importancia que a las restantes y se la considera uno de los cinco presupuestos esenciales que configuran toda relación laboral. Tanto es así que en la práctica se convierte en un rasgo esencial para diferenciar la prestación de servicios objeto del contrato de trabajo de otro tipo de relaciones jurídicas en las que es perfectamente admisible la sustitución del prestador de servicios (entre otros, los contratos civiles de arrendamiento de obra o servicios, etc.).

Ahora bien, se trata este de un rasgo curioso, puesto que, aunque sea imprescindible en los vínculos laborales, nada impide que, por voluntad expresa de los contratantes, se introduzca también en relaciones jurídicas de naturaleza civil. Son múltiples los ejemplos de colaboraciones jurídicas por cuenta propia en las que es la especial relación de confianza, reputación y credibilidad que se mantiene con el cliente la que convierte al prestador del servicio en insustituible.

De la misma forma, también es habitual encontrar supuestos de sustitución lícita, perfectamente admisibles en la esfera laboral (Barreiro González y Alonso Olea, 1986; Fernández Collados, 2011; Roldán Martínez, 2000), que no ponen en modo alguno en entredicho la naturaleza de la relación jurídica (contrato de interinidad, *ius variandi* empresarial, movilidad funcional, contrato de relevo, etc.) ni del trabajador sustituto ni del sustituido. O, incluso, fenómenos ilícitos generadores de múltiples problemas jurídicos, pero en los que tampoco se duda del carácter laboral de todos los sujetos implicados –como ha ocurrido, por ejemplo, con la cesión ilegal de trabajadores o con las diversas formas de esquirolaje (Perciballi de Luca, 2015; Pinto Martins, 2015; Toselli, 2015) que, en los últimos años, han empezado a revestir nuevas facetas que también se ha hecho necesario abordar (Valle Muñoz, 2018; Esteve Segarra y Todolí Signes, 2021; Aguilera Izquierdo, 2021)–. Ahora bien, en ocasiones concretas, es la sustitución del prestador del servicio la que plantea dudas muy serias en el ámbito laboral, principalmente porque, dependiendo de la postura que se adopte al respecto, serán más o menos amplios los contornos de la laboralidad en el siglo XXI y en consecuencia también, más o menos extenso, el ámbito de aplicación del derecho laboral. Huelga decir que, como la realidad es tan variada y cambiante, no existe una respuesta uniforme que pueda ofrecerse con carácter general a toda situación de sustitución habitual o excepcional del prestador del servicio, sino que se requiere siempre un proceso cuidadoso

de valoración de la situación que permita delimitar las fronteras que distinguen el contrato de trabajo de otras relaciones jurídicas de naturaleza civil o mercantil con las que este, llegado el momento, pudiera guardar un parecido mucho más estrecho de lo que sería deseable.

Dentro de este contexto general, no queda ya la menor duda de que la tendencia jurisprudencial actual es la de intentar ampliar la esfera subjetiva de protección de las normas laborales, utilizando para ello una generosa interpretación del alcance literal de sus términos.

Esta fuerza extensiva de las normas laborales se materializa de la siguiente manera: se sigue exigiendo para poder apreciar la laboralidad de una relación controvertida la concurrencia simultánea de los cinco elementos clásicos. Ahora bien, para constatar la existencia de cada uno de ellos, basta con que presenten un perfil mucho más sutil.

A pesar de que la dependencia laboral ha sido la característica que ha sufrido una mayor evolución (Monereo Pérez, 1999; Ojeda Avilés, 2007; Gárate Castro, 2016; Escudero Alonso, 2018a y 2018b; Gil Otero, 2020; Tascón López, 2020), no ha sido la única. Otras prestaciones de servicios pueden quedar dentro de la esfera laboral si se amplían otros presupuestos configuradores, aunque no todas las notas son susceptibles de la misma flexibilización. Dentro de esta línea interpretativa, también la estricta insustituibilidad que caracterizaba a la prestación tradicional de servicios dependientes empieza a flexibilizarse. Se intenta con ello potenciar el reconocimiento de una relación laboral en aquellos supuestos en los que se hubiera estado realizando una prestación dependiente (sometida a ordenes o instrucciones por parte del empleador o empresario), pero en los que no se ha respetado la no fungibilidad que, en principio, diferencia al arrendamiento civil del laboral de servicios¹.

Se constata, comparando sentencias antiguas con recientes, la flexibilización jurisprudencial de la «personalidad» del trabajo como rasgo esencial del contrato de trabajo. Esta atenuación de sus contornos permite que entren en la esfera de protección del ordenamiento laboral otros supuestos que hace unos años estarían tajantemente excluidos². Se amplía así el campo subjetivo de las normas laborales y, para ello, también el perfil de trabajador dependiente.

¹ Por este motivo, al faltar la nota de la personalidad, se declara «arrendamiento civil de servicios» la relación iniciada entre una empresa dedicada al sector de la construcción y el sujeto dedicado a la «actividad económica de colocación de piedra en edificios»; en este caso, el tribunal reconoce que la posibilidad de sustitución confiere al sujeto que presta el servicio carácter de «auténtico empresario», puesto que tiene «suficiente organización y autonomía empresarial» para justificar que la relación que lo unía con la empresa «era una relación distinta a la típica contraprestación trabajo-salario propia del contrato de trabajo» (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia –STSJ– de Cataluña 1493/2003, de 4 de marzo).

² La evolución interpretativa toma cuerpo a lo largo de la década de los años 90. Sirva como ejemplo el claro contraste que existe entre el fallo de la STSJ de Madrid de 10 de diciembre de 1990 (AS 1990/3739M) y la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 25 de enero de 2000 (rec. 582/1999) al resolver casos entre los que se puede apreciar una identidad sustancial.

La sustitución (habitual y también excepcional) ha servido tradicionalmente para configurar un arrendamiento civil, de obra o de servicios, precisamente porque el rasgo de la «sustituibilidad» del prestador del servicio es una característica natural del sujeto que concierne una relación de naturaleza civil; dado que la obligación del contratante civil se limita exclusivamente a «prestar el servicio» y no a prestarlo «personalmente». En sentido contrario, se exigía una infungibilidad estricta del prestador del servicio para poder constar una relación laboral. La regla tradicional partía de considerar el hecho mismo de la sustitución como un indicio de autonomía en la ejecución del servicio. Y es que, si una característica esencial de la prestación laboral era la infungibilidad del trabajador, en sentido contrario, la libre sustituibilidad se estaba interpretando como un rasgo de autonomía. En cambio hoy en día, cada vez con más frecuencia, se mantiene la laboralidad del sujeto que ha sido sustituido. Ahora bien, para que esta interpretación flexibilizadora pueda entrar en juego, será necesario que la situación revista una serie de características muy concretas.

En concreto, desde los primeros años del siglo XXI se empieza a advertir una atenuación de la exigencia de insustituibilidad³ del trabajador dependiente (Fernández Domínguez, 1990; Arroyo Abad, 2009; Maldonado Montoya, 2001)⁴.

Quizá haya influido en esta postura interpretativa el hecho de que las relaciones productivas del siglo XXI son cada vez más flexibles en lo que respecta al tiempo y lugar de prestación de servicios, al mismo tiempo que se acentúan los fenómenos de trabajo a tiempo parcial en los que el sujeto realiza pocas horas de trabajo a la semana para un mismo empleador (Azpiazu Arrieta y Bayón Pérez, 2022). Se trata de unos datos que, quizá sin

³ Hasta ese momento, la atenuación de la nota de trabajo personal únicamente se materializaba en el hecho de considerar falsos indicios aquellas previsiones contractuales formales que proclaman la sustituibilidad libre del prestador del servicio, con el fin de apoyar una falsa calificación como trabajo autónomo, cuando esta posibilidad de sustitución no llegó nunca a hacerse efectiva durante el transcurso de la vida de la relación contractual. Sirva como ejemplo la STSJ de Galicia de 30 de junio de 2001, en la que se considera irrelevante «la sustitución personal que permitía la adjudicación [de un aparente contrato administrativo], puesto que no consta que la actora hiciese uso de esta posibilidad».

⁴ La primera flexibilización se inició en los años 80, manteniendo el carácter laboral de la prestación que realiza el portero de fincas urbanas a pesar de que en ocasiones sea sustituido por un familiar sin que ello implique, en principio, que la comunidad de propietarios inicie una nueva relación laboral con el sustituto. A pesar de todo, esta afirmación no es siempre cierta. Excepcionalmente, se puede reconocer la existencia de una nueva relación laboral (en este caso temporal) entre la comunidad de vecinos y el sustituto, pese a ser familiar del portero sustituido. Esto es lo que decide la STS de 15 de diciembre de 1987 (ECLI:ES:TS:1987:8042): no se trata de una sustitución puntual, sino de una situación de cierta continuidad temporal cuando el portero se encuentra en un periodo de «suspensión de su relación contractual» (en este caso por encontrarse en situación de baja por enfermedad). Mantener la ausencia de vínculo laboral entre la comunidad y el sustituto sería abusivo, puesto que claramente se está prestando una relación laboral en régimen de interinidad hasta que vuelva el trabajador sustituido (su marido). Tampoco podría admitirse el carácter de arrendamiento civil de servicios de dicha sustitución, partiendo de las características consustanciales a la prestación de servicios que tiene encomendada.

pretenderlo, han ayudado a reconfigurar el valor que se venía otorgando a la nota de trabajo personal en el seno de una relación laboral. Hay que admitir que, aunque la autogestión de la jornada laboral puede evitar en ciertos casos la necesidad de requerir una sustitución puntual, no todos los empleos disponen de este margen de libertad.

En la misma línea, la entrada en vigor de la Ley 20/2007, reguladora del Estatuto del trabajo autónomo en España, implicó una necesaria readaptación de estos principios clásicos debido a que, desde el momento en el que ve la luz en nuestro ordenamiento la figura del trabajador autónomo económicamente dependiente, en la que resulta esencial la prestación de servicios de forma personal, se hace imprescindible revisar las connotaciones que tradicionalmente se venían ofreciendo al hecho mismo de la sustitución de los prestadores de servicios. Pese a todo, ha de admitirse que confirmar la naturaleza laboral de cierta prestación de servicios en la que no se respeta estrictamente la característica tradicional de la insustituibilidad sigue y seguirá siendo una cuestión polémica, pues son muchos y variados los problemas que puede suscitar.

A estos efectos, debe resaltarse un dato: tan relevante puede llegar a ser la flexibilización de la nota de la insustituibilidad del trabajador que, dependiendo de las circunstancias concurrentes, puede considerarse no solo que no obstaculiza el reconocimiento de la naturaleza laboral del vínculo del prestador del servicio (pese a la sustitución de la que haya podido ser objeto) sino que también ayuda a confirmar la relación laboral que mantiene la persona que se haya ocupado de realizar dicha sustitución, ya que, incluso ante sustituciones excepcionales, por escaso que haya sido el tiempo de prestación de servicios, siempre que con ello se dé lugar a la prestación de un trabajo voluntario, dependiente, retribuido y por cuenta ajena, deberá constatarse la existencia de un vínculo laboral.

2. Sustitución admitida en la esfera laboral

Tradicionalmente, se vienen diferenciando tres facetas o tres vertientes dentro de la nota de trabajo personal: la prestación del servicio por una persona física, la configuración de un contrato de actividad y no de resultado (a pesar de que la prestación de servicios pueda materializarse en ocasiones en un resultado concreto y tangible) y la infungibilidad o insustituibilidad del trabajador. De entre las tres, es esta última la que genera más problemas prácticos y la única que en los últimos años ha experimentado una flexibilización interpretativa⁵.

⁵ La única vertiente de la personalidad que se ha flexibilizado con el paso de los años es la infungibilidad del prestador laboral de servicios. Las restantes vertientes (trabajo humano y contrato de actividad) no parece que pueden ser objeto de ninguna clase de atenuación o flexibilización. Por una parte, porque no deberían dar lugar a una modalidad contractual cuyo objeto y causa coincidiesen con el contrato del trabajo y, en segundo lugar, porque es discutible que mediante su atenuación se lograra ampliar el ámbito subjetivo de aplicación de las normas laborales. Sirva como ejemplo la inutilidad de flexibilizar la

Mientras la prestación de servicios por máquinas, animales o personas jurídicas –salvo el levantamiento del velo en caso de personas jurídicas unipersonales en las que el fraude de ley resulte evidente (Plá Rodríguez, 2003) y la tan polémica previsión de futura cotización de los robots al sistema de Seguridad Social como forma de garantizar su sostenibilidad (Rodríguez Martín-Retortillo, 2019; Álvarez Cuesta, 2019; Sánchez Ron, 2020)– queda necesariamente fuera del ámbito laboral y la retribución salarial mínima deberá garantizarse por hora trabajada, independientemente de que se haya fijado o no también una forma de trabajo a objetivos, resulta mucho más complejo determinar el verdadero alcance práctico de ciertos episodios de sustitución del trabajador, sobre todo cuando estos tienen una entidad, duración o trascendencia reducidísima.

Movidos por esta vocación extensiva, nuestros jueces y tribunales empiezan a ser conscientes de que el rasgo de infungibilidad del trabajador dependiente no debe confundirse con el hecho de que no se pueda admitir, en ciertas ocasiones, algún fenómeno de sustitución del trabajador. Ahora bien, para ser admisible, la sustitución producida en el seno de una prestación laboral de servicios ha de ajustarse a una serie de características⁶. Y esto ocurre porque la atenuación de esta nota constitutiva no equivale a una redefinición de su

exigencia de «trabajo humano», precisamente porque la protección que dispensan las normas laborales, así como la recíproca configuración de los derechos y obligaciones que caracterizan a ambas partes, carece de utilidad si se aplica a personas jurídicas, máquinas o animales (pese a que también pueden realizar un «trabajo productivo»).

⁶ Posiblemente, la inflexión se haya producido en la última década del siglo XX. De esta manera se pueden encontrar ejemplos que mantenían una interpretación muy estricta de la personalidad del contrato de trabajo (en su vertiente de insustituibilidad del trabajador). Ante situaciones sustancialmente idénticas, se ofrecen respuestas radicalmente contrarias a lo largo de los años. Así, una limpiadora del portal y la escalera que presta sus servicios retribuidos a lo largo de los años para una comunidad de vecinos, sujeta a las instrucciones del presidente de la comunidad sobre el modo de realizar su trabajo, que a su vez supervisaba el resultado de su trabajo y recibía las quejas de los vecinos, estará desempeñando una relación civil precisamente porque «el hecho de que nombrase libremente un sustituto cuando no podía acudir a efectuar el servicio de limpieza concertado, siendo sustituida por su hija o por algún familiar», a pesar de que la sustitución tenga carácter «ocasional», excluye cualquier posibilidad de contrato de trabajo, puesto que la exigencia de trabajo personal «no admite ninguna posibilidad de que el aparente trabajador nombre un sustituto». En cambio, supuestos prácticamente idénticos merecen una calificación totalmente contraria: STS de 25 de enero de 2000 (rec. 582/1999) y STSJ de Cataluña de 25 de junio de 2002 (rec. 2243/2002). No se discute en estas ocasiones el carácter laboral del vínculo que une a la limpiadora con la comunidad de vecinos a pesar de que «en alguna ocasión fue ayudada por su marido o sus hijas» o bien «fue sustituida por su hermana», respectivamente. Los vínculos familiares entre el sustituto y el sustituido potencian la flexibilización de la nota de trabajo personal de forma similar a lo que se venía admitiendo desde hace ya muchos años respecto a los porteros de fincas urbanas. Son también la excepcionalidad de la sustitución (aunque no fuese realizada por familiares de la trabajadora) y el hecho de que fuese la empresa la encargada de cubrir de forma inmediata su ausencia los argumentos que motivan el reconocimiento del carácter laboral de la relación que unía a una entrenadora de patinaje artístico con un club deportivo en el caso que analiza la STSJ de Cataluña 8282/2010, de 21 diciembre.

concepto, sino únicamente a una quiebra puntual o excepcional de algunos de sus rasgos esenciales con el fin de potenciar la laboralidad de una prestación de servicios.

De esta forma, después de analizar múltiples sentencias recaídas en los últimos años sobre esta concreta cuestión, se puede concluir que, en la práctica, los factores que están incidiendo en la atenuación de la insustituibilidad como característica esencial de una relación laboral son dos: por una parte, el carácter habitual o excepcional del hecho mismo de la sustitución y, por otro, el hecho de que si la libre sustituibilidad del sujeto que presta el servicio se ha incluido o no expresamente en el texto del contrato escrito que, en su caso, hubiesen firmado los contratantes. Según la importancia que haya presentado cada uno de estos datos en el desarrollo de la relación y dependiendo de la concurrencia o no de ambos factores, se podrá concluir si sencillamente se ha generado una relación de naturaleza civil o solo se ha flexibilizado la nota constitutiva de la personalidad, de manera que, aunque su identificación sea más compleja, no afecta al carácter laboral del vínculo (Luján Alcaráz, 1994). Cada uno de estos factores, por su gran trascendencia práctica, se analiza de forma minuciosa a continuación.

3. Cuestiones para el debate

Al margen de las previsiones teóricas que se quieran realizar, la práctica demuestra que la realidad puede resultar tan variada y tan compleja que muchas veces escapa de cualquier clasificación que se quiera realizar al respecto. Esto es precisamente lo que ocurre con las situaciones que se comentan a continuación: dependiendo de cuáles sean los factores concurrentes y de la intención más o menos protectora que persiga el juzgador en cada momento, la conclusión a la que se llegue en torno a la naturaleza jurídica real de una relación controvertida puede llegar a ser muy diferente. Se trata de aspectos especialmente polémicos en los que la frontera entre los rasgos de laboralidad y autonomía resulta particularmente difusa y van a exigir una labor de ponderación y reflexión por parte del juzgador enormemente precisa. En concreto, en este trabajo, por su importancia, se han seleccionado tres cuestiones que, en cada caso, van a merecer una valoración individualizada y una reflexión especialmente minuciosa.

3.1. La habitualidad o excepcionalidad de la sustitución

Normalmente, la controversia se suscita a raíz de que la persona que desarrollaba la prestación de servicios, ante la extinción de la relación jurídica que mantenía hasta ese momento con la comunidad de vecinos o con el cabeza de familia, reclama el reconocimiento de la laboralidad de su relación (y con ella la improcedencia del despido del que ha sido objeto) y es precisamente en este proceso de ponderación de los datos concurrentes cuando se valora el peso que pueden llegar a tener sobre la calificación del vínculo ciertas sustituciones,

más o menos frecuentes, que ha experimentado el prestador del servicio durante su trabajo. En cualquier caso, no se puede negar que se trata de una cuestión muy compleja, en cuya valoración deben necesariamente ponderarse todas las circunstancias concurrentes.

La regla interpretativa dominante es la de aceptar la fungibilidad excepcional y negar la admisibilidad de la sustitución habitual en el seno de la relación laboral⁷. No se puede negar que es más fácil demostrar que una sustitución habitual, en realidad, inviste de autonomía la ejecución del trabajo prestado, dado que la capacidad de autoorganización de su actividad, sin necesidad de contar o no con el beneplácito de su cliente, es un rasgo propio del trabajo prestado por cuenta propia. Todo apunta a que la sustitución habitual del prestador del servicio desencadenaría la imposibilidad de hacer efectivas las facultades empresariales de dirección y control de la actividad laboral (con lo que se está reconociendo también implícitamente la imposibilidad de materializar un trabajo dependiente); mientras que, cuando la sustitución es excepcional o puntual parece que, en principio, no tiene por qué redefinir la nota de «personalidad» del trabajo dependiente⁸. A pesar de todo, esta afirmación solo

⁷ Pese a estas afirmaciones, la sustitución excepcional durante la prestación del servicio convenido por un miembro de la familia se puede llegar a considerar un rasgo demostrativo de un objeto y una causa contractual muy diferente a los que definen el contrato de trabajo. Esto es lo que ocurre ante ciertas sociedades civiles irregulares (sin personalidad jurídica: 1.669 Código Civil –CC–) en las que una de las partes del contrato de sociedad se compromete a aportar el local y el capital necesario para explotar un negocio y el otro socio exclusivamente se compromete a aportar su trabajo (socio industrial). Este es el supuesto que ha de valorar la Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 1 de Tarragona de 25 de julio de 2002 (proc. 514/2001): finalmente, el juez declara que prima el carácter civil de la relación. Existen suficientes indicios de la existencia de una sociedad irregular verbal para la explotación de un bar. La actora actuaba con autonomía y en plano de igualdad con la demandada y a esta conclusión conduce el hecho de que la socia industrial «fuese sustituida en ocasiones por su marido en la explotación del negocio». El hecho de la libre sustituibilidad –aunque esta se realizase solo excepcionalmente– demuestra que había una distribución de funciones entre ambas partes que respectivamente consistían en la aportación de su trabajo y la aportación de capital, repartiéndose los beneficios en el caso de que se produjesen. Exactamente el mismo caso (pero esta vez el negocio consiste en la explotación de una librería) es el que se plantea ahora en la STSJ de Cataluña de 1 de junio de 1992 (AS 1992/3309). Curiosamente, ahora la sustitución excepcional por su «esposo e hijo» en la prestación que realizaba la actora atendiendo la venta que se realizaba en una librería no se considera como un ejemplo de atenuación jurisprudencial de la insostituibilidad esencial al trabajador dependiente, sino como un dato que corrobora la veracidad de la existencia de un contrato de sociedad –en este caso sin personalidad jurídica propia–, tal y como sostenía la demandada. La relación que existía entre ellas era la que existe entre «un socio capitalista» y «un socio industrial», tal cual lo permite el artículo 1.665 del CC. Uno de los miembros de la sociedad «aporta la librería y la totalidad de los artículos que en ella se expendieran» y la otra parte contratante aporta exclusivamente «su dedicación personal para atender la venta de la librería», «repartiéndose entre sí los beneficios sociales».

⁸ La jurisprudencia, por el momento, se limita a reconocer la laboralidad de ciertas prestaciones de servicios, a pesar de que durante el desarrollo de su relación hayan sido excepcionalmente sustituidos por otras personas ajenas a la plantilla de la empresa (familiares o amigos). Pero no cualquier tipo de prestación de servicios se puede beneficiar de esta afirmación. Implícitamente se presupone que la prestación laboral ha de ser «fungible» por naturaleza. Por este motivo, parece que las prestaciones laborales cualificadas quedarían al margen de esta posibilidad interpretativa. Dentro de esta afirmación

es cierta a grandes rasgos, puesto que son muchos los factores que entran en juego a la hora de poder aceptar la laboralidad de un vínculo que no se ajusta exactamente al perfil de relación laboral definido en el artículo 1.1 del ET, como por ejemplo: ¿qué ocurre cuando la excepción se transforma en habitualidad?, ¿qué prestaciones de servicios son infungibles por naturaleza?, ¿y si la sustitución la lleva a cabo un amigo o un familiar?, ¿influirá el hecho de que sea la propia empresa la que se encargue de proveer el sistema de sustitución del sujeto que presta el servicio, aunque para ello recurra a relaciones también de aparente carácter autónomo?⁹, etc. Las respuestas a estas preguntas se pueden deducir a partir del análisis de la práctica jurisprudencial, que, aplicando siempre reglas lógicas, ha logrado resolver situaciones particularmente atípicas.

se puede concretar todavía más el ámbito material susceptible de experimentar una flexibilización de los presupuestos configuradores de la «personalidad» que caracteriza el contrato de trabajo. La práctica demuestra, además, que dentro de las prestaciones laborales no cualificadas (y por ello, en principio, fungibles en lo que respecta a la satisfacción de los intereses empresariales), solo algunas de ellas se benefician de la flexibilización de la insustituibilidad del trabajador dependiente. Los supuestos más repetidos serán aquellos que se puedan asimilar conceptualmente, por las características del servicio que prestan, a la actividad del «portero de fincas urbanas» cuyo régimen jurídico permite expresamente la sustitución excepcional sin destruir la laboralidad del sujeto ni hacer surgir una nueva relación laboral con el sustituto. Analogía que puede apreciarse con las limpiadoras que trabajan para una comunidad de vecinos y para las que jurisprudencialmente se admite sin problemas el carácter laboral de su vínculo a pesar de que ocasionalmente las sustituya un familiar. Lo mismo ocurre con los mensajeros con vehículo propio: la jurisprudencia reconoce implícitamente el carácter laboral del vínculo antes de la entrada en vigor de la exclusión constitutiva del artículo 1.3 g) del ET o bien cuando el vehículo, por sus características, no precisa de la correspondiente autorización administrativa (en los casos citados a continuación se trataba de motocicletas). Entre otras, la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 18 de julio de 1997 (rec. 4232/1991) y la STS de 4 de mayo de 1987 (ECLI:ES:TS:1987:3064) admiten el carácter laboral de la prestación de servicios incluso cuando de manera excepcional era sustituido por un familiar. De la misma manera, la sustitución excepcional de un obrero de la construcción no se considera capaz de destruir la nota de la personalidad:

[...] la sustitución esporádica por amigos y familiares no implica, en el tipo de trabajo contratado (no cualificado), la ausencia del carácter personal de la prestación, pues esta sustitución ocasional también beneficia al empresario, como lo muestra el carácter ordinario (que tiene) en los trabajos de empleados de fincas urbanas.

A pesar de esta reflexión, el tribunal se decanta por negar el carácter de prestación laboral a la relación controvertida, puesto que en la ejecución del trabajo faltaban las notas de dependencia y de ajenidad (STSJ de Cataluña de 4 de marzo de 2003, rec. 4567/2002).

⁹ Así, por ejemplo, la Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 2 de León 53/2021, de 5 febrero, considera un claro ejemplo de laboralidad que la sustitución del trabajador por otras personas se realice por cuenta de la empresa en caso de bajas o licencias (lo que no ocurre en el supuesto de autos donde el propio sujeto que prestaba el servicio para un museo había constituido su propia empresa se servicios didácticos y mediación laboral y contaba con sus propios trabajadores dependientes para ejecutarlo). En similares términos, la STSJ de Galicia, 3641/2016, de 7 junio, respecto a un aparente contrato administrativo, aprecia que la prestación de servicios no ha perdido su carácter personal, habida cuenta de que ha sido la propia Administración pública la que, en caso de ausencia del sujeto que presta el servicio, se encarga de nombrar un sustituto de entre los que figuran en las listas de concurrentes.

Precisamente a estos efectos, dada la dificultad inherente al tema, han sido nuestros jueces y tribunales los que se han ocupado de concretar que para poder valorar si la sustitución es habitual o excepcional, resultará muy ilustrativo comparar la duración de la sustitución en sí misma, con la duración total del contrato de trabajo concertado y también con el tiempo de vida de la relación que hubiese transcurrido hasta el momento en que se suscita la controversia relativa a su identificación.

3.2. ¿Reconocimiento del carácter civil del vínculo, fraude de ley o resurgimiento de la figura del auxiliar asociado?

Aunque con carácter general no se consideran relevantes sustituciones excepcionales del trabajador para desvirtuar la naturaleza laboral de la relación, existen excepciones a esta regla. Así, por ejemplo, en principio, si existe una previsión expresa de libre sustitución en el texto del contrato, este dato por sí solo estaría revelando el carácter civil del vínculo, pues demostraría la ausencia de la nota de trabajo personal que ha de definir toda relación laboral¹⁰. De esta forma, cualquier tipo de sustitución, a pesar de que haya sido excepcional, simplemente se consideraría un mero ejemplo de la materialización del pacto al que en su momento llegaron los contratantes, excluyendo directamente la laboralidad del vínculo¹¹.

De esta forma, es este argumento el que permitiría reconocer el carácter de «trabajo autónomo» a ciertas relaciones de servicios, pese a que únicamente se ha llevado a cabo una sustitución del prestador del servicio excepcional o puntual. Lo importante en estos casos es que la cláusula incorporada al contrato estaría consagrando *ab initio* la ausencia de una de las notas constitutivas de laboralidad.

¹⁰ En el caso de que este arrendamiento civil de servicios se realice valiéndose de un sustituto, este sustituto, además, puede reunir todos los presupuestos de laboralidad, pero el vínculo no se establece con la empresa que contrata inicialmente al prestador del servicio, sino con este mismo (como titular de su propia estructura productiva), indicando que actúa (el sujeto sustituido) en el tráfico jurídico a su vez como nuevo empresario. Nada obsta para que el sujeto que pacta la realización de su servicio a través de un contrato civil, se valga a su vez de otra serie de vínculos civiles o mercantiles que le permitan completar la prestación a que se comprometió. Se daría lugar al fenómeno de la contratación y subcontratación de obras y servicios, respecto al cual la legislación laboral establece ciertas garantías para salvaguardar los derechos de los trabajadores dependientes que se encuadren en una de las empresas subcontratadas (art. 42 ET: «Subcontratación de obras y servicios»).

¹¹ El sujeto se compromete a prestar el servicio y no a dar su trabajo y la posibilidad de recurrir a un sujeto que le sustituya indica que es titular de su propia estructura productiva, por pequeña que sea, a pesar de que en la práctica, la sustitución solo se haya hecho efectiva en ocasiones puntuales. En principio, se estaría materializando la fungibilidad del prestador del servicio; a pesar de ello, en ocasiones, esta sustitución (habitual o excepcional), permitida expresamente en el texto del contrato (siempre que reúna ciertas características), se considera una modalidad *sui generis* del «auxilio asociado» (10.3 ET).

Ahora bien, en contra de lo que a primera vista podría parecer, existen diversas excepciones que imposibilitan la aplicación automática de esta regla general debido a que para ofrecer su justo valor a este tipo de cláusulas contractuales, es necesario comprobar que de la concreta materialización de los derechos y obligaciones que asisten a las partes durante el desarrollo de la prestación de servicios, se puede desprender claramente que la intención de los contratantes era la de reconocer una verdadera posibilidad de libre sustitución, incluso aunque esta, finalmente, solo se haya materializado de manera excepcional.

Aplicando entonces el «principio de realidad jurídica» (Racciatti, 2000; Montoya Melgar, 2023), se intenta evitar que prosperen situaciones de fraude de ley y que ciertas prestaciones de servicios escapen al reconocimiento de la laboralidad en virtud de maquinaciones insidiosas. Por ello, se excluyen las cláusulas contractuales respecto a las que se pueda intuir que han sido impuestas con la única finalidad de encubrir la laboralidad de la relación con claro abuso de derecho o bien aquellas que nunca se han llegado a hacer efectivas. Se ha de ser consciente de que este tipo de pactos de libre sustituibilidad, en ocasiones, encubren fenómenos de simulación. Así pues, hay que aprender a detectar si la previsión contractual se introdujo demostrando un abuso de la parte contractual más fuerte, pues hacer depender la calificación del vínculo de la presencia y efectividad de una cláusula abusiva en perjuicio del trabajador equivaldría a consagrar la precariedad laboral de este tipo de situaciones. Se trata esta de una tarea especialmente compleja porque exige una labor de interpretación previa a la aplicación del derecho particularmente cuidadosa. Se trataría de deslindar las cláusulas abusivas de aquellos pactos lícitos que puedan ser trascendentes en la ponderación indiciaria.

Aunque las cláusulas contractuales de «libre sustitución» en principio imposibilitan apreciar la existencia de la relación laboral, no se puede olvidar que, bajo ciertos presupuestos, estas previsiones de sustituibilidad, según su contenido o sus características, pueden generar un nuevo contrato laboral para el sustituto, sin afectar a la laboralidad del vínculo del trabajador sustituido. En concreto, gracias a la extensión interpretativa del auxilio asociado (10.3 ET) o, en su caso, del contrato de trabajo en común (10.1 ET) o del contrato de grupo (10.2 ET), se conseguiría también este efecto sin necesidad de poner en entredicho la laboralidad de la prestación de servicios que realizan tanto el sustituto como el sustituido, posibilidad que complica todavía más si cabe la correcta valoración de la verdadera naturaleza jurídica de la relación controvertida.

Como es sabido, el auxilio asociado es una alternativa lícita que genera un contrato de trabajo común con especialidades (10.3 ET) y que también exige previsión por escrito del hecho mismo de la sustitución¹², pero que en pleno siglo XXI tiene muy poca aplicación

¹² Como es sabido, es el artículo 10.3 del ET el que configura al auxilio asociado como una modalidad de relación laboral común, pero con especialidades, previendo que «si el trabajador, conforme a lo pactado por escrito, asociare a su trabajo un auxiliar o ayudante, el empresario de aquel lo será también de este».

práctica¹³. No obstante, a pesar de que las partes voluntariamente no suelen recurrir a esta forma de organizar el trabajo dependiente, esta figura está experimentando un resurgimiento por medio de la interpretación jurisprudencial. De esta forma, la existencia de una cláusula contractual en la que se reconozca la libre sustituibilidad del prestador del servicio¹⁴ puede determinar, dependiendo de los términos en los que esté redactada, tanto el carácter rotundamente civil del servicio contratado como la posibilidad de recurrir al auxilio asociado en el seno de una relación indudablemente laboral. La diferencia entre ambos supuestos es a veces muy sutil. Así pues, dependiendo de cuáles sean las circunstancias concurrentes, podrá entenderse bien que la cláusula en cuestión, admitiendo la sustituibilidad del sujeto que presta el servicio, tiene como finalidad hacer desaparecer un presupuesto esencial del contrato de trabajo o, por el contrario, que se ha incluido únicamente con el fin de dar lugar a un fenómeno de auxilio asociado (Delgado Ruiz, 2018) en el que, como es sabido, sigue imperando el carácter laboral de la relación que tanto sustituto como sustituido mantienen con la empresa.

Delimitar con precisión en qué situaciones deberá adoptarse una u otra postura no es una tarea sencilla. En concreto, nuestros jueces y tribunales vienen apreciando que para que el pacto expreso de sustituibilidad tenga la fuerza suficiente como para poder eliminar un presupuesto esencial del contrato de trabajo, como es la nota de trabajo personal, debe configurarse como una opción a la que libremente puede recurrir, si lo desea, el sujeto que presta el servicio en el momento en el que estime oportuno, sin someterse a limitación, justificación o preaviso de ningún tipo. Y es que, si se quiere encontrar en esta posibilidad de sustitución un rasgo indubitado de autonomía, el auténtico profesional independiente debe ser plenamente libre a la hora de recurrir a este tipo de apoyo. Por el contrario, si el pacto de sustituibilidad previsto en el texto del contrato cuenta con alguna clase de limitación, la jurisprudencia lo interpreta como una manifestación peculiar del «pacto escrito» que habilita recurrir al auxilio asociado (10.3 ET). Si el prestador del servicio no es totalmente libre para organizar su actividad profesional, puesto que ha de ajustarse a las limitaciones impuestas en las condiciones de la sustitución con el fin de garantizar que se satisfagan adecuadamente los intereses empresariales¹⁵, en realidad se está demostrando con ello que se encuentra

¹³ Durante el siglo XX todavía se presentaban ejemplos en los que expresamente los contratantes hicieron uso de la posibilidad que confiere el artículo 10.3 del ET. Sirva como ejemplo la ya clásica Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 3 de junio de 1987 (RTCT 1987/12122). En esta ocasión, las partes expresamente previeron la posibilidad de recurrir al «auxilio asociado» en la prestación laboral que realiza un jardinero en una finca. De esta manera, «en el contrato otorgado con el esposo, se prevé que su mujer, le auxilie y colabore con él», «de manera que el empresario de aquel lo es también de este».

¹⁴ Excepcionalmente se admitiría el consentimiento verbal no escrito del empresario, como es el caso que analiza la STSJ de la Comunidad Valenciana de 13 de junio de 1997 (rec. 2110/1996), que analiza el caso de una limpiadora que asocia a su tarea a una compañera con la que comparte la mitad de su retribución. A similar conclusión llegó la STS de 22 de diciembre de 1989 (ECLI:ES:TS:1989:7629) respecto al ayudante de un transportista de prensa que este había asociado a su trabajo, teniendo en cuenta que, a la vista de los hechos probados, resultaba indudable que la empresa conocía tal situación.

¹⁵ Ha de admitirse que el auxilio asociado no indica el mismo grado de autonomía que la que asiste al trabajo independiente. Un colaborador civil o mercantil tiene posibilidad de elegir libremente, sin limitación

sometido a una clara dependencia laboral¹⁶. Siguiendo este criterio, se consideran admisiones encubiertas del auxilio asociado los pactos de sustituibilidad ubicados en una relación jurídica aparentemente civil, en los que el sujeto se compromete a ser sustituido por un familiar¹⁷, a ser sustituido por otro miembro de la plantilla de la empresa¹⁸, a exigir que el sustituto cuente con la misma titulación que el sujeto al que tendrá que sustituir¹⁹ o se restringe a la posibilidad de buscar un sustituto al momento en el que se encuentre de vacaciones²⁰.

de ningún tipo, a su sustituto o colaborador, cosa que no ocurre en ningún tipo de prestación laboral, sea cual sea el modo elegido de organización de su trabajo y el grado de flexibilidad que se le conceda durante el ejercicio de su prestación en sí, en la que siempre el sujeto se encontrará sometido al poder de la dirección empresarial.

¹⁶ La finalidad que subyace en esta peculiar forma de extender las fronteras del derecho del trabajo es reconocer la necesidad de protección que sufren tanto el trabajador que puede ser objeto de la sustitución habitual en los términos pactados, como de la situación del sustituto. Al mismo tiempo, se intenta eliminar la falsa cobertura formal de ciertas prestaciones de servicios en las que se aprecia un abuso de la posición empresarial introduciendo cláusulas que no se ajustan al contenido real de los derechos y obligaciones verdaderamente materializados entre los contratantes. Al respecto, resulta todavía muy ilustrativa la ya clásica STS de 20 de julio de 1999 (rec. 4040/1998). En similares términos, véase el Auto del Tribunal Supremo 5147/2016, de 12 de mayo, en el que se inadmite el recurso de suplicación planteado contra una sentencia que reconocía la figura del auxilio asociado en la prestación de servicios que realizaba un médico para una fundación, en la que ocasionalmente era ayudado o sustituido por otros profesionales médicos de su confianza. Considera el juzgador que la total integración en la organización productiva ajena que se manifestaba en la utilización de los equipos de trabajo (consultas, despachos, quirófanos, etc.), así como del personal de recepción, enfermería, limpieza, etc., demuestra claramente la laboralidad de la relación.

¹⁷ Cfr. STS de 20 de julio de 1999 (rec. 4040/1998). En el texto de un contrato denominado de «arrendamiento civil de servicios de telecomunicación en un locutorio público de temporada», suscrito con la Compañía Telefónica Nacional de España, SA, se incluía la siguiente cláusula:

[...] el arrendador del servicio convenido se obligaba a mantener el locutorio abierto como mínimo 8 horas diarias. O el superior que impusiera el servicio y se comprometía a emplear los servicios de un familiar mayor de 16 años, pero no pudiendo contratar a trabajadores por cuenta ajena.

¹⁸ De esta manera primará la característica de la personalidad de los monitores de tenis que trabajan para un club de campo, que no quebraría a pesar de que durante el desarrollo de su prestación pudieran ser sustituidos por otros de los monitores del mismo club en virtud de un acuerdo entre ellos (aunque sí lo hace finalmente el hecho de que en ocasiones fuesen sustituidos a su elección por una persona ajena al club y que percibiesen su retribución, previa presentación de un presupuesto). FJ 1.º de la STSJ de Madrid de 28 de diciembre de 1994 (rec. 1473/1994).

¹⁹ En esta ocasión, las partes habían pactado la posibilidad de que los sujetos que prestaban el servicio (médicos) se «ayuden de otro personal médico o personal de enfermería, en lo que supone un uso acumulado del art. 10.1 y 10.3 ET» (FJ 1.º de la STSJ del País Vasco de 15 de enero de 2002, rec. 2211/2001).

²⁰ Un tipo singular de extensión de las fronteras del contrato de trabajo por medio de la interpretación amplia de los presupuestos configuradores del auxilio asociado aparece en la STS de 20 de septiembre de 1995 (rec. 1463/1994). A la hora de definir la naturaleza jurídica de la relación que une a un monitor con un centro privado, considera que la facultad de designar persona idónea que la sustituyera en vacaciones, en lugar de conducir a la autonomía de la relación, en realidad no es más que «consecuencia de su titulación profesional que la capacitaba para hallar a quien fuera idóneo», que pasaría a integrarse en la organización productiva ajena en sus periodos de ausencia.

Sobre esta cuestión, es importante tener presente que nuestros jueces y tribunales están negando también valor a estas cláusulas contractuales que pretenden consagrar una aparente libre sustituibilidad del prestador del servicio cuando se demuestra que esta no ha llegado a hacerse efectiva en ninguna ocasión. Pero no solo eso. También se sospecha de la licitud de estas cláusulas de libre sustitución aparentemente incluidas con la finalidad de coadyuvar el carácter civil de la relación cuando el sujeto que lleva a cabo la prestación de servicios no dispone de ningún tipo de organización productiva, por pequeña que esta sea; ha sido previamente trabajador de la empresa desarrollando las mismas funciones, o cuando en virtud de esta relación contractual aparentemente civil se va a ocupar de desarrollar actividades sustancialmente idénticas a las que ya realizan trabajadores por cuenta ajena de la empresa. Cuando concurren simultáneamente las restantes notas constitutivas de la relación laboral, se crea contexto indiciario suficiente como para considerar probada la intención empresarial de encubrir la verdadera naturaleza laboral de una relación bajo una forma jurídica que no le pertenece o, en su caso, bajo la aparente concurrencia de características contractuales que no le corresponden, con el fin de ocultar su existencia. Reconociendo la verdadera finalidad de esta previsión escrita entre los contratantes, se puede evitar el abuso del sujeto que ocupa la posición contractual más fuerte, porque en la práctica resulta un hecho notorio que el trabajador dependiente se ve obligado a aceptar las cláusulas y condiciones contractuales que le impone la empresa si quiere acceder al puesto de trabajo, incluso aunque estas cláusulas intenten negar la existencia de un contrato de trabajo.

3.3. Sustitución: ¿desconocimiento o tolerancia tácita por el empresario?

Otro tema especialmente polémico es el vinculado al conocimiento o desconocimiento por el empresario de que la sustitución (tanto si es habitual como excepcional) se está llevando a cabo. ¿El hecho de que la empresa para la que se prestan servicios no conozca que la sustitución se está llevando a cabo influye de alguna forma en la calificación de la naturaleza jurídica de la relación controvertida? ¿Qué ocurre si se trata de una extralimitación del propio trabajador que sin consultarlo con la empresa ha organizado él mismo una sustitución puntual? Es en este contexto donde surge una de las cuestiones más controvertidas del tema que se analiza en estas líneas: ¿influye en la calificación el hecho de que el empresario desconociese el hecho de la sustitución? Si es el propio prestador del servicio el que libremente ha articulado su sustitución temporal, sin que en esta decisión medie o intervenga, no solo ninguna otra opinión, sino tampoco información alguna al sujeto que deberá recibir tal prestación de servicios, ¿se puede considerar este un rasgo indubitado de la libre capacidad de autoorganización que caracteriza al trabajo autónomo? O, en sentido contrario, ¿un empresario debe asumir las consecuencias derivadas de la laboralización tanto del sujeto sustituido como de la persona que lo sustituye, a pesar de que esta situación se haya planeado a sus espaldas? ¿Influye en la calificación el hecho de que la empresa, como receptora del trabajo humano del sustituto ocasional, nunca hubiese hecho

frente a ningún tipo de compensación económica por el esfuerzo empleado? Es habitual que, en este tipo de ocasiones de sustituciones excepcionales planeadas por los propios trabajadores entre personas de su entorno a espaldas del empresario, sea el propio trabajador que se ha visto necesitado de una sustitución excepcional el que previamente se hubiese comprometido a compensar el favor que recibe por una persona ajena a la empresa.

Así, por ejemplo, como se ha adelantado, para recurrir a la extensión del ámbito del derecho del trabajo gracias al reconocimiento del «auxiliar asociado», se necesita que el conocimiento (y con él, el consentimiento) del empresario conste por escrito (Ramos Quintana, 2000). ¿Pero cómo demostrar que el empresario no conocía que la sustitución se estaba produciendo si en realidad es él mismo el principal beneficiario del trabajo humano que se incorpora a su estructura productiva? Y si fuera este el caso, ¿bajo qué pretexto puede justificar que no estaba utilizando correctamente las facultades de control y vigilancia del trabajo realizado que son inherentes al poder de dirección empresarial? ¿No constituiría un tipo de responsabilidad empresarial derivada de la *culpa in vigilando* del sujeto que debería actuar como garante del correcto cumplimiento de la normativa laboral?

En cambio, la consecuencia sería otra si se tratase de una sustitución excepcional no conocida por el empresario. Si bien no cabe duda de que una sustitución excepcional no desnaturaliza la laboralidad de la relación que mantiene con su empresa la persona que se ha visto necesitada de una sustitución puntual pues, como se ha adelantado, se entiende que no hace quebrar la nota de trabajo personal que define a todo vínculo laboral, no resulta tan fácil identificar el papel que representa la figura del sustituto y cuál es la naturaleza jurídica real del vínculo que sustenta esta colaboración ocasional: ¿ha actuado movido por la relación de familiaridad o amistad que mantenía con el concreto trabajador de la empresa que ha necesitado sustitución o, por el contrario, se puede decir que ha iniciado de esta forma algún tipo de vínculo jurídico con la propia entidad que recibe sus servicios?

Pero no solo eso. ¿El hecho de que la empresa no haya realizado ningún tipo de desembolso económico en favor del sustituto quiere decir que el sujeto en cuestión realmente desarrolla su trabajo de forma totalmente altruista sin perseguir realmente ninguna clase de *animus retribuendi* o en cambio esperaba otro tipo de favor o contraprestación por parte de la persona a la que se ha comprometido a sustituir? Es precisamente sobre esta cuestión sobre la que nuestra jurisprudencia adopta un papel más protector, apreciando que no cabe ahora justificar que el desconocimiento empresarial impide el reconocimiento de una relación laboral, inadmitiendo el argumento de que la empresa en realidad no ha prestado ninguna clase de consentimiento (ni expreso y ni siquiera tácito) susceptible de iniciar una relación laboral. Se trata de una postura en virtud de la cual se erige a la empresa en garante del cumplimiento del ordenamiento jurídico, lo que la obliga a adoptar las medidas necesarias para asegurar que únicamente reciben cometidos laborales personas ligadas a la empresa con una relación laboral. Se trata de una postura interpretativa que se presenta indisolublemente unida a una visión estricta de los trabajos amistosos, benévolos o de buena vecindad como prestaciones de servicios no laborales, negando su admisibilidad cuando

con ellos se pretende incorporar trabajo humano a una organización productiva destinada a ofertar bienes o servicios al mercado. En realidad, podría decirse que el único beneficiario real del hecho mismo de la sustitución es el propio empresario, que consigue de esta manera que el proceso productivo se desarrolle sin interrupciones ni gastos, por ello, en caso de que no cumpla estas exigencias normativas, habrá actuado de forma negligente y es la propia *culpa in vigilando* la que, en esta concreta ocasión, adopta la fuerza suficiente como para considerarla susceptible de dar lugar al consentimiento tácito del empresario, que si no ha confirmado, al menos ha permitido por su inactividad iniciar una nueva relación laboral de la que tendrá que asumir sus consecuencias. Corroborra esta postura la apreciación de que no puede existir la causa altruista que identifica las actividades amistosas, benévolas o de buena vecindad cuando lo que se pretende conseguir es incorporar un trabajo humano a una organización productiva con el fin de obtener, finalmente, un beneficio económico.

A estos efectos, nuestra jurisprudencia más reciente está presumiendo el conocimiento (y con ello, tolerancia) de la situación cuando dicha sustitución beneficie al empresario²¹, por mucho que los sujetos implicados manifiesten lo contrario. Y es que, pese a que no existan pruebas concluyentes demostrativas de que el empresario verdaderamente conocía la situación a la que se ha dado lugar, la mera tolerancia permite presuponer un previo conocimiento del hecho de la sustitución. De tal forma, si conociendo la situación la empresa la mantiene en el tiempo, tal actitud equivale a un acto concluyente capaz de demostrar la existencia de un contrato de trabajo celebrado de forma tácita entre empresario y sustituto. Al mismo tiempo, se está admitiendo que la relación laboral inicial entre empresario y sujeto sustituido permanece en suspenso, aunque no se haya concertado un pacto expreso al respecto.

En realidad, la laboralidad creada a partir de la tolerancia empresarial es una consecuencia concreta del principio de libertad de forma del contrato de trabajo que reconoce hoy el artículo 8.1 del ET porque, en la práctica, la tolerancia empresarial se considera indudablemente equivalente al consentimiento contractual tácito que determina el inicio de una relación laboral. Así las cosas, la inicial relación personal, vecinal o sentimental que pudiera existir entre sustituto y sustituido que se hubiese querido utilizar para intentar reafirmar el carácter de trabajo amistoso del hecho de la sustitución se convierte en irrelevante y, en su lugar, prevalece el reconocimiento de un contrato de trabajo celebrado de forma tácita en el que la mera tolerancia por sí sola se transforma en un hecho concluyente, claramente demostrativo de la existencia de dos relaciones laborales paralelas. Adviértase que, en esta

²¹ Uno de los motivos que nuestros jueces y tribunales vienen utilizando para justificar la flexibilización de una de las exigencias tradicionales de la relación laboral, como es la insustituibilidad del trabajador dependiente, es el siguiente: «la sustitución ocasional también beneficia al empresario» (STSJ de Cataluña de 4 de marzo de 2003, rec. 4567/2002). Así, por ejemplo, se ha dicho que:

[...] la sustitución esporádica por familiares no implica, en el tipo de trabajo contratado (manual no cualificado) ausencia del carácter personal de la prestación, pues esta sustitución ocasional también beneficia al empresario como ocurre con los empleados de fincas urbanas, en los que la continuidad del servicio prima sobre la prestación personal, constante y sin excepción del trabajo (STS de 25 de enero de 2000, rec. 582/1999).

línea, nuestros jueces y tribunales están negando el reconocimiento del trabajo amistoso, incluso aunque tenga una duración muy reducida, cuando este se produce en el seno de una organización productiva, propia o ajena. Por lo tanto, resultará irrelevante la pretendida relación personal que el sustituto o colaborador pretendidamente «amistoso» mantenga bien con la persona del empresario, bien con cualquiera de los empleados, entendiéndose que, siempre que la actividad realizada tenga como finalidad integrarse en una organización con finalidad productiva tendente a comercializar un producto u ofertar un servicio al mercado, no concurrirán los presupuestos necesarios para admitir la existencia de un trabajo verdaderamente amistoso, benévolo o de buena vecindad. Así pues, nuestra doctrina y jurisprudencia, siguiendo una postura claramente *pro operario*, vienen negando con carácter general la posibilidad de recurrir a trabajos amistosos, benévolos o de buena vecindad en organizaciones empresariales con el fin de integrar el proceso de producción²², pues se entiende que si el objetivo empresarial es el de obtener un lucro económico, no cuadra con ello el hecho de que uno de los partícipes en el citado proceso, a pesar de que con su labor contribuye al lucro de la empresa para la que ha prestado sus servicios, lo haga de forma altruista, tanto si se trata de una colaboración habitual²³ como esporádica o puntual²⁴. Sin duda, se persigue con ello proteger a la parte más débil de la relación iniciada, colocándola dentro del ámbito de aplicación de la legislación laboral.

²² Así lo aprecian, sin necesidad de que se trate ni de colaboraciones habituales ni a tiempo completo, entre otras, las SSTSJ de Cataluña 4976/2017, de 21 julio; 3513/2015, de 29 mayo; 4672/2011, de 4 julio, y 2809/2011, de 18 abril, respeto a las labores de limpieza en un hostel, la prestación de servicios en un bar, la atención y llevanza de la contabilidad en una asociación o la realización de funciones a tiempo parcial como conductor y operario de granja, respectivamente.

²³ Con carácter general, para reconocer una colaboración habitual como amistosa, se viene exigiendo bien que se realice entre particulares, bien que se preste para entidades sin ánimo de lucro. Este es el caso, por ejemplo, que se ocupa de valorar la STSJ de La Rioja 325/2000, de 24 octubre, en la que se declara la inexistencia de relación laboral respecto a la prestación de servicios como pinchadiscos para una asociación de tipo formativo, educativo y recreativo.

²⁴ Adviértase que, aunque se niega de manera tajante que una organización productiva pueda recurrir de forma habitual a una colaboración amistosa, benévola o de buena vecindad con el fin de atender las necesidades propias de su proceso de producción de bienes o servicios, se admiten a veces ciertas flexibilizaciones a esta regla general cuando se trata de participaciones puntuales y excepcionales, aunque estas se realicen en beneficio de una empresa o, incluso, de una Administración pública. Así, por ejemplo, véanse los casos que analizan, respectivamente, las SSTSJ de Cataluña 7431/2013, de 14 noviembre, y, más recientemente, del País Vasco 77/2017, de 17 de enero, ambas referidas a colaboraciones excepcionales de amigos de la familia en un bar. Por su parte, la STSJ de Galicia 6317/2015, de 13 noviembre, y la STSJ de Cataluña 6865/2014, de 16 octubre, declaran la compatibilidad con la percepción de la prestación por desempleo de la realización puntual de ciertas actividades a título de amistad, como son, respectivamente, la presentación de una bebida en una feria local de alimentación o realizar labores de traductora para una víctima de violencia de género durante su comparecencia al juzgado. Por su parte, las SSTSJ de Cataluña 1501/2013, de 1 marzo, y de Madrid 811/2006, de 31 octubre, califican como no amistosas las colaboraciones puntuales realizadas como conductor ocasional en beneficio de una organización empresarial, por lo que resultarán compatibles con las prestaciones por desempleo o jubilación que, en su caso, pudiera estar percibiendo el sujeto que las realiza.

Así las cosas, el hecho de que esta sustitución planeada por el propio trabajador, aunque puntual, se haya podido llevar a cabo está demostrando no solo que la empresa no controla qué personas se adentran en sus instalaciones, ni quiénes se integran en su estructura productiva, sino también que el sistema de registro de la jornada diaria de trabajo que se haya implantado en la empresa puede ser fácilmente manipulable, privándole así de su principal finalidad. Aunque este control puede ser especialmente difícil de realizar (por ejemplo, en prestaciones itinerantes o en el caso del teletrabajo), se debe ser consciente de que cada empresa, en todo momento, sean cuales sean las características de su ciclo de producción, debe estar preparada para llevarlo a cabo.

Eso sí, no se discute que esta interpretación extensiva de los perfiles de la laboralidad no impiden que se considere plenamente ajustada a derecho la eventual sanción disciplinaria que se haya podido imponer al trabajador sustituido, puesto que el mero hecho de organizar una sustitución a espaldas del empresario, por las importantes consecuencias que puede acarrear a la empresa, implica necesariamente una vulneración de la buena fe en la ejecución del servicio, siendo irrelevante en esta consideración el hecho de que se realice un trabajo cualificado o no cualificado, que se hayan atribuido al trabajador sustituido funciones de mayor o menor responsabilidad, etc. Y es que, la merma de la confianza empresarial que esta actuación genera por sí sola ya constituye una falta lo suficientemente grave como para legitimar el despido disciplinario (54.2 d) ET).

4. Conclusiones: interpretación extensiva y perspectiva de género subyacente

La sustitución de un trabajador, dependiendo del contexto en el que se produzca y las características que revista, puede dar lugar a consecuencias muy diversas. En realidad, hay dos posibilidades de interpretación. En virtud de cada una de ellas se estaría reconociendo una relación de naturaleza jurídica radicalmente distinta (trabajo autónomo o trabajo dependiente). Ahora bien, tomar partido por una u otra de las opciones existentes no es una alternativa arbitraria. Según las características y las circunstancias bajo las cuales se haya materializado esta sustitución (excepcional o habitual, reconocida contractualmente o simplemente tolerada), la relación jurídica merecerá una u otra calificación. Ahora bien, en la práctica, no siempre es fácil concluir sin que quede un resquicio de duda que voluntariamente las partes han excluido un elemento constitutivo del contrato de trabajo (la nota de trabajo personal), ni siquiera cuando expresamente en el texto del contrato (si es que este consta por escrito) se haya incluido una cláusula con esta finalidad, entre otras cosas porque son habituales los fenómenos de fraude al respecto, simulando falsamente la presencia de unas características que no son ciertas, con el fin de encubrir la laboralidad del vínculo.

Siguiendo esta tendencia a extender, en la medida de lo posible, los perfiles de la laboralidad ante situaciones de naturaleza jurídica confusa, ni siquiera se puede asociar, de forma

irrefutable, la sustitución habitual con el carácter autónomo de los servicios prestados, pues esta sustitución habitual se puede incluso llegar a justificar por medio de las figuras reconocidas en nuestra legislación laboral del trabajo en común, del trabajo de grupo e incluso del auxiliar asociado. Adviértase que, en realidad, en este peculiar fenómeno de extensión de la esfera material de aplicación de las normas laborales no será necesario flexibilizar en la práctica jurisprudencial ninguna de las cinco notas constitutivas del contrato de trabajo (1.1 ET)²⁵, sino simplemente aplicar, atendiendo a su tenor literal, una figura legal, prácticamente olvidada, el auxiliar asociado, revitalizándola al compás de las nuevas necesidades sociales²⁶. Similares consideraciones podrían realizarse, llegado el momento, respecto a la figura del trabajo en común (Purcalla Bonilla y Belzunegui Eraso, 2003; Gascón Vera, 2011) o del contrato de trabajo de grupo²⁷, dado que también se pueden emplear como cauces jurídicos idóneos para legitimar el carácter laboral de una prestación de servicios de naturaleza confusa. En este caso, la *vis extensiva* del ordenamiento laboral se materializa mediante la técnica de la interpretación de la realidad práctica (no de la interpretación de la norma), de manera que el supuesto de hecho que se trate de interpretar se analice desde la perspectiva que resulte más favorable a la laboralidad. Se demuestra así que para

²⁵ Aunque esto ocurre en ocasiones. Por ejemplo, la STSJ del País Vasco de 15 de enero de 2002 (rec. 2211/2001) reconoce la condición de «auxilio asociado» (10.3 ET) a la cláusula contractual que permite la aparentemente libre sustitución de un médico en el ejercicio de sus funciones (FJ 3.º), siempre que el sustituto elegido también fuera médico. Ahora bien, olvida aquí que algunas limitaciones a la libre sustitución del profesional independiente son perfectamente admisibles en el ámbito civil (art. 1.255 CC), atendiendo a las necesidades propias del servicio contratado que exigen ajustarse a ciertas indicaciones técnicas.

²⁶ En cualquier caso, esta revalorización jurisprudencial de la figura del auxiliar asociado también lleva implícita cierta interpretación extensiva de sus contornos. Parece que con el auxiliar asociado la ley trata de proteger la relación que une a un «auxiliar o ayudante» con la empresa en la que de alguna manera se integra, atrayéndola al ámbito laboral. Y es ahora cuando jurisprudencialmente se interpreta extensivamente esta figura y se considera «auxiliar o ayudante» tanto al sujeto que realiza el trabajo simultáneamente al trabajador inicial, facilitándole o auxiliándole en su tarea, como al sujeto que presta una ayuda en sentido amplio, sustituyéndole en la realización de su trabajo cuando no se encuentre presente. Parece que el auxiliar asociado no se adaptaba demasiado bien a las exigencias organizativas de la nueva empresa, por lo que apenas no se utilizaba. En cambio, experimenta un renacimiento cuando se empieza a utilizar como instrumento o cauce jurídico que legitime ciertos fenómenos de sustitución habitual en la esfera laboral. Debe destacarse que será una modalidad contractual que, en opinión del juzgador, dará nombre a una relación controvertida, aunque en ninguno de los casos estudiados se trataba de una figura pactada expresamente por los contratantes.

²⁷ Sirva como ejemplo la STSJ de Cataluña de 26 de marzo de 2002 (rec. 6200/2001). Aunque en esta ocasión finalmente prime el carácter civil de la relación, se plantea la posibilidad de que por medio del «contrato de trabajo de grupo» se pueda salvar el carácter laboral de la relación. A pesar de ello, de las circunstancias del caso se deduce que prima la autoorganización del grupo, circunstancia que determina que se considere que dicha asociación sin personalidad jurídica propia constituya verdaderamente una sociedad civil irregular (sin personalidad jurídica) y no un grupo de trabajadores, puesto que verdaderamente se comprometieron a realizar «una obra o servicio a tanto alzado», «a pesar de que hayan realizado el trabajo de manera personal».

extender las fronteras del contrato de trabajo y atraer a su ámbito protector situaciones de naturaleza jurídica controvertida, no siempre hace falta interpretar extensivamente alguno de los cinco presupuestos configuradores de la relación laboral que enumera el artículo 1.1 del ET, sino que existen otras posibilidades interpretativas igualmente efectivas, puesto que provocarán exactamente el mismo resultado.

En esta situación, aunque desde un punto de vista muy diferente y aunque se trata de un dato que quizá le pueda pasar desapercibido a un ojo no entrenado, no se puede dejar de resaltar la marcada perspectiva de género que subyace en la respuesta jurisprudencial que se ha comentado en estas líneas. Para explicar esta curiosa consecuencia, basta con encontrar la respuesta a esta pregunta: ¿en qué tipo de trabajos el propio trabajador puede encontrar a alguien de su entorno cercano dispuesto a prestarlos cuando necesita una sustitución informal? Obviamente, son los trabajos menos cualificados y sometidos a una mayor parcialidad los que se prestan con mayor facilidad a este tipo de sustituciones, mientras que resulta más improbable en actividades cualificadas y a jornada completa (dado que la especialización y el tiempo de dedicación limitan las probabilidades de que este tipo de fenómenos prospere). Es en este ámbito de los trabajos no cualificados, temporales y de media jornada donde las estadísticas demuestran que existe una presencia femenina muy significativa (Consejo Económico y Social –CES–, 2022).

Habida cuenta de esta situación, en la práctica, esta postura claramente extensiva de las fronteras de la laboralidad suele beneficiar a personas de sexo femenino. Adviértase que el proceso de anonimización de datos que sufren las resoluciones judiciales afecta a la identidad de la persona, pero no varía su género, lo que permite extraer datos muy importantes que reflejan el comportamiento de la sociedad, las preferencias de las familias y las costumbres sociales, aspectos todos ellos que, en gran medida, pueden llegar a ser muy relevantes para el derecho laboral.

Al mismo tiempo, aunque las sentencias recaídas hasta el momento no suelen hacer referencia a este extremo, también resultaría muy interesante conocer cuál es el sexo de la persona que se ha ocupado de realizar esas tareas de sustitución bien excepcionales, bien habituales, ya que, como ha de ser una persona que carezca de obligaciones laborales previas que le impidan asumir estas nuevas tareas o que, teniéndolas, sean muy residuales, es de intuir que, en la mayoría de ocasiones, serán también mujeres las que desarrollen dicho papel. Adviértase, además, que gran parte de los supuestos litigiosos se desarrollan en el ámbito del trabajo de cuidados –muchos de ellos referidos a la limpieza de edificios y locales o al servicio doméstico, sectores, como es sabido, que se encuentran hoy profundamente feminizados y afectados por unas elevadísimas cifras de trabajo no declarado– (López Anierte *et al.*, 2019; González Vidales, 2021).

Pero no solo eso, sino que también hay que plantearse en qué situaciones una persona va a necesitar una sustitución en sus cometidos laborales que no pueda quedar cubierta por los cauces legales. Si existen permisos retribuidos ante variadas situaciones personales

y familiares, bajas por enfermedad y se han eliminado (derogando el polémico art. 54.d) ET) las consecuencias negativas de las ausencias reiteradas, aunque justificadas derivadas de procesos de incapacidad temporal de corta duración, ¿por qué tendría un trabajador que verse obligado a buscar una vía de sustitución informal de su persona? La respuesta es obvia: sin duda, esto ocurre cuando un trabajador no quiere incurrir en ausencias injustificadas a su puesto de trabajo que podrían derivar en una merma de su retribución mensual e, incluso, en el despido disciplinario. Aunque en abstracto son imaginables miles de motivos y situaciones personales que podrían provocar ausencias o retrasos injustificados del trabajador, en la práctica, el hecho de que la mayor parte de las sentencias dictadas hasta ahora en las que se aplique, en mayor o menor medida, una flexibilización de la nota de trabajo personal afecten a personas de sexo femenino permite dilucidar que, en muchas ocasiones, son necesidades imperiosas de conciliación las que obligan al trabajador a ausentarse de su puesto de trabajo sin conocimiento del empresario fuera de los supuestos contemplados en la ley (permiso por nacimiento, hospitalización o fallecimiento, matrimonio, traslado de domicilio habitual, etc.) y provocan este tipo de «sustituciones amistosas» que han desencadenado efectos tan polémicos. Se trata, sin duda, de una cuestión sobre la que es importante reflexionar, dado que no está revelando otra cosa que las intensas dificultades de conciliación a las que se enfrentan las personas trabajadoras, que, en la práctica, como es sabido, repercuten siempre de forma más intensa sobre la carrera profesional de las mujeres.

Referencias bibliográficas

- Aguilera Izquierdo, R. (2021). Cesión ilegal de trabajadores en empresa de «telemarketing». En A. V. Sempere Navarro (Dir.), *La obra jurídica de Aurelio Desdentado Bonete* (pp. 123-128). BOE. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-DT-2021-218
- Álvarez Cuesta, H. (2019). Descubrir nuevos yacimientos de empleo: emprendimiento, empleos verdes, deporte, cultura y ocio. En M. R. Martínez Barroso y S. Rodríguez Escanciano (Dir.^{as}), *La empleabilidad y la calidad en el empleo: apostando por la igualdad efectiva* (pp. 41-63). Editorial Jurídica Sepín.
- Arroyo Abad, C. (2009). La relación laboral del empleado de fincas urbanas. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 42, 99-115.
- Azpiazu Arrieta G. y Bayón Pérez, J. (2022). Tendencias laborales y el futuro del trabajo por medio de la robotización, digitalización e inteligencia artificial en España. *Revista Razón Crítica*, 12. <https://doi.org/10.21789/25007807.1805>
- Barreiro González, G. y Alonso Olea, M. (1986). *La sustitución del trabajador con derecho de reserva: el contrato de interinidad*. Civitas.

- CES. (2022). *Memoria sobre la situación socio-económica y laboral de España (2021)*. Consejo Económico y Social España.
- Delgado Ruiz, J. (2018). El contrato de grupo, trabajo pendiente. *Revista de Información Laboral*, 3, 27-49.
- Escudero Alonso, L. J. (2018a). La ajenidad y la dependencia en la relación laboral (parte 1). *Consell obert: Recull informatiu del Consell General de Col·legis de Graduats Socials de Catalunya*, 343, 9-10.
- Escudero Alonso, L. J. (2018b). La ajenidad y la dependencia en la relación laboral (parte 2. final). *Consell obert: Recull informatiu del Consell General de Col·legis de Graduats Socials de Catalunya*, 344, 17-18.
- Esteve Segarra, M. A. y Todolí Signes, A. (2021). Cesión ilegal de trabajadores y subcontratación en las empresas de plataforma digitales. *Revista de derecho social*, 95, 37-64.
- Fernández Collados, M. B. (2011). La obligación de sustitución del trabajador relevista en situación de excedencia por cuidado de hijo. *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, 4(4), 59-67.
- Fernández Domínguez, J. J. (1990). Reflexiones sobre el régimen jurídico de los empleados de fincas urbanas. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 4, 932-942.
- Gárate Castro, F. J. (2016). Notas sobre el concepto, los caracteres y la función reguladora del contrato de trabajo. *Revista Galega de Dereito Social - 2.ª etapa*, 2, 9-33.
- Gascón Vera, L. (2011). Naturaleza laboral de la relación: contrato de grupo y contrato de trabajo en común y su distinción con otras figuras afines. *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, 3(17), 43-50.
- Gil Otero, L. (2020). Soluciones «tecnológicas» a problemas clásicos: la evolución jurisprudencial de la ajenidad y la dependencia. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 151, 33-47.
- González Vidales, C. (2021). Actividades encuadradas en el sector cuidados: trabajos declarados y cuidados invisibles. Panorámica general. *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, 11(2), 497-512. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.5955>
- López Anierte, M. C., Rubio Fernández, E. M., Ortiz González Conde, F. M. y Rodríguez Egío, M. M. (2019). *Visiones multidisciplinares de la igualdad entre hombres y mujeres*. Laborum.
- Luján Alcaraz, J. (1994). *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*. Ministerio de Trabajo y Asunto Sociales.
- Maldonado Montoya, J. P. (2001). *La relación laboral de los empleados de fincas urbanas*. Civitas.
- Monereo Pérez, J. L. (1999). La crítica de los elementos de reducción normativa del concepto de trabajo en la doctrina socialista del derecho: significación técnica de la dependencia y ajenidad. En J. Cruz Villalón (Ed.), *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo: estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán* (pp. 214-235). Tecnos.
- Montoya Melgar, A. (2023). *Derecho del Trabajo*. Tecnos.
- Ojeda Avilés, A. (2007). Ajenidad, dependencia o control: la causa del contrato. *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, 195, 13-24.
- Perciballi de Luca, V. (2015). Sustitución de trabajadores huelguistas. *Derecho Laboral. Revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales*, 58(258), 321-330. <https://revistas.fcu.edu.uy/index.php/RDL/article/view/1207>

- Pinto Martins, S. (2015). Huelga y sustitución de los trabajadores huelguistas. *Revista derecho del trabajo*, 6, 213-222.
- Plá Rodríguez, A. (2003). Experiencia uruguaya de empresas unipersonales. En P. Kurczyn Villalobos y C. A. Puig Hernández (Coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor del Buen Lozano* (pp. 645-668). UNAM.
- Purcalla Bonilla, M. A. y Belzunegui Eraso, A. (2003). Marcos jurídicos y experiencias prácticas de teletrabajo. *Aranzadi Social*, 5, 1.333-1.376.
- Racciatti, A. (2000). Las Transformaciones del Mundo del Trabajo y del Derecho laboral. *Riesgo, flexibilización laboral, transformaciones y Derecho laboral*, 34, 20-32.
- Ramos Quintana, M. I. (2000). Trabajo en común y contrato de grupo (art. 10). *Revista española de Derecho del Trabajo*, 100(1), 375-396.
- Rodríguez Martín-Retortillo, R. M. (2019). La sustitución de trabajadores por robots. La frontera entre la libertad de empresa y el derecho al trabajo en la era digital. *Revista Lex Mercatoria*, 12, 1-12.
- Roldán Martínez, A. (2000). El contrato de sustitución de trabajador jubilado anticipadamente ¿modalidad contractual autónoma? *Aranzadi social*, 5, 725-746.
- Sánchez Ron, J. M. (2020). Presente y futuro tecnocientífico. *Política exterior*, 34(193), 76-85. <https://www.jstor.org/stable/27197278>
- Tascón López, R. (2020). El eterno retorno a los mitos de ajenidad y dependencia en la era hipertecnológica/postindustrial (revisión a la luz de los problemas surgidos en la economía de plataformas). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 452, 49-81. <https://doi.org/10.51302/rtss.2020.932>
- Toselli, C. A. (2015). La sustitución de trabajadores huelguistas. *Revista derecho del trabajo*, 6, 207-212.
- Valle Muñoz, F. A. (2018). La sustitución tecnológica de trabajadores huelguistas. *IUSLabor. Revista d'anàlisi de Dret del Treball*, 3, 1-29. <https://doi.org/10.31009/IUSLabor.2018.i03.05>

Alejandra Selma Penalva. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia con 20 años de experiencia académica. Es autora de 8 monografías, 50 capítulos de libros y más de 100 artículos de contenido jurídico publicados en revistas y editoriales de reconocido prestigio. <https://orcid.org/0000-0003-2116-0057>

Retórica y ponderación judicial en las adaptaciones de la prestación laboral a las necesidades de conciliación

Antonio Álvarez del Cuvillo

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

Universidad de Cádiz (España)

antonio.alvarez@uca.es | <https://orcid.org/0000-0003-2103-347X>

Extracto

Este trabajo pretende articular una serie de reflexiones teóricas respecto a la argumentación y la ponderación de intereses en los supuestos de adaptación de determinadas condiciones de trabajo a las circunstancias familiares de la persona trabajadora previstos en el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores, sobre los cuales existe en la actualidad una elevada incertidumbre. Para ello, se partirá del análisis crítico de la argumentación de una serie de sentencias de los juzgados de lo social, tomando en consideración tanto los aspectos materiales e internos al discurso jurídico como los aspectos formales o puramente retóricos. Se pretende con esto construir una reflexión teórica verdaderamente enraizada en la práctica, con objeto de facilitar la tarea de los operadores jurídicos, proporcionándoles pautas acerca de cómo deben razonar en este tipo de casos. A partir de esta conexión entre la teoría y la práctica, se pretende contribuir modestamente a la mejora de la comprensión general del precepto estudiado, lo que podría facilitar la formulación posterior de propuestas *de lege ferenda*.

Palabras clave: equilibrio entre vida privada y vida laboral; conciliación de la vida familiar y laboral; adaptación de jornada; razonamiento judicial; ponderación judicial; argumentación jurídica; perspectiva de género.

Recibido: 08-10-2023 / Revisado: 23-01-2024 / Aceptado: 23-01-2024 / Publicado (en avance *online*): 13-02-2024

Cómo citar: Álvarez del Cuvillo, A. (2024). Retórica y ponderación judicial en las adaptaciones de la prestación laboral a las necesidades de conciliación. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 479, 47-78. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.19451>



Rhetoric and judicial balancing in labor accommodations for work-family reconciliation needs

Antonio Álvarez del Cuvillo

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

Universidad de Cádiz (España)

antonio.alvarez@uca.es | <https://orcid.org/0000-0003-2103-347X>

Abstract

This work aims to articulate a series of theoretical reflections concerning argumentation and interest balancing in cases involving the adaptation of certain working conditions to an employee's family circumstances as provided in Article 34.8 of the Spanish Workers' Statute, an area currently marked by considerable uncertainty. To achieve this, we will commence with a critical analysis of the argumentation found in various rulings from the labor courts. This analysis will take into account not only the substantive aspects internal to legal discourse but also the formal or purely rhetorical aspects. The goal is to construct a theoretical reflection firmly rooted in practice, with the intention of assisting legal practitioners by providing them with guidelines on how to reason in such cases. By establishing this connection between theory and practice, we aim to modestly contribute to an improved overall understanding of the studied provision, which could, in turn, facilitate the formulation of future legislative proposals.

Keywords: work-life balance; work-family reconciliation; schedule adaptation; judicial reasoning; judicial balance; legal argumentation; gender perspective.

Received: 08-10-2023 / Revised: 23-01-2024 / Accepted: 23-01-2024 / Published (online preview): 13-02-2024

Citation: Álvarez del Cuvillo, A. (2024). Rhetoric and judicial balancing in labor accommodations for work-family reconciliation needs. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 479, 47-78. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.19451>



Sumario

1. Introducción: problemas fundamentales y metodología
2. La regulación legal de la adaptación de la jornada y su dimensión constitucional
3. La carga de la argumentación
4. Las necesidades familiares y el enfoque de género
5. Las justificaciones empresariales y la afectación al resto de la plantilla
6. El comportamiento de las partes en el proceso de negociación
7. La ponderación final y sus elementos retóricos
8. Conclusión: la argumentación «preventiva»

Referencias bibliográficas

Nota: Este trabajo se ha desarrollado en el marco del proyecto de investigación «La negociación colectiva como instrumento de gestión anticipada del cambio social, tecnológico, ecológico y empresarial», PID2021-122537NB-100, en el que nos ocupamos de las cuestiones relacionadas con la gestión de la diversidad.

1. Introducción: problemas fundamentales y metodología

El derecho del trabajo desarrolla su función de canalizar el conflicto laboral fundamentalmente a través de 2 estrategias de regulación, que podríamos llamar «sustantiva» y «reflexiva» (Teubner, 1983). La estrategia sustantiva consiste en predeterminar con cierta precisión en el texto de la norma el punto de equilibrio óptimo entre los intereses contrapuestos de las partes; en cambio, la estrategia reflexiva consiste en facilitar la autorregulación del conflicto de intereses por parte de las personas afectadas o de sus representantes. Ambas estrategias de regulación están muy presentes en la regulación de la «conciliación de la vida familiar y laboral».

La estrategia sustantiva se aplica con facilidad a las condiciones de trabajo cuantitativas, dado que estas permiten establecer «normas mínimas», como por ejemplo la duración de los permisos retribuidos, suspensiones y excedencias. Sin embargo, la predeterminación normativa de la composición de intereses no es tan sencilla en lo que respecta a las condiciones de carácter cualitativo, como la distribución del tiempo de trabajo. Este problema se plantea con especial claridad tanto en la concreción horaria de los permisos y reducciones de jornada (art. 37.6 del Estatuto de los Trabajadores –ET–), como en las adaptaciones de la jornada y de las formas de la prestación laboral previstas de manera abstracta en el artículo 34.8 del ET. Aunque estas dos instituciones tienen muchos aspectos en común, en realidad su interpretación debe ser relativamente autónoma (Molina Navarrete, 2020, p. 322; Thibault Aranda, 2020, p. 226), razón por la cual nuestro trabajo se enfocará exclusivamente sobre este último precepto.

El artículo 34.8 del ET afecta a condiciones de carácter cualitativo, como la distribución del tiempo de trabajo, o bien a condiciones cuantitativas en los casos en que exista una necesidad específica de desbordar los derechos mínimos reconocidos en otros preceptos. Por ello se trata de una «norma de textura abierta», en el sentido de que no puede aplicarse simplemente la lógica de la subsunción respecto a un supuesto de hecho previamente delimitado (Lousada Arochena, 2020, pp. 1-2). El poder legislativo no puede determinar *a priori* las «necesidades» de quien solicita la adaptación, que dependen de sus circunstancias particulares y del contexto contingente de la organización del trabajo en la empresa que entra en conflicto con ellas. Ciertamente, la negociación colectiva es un instrumento más elástico que la legislación estatal, puesto que permite tomar en consideración en mayor medida las particularidades de determinados sectores y ocupaciones, pero, en último término, por los mismos motivos, tampoco puede predeterminar de manera definitiva un punto de equilibrio en el conflicto de intereses entre las partes en estos casos (Gorelli Hernández, 2020, p. 141). Como consecuencia de ello, aparentemente el equilibrio óptimo para el conflicto de intereses solo podría alcanzarse a través de la negociación individual.

Ahora bien, los resultados de los procesos de negociación dependen en gran medida de la relación de poder entre las partes, que generalmente resulta favorable a la parte empresarial, debido a la desigualdad intrínseca a las relaciones de trabajo asalariado. En términos jurídicos, la regla general que opera por defecto es que, en caso de que no exista una norma mínima y no se alcance un acuerdo individual, subsiste el poder organizativo del titular de la empresa para gestionar libremente la «fuerza de trabajo» contratada. Ciertamente, este desequilibrio de poder es lo que lleva al poder legislativo con carácter general a establecer mínimos legales que garanticen un cierto nivel de protección de los intereses de las personas trabajadoras, pero, como hemos visto, las técnicas sustantivas no resultan operativas en este caso. Por otra parte, no sería razonable que se atribuyera a la persona trabajadora, en defecto de acuerdo, un poder absoluto para la adaptación de sus condiciones de trabajo por el mero hecho de alegar la concurrencia de factores familiares, dado que el marco de posibilidades del artículo 34.8 del ET es extraordinariamente amplio, precisamente para adaptarse a la diversidad de situaciones. Esto sería tanto como que la persona trabajadora decidiese libremente el modo de prestación de servicios y la distribución de su jornada en caso de desacuerdo, lo que no parece compatible con la lógica jerárquica del modelo capitalista, cristalizada constitucionalmente en el mandato de libertad de empresa, y, además, podría generar un efecto *boomerang* sobre la contratación de mujeres, en la medida en que las empresas tuvieran la expectativa de que son estas quienes fundamentalmente terminarían haciendo uso de esta potestad extrema de alteración incondicionada de las condiciones de trabajo.

Para resolver estas contradicciones, el poder legislativo no ha tenido más remedio que acudir subsidiariamente a la intervención judicial para resolver en cada caso concreto el conflicto de intereses en función de las circunstancias concurrentes, en la línea de los planteamientos clásicos de la «jurisprudencia de intereses» (Heck, 1948) o del modelo más actual del pospositivismo (Atienza Rodríguez, 2012). Esta solución no deja de ser problemática, porque las condiciones en las que se desarrolla la función judicial presentan muchas limitaciones para resolver este tipo de problemas de carácter cualitativo y abierto. En primer lugar, como regla general, el órgano judicial se encuentra vinculado por las posiciones de las partes en el proceso, lo que termina arrastrándolo a una lógica binaria: en principio debe asumir la pretensión de la parte demandante o la resistencia de la parte demandada o, en todo caso, admitir parcialmente la pretensión (Jurado Segovia, 2020, pp. 285-286), pero no puede determinar la solución al conflicto de intereses que considere más adecuada en abstracto, por ejemplo, encontrando una nueva alternativa que suponga una integración de los intereses de ambas partes y que rebase las posiciones que formalmente han adoptado en el proceso. En segundo lugar, las formalidades del proceso judicial, que indudablemente resultan necesarias para establecer ciertas garantías, dificultan en gran medida que la información acerca de los intereses que subyacen a las posiciones de las partes se comunique de manera espontánea y completa. En tercer lugar, desde una perspectiva crítica y externa al discurso jurídico, podría aducirse que, en estos casos, el órgano judicial se convierte en una suerte de árbitro que se impone a las partes (Jurado Segovia, 2020, p. 273) y que, al margen de la retórica oficial del sistema jurídico, en la práctica terminaría decidiendo «en equidad» o, dicho en términos aún más escépticos, en función de sus propias preferencias subjetivas. Por último, la falta de generalización de expectativas (por no ser posible establecer soluciones predefinidas) arrastra a una cierta inseguridad jurídica que tiende a incrementar la litigiosidad.

Este trabajo pretende contribuir a la clarificación de estos supuestos problemáticos a través de una reflexión construida sobre el análisis cualitativo previo de una selección de sentencias judiciales. Ahora bien, el objetivo final no es describir o sistematizar el contenido de estas resoluciones, sino más bien utilizarlo como punto de partida empírico para formular consideraciones dogmáticas acerca del modo en que las partes deberían argumentar y los órganos judiciales deberían construir sus respuestas, dado que es imposible teorizar adecuadamente sobre la ponderación de intereses sin partir de la realidad de las argumentaciones concretas. Así pues, en último término, el foco de la exposición escrita se pondrá en estas reflexiones teóricas construidas en torno al método cualitativo del «estudio de casos» (Yin, 1994) y no en las circunstancias particulares o anecdóticas de cada resolución. Inevitablemente, será necesario desgajar los elementos destacables del contexto particular de cada uno de los casos considerados en su globalidad, lo que supone una cierta pérdida de información significativa. En posteriores trabajos podrían analizarse y compararse casos completos, seleccionando un número mucho más reducido conforme a determinados parámetros teóricos; no obstante, para configurar esos parámetros, es preciso comenzar con una exploración más amplia.

Hemos decidido enfocarnos en las sentencias dictadas en la instancia, pues es en ellas en las que realmente se realiza la ponderación básica entre los intereses de las partes¹. En realidad, aunque las posibilidades para el recurso de suplicación teóricamente son limitadas (*cfr.* 139.1 b) Ley reguladora de la jurisdicción social –LRJS–), en la práctica muchos de estos asuntos se terminan llevando a instancias superiores en relación con la reclamación de daños y perjuicios o con la posible vulneración de derechos fundamentales. Sin embargo, los tribunales superiores de justicia están condicionados en gran medida por el relato de los hechos probados determinado en la instancia y, respecto a la ponderación de intereses, su enjuiciamiento se ve también limitado a la corrección de los defectos patentes en la argumentación del juzgado de lo social que afecten a determinados parámetros, como la «dimensión constitucional del derecho», dado que difícilmente puede controlarse lo que la ponderación tiene de apreciación «subjetiva», sino más bien la coherencia lógica y adecuación al ordenamiento jurídico del discurso que la contiene. Así pues, las posibilidades reales de intervención del órgano judicial superior dependerán en gran medida de la presentación retórica de la sentencia de instancia. Esto no quiere decir, empero, que el juzgado de lo social pueda llegar a cualquier conclusión que desee, dado que las posibilidades de formular un discurso formalmente admisible están condicionadas por las circunstancias reales del caso en relación con los parámetros legales y constitucionales a los que el órgano judicial necesariamente debe remitirse.

Aunque ciertamente no es del todo habitual en España que los trabajos doctrinales analicen decisiones judiciales dictadas en la instancia, en esta materia en concreto sí que existen

¹ No obstante, al enfocarse exclusivamente en las sentencias judiciales, este trabajo no puede profundizar en las prácticas argumentativas que se desarrollan en los actos de conciliación judicial y que, previsiblemente, pueden ser muy relevantes en esta materia. Por motivos de espacio, esta cuestión deberá remitirse a estudios posteriores.

algunos estudios que se interesan por estas resoluciones, sin dejar por ello de acudir a los tribunales superiores de justicia (Jurado Segovia, 2020; Lousada Arochena, 2020; Meléndez Morillo-Velarde, 2023; Sánchez-Girón Martínez, 2021; Tarabini-Castellani Aznar, 2020; Thibault Aranda, 2020). Sin embargo, lo hacen fundamentalmente desde una perspectiva material e interna al discurso jurídico, esto es, considerando estas sentencias como soluciones específicas a los problemas de interpretación o aplicación del artículo 34.8 del ET, que, por tanto, pueden exponerse como ejemplos prácticos concretos de su contenido o referencias que refuerzan la autoridad de la interpretación doctrinal que se defiende, o bien pueden criticarse si se aprecia que resuelven los problemas planteados de manera contraria al ordenamiento. Sin olvidar esta perspectiva material, que es imprescindible, en este estudio pretendemos introducir también en alguna medida un enfoque más formal y retórico, centrado en el análisis crítico de las prácticas argumentativas concretas que utilizan los órganos judiciales para justificar sus decisiones y dotarlas de autoridad. En realidad, estos dos planos no están completamente separados, dado que, como ya hemos señalado, cuando se acude al mecanismo de la «ponderación» de intereses, la corrección formal de la argumentación se convierte en el principal criterio que puede utilizarse para llegar a una evaluación material crítica.

Para llevar a cabo este estudio, se han seleccionado un total de 30 sentencias dictadas en la instancia, entre noviembre de 2023 y mayo de 2023², todas ellas referidas exclusivamente a la aplicación del artículo 34.8 del ET –aunque en algunas de ellas se aprecian conexiones indirectas con el art. 37.6 ET–, y se ha elaborado una ficha de cada sentencia en función de las categorías teóricas presentadas en este trabajo. No hemos llevado a cabo un muestreo estadístico, puesto que no pretendemos formular proposiciones cuantitativas sobre la frecuencia de determinados acontecimientos, sino más bien, como se ha dicho, utilizar las resoluciones para construir una teoría enraizada en la práctica jurídica. En todo caso, entendemos que el número de sentencias examinado es lo suficientemente amplio como para formular algunas hipótesis globales –siempre en términos cualitativos y tentativos–, respecto a la importancia relativa o generalidad de algunos problemas.

Se pretende que este trabajo resulte de utilidad, a efectos teóricos, para amplificar la comprensión del artículo 34.8 del ET a partir del análisis de la práctica jurídica y, en su caso, formular propuestas *de lege ferenda*. Pero sobre todo nos interesa su utilidad práctica, puesto que pretendemos facilitar a los operadores jurídicos la construcción de sus argumentaciones, ya sea en las alegaciones de parte o en la elaboración de las propias sentencias judiciales. Por otra parte, no se pretende que la inclusión de la perspectiva retórica en este estudio sirva para estimular la construcción de razonamientos falaces en el terreno profesional; al

² La muestra inicial se seleccionó en abril de 2023, incluyendo 26 sentencias de noviembre de 2022 a marzo de 2023, localizadas a través de la base de datos de CENDOJ, siguiendo fundamentalmente un criterio de modernidad. En octubre de 2023, con objeto de actualizar la publicación para su envío, se localizaron 4 sentencias más de abril y mayo, relativas a circunscripciones que no hubieran sido cubiertas por la muestra anterior, para buscar una mayor diversidad. En el momento de envío del trabajo, no estaban disponibles sentencias de instancia posteriores al Real Decreto-Ley 5/2023, de 28 de junio.

contrario, consideramos que el hecho de poner de manifiesto los posibles artificios retóricos ilegítimos puede redundar en beneficio de un control crítico más ajustado de las argumentaciones, tanto de las partes como de los órganos judiciales.

2. La regulación legal de la adaptación de la jornada y su dimensión constitucional

La Ley orgánica de igualdad efectiva entre mujeres y hombres del año 2007 añade un nuevo apartado número 8 al artículo 34 del ET en el que aparece por primera vez en nuestro ordenamiento la posibilidad de una adaptación genérica de la jornada para hacer efectiva la conciliación de la vida «personal, familiar y laboral». Como un reflejo de los problemas de articulación de intereses contrapuestos que hemos expuesto en el epígrafe anterior, la redacción del precepto resultaba contradictoria, puesto que, de un lado, reconocía expresamente un «derecho» de las personas trabajadoras y, por otra parte, terminaba condicionando su ejercicio a la negociación colectiva o al acuerdo individual con el empresario. Como consecuencia de ello, la postura judicial mayoritaria, no exenta de críticas doctrinales, era la de que solo existía un derecho judicialmente exigible cuando este hubiera sido desarrollado por la negociación colectiva. Por otra parte, la reforma laboral del año 2012 añadió un nuevo párrafo a este apartado, en el que se especificaban algunos ejemplos de adaptación de la jornada, pero que no llegaba a resolver el problema interpretativo básico.

Este precepto se reformula completamente en el año 2019, hasta el punto de que podría decirse que se trata de una norma completamente distinta, si bien dirigida a satisfacer los mismos fines. En la nueva norma, la adaptación se refiere expresamente a la redistribución de la jornada, pero también a su duración, lo que implica que es posible solicitar reducciones de jornada que vayan más allá de los umbrales establecidos en el artículo 37.6 del ET (Aragón Gómez, 2020, pp. 3 y 5); de hecho, también se menciona la posibilidad de modificar la «forma de prestación», enunciando de manera ejemplificativa la posibilidad de pasar al régimen de trabajo a distancia, de modo que el precepto termina rebasando la institución de la jornada y admitiendo todo tipo de adaptaciones de la prestación de trabajo (Aragón Gómez, 2020, p. 4; Lousada Arochena, 2020, pp. 6 y 7). En definitiva, se trata de una norma extraordinariamente amplia que pretende abordar prácticamente cualquier tipo de colisión o conflicto entre las obligaciones derivadas de la prestación de trabajo y las necesidades familiares de la persona trabajadora, facilitando así que esta pueda atender sus responsabilidades sin necesidad de acudir a la suspensión o a la extinción del contrato de trabajo. En cambio, ya no se hace referencia a la vida «personal», por lo que debe entenderse que el precepto solamente ampara exigencias de carácter familiar, al margen de lo que pueda establecer la negociación colectiva (por ejemplo, respecto a la gestión de la diversidad religiosa o étnica).

En otro orden de cosas, en la actualidad ya no se menciona de manera tan contundente un eventual «derecho a la adaptación», como sucedía en la redacción anterior del precepto,

sino más bien, un «derecho a solicitar la adaptación», en la línea de lo previsto en el artículo 9 de la Directiva UE 2019/1158 (si bien esta última norma ha sido promulgada posteriormente). Podría pensarse, entonces, que nos encontramos ante un mero «derecho de petición» que implicaría simplemente que la persona solicitante estaría protegida frente a las hipotéticas represalias empresariales derivadas del mero hecho de pedir la adaptación. Sin embargo, lo cierto es que el resto del precepto dota a este derecho de un mayor contenido sustantivo del que se atribuía a la redacción original (Aragón Gómez, 2020, p. 2). En primer lugar, se hace una referencia directa a la ponderación entre las necesidades de la persona trabajadora y las de la empresa. En segundo lugar, se establece expresamente un régimen supletorio para el caso de que no existan previsiones al respecto en la negociación colectiva que pretende estructurar un proceso de negociación individual en el que la posible negativa de la empresa tenga que justificarse de manera explícita y se facilite la formulación de alternativas y contra-propuestas. En tercer lugar –y esto es lo más importante–, se hace una remisión final a la jurisdicción social para resolver las disputas, que implica necesariamente que, en último término, la ponderación de los intereses en juego corresponderá al órgano judicial, por lo que no cabe ninguna duda de que existe un derecho, aunque de contenido un tanto indeterminado o incierto, que puede ser objeto de reclamación judicial en el caso de que no se alcance acuerdo entre las partes, aunque no existan previsiones colectivas (Lousada Arochena, 2020, p. 12).

Por último, el Real Decreto-Ley 5/2023, de 28 de junio, ha modificado el texto del artículo 38.4 del ET, manteniendo básicamente el mismo régimen jurídico, pero introduciendo algunos cambios puntuales y aclaraciones dirigidos fundamentalmente a amplificar las posibilidades de la persona trabajadora de invocar este precepto y favorecer su posición en el proceso de negociación individual.

Más allá de las consideraciones de legalidad ordinaria, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional impone, como es sabido, que el intérprete atienda a la dimensión constitucional de los derechos de conciliación. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 3/2007, en un supuesto relativo a la concreción horaria de una reducción de la jornada, considera aplicable su doctrina previa sobre las excedencias para el cuidado de hijos o hijas, que conecta los derechos de conciliación con la prohibición de discriminación «por razón de sexo». Por consiguiente, los órganos judiciales no pueden limitarse a enunciar en abstracto si la solicitud está justificada, sino que deben valorar y ponderar expresamente los intereses familiares protegidos por la norma (FJ. 5), vinculados tanto al artículo 14 como al 39.1 de la CE (FJ. 6). No obstante, la STC 24/2011 adopta una posición más restrictiva para una solicitud de adaptación realizada conforme al artículo 34.8 del ET en su redacción anterior a 2019, por cuanto esta parecía estar condicionada a la existencia de un pacto colectivo o individual, pero apreciando también que en la sentencia impugnada existía una mención, al menos formal, a los valores constitucionales implicados. Ahora bien, en la STC 26/2011 se refuerza de nuevo la necesidad de ponderar los intereses familiares o la prohibición de discriminación, incluso tratándose de un trabajador varón, también en el caso de una solicitud de adaptación de la distribución de la jornada sin reducción de esta. Esta relativa oscilación de la doctrina del Tribunal Constitucional, unida al hecho de que no existe –salvo error por nuestra parte– ninguna sentencia de este órgano referida a la redacción actual del

precepto³, nos lleva a una cierta incertidumbre respecto al modo en que debe aplicarse este mandato, que ya de por sí resulta un tanto ambiguo.

Cabe plantearse que esta doctrina constitucional constituye simplemente una reacción frente a determinadas interpretaciones restrictivas de la legalidad ordinaria, en cuyo caso no tendría otra finalidad que imponer al órgano judicial que no eluda en ningún caso la correspondiente ponderación de intereses. De ser así, dado que la actual redacción del artículo 34.8 del ET estaría incluyendo dicha ponderación de manera explícita, la dimensión constitucional del derecho no afectaría tanto a las obligaciones del órgano judicial como a las consecuencias del incumplimiento, que no se limitarían ya a la mera infracción de la legalidad ordinaria. No obstante, gran parte de la doctrina ha postulado que existe una suerte de principio *pro operario* que se sostiene sobre esta dimensión constitucional y, en su caso, también sobre la base de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Gorelli Hernández, 2020, pp. 135 y 136; Lousada Arochena, 2020, p. 11; Molina Navarrete, 2020, p. 301). Ciertamente, las concretas palabras utilizadas por el Tribunal Constitucional cuando afirma que el interés familiar «ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa» parecen apuntar a algún tipo de preferencia por el interés de la persona trabajadora, aunque finalmente la única consecuencia concreta que se sigue de este razonamiento es que es necesario llevar a cabo una ponderación de intereses.

La afirmación de este principio *pro operario* debe afrontar tanto una dificultad teórica, como una dificultad operativa. La dificultad teórica deriva de la circunstancia de que el interés empresarial de gestionar libremente la «fuerza de trabajo» también tiene una dimensión constitucional, en virtud de la libertad de empresa reconocida en el artículo 38 de la CE (Sánchez-Urán Azaña, 2019, p. 9; Thibault Aranda, 2020, p. 218). Por otra parte, la dificultad operativa se debe a que, como ya hemos adelantado, realmente no puede establecerse que los intereses de la persona trabajadora prevalezcan de manera absoluta (Gorelli Hernández, 2020, p. 137), dada la enorme amplitud de pretensiones que se pueden formular al amparo de este artículo; de este modo, la dimensión constitucional no podría imponer la prevalencia en todo caso de los intereses familiares, sino que estaría aludiendo en realidad a un mayor «peso» o valor de estas razones en el contexto de la ponderación, que naturalmente podría decaer si las razones empresariales fueran especialmente importantes. Con estas premisas, hay un riesgo de que la mencionada preferencia no tenga ninguna influencia real sobre el proceso de adopción de decisiones, sino que se utilice simplemente como artificio retórico para apoyar una decisión previamente adoptada por la persona juzgadora en favor de la solicitud⁴ o

³ No obstante, resultan de interés las SSTC 119/2021 y 153/2021 porque profundizan en la relación entre la ordenación del tiempo de trabajo y la prohibición de discriminación indirecta. A este respecto, véase Cabeza Pereiro (2021).

⁴ Así, en la Sentencia del Juzgado de lo Social (SJS) n.º 1 de Logroño 15/2023, de 23 de enero, se menciona expresamente esta prevalencia como un argumento más que se añade a la ponderación para sostener la estimación de la demanda; sin embargo, al mismo tiempo, también se enfatiza la importancia que tenían, en este caso, las necesidades de la persona trabajadora, «[...] resulta incuestionable», así

como un mero obstáculo formal que puede soslayarse simplemente explicando la relevancia de los motivos empresariales⁵. Dicho de otro modo, *a priori* se podría pensar que la relevancia práctica de esta preferencia se desplegaría en los casos dudosos (*in dubio pro operario*), pero, como veremos más adelante, podemos esperar que los órganos judiciales no presenten como dudosos los casos que resuelven, sino que construyan su argumentación como si el resultado fuera en todo caso inexorable, por lo que la incidencia real de la atención a la dimensión constitucional resultaría muy difícil de apreciar y de controlar por los órganos superiores.

A nuestro juicio, lo que pretende señalar esta doctrina constitucional es que el conflicto no afecta únicamente al interés privado de la persona trabajadora en desarrollar libremente su vida familiar en contraposición con el interés privado de la empresa en gestionar libremente su organización, sino que además concurren dos intereses de carácter público –el fomento de la igualdad de género y la protección de la familia–, que operan en favor de la solicitud y que deben tomarse en consideración de manera explícita en la argumentación. Así, esta «preferencia» no se aplica en un plano abstracto, sino que se debe hacer operativa a través de la invocación de argumentos concretos referidos a estos aspectos, como por ejemplo, la situación de especial desprotección en la que quedaría un niño o niña o la necesidad de la mujer de abandonar el trabajo para evitar que esta desprotección se produzca. Una vez que se han incorporado al discurso tales argumentos, sin duda contribuirán a reforzar la posición de la persona solicitante. En todo caso, esto es algo que solo puede contemplarse en el examen concreto de las resoluciones, por lo que se analizará más adelante.

3. La carga de la argumentación

En las adaptaciones previstas en el artículo 34.8 del ET, es la persona trabajadora quien pretende modificar el *statu quo* y, por tanto, a ella corresponde inicialmente la carga de la persuasión, sin que exista en este caso una inversión de la carga probatoria (en sentido similar, Molina Navarrete, 2020, pp. 315 y 328). Estas formas de flexibilidad en favor de la persona trabajadora están exclusivamente al servicio de las necesidades familiares, por lo que, para construir el supuesto fáctico que abre la posibilidad de la ponderación, la persona trabajadora deberá relatar unos hechos que permitan deducir la existencia de

como la insuficiencia de los motivos empresariales (que no resultan «insalvables ni trascendentes»). En definitiva, parece que se habría llegado a la misma conclusión desde un planteamiento exclusivo de legalidad ordinaria y sin tomar en consideración siquiera la dimensión constitucional del derecho.

⁵ En este sentido, la SJS n.º 4 de Toledo 413/2022, de 28 de noviembre, hace explícita en el momento de la ponderación la mencionada preeminencia de los intereses familiares y de conciliación, no obstante lo cual finalmente se inclina por desestimar la solicitud, utilizando una locución conjuntiva adversativa: «ahora bien...». Ciertamente, la respuesta final no se basa solamente en la entidad de los motivos empresariales, sino también en el déficit de la argumentación de la parte actora. De cualquier modo, la incidencia real de la prevalencia de los intereses laborales resulta evanescente si no se precisa más cuál es el efecto concreto que puede tener en la ponderación.

«necesidades» relacionadas con la conciliación de la vida familiar, que, en caso de que no sean notorios ni admitidos por la contraparte, deberán acreditarse en el proceso (cfr. 217.2 Ley de enjuiciamiento civil). Si no se satisface esta carga inicial de la persuasión, no podrá estimarse la pretensión, con independencia de que la empresa alegue o no de manera eficaz la concurrencia de motivos organizativos. Ciertamente, podrían existir otros parámetros –como el principio de buena fe contractual– que impusieran a la empresa la admisión de determinadas modificaciones totalmente inocuas o incluso beneficiosas para sus intereses, pero estos rebasarían el marco del artículo 34.8 del ET porque estarían relacionadas con la vida personal o con otros factores y no con las responsabilidades familiares. Por otra parte, en caso de que la persona trabajadora acredite que la adaptación es oportuna para atender a sus necesidades familiares y, sin embargo, la empresa no alegue ningún motivo para oponerse a ella o no pueda probar los hechos controvertidos sobre los que se sustenten sus alegaciones, deberá estimarse la demanda (Jurado Segovia, 2020, p. 276; Tarabini-Castellani Aznar, 2020, p. 250). Así pues, la verdadera ponderación de intereses y, por tanto, el reto para la justificación de la decisión judicial, solo se producirá en los supuestos en los que tanto la persona trabajadora como la representación de la empresa hayan alegado y, en su caso, acreditado, motivos que, considerados por separado, sean suficientes como para satisfacer la carga de la persuasión que el ordenamiento les atribuye.

En principio podría suponerse que estos últimos supuestos habrían de ser los más comunes. En efecto, para que una persona trabajadora movilice formalmente sus derechos ante la jurisdicción, con todos los costes y riesgos que ello conlleva, es previsible que tenga una motivación fuerte, que en la inmensa mayoría de los casos será realmente una necesidad de carácter familiar. De igual manera, si la empresa opera conforme al modelo de racionalidad económica, debería admitir las solicitudes de adaptación que no le provoquen ningún perjuicio significativo, dado que estas redundarían positivamente en la motivación de la persona afectada por las necesidades empresariales y, por lo tanto, en su productividad. Además, la regulación actual del artículo 34.8 del ET, al estructurar un auténtico proceso de negociación individual entre las partes, facilita que su intereses y argumentos terminen poniéndose de manifiesto en la documentación previa al proceso.

Sin embargo, el examen de las resoluciones objeto de estudio muestra que muchas de ellas se presentan como un dilema sencillo en el que solo una de las partes ha satisfecho la carga de la persuasión. Ciertamente, no pretendemos que nuestro análisis sea estadísticamente representativo, pero es plausible que se trate de una pauta relativamente extendida. Esto puede atribuirse a tres motivos, no necesariamente incompatibles entre sí: el desajuste entre el modelo teórico y las prácticas reales, la diligencia en la argumentación de las partes y las necesidades retóricas del órgano judicial.

En primer lugar, respecto a las prácticas reales, algunas personas trabajadoras pueden formular pretensiones «oportunistas» o abusivas, invocando formalmente su situación familiar, pero con objeto de satisfacer otros intereses; el caso arquetípico sería el de una persona trabajadora que en realidad no tiene la intención de asumir responsabilidades familiares –por

ejemplo, porque en realidad van a ser atendidas por su pareja-, pero que las aprovecha como argumento para conseguir un determinado resultado sobre sus condiciones de trabajo (por ejemplo, trabajar a distancia). Por otra parte, es evidente que los responsables de las empresas no siempre se comportan conforme al modelo abstracto de la racionalidad económica, por lo que podrían negarse injustificadamente a determinadas solicitudes con base en prejuicios personales, emociones, relaciones personales o a una «cultura empresarial» ineficiente.

En segundo lugar, el déficit en las alegaciones puede deberse a la pobreza de los argumentos de las partes, derivada de las deficiencias en su asesoramiento técnico o de otros factores contextuales. Así, por ejemplo, es posible que la solicitud inicial de muchas personas trabajadoras sea defectuosa, especialmente si se realiza sin apoyo técnico, y estos problemas podrían terminar proyectándose de algún modo sobre el proceso judicial. En concreto, debido a la necesaria aplicación del principio procesal de aportación, una demanda defectuosa no puede suplirse por una eventual actitud proactiva del órgano judicial; este podrá intentar amplificar la comprensión de los hechos incorporados al proceso, pero no puede añadir hechos que no hayan sido aportados por las partes. Del lado empresarial, la amplitud del artículo 34.8 del ET presenta fricciones con la lógica tradicional de la producción capitalista y, por tanto, pueden surgir actitudes de rechazo que minimicen la importancia del derecho legalmente reconocido y que les lleven a ignorar la solicitud; en este sentido, llama la atención que algunas sentencias analizadas se hayan pronunciado «en rebeldía»⁶, con una extraña actitud pasiva de la empresa tanto en la negociación como el proceso judicial, lo que implica necesariamente la estimación de las solicitudes en las que se configure mínimamente el supuesto de hecho, resultado que se ve reforzado por la última redacción del precepto, que establece una presunción de aceptación en caso de falta de oposición expresa.

En tercer lugar, algunas omisiones podrían responder a malas prácticas del órgano judicial, que minimizaran u omitieran los motivos de una de las partes para facilitar la justificación de su decisión. Ciertamente, todas las resoluciones judiciales deben presentarse de manera clara y convincente y, por tanto, necesitan de artificios retóricos de algún tipo. Por ello, una vez que la persona juzgadora ha adoptado una decisión, redacta su respuesta de modo que parezca la «única posible», lo cual resulta, hasta cierto punto, irrenunciable. Ahora bien, como hemos visto, la justificación de la ponderación de intereses contrapuestos resulta problemática, porque puede ser percibida externamente como una apreciación puramente subjetiva y contingente. En este contexto, la persona juzgadora podría terminar sucumbiendo a la tentación de omitir de la ponderación las razones planteadas por la parte vencida en el enjuiciamiento, lo que implicaría un defecto en la sentencia, ya sea por la falta de consideración de la dimensión constitucional del derecho o, en todo caso, por vulneración de la tutela judicial efectiva. En los casos en los que el órgano judicial omite cualquier referencia a la argumentación de una de las partes, no puede saberse con certeza si esto se debe a que esta no ha aportado motivación alguna o si, por el contrario, se han omitido

⁶ SJS n.º 1 de León 524/2022, de 16 de diciembre; SJS n.º 3 de Plasencia 4/2023, de 17 de enero.

ilegítimamente sus argumentos⁷. Por consiguiente, cuando exista un déficit de argumentación de una de las partes, este debe ponerse de manifiesto de manera explícita en el texto de la sentencia para que la resolución sea transparente⁸.

4. Las necesidades familiares y el enfoque de género

Para configurar el supuesto de hecho del artículo 34.8 del ET, la persona trabajadora tiene la carga de alegar –y en su caso, acreditar–, dos elementos diferenciados: de un lado, un elemento objetivo consistente en la existencia de una necesidad familiar; de otro lado, un elemento teleológico, es decir, una conexión de razonabilidad o adecuación entre dicha necesidad y la alteración de la prestación de trabajo que se pretende (en sentido similar, Lousada Arochena, 2020, pp. 14 y 15). Para desencadenar la aplicación del mecanismo de la ponderación basta con que estos dos elementos se presenten en un grado mínimo. Así, por ejemplo, la solicitud de cambio al turno de mañana de una persona trabajadora que tiene a su cargo un hijo o hija menor de 12 años resulta por sí sola suficiente como para abrir el proceso de negociación y, en su caso, la ponderación judicial de intereses contrapuestos⁹, porque es razonable suponer que le conviene que la jornada laboral coincida lo máximo posible con el horario escolar. Cuestión distinta es que la intensidad de la necesidad alegada pueda afectar al «peso» de sus intereses en la valoración final o que la falta de precisión de la descripción de la situación de hecho impida apreciar la conexión de adecuación con las adaptaciones concretas que se solicitan en un momento determinado, aunque pudiera permitir otras distintas¹⁰.

⁷ Así, en la SJS n.º 1 de León 15/2023, de 20 de enero, prácticamente no se especifican los motivos alegados por la trabajadora (aunque consta en los hechos que tiene 2 hijos menores), desestimándose sus pretensiones a pesar de que la empresa había incumplido su obligación de negociar. En realidad, dado que hay otros supuestos muy similares relacionados con la Universidad de León, probablemente lo que sucede es que en la solicitud no se había llegado a conectar la pretensión de pasar a la modalidad de teletrabajo por las necesidades familiares, por lo que existiría un defecto en la argumentación de la sentencia que debería haber mencionado la falta de adecuación de la solicitud. El mismo juzgado, en la SJS n.º 1 de León 12/2023, de 16 de enero, elude la incorporación explícita de los intereses familiares de la trabajadora, que además constituía una familia monoparental, limitándose a destacar los problemas organizativos de la empresa. También en la SJS n.º 2 de Palma de Mallorca 17/2023, de 17 de enero, se omite el detalle de los intereses del trabajador (más allá del hecho de que este tiene dos hijos), sin que se especifique si este había precisado alguna conexión entre la necesidad familiar y la medida de adaptación pretendida.

⁸ Por ejemplo, en la SJS n.º 6 de Vigo 25/2023, de 12 de enero, se especifica que el demandante no había cuestionado en ningún momento los argumentos de la Comisión de Igualdad, que había desestimado su pretensión en el procedimiento previo.

⁹ «[...] no ha sido controvertido que concurren en la interesada los requisitos para reclamar el derecho correspondiente dado que se ha acreditado que es madre de una menor», SJS n.º 5 de Badajoz 26/2023, de 19 de enero.

¹⁰ En el caso anterior, también se indica que «se desconocen más datos de la situación familiar, únicamente que la madre quiere llevarla a la guardería municipal, siendo el horario de mañana». En este contexto, una vez apreciadas las dificultades empresariales para acceder a la petición, la falta de intensidad o de

En la redacción actual del artículo 34.8 del ET se presume la concurrencia de una situación familiar, digna de protección, al menos en grado mínimo, respecto a los niños y niñas menores de 12 años¹¹. En cambio, en lo que se refiere a los mayores de esta edad o a otros parientes convivientes enumerados por la ley, para abrir espacio a la ponderación debe acreditarse además que estos no pueden valerse por sí mismos por motivos de edad, accidente o enfermedad¹².

Por otra parte, como ha señalado la doctrina, dado que la adaptación del artículo 34.8 del ET es un derecho individual, estas necesidades familiares concurren con independencia de que resulte hipotéticamente posible su cobertura por otros parientes (Lousada Arochena, 2020, pp. 13 y 14; Viqueira Pérez, 2021, p. 7). En este sentido, como indica el Auto del Tribunal Constitucional 1/2009, no puede exigirse a la persona solicitante que aporte alegaciones y pruebas respecto a las circunstancias de su esfera personal (igualmente, Cabeza Pereiro, 2021, p. 177; Jurado Segovia, 2020, p. 280). No obstante lo anterior, una vez que se han acreditado en grado mínimo las necesidades de cuidado, es indudable que la falta de alternativas a los cuidados de la persona solicitante puede incidir significativamente en la ponderación, incrementando el «peso» relativo del interés familiar en relación con las necesidades empresariales concurrentes (Lousada Arochena, 2020, pp. 13 y 14; Molina Navarrete, 2020, p. 329). Del mismo modo, estas circunstancias pueden contribuir a explicar la conexión de adecuación de las medidas concretas que se solicitan, que a menudo están directamente relacionadas con el marco de posibilidades de estas otras personas, por ejemplo, con el horario de trabajo del cónyuge. Así pues, en la práctica este tipo de circunstancias puede afectar significativamente a las posibilidades de éxito de la solicitud¹³, por más que no sea «exigible» su aportación ni pueda indagarse por parte de la empresa o el órgano judicial.

precisión en la definición del supuesto de hecho termina incidiendo en la ponderación, de modo que finalmente el órgano judicial concluye admitiendo la prestación del trabajo a distancia, pero no el paso a turno de mañana que se había solicitado.

¹¹ Por contra, la SJS n.º 1 de Ávila 127/2023, de 13 de abril, alude a que la palabra «necesidad» implica que el supuesto de hecho no viene dado solamente por la edad del menor; sin embargo, a nuestro juicio está haciendo referencia sencillamente al «elemento teleológico», que conecta la necesidad familiar con las condiciones de prestación de servicio.

¹² Este apartado, incorporado a través del Real Decreto-Ley 5/2023, incluye a los hijos mayores de 12 años, al cónyuge o la pareja de hecho y los parientes consanguíneos hasta el segundo grado, sin necesidad de convivencia, pero también a otras personas dependientes que convivan con la persona solicitante. Aunque la redacción es un tanto confusa, entendemos que a todos estos supuestos se aplica la exigencia de justificación de las necesidades de cuidado, que debe sustentarse en el hecho de que las personas mencionadas no pueden valerse por sí mismas por unas u otras razones.

¹³ La SJS n.º 2 de Ciudad Real 148/2023, de 25 de abril, destaca que el marido tenía que atender a su madre dependiente por las tardes, de modo que el hijo en común debía ser atendido por la trabajadora solicitante en este horario. Igualmente, la SJS n.º 1 de Mieres 109/2023, de 19 de mayo, y la SJS n.º 1 de Ávila 127/2023, de 13 de abril, entre otras, toman en consideración las circunstancias de trabajo del otro progenitor. En sentido contrario, una vez acreditadas las dificultades empresariales, la SJS n.º 1 de Guadalajara 56/2023, de 20 de abril, valora, en contra de la solicitante, que no se especifica quién se ha estado ocupando del niño mientras se resuelve la solicitud.

En cuanto a la conexión mínima de adecuación, en principio basta con mostrar que existe un conflicto entre la necesidad familiar anteriormente referida y la distribución de la jornada o las condiciones de realización de la prestación que existen en el momento de la solicitud y ofrecer una o varias alternativas en las que este problema desaparezca o se atenúe. Sin embargo, cuanto más específica sea la propuesta alternativa de la persona trabajadora –o, como veremos, cuanto más inamovible sea su postura en la negociación previa–, más necesario será incrementar la precisión de su argumentación, con objeto de conectar razonablemente su petición con la necesidad familiar que la sustenta, salvo que se hayan presentado alternativas con carácter subsidiario. Por ejemplo, cuando la persona trabajadora solicita un horario muy concreto, con las horas de entrada y salida al trabajo precisadas con exactitud, y su posición no cede ante las propuestas alternativas de la empresa, los órganos judiciales tienden a exigir una justificación más detallada de la solicitud que concretamente se pide, conectándola más claramente con las necesidades familiares¹⁴.

Lo mismo sucede con las pretensiones de la parte actora que, aun siendo más amplias o abstractas, no pueden relacionarse de manera automática con la satisfacción de las necesidades familiares alegadas sin que medie una argumentación previa, como sucede, por ejemplo, con la solicitud de cambio al turno de noche¹⁵. Este problema se plantea de manera muy palpable cuando se solicita el teletrabajo como medida de conciliación, puesto que esta forma de prestación de servicios no garantiza en sí misma la conciliación con las responsabilidades familiares, de manera que en estos casos siempre es necesario introducir una mayor

¹⁴ Así, por ejemplo, en la SJS n.º 2 de Gijón 248/2022, de 16 de diciembre, se señala que la trabajadora había solicitado librar la tarde de los viernes con objeto de recoger a su hijo de hacer deporte a las 20:00 horas. Sin embargo, este también hacía deporte los lunes y los miércoles, días respecto a los cuales la propuesta de la trabajadora mantenía el horario de trabajo hasta las 20:00 horas, añadiéndose a ello el dato de que la empresa le había permitido terminar los viernes a las 18:00 horas. A este respecto, se indica que se había aportado «como única causa familiar» la circunstancia de que el padre trabajaba a turnos y durante noches y festivos, por lo que, en definitiva, se aprecia que concurre un defecto de concreción de la necesidad en relación con la solicitud planteada. Asimismo, la SJS n.º 2 de Burgos 113/2023, de 7 de marzo, considera que «no quedan realmente acreditadas las necesidades de la trabajadora, carga de la prueba que solo a ella correspondía», a pesar de que se había acreditado que la solicitante era madre de un menor y que solicitaba la aplicación de un horario de 10:00 a 14:00 horas. En realidad, la sentencia alude a que faltaba una mayor precisión de la situación de necesidad familiar y de su conexión con la concreta adaptación que se solicitaba, como las posibilidades de disponibilidad del otro progenitor (autónomo agricultor) y los horarios de la guardería, que admitían más posibilidades que las que finalmente se habían escogido.

¹⁵ Así, en el caso enjuiciado por la SJS n.º 4 de Toledo 413/2022, de 28 de noviembre, la trabajadora solicitaba turno fijo de noche los fines de semana, lo que, en opinión del órgano judicial, «no facilita la atención y cuidado de su hijo menor». En efecto, la situación familiar no permitía explicar esta petición, por cuanto el padre precisamente tenía un régimen de visitas fijado por sentencia judicial los fines de semana alternos. Entre líneas puede apreciarse que en esta empresa el plus de nocturnidad parecía bastante relevante, por lo que quizás la jueza sospechaba que se tratara de una solicitud abusiva, aunque esto no se hace explícito en ningún momento.

precisión en el razonamiento para que resulte inteligible. Así, en algunas de las resoluciones judiciales examinadas se desestiman las pretensiones de personas trabajadoras que habían estado trabajando a distancia durante la pandemia y que, al producirse el retorno a la prestación de servicios de carácter presencial, solicitaban mantenerse en esta situación por el mero hecho de tener a su cargo menores de edad, sin mayor concreción¹⁶. Es posible que en estos casos las personas juzgadoras sospecharan que se trataba de solicitudes «oportunistas» o abusivas, dirigidas a satisfacer intereses puramente personales, aunque naturalmente esta línea de pensamiento no se hace del todo explícita «porque no podía acreditarse», sino que simplemente se destaca la ausencia de argumentación respecto a la conexión de adecuación. En cambio, las resoluciones estimatorias de solicitudes de teletrabajo toman en consideración factores como los horarios del colegio de los menores, la distancia del domicilio al colegio o la distancia del domicilio al puesto de trabajo, de modo que pueda observarse que el trabajo a distancia implica ventajas efectivas para la atención a responsabilidades familiares que no se relacionan con la falta de supervisión del cumplimiento de la jornada¹⁷.

Por otra parte, en algunos casos, los motivos alegados por la persona trabajadora solamente permiten justificar una parte de su solicitud, pero no todo aquello que se pide. Aunque esto generalmente lleva a la estimación parcial¹⁸, en una de las sentencias examinadas se determina la desestimación total de la demanda, dado que no se habían ofrecido alternativas en el proceso de negociación anterior ni se habían incorporado pretensiones subsidiarias a la demanda; se entiende, en este caso, que una estimación parcial podría bloquear la posibilidad de apertura de un nuevo proceso de negociación en el que el trabajador tuviera la oportunidad de proponer nuevas alternativas más favorables a sus intereses¹⁹. Esta resolución pone de manifiesto el problema anteriormente referido de que la solución judicial no es el medio idóneo para la canalización de este conflicto de intereses y también remarca la importancia del comportamiento de las partes en el periodo de negociación, que se desarrollará más adelante.

Ahora bien, esta configuración mínima del supuesto de hecho no garantiza el éxito de las pretensiones de la persona trabajadora, puesto que, como se ha dicho, el órgano judicial

¹⁶ A este respecto, en la muestra hay 3 sentencias sobre casos similares –de juzgados distintos– relacionadas con la Universidad de León: SJS n.º 1 de León 15/2023, de 20 de enero; SJS n.º 2 de León 47/2023, de 9 de febrero; SJS n.º 4 de León 4/2023, de 10 de enero. En la primera de ellas se llega a decir que «este no es el procedimiento adecuado para discutir sobre teletrabajo en base a otros motivos». Algo parecido sucede en el caso enjuiciado en la SJS n.º 2 de Salamanca 491/2022, de 27 de diciembre.

¹⁷ SJS n.º 2 de León 47/2023, de 9 de febrero; SJS n.º 2 de Ponferrada 14/2023, de 16 de enero. Igualmente, la SJS n.º 5 de Valladolid 52/2023, de 13 de febrero, entendía que estas circunstancias justificaban que una parte importante de la jornada se realizara en régimen de teletrabajo, pero no la totalidad. También en algunas de las sentencias desestimatorias citadas en la nota anterior se toman en consideración estos factores, descartando su concurrencia.

¹⁸ SJS n.º 2 de Santiago de Compostela 4/2023, de 13 de enero.

¹⁹ SJS n.º 5 de Valladolid 52/2023, de 13 de febrero. El solicitante teletrabajaba al 50% y pedía el 100%, mientras que el órgano judicial solo entendió justificado un teletrabajo del 80%.

deberá ponderar las «necesidades del trabajador» con las «necesidades productivas de la empresa». Así pues, para fortalecer su posición en caso de que existan motivos organizativos que puedan fundamentar una denegación de la solicitud, conviene que la persona trabajadora incorpore a su argumentación factores que cualifiquen la intensidad de la situación de necesidad, lo que generalmente se puede alcanzar determinando esta necesidad de manera más precisa y concreta. Así, por ejemplo, en las resoluciones examinadas que son estimatorias se atiende particularmente a factores como la edad del menor²⁰, la imposibilidad del otro progenitor de atender a las responsabilidades de cuidado debido a sus propios horarios de trabajo²¹ o la inviabilidad de los recursos externos de cuidado²². Del mismo modo, el planteamiento por parte de la persona trabajadora de varias alternativas que satisfagan sus intereses familiares permite maximizar sus posibilidades de éxito.

Tal y como hemos defendido anteriormente, la dimensión constitucional o la perspectiva de género tienen un impacto real cuando se materializan en argumentos concretos, necesariamente vinculados a la intensidad de la situación de la necesidad o a la conexión de adecuación entre esta y la adaptación que se solicita. Ciertamente, algunas de las sentencias examinadas hacen una referencia formal y abstracta a la dimensión constitucional en las introducciones teóricas que habitualmente preceden a la resolución del problema, pero a nuestro juicio este dato en sí mismo considerado no permite satisfacer las exigencias constitucionales porque no garantiza que estos factores se hayan tenido en cuenta de manera efectiva. En definitiva, lo importante es que estos elementos se tomen realmente en consideración de manera concreta en el juego de la ponderación, identificando los correspondientes factores intensificadores que se puedan deducir de la argumentación de la persona trabajadora; también en sentido contrario, si tales elementos no se han identificado en dicha argumentación, será prácticamente imposible que el órgano judicial los pueda sopesar.

La protección de la familia tiende a operar de manera coordinada con la perspectiva de género. Así, a modo de ejemplo, podemos acudir a uno de los casos estudiados, que se refiere a la madre de un hijo menor de un año que solicitaba eludir el turno de noche en la rotación de turnos, dado que su marido trabajaba solamente por las noches como policía²³.

²⁰ En la SJS n.º 1 de Logroño 15/2023, de 23 de enero, se atribuye relevancia al hecho de que el menor tiene solo 9 meses; en la SJS n.º 1 de Salamanca 70/2023, de 22 de febrero, se destaca que el menor tiene menos de 1 año. Por otra parte, en la SJS n.º 2 de Ponferrada 566/2022, de 15 de diciembre, parece que se otorga significación al hecho de que el menor tiene 6 meses, aunque de una manera menos explícita que en las anteriores.

²¹ Por ejemplo, SJS n.º 1 de Logroño 15/2023, de 23 de enero; SJS n.º 2 de Ponferrada 566/2022, de 15 de diciembre.

²² A este respecto, resulta de interés la SJS n.º 1 de Mieres 109/2023, de 19 de mayo. En este caso, se había intentado utilizar un servicio de guardería «de madrugadores» a hora más temprana para compatibilizar con el horario de entrada al trabajo, pero se había acreditado que este había tenido efectos negativos en el bienestar psicológico del menor.

²³ SJS n.º 1 de Salamanca 70/2023, de 22 de febrero.

Resulta evidente que el bebé quedaría en una situación de absoluto desamparo si se quedara por las noches completamente solo en casa. No obstante, solo de manera excepcional se produciría esta situación extrema, porque en último término seguramente la madre terminaría solicitando una reducción de jornada (si ello fuera posible) o una excedencia para el cuidado de hijos o, en el peor de los casos, renunciaría a su empleo. De este modo, la protección de los miembros más vulnerables de la familia terminaría conectando con la dimensión de género: las mujeres trabajadoras se encuentran a menudo con que tienen que elegir entre el cuidado de la familia y su carrera profesional y, sea cual sea su decisión, el impacto de esta sobre los valores constitucionales es negativo si no existe una regulación integradora. Debe tenerse en cuenta que la adaptación de la jornada o del modo de prestación del trabajo resulta especialmente beneficiosa desde la perspectiva de género respecto a otros derechos de conciliación, porque al contrario que estos, no implica la desaparición o la reducción de los ingresos obtenidos por la mujer.

En otro orden de cosas, hay que admitir que indudablemente la perspectiva de género también implica la necesidad de que los varones asuman la corresponsabilidad en las tareas de cuidado, pero esta idea no debe utilizarse como argumento para negar la conciliación de la mujer trabajadora, como sucede en algunas resoluciones judiciales²⁴. Así, por ejemplo, sería inadecuado que, en el caso anteriormente relatado, se negara la solicitud a la madre por considerarse que debe ser el padre quien modifique su turno de noche. No debe ignorarse la desigualdad estructural real, que lleva a que, en la actualidad, sean *de facto* las mujeres quienes mayoritariamente están asumiendo estas responsabilidades, de modo que, si se les niega el derecho a la adaptación de la jornada en virtud de una hipotética corresponsabilidad que, por unos u otros motivos, no llega a verificarse en la práctica, en último término será la mujer quien termine acudiendo a otros derechos de conciliación más incisivos sobre sus ingresos o incluso abandonando el trabajo. Dicho de otro modo, las exigencias de corresponsabilidad de los varones, siendo oportunas y necesarias, no pueden descargarse sobre las espaldas de las mujeres a las que supuestamente se pretende apoyar (Molina Navarrete, 2020, pp. 237 y 333). Al contrario, lo que implica la corresponsabilidad, entendida cabalmente, es que la solicitud del trabajador varón también puede y debe contemplarse desde la perspectiva de género: en la mayoría de los casos porque esta asunción de tareas de cuidado contribuye directamente a una distribución más equitativa de tareas (Cabeza Pereiro, 2021, p. 185), pero incluso en los casos en los que esto no sucede –como, por ejemplo, las familias monoparentales con progenitor varón o las parejas homosexuales masculinas– existe una modesta, pero importante contribución al cambio social a partir de la visibilización y generalización de los supuestos en los que los varones asumen estas responsabilidades.

²⁴ Dentro de la muestra examinada se utiliza la corresponsabilidad en sentido desfavorable a la pretensión en la SJS n.º 4 de León 30/2023, de 3 de febrero, y en la SJS n.º 3 de Cartagena 5/2023, de 30 de diciembre de 2022. No obstante, esto se hace tomando en consideración muchos otros factores y asumiendo que la disponibilidad del marido se había aportado como elemento de intensificación de la situación de necesidad frente a unas dificultades organizativas de la empresa que se consideran significativas.

En definitiva, las consideraciones generales sobre la prevalencia de la protección de la familia y de la igualdad de género, para desplegar una operatividad real, deben sustanciarse en argumentos concretos sobre la situación de desprotección en que quedaría la familia o sus componentes más vulnerables, así como en las consecuencias que tendría la denegación para la integración laboral plena de la mujer o bien sobre la contribución a la corresponsabilidad entre hombres y mujeres. Indudablemente, estos argumentos serán más efectivos si se definen con precisión, lo que, además, permitirá identificar los supuestos en los que la dimensión de género cobre una particular relevancia. Una vez introducidos estos argumentos, no pueden ser omitidos o soslayados por el órgano judicial, que, en caso de sentencia desestimatoria, deberá necesariamente explicar por qué en este caso en concreto no pueden ser atendidos.

5. Las justificaciones empresariales y la afectación al resto de la plantilla

Una vez que la persona trabajadora ha configurado mínimamente el supuesto de hecho, la empresa solamente podrá negarse aduciendo «razones objetivas», normalmente basadas en sus necesidades organizativas y productivas. Por otra parte, también puede acompañar estos motivos empresariales de una propuesta alternativa que se considere más equilibrada. Naturalmente, los motivos empresariales deben ser suficientemente relevantes y no basta con alegar una mera incomodidad o inconveniencia²⁵. No obstante, al mismo tiempo, no puede atribuirse a la persona trabajadora un poder exorbitante para alterar el modo y distribución horaria de su prestación de trabajo, incluso si la cuestión se contempla desde la perspectiva de género, ya que podría desencadenar un efecto *boomerang*, en la medida en que constituya un desincentivo para la contratación de mujeres, por considerar que van a hacer un mayor uso de esta facultad. Así, como regla general, debe admitirse la denegación de la solicitud de adaptación cuando esta última implique una suerte de «excesiva onerosidad sobrevenida» (Molina Navarrete, 2020, p. 318) que rompa el equilibrio de las prestaciones recíprocas, esto es, cuando la causa del contrato de trabajo no pueda satisfacerse adecuadamente debido a la introducción de la adaptación; el ejemplo más claro sería el caso de que en realidad fuera necesario contratar a otra persona para suplir las carencias

²⁵ Vid. SJS n.º 7 de Vigo 470/2022, de 22 de diciembre, que se refiere a un caso en el que la trabajadora solicitaba entrar a las 8:30 horas en lugar de a las 9:00 horas para irse también antes y recoger a su hijo del colegio, con servicio de comedor. La empresa afirma que gran parte del trabajo administrativo se refiere a las llamadas a clientes, que se hacen a partir de las 9:00 horas; sin embargo, en el horario de verano y determinadas épocas festivas, se mantiene este horario sin ningún problema y además esa media hora podría utilizarse para otras tareas de gestión administrativa distintas de las llamadas. Por otra parte, la SJS n.º 1 de León 524/2022, de 16 de diciembre, señala que la solicitud del trabajador como mucho puede provocar una «dificultad organizativa» a la empresa, pero no una «imposibilidad de reorganizar el servicio». Por su parte, la SJS n.º 1 de Guadalajara 56/2023, de 20 de abril, sostiene que no hay un perjuicio grave, pero sí un desequilibrio, lo que resulta en este caso suficiente.

derivadas del cumplimiento de una solicitud de adaptación sin reducción de jornada²⁶. Ahora bien, para valorar la entidad de estos motivos empresariales habrá de atenderse, una vez más, a la intensidad de las necesidades organizativas que se desprenda de la argumentación, que asimismo será más efectiva cuanto mayor precisión se introduzca en ella.

En lo que respecta al teletrabajo, desde luego, no resulta practicable cuando la prestación laboral, por su propia naturaleza, requiera presencialidad. De cualquier modo, aun cuando sea posible en abstracto, en ocasiones se atribuye relevancia al hecho de que esta modalidad no esté implantada en ningún caso en la empresa, lo que implicaría dificultades operativas para su gestión y control²⁷; no obstante, entendemos que estas dificultades deberían especificarse de manera precisa y no en términos genéricos o ambiguos.

Respecto a las solicitudes de adaptación de jornada, tiene una gran importancia la necesidad de la empresa de mantener un cierto nivel de cobertura del servicio afectado en un horario determinado debido a la naturaleza de la actividad o las exigencias de la demanda. Por ejemplo, en algunos casos, se considera que la adaptación no es posible porque pretende que la prestación de servicios se sitúe en determinadas franjas horarias que realmente están sobredimensionadas respecto a las necesidades reales, dejando otras franjas horarias desatendidas²⁸. Ahora bien, estos argumentos deben ponerse necesariamente en conexión con dificultades específicas para reorganizar los recursos de un modo diferente, normalmente debido a la imposibilidad de sustitución por otras personas trabajadoras.

Estos problemas de sustitución pueden venir dados por las tareas específicamente realizadas por la persona solicitante²⁹, pero sobre todo por el tamaño de la empresa o, más concretamente, por la dimensión del colectivo que desempeña funciones equivalentes a las de la persona solicitante. Así, en las unidades más pequeñas, prácticamente se da por supuesto que la alteración de la jornada resulta muy difícil o imposible³⁰; esto lleva en ocasiones a argumentaciones judiciales poco elaboradas, lo que en último término resulta criticable, porque, aunque la desestimación sea en muchos casos casi ineludible, es necesario

²⁶ Sin embargo, la SJS n.º 1 de Ávila 127/2023, de 13 de abril, valora que la empresa no acredita la imposibilidad de contratación, teniendo en cuenta el importe facturado y el dato de que en periodos puntuales incrementa las contrataciones.

²⁷ SJS n.º 4 de León 4/2023, de 10 de enero.

²⁸ Así, por ejemplo, SJS n.º 4 de León 30/2023, de 3 de febrero, y SJS n.º 1 de Guadalajara 56/2023, de 20 de abril.

²⁹ En ese sentido, la SJS n.º 2 de Palma de Mallorca 17/2023, de 17 de enero, subraya que la solicitud se refiere a un puesto de responsabilidad que «realiza funciones que tienen importancia esencial y estratégica para el buen funcionamiento de la empresa» y que no es necesaria una persona con esta categoría en el horario que se solicita.

³⁰ En la SJS n.º 3 de Cartagena 5/2023, de 30 de diciembre de 2022, es determinante que se trata de una peluquería en la que solo había 2 trabajadoras que se turnaban en el horario (y una persona de apoyo ocasional), dándose el caso de que ambas tenían necesidades familiares.

hacer explícita la ponderación, especialmente en lo que respecta a la dimensión constitucional del derecho³¹. También en sentido contrario, en las grandes empresas tiende a exigirse una mayor precisión a la empresa para que justifique la imposibilidad de sustitución, dado que las posibilidades alternativas se multiplican³², de modo que es mucho más difícil que se aprecien sus dificultades organizativas.

Asimismo, las dificultades de sustitución de la persona solicitante a menudo derivan de los perjuicios causados a otras personas trabajadoras y el conflicto que podría generar su imposición. Como regla general parece razonable suponer que los intereses puramente personales deben ceder ante los familiares, salvo que por algún motivo también tengan una clara «dimensión constitucional», como podrían ser las adaptaciones razonables a las situaciones de discapacidad. De este modo, la empresa debe asumir la inconveniencia de los posibles conflictos y utilizar sus poderes organizativos para ajustar la distribución de la jornada, dentro del marco de posibilidades de la normativa vigente³³. No obstante, algunas de las sentencias analizadas atribuyen también relevancia a los intereses puramente laborales de estos terceros afectados, especialmente cuando se produce una afectación colectiva y no solo individual³⁴. Ahora bien, en el caso de que se puedan ver afectados precisamente los derechos de conciliación entre la vida familiar y laboral de otras personas trabajadoras³⁵, el problema es más difícil de resolver. Seguramente procede aplicar, en defecto de

³¹ En este sentido, SJS n.º 1 de León 12/2023, de 16 de enero, en un caso en el que solo había 4 ayudantes de cocina en la residencia y todos ellos habían solicitado la adaptación de la jornada para trabajar únicamente en el turno de mañana; sin embargo, deberían hacerse explícito en la ponderación (aunque fuera para terminar desestimando la demanda) las necesidades de la trabajadora, que era «familia monoparental» y que no se destacan en la operación de ponderación.

³² «¿Por qué no se puede cambiar de campaña o de servicio, en una empresa con tal dimensión de plantilla, y habiendo servicios cuyos horarios se pueden acomodar a la petición del trabajador?» (SJS n.º 2 de Vigo 97/2023, de 28 de febrero). En este caso, la empresa se había negado a la solicitud sin abrir proceso de negociación, limitándose a indicar el horario de comienzo del servicio al que el trabajador estaba adscrito. La ausencia de negociación impide obtener más información, por ejemplo, sobre los problemas que pudieran tener otras personas trabajadoras. También se menciona como un factor relevante la dimensión del centro de trabajo en la SJS n.º 1 de León 524/2022, de 16 de diciembre, considerándose que la empresa tenía posibilidades de reorganizar el servicio.

³³ En este sentido, resulta criticable que la SJS n.º 2 de Salamanca 85/2023, de 20 de febrero, desestime la pretensión porque implicaría la modificación de las condiciones de otro trabajador, sin plantearse siquiera esta posibilidad a efectos de tomarla en consideración.

³⁴ La SJS n.º 4 de Toledo 413/2022, de 28 de noviembre, atribuye relevancia a la merma salarial que supondría la pérdida del turno de noche, si bien en este caso también se entiende que la trabajadora no había acreditado la conexión de causalidad entre la necesidad familiar y la medida pretendida. Por otra parte, la SJS n.º 2 de Santiago de Compostela 4/2023, de 13 de enero, aunque estima el grueso de la pretensión, considera que es desproporcionado fijar una reunión periódica en un horario determinado que perjudica notablemente a las demás personas trabajadoras.

³⁵ En el caso enjuiciado por la SJS n.º 1 de León 12/2023, de 16 de enero, los 4 trabajadores del servicio habían solicitado adaptación de jornada para trabajar solo en el turno de mañana, lo que hacía imposible atender a todas sus solicitudes al mismo tiempo sin llevar a cabo nuevas contrataciones.

otro criterio, el principio *prior in tempore, potior in iure*, al menos si la empresa no puede llegar paralelamente a un acuerdo con las personas afectadas³⁶, pero lo cierto es que esta solución es claramente insatisfactoria porque se puede terminar atendiendo a necesidades familiares de intensidad relativamente baja en detrimento de otras más acuciantes. A este respecto, resulta conveniente que sea la negociación colectiva la que establezca las correspondientes prioridades; en este sentido, hay que hacer constar que solo en dos de las sentencias estudiadas se alude a la existencia de una regulación convencional a través del plan de igualdad que podría facilitar esta priorización de necesidades³⁷.

En otro orden de cosas, resulta muy criticable que algunas sentencias consideren como un motivo empresarial válido el hecho de que el horario deseado no esté previsto en el contrato³⁸, razonamiento indudablemente falaz, por cuanto la solicitud de adaptación precisamente presupone que se pretende alterar una realidad preexistente.

Por último, de manera llamativa, en una de las sentencias estudiadas el motivo para desestimar la solicitud de la trabajadora era la protección de la propia trabajadora solicitante frente a los riesgos laborales, puesto que esta pretendía dejar de prestar tareas de limpieza urbana para pasar a realizar tareas relativas a la limpieza de colegios, pero se daba la circunstancia de que era alérgica a una sustancia que se estaba utilizando intensamente en esta última actividad³⁹. En este caso, aunque inicialmente se habían apreciado favorablemente los motivos familiares concurrentes, la Comisión de Igualdad había terminado desestimando la solicitud, dado que el protocolo negociado para abordar estos casos preveía específicamente la falta de aptitud médica como causa de negativa, lo que lleva al órgano judicial a desestimar la demanda sin efectuar ponderación alguna, entendemos que en este caso de manera justificada.

6. El comportamiento de las partes en el proceso de negociación

Como hemos apuntado anteriormente, el artículo 34.8 intenta estructurar un procedimiento de negociación individual, que formalmente opera en defecto de lo previsto en convenio

³⁶ En el caso de la SJS n.º 7 de Vigo 475/2022, de 22 de diciembre, la solicitud implicaba la modificación de la jornada de otros 2 trabajadores con reducción de jornada por cuidado de hijo; en este caso, se aprecia la voluntad de la empresa de alcanzar un acuerdo con todos ellos, como un elemento seguramente determinante en la desestimación final.

³⁷ SJS n.º 6 de Vigo 25/2023, de 12 de enero, y SJS n.º 2 de Gijón 248/2022, de 16 de diciembre. En ambos casos, la decisión contraria del organismo paritario encargado de gestionar las solicitudes (en la primera sentencia, en función del baremo aplicado, y en la segunda, por motivos médicos) determina irremisiblemente la desestimación de la demanda.

³⁸ SJS n.º 5 de Badajoz 26/2023, de 19 de enero, y SJS n.º 2 de Burgos 113/2023, de 7 de marzo.

³⁹ SJS n.º 2 de Gijón 248/2022, de 16 de diciembre.

colectivo y que se contempla como el mecanismo prototípico para la resolución de la controversia, de modo que el órgano judicial solamente interviene en caso de que la negociación fracase. Aunque esto suceda, los avatares del proceso de negociación previa resultan significativos porque facilitan la incorporación de información al proceso judicial, permitiendo así abordar con mayor solvencia algunos de los problemas operativos que presenta la solución jurisdiccional en estos casos.

En este contexto, es evidente que, incluso desde una perspectiva puramente retórica o pragmática, externa al discurso jurídico, el comportamiento de las partes en este proceso previo de negociación condiciona enormemente la solución final. En muchos casos, el órgano judicial debe adoptar y posteriormente justificar una difícil decisión de ponderación entre intereses contrapuestos, que puede ser percibida como puramente subjetiva o arbitraria, de modo que si se verifica un comportamiento irresponsable o negligente de alguna de las partes en la negociación, lo normal es que esto predisponga a la persona juzgadora en contra de sus posiciones. De cualquier modo, indudablemente la actitud de las partes debe influir en la decisión final también desde un punto de vista interno al discurso jurídico.

Es evidente que la persona trabajadora tiene la carga de formular una solicitud a la empresa antes de acudir a la jurisdicción, pues de lo contrario no se produciría la «discrepancia» o «disconformidad» que determina el objeto del proceso (ex art. 34.8 ET y 139 LRJS). Por otra parte, como hemos visto, la solicitud tiene que estar mínimamente razonada para satisfacer la carga de la persuasión y configurar el supuesto de hecho; posteriormente, podrá precisarse la argumentación, pero en la solicitud inicial debe estar ya preconfigurada la causa de pedir de manera suficiente. En tal caso, la empresa tiene forzosamente que iniciar el proceso de negociación y responder finalmente por escrito aceptando la propuesta, rechazándola de manera razonada o planteando alternativas.

En el caso de que la empresa no reaccione de ningún modo a la solicitud de la persona trabajadora, el órgano judicial deberá estimar la demanda (Viqueira Pérez, 2021, p. 6), siempre que la solicitud reúna los requisitos mínimos para configurar el supuesto de hecho (necesidad familiar y conexión con la adaptación solicitada), dado que en principio la parte demandada no puede alegar en su defensa razones justificativas que no se hayan puesto de manifiesto en la negociación (Lousada Arochena, 2020, p. 12), que resultarían sorpresivas, causando indefensión a la persona trabajadora. Abundando en esta solución, la nueva redacción del artículo 34.8 del ET dada por el Real Decreto-Ley 5/2023 especifica que, en caso de que la empresa no conteste a la solicitud en el plazo de 15 días, se presumirá la concesión. El alcance de esta presunción no está completamente claro, pero a nuestro entender habilitaría a la persona trabajadora para llevar a cabo inmediatamente la prestación de servicios del modo propuesto en la solicitud si no recibiera indicaciones en sentido contrario, aunque fueran posteriores al plazo. En caso de producirse una desestimación tardía, la persona trabajadora se vería obligada a impugnar la decisión, quedando en tal caso limitadas las posibilidades de defensa de la empresa a la alegación de que la solicitud no satisface las exigencias mínimas de configuración del supuesto de hecho.

Resulta llamativo que, a pesar del tamaño reducido de la muestra –que es anterior a la entrada en vigor del mencionado real decreto-ley–, aparecen bastantes resoluciones que de algún modo aluden al incumplimiento de este periodo de negociación por parte de la empresa. Sin embargo, parece que en la mayoría de ellas lo que sucede en realidad es que la empresa había rechazado de manera explícita, pero tajante, la propuesta de la persona trabajadora, sin abrir la posibilidad de una negociación, lo que produce una situación de cierta ambigüedad respecto a las consecuencias jurídicas a aplicar. En último término, las resoluciones judiciales reaccionan de manera variable a esta situación, seguramente teniendo en consideración el resto de las circunstancias presentes en el caso. Así, algunas sentencias consideran que solamente por este incumplimiento empresarial del deber de negociar de buena fe habría de estimarse la solicitud, pero de cualquier modo terminan añadiendo otros motivos que llevarían igualmente al mismo resultado⁴⁰. En cambio, en otras sentencias se considera que no se produce incumplimiento si la empresa lleva a cabo una contestación escrita y motivada⁴¹ o si directamente se indica que el incumplimiento no conduce necesariamente a la desestimación⁴². A nuestro juicio, la apertura del periodo de negociación es ineludible, de modo que la empresa no puede limitarse a contestar, por cuanto, incluso aunque considere que la propuesta formulada es inviable, precisamente el intercambio de información puede llevar al planteamiento de alternativas más apropiadas⁴³. Por tanto, su omisión limitaría las posibilidades de defensa de la empresa en el eventual proceso judicial en el sentido señalado con anterioridad.

Al margen de estos requisitos mínimos, un número significativo de resoluciones judiciales atribuye expresamente relevancia a la mayor o menor flexibilidad o amplitud de las posiciones de las partes en el curso del proceso de negociación, consideración cargada de reminiscencias «morales», pero conectada implícitamente con el discurso jurídico a través del principio de buena fe. Ciertamente, una actitud abierta se considera como un indicio

⁴⁰ SJS n.º 2 de Ponferrada 14/2023, de 16 de enero, aunque dice que la falta de proceso de negociación «inevitadamente condena al fracaso la pretensión de la empresa», posteriormente considera que es preciso llevar a cabo la ponderación, si bien es favorable a la trabajadora. En sentido similar, SJS n.º 1 de Salamanca 70/2023, de 22 de febrero, y SJS n.º 2 de Vigo 97/2023, de 28 de febrero. En esta última parece darse una mayor importancia a la falta de negociación, precisamente porque se estima que impide que fluya al proceso determinada información relevante.

⁴¹ SJS n.º 2 de Salamanca 491/2022, de 27 de diciembre; en sentido similar, SJS n.º 2 de Salamanca 85/2023, de 20 de febrero.

⁴² SJS n.º 1 de León 15/2023, de 20 de enero. De hecho, en esta sentencia, de manera criticable, se omite la referencia a las necesidades familiares.

⁴³ La SJS n.º 1 de Mieres 109/2023, de 19 de mayo, incluso atribuye a la empresa la responsabilidad de «conducir» la negociación –es decir, impulsarla– en caso de que deniegue inicialmente la solicitud pero sin negar la posibilidad de llegar a un acuerdo. Se trata de un supuesto en el que la empresa había denegado «provisionalmente» la solicitud inmediatamente después de recibirla y, transcurrido un plazo de algo más de 1 mes, la trabajadora planteó la demanda, sin que conste que hubiera intentado proseguir la negociación tras la denegación inicial. La empresa alegaba caducidad de la acción, pero el juzgado estimó que el deber de negociar de la empresa no se veía satisfecho únicamente por indicar formalmente el carácter provisional de la decisión denegatoria.

de buena fe en la negociación, mientras que una postura rígida requiere un plus de justificación respecto a la inadecuación de las alternativas planteadas por la contraparte. Por consiguiente, varias sentencias de la muestra valoran positivamente el hecho de que la empresa haya ofrecido alternativas a la solicitud, especialmente cuando la persona solicitante se muestra inamovible en su posición inicial. Como artificio retórico –en este caso, legítimo–, la mayoría estas resoluciones utilizan expresiones que denotan o expresan esta carga valorativa, enfatizando tanto la disposición de la empresa como la inamovilidad de la posición de la persona trabajadora⁴⁴. Por supuesto, este mecanismo requiere que la alternativa propuesta por la empresa sea idónea para satisfacer total o parcialmente la necesidad familiar alegada, por lo que también resultará conveniente incorporar a los argumentos la máxima precisión posible. Naturalmente, la satisfacción completa de los intereses familiares en juego implicaría que la adaptación solicitada no resultaría realmente «necesaria», al existir posibilidades menos lesivas del interés empresarial; es en estos casos cuando la actitud inmovilista de la persona trabajadora determina el rechazo de sus pretensiones. No obstante, parece más probable que las empresas propongan alternativas que satisfagan solo en parte el interés familiar de la persona trabajadora pero que resulten menos dañinas para sus intereses, lo que permitirá intensificar la fortaleza de sus posiciones en la ponderación final, sin eludirla. En definitiva, la formulación de una alternativa idónea por parte de la empresa introduce exigencias de necesidad o de proporcionalidad en sentido estricto a la solicitud de la persona trabajadora, a quien inicialmente solo se exigía la idoneidad de la solución propuesta para configurar el supuesto de hecho.

Por último, hay que tener en cuenta que, desde un punto de vista procesal, el rechazo de la solicitud de la persona trabajadora por existir alternativas viables no implica la adopción automática de estas alternativas, por lo que podrían producirse problemas si posteriormente la empresa alegara que ha cambiado la situación de partida y que ya no puede ofrecerlas. No obstante, no se han encontrado supuestos de este tipo en la muestra examinada.

7. La ponderación final y sus elementos retóricos

Una vez analizados de manera separada los distintos elementos que se han tenido en consideración para realizar la correspondiente ponderación de intereses contrapuestos, es

⁴⁴ Así, «[...] incluso ofreciéndole una adaptación con su compañera [...] se niega en rotundo» (SJS n.º 3 de Cartagena 5/2023, de 30 de diciembre de 2022); «[...] la empresa formuló dos contrapropuestas para acercarse a los intereses de la solicitud, que resulta inamovible [...] parece ser la única causa de tan rígida postura [...] la empresa se ha tomado en serio la solicitud [...] la demandante, además de no modificar su postura, no justifica sobradamente la imposibilidad material de acoplar en algún porcentaje su solicitud» (SJS n.º 7 de Vigo 475/2022, de 22 de diciembre). También atienden a esta situación, aunque con menor carga expresiva en los términos, las SSJS n.º 2 de Palma de Mallorca 17/2023, de 17 de enero, y n.º 4 de Toledo 413/2022, de 28 de noviembre.

preciso analizar la ponderación misma y cómo se presenta formalmente en las sentencias estudiadas. Por más que no se haya pretendido que la muestra sea estadísticamente representativa y que, por tanto, no puedan hacerse generalizaciones precisas, sí que pueden plantearse algunas hipótesis teóricas acerca de los problemas o dificultades que se presentan en las argumentaciones judiciales en estos casos.

En este sentido, resulta destacable que casi invariablemente el órgano judicial se vea en cierto modo impelido a tomar partido con claridad y contundencia por una de las partes, a pesar de que es probable, como hemos dicho, que en la mayoría de ocasiones tanto la persona trabajadora como la empresa tengan motivos importantes desde el punto de vista de sus intereses para sostener sus posiciones. Como hemos visto, al menos en el ámbito de la muestra, solo se ha identificado un caso de estimación parcial y otro en el que precisamente se planteaba la inconveniencia de las estimaciones parciales, mientras que el resto de las sentencias son plenamente estimatorias o desestimatorias y construyen su argumentación de modo que conduzca sin ambigüedades a la solución adoptada. Esta situación deriva en gran medida de la lógica binaria inherente a la solución judicial (basada en la oposición «legal/ilegal»), que irremediablemente termina focalizándose en las posiciones de las partes más que en la composición integrativa de intereses, por lo que es esperable que más allá del ámbito de la muestra suceda lo mismo. Esta lógica binaria lleva a que la mayoría de las resoluciones presenten su argumentación como una acumulación de razones que, a grandes rasgos, apuntan unilateralmente hacia la solución deseada, sin demasiadas concesiones a la posición contraria, de modo que la solución final no parezca contingente, sino, de algún modo, inexorable⁴⁵. Hasta cierto punto, este artificio retórico es necesario para que la solución finalmente adoptada sea inteligible y suficientemente persuasiva. Ahora bien, como ya se ha dicho, esto no puede llevar a omitir las razones que amparan la posición contraria –especialmente las que están relacionadas con la dimensión constitucional del derecho–, aunque sea para refutarlas. Por otra parte, incluso en los casos en los que aparentemente no sería necesario entrar en ninguna ponderación, ya sea debido a las reglas de la carga de la persuasión o a la falta de negociación previa, se siguen añadiendo argumentos «a mayor abundamiento», destinados a incrementar el «peso» de la solución adoptada, con objeto de hacerla más convincente.

En este contexto, cuando las sentencias exponen los motivos que sustentan cada una de las posiciones, normalmente utilizan términos o expresiones que subrayan el «peso» o el valor de las razones que fundamentan la postura que finalmente adoptan o que devalúan la relevancia de los motivos que podrían operar en sentido contrario, como ya se ha expuesto en relación con la valoración de la actitud de las partes en el proceso previo de negociación. Por supuesto, esto es un artificio retórico, pero en este caso está plenamente justificado y, de hecho, en cierto modo resulta exigible, para que se pueda poner de manifiesto de manera

⁴⁵ De manera gráfica, «[...] a conclusion non pode ser máis que a desestimación da demanda» (SJS n.º 6 de Vigo 25/2023, de 12 de enero).

clara y transparente, cuál es el razonamiento y la valoración que subyace a la ponderación final. De hecho, en alguna de las sentencias estudiadas se utilizan términos más neutros y, como consecuencia de ello, la argumentación no resulta suficientemente persuasiva; simplemente se exponen las necesidades de la persona trabajadora y, a continuación, las dificultades de la empresa, sin que se aprecie de manera muy evidente el motivo por el que en último término el órgano judicial se ha decantado por una de las posiciones⁴⁶.

Así pues, la mayoría de las sentencias estimatorias tienden a utilizar modalizadores discursivos que refuerzan tanto la adecuación de la solicitud de la persona trabajadora⁴⁷ como la inexistencia⁴⁸ o insuficiencia⁴⁹ de los motivos empresariales. En efecto, cuando la empresa realmente aporta razones organizativas que implican dificultades para atender a la pretensión formulada, en estos casos se entiende que no son «suficientes», esto es, que su intensidad o precisión no permite desvirtuar las «necesidades» alegadas por la persona trabajadora, una vez llevado a cabo el juicio de proporcionalidad. En otros casos, de manera similar, pero más explícita, se exige que los motivos empresariales sean especialmente intensos o incluso realmente excepcionales, constituyendo una verdadera imposibilidad⁵⁰. En algún caso, de manera más concreta, se devalúa la importancia de una dificultad empresarial que, sin embargo, se reconoce y, al mismo tiempo, se subrayan enfáticamente las posibilidades de la empresa de adaptarse a la solicitud⁵¹.

Del mismo modo, en sentido contrario, las sentencias desestimatorias tienden a utilizar modalizadores del discurso que refuerzan la inexistencia o insuficiencia de los motivos de la persona trabajadora, especialmente destacando la escasa relevancia de la necesi-

⁴⁶ SJS n.º 2 de Salamanca 85/2023, de 20 de febrero.

⁴⁷ «[...] su petición es razonable y acorde con sus necesidades de conciliación [...] absolutamente proporcionada y razonable [...] la petición razonable y aquilatada de sus circunstancias familiares», SJS n.º 2 de Vigo 97/2023, de 28 de febrero.

⁴⁸ «[...] la empresa no las justifica debidamente» [las razones organizativas] (SJS n.º 2 de Ponferrada 14/2023, de 16 de enero); «[...] la empresa no ha opuesto razón organizativa alguna [...]» (SJS n.º 1 de Mieres 109/2023, de 19 de mayo). Por otra parte, de manera mucho más intensa en cuanto a los modalizadores discursivos: «[...] se limita a negar el cambio de turno de forma, casi caprichosa, arbitraria y sin ningún argumento ni razón» (SJS n.º 2 de Ciudad Real 148/2023, de 25 de abril).

⁴⁹ SJS n.º 2 de Vigo 97/2023, de 28 de febrero; SJS n.º 2 de Ponferrada 14/2023, de 16 de enero; SJS n.º 2 de Santiago de Compostela 4/2023, de 13 de enero; SJS n.º 2 de Ponferrada 566/2022, de 15 de diciembre.

⁵⁰ «[...] no puede considerarse imposible la organización de los horarios» (SJS n.º 2 de Santiago de Compostela 4/2023, de 13 de enero); «[...] imposibilidad real de adaptar el horario (SJS n.º 2 de Vigo 97/2023, de 28 de febrero); «[...] imposibilidad absoluta [...] notablemente gravosa» (SJS n.º 7 de Vigo 470/2022, de 22 de diciembre); «No ha quedado claro que la adaptación [...] resultare excesivamente gravosa [...] solo en supuestos excepcionales ha de decaer [...] manifiesto quebranto para la empresa» (SJS n.º 1 de Salamanca 70/2023, de 22 de febrero).

⁵¹ «[...] la posibilidad de organizar su plantilla es verdaderamente amplia [...] existen franjas en las que el sobredimensionamiento de plantilla no es tan elevado» (SJS n.º 2 de Ponferrada 566/2022, de 15 de diciembre).

dad manifestada⁵² o la falta de acreditación fehaciente de las circunstancias alegadas⁵³. Asimismo, también tienden a emplear expresiones que destacan la magnitud del impacto desfavorable de la medida pretendida sobre la organización empresarial⁵⁴. En algún caso, en sentido contrario, se utilizan fórmulas tendentes a minimizar la exigencia de suficiencia de las medidas, exigiendo una razonabilidad mínima⁵⁵, en relación con las deficiencias de las alegaciones de la parte demandante.

8. Conclusión: la argumentación «preventiva»

El análisis de las resoluciones judiciales de la muestra pone de manifiesto que en ellas existe una cierta disparidad de criterios entre los distintos órganos judiciales. Ciertamente, la dependencia de las circunstancias particulares que concurren en cada caso dificulta la comparación o la exposición abstracta de la doctrina de cada órgano judicial, pero sin duda existen diferencias significativas entre las resoluciones que manifiestan que la pretensión de la persona de la trabajadora solo puede decaer en «supuestos excepcionales» que supongan «manifiesto quebranto para la empresa»⁵⁶ y aquellas otras que consideran que no es posible el cambio de horario porque excede lo previsto en el contrato⁵⁷. Esta incertidumbre acentúa la importancia que tiene la argumentación en estos casos, que ya de por sí se desprende de la imposibilidad de aplicar estrictamente la técnica de la subsunción en las normas de «textura abierta». Probablemente, en la mayoría de los casos, las personas juzgadoras toman sus decisiones de manera holística e intuitiva, a la vista de la totalidad de los argumentos presentados y posteriormente, como hemos visto, justifican la resolución a

⁵² «[...] alegando, como única causa familiar» (SJS n.º 2 de Gijón 248/2022, de 16 de diciembre); «[...] único argumento» (SJS n.º 3 de Cartagena 5/2023, de 30 de diciembre de 2022); «[...] conveniencia o comodidad» (SJS n.º 3 de Cartagena 5/2023, de 30 de diciembre de 2022).

⁵³ «[...] no ha quedado acreditado de ninguna forma» (SJS n.º 3 de Cartagena 5/2023, de 30 de diciembre); «[...] ha tratado de justificar [...] no ha sido acreditado [...] resulta poco verosímil [...] ni siquiera se ha concretado fehacientemente» (SJS n.º 4 de León 30/2023, de 3 de febrero); «[...] no quedan realmente acreditadas las necesidades [...] al no acreditarse por la actora de forma razonable y proporcionada [...]» (SJS n.º 2 de Burgos 113/2023, de 7 de marzo).

⁵⁴ «[...] desequilibrio de personal [...] sobredimensionamiento de plantilla [...] imposibilidad de permanecer en la tienda [...]» (SJS n.º 4 de León 30/2023, de 3 de febrero); «[...] se quebrantarían gravemente las necesidades organizativas de la Administración empleadora que vería totalmente desasistido el turno de tarde» (SJS n.º 1 de León 12/2023, de 16 de enero); «[...] ser inviable la solicitud» (SJS n.º 2 de Burgos 113/2023, de 7 de marzo).

⁵⁵ «[...] no siendo absurda, irracional o a la medida de las conveniencias empresariales la negativa empresarial [...]» (SJS n.º 1 de Guadalajara 56/2023, de 20 de abril). En este caso, la fórmula negativa permite rebajar el nivel de suficiencia exigido, contrastando las alegaciones empresariales con el supuesto extremo de una posición totalmente arbitraria.

⁵⁶ SJS n.º 1 de Salamanca 70/2023, de 22 de febrero.

⁵⁷ SJS n.º 5 de Badajoz 26/2023, de 19 de enero, y SJS n.º 2 de Burgos 113/2023, de 7 de marzo.

través de una acumulación de argumentos que apuntan retóricamente a una sola dirección. En este contexto, hay muchas posibilidades de que la parte que presente una argumentación más amplia, precisa, detallada y rica, termine por resultar victoriosa, en comparación con otros supuestos típicos de la jurisdicción social en los que lo más importante es alegar con precisión los hechos y acreditarlos suficientemente. Desde luego, la riqueza de la argumentación no depende exclusivamente de la competencia técnica, sino que normalmente está condicionada por los méritos reales del caso. Sin embargo, puede suceder que, teniendo una parte razones sólidas a su favor, no las ponga de manifiesto en la argumentación debido a una estrategia inadecuada. Por tanto, resulta conveniente aportar a los operadores jurídicos algunas pautas en este sentido.

A nuestro entender, ambas partes deberían poner especial énfasis en la actividad argumentativa del periodo de negociación previo al juicio, cuando el conflicto no se ha judicializado, así como en la conciliación judicial, es decir, en el planteamiento de las propuestas y contrapropuestas y en las negociaciones formales e informales dirigidas a llegar a un acuerdo. De un lado, cuanto mayor sea el flujo de información acerca de los intereses de cada una de las partes, más fácil será que se den las condiciones de posibilidad para alcanzar acuerdos «integrativos» que eviten la judicialización del problema. De otro lado, incluso aunque no se alcance un acuerdo, si una de las partes ha argumentado correctamente en el proceso de negociación y esto se documenta de manera suficiente, su posición se verá fortalecida enormemente en el proceso judicial, no solo porque se proyectará una imagen de actitud proactiva, sino también porque se habrán expresado de manera detallada y precisa sus intereses y las posibilidades reales de actuación que tenía la contraparte. Hay que tener en cuenta que las prácticas generalizadas respecto a la redacción de las demandas judiciales dificultan que en estas se lleve a cabo una argumentación detallada y precisa que haga explícitos los intereses en juego y que, posteriormente, como hemos dicho, la lógica formal del acto del juicio impide la fluidez en la transmisión de la información. Por ese motivo, de acuerdo con el artículo 139.1 a) de la LRJS, ambas partes deben llevar al acto de conciliación y al juicio oral sus propuestas y contrapropuestas. Estos documentos en gran medida fijan y condicionan las posibilidades del debate judicial, de modo que en muchos casos resultará extremadamente difícil ganar un juicio si la actividad previa de negociación ha sido deficiente.

Tal y como se ha visto, a la persona trabajadora le resulta útil, como regla general, exponer con la máxima precisión y detalle que sea posible tanto la intensidad de sus necesidades familiares, como las condiciones que determinan la relación de adecuación entre estas necesidades y la alteración que se pretende. Así, por ejemplo, aunque no se le puede exigir en sentido estricto que aporte datos sobre la distribución de las responsabilidades en el ámbito familiar, en realidad sí que le conviene hacerlo cuando pueda encontrar argumentos que fortalezcan su postura en la ponderación. Por otra parte, el planteamiento de propuestas alternativas o subsidiarias resulta en general beneficioso para las personas trabajadoras tanto a efectos retóricos como de amplificación de las posibilidades de alcanzar un resultado óptimo. De igual modo, a la parte empresarial le conviene detallar con la máxima precisión posible las dificultades organizativas que le supondría, en su caso, acceder a

la solicitud; igualmente, cuando esto fuera posible, es muy oportuno proponer alternativas que permitan satisfacer en todo o en parte los intereses familiares en juego y que resulten menos gravosas, lo que introduciría un juicio de necesidad o fortalecería sus posiciones en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Por otra parte, la empresa debe tener en cuenta que está obligada a abrir un proceso de negociación, por lo que debe hacer constar su iniciación de manera expresa, incluso aunque considere claramente que la propuesta de la persona trabajadora no resulta viable, al menos tal y como está configurada, mostrando también que la disposición para negociar es real.

Esta argumentación «previa al juicio» no necesita presentarse formalmente como un razonamiento «jurídico», en el sentido de que no es preciso que sustente su racionalidad sobre normas o principios; de hecho, en gran medida es conveniente evitar las referencias explícitas al derecho, que conducen a una lógica de posiciones cerradas más que a una composición real de intereses. Sin embargo, conviene que estos razonamientos se configuren con claridad y precisión y se documenten de modo adecuado, lo que en muchas ocasiones requiere de una cierta competencia técnica. En este sentido, en general resulta disfuncional la estrategia de recurrir al apoyo técnico profesional solamente cuando la negociación fracasa por unos u otros motivos. No obstante, somos conscientes de que el recurso fisiológico y no patológico a los y las profesionales del derecho o la mediación puede ser poco factible para muchas personas trabajadoras y para las empresas más pequeñas. Por eso mismo, resulta interesante plantearse la posibilidad de configurar un sistema institucional de apoyo «preventivo» a este tipo de conflictos que facilite la mediación prejudicial, incluso durante el periodo de negociación en el ámbito de la empresa (Martínez Moreno, 2020, p. 21), y que permita especificar y documentar con precisión sus intereses y actitudes, quizás partiendo de las experiencias de algunos sistemas autónomos de resolución de conflictos laborales, si bien no es este el espacio para desarrollar la propuesta. Un sistema de este tipo podría, asimismo, facilitar que la intervención judicial en estos casos, con todos sus problemas, realmente operara como un último recurso.

Referencias bibliográficas

- Aragón Gómez, C. (2020). Tiempo de trabajo y conciliación: reducciones y adaptaciones de jornada por razones familiares. *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 62, 1-32.
- Atienza Rodríguez, M. (2012). A vueltas con la ponderación. En M. Atienza Rodríguez y J. A. García Amado, *Un debate sobre la ponderación* (pp. 9-38). Palestra. Temis.
- Cabeza Pereiro, J. (2021). Reducción de jornada: a vueltas con la discriminación sexista con ocasión de dos nuevos pronunciamientos del Tribunal Constitucional. *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado: revista de estudios sobre ciencias del trabajo y protección social*, 4, 167-188.
- Gorelli Hernández, J. (2020). Tiempo de trabajo y conciliación de la vida laboral, familiar

- y personal. En S. González Ortega (Coord.), *El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo. XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales* (pp. 125-160). Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.
- Heck, P. (1948). Jurisprudencia de intereses (M. González Enríquez, Trad.). *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 4, 509-550.
- Jurado Segovia, A. (2020). Tutela del derecho. En F. Pérez de los Cobos Orihuel y E. Monreal Bringsvaerd (Dirs.), *Registro de la jornada y adaptación del tiempo de trabajo por motivos de conciliación: preguntas y respuestas* (pp. 259-305). Wolters Kluwer.
- Lousada Arochena, J. F. (2020). Reducción de jornada y adaptación del trabajo por motivos de conciliación en la doctrina judicial. *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 70, 1-20.
- Martínez Moreno, C. (2020). La nueva regulación de la adaptación de la jornada con fines de conciliación: ¿hasta dónde llega el avance? *Revista Derecho Social y Empresa*, 12, 1-22. DOI: 10.14679/1172.
- Meléndez Morillo-Velarde, L. (2023). El derecho a solicitar la adaptación de jornada: una aproximación legal y judicial. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 56, 95-120. <https://doi.org/10.54571/ajee.560>
- Molina Navarrete, C. (2020). *La doctrina jurisprudencial por discriminación de género en el orden social*. Wolters Kluwer.
- Sánchez-Girón Martínez, B. (2021). El derecho de adaptación de jornada para la conciliación de la vida laboral y familiar y su redacción en el RDL 6/2019. *Revista de Ciencias Jurídicas*, 156, 1-29. <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/48852/48545>
- Sánchez-Urán Azaña, Y. (2019). Adaptación de la jornada laboral y derecho de conciliación de la vida laboral y familiar. Factores de valoración de la ponderación judicial. Sentencia núm. 251/2019, del JS núm. 1 de Mataró, de 12 de septiembre. *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 8, 1-10. https://doi.org/10.55104/RJL_00100
- Tarabini-Castellani Aznar, M. (2020). Ejercicio y dinámica del Derecho. En F. Pérez de los Cobos Orihuel y E. Monreal Bringsvaerd (Coords.), *Registro de la jornada y adaptación del tiempo de trabajo por motivos de conciliación: preguntas y respuestas*, 10 (pp. 237-257). Wolters Kluwer.
- Teubner, G. (1983). Substantive and Reflexive Elements in Modern Law. *Law and Society Review*, 17(2), 239-286.
- Thibault Aranda, J. (2020). Naturaleza y alcance del derecho. En F. Pérez de los Cobos Orihuel y E. Monreal Bringsvaerd (Coords.), *Registro de la jornada y adaptación del tiempo de trabajo por motivos de conciliación: preguntas y respuestas* (pp. 213-236). Wolters Kluwer.
- Viqueira Pérez, C. (2021). Límites a la adaptación de jornada para la conciliación de la vida familiar (art. 34.8). *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 4, 1-8. https://doi.org/10.55104/RJL_00240
- Yin, R. K. (1994). *Case Study Research: design and methods* (2.ª ed.). Sage Publications.

Antonio Álvarez del Cuvillo. Es profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Cádiz. Además de sus estudios en Derecho, es Licenciado en Antropología Social y Cultural. Cuenta con tres sexenios de investigación reconocidos y su trayectoria investigadora se ha centrado en gran medida en los derechos fundamentales y la prohibición de discriminación, incluyendo la perspectiva de género. En su faceta docente, se ha enfocado particularmente en el desarrollo de competencias de argumentación. <https://orcid.org/0000-0003-2103-347X>

Bienestar de los animales de compañía y derecho del trabajo: convergencias y propuestas

Oriol Cremades Chueca

*Profesor Lector Serra Húnter de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universitat Rovira i Virgili (España)*

oriol.cremades@urv.cat | <https://orcid.org/0000-0002-9134-1139>

Este trabajo ha sido finalista 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 temática del bienestar de los animales de compañía ha experimentado desde distintas perspectivas –filosófica, económica, mediática-digital y jurídica– un importante auge en las últimas décadas. La Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria, la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales, la Ley orgánica 3/2023, de 28 de marzo, de modificación de la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de maltrato animal y, sobre todo, la Ley 7/2023, de 28 de marzo, de protección de los derechos y el bienestar de los animales son sus mayores y recientes exponentes en el ordenamiento jurídico español. A pesar de ello, el derecho del trabajo español parece no estar en sintonía con estas tendencias y cambios normativos.

Este estudio aborda crítica y propositivamente las convergencias entre el bienestar de los animales de compañía y el derecho del trabajo y explora y analiza cuáles son las actuales vías jurídicas que el derecho del trabajo español ofrece a esta problemática –incluyéndose, asimismo, aspectos de derecho comparado– para finalmente valorar alternativas de propuestas *de lege ferenda* en el ordenamiento laboral español. Se concluye con la necesidad de legislar un permiso retribuido de la persona trabajadora por cuidado de animal de compañía, un permiso retribuido por fallecimiento de animal de compañía, la nulidad objetiva de todo comportamiento contrario al bienestar del animal de compañía del empleador, así como el derecho de la persona trabajadora a ser indemnizada por los daños y perjuicios (lucro cesante, daño emergente y daño moral) causados por tal comportamiento.

Palabras clave: animales de compañía; bienestar animal; derecho animal; derecho del trabajo; derecho comparado; políticas *pet friendly*; negociación colectiva; propuestas *de lege ferenda*; permisos retribuidos.

Recibido: 03-05-2023 / Aceptado: 08-09-2023 / Revisado: 31-12-2023/ Publicado (en avance *online*): 22-02-2024

Cómo citar: Cremades Chueca, O. (2024). Bienestar de los animales de compañía y derecho del trabajo: convergencias y propuestas. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 479, 79-114. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.18951>

Companion animal welfare and labour law: convergences and proposals

Oriol Cremades Chueca

*Profesor Lector Serra Hünter de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universitat Rovira i Virgili (España)*

oriol.cremades@urv.cat | <https://orcid.org/0000-0002-9134-1139>

This paper has been a finalist 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 topic of companion animal welfare has undergone a significant rise in recent decades from different perspectives –philosophical, economic, digital-media and legal–. Law 17/2021, of 15th December, modifying the Civil Code, the Mortgage Law, the Civil Procedure Law, on the legal regime of animals, Organic Law 3/2023, of 28th March, modifying Organic Law 10/1995, of 23rd November, of the Criminal Code, on animal abuse and, above all, the Law 7/2023, of 26th March, on protection of the rights and welfare of animals are its greatest and most recent examples in the Spanish legal system. Despite this, Spanish labour law seems not to be in tune with these trends and regulatory changes.

This study critically and purposefully addresses the convergences between companion animal welfare and labour law and explores and analyzes the current legal means that Spanish labour law offers concerning this issue –also including aspects of comparative law– to finally evaluate alternatives of *de lege ferenda* proposals in the Spanish labour law system. It concludes with the need to legislate an employee's paid leave for the care of a companion animal, an employee's paid leave for the death of a companion animal, the objective nullity and voidance of all employer's behaviour contrary to the welfare of companion animals, as well as the employee's right to be compensated for damages (loss of profit, consequential damage and moral damage) caused by such behaviour.

Keywords: companion animals; animal welfare; animal law; labour law; comparative law; pet-friendly policies; collective bargaining; *de lege ferenda* proposals; paid leaves.

Received: 03-05-2023 / Accepted: 08-09-2023 / Revised: 31-12-2023/ Published (online preview): 22-02-2024

Citation: Cremades Chueca, O. (2024). Companion animal welfare and labour law: convergences and proposals. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 479, 79-114. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.18951>

Sumario

1. El auge de la preocupación del bienestar de los animales de compañía: valores, economía, medios de comunicación y derecho
2. Las convergencias del bienestar de los animales de compañía y el derecho del trabajo
3. Bienestar de los animales de compañía y derecho del trabajo español: actuales vías jurídicas
 - 3.1. La «buena voluntad», las políticas empleadoras «*pet friendly*» y las condiciones más beneficiosas: tipología y factores
 - 3.2. Las políticas «*pet friendly*» en la negociación colectiva: una vía (casi) inexplorada, pero... ¿disfrute de días de asuntos propios?
 - 3.3. Los derechos y obligaciones previstos en el ET y el bienestar de los animales de compañía: usos, interpretaciones y límites
 - 3.3.1. La compensación con descanso de horas extraordinarias y del exceso por distribución irregular de la jornada
 - 3.3.2. Las vacaciones
 - 3.3.3. La incapacidad temporal
 - 3.3.4. El permiso por accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, el permiso por fallecimiento, el permiso por fuerza mayor familiar, el permiso parental y la solicitud de adaptación de jornada
 - 3.3.5. El cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal
4. A modo de conclusión: propuestas *de lege ferenda* sobre el bienestar de los animales de compañía para el derecho del trabajo español
 - 4.1. Alternativas de propuestas *de lege ferenda* sobre el bienestar de los animales de compañía para el derecho del trabajo español
 - 4.2. La necesidad de legislar en el derecho del trabajo español un permiso retribuido por cuidado de animal de compañía, un permiso retribuido por fallecimiento de animal de compañía y la nulidad objetiva y el derecho a una indemnización por daños y perjuicios ante comportamientos contrarios al bienestar del animal de compañía por parte del empleador

Referencias bibliográficas

Nota: Este trabajo se ha realizado como miembro del grupo de investigación de la Universitat Rovira i Virgili «Territori, Ciutadania i Sostenibilitat», reconocido como grupo de investigación consolidado y que cuenta con el apoyo del Departament de Recerca i Universitats de la Generalitat de Catalunya (2021 SGR 00162).

«The day may come when the rest of the animal creation may acquire those rights which never could have been withholden from them but by the hand of tyranny. (...)

[T]he question is not, Can they reason? nor, Can they talk? but, Can they suffer?

Why should the law refuse its protection to any sensitive being? The time will come when humanity will extend its mantle over everything which breathes (...)

Bentham, J. (1781).

Principles of morals and legislation

Chap. 17 (Of the limits of the penal branch of jurisprudence),
sec. IV, p. 311, footnote

1. El auge de la preocupación del bienestar de los animales de compañía: valores, economía, medios de comunicación y derecho

El bienestar de los animales no humanos ha sido una preocupación de los seres humanos desde hace siglos: habiendo sido superada una tradición de desprecio a los mismos –con exponentes que incluyen el Génesis y el pensamiento de Tomás de Aquino, Kant y Agustín de Hipona–, poco a poco el pensamiento filosófico ha ido virando a posiciones en las que, desde múltiples perspectivas –entre muchos otros, Bentham, Darwin, Nussbaum, Regan y Singer–, se pone el acento en «el valor del respeto» (por todos, Fernández Domingo, 2022; Mosterín, 1995, pp. 16-30).

Dentro de la gran diversidad de animales no humanos, los de compañía han sido un foco de especial atención: un paulatino pero constante auge sobre la preocupación de su bienestar. A nuestro parecer resulta difícil discernir las entrelazadas y verdaderas causas de tal interés –asunto que, en cualquier caso, sobrepasa con creces el objeto de este estudio–, pero sí que entendemos que resulta relevante apuntar una cuestión: «bienestar de los animales de compañía» es un concepto que remite a evitar la crueldad sobre ellos y su sufrimiento y esta idea tiene, seguramente, más fácil comprensión y aceptación sociopolítica que la basada en «derechos de los animales de compañía» (Sunstein, 2005, pp. 3-4). Un posicionamiento, este último, que encuentra muchísimos más obstáculos históricamente que el primero y que tiene alambicadas derivadas de índole tanto física, económica, política, religiosa, legal como psicológica (Wise, 2004). Y es que el bienestar de los animales de

compañía –y, en general, de los animales no humanos– no solo «parte de la concepción del animal [de compañía] como un ser dotado de un componente físico y un componente psíquico que resultan inseparables ya que ambos conforman un ser único e irrepetible» (Pérez Monguió *et al.*, 2008, pp. 206-207), sino que trasciende a un paradigma exclusivamente asociado a la protección del medio ambiente y del planeta Tierra porque es capaz de apelar directamente y con mayor transversalidad e, incluso, «sensibilidad» a cada uno de los miembros de la ciudadanía sin necesidad de una mayor prevalencia o asignación estrictamente política –acogiéndose fácilmente todo el espectro progresista y conservador e, incluso, totalitario político (Posner, 2004, p. 62)–.

En España, y quizás como aproximación objetiva, únicamente hace falta detenernos en dos datos: por un lado, en casi todas las comunidades autónomas viven más perros que personas menores de 14 años¹, y, por otro, ha existido un incremento constante de las toneladas de comida específica para animales de compañía vendidas y de su valor monetario, así como el del volumen de negocio global en el mercado español de la que pudiéramos llamar «industria y servicios de los animales de compañía». Un ascenso, debe advertirse, que no solo se justifica por el de los animales de compañía en España a lo largo del tiempo puesto que el gasto medio por animal de compañía también ha venido aumentando².

En definitiva, datos que confirman tanto la importancia cuantitativa y cualitativa de los animales de compañía como que la preocupación de su bienestar es igualmente materia económica, o, dicho de otra forma –y como tituló el periódico *El País*–: «Mascotas SA: una industria "milmillonaria" que no para de crecer» (Fernández, 2022).

En todo caso, el bienestar de los animales de compañía es una tendencia mundial en crecimiento exponencial que debe ponerse en el contexto de la era global del conocimiento y la digitalización y, en especial, en cómo el activismo, los medios de comuni-

¹ Considerando datos del año 2021 del Instituto Nacional de Estadística y la Asociación Nacional de Fabricantes de Alimentos para Animales de Compañía (ANFAAC) –a fecha de actualización del estudio, los últimos datos disponibles por parte de ANFAAC son de dicho año y no se disponen datos de las ciudades de Ceuta y Melilla–, en el global de España había 6.654.130 menores de 14 años y 9.280.821 perros. Es decir, había 1,39 perros por menor de 14 años, siendo el desglose por comunidades autónomas el siguiente: en Andalucía había 1.279.906 menores de 14 años y 1.953.838 perros (1,53 perros/menor de 14 años); en Aragón, 181.077 y 398.225 (2,20); en Asturias, 106.861 y 352.229 (3,30); en Cantabria, 74.168 y 92.942 (1,25); en Castilla-La Mancha, 299.696 y 286.236 (0,96); en Castilla y León, 276.004 y 607.136 (2,20); en Cataluña, 1.139.260 y 1.254.211 (1,10); en Extremadura, 139.520 y 219.859 (1,58); en Galicia, 310.662 y 683.481 (2,20); en Islas Baleares, 171.187 y 238.947 (1,40); en Islas Canarias, 272.839 y 428.440 (1,57); en La Rioja, 45.164 y 319.892 (7,08); en Madrid, 992.013 y 963.058 (0,97); en Murcia, 252.714 y 323.198 (1,28); en Navarra, 99.700 y 46.631 (0,47); en País Vasco, 294.662 y 151.534 (0,51), y en Valencia, 718.697 y 1.270.000 (1,77). *Vid.* Rius (2023).

² Nos remitimos a las extensas estadísticas de la Asociación Madrileña de Veterinarios de Animales de Compañía y la Asociación Española de la Industria del Comercio del Sector Animal de Compañía (AMVAC y AEDPAC) (2023).

cación (digitales), las redes sociales y las plataformas digitales –e, incluso, los llamados *influencers* y *celebrities*– han ayudado, ayudan y ayudarán a viralizar el bienestar de los animales de compañía como temática y contenido frecuente y normalizado en las sociedades y economías capitalistas, y, por tanto, influenciando y contribuyendo a conformar opiniones públicas y agendas políticas.

Simultáneamente en el derecho se ha venido creando la que ya se considera un área específica jurídico-normativa: el derecho animal. Sin mucho menos ánimo de exhaustividad y respecto a los animales de compañía, nos encontramos con normativa internacional como el Convenio Europeo sobre Protección de Animales de Compañía del año 1987 (CEPAC), el artículo 13 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y el Código Sanitario para los Animales Terrestres del año 2022 de la Organización Mundial de Sanidad Animal (Código Sanitario para los Animales Terrestres de la OMSA).

En este sentido, el CEPAC –firmado por España el 9 de octubre de 2015, ratificado el 19 de julio de 2017 y entrando en vigor el 1 de febrero de 2018– deviene importante, entre otras razones, porque incluye una definición de animal de compañía –«todo aquel que sea tenido o esté destinado a ser tenido por el hombre, en particular en su propia vivienda, para que le sirva de esparcimiento y le haga compañía» (art. 1.1)– y establece como principios básicos para el bienestar de los animales la prohibición de infligirles innecesariamente dolor, sufrimiento o angustia y abandonarlos (art. 3).

En cuanto al artículo 13 del TFUE, se dispone como principio general de la Unión Europea (UE) que en la formulación y aplicación de sus políticas en materia de agricultura, pesca, transporte, mercado interior, investigación y desarrollo tecnológico y espacio, la UE y los Estados miembros tendrán «plenamente en cuenta las exigencias en materia de bienestar de los animales como seres sensibles», respetándose al mismo tiempo las disposiciones legales o administrativas y las costumbres de los Estados miembros relativas, en particular, a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional³. Una cláusula obligacional, vinculante y con pleno valor jurídico que debe leerse juntamente con el hecho de que el bienestar de los animales está reconocido jurisprudencialmente como un «objetivo de interés público» de la UE⁴: un reconocimiento importante y que ha sido utilizado para examinar la validez de actos jurídicos de la UE en relación con el criterio de proporcionalidad⁵.

³ Sobre este principio de la UE y sus eventuales limitaciones por disposiciones legales o administrativas y costumbres de los Estados miembros relativas, en particular, a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional, por todos, *vid.* Alonso García (2010) y Castro Álvarez (2019, p. 113).

⁴ Por todas, *vid.* Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –SSTJUE– de 17 de enero de 2008 (asuntos acumulados C-37/06 y C-58/06), párr. 22, y de 17 de octubre de 2012 (asunto C-101/12), párr. 35.

⁵ STJUE de 12 de julio de 2001 (asunto C-189/01), párr. 85.

Y respecto al Código Sanitario para los Animales Terrestres de la OMSA, este es trascendental porque conceptualiza jurídicamente el «bienestar animal»:

estado físico y mental de un animal en relación con las condiciones en las que vive y muere [y, por tanto, u]n animal experimenta buen bienestar si está sano, cómodo, bien alimentado, en seguridad, puede expresar formas innatas de comportamiento y si no padece sensaciones desagradables de dolor, miedo o desasosiego y es capaz de expresar comportamientos importantes para su estado de bienestar físico y mental. Un buen bienestar animal requiere prevenir enfermedades, cuidados veterinarios apropiados, refugio, manejo y nutrición, un entorno estimulante y seguro, una manipulación correcta y el sacrificio o matanza de manera humanitaria. Mientras que el concepto de bienestar animal se refiere al estado del animal, el tratamiento que recibe se designa con otros términos como cuidado de los animales, cría de animales o trato compasivo (art. 7.1.1).

Toda esta normativa internacional tiene indudablemente una vital proyección en el ordenamiento jurídico español. Si bien tanto desde normativa estatal española como autonómica, local, horizontal, específica y complementaria se han venido regulando cuestiones vinculadas sobre el bienestar animal, desde inicios de la década de 2010 se percibe un creciente aumento normativo sobre esta temática⁶. En esta fase de auge tres normas son, seguramente, las culminantes hasta la fecha: la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales (Ley 17/2021); la Ley orgánica 3/2023, de 28 de marzo, de modificación de la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (CP), en materia de maltrato animal (LO 3/2023), y la Ley 7/2023, de 28 de marzo, de protección de los derechos y el bienestar de los animales (LPDBA).

La importancia de la Ley 17/2021 radica, ante todo, en la modificación del Libro II de Código Civil (CC) y que sienta como principio la distinta naturaleza entre los animales no humanos y las cosas o bienes. En concreto, los animales pasan a ser considerados como «seres sintientes» (no cosas) y, consecuentemente, debe asegurarse su bienestar (art. 333 bis 1 y 2 CC)⁷. De este modo, se produce una descosificación jurídica y, a la vez, se realza el valor

⁶ Nos remitimos al Código de Protección y Bienestar Animal de la Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, muestra de encomiable tarea de selección y ordenación a cargo de doña Teresa Villalba Rodríguez.

Para una perspectiva de síntesis (histórica) sobre la normativa infraconstitucional sobre la protección y bienestar animal, *vid.* Casado Casado (2020, pp. 61-96).

⁷ Artículo 333 bis del CC:

1. Los animales son seres vivos dotados de sensibilidad. Solo les será aplicable el régimen jurídico de los bienes y de las cosas en la medida en que sea compatible con su naturaleza o con las disposiciones destinadas a su protección. 2. El propietario, poseedor o titular de cualquier otro derecho sobre un animal debe ejercer sus derechos sobre él y sus deberes de cuidado respetando su cualidad de ser sintiente, asegurando su bienestar conforme a las características de cada especie y respetando las limitaciones establecidas en esta y las demás normas vigentes.

del bienestar animal siguiendo la línea de derecho comparado de otros Estados –por ejemplo, el Reino Unido (en el año 2006); Francia (2015); Nueva Zelanda (2015), y Portugal (2017)⁸–.

Ahora bien –y cuestión no menor–, tal descosificación no llega a ser una humanización ni tampoco implica jurídicamente que algunos o todos los animales no humanos puedan o sean miembros de la familia –por muchos titulares en medios de comunicación y por muchas personas que consideren y afirmen que sus animales de compañía son miembros de su familia–y, por tanto, no hay reconocimiento jurídico de una hipotética familia multiespecie o interespecie⁹: se crea una categoría y estatus jurídico para el animal no humano («ser sintiente») y se legislan concretos aspectos civiles asociados con él y cuyo objetivo final es proteger –incluso dignificar– tanto al propio animal como, directa e indirectamente, el cierto «apego» de (específicas) personas a él¹⁰. Repárese también que el (no culminado) proyecto de la Ley de familias de abril 2023 no hacía mención alguna a los animales de compañía –ni como miembros de la familia ni tampoco a su bienestar y cuidado–¹¹.

Posteriormente a la Ley 17/2021, vía la Ley orgánica 3/2023 –y que entró en vigor el 18 de abril de 2023– los delitos en materia de maltrato animal han sido modificados con el objetivo de reforzar la protección penal de los animales y posibilitar una más eficaz y efectiva respuesta penal ante las diferentes formas de violencia contra ellos¹².

Por último, la LPDBA –en vigor desde el 29 de septiembre de 2023 y cuyo análisis en profundidad desborda el objeto de estudio– va un paso más allá respecto de las otras dos leyes y sienta un hito al ser la primera ley española a nivel estatal sobre protección de los derechos y el bienestar de los animales. En ella, por un lado, se juridifican muchos conceptos en el ordenamiento (interno) español y, específicamente, el de «animal de compañía»

⁸ Vid. para el caso del Reino Unido la *Animal Welfare Act 2006* –<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/45>–; para Francia, la *Loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures* que crea vía su art. 2 el nuevo art. 515-14 del *Code Civil* –<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000030248562>–; para Nueva Zelanda, la *Animal Welfare Amendment Act (No 2) 2015* –http://www.nzlii.org/nz/legis/consol_act/awaa22015235–, y para Portugal, la *Lei n.º 8/2017, de 3 de março: estabelece um estatuto jurídico dos animais, alterando o Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47 344, de 25 de novembro de 1966, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26 de junho, e o Código Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de setembro* –<https://data.dre.pt/eli/lei/8/2017/03/03/p/dre/pt/html>–.

⁹ La familia multiespecie o interespecie sería aquella caracterizada por la unión convivencial y emocional interespecie y, por tanto, integrada por seres humanos y otros tipos de especies de animales. Extensamente, *vid.* Sáez Olmos *et al.* (2023).

¹⁰ Sobre el «ser sintiente» como nueva categoría en el derecho español, *vid.* Rey Pérez (2023).

¹¹ Proyecto de Ley de familias (121/000151) –Boletín Oficial de la Cortes Generales–Congreso de los Diputados– Serie A: proyectos de ley – Núm. 151-1 - 14 de abril de 2023 (cve: BOCG-14-A-151-1).

¹² Artículos 340 bis, ter, quarter y quinquies del CP.

(art. 3 a)¹³ y el de «bienestar animal» (art. 3 k) –acogiéndolo en los términos del Código Sanitario para los Animales Terrestres de la OMSA (y que ha sido expuesto con anterioridad)– y se articula un listado positivo de animales de compañía (arts. 34-37); y, por otro, y más allá de justificarse la obligación genérica de toda persona de tratar a los animales conforme a su condición de «seres sintientes» (art. 24.1), se dispone un conjunto de obligaciones y prohibiciones generales y específicas sobre la tenencia y convivencia con animales de compañía a sus titulares, tutores, responsables y las personas que convivan con dichos animales (arts. 24-30)¹⁴.

Asimismo, es destacable que la LPDBA establece un régimen sancionador (arts. 69-81) y, sobre todo, que es sujeto responsable cualquier persona física o jurídica que incurra en las acciones u omisiones tipificadas como infracción en la ley –sin perjuicio de las responsabilidades que les pudieran corresponder en el ámbito civil o penal– y un régimen de responsabilidad solidaria de las infracciones y eventuales sanciones que se impongan a las varias personas físicas o jurídicas a las que fuera imputable el incumplimiento o si no resultara posible determinar el grado de participación de cada una de ellas. Se dispone, además, responsabilidad subsidiaria de las sanciones impuestas a las personas jurídicas que hayan cesado en sus actividades, quienes ocuparan el cargo de administrador en el momento de cometerse la infracción y responsabilidad solidaria de los padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho de un menor de las multas pecuniarias impuestas por los hechos cometidos por este último.

A pesar de todo este conjunto de tendencias filosóficas, económicas, mediático-digitales y jurídico-normativas sobre el bienestar de los animales y, en especial, de los animales de compañía, el derecho del trabajo español parece no estar en sintonía con ellas al no haber existido modificaciones legales en esta área del derecho: ¿cómo conseguir garantizar el bienestar de los animales de compañía si las personas que están obligadas pueden ser personas trabajadoras y empleadores?

¹³ Artículo 3 a) de la LPDBA:

Animal de compañía: animal doméstico o silvestre en cautividad, mantenido por el ser humano, principalmente en el hogar, siempre que se pueda tener en buenas condiciones de bienestar que respeten sus necesidades etológicas, pueda adaptarse a la cautividad y que su tenencia no tenga como destino su consumo o el aprovechamiento de sus producciones o cualquier uso industrial o cualquier otro fin comercial o lucrativo y que, en el caso de los animales silvestres su especie esté incluida en el listado positivo de animales de compañía. En todo caso perros, gatos y hurones, independientemente del fin al que se destinen o del lugar en el que habiten o del que procedan, serán considerados animales de compañía. Los animales de producción solo se considerarán animales de compañía en el supuesto de que, perdiendo su fin productivo, el propietario decidiera inscribirlo como animal de compañía en el Registro de Animales de Compañía.

¹⁴ Bajo la LPDBA se considera «persona titular» la que «figure como tal en los registros oficiales constituidos para las distintas especies» (art. 3 dd); y «persona responsable» como aquella «persona física o jurídica que sin ser titular se encuentre, de forma circunstancial o permanente, al cuidado, guarda o custodia del animal» (art. 3 bb).

A estos efectos, recordemos y reiteramos, que la LPDBA impone la obligación de toda persona de tratar a los animales conforme a su condición de «seres sintientes», así como obligaciones genéricas y específicas a los titulares, tutores, responsables y las personas que convivan con animales de compañía.

Para dar respuesta a la pregunta planteada en este estudio se analizan crítica y propositivamente las convergencias entre el bienestar de los animales de compañía y el derecho del trabajo (epígrafe 2 de este estudio), se explora y analiza cuáles son las vías jurídicas que el derecho del trabajo español ofrece actualmente sobre la problemática indicada –incluyéndose, para ello, aspectos de derecho comparado– (epígrafe 3); para, finalmente, valorar alternativas de propuestas *de lege ferenda* en el ordenamiento laboral español (epígrafe 4).

2. Las convergencias del bienestar de los animales de compañía y el derecho del trabajo

Resulta paradójicamente complejo fundamentar por qué el derecho del trabajo debe ocuparse e, incluso, promocionar el bienestar de los animales de compañía, más si se tiene en cuenta que sus funciones históricas son principalmente dos: i) la protección individual de la persona trabajadora mediante el equilibrio del negocio jurídico al partirse de la superación de una concepción estrictamente mercantilista-civilista del trabajo de la persona y del contrato de trabajo (por todos, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, 1996), y ii) un tutelaje y solidaridad colectivos para evitar la explotación de la «clase trabajadora» y canalizar, transaccionar y pacificar los conflictos sociolaborales y ayudar, en cierta medida, a la democratización de los procesos y decisiones en la empresa (por todos, Collins *et al.*, 2018 p. 7; López López, 2022; Sinzheimer, 1984, p. 47).

Y es que cuando nos referimos a «fundamentar» no se trata solo de explicitar que si el derecho del trabajo no aporta vías jurídicas para las personas trabajadoras y para los empleadores para atender y garantizar el bienestar de los animales de compañía puede eventualmente producirse tal desencaje entre la normativa sobre bienestar de los animales de compañía y el derecho del trabajo que derive en potenciales responsabilidades jurídicas para ambos, sino un análisis con mayor grado de profundidad.

En nuestra opinión, el ejercicio de fundamentar la eventual interconexión entre bienestar de los animales de compañía y derecho del trabajo no es baladí ya que puede generar no solo un discurso tanto justificador como explicatorio «en cascada» o «por irradiación», sino también puede servir para detectar si eventuales (y futuras) normas –con independencia de su origen legal, jurisprudencial o de *soft law*– o prácticas iuslaborales son eficaces respecto de dicho origen. Es decir, acogemos una aproximación funcionalista del derecho del trabajo (extensamente y en términos generales sobre este tipo de aproximación, Davidov, 2016, pp. 15, 20-26 y 31).

Realizada esta aclaración previa, a nuestro parecer, tres son los fundamentos que existen para que el derecho del trabajo tenga en consideración el bienestar de los animales de compañía:

1. Si el bienestar de los animales de compañía deriva en bienestar de las personas titulares, tutores, responsables o convivientes con ellos y en la medida en que estas personas sean trabajadoras, deviene legítima la intervención del derecho del trabajo.
2. Si ayudar a garantizar el bienestar de los animales de compañía permite mejorar la productividad y, en general, la eficiencia desde distintas dimensiones deviene legítima la intervención del derecho del trabajo.
3. Si el derecho del trabajo se concibe como un instrumento de reformismo social y en la medida en que el bienestar de los animales de compañía apele a valores constitucionalizados vinculados a tal reformismo, deviene legítima la intervención del derecho del trabajo.

Permítanme a continuación desarrollar separadamente cada uno de estos fundamentos.

En cuanto al primero de ellos –incluso pudiendo llegar a considerarse como «obvio» tener que explicarlo–, en la actualidad el bienestar de la persona trabajadora es un tema que podría ser adjetivado casi como «consustancial» e «imperioso» para el derecho del trabajo; siendo, igualmente, desde nuestra perspectiva, una derivada casi inevitable de la ya mencionada función protectora individual del derecho del trabajo.

Es notorio en el día a día la eventual incidencia que tiene en las personas el bienestar de sus animales de compañía por el «apego» que tienen con ellos y, especialmente, cuando hay tendencia a antropomorfizarlos y se llegan a activar mecanismos similares a los de los cuidados parentales (por todos, Calvo Soler, 2017; Julius *et al.*, 2012; Kanat-Maymon *et al.*, 2016; Sable, 2013). Pero, además, estudios científicos están demostrando tanto la repercusión negativa del sufrimiento de los animales de compañía en la salud física y mental de las personas trabajadoras y, en general, en su bienestar, como la positiva de tener animales de compañía –incluyendo los beneficios de las llamadas políticas empresariales «*pet friendly*»– y que estos últimos gocen de bienestar y, por tanto, repercutiendo en la (in)satisfacción laboral de la persona trabajadora (entre otros, Scholtz, 2022; Wells y Perrine, 2001; Wilkin *et al.*, 2016).

Desde esta óptica no debería resultar extraño que la Comisión Europea esté estudiando que su personal pueda llevar sus animales de compañía a sus oficinas argumentando el beneficioso impacto que puede tener en su salud mental y que tenga previsto organizar acciones piloto (Eccles y Goujard, 2023). Repárese que dicha idea nace de grupos parlamentarios ideológicamente diversos –los verdes, los liberales y los conservadores–, aspecto

que resulta coherente con la transversalidad política del bienestar de los animales de compañía mencionada con anterioridad en este estudio¹⁵.

El segundo fundamento –ayudar a garantizar el bienestar de los animales de compañía desde el derecho del trabajo permite mejorar la productividad y, en general, la eficiencia desde distintas dimensiones– es más complejo que el primero.

A pesar de su origen histórico, el derecho del trabajo ha devenido un derecho ambivalente pues intenta combatir el sistema capitalista, pero a la vez lo legitima, salvaguarda y llega a constituir, de este modo, un derecho instrumental y subordinando al marco de las relaciones sociolaborales y económicas capitalistas (por todos, Jeammaud, 2021, pp. 102 y 110-111). Por tanto, el derecho del trabajo no es completamente ajeno a premisas o discursos asociados al capitalismo como son la importancia de la productividad y la eficiencia. Si aceptamos que el bienestar de la persona trabajadora y la satisfacción laboral están interconectados e inciden en la productividad y eficiencia empresariales, se deduce que el derecho del trabajo debería tener en cuenta, como un factor más, el bienestar de los animales porque este influye en el bienestar de la persona trabajadora y su satisfacción laboral y, por derivada, en la productividad y eficiencia empresariales. Sin embargo, esta no es la única dimensión que a nuestro juicio tiene este segundo fundamento.

Una segunda dimensión de este fundamento es pensar en que el bienestar de los animales de compañía es una cuestión que fácilmente puede preocupar e incidir en las personas trabajadoras y por esta razón puede generar conflictos que, si bien no tienen su origen laboral, sí pueden convertirse en laborales o derivar en originar otros de estricta naturaleza laboral. El derecho del trabajo, como hemos apuntado, tiene la función de canalizar conflictos y tal articulación, indudablemente, permite mejorar la eficiencia entendida en un sentido amplio –disminuir costes de todo tipo para conseguir un objetivo predeterminado–.

De esta forma, por ejemplo, la norma legal, la representación legal de las personas trabajadoras, la negociación colectiva y los conflictos colectivos pueden ayudar a aumentar la certeza y la información y disminuir los costes de transacción y, consecuentemente, llevar a la toma de decisiones más eficientes (por todos, Davies, 2015; Deakin y Wilkinson, 1998). Es más, a pesar de que la intervención del derecho del trabajo pueda ser vista como limitadora de la libertad de empresa (art. 38 de la Constitución Española –CE–), esta puede encontrar justificación constitucional mediante una interpretación hermenéutica y teleológica de la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación (art. 38 CE) junto con su vinculación por los poderes públicos (art. 9.2 CE) (Font Galán, 1987, p. 181; Moret Millás, 2012, pp. 144-146).

Finalmente, y como tercera y última dimensión de este segundo fundamento, podemos llegar a conectar la idea de eficiencia con la de justicia e igualdad: si aceptamos que

¹⁵ *Vid.* inicio del epígrafe 1.

el despilfarro no es justo o genera injusticia (Calabresi, 1985, p. 227; Calsamiglia, 1987, p. 271) y ello repercute o, como mínimo, conecta con el valor de la igualdad, ponderar o tener en cuenta cierto criterio de eficiencia sobre el uso de los recursos limitados –de todo tipo (económicos, temporales, etc.)– tiene incidencia en las cotas de justicia e igualdad alcanzables y efectivamente alcanzadas.

Asumiendo esta premisa, ahondar en la justicia e igualdad sí que son valores asociados al o del derecho del trabajo (por todos, Hendrickx, 2012, pp. 115-117) y, de este modo, se hace posible el encadenamiento de pensamiento entre bienestar de los animales de compañía, eficiencia, justicia e igualdad y derecho del trabajo. Atiéndase que, de hecho, este argumento, en cierta medida, implica no subordinar el derecho del trabajo a la eficiencia, sino a valores que le son (estrictamente) propios –la justicia y la igualdad–.

Por último, y como tercer fundamento que puede explicar por qué el derecho del trabajo debe o debería tener en cuenta el bienestar de los animales de compañía, esta rama del derecho ha sido históricamente un acicate e instrumento para y del reformismo social (por todos, Monereo Pérez, 2003, p. 1528).

El reformismo social que impregna el derecho del trabajo encuentra conexión con los valores constitucionales superiores de la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político (art. 1.1 CE) y este nexo podría eventualmente considerarse (suficiente) fundamento para que el derecho del trabajo tenga en consideración el bienestar de los animales de compañía. Sin embargo, entendemos que resulta necesario un enlace más directo del bienestar de los animales de compañía con valores constitucionales, así como entrever si dichos valores constitucionales pueden, directa o indirectamente, enlazarse con la idea de «reformismo social» y los valores constitucionales asociados a él.

Pues bien, a diferencia de otras constituciones –como las de Alemania, Austria y Suiza¹⁶–, actualmente la CE no hace ninguna referencia a la protección de los animales ni a su bienestar y el artículo 45.1 y 2 de la CE exclusivamente se centra en el «derecho a disfrutar de

¹⁶ La Constitución federal de la Confederación Suiza dispone en su artículo 80 que:

1. La Confederación legislará sobre la protección de los animales; 2. En particular, regulará: a. la conservación y el cuidado de los animales; b. experimentos con animales y procedimientos realizados con animales vivos; c. la utilización de animales; d. la importación de animales y productos de origen animal; e. el comercio de animales y el transporte de animales; f. el sacrificio de animales. 3. La ejecución de las disposiciones federales incumbe a los cantones, salvo cuando la ley lo reserve a la Confederación» –traducción propia a partir de la versión oficial francesa (<https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1999/404/fr>)–.

La Constitución de Austria –en concreto, la Ley constitucional federal (*Bundes-Verfassungsgesetz*)– establece en su artículo 11.1.8 que la protección de los animales es competencia exclusiva de los Länder –traducción propia a partir de la versión oficial (<https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10000138>)–.

un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona», su deber de conservarlo y el mandato a los poderes públicos de velar por la «utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva». Si bien cierto sector doctrinal ha abogado por una interpretación amplia de dichos preceptos mediante la cual el derecho a la protección de los animales deviene uno de los contenidos de la protección del medio ambiente (por todos, Castro Álvarez, 2019, p. 113; Lafont Nicuesa, 2006, p. 339), salvo error u omisión y hasta la fecha, estos no han sido considerados por el Tribunal Constitucional español (TC) como un mandato explícito y directo en la norma constitucional para la protección de los animales, sino que el «ambiente» debe ser entendido como «el conjunto de circunstancias físicas, culturales, económicas y sociales que rodean a las personas ofreciéndoles un conjunto de posibilidades para hacer su vida» y, por tanto, se está ante una concepción antropocéntrica y relativa —«una concepción concreta, perteneciente al hoy y operante aquí»¹⁷. Además, como bien ha apuntado parte de la doctrina especializada, en sentido estricto la protección de los animales de compañía es un asunto que «nada tiene que ver» con la protección del medio ambiente (Loperena Rota, 1998, pp. 68-69) o, como mínimo, «no responde, al menos primordialmente, a criterios de conservación del medio ambiente» (López Ramón, 1980, p. 17).

Ahora bien, al resolver el recurso de inconstitucionalidad de la Ley 6/2018, de protección de los animales en la comunidad autónoma de La Rioja, el TC no ha considerado contrarios a la libertad ideológica y religiosa (art. 16.1 CE), a la prohibición de que existan confesiones de carácter estatal (art. 16.3 CE) y a los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) varios preceptos de dicha norma que imponen obligaciones y cuyo objetivo es garantizar el bienestar de los animales y, en particular, de los animales de compañía¹⁸. Es más, dichas obligaciones y, en general, dicha

La Constitución de Alemania —Ley Fundamental para la República Federal de Alemania— *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*— dispone en su artículo 20.^a la protección de los fundamentos naturales de la vida y de los animales estableciendo que:

El Estado protegerá, teniendo en cuenta también su responsabilidad con las generaciones futuras, dentro del marco del orden constitucional, los fundamentos naturales de la vida y los animales a través de la legislación y, de acuerdo con la ley y el derecho, por medio de los poderes ejecutivo y judicial —traducción de la edición del Bundestag alemán de agosto de 2022 (<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>)—.

Para una comparativa de estas previsiones constitucionales, *vid.* Alonso García (2010).

¹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional —STC—, Pleno, 102/1995, de 26 de junio (FJ. 4.º).

¹⁸ STC, Pleno, 81/2020, de 15 de julio (FJ. 12.º y 14.º).

Debe destacarse que algunos preceptos de dicha ley se declararon inconstitucionales por invadir la competencia estatal en materia de legislación civil, a la vez que se afectaban a las bases de las obligaciones contractuales, cuya regulación queda reservada al legislador estatal, y, además, la sentencia cuenta con tres votos particulares (de don Juan Antonio Xiol Ríos, de don Ricardo Enríquez Sancho y de doña María Luisa Balaguer Callejón).

ley es perfectamente constitucional desde dichas perspectivas y son reflejo del pluralismo político (art. 1.1 CE) y no se impone una «ideología animalista» como «confesión o ideología de carácter estatal» ni se trata de «imponerla a los propietarios y poseedores de animales» (FJ. 12.º).

Consecuentemente, podemos concluir, *in fine* y partir de dicha STC, que preocuparse y emprender «acciones jurídicas» encaminadas a garantizar el bienestar de los animales de compañía puede ser manifestación de la libertad ideológica y religiosa (art. 16.1 CE) y no es contrario a la prohibición de que existan confesiones de carácter estatal (16.3 CE), y, en cambio sí que es materialización del pluralismo político como valor superior constitucional (art. 1.1 CE). Un valor, este último, que como hemos señalado anteriormente, es acogido por el derecho del trabajo y es acorde con la idea del reformismo social de esta área del derecho.

Por otro lado, parte de la doctrina especializada (Alonso García, 2010) ha entendido que el bienestar animal es un valor constitucionalizado porque el artículo 13 del TFUE, vía los artículos 10.2 y 93 de la CE, debe ser comprendido como un principio general del derecho y deviene, a su vez, un canon adicional interpretativo del ordenamiento jurídico español. Ahora bien, dicho valor constitucionalizado –como bien ha subrayado otro sector de la doctrina (Doménech Pascual, 2004, p. 133)– podría eventualmente considerarse más bien un valor constitucional de «carácter mediato» y supeditado a los derechos fundamentales de las personas humanas ya que la actual CE tendría una visión profundamente antropocéntrica.

Del conjunto del análisis efectuado podemos concluir que existen claras convergencias entre el bienestar de los animales de compañía y el derecho del trabajo. Ahora bien, ¿cómo actualmente puede garantizarse el bienestar de los animales de compañía si las personas que están obligadas a ello pueden ser personas trabajadoras (y personas empleadoras)? E, incluso, y como posibilidad ¿cómo garantizarse el bienestar del animal de compañía si los empleadores pueden ser los (potenciales) causantes de que sus personas trabajadoras no hayan podido atender a animales de compañía?

A estos efectos, y más allá de potenciales responsabilidades laborales derivadas de conductas del empleador vinculadas con el cuidado de animales de compañía por parte de una persona trabajadora y, especialmente, sobre la posible vulneración de la libertad ideológica –incluyendo las asociadas al despido y a infracción y sanción administrativa en el orden social¹⁹, no resultaría hipotéticamente descartable la eventual responsabilidad administrativa, civil y penal del empleador por la acción u omisión que causalmente generara que la persona trabajadora no pudiera atender al exigible legal cuidado de animales

¹⁹ Por motivos expositivos del estudio, sobre estas posibilidades *vid.* el siguiente epígrafe 3.

de compañía. Las cuestiones claves y complejas serían establecer y probar el preciso comportamiento, la causalidad entre el comportamiento y el daño y la eventual (si fuere necesaria legalmente) culpa o dolo.

Sin ánimo de exhaustividad, y más allá de responsabilidades laborales y administrativas en el orden social (reiteramos)²⁰, entendemos que podrían potencialmente acontecer o, como mínimo, hipotéticamente explorarse otras tres responsabilidades del empleador (persona física, jurídica o sujeto sin personalidad jurídica) –así como, eventualmente, de otras personas trabajadoras (incluyendo, cargos intermedios y directivos) y la administración social–:

1. «Administrativa» vía LPDBA²¹. Podría llegarse a argumentar que ciertas obligaciones y prohibiciones previstas en la LPDBA no son solamente aplicables a los titulares, tutores, responsables y convivientes con animales de compañía, sino que también atañerían a toda eventual persona física y jurídica y, por tanto, como posibilidad, al empleador²².

De hecho, repárese en que el régimen infractor de la LPDBA acoge a un amplio ámbito subjetivo infractor y de responsabilidades (arts. 69.1 y 2) –incluso estableciéndose la responsabilidad solidaria en el caso de que el incumpliendo corresponda a varias personas físicas o jurídicas conjuntamente, o si la infracción fuera imputable a varias personas y no resultara posible determinar el grado de participación de cada una de ellas; y subsidiariamente en el caso de las personas jurídicas que hayan cesado en sus actividades, quienes ocuparan el cargo de administrador en el momento de cometerse la infracción–. Es más, por un lado, se hace referencia en muchos casos a conductas (acciones u omisiones) que conlleven la inobservancia de prohibiciones, cuidados u obligaciones establecidas legalmente sin especificar un ámbito subjetivo restrictivo, y, por otro, no siempre

²⁰ *Ibid.*

²¹ Distinta en fundamento a la hipotética vía sancionadora administrativa en el orden social (*vid.* epígrafe 3).

²² *Vid.* artículos 24-28 y 69-75 de la LPDBA.

Si bien todas las personas están obligadas a tratar a los animales conforme a su condición de seres sintientes (art. 24.1), es importante detenerse en la existencia de normas concursales (art. 70):

1. Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de esta u otra ley se sancionarán observando las siguientes reglas: a) El precepto especial se aplicará con preferencia al general; b) El precepto más amplio o complejo absorberá el que sancione las infracciones subsumidas en aquel; c) En defecto de los criterios anteriores, el precepto más grave excluirá los que sancionen el hecho con una sanción menor. 2. En el caso de que un solo hecho constituya dos o más infracciones, o cuando una de ellas sea medio necesario para cometer la otra, la conducta será sancionada por aquella infracción a la que se aplique una mayor sanción en abstracto. 3. Cuando una acción u omisión deba tomarse en consideración como criterio de graduación de la sanción o como circunstancia que determine la calificación de la infracción, no podrá ser sancionada como infracción independiente.

la conducta infractora debe provocar daños físicos ni alteraciones del comportamiento del animal (generar riesgo y peligro para el bienestar del animal –infracciones leves– art. 73); en otros sí que debe implicar daños o sufrimiento en el animal, siempre que no le cause la muerte o daños, lesiones o secuelas graves y no sea constitutivo de delito (–infracciones graves– arts. 74 y 74 a), y en otros sí que debe implicar la muerte del animal, siempre que no sea constitutivo de delito (–infracciones muy graves– art. 75 a).

2. Civil. Entendemos que podrían llegarse a diferenciar, como mínimo, dos eventuales responsabilidades distintas (y, seguramente, compatibles entre ellas)²³:

- Fundamentar una responsabilidad extracontractual (art. 1902 CC) del empleador por los daños y perjuicios ocasionados a la persona trabajadora derivados de que no le haya permitido ejercer el legal cuidado exigible a un animal de compañía y que, como resultado, haya infringido deberes previstos en la LPDBA y haya sido multada y, eventualmente, se le haya impuesto adicionalmente alguna o algunas medidas accesorias conforme a dicha ley²⁴.

Se trataría, en cierto modo, de una «acción de regreso» ante la responsabilidad administrativa que habría sufrido la persona trabajadora y que hubiese sido causada por el comportamiento del empleador.

- Fundamentar una responsabilidad extracontractual (art. 1902 CC) del empleador por los daños y perjuicios (incluido el daño moral) sufridos por la persona trabajadora –incluyéndose los gastos que hubiese tenido que soportar– ante la falta de un cuidado de un animal de compañía sobre el que la persona trabajadora tiene obligaciones y prohibiciones impuestas legalmente. Este supuesto, estaría pensado, sobre todo, en situaciones de grave riesgo para el bienestar y salud del animal y que eventualmente se hubiera materializado.

Como hemos expuesto ya anteriormente, las cuestiones claves y dificultosas serían establecer y probar el comportamiento (culposo) del empleador y la causalidad (determinante) entre dicho comportamiento y el daño.

²³ Téngase en cuenta que según la LPDBA la imposición de cualquier sanción prevista en ella no excluye la responsabilidad civil de la persona o entidad sancionada (art. 79.1). Además, la responsabilidad civil derivada de una infracción será siempre solidaria entre todos los causantes del daño (art. 79.2), pero ello no impide, a nuestro parecer, que uno de los causantes pueda reclamar civil y posteriormente a otro de los causantes.

²⁴ Sobre las sanciones principales, las medidas accesorias y la graduación de las sanciones, *vid.* artículos 76-78 de la LPDBA.

3. Penal²⁵. Si bien resulta la más incierta y compleja de las otras tres responsabilidades (administrativa, civil y laboral²⁶), podríamos llegar a plantear o hipotetizar dos eventuales escenarios de responsabilidad penal:

- Fundamentar la responsabilidad penal del empleador (sea persona física o jurídica) por maltrato animal *ex* artículos 340 *ter* y *quater*²⁷. Se trataría no de argumentar –o no únicamente argumentar– que el empleador fuese el autor directo de este delito, sino probablemente otros grados o formas de participación (quizás, como autor mediato o inductor)²⁸.

Especial mención merece el complejo requisito de «beneficio directo e indirecto» previsto en el artículo 31 bis.1 a) del CP para la responsabilidad penal de la persona jurídica y al que se remite el artículo 340 *quater* del CP: el «beneficio directo e indirecto» ha sido interpretado como conducta idónea *ex ante* para conseguir una ventaja o como mera expectativa de beneficio o ventaja²⁹. En nuestro caso, entendemos que el beneficio del empleador (persona jurídica) podría ser comprendido como el de conseguir que la persona trabajadora no tuviere que ausentarse del trabajo y además, eventualmente, mandar un mensaje a las personas trabajadoras presente y *ad futurum* de que en la empresa no se permite ausencias por cuidados de animal de compañía. Es decir, el beneficio sería

²⁵ Repárese en que la propia LPDBA establece previsiones respecto a la concurrencia (y coordinación) de procedimientos sancionadores (art. 71) y, entre las cuales, se dispone que «no podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente cuando se aprecie identidad de sujeto, de hecho y de fundamento» (art. 71.1).

²⁶ Sobre las eventuales responsabilidades laborales (incluyendo las administrativas en el orden social), *vid.* el siguiente epígrafe 3.

²⁷ Artículo 340 *ter* del CP:

Quien abandone a un animal vertebrado que se encuentre bajo su responsabilidad en condiciones en que pueda peligrar su vida o integridad será castigado con una pena de multa de uno a seis meses o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días. Asimismo, se impondrá la pena de inhabilitación especial de uno a tres años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales.

Artículo 340 *quater* del CP:

1. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este título, se le impondrán las siguientes penas: a) Multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista en la ley una pena de prisión superior a dos años; b) Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos. 2. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, en los supuestos de responsabilidad de personas jurídicas los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en el artículo 33.7, párrafos b) a g).

²⁸ Debe advertirse que penar a la persona jurídica por su (eventual) participación resulta una cuestión muy compleja, discutida y controvertida. *Vid.* Lascuráin Sánchez (2019).

²⁹ Sobre las múltiples y complejas interpretaciones de este requisito, *vid.* Ragués i Vallès (2017).

disciplinar tanto a la persona trabajadora como al global de la plantilla y promover que se «rinda más en el desempeño de su actividad»³⁰.

Tómese en consideración que de ser hipotéticamente posible este tipo de responsabilidad debería comportar su integración como riesgo en el marco del *compliance* penal ya que devendría muy relevante para la eventual exención de responsabilidad de la persona jurídica (el empleador) ex artículo 31 bis.2, 3 y 5 del CP. De este modo, a nuestro parecer y atendiendo a estos hipotéticos escenarios de responsabilidad penal planteados, los empleadores que fuesen personas jurídicas deberían actualizar el programa de prevención penal corporativo³¹.

- Fundamentar una responsabilidad penal del empleador, miembros de la administración social, personal de alta dirección y otras personas trabajadoras (incluidos cargos intermedios) por eventuales coacciones (art. 171.1 y 3 CP), trato degradante y acoso laboral (art. 173.1 CP) a la persona trabajadora que mostrase u hubiere mostrado comportamientos «probienestar animal de compañía» y que, eventualmente, hubiesen afectado (o pudieran potencialmente afectar) a su asistencia en el trabajo o, en general, a la organización y clima de trabajo, así como incentivar y generar reivindicaciones (laborales).

Repárese en que en el caso de trato degradante y acoso laboral está prevista la eventual responsabilidad penal para las personas jurídicas y, por tanto, análogamente podrían ser aplicables en este hipotético escenario los argumentos que hemos expuesto sobre la responsabilidad penal del empleador en el anterior supuesto de delito de maltrato animal.

Habiendo analizado las convergencias entre el bienestar de los animales de compañía y el derecho del trabajo, así como haber hipotetizado potenciales responsabilidades administrativas, civiles y penales del empleador (persona física o jurídica) –así como, eventualmente, de otras personas trabajadoras (incluyendo, cargos intermedios y directivos) y la administración social– por la acción u omisión que causalmente generara que la persona trabajadora no pudiera atender al exigible legal cuidado de animales de compañía, en el siguiente epígrafe 3 nos centramos en explorar la(s) respuesta(s) que otorga actualmente el derecho del trabajo español a la problemática planteada –apuntándose, además, eventuales responsabilidades laborales y administrativas del orden social del empleador vinculadas al cuidado y bienestar de animales de compañía de la persona trabajadora–.

³⁰ Análogamente y según reconocida doctrina penalista (Ragués i Vallès, 2023, p. 1642), este podría ser el eventual beneficio del acoso laboral y del que las personas jurídicas pueden ser penalmente responsables a partir de la modificación del artículo 173.1 del CP vía la disposición final cuarta de la Ley orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.

³¹ En términos generales y muy breve y no específicamente sobre la eventual e hipotética responsabilidad penal del empleador aquí planteada, *vid.* Saura Alberdi y Velasco Saura (2023) sobre la necesaria incorporación y actualización del programa de prevención penal corporativo atendiendo a la posible responsabilidad penal de las personas jurídicas por maltrato animal.

3. Bienestar de los animales de compañía y derecho del trabajo español: actuales vías jurídicas

Si usted es una persona trabajadora y tiene o convive con un animal de compañía y enferma sorpresivamente (o no) –y, por ejemplo, debe ayudarlo a comer, a tomar medicación o debe llevarlo al veterinario– e, incluso, sin estar enfermo, tiene la obligación legal de garantizar su bienestar (en España conforme a la LPDBA)... ¿cómo se compatibiliza ello con su tiempo de trabajo?

En este epígrafe intentaremos apuntar las actuales vías jurídicas que en nuestra opinión el derecho del trabajo español puede eventualmente ofrecer ante dicha pregunta, debiéndose adelantar ya ahora que esta rama del derecho español no está actualmente ideada o, mejor dicho, configurada o en sintonía para dar respuesta directa a este tipo de cuestiones.

Nuestro objetivo es aportar una panorámica de respuestas (y soluciones) teórico-prácticas y ponderar pros y contras, pero debe advertirse de tres limitaciones u observaciones previas.

La primera es que nos centramos en el contrato de trabajo por cuenta ajena ordinario o común en el sector privado –es decir, en el contexto de personas trabajadoras a las que les es de aplicación directa y no por remisión el Estatuto de los Trabajadores (ET)–. Por consiguiente, excluimos, por ejemplo, las personas trabajadoras autónomas, las relaciones laborales especiales y el personal laboral y funcionario de las Administraciones públicas y del sector público.

La segunda es que quedan fuera expresamente del objeto de estudio los siguientes animales o contextos: i) los perros de asistencia (arts. 3 cc, 29.6 y disp. adic. 1.ª LPDBA); ii) los ajustes (incluyendo los «ajustes razonables») en el puesto y lugar de trabajo vinculados a la (necesaria) presencia de un animal de compañía; iii) los animales utilizados en actividades productivas, específicas o profesionales (arts. 1.3 b y e, 3 a, i y j, 34 d LPDBA), y iv) la problemática iuslaboral sobre el bienestar del animal de compañía no derivada de que la persona trabajadora sea el titular, tutor, responsable o conviviente con este, sino porque su puesto de trabajo esté conectado (directa o indirectamente) con una actividad empresarial de la «industria y servicios de los animales de compañía» –incluyéndose, pero no solo, los servicios veterinarios o de comportamiento animal, los centros o entidades de protección, las casas de acogida y los criadores de animales de compañía (arts. 3, 43-50 y 52-58 LPDBA)–.

Finalmente, y como tercera y última observación previa, resulta importante señalar que si bien la responsabilidad laboral del empleador relacionada (directa o indirectamente) al cuidado y bienestar de animales de compañía –incluyéndose eventuales comportamientos discriminatorios y responsabilidades administrativas del orden social– no es el objeto principal de este estudio, no podemos dejar de apuntar posibles escenarios de responsabilidad laboral del empleador en la materia aquí objeto de estudio.

Sin mucho menos ánimo de exhaustividad, salvo error u omisión y a fecha de finalización de este artículo, solamente existiría un caso judicial en España sobre el despido relacionado con el cuidado de un animal de compañía: la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Cataluña de 12 de noviembre de 2021 (rec. 5161/2021). En ella se entendió que un despido por inasistencia por llevar a un animal de compañía al veterinario –en el caso concreto un perro llamado Tommy que estaba enfermo– puede llegar a ser considerado como nulo si aquello que realmente se vulnera es una «convicción animalista» pues tal convicción debe entenderse como contenido del derecho fundamental de libertad ideológica y creencias –la cual integra no solo su ejercicio sino también manifestaciones públicas de la ideología y el mantenimiento de posturas coherentes con las convicciones personales según jurisprudencia constitucional–. Se razona que en la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales se pide que se aporte una prueba indiciaria de la vulneración de un derecho fundamental, pero en determinados supuestos –y conforme doctrina y criterios judiciales– se hace necesario que la persona trabajadora acredite la condición personal o el concreto ejercicio del derecho fundamental, así como su conocimiento empresarial. En el presente caso, según el tribunal, el trabajador no acreditó su convicción o «ideología animalista» y su empleador no tenía conocimiento de tal eventual convicción o ideología. Es más, el tribunal razona que el mero hecho de que el empleador sepa que la falta de inasistencia sea por llevar a servicios veterinarios un animal de compañía, no implica *per se* que exista dicha convicción o ideología, sino meramente el cumplimiento de obligaciones legales de cuidado y bienestar sobre las personas tenedoras de animales de compañía. Por ello se declara la inexistencia de vulneración de derecho fundamental (FD. 2.º 3). Ahora bien, se declara la improcedencia del despido al entender que la ausencia de un día de trabajo sin que concorra «otro elemento suficiente» no es causa lícita de despido y, por tanto, se está ante un despido sin causa cuya calificación debe ser la improcedencia según criterio del Pleno de la Sala Social del TSJ de Cataluña (FD. 2.º 4).

En todo caso, y más allá de comportamientos del empleador discriminatorios por convicción o «ideología animalista», podría llegarse a plantear una eventual «discriminación animalista» como nueva causa discriminatoria atendiendo a la cláusula abierta del artículo 14 de la CE sobre discriminación «por cualquier otra condición o circunstancia personal o social» (no vinculada/fundamentada en la libertad ideológica).

Asimismo, no sería descartable la aplicación de infracciones administrativas en el orden laboral asociadas a estos dos tipos posibles fundamentos de discriminación –ya sea durante la vigencia del contrato de trabajo (art. 8.12 de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social –LISOS–) como previo a la misma–. En este último sentido, téngase en cuenta que pudiera llegar a constituir infracción la solicitud de datos en cualquier proceso de selección, intermediación, colocación y establecer condiciones (mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio) vinculados a tener responsabilidad sobre un animal de compañía y/o tener una convicción o «ideología animalista» (art. 16.1. c y d LISOS).

Por último, para establecer y probar eventuales conductas e indicios de discriminación (prueba indiciaria) entendemos que podría ser relevante determinar la existencia de una política o conducta persistente empleadora «contraria al bienestar del animal de compañía» (incluida, una que fuese *de facto*). En este sentido, podría llegar a ser potencialmente útil intentar trasladar argumentos expuestos en la STSJ de Cataluña de 14 de septiembre de 2021 (rec. 2943/2021) (FJ. 8.º) que vinculan «políticas de empresa» que se convierten en una práctica general empleadora y cómo ello ayuda a determinar la existencia de comportamiento discriminatorio –en el caso de esta sentencia se trataba sobre una «política de empresa» dirigida a despedir injustificadamente a personas trabajadoras de baja por incapacidad temporal–.

Efectuadas estas tres observaciones –y sin perjuicio de que interpretaciones o conclusiones ya alcanzadas y que puedan alcanzarse en este mismo epígrafe 3 así como en el siguiente puedan ser potencialmente extrapolables y análogamente aplicables a las personas trabajadoras, funcionariado, animales y contextos excluidos de este estudio–, procedemos a realizar la mencionada panorámica analítica de las eventuales respuestas y soluciones teórico-prácticas en el derecho del trabajo español a la problemática suscitada: 1) la «buena voluntad», las políticas empleadoras «*pet friendly*» y las condiciones más beneficiosas; 2) las políticas «*pet friendly*» en la negociación colectiva y el disfrute de días de asuntos propios, y 3) derechos y obligaciones previstos en el ET: i) la compensación con descanso de horas extraordinarias y del exceso por distribución irregular de la jornada; ii) las vacaciones; iii) la incapacidad temporal; iv) el permiso por accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario (art. 37.3 b ET), el permiso por fallecimiento (art. 37.3 b bis ET), el permiso por fuerza mayor familiar (art. 37.9 ET), el permiso parental (art. 48 bis ET) y la solicitud de adaptación de jornada (art. 34.8 ET); v) el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal (art. 37.3 d ET).

3.1. La «buena voluntad», las políticas empleadoras «*pet friendly*» y las condiciones más beneficiosas: tipología y factores

Aunque desde un punto de vista iuslaboral y de gestión de personas trabajadoras («gestión de RR. HH.») quizás no tuviere que ser de esta manera, muchas situaciones de eventual conflicto que tienen dimensión jurídico-laboral se solucionan a base de «buena voluntad», la «buena fe», la cooperación y colaboración entre compañeras y compañeros de trabajo. Es decir, una «autogestión» de las personas trabajadoras en la que pueden no llegar a intervenir cargos intermedios ni superiores e, incluso, desconocerse por el empleador (sin consentimiento) y que pudiera eventualmente ser contraria al sistema organizativo empresarial y a la normativa aplicable. Así, por ejemplo, podría pensarse en ausentarse unas horas o algún día al trabajo (con o sin recuperación de dicho tiempo de trabajo), teletrabajar esporádicamente o llevar al animal de compañía al centro de trabajo unas horas o días.

Resulta notoria la falta de previsibilidad, discrecionalidad, arbitrariedad, potenciales repercusiones disciplinarias y, en general, inseguridad jurídica que pueden tener o acarrear este tipo de acciones y comportamientos. Además, algunas potenciales cuestiones deben ser destacadas: i) ¿cómo garantizarse que realmente la finalidad es cuidar el bienestar del animal de compañía?; ii) ¿cómo garantizarse la seguridad y salud de la persona trabajadora, de las otras personas trabajadoras, de la clientela y, en general, del personal externo de la empresa?, y iii) ¿cómo garantizarse la seguridad y salud del propio animal de compañía y la limpieza y mantenimiento de los espacios físicos?

Por otro lado, y más allá de estas medidas de «buena voluntad», podemos encontrar políticas empleadoras «*pet friendly*». A nuestro parecer, estas deberían conceptualizarse como un conjunto de acciones con carácter de perdurar auspiciadas o implementadas por el empleador –y no necesariamente negociadas con las personas trabajadoras o su representación legal– existentes en la empresa, en centros de trabajo o departamentos de la empresa y consistentes en fomentar el bienestar de los animales de compañía de las personas trabajadoras –personas trabajadoras que sean titulares, tutores, responsables o convivientes con animales de compañía–. Estas pueden tener el genuino objetivo de ayudar y de promocionar el bienestar de los animales de compañía –por una eventual convicción o ideología «animalista»–, de mejorar la salud, el bienestar y satisfacción de las personas trabajadoras, así como potenciar la «atracción y retención del talento» o una combinación de algunos o todos estos motivos. Indudablemente y en todo caso, todo ello puede consistir en una intencionada estrategia de «*employer branding*», incluso teórica e hipotéticamente podría llegar a certificarse por una organización externa –un distintivo, certificación o sello empleador «*pet friendly*»–³².

Lo cierto es que actualmente en España, y a diferencia de países de cultura anglosajona³³, este tipo de políticas empleadoras deben ser consideradas como anecdóticas y, sobre todo, vinculadas a empresas de la «industria y servicios de los animales de compañía»³⁴.

Si bien el contenido específico de las políticas «*pet friendly*» puede ser muy diverso, consideramos que podrían distinguirse dos grandes tendencias: i) medidas de «tiempo-lugar» para garantizar el bienestar del animal de compañía –por ejemplo, permisos (remunerados

³² Salvo error u omisión, la realidad es que en España los distintivos, certificaciones o sellos empleadores «*pet friendly*» están enfocados sobre todo al sector turístico (y especialmente a los alojamientos) –por ejemplo, el sello turístico «*pet friendly*» creado por la Confederación Española de Agencias de Viajes y Purina– y tienen el claro objetivo de visibilizar (señalizar) en el mercado que la clientela puede llevar a su animal de compañía y la eventual existencia de facilidades para su bienestar (por tanto, no pensado o diseñado para los animales de compañía de las personas trabajadoras).

³³ Sobre las políticas «*pet friendly*» e incluyendo ejemplos de empresas anglosajonas, en especial, estadounidenses, por todos, *vid. Wilkin et al.* (2016).

³⁴ Por ejemplo, la empresa Barkyn España estaría ofreciendo un autodenominado «permiso de paternidad» a las personas trabajadoras que acojan un animal de compañía (Ejecutivos, 2020), y otros empleadores (Purina España, Ovideo España y BemyPartner) permiten la «convivencia» con animales de compañía en sus oficinas (Equipos & Talento, 2022; Metrópoli, 2018).

o no), opción de teletrabajar y poder llevar al animal de compañía al centro de trabajo-, y ii) salario en especie consistente en sufragar parcial o totalmente –o, incluso, proporcionar física y directamente– seguros, tratamientos veterinarios, asistencia y otros servicios para o relacionados con el bienestar del animal de compañía, proveer de comida específica y objetos para el animal, así como servicio de cuidado de los animales de compañía –en las instalaciones de la empresa o fuera de ellas (una especie de, si me permiten el símil, «guardería» para animales de compañía)–³⁵.

La implementación de estas políticas tiene repercusiones económicas y jurídico-laborales (directas e indirectas) –por ejemplo, con eventual impacto en el salario regulador a efectos de indemnizaciones (por despido) y en cotizaciones de la Seguridad Social–, pero, ante todo deberían tenerse en cuenta la seguridad y salud –incluyendo cuestiones vinculadas a fobias, miedo y alergias– de los animales de compañía, las personas trabajadoras, la clientela y el personal externo de la empresa y la limpieza y mantenimiento de los espacios. En este sentido, consideramos que tal implementación puede variar por muchos factores –por ejemplo, cultura empresarial y, especialmente, si la empresa es «ideológicamente animalista»; el número de personas trabajadoras en la empresa y centro de trabajo; los espacios físicos disponibles, y, final e indudablemente, la partida presupuestaria (directa e indirectamente) asignada a estas políticas–. Si bien en España existe alguna empresa que ayuda a otras empresas a implementarlas³⁶, también cabría pensar en subcontratarlas parcial o totalmente.

Finalmente, no debería descartarse la posibilidad de que las políticas empleadoras «*pet friendly*» pudiesen derivar en el nacimiento y existencia de condiciones más beneficiosas (art. 3.1 c ET)³⁷.

3.2. Las políticas «*pet friendly*» en la negociación colectiva: una vía (casi) inexplorada, pero... ¿disfrute de días de asuntos propios?

Actualmente la negociación colectiva española casi ha inexplorado las políticas *pet friendly* (en la misma línea, De Juan Escandell, 2022, p. 5; Molina Vega, 2021). Si bien

³⁵ Téngase en cuenta que garantizar el bienestar de un animal de compañía –cumplir con obligaciones impuestas por la LPDBA (vid. epígrafe 1)– puede suponer significativos costes económicos y que en el caso de tenencia de perros se obliga a

la persona titular [a] contratar y mantener en vigor un seguro de responsabilidad civil por daños a terceros, que incluya en su cobertura a las personas responsables del animal, por un importe de cuantía suficiente para sufragar los posibles gastos derivados, que se establecerá reglamentariamente (art. 30.3).

³⁶ Este es el caso de Purina con su programa «*Pets at Work*» (Purina, s.f.).

³⁷ Sobre el nacimiento y existencia de condición más beneficiosa, por todas, vid. STS de 7 de julio de 2021 (rec. 80/2020) (FD. 5.º).

En la doctrina académica, por todos, Gala Durán (2019).

parecerían existir algunos acuerdos de empresa en la Comunitat Valenciana que contendrían disposiciones sobre permisos para cuidar animales de compañía (Molina Vega, 2021)³⁸, únicamente se ha detectado un convenio colectivo estatutario que pueda entenderse que contiene una (semi)medida «*pet friendly*»³⁹: un permiso retribuido para el día causante del fallecimiento del animal doméstico propiedad de la persona trabajadora o del o de la cónyuge, debiéndose en tales casos acreditarse la propiedad del animal, así como la cartilla sanitaria del animal y el documento acreditativo del fallecimiento⁴⁰.

Teniendo en cuenta esta situación generalizada en la negociación colectiva en España y si se parte de que, en principio, esta es expresión de valores, prioridades y del modelo de mercado de trabajo que es deseado por las personas trabajadoras y los empleadores o, como mínimo, por su representación legal, podría concluirse que el bienestar de los animales no es una prioridad para la (mayor parte de la) sociedad española⁴¹.

Con independencia de si tal conclusión puede resultar apresurada y precipitada, es menester señalar que muchos convenios colectivos estatutarios prevén días de asuntos propios –o con otras denominaciones como «días de libre disposición», «permiso para gestiones particulares» o «licencia personal»–. El disfrute de estos días podría ser una vía de salida a necesidades de cuidado de animales de compañía (en el mismo sentido, De Juan Escandell, 2022, p. 6; Molina Vega, 2021). Sin embargo, a nuestro parecer esta fórmula tiene dos limitaciones: por un lado, y siendo la más evidente, es que estos días estén previstos convencionalmente –pueden o no existir y su existencia actual no implica su existencia futura–, y, por otro, su regulación específica y, en concreto, la necesidad de preaviso –formalizado o no–, el cual puede impedir que esta vía sea una efectiva respuesta a determinadas necesidades de atención urgente al animal de compañía.

³⁸ No se ha podido verificar su existencia y efectivo contenido.

³⁹ Para este fin se ha efectuado una intensa búsqueda por palabras clave –«animal»; «animal doméstico»; «animal de compañía»; «mascota»; «*pet*»; «perro»; y «gato» (y sus correspondientes plurales), así como «*pet friendly*»– en buscadores públicos (en REGCON y en el BOE) y privados de varias editoriales y proveedores de servicios de información y conocimiento jurídicos.

⁴⁰ Artículo 36 k) del II Convenio colectivo de Kiwokopet, SLU (Resolución de 16 de julio de 2023, de la Dirección General de Trabajo –BOE de 26 de julio de 2023–).

Como puede deducirse del nombre de la sociedad mercantil –y así se ha comprobado–, su actividad se enmarca en la «industria y servicios de los animales de compañía».

Anteriormente, la misma medida se disponía en el artículo 36 k) del Convenio colectivo de Kiwokopet, SLU y Kivet, SLU (Resolución de 13 de septiembre de 2019, de la Dirección General de Trabajo –BOE de 1 de octubre de 2019–).

⁴¹ Esta función –en general y no en la materia concreta de estudio aquí– es la que se ha denominado por parte de cierta doctrina especializada como «función gubernativa» de la negociación colectiva (Moll Noguera, 2019, pp. 44-50).

3.3. Los derechos y obligaciones previstos en el ET y el bienestar de los animales de compañía: usos, interpretaciones y límites

Intentar canalizar la necesidad de la persona trabajadora objeto de estudio mediante derechos y obligaciones previstos en el ET es complejo porque esta norma no prevé explícitamente mención alguna sobre los animales de compañía y su bienestar. A pesar de ello, entendemos que podría eventualmente explorarse las siguientes vías: i) la compensación con descanso de horas extraordinarias y del exceso por distribución irregular de la jornada (arts. 35 y 34.2 ET); ii) las vacaciones (art. 38 ET); iii) la incapacidad temporal (art. 45.1 c ET); iv) el permiso por accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario (art. 37.3 b ET), el permiso por fallecimiento (art. 37. 3 b bis ET), el permiso por fuerza mayor familiar (art. 37.9 ET), el permiso parental (48 bis ET) y la solicitud de adaptación de jornada (art. 34.8 ET), y v) el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal (art. 37.3 d ET).

Antes de analizar cada una de estas alternativas, avanzamos que todas ellas encuentran limitaciones y, a nuestro parecer, en la mayoría de los supuestos –no todos– solo mediante interpretaciones más bien voluntaristas se puede conseguir el efecto deseado.

3.3.1. La compensación con descanso de horas extraordinarias y del exceso por distribución irregular de la jornada

La vía de la compensación con descanso de horas extraordinarias y del exceso por distribución irregular de la jornada (arts. 35.1 y 34.2 ET) trataría de hacer coincidir la necesidad temporal de la persona trabajadora de garantizar el bienestar del animal de compañía con estos descansos.

Esta opción puede ser sugerente porque potencialmente muchas personas trabajadoras pueden estar dentro de este «marco de compensación»; pero, sin embargo, dicho tiempo a compensar puede no coincidir temporalmente con la mencionada necesidad y, de hecho, puede llegar a depender mucho de lo establecido en convenio colectivo, acuerdo entre el empleador y la representación legal de las personas trabajadoras o, *de facto*, de la voluntad del empleador.

3.3.2. Las vacaciones

Respecto las vacaciones (art. 38 ET), y análogamente al anterior supuesto, se trataría de intentar coincidir temporalmente la necesidad de la persona trabajadora de garantizar el bienestar del animal de compañía con las vacaciones (en la misma línea sobre esta vía, De Juan Escandell, 2022, p. 6; Molina Vega, 2021).

Como ventaja, es importante remarcar que no resulta impedimento que las vacaciones se asocien frecuentemente a descanso porque su objetivo es igualmente disponer de periodo de ocio, esparcimiento y, ante todo, tiempo para el libre desarrollo de la personalidad de la persona trabajadora pues en última instancia la persona trabajadora no es ni debe ser considerada como un «mero factor productivo» tal y como explicitó el TC⁴². Ahora bien, y como desventaja, no siempre será posible hacer encajar dicha necesidad temporal con el disfrute de las vacaciones –a no ser que se esté ante la práctica de día «a cuenta de vacaciones»–, más cuando legalmente el periodo de su disfrute debe fijarse de acuerdo entre el empleador y la persona trabajadora, de conformidad con las correspondientes disposiciones de los convenios colectivos, y la persona trabajadora debe conocer las fechas de disfrute que le correspondan dos meses antes, al menos, de su comienzo (arts. 38.2 y 3 ET).

3.3.3. La incapacidad temporal

La vía de la incapacidad temporal (45.1 c ET) consistiría en que la persona trabajadora hiciera coincidir la necesidad estudiada con estar en situación de incapacidad temporal.

Si bien dicha posibilidad debe generalmente descartarse por ser eventualmente fraudulenta y con transgresión de la buena fe contractual –con eventual consecuente ejercicio de la facultad disciplinaria del empleador e, incluso, concretándose en despido disciplinario–, no resulta baladí apuntarla: algunas encuestas –si bien no en España– ponen de relieve que un porcentaje nada descartable de personas trabajadoras –más de un 50 % en Australia– lo haría (mentiría) (Tarbert, 2022) y una parte considerable lo habría hecho –se estima que un 42 % de las personas trabajadoras británicas habría mentido en alguna ocasión por esta razón (Animal Friends Pet Insurance, 2017)–.

3.3.4. El permiso por accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, el permiso por fallecimiento, el permiso por fuerza mayor familiar, el permiso parental y la solicitud de adaptación de jornada

En cuanto al permiso por accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario (art. 37.3 b ET), al permiso por fallecimiento (art. 37.3 b bis ET), al permiso por fuerza mayor familiar (art. 37.9 ET), al permiso parental (art. 48 bis ET) y a la solicitud de adaptación de jornada (art. 34.8 ET) –y sin necesidad de analizar las diferencias de estas medidas–, ninguna de ellas tiene encaje

⁴² Vid. STC, Sala 1.ª, 192/2003, de 27 de octubre (FD. 7.º).

jurídico a la necesidad planteada por la simple y rotunda realidad jurídico-material: un animal de compañía no es actual y jurídicamente un miembro de la familia y biológicamente no es una persona y, en cambio, todas estas hipotéticas vías jurídico-laborales están asociadas a personas⁴³.

No obstante, algunos sectores han abogado a favor de una supuesta interpretación conforme a la realidad del momento ex artículo 6.3 del CC (Todolí Signes, 2016) y, eventualmente justificando que el animal de compañía es un miembro de la familia (De Juan Escandell, 2022, p. 5). Desde nuestra perspectiva estas interpretaciones adolecen de voluntarismo y superan los límites interpretativos y de la seguridad jurídica exigibles en un Estado de derecho.

3.3.5. El cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal

El cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal (art. 37. 3 d ET) es la vía más sugerente de las analizadas puesto que con determinada interpretación sería posible encajarla con un cierto tipo de necesidad para garantizar el bienestar de los animales de compañía.

En concreto, y a falta de norma legal o convencional que determine con exactitud la duración de la ausencia y su compensación económica y teniendo en cuenta que difícilmente la necesidad temporal sea más del 20 % de las horas laborales en un periodo de 3 meses –supuesto que facultaría a pasar a la persona trabajadora afectada a la situación regulada en el art. 46.1 ET–, en nuestra opinión la persona trabajadora tendría derecho a ausentarse del trabajo con derecho a remuneración cuando existiese una extrema urgencia consistente en que el animal de compañía necesita servicios veterinarios porque está en peligro su propia vida o se encuentre en un estado de intenso sufrimiento. A nuestro parecer, con esta interpretación que proponemos ahora se daría significado a «deber inexcusable» y a que este sea de «carácter público» y «personal» ya que la LPDBA deviene la fuente de dicho «deber inexcusable», de «carácter público» y «personal» –se impone directamente al titular, responsable o persona que conviva con el animal de compañía y que es la persona trabajadora en cuestión–⁴⁴.

Finalmente, desde un enfoque de derecho comparado, es menester poner de manifiesto que, salvo error u omisión, existen dos sentencias de tribunales italianos que emplearon la idea de «deber inexcusable» para entender que una persona trabajadora tenía derecho a que se le concediera un permiso de 2 días previsto en el ordenamiento italiano por «grave

⁴³ Sobre los miembros de la familia, la descosificación y no humanización de los animales y la Ley 17/2021 y la LPDBA, nos remitimos al epígrafe 1 de este estudio.

⁴⁴ Sobre las obligaciones que impone la LPDBA, *vid.* epígrafe 1 de este estudio.

motivo familiar y personal» –subrayamos la relevancia jurídica de «deber inexcusable» y de «motivo personal» (no meramente familiar) para que fuese posible tal interpretación⁴⁵.

4. A modo de conclusión: propuestas *de lege ferenda* sobre el bienestar de los animales de compañía para el derecho del trabajo español

Como se puede extraer del análisis del anterior epígrafe 3, el derecho del trabajo español y, específicamente, el ET no está configurado o, mejor dicho, no está en sintonía para dar respuesta directa a la materia objeto de este estudio. Teniéndolo en cuenta y a modo de conclusión, procedemos a realizar propuestas *de lege ferenda* sobre el bienestar de los animales de compañía para el derecho del trabajo español de forma secuencial: primero, exponemos diversas alternativas de propuestas *de lege ferenda*, las cuales –ya avanzamos– serán rechazadas (epígrafe 4.1), y posteriormente argumentaremos la necesidad de legislar un permiso retribuido por bienestar de animal de compañía, un permiso retribuido por fallecimiento de animal de compañía y la nulidad objetiva y el derecho a una indemnización por daños y perjuicios (lucro cesante, daño emergente y daño moral) ante comportamientos contrarios al bienestar del animal de compañía por parte del empleador en el derecho del trabajo español.

4.1. Alternativas de propuestas *de lege ferenda* sobre el bienestar de los animales de compañía para el derecho del trabajo español

La intervención legislativa para garantizar que la persona trabajadora –como titular, responsable o conviviente con un animal de compañía– pueda cumplir con las obligaciones legales del bienestar de dicho animal podría articularse de múltiples maneras⁴⁶. Algunas alternativas podrían ser:

- Incluir en el ET una mención sobre que los convenios colectivos estatutarios deberán establecer medidas para garantizar el bienestar y cuidado de los animales de compañía de sus personas trabajadoras (titular, responsable o conviviente con un

⁴⁵ Nos referimos a la *Sentenza de la Suprema di Cassazione, sez. III, 18 aprile-5 giugno 2007 (n. 21805)* y la *Sentenza de la Suprema di Cassazione, sez. III, 13 dicembre 2012 (n. 5979)*. En ambas sentencias el empleador era la *Sapienza Università di Roma*.

⁴⁶ Recuérdesse que la LPDBA considera «persona titular» la que «figure como tal en los registros oficiales constituidos para las distintas especies» (art. 3 dd); y «persona responsable» como aquella «persona física o jurídica que sin ser titular se encuentre, de forma circunstancial o permanente, al cuidado, guarda o custodia del animal» (art. 3 bb).

animal de compañía). A estos efectos, resulta complejo determinar el lugar propicio en la norma, pero podría ser (idealmente) mediante un nuevo párrafo en el artículo 85.1.

- Modificar la normativa de la solicitud de adaptación de jornada (art. 34.8 ET) para añadir como causa de dicha solicitud de adaptación el necesario cuidado para garantizar el bienestar del animal de compañía de la persona trabajadora (titular, responsable o conviviente con el animal).
- Modificar el redactado del deber inexcusable de carácter público y personal (art. 37.3 d ET) para clarificar e introducir explícitamente que entra dentro de este supuesto el necesario cuidado urgente de un animal de compañía –por estar en peligro la propia vida del animal de compañía o encontrarse en un estado de intenso sufrimiento– del que la persona trabajadora sea titular, responsable o conviviente.

Sin embargo, algunas o todas estas opciones tienen limitaciones o problemáticas: i) complejidad en su articulación técnica-jurídica, práctica y temporal (no dar respuesta a necesidad urgente); ii) podrían llegar a no ser suficientes para garantizar el bienestar y cuidado de los animales de compañía, y iii) podrían tener cierto rechazo (o total rechazo) social.

Para evitarlas y, sobre todo, como medida que pudiera ser aceptable global y socialmente, consideramos que sería necesario regular un permiso retribuido por cuidado de animal de compañía. Además, como argumentaremos, y por motivos de coherencia normativa, debería regularse también un permiso retribuido por fallecimiento de animal de compañía, así como la nulidad objetiva y el derecho a una indemnización por daños y perjuicios (lucro cesante, daño emergente y daño moral) de comportamientos contrarios al bienestar del animal de compañía por parte del empleador.

4.2. La necesidad de legislar en el derecho del trabajo español un permiso retribuido por cuidado de animal de compañía, un permiso retribuido por fallecimiento de animal de compañía y la nulidad objetiva y el derecho a una indemnización por daños y perjuicios ante comportamientos contrarios al bienestar del animal de compañía por parte del empleador

Más allá de los detalles técnicos jurídico-laborales –tales como cuánto tiempo (por ejemplo, a modo de propuestas, el indispensable o «x» días al año disfrutables por fracciones de «x» horas y eventualmente acumulable en «x» años), la forma de acreditar la vinculación entre el animal de compañía y la persona trabajadora y la necesidad de cuidado del animal de compañía (conexión con su salud y su bienestar), así como que la negociación colectiva pudiera mejorar sus condiciones de disfrute–, un permiso remunerado por cuidado de animal de compañía resulta, a nuestro parecer, imprescindible a tenor del conjunto del análisis desarrollado en este estudio.

En esta línea, se planteó formalmente la necesidad de regular algún tipo de permiso por parte de la «Plataforma Profesionales VS Ley PPP» a la Dirección General de Derechos de los Animales cuando se iba a tramitar la LPDBA (Gutiérrez Arranz, 2021) y, también lo han manifestado algunos sectores de la abogacía española (De Juan Escandell, 2022, p. 5; García García, 2018; Molina Vega, 2021).

Entendemos que lo esencial de esta medida legislativa es que fuese fruto de un diálogo social amplio: no solo debería tenerse en cuenta las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, sino adicionalmente consultar a entidades animalistas y personas expertas sobre el bienestar animal. Por otro lado, y avanzándonos a eventuales potenciales críticas del mal uso de este tipo de permiso –y análogamente para el otro permiso que se propone legislar–, téngase en cuenta que el empleador dispone de la facultad disciplinaria (incluyéndose el despido disciplinario) y esta actúa como un gran desincentivo. Además, no resultaría descartable establecer que si dos (o más) personas trabajadoras de la misma empresa quisieran ejercer este permiso por el mismo animal de compañía causante, el empleador podría llegar a limitar su ejercicio simultáneo por razones fundadas y objetivas de funcionamiento de la empresa, debidamente motivadas por escrito.

En todo caso, a nuestro parecer, un permiso como el propuesto debería ser necesariamente retribuido, so pena de generarse un (potente) desincentivo de su uso y podría incluirse como nueva letra en el artículo 37.3 del ET. Además, otras medidas deberían regularse para dotar de coherencia interna al ordenamiento jurídico-laboral: i) un permiso retribuido por fallecimiento de animal de compañía, y ii) la nulidad objetiva y el derecho a una indemnización por daños y perjuicios (lucro cesante, daño emergente y daño moral) ante comportamientos contrarios al bienestar del animal de compañía por parte del empleador.

En concreto, permítanme, aunque sea brevemente, argumentar las razones de la necesidad de legislar estas otras dos medidas:

1. Un permiso retribuido por fallecimiento de animal de compañía: entendemos que resulta necesario regularlo porque si se admite la necesidad de un permiso para el cuidado de animal de compañía, resultaría incoherente que al segundo justo después del fallecimiento del animal la persona trabajadora ya no tuviere causa legal para ausentarse. Se añade, asimismo, que la persona trabajadora puede estar obligada a realizar trámites administrativos ante el fallecimiento y que socialmente podría ser rechazable la existencia de un permiso por cuidado y no uno por fallecimiento.

Este permiso, en cualquier caso, debería ser: i) retribuido para evitar generarse un desincentivo en su uso y ii) diferente al del cuidado ya que son hechos causantes distintos –y que pueden o no tener interconexión (ej. fallecimiento súbito sin sintomatología previa) – y, además, de esta forma se permitiría una regulación diferenciada entre ambos permisos (legislar una nueva letra en el art. 37.3 ET distinta a la anteriormente propuesta).

2. La nulidad objetiva y el derecho a una indemnización por daños y perjuicios ante comportamientos contrarios al bienestar del animal de compañía: si bien potencialmente existirían eventuales fórmulas protectoras vía «garantía de indemnidad», tutelaje antidiscriminatorio por «libertad ideológica y creencias animalistas» o, incluso, una nueva causa discriminatoria atendiendo a la cláusula abierta del artículo 14 de la CE sobre discriminación «por cualquier otra condición o circunstancia personal o social»⁴⁷, estas podrían ser complejas e ineficientes en la práctica para conseguir una efectiva protección de la persona trabajadora ante el disfrute de los dos permisos propuestos anteriormente. Por ello consideramos que debería establecerse legalmente la nulidad objetiva –en especial, ante el despido (dualidad entre procedente o nulo)– y el derecho de la persona trabajadora a una indemnización por daños y perjuicios ante comportamientos contrarios al bienestar del animal de compañía por parte del empleador.

En concreto, ténganse en cuenta el ámbito y consecuencias derivadas –o que tendrían que derivarse– de estas medidas y cuyo objetivo es proteger *ex ante* y *ex post* a la persona trabajadora y el bienestar del animal de compañía:

- a) Aquello que se protege no es únicamente el disfrute de los permisos propuestos –y que debería haber un periodo de «x» meses después de su disfrute de protección objetiva ante medidas como el despido y, en todo caso, desde su solicitud–, sino ante todo comportamiento contrario al bienestar del animal de compañía por parte del empleador y, por tanto, es un ámbito más amplio.

En concreto, se propone: creación de un nuevo artículo 17 bis del ET sobre nulidad objetiva (no por o de discriminación) de todo comportamiento contrario al bienestar del animal de compañía del empleador en estadios previos al contrato de trabajo (ej. proceso de selección), durante el mismo y su extinción; inclusión de nueva letra sobre causa de despido nulo en el artículo 55.5 del ET; eventuales y acordes ajustes normativos en la Ley reguladora de la jurisdicción social (LRJS), y, finalmente, eventuales y acordes ajustes normativos en la LISOS.

En cuanto a las modificaciones de la LRJS, entendemos que podría crearse una nueva modalidad procesal, bien mediante una nueva sección en el capítulo V de la LRJS y con un nuevo artículo 139 bis, bien modificando el título de la sección 5.^a de dicho capítulo e introducir un nuevo artículo 139 bis.

- b) Inclusión explícita del derecho de la persona trabajadora a ser indemnizada por los daños y perjuicios derivados de la conducta contraria al bienestar del animal de compañía –daño de todo tipo y, por tanto, lucro cesante, daño emergente y daño moral–. Además, consideramos que para la determina-

⁴⁷ Vid. epígrafe 3.

ción de la cuantía de la indemnización debería tenerse en cuenta no solo una finalidad resarcitoria y compensadora (carácter resarcitorio y compensador de la indemnización), sino también la de contribuir a prevenir el daño (carácter disuasorio de la indemnización).

En todo caso, estos concretos aspectos sobre la indemnización deberían incluirse claramente en la modificación de la LRJS señalada anteriormente.

Para finalizar, queremos concluir este estudio con una breve reflexión: consideramos que la temática abordada no debería ser vista como una frivolidad, sino que es una materia que presenta claroscuros, aristas y complejidades teórico-prácticas que apelan tanto a valores filosófico-sociales como a la más pura cotidianidad en el marco de sociedades, economías y Estados desarrollados capitalistas, liberales y del bienestar. Pensamos que, si bien puede llegar a retrasarse el real y serio debate y emprender medidas legislativas en el derecho del trabajo español, la problemática ya existe y es augurable que se acentúe en el futuro próximo.

Referencias bibliográficas

- Alonso García, E. (2010). El bienestar de los animales como seres sensibles-sentientes: su valor como principio general, de rango constitucional, en el derecho español. En J. A. Santamaría Pastor (Dir.), *Los principios jurídicos del Derecho administrativo* (pp. 1.427-1.510). La Ley-Wolters Kluwer.
- Animal Friends Pet Insurance. (17 de junio de 2017). Should workers be allowed time off to take care of their poorly pets? *Dog Blog-Animal Friends Pet Insurance*. <https://www.animalfriends.co.uk/dog/dog-blog/should-workers-be-allowed-time-off-to-take-care-of-their-poorly-pets/>
- AMVAC y AEDPAC. (2023). Informe sectorial AMVAC-AEDPAC 2023. https://www.amvac.es/docs/informe_sectorial.pdf
- Calabresi, G. (1985). Sobre los límites de los análisis no económicos del Derecho. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2, 219-228.
- Calsamiglia Blancafort, A. (1987). Eficiencia y derecho. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 4, 267-287.
- Calvo Soler, P. (2017). *El vínculo entre el ser humano y los animales: aspectos psicológicos y psicopatológicos*. [Tesis doctoral. Universitat Autònoma de Barcelona]. <http://hdl.handle.net/10803/454806>
- Casado Casado, L. (2020). La tutela del bienestar animal en el ordenamiento jurídico-administrativo en España. Especial referencia a los animales de compañía. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, 11(2), 48-102.
- Castro Álvarez, C. (2019). *Los animales y su estatuto jurídico: protección y utilización de los animales en el Derecho*. Aranzadi.
- Collins, H., Lester, G. y Mantouvalou, V. (2018). Introduction: does labour law need philosophical foundations? En H. Collins, G. Lester & V. Mantouvalou (Eds.), *Philosophical foundations of labour law* (pp. 1-30). Oxford University Press.
- Davidov, G. (2016). *A purposive approach to labor law*. Oxford University Press.
- Davies, P. L. (2015). Efficiency arguments for the collective representation of workers: a sketch. En A. Bogg, C. Costello, A.C.L. Davies & J. Adams-Prassl (Eds.), *The autonomy of labour law* (pp. 367-395). Hart Publishing.

- Deakin, S. y Wilkinson, F. (1998). Labour law and economic theory: a reappraisal. *ESRC Centre for Business Research, Research paper*, 92, 1-46. <https://www.jbs.cam.ac.uk/wp-content/uploads/2023/05/cbrwp092.pdf>
- Doménech Pascual, G. (2004). *Bienestar animal contra derechos fundamentales*. Atelier.
- Eccles, M. y Goujard, C. (16 de marzo de 2023). Barking mad? Commission chews over bring-your-pet-to-work policy. *www.politico.eu*. <https://www.politico.eu/article/barking-mad-commission-chews-over-bring-your-pet-to-work-policy-dogs-eurocrats-eu-institutions-pets-to-work-cross-group-pack-of-meps/>
- Ejecutivos. (1 de octubre de 2020). Barkyn, la primera empresa en España en ofrecer un permiso de paternidad remunerado a sus empleados que acojan una mascota. *Ejecutivos*. <https://ejecutivos.es/noticias/barkyn-la-primera-empresa-en-espana-en-ofrecer-un-permiso-de-paternidad-remunerado-a-sus-empleados-que-acojan-una-mascota/>
- Equipos & Talento. (21 de septiembre de 2022). El campus de Nestlé en España ya es Dog Friendly. *Equipos y Talento*. <https://www.equipoystalento.com/noticias/2022/06/21/el-campus-de-nestle-en-espana-ya-es-dog-friendly>
- Fernández Domingo, J. I. (2022). Evolución histórica en la consideración de los animales: del mundo clásico a la actualidad. En G. Cerdeira Bravo de Mansilla (Dir.), *Un nuevo Derecho civil para los animales: comentarios a la Ley 17/2021, de 15 de diciembre* (pp. 13-30). Reus.
- Fernández, M. (22 de octubre de 2022). Mas-cotas SA: una industria «milmillonaria» que no para de crecer. *El País*. <https://elpais.com/economia/negocios/2022-10-22/mas-cotas-sa-una-industria-milmillonaria-que-no-para-de-crecer.html>
- Font Galán, J. I. (1987). *Constitución económica y Derecho de la Competencia*. Tecnos.
- Gala Durán, C. (2019). El principio de condición más beneficiosa a la luz de la última jurisprudencia. *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, 143, 165-190.
- García García, M. D. (9 de febrero de 2018). Una reforma laboral por el bienestar animal. *Blog de Derechos Animales*. <https://www.abogacia.es/publicaciones/blogs/blog-de-derecho-de-los-animales/una-reforma-laboral-por-el-bienestar-anim/>
- Gutiérrez Arranz, A. (29 de septiembre de 2021). Sobre la modificación del Estatuto de los Trabajadores para incluir como ausencia justificada prestar asistencia veterinaria a nuestro animal. *Legal Today*. <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-social-laboral/laboral/sobre-la-modificacion-del-estatuto-de-los-trabajadores-para-incluir-como-ausencia-justificada-prestar-asistencia-veterinaria-a-nuestro-anim-2021-09-29/>
- Hendrickx, F. (2012). Foundations and functions of contemporary labour law. *European Labour Law Journal*, 3(2), 108-129. <https://doi.org/10.1177/201395251200300202>
- Jeammaud, A. (2021). Propuestas para una comprensión materialista del Derecho del Trabajo. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 22, 101-124.
- Julius, H., Beetz, A. y Kotrschal, K. (2012). *Attachment to pets*. Hogrefe.
- Juan Escandell, P. de. (2022). Relaciones laborales y animales de compañía. https://www.linkedin.com/feed/update/urn:li:activity:6998560640495702016?updateEntityUrn=urn%3AIn%3Afs_feedUpdate%3A%28V2%2Curn%3AIn%3Aactivity%3A6998560640495702016%29
- Kanat-Maymon, Y., Antebi, A. y Zilcha-Mano, S. (2016). Basic psychological need fulfillment in human-pet relationships and well-being. *Personality and Individual Differences*, 92, 69-73. <https://doi.org/10.1016/j.paid.2015.12.025>
- Lafont Nicuesa, L. (2006). La protección de los animales y su colisión con otros derechos

- en la jurisprudencia. *Revista Vasca de Administración Pública*, 74, 335-365.
- Lascuraín Sánchez, J. A. (13 de marzo de 2019). ¿Penamos a la persona jurídica por conductas de participación? *Almacén de Derecho*. <https://almacendederecho.org/penamos-a-la-persona-juridica-por-conductas-de-participacion>
- Loperena Rota, D. (1998). *El derecho al medio ambiente adecuado*. Civitas-Instituto Vasco de Administración Pública.
- López López, J. (2022). Inscribing solidarity in labor law: promise and limitations. En J. López López López (Ed.), *Inscribing solidarity: debates in labor law and beyond* (pp. 1-23). Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/9781009170260>
- López Ramón, F. (1980). *La protección de la fauna en el Derecho español*. Instituto García Oviedo.
- Metrópoli. (7 de octubre de 2018). Dos oficinas de Barcelona son «dogfriendly». *Metrópoli-El Español*. https://metropoliabierta.elespanol.com/vivir-en-barcelona/20181007/dos-oficinas-de-barcelona-son-dogfriendly/343715695_0.html
- Molina Vega, J. (7 de enero de 2021). Permisos laborales para cuidar mascotas: ¿una opción en España? *Expansión*. <https://www.expansion.com/blogs/el-mundo-al-reves/2021/01/07/permisos-laborales-para-cuidar-mascotas.html>
- Moll Noguera, R. (2019). *Negociación colectiva y dimensión de la empresa*. Tirant lo Blanch.
- Monereo Pérez, J. L. (2003). Nuevas tendencias del Derecho del Trabajo postconstitucional: el modelo de Constitución flexible del Trabajo. En A.V. Sempere Navarro (Dir.), *El modelo social de la Constitución Española de 1978* (pp. 1527-1606). Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- Moret Millás, V. (2012). La productividad en la Constitución Española. *Asamblea: Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 26, 119-152.
- Mosterín, J. (1995). *Los derechos de los animales* (1.ª ed.). Debate.
- Pérez Monguió, J. M., Ruiz Rodríguez, L.R. y Sánchez González, M.P. (2008). Los animales como agentes y víctimas de daños en el Derecho administrativo. En J. M. Pérez Monguió (Coord.), *Los animales como agentes y víctimas de daños: especial referencia a los animales que se encuentran bajo el dominio del hombre* (pp. 203-368). Bosch.
- Posner, R. A. (2004). Animal Rights: Legal, Philosophical and Pragmatic Perspectives. En C. R. Sunstein y M. C. Nussbaum (Eds.), *Animal rights: current debates and new directions* (pp. 51-77). Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780195305104.003.0003>
- Purina. (s. f.). Mascotas en el puesto de trabajo. Pets at work. *Purina*. <https://www.purina.es/purina-en-la-sociedad/mascotas-en-el-puesto-de-trabajo>
- Ragués i Vallès, R. (2017). *La actuación en beneficio de la persona jurídica como presupuesto para su responsabilidad penal*. Marcial Pons.
- Ragués i Vallès, R. (2023). La responsabilidad penal de las personas jurídicas por acoso sexual como Derecho penal simbólico. En J. Muñoz Sánchez, O. García Pérez, A. I. Cerezo Domínguez y E. García España (Dirs.), *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos. Libro Homenaje al Profesor José Luis Díez Ripollés* (pp. 1635-1646). Tirant lo Blanch.
- Rey Pérez, J. L. (2023). Los animales en el sistema jurídico, ¿meros seres sintientes, pacientes o agentes morales? *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 49, 710-721. <https://doi.org/10.7203/CEFD.49.26124>
- Rius, M. (14 de octubre de 2023). En Asturias, Aragón y Castilla y León hay tres perros por cada diez personas. *La Vanguardia*. <https://www.lavanguardia.com/mascotas/20231014/9298986/asturias-aragon-castilla-leon-perros-personas.html>

- Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. (1996). La emancipación del Derecho del Trabajo del Derecho Civil. *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 2, 63-66.
- Sable, P. (2013). The pet connection: an attachment perspective. *Clinical Social Work Journal*, 41, 93-99. <https://doi.org/10.1007/s10615-012-0405-2>
- Sáez Olmos, J., Caravaca Llamas, C. y Molina Cano, J. (2023). La familia multiespecie: cuestión y reto multidisciplinar. *Aposta. Revista de Ciencias Sociales*, 97, 8-27.
- Saura Alberdi, B. y Velasco Saura, E. (2023). Actualización de programa de prevención penal corporativo tras la reforma operada por LO 14/2022, de 22 de diciembre, y por la LO 3/2023, de 28 de marzo, en materia de maltrato animal. *La Ley compliance penal*, 12.
- Scholtz, S. E. (2022). Remote-workers and their furry co-workers: a multimethod exploration of new avenues for work-related exhaustion and job satisfaction. *Social Sciences*, 11(11), 501-519. <https://doi.org/10.3390/socsci11110501>
- Sinzheimer, H. (1984). El perfeccionamiento del Derecho del Trabajo. En H. Sinzheimer, *Crisis económica y Derecho del Trabajo: cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo* (F. Vázquez Mateo, Trad.) (pp. 45-66). Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. (Obra original publicada en 1922). <https://ia801802.us.archive.org/15/items/sinzheimer-derecho-trabajo/LABOUR%20LAW%209000%20sinzheimer%20ES%20derecho%20trabajo%20full.pdf>
- Sunstein, C. R. (2005). What are animal rights? En C.R. Sunstein y M.C. Nussbaum (Eds.), *Animal rights: current debates and new directions* (pp. 3-15). Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780195305104.003.0001>
- Tarbert, K. (6 de diciembre de 2022). More than half of Aussie pet owners would lie to their employer to care for their sick pet at home. *Honey-Nine Entertainment*. <https://honey.nine.com.au/pets/australians-want-improved-workplace-policies-care-for-sick-pets-new-research/2a014c23-2370-4fd6-9820-da7352b1e75c>
- Todoñí Signes, A. (16 de abril de 2016). ¿Puedo tener permiso laboral por fallecimiento de mi animal de compañía? *Argumentos de Derecho Laboral*. <https://adriantodoli.com/2016/04/14/puedo-tener-permiso-laboral-por-fallecimiento-de-mi-animal-de-compania/>
- Wells, M. y Perrine, R. (2001). Critters in the cube farm: perceived psychological and organizational effects of pets in the workplace. *Journal of Occupational Health Psychology*, 6(1), 81-87. <https://doi.org/10.1037/1076-8998.6.1.81>
- Wilkin, C. L., Fairlie, P. y Ezzedeen, S. R. (2016). Who let the dogs in? A look at pet-friendly workplaces. *International Journal of Workplace Health Management*, 9(1), 96-109. <https://doi.org/10.1108/IJWHM-04-2015-0021>
- Wise, S. M. (2004). Animal rights, one step at time. En C. R. Sunstein y M. C. Nussbaum (Eds.), *Animal rights: current debates and new directions* (pp. 19-50). Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780195305104.003.0002>

Oriol Cremades Chueca. Licenciado en Economía, graduado en Derecho y máster universitario en Abogacía por la Universitat Pompeu Fabra (UPF). Máster en Derecho Laboral y de la Seguridad Social por la UPF Barcelona School of Management. Doctor con mención internacional en Derecho Económico y de la Empresa por la Universidad de Deusto, la Universidad Pontificia Comillas (ICADE) y la Universidad Ramon Llull (Esade-URL). Su tesis sobre la identificación y los fundamentos jurídicos de la responsabilidad laboral en el grupo de empresas en España fue galardonada con el premio Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (2020). Obtuvo premio extraordinario de doctorado de la URL y tiene reconocido un sexenio de investigación (AQU Catalunya). <https://orcid.org/0000-0002-9134-1139>

Derecho a la protección de datos personales y control laboral a través de dispositivos de geolocalización

Victoria Rodríguez-Rico Roldán

*Profesora contratada doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Granada (España)*

victoriarrico@ugr.es | <https://orcid.org/0000-0002-2019-4100>

Extracto

En el control de la actividad laboral, se recurre cada vez con más frecuencia a los instrumentos que habilita la innovación tecnológica tan característica de nuestro tiempo. Entre ellos, los sistemas de geolocalización permiten recabar una información exhaustiva y un seguimiento sumamente preciso, pero también plantean problemas de confrontación con los derechos fundamentales de los trabajadores. El presente artículo se centra precisamente en abordar los retos que se advierten desde el enfoque del derecho a la protección de datos personales. El marco normativo será objeto de análisis ineludible, si bien el carácter casuístico del tema, así como las ausencias y silencios en la regulación, justifican que la doctrina judicial sea igualmente considerada.

Palabras clave: vigilancia; geolocalización; derechos fundamentales; proporcionalidad; datos personales; seguimiento; nuevas tecnologías.

Recibido: 01-11-2023 / Aceptado: 14-12-2023 / Publicado (en avance *online*): 14-02-2024

Cómo citar: Rodríguez-Rico Roldán, V. (2024). Derecho a la protección de datos personales y control laboral a través de dispositivos de geolocalización. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 479, 115-142. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.20107>



Right to the protection of personal data and work monitoring through geolocation devices

Victoria Rodríguez-Rico Roldán

*Profesora contratada doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Granada (España)*

victoriarrico@ugr.es | <https://orcid.org/0000-0002-2019-4100>

Abstract

Activity management is increasingly resorting to the tools enabled by the current technological innovation. Among them, geolocation systems provide exhaustive information and a highly precise employee monitoring, but they also give rise to problems in terms of confrontation with the fundamental rights of workers. This paper focuses precisely on addressing the challenges which arise from the point of view of the right to the protection of personal data. We will assess the legal framework, although the judgements in this field will also be considered given the case-by-case nature of the topic and the normative gaps identified in this paper.

Keywords: surveillance; geolocation; fundamental rights; proportionality; personal data; monitoring; new technology.

Received: 01-11-2023 / Accepted: 14-12-2023 / Published (online preview): 14-02-2024

Citation: Rodríguez-Rico Roldán, V. (2024). Right to the protection of personal data and work monitoring through geolocation devices. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 479, 115-142. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.20107>



Sumario

1. Breve aproximación introductoria a la regulación de la cuestión en la normativa de protección de datos personales
 2. El control de legalidad de la instalación de dispositivos de geolocalización y el tratamiento de datos personales
 3. El deber de información expresa, clara e inequívoca: alcance y contenido
 4. El juicio ponderativo en la resolución de los conflictos entre derechos fundamentales de los trabajadores y control empresarial
 - 4.1. Significación e implicaciones del principio de proporcionalidad en el uso de las facultades de control
 - 4.2. El tiempo de trabajo como parámetro recurrente en la valoración de la proporcionalidad de la medida de control
 5. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

1. Breve aproximación introductoria a la regulación de la cuestión en la normativa de protección de datos personales

Los datos recogidos por los dispositivos de geolocalización, en cuanto asociados a la información propia de una persona física identificada o identificable, tienen la consideración de datos personales (art. 4 Reglamento general de protección de datos –RGPD–¹), por lo que su tratamiento queda sujeto a la normativa existente en materia de protección de los mismos. Dicha normativa incluye, además de la norma europea recién citada, la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD). Precisamente en esta norma se incorporó un precepto dedicado al control empresarial a través de sistemas de posicionamiento, bajo la rúbrica «Derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral», aunque la atención a dicho derecho fundamental no pasaría de este título, que contiene la única referencia al mismo. En efecto, el artículo 90 de la LOPDGDD se limita a avalar el tratamiento empresarial de los datos obtenidos a través de sistemas de geolocalización en el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores o los empleados públicos previstas, respectivamente, en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores (ET) y en la legislación de función pública, «siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo». Ni rastro en toda la letra del precepto del derecho fundamental a la intimidad que enuncia su cabecera. La escueta regulación se limita a determinar el alcance de las facultades de vigilancia a través de los dispositivos GPS.

El artículo 90 de la LOPDGDD podría haber sido, pues, más exhaustivo. No sin razón, se ha sostenido que el GPS constituye uno «de los dispositivos digitales menos regulados en el ámbito jurídico laboral» (Fernández Orrico, 2021, p. 331). Más adelante habrá ocasión de detenerse en carencias significativas, como la ausencia de referencia al principio de proporcionalidad –cuya observancia, sin embargo, sí se reclama a la hora de utilizar los dispositivos de grabación de sonidos ex art. 89.3 del mismo texto legal– o el silencio que guarda el precepto en relación con la participación de los representantes de los trabajadores –a diferencia de lo previsto en el art. 87.3 al determinar los criterios de utilización de los dispositivos digitales en el ámbito laboral–. Por el momento, baste con denunciar que el artículo 90 de la LOPDGDD formula una habilitación genérica al empleador para usar los sistemas de

¹ Según añade el precepto:

[...] se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, *datos de localización*, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona.

geolocalización sin exigir un interés legítimo o una justificación concreta. Contrasta, así, con la fórmula más afortunada empleada en el artículo 87.2 de la LOPDGDD, que se refiere al acceso del empleador a los contenidos derivados del uso de medios digitales facilitados a los trabajadores «a los solos efectos de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutarias y de garantizar la integridad de dichos dispositivos». No extrañará, pues, que se haya criticado que, con la lectura del precepto y el tratamiento débil que ofrece de la cuestión, resulta imposible articular un sistema fiable que asegure al trabajador un control en el marco de su derecho fundamental a la protección de datos y a la empresa alguna garantía de que la obtención de la prueba del incumplimiento contractual será acorde a este derecho (López Balaguer y Ramos Moragues, 2020, p. 535).

En cualquier caso, la relevancia de la LOPDGDD, al incorporar el artículo 90 en la regulación de la garantía de los derechos digitales, es indiscutible. Constituyó la primera normativa específicamente dedicada al derecho fundamental a la protección de datos personales en el ámbito laboral; un derecho este que no reduce su protección a los datos íntimos, sino que cuenta con un objeto más amplio al referirse también a cualquier tipo de dato personal (Sentencia del Tribunal Constitucional –STC– 292/2000, de 30 de noviembre), y materializa la encomienda del artículo 88 del RGPD. Asimismo, la disposición final decimotercera de la LOPDGDD introdujo el artículo 20 bis en el ET, el cual reconoce:

[...] el derecho de los trabajadores a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.

Esta remisión ha de interpretarse como un envío en bloque no solo a los preceptos específicos relativos a los derechos enunciados en el artículo transcrito (arts. 87 a 90 LOPDGDD), sino a todo el conjunto normativo globalmente considerado en materia de protección de datos personales y encabezado por el reglamento europeo de 2016 (Baz Rodríguez, 2020).

Con más o menos tino –en los epígrafes que siguen se valorará–, el texto legal acaba con un vacío normativo que había hecho recaer en la doctrina judicial –en ocasiones con pronunciamientos contradictorios– la solución casuística a los problemas suscitados en relación con la introducción de las nuevas tecnologías en el ámbito de las relaciones laborales. De este modo, lo que durante tanto tiempo supuso el único material de análisis a la hora de abordar el difícil equilibrio entre derechos fundamentales del trabajador y poder de dirección empresarial ha pasado a constituir «un auxiliar exegético del mayor interés al leer los preceptos legales» (Pérez de los Cobos Orihuel, 2019). Y todo parece indicar que seguirá constituyendo un recurrente instrumento en cualquier análisis de la determinación del alcance y límites del control empresarial a través de los sistemas de geolocalización. La escueta normativa al respecto no hace sino avivar estos presagios, a lo que colabora el carácter invasivo que, por definición, acompaña a estos dispositivos, caracterizados por permitir

una fiscalización dotada de gran alcance e intensidad y que permiten el tratamiento de datos que pueden exceder del contexto estrictamente profesional. Ya en su día, el Dictamen 5/2005, sobre el uso de los datos de localización con vistas a prestar servicios, adoptado por el Grupo de trabajo sobre protección de datos del artículo 29 –en la actualidad, Comité Europeo de Protección de Datos–, calificó de «excesivo» el tratamiento de datos cuando se lleva a cabo con el único fin de controlar el trabajo de un empleado, siempre que pueda hacerse a través de otros medios.

Así las cosas, y a pesar de la claridad que caracteriza a los términos del artículo 91 de la LOPDGDD al referirse a los derechos digitales en la negociación colectiva², llama la atención el silencio que esta viene guardando comúnmente sobre la cuestión (Fernández Collados, 2020, p. 345). Las pocas referencias convencionales que podemos encontrar, añadidas a la reproducción del propio precepto legal, se circunscriben al ámbito sancionador en relación con la manipulación de los dispositivos por parte del trabajador, así como a la debida desactivación empresarial del sistema de posicionamiento en el momento en que finalice la jornada laboral.

2. El control de legalidad de la instalación de dispositivos de geolocalización y el tratamiento de datos personales

La geolocalización se ha convertido, de un tiempo a esta parte, en una de las principales modalidades de control digital de la actividad laboral. Cada vez con mayor frecuencia, las empresas se valen de la instalación de sistemas de posicionamiento en dispositivos de su propiedad –vehículos, teléfonos móviles, *tablets* o *wearable technology*– facilitados a los trabajadores. Tales geolocalizadores son programados para determinar permanentemente la ubicación de la persona, del vehículo o dispositivo y verificar, así, el cumplimiento de las obligaciones contractuales a partir de la constatación de datos como el itinerario seguido, las horas de arranque, la distancia recorrida o la velocidad en el desplazamiento. La utilidad de este sistema de vigilancia se advierte fundamentalmente respecto de trabajadores que prestan sus servicios fuera de los centros de trabajo, como es el caso de los vigilantes de seguridad o de los transportistas, por citar algunos ejemplos en los que se suele proceder al tratamiento de datos de localización. De hecho, se ha considerado que la manipulación consciente por parte de un trabajador respecto de un dispositivo de localización del vehículo puesto a su disposición para la prestación de servicios, hasta lograr su inutilización, constituye una transgresión de las reglas de la buena fe contractual a las que aquel debe atenerse en el cumplimiento de las obligaciones concretas de su puesto de trabajo ex artículos 5 a) y 20.2 del ET (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia –STSJ– de Canarias de 11 de mayo de 2015, rec. 834/2014). Dicha transgresión supone una evidente pérdida de

² El precepto dispone que «los convenios colectivos podrán establecer garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral».

confianza y evidencia una gravedad y culpabilidad suficientes para calificar el incumplimiento como muy grave y, por tanto, merecedor de un despido disciplinario. La STSJ de Murcia de 29 de marzo de 2022 (rec. 1084/2021) resuelve precisamente en este mismo sentido un supuesto en el que el trabajador coloca un interruptor que desconecta el GPS en la furgoneta empresarial con la que prestaba servicios para evitar así su localización.

El artículo 90 de la LOPDGDD regula expresamente –lo de intensamente es otro cantar– la determinación de los requisitos a los que debe ajustarse la instalación de tales sistemas de geolocalización. En la letra del precepto se echa en falta una mayor dosis de concreción, fundamentalmente en la regulación del alcance y contenido del deber de información, al tiempo que incomprensiblemente se omite cualquier referencia al juicio de proporcionalidad, que sin embargo sí aparece referido de forma expresa en la legislación procesal, precisamente cuando el empresario, en lugar de aportar en el proceso los datos de localización, solicita al órgano judicial el acceso a los mismos (art. 90.4 Ley reguladora de la jurisdicción social –LRJS–³).

La norma ha perdido una gran ocasión para precisar los límites al control empresarial cuando se acomete a través de dispositivos GPS, por lo que habrá que estar a las soluciones propuestas por la doctrina judicial al efecto. Eso sí, cabe esperar que, al contar con ciertas pautas legales, se reduzcan en lo posible las contradicciones que la ausencia de parámetros normativos llegó en su momento a propiciar entre las resoluciones dictadas en esta temática, especialmente en cuanto al deber de información de la instalación y finalidad de tales sistemas de geolocalización. Significativamente, la ausencia de positivización del deber de informar provocó en su día que determinados órganos judiciales optaran por flexibilizar el requisito de la información previa cuando no existía otro medio eficaz y la instalación del dispositivo GPS satisfacía el juicio de proporcionalidad⁴. Incluso algunas resoluciones judiciales llegaron a sostener el carácter meramente conveniente de la información⁵.

³ Según el precepto:

[...] cuando sea necesario a los fines del proceso el acceso a documentos o archivos, en cualquier tipo de soporte, que pueda afectar a la intimidad personal u otro derecho fundamental, el juez o tribunal, siempre que no existan medios de prueba alternativos, podrá autorizar dicha actuación, mediante auto, previa ponderación de los intereses afectados a través de juicio de proporcionalidad y con el mínimo sacrificio, determinando las condiciones de acceso, garantías de conservación y aportación al proceso, obtención y entrega de copias e intervención de las partes o de sus representantes y expertos, en su caso.

⁴ La STSJ de Cataluña de 5 de marzo de 2012 (rec. 5194/2011) confirma la legalidad de un GPS instalado en el vehículo que la empresa puso a disposición del trabajador sin más información previa que la advertencia de la posibilidad de adoptar las medidas más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento de sus obligaciones laborales.

⁵ Cuando menos llamativa resulta la STSJ de la Comunidad Valenciana de 2 de mayo de 2017 (rec. 3689/2016), que entendió que el trabajador conocía la instalación del dispositivo de localización del vehículo de empresa, ya que emitía un sonido cuando se abría este y se apagaba al introducir la llave. Por su parte, la STSJ de Galicia de 26 de abril de 2017 (rec. 510/2017) estima que el trabajador tenía conocimiento de la implantación de un GPS en el vehículo puesto a su disposición, porque tal aparato aparecía unido a una alarma que se conectaba automáticamente con la empresa Prosegur y el accionamiento de dicha alarma se encontraba en el puesto de conducción del vehículo.

En la actualidad, y aunque con poco detalle, la normativa sobre protección de datos personales revaloriza la exigencia de información, la cual no debe entenderse únicamente vinculada al derecho a la protección de datos personales, sino también necesariamente al derecho a la intimidad. Ambos derechos están llamados a proteger a la persona de la denominada «fantasía de la transparencia» (STSJ del País Vasco de 6 de octubre de 2020, rec. 956/2020). No hay que olvidar que los peligros de la geolocalización no vienen tanto por los datos concretos que muestran la posición de una persona como por la suma de estos datos que pueden mostrar una tendencia que permita predecir esos movimientos y comportamientos y, en consecuencia, lleven a conocer aspectos muy concretos de la esfera de la intimidad (Polo Roca, 2020, p. 152). En este sentido, permiten conocer en todo momento durante su uso parcelas de la vida del trabajador que, por muy imbricadas que estén en el desarrollo de la relación laboral con la empresa, inciden potencialmente en la esfera de su derecho a la intimidad personal y, de ser objeto de tratamiento, del derecho a la protección de datos de tal carácter (STSJ de Asturias de 27 de diciembre de 2017, rec. 2241/2017). Y, como es sabido e insiste la doctrina constitucional, «no debe olvidarse que hemos establecido de forma invariable y constante que las facultades empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales» (STC 29/2013, de 11 de febrero).

Según dispone el artículo 90.2 de la LOPDGDD, los empleadores deben informar de forma «expresa, clara e inequívoca» –difiriendo ligeramente de la fórmula empleada para describir la información debida en el art. 89.1 LOPDGDD⁶– a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca de la existencia y características de los dispositivos de geolocalización empleados en las facultades de control de la actividad laboral. Asimismo, el precepto insta a informarles sobre el posible ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, limitación del tratamiento y supresión; previsión que se echa en falta en los preceptos relativos a las demás medidas de control empresarial.

La parquedad reprochada anteriormente en relación con el primer apartado del artículo 90 de la LOPDGDD caracteriza también la redacción del segundo. Llama la atención que el precepto no haga extensiva la exigencia informativa a la finalidad misma de la medida de vigilancia empresarial adoptada, al igual que resulta cuestionable el carácter residual del que dota a la participación de los representantes de los trabajadores y que remite a los derechos de información sobre la implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo (art. 64.5 f) ET).

Cabe destacar igualmente la falta de concreción del canal de comunicación oportuno para cumplir con el deber de información. En todo caso, parece razonable sostener que la comunicación debe ser escrita, por resultar la vía más apropiada para trasladar la información en los términos del artículo 90 del ET. Recuérdese que, en virtud del precepto, la información debe ser «expresa», es decir, ha de ser comunicada al trabajador, sin que baste

⁶ El precepto, al regular el derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia, exige al empresario cumplir con el deber de información con carácter previo, y de forma «expresa, clara y concisa».

con que este la conozca indirectamente por otros empleados o pudiera deducir su existencia por cualquier otro medio, por ejemplo, al oír un sonido coincidiendo con la entrada en el vehículo (Fernández Orrico, 2021, p. 355); debe ser «clara», en el sentido de que el empresario ha de informar a los trabajadores de que se ha instalado un dispositivo de seguimiento en el vehículo de la empresa que conducen, o en el dispositivo digital de la empresa que utilicen, y que sus movimientos están siendo registrados mientras lo usan; y también debe ser «inequívoca», esto es, que no dé lugar a ningún tipo de confusión sobre el medio a través del cual va a ser controlado el trabajador (Valle Muñoz, 2022).

El derecho fundamental a la protección de datos personales del artículo 18.4 de la Constitución española (CE) requiere como complemento indispensable «la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo» (STC 292/2000, de 30 de noviembre). En este sentido, la Agencia Española de Protección de Datos ya advertía en su Informe 193/2008 de la necesidad de garantizar la debida información sobre los dispositivos GPS a los trabajadores a través de notas informativas, así como la conveniencia de que fuesen citados para estar presentes durante la instalación del correspondiente dispositivo.

La información constituye, pues, uno de los requisitos fundamentales en la determinación de la legalidad del control empresarial. El Repertorio de cuestiones prácticas emitidas por la Oficina Internacional del Trabajo en el ámbito de la protección de datos personales de los trabajadores recordaba que:

[...] cuando los trabajadores sean objeto de medidas de vigilancia, estos deberían ser informados de antemano de las razones que las motivan, de las horas en que se aplican, de los métodos y técnicas utilizados y de los datos que serán acopiados, y el empleador debería reducir al mínimo su injerencia en la vida privada de aquellos (apdo. 6.4).

Por tanto, en el supuesto de que el empleador incumpla su deber de elaborar criterios de uso de los equipos de trabajo o no informe a los trabajadores sobre dichos criterios, cualquier prueba obtenida mediante la localización, incumpliendo estas cuestiones, deberá ser valorada como ilícita, en tanto que ha sido obtenida vulnerando el derecho fundamental del trabajador (Marín Malo, 2020, p. 118).

El objeto del derecho a la protección de los datos personales faculta a su titular a «controlar el flujo de informaciones que conciernen a cada persona» (STC 76/2019, de 22 de mayo). Este derecho atribuye «un haz de facultades consistente en diversos poderes jurídicos cuyo ejercicio impone a terceros deberes jurídicos, que no se contienen en el derecho fundamental a la intimidad, y que sirven a la capital función que desempeña este derecho fundamental», es decir, garantiza a la persona un poder de control sobre sus datos personales, lo que solo es posible y efectivo imponiendo los mencionados deberes de hacer, entre otros, de informar sobre el destino y utilización de los datos recogidos (STC 89/2022, de 29 de junio). De ahí

que las empresas que pretendan hacerse valer de la geolocalización como medio de control han de comunicarlo previamente al trabajador, al tiempo que deben cerciorarse de que su uso cumple los requisitos exigidos por la normativa de protección de datos personales.

El interés privado del empresario no llega a justificar que el tratamiento de datos sea empleado en contra del trabajador sin una información previa sobre el control laboral puesto en práctica, de forma que no hay en el ámbito laboral «una razón que tolere la limitación del derecho de información que integra la cobertura ordinaria del derecho fundamental del art. 18.4 CE» (STC 29/2013, de 11 de febrero). En este sentido, la STSJ de Castilla-La Mancha, de 23 de marzo de 2015 (rec. 1775/2014), sostuvo que no es suficiente que el tratamiento de datos resulte en principio lícito, por estar amparado por la ley, o que pueda resultar eventualmente, en el caso concreto de que se trate, proporcionado al fin perseguido. Y es que el control empresarial por esa vía, antes bien, ha de asegurar igualmente la debida información previa sobre la instalación y finalidad de estas técnicas⁷. También es este el criterio del Tribunal Supremo (TS), según el cual, la clave del rechazo a la intromisión reside en la existencia de una expectativa de intimidad por parte del trabajador, bien porque existan disposiciones o reglas expresas o bien porque se base en un uso social de tolerancia. De ahí que únicamente «el conocimiento anticipado por parte del trabajador de que puede ser objeto de fiscalización por el empresario legitimará el acto de injerencia en los sistemas e instrumentos puestos a su alcance por la entidad para la que trabaja» (Sentencia del TS –STS– de 15 de septiembre de 2020, rec. 528/2018).

La garantía informativa está tan arraigada en el fundamento mismo del derecho del trabajador que ni siquiera en aquellos casos en que existiesen sospechas de posibles incumplimientos contractuales el control empresarial de los datos de geolocalización destinados a verificar tales conductas podría estar exento del cumplimiento del deber de información. Si bien el artículo 90 de la LOPDGDD se abstiene –también en este extremo– de introducir precisión alguna, nada parece impedir la aplicación analógica del artículo 89.1 del mismo texto legal⁸, y con ella, la exigencia de una información tan rigurosa y precisa como la que se exige normalmente (González Ortega, 2019, p. 69). No existe ninguna habilitación legal expresa para la omisión del derecho a la información sobre el tratamiento de datos personales en el ámbito de las relaciones laborales, sin que pueda situarse su fundamento en el interés empresarial de controlar la actividad laboral a través de sistemas sorpresivos o no informados de tratamiento de datos

⁷ La STSJ de Madrid de 21 de marzo de 2014 (rec. 1952/2013) declaró ilícita precisamente la prueba obtenida a partir de un GPS cuya instalación comunicó la empresa al trabajador, si bien se abstuvo de informarle de la finalidad de control laboral para la que, a la postre, utilizó el dispositivo. Y es que el escrito de la empresa solo aludía como fin del sistema de posicionamiento a una «mayor seguridad del coche y del usuario».

⁸ «En el supuesto de que se haya captado la comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores o los empleados públicos se entenderá cumplido el deber de informar cuando existiese al menos el dispositivo al que se refiere el artículo 22.4 de esta ley orgánica». Dicho precepto alude a la colocación de un dispositivo informativo «en lugar suficientemente visible identificando, al menos, la existencia del tratamiento, la identidad del responsable y la posibilidad de ejercitar los derechos previstos en los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679».

que aseguren la máxima eficacia en el propósito de vigilancia. Esa lógica basada en la utilidad o conveniencia empresarial haría quebrar la efectividad del derecho fundamental, pues:

[...] se confundiría la legitimidad del fin (en este caso, la verificación del cumplimiento de las obligaciones laborales a través del tratamiento de datos) con la constitucionalidad del acto (que exige ofrecer previamente la información necesaria), cuando lo cierto es que cabe proclamar la legitimidad de aquel propósito pero, del mismo modo, declarar que lesiona el art. 18.4 CE la utilización para llevarlo a cabo de medios encubiertos que niegan al trabajador la información exigible (STC 29/2013, de 11 de febrero).

Siendo así, cuando se coloca un dispositivo de geolocalización en el vehículo puesto a disposición del trabajador sin advertirle de dicha instalación, es de aplicación el aforismo legal «el alma del fraude es la ocultación» (STSJ de Madrid de 12 de julio de 2019, rec. 197/2019). Esta ocultación lleva a considerar que la conducta empresarial es fraudulenta.

3. El deber de información expresa, clara e inequívoca: alcance y contenido

A pesar de lo conciso del artículo 90 de la LOPDGDD, sobre todo si lo comparamos con el artículo 11 del mismo texto legal, no parece que haya óbice para exigir la aplicación en este ámbito del principio de transparencia en toda su plenitud. Lo contrario impediría el ejercicio por parte del trabajador de los derechos de reacción referidos en la norma ahora analizada (Baz Rodríguez, 2020). Luego la información debe ser lo más completa posible y precisar elementos como el tipo de datos objeto de tratamiento o la duración del mismo –extremo que, por otra parte, será clave para calibrar la proporcionalidad de la medida de control–, sin obviar, claro está, la identidad del responsable del tratamiento y de su representante, en su caso, así como la posibilidad de ejercer los derechos de acceso, rectificación, limitación o supresión. Si la información no es completa, no se entenderá cumplida la norma que compele a dispensarla. Conviene tener siempre presente que la LOPDGDD configura la información previa como contenido esencial del derecho a la autodeterminación informativa y no como mera obligación desde la perspectiva de la legalidad ordinaria a tenor de los derechos de información y consulta ex artículo 64 del ET (De Castro Marín, 2020, p. 487).

Resulta ilustrativa a estos efectos la Sentencia de la Audiencia Nacional (SAN) de 6 de febrero de 2019 (rec. 318/2018), que estimó insuficiente la información dispensada a los representantes de los trabajadores. En concreto, la resolución valora el denominado «proyecto tracker» implantado en la empresa Telepizza, en virtud del cual los trabajadores con categoría de repartidores estaban obligados a aportar a la actividad empresarial un teléfono móvil con conexión a internet de su propiedad y descargarse la aplicación informática creada por la empresa al efecto, la cual permitía la geolocalización del dispositivo y del trabajador durante su jornada; de esta forma, se aspiraba a facilitar a los clientes el

seguimiento del estado de sus pedidos. Dado que los hechos sobre los que se pronuncia dicha sentencia son anteriores a la normativa vigente en materia de protección de datos personales, prescinde de su aplicación. De ahí que canalice el análisis del deber de información a través del artículo 64.5 f) del ET, al no poder aplicar el artículo 90.2 de la LOPDGDD. La AN estimó que se habían omitido datos esenciales para que la representación legal de los trabajadores pudiese emitir un informe con el necesario conocimiento que requiere el ET en el referido precepto. Para ello, tal y como argumenta:

[...] habría sido necesario que la empresa hubiese explicado el concreto funcionamiento de la aplicación, esto es, cómo se instala en el teléfono móvil, a qué datos del terminal la misma debe acceder, qué concretos datos propios ha de aportar el trabajador para acceder a la aplicación, qué datos, en su caso, ha de archivar la misma y cómo van a ser tratados los mismos.

La firmeza de esta sentencia fue declarada por la STS de 8 de febrero de 2021 (rec. 84/2019). En esta resolución, el Alto Tribunal confirma que la empresa implantó el sistema de vigilancia sin poner a disposición de la representación de trabajadores la información realmente necesaria para un exacto conocimiento del alcance del mismo. En concreto, se alude a una información en términos más genéricos que sustanciales, en tanto que no se facilitó información del alcance de la geolocalización sobre los datos personales del dispositivo móvil, al tiempo que se tacha de insuficiente la referencia a las condiciones de aportación y uso del móvil sin especificación de las mismas y la alusión a un régimen disciplinario inespecífico en cuanto a la concreta conducta y tipificación.

Según se anticipaba anteriormente, llama la atención que el artículo 90 de la LOPDGDD no haga extensiva de forma expresa la información a la finalidad misma del control instrumentado a través del GPS⁹. Y es que la letra de la ley vincula el deber de información previa exclusivamente a «la existencia y características de estos dispositivos». Siendo así, hay quien ha entendido que cabría considerar suficiente poner en conocimiento del trabajador la existencia del sistema de control, sin tener que llegar a especificar la finalidad exacta que se le ha asignado a esa vigilancia y determinar que esta se ha utilizado para controlar la relación laboral y no para un motivo espurio al cumplimiento del vínculo de trabajo (Fernández Fernández, 2020, p. 37). Sin embargo, el silencio legal sobre la cuestión también ha motivado otras posiciones que descartan que el empresario pueda utilizar los datos proporcionados por el GPS con fines disciplinarios cuando no informó o cuando se limitó a comunicar su instalación, sin hacer constar de forma expresa, clara e inequívoca que lo hacía con la finalidad de vigilar y controlar ex artículo 20.3 del ET (Areta Martínez, 2020). Esta última interpretación parece más coherente con el principio de transparencia que se aludía líneas

⁹ Según el Informe «Employee monitoring and surveillance: The challenges of digitalisation», en España, la mayor parte de la utilización de datos en el ámbito del control laboral tiene por finalidad tanto la mejora del proceso productivo como la vigilancia del cumplimiento contractual del trabajador (Eurofound, 2020).

arriba en conjunción con el de limitación de la finalidad, que es otro de los principios nucleares relativos al tratamiento de datos que establece el RGPD (art. 5.1 b).

Los datos deben recopilarse, por tanto, con fines específicos, explícitos y legítimos, sin que puedan ser tratados ulteriormente de manera incompatible con dichos fines. En este mismo sentido, el Grupo de trabajo sobre protección de datos del artículo 29 instaba a los empresarios a «ser transparentes con los trabajadores sobre el uso y la finalidad de las tecnologías de control» (Dictamen 2/2017, sobre el tratamiento de datos en el trabajo). Solo de esta manera los trabajadores pueden saber qué datos recoge el empresario sobre ellos y cuáles son los fines de las operaciones de tratamiento previstas o realizadas con estos datos en la actualidad o en el futuro. Luego, en caso de utilización empresarial del dispositivo GPS para alguna finalidad distinta que no haya sido comunicada al trabajador, podría considerarse una invasión a su intimidad, y por tanto la medida empleada sería objeto de nulidad, como podría ser por ejemplo, un despido disciplinario basado en un incumplimiento del trabajador en su actividad laboral, comprobada a través de un sistema de geolocalización, en el que pese a haber sido informado el trabajador de su existencia, sin embargo, no se le advirtió que podría ser utilizado con la finalidad de comprobar incumplimientos de naturaleza laboral (Fernández Orrico, 2021, p. 376).

Las consecuencias del control no resultan, a estos efectos, irrelevantes. Conviene atender al modo en que el empresario utiliza los resultados de las medidas de vigilancia, especialmente si dichos resultados han sido empleados para lograr el objetivo declarado del control empresarial. Y es que el trabajador debe conocer debidamente que el GPS puede ser utilizado para fiscalizar dónde se encuentra en cada momento con fines de control laboral, sin que pueda usarse para otros propósitos distintos¹⁰. Dicho en otros términos, los registros obtenidos con dispositivos de geolocalización no pueden hacerse valer para finalidades diferentes de aquellas que fueron comunicadas al trabajador objeto de control. Así pues, el tratamiento de los datos obtenidos con un fin que nada tiene que ver con el anunciado y, por tanto, sin conocimiento del trabajador hace que «las conclusiones extraídas merced a ese dispositivo de geolocalización y su aportación como medio de prueba en sede judicial para demostrar un pretendido incumplimiento contractual constituyan un procedimiento que lesiona los derechos fundamentales de constante cita» (STSJ de Madrid de 21 de marzo de 2014, rec. 1952/2013).

El interés legítimo, convertido en fundamento jurídico del tratamiento, ha de estar vinculado de un modo u otro con «cualquier elemento profesional de la actividad empresarial o del trabajador» (STSJ del País Vasco de 14 de febrero de 2012, rec. 169/2012). Cumpliría esta condición la obtención de datos de localización para garantizar la seguridad del empleado, de las mercancías o de los vehículos, para ofrecer una mejor prestación de los servicios o para hacer un seguimiento y facturación de las prestaciones de transporte. Por el contrario,

¹⁰ SSTSJ de Castilla-La Mancha de 17 de junio de 2014 (rec. 1162/2013), de Andalucía de 15 de julio de 2015 (rec. 1264/2015) y 19 de octubre de 2017 (rec. 1149/2017), así como de Asturias de 27 de diciembre de 2017 (rec. 2241/2017).

no podría ser utilizado para controlar aquella actividad del trabajador que no tenga ninguna incidencia en la prestación laboral, como ocurre, por ejemplo, cuando lo pretendido es tener localizado o disponible al empleado (Alegre Nueno, 2021).

Precisamente en relación con el alcance de la información que se debe proporcionar al trabajador y, en concreto, en cuanto a la finalidad del tratamiento de los datos personales, cabría plantearse si la utilización a efectos disciplinarios de la información obtenida a través de dispositivos de geolocalización requiere o no la información expresa al respecto al trabajador, o por el contrario es suficiente con que se comunique el fin genérico de control de la actividad laboral. Pues bien, se ha entendido que no resulta exigible que se haga constar expresamente la posible utilización de los datos recabados para proceder a la sanción disciplinaria del trabajador. En este sentido, la finalidad de controlar las funciones encomendadas a cada trabajador se estimaría suficiente, pues la decisión sancionadora de la empresa no es más que una consecuencia del propio uso –informado– de los datos facilitados por el dispositivo a efectos de controlar la realización de las tareas asignadas (STSJ de Canarias de 26 de enero de 2018, rec. 1409/2017).

Conviene matizar en cualquier caso que es la información, como contenido esencial del derecho a la protección de datos personales, el requisito exigido, pero no el consentimiento del trabajador¹¹. El RGPD, en su artículo 6.1 b), considera lícito el tratamiento cuando resulta «necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales»; previsión recogida en similares términos en la LOPDGDD. Por tanto, el tratamiento de datos de carácter personal relacionados con el mantenimiento y ejecución de la relación laboral no descansa en el consentimiento, siempre y cuando se trate de datos adecuados, pertinentes y no excesivos, en relación con la finalidad perseguida (STSJ de Cataluña de 4 de junio de 2019, rec. 969/2019).

En este sentido, también la doctrina constitucional, siempre sensible a la protección de los derechos fundamentales frente a los riesgos que puedan surgir en una «sociedad tecnológicamente avanzada» (STC 119/2001, de 24 de mayo), mantiene que, en el ámbito laboral, el consentimiento del trabajador pasa como regla general a un segundo plano, pues el mismo se entiende implícito en la relación negocial, siempre que el tratamiento de datos personales sea necesario para el mantenimiento y el cumplimiento del contrato firmado por las partes. Si la dispensa del consentimiento se refiere a los datos necesarios para el mantenimiento y el cumplimiento de la relación laboral, la excepción abarca sin duda alguna el tratamiento de datos personales obtenidos por el empresario para velar por el cumplimiento de las obligaciones que se derivan del contrato de trabajo. El consentimiento se entiende, en definitiva, implícito en la propia aceptación del contrato que implica reconocimiento del poder de dirección

¹¹ La STC 29/2013, de 11 de febrero, señala que el derecho de información:

[...] opera también cuando existe habilitación legal para recabar los datos sin necesidad de consentimiento, pues es patente que una cosa es la necesidad o no de autorización del afectado y otra, diferente, el deber de informarle sobre su poseedor y el propósito del tratamiento.

del empresario. La dispensa del consentimiento se refiere, así, a los datos necesarios para el mantenimiento y cumplimiento de la relación laboral, lo que abarca sin duda las obligaciones derivadas del contrato de trabajo. Por ello, un tratamiento de datos dirigido al control de la relación laboral debe entenderse amparado por la excepción citada, pues está dirigido al cumplimiento de la misma. Por el contrario, el consentimiento de los trabajadores afectados sí será necesario cuando el tratamiento de datos se utilice con finalidad ajena al cumplimiento del contrato. Ahora bien, aunque no sea necesario el consentimiento en los casos señalados, el deber de información sigue existiendo, pues este deber permite al afectado ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, así como conocer la dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, del representante (STC 39/2016, de 3 de marzo).

4. El juicio ponderativo en la resolución de los conflictos entre derechos fundamentales de los trabajadores y control empresarial

4.1. Significación e implicaciones del principio de proporcionalidad en el uso de las facultades de control

Es sabido que el empresario cuenta con un interés legítimo en asegurar el buen funcionamiento de la empresa, lo que incluye la posibilidad de articular mecanismos de vigilancia destinados a verificar que los empleados lleven a cabo la prestación de servicios en la forma pactada. Ahora bien, este poder empresarial no es –no debe ser– ilimitado, como tampoco lo es, por otra parte, el derecho fundamental del que es titular el trabajador¹². Por tanto, las medidas de control empresarial deben respetar una serie de garantías. Así lo ha expresado el TC al afirmar que «los equilibrios y limitaciones recíprocos que se derivan para ambas partes del contrato de trabajo suponen que también las facultades organizativas empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador, quedando obligado el empleador a respetar aquellos» (STC 186/2000, de 10 de julio).

Aunque suene paradójico, la innovación tecnológica hace resurgir problemas del todo clásicos. La utilización de las nuevas tecnologías en el control de la actividad laboral ha reavivado la dicotomía entre los derechos fundamentales del trabajador y el poder de dirección del empresario o, dicho de otra forma, la problemática asociada a determinar qué grado de restricción admiten los primeros y cuáles son los límites que se pueden imponer al segundo.

¹² Aunque la Constitución no imponga expresamente límites específicos a este derecho ni remita a los poderes públicos para su determinación, como ha hecho con otros derechos fundamentales, no cabe duda de que han de encontrarse en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, pues así lo exige el principio de unidad de la Constitución (STC 17/2013, de 31 de enero).

Y es que no solo el cumplimiento del deber de información va a ser clave en la valoración de la legalidad del GPS como sistema de control empresarial. Según reiterada doctrina, la constitucionalidad de cualquier acción invasiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. De ahí que se advierta en el artículo 90 de la LOPDGDD una carencia significativa, al omitir cualquier referencia al mencionado principio, distanciándose así del artículo 89.3 de la LOPDGDD relativo al derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de grabación de sonidos en el lugar de trabajo.

Si bien es cierto, como se acaba de señalar, que el impacto de las nuevas tecnologías en los procesos productivos se halla en directa conexión con las facultades de control empresarial, que se ven acrecentadas con este cambio tecnológico, no es menos cierto que al frente se imponen los derechos fundamentales del trabajador; derechos que vienen a desempeñar un destacable papel de límite en la operatividad de aquellas. Es este un terreno que demanda la máxima cautela, dado que, si el medio de control resulta especialmente invasivo, atendiendo especialmente a la intensidad con la que afecta a la privacidad del trabajador, el mismo principio de privacidad lleva a ser particularmente celosos en el cumplimiento del principio de proporcionalidad en el uso de las facultades de control empresarial (Cruz Villalón, 2019, p. 38).

Recordando consolidada doctrina constitucional, conviene resaltar que «la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le concede como ciudadano», de modo que:

[...] ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad, ni la libertad de empresa que establece el art. 38 del texto constitucional legitima el que quienes prestan servicios en aquellas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional (STC 88/1985, de 19 de julio).

El empresario no queda apoderado para llevar a cabo, so pretexto de sus facultades de vigilancia y control, intromisiones ilegítimas en los derechos fundamentales de sus empleados. Los equilibrios recíprocos que se derivan para ambas partes del contrato de trabajo suponen que también las facultades organizativas empresariales se encuentran limitadas por los derechos del trabajador, quedando obligado el empleador a respetar aquellos (STC 186/2000, de 10 de julio). De este modo, el ejercicio de las facultades organizativas y disciplinarias del empresario no puede servir en ningún caso a la producción de resultados inconstitucionales o lesivos de los derechos fundamentales del trabajador. No se olvide que la admisión de los datos de localización como prueba en un proceso judicial por despido, lejos de ser incondicional, debe cumplir con dos requisitos: en primer lugar, no deben haber sido obtenidos, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas, tal y como dispone expresamente el artículo 90.2 de la LRJS, y, en segundo lugar, la parte que pretenda valerse de ellos ha de acreditar tanto su utilidad como su pertinencia y relevancia (Alegre Nueno, 2021).

De la aplicación del principio de proporcionalidad se deriva que no cabe conceder el mismo valor a los intereses de los trabajadores y a los de la empresa, de forma que el equilibrio entre los derechos fundamentales del trabajador y el poder de dirección del empresario no se halla en el punto medio entre ambos, pues uno y otro no coinciden en el mismo plano de relevancia constitucional. Solo cuando se supere el referido test de proporcionalidad cabe imponer límites a los derechos de los trabajadores (Sempere Navarro y Mateos y de Cabo, 2014, pp. 121 y 122), esto es, únicamente en los supuestos en que dichos límites se revelen necesarios para lograr un fin constitucionalmente legítimo, proporcionados para alcanzarlo y, en todo caso, respetuosos con el contenido esencial del derecho de que se trate (STC 156/2001, de 2 de julio). Se entenderá, así, que el principio de proporcionalidad, proclamado a nivel comunitario en el artículo 52 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y plenamente asentado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (Arold Lorenz *et al.*, 2013, p. 81), emerge en el contexto analizado en una herramienta indispensable que se convierte en parámetro de determinación de la validez de las posibles acciones restrictivas de derechos, verificando su adecuación en función de una finalidad que ha de resultar legítima y proporcionada.

Se trata de determinar, en fin, la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida de control para conseguir un fin legítimo. En la dinámica de las obligaciones recíprocas de empresario y trabajador se admiten ciertos condicionamientos o modulaciones al ejercicio de los derechos fundamentales a la intimidad y a la protección de datos personales, siempre a la luz del principio de proporcionalidad. En todo caso, no es suficiente alegar la mera conveniencia de introducir una determinada restricción a los derechos, pues se deben invocar motivos objetivos. Así lo afirma el TC, que asevera que, desde la prevalencia de tales derechos, su limitación por las facultades empresariales solo puede derivar, bien del hecho de que la propia naturaleza del trabajo contratado implique la restricción del derecho (STC 106/1996, de 12 de junio), bien de una acreditada necesidad o interés empresarial, sin que sea suficiente su mera invocación para sacrificar el derecho fundamental del trabajador (STC 98/2000, de 10 de abril).

Por tanto, es preciso garantizar el necesario equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito –modulado por el contrato, pero en todo caso subsistente– de su libertad constitucional, ya que, dada la posición preeminente que ocupan los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico, esa modulación solo debe producirse en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado respeto de los mismos, teniendo siempre presente el principio de proporcionalidad (STC 6/1998, de 13 de enero). De ahí que la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales venga determinada por la estricta observancia del mencionado principio.

En coherencia con ello, ha de existir la debida ponderación de los fines y bienes jurídicos tutelados, de manera que la identidad de los valores del derecho fundamental de que se trate –y que lo hacen reconocible como tal– no se encuentre afectada por ninguna restricción o limitación jurídica que resulte contraria a las exigencias de proporcionalidad. No está

de más recordar que, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto, esto es, hay correlación de medios a fines –juicio de idoneidad–; la medida es necesaria, en el sentido de que no existe otro medio más moderado para la consecución de tal propósito con igual eficacia y, por tanto, resulta ser la menos agresiva de las medidas posibles –juicio de necesidad–; la medida es equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto –juicio de proporcionalidad en sentido estricto– (STC 96/2012, de 7 de mayo).

Las exigencias propias del principio de proporcionalidad se trasladan al ámbito de la protección de datos personales a través de la llamada «minimización de datos» del artículo 5.1 c) del RGPD, en el sentido de que los datos personales han de ser adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que se recaben y para los que se traten posteriormente¹³. Si la geolocalización tuviese como fin, por ejemplo, el registro horario, la utilización de los datos habría de limitarse a comprobar la hora de inicio y la de finalización de la prestación de servicios, evitando la verificación permanente de la ubicación del trabajador (art. 34.9 ET).

Esta misma lógica es la que inspira la posición mantenida en la STSJ de Valencia de 2 de mayo de 2017 (rec. 3689/2016), también en relación con la instalación de un sistema GPS de control y localización en el vehículo de empresa. El citado dispositivo, que no se podía desactivar por el trabajador, permanecía inactivo en horario de fines de semana y vacaciones. Tras el escrutinio acometido por la sala, se concluyó que la medida de control superaba el juicio de proporcionalidad. En concreto, la resolución sostiene que la instalación del dispositivo de geolocalización es una medida proporcional para que la empresa pueda controlar el destino de sus vehículos y el modo de prestación del servicio por unos trabajadores que pasaban buena parte de su jornada fuera de su centro de trabajo. Siendo así, el uso de medios de geolocalización debe estar relacionado con la actividad de la empresa y el trabajador –en el supuesto sobre el que se pronuncia la sentencia, comercial–, y tener una finalidad específica –en el caso concreto, como elemento de valoración ante las quejas de clientes de la empresa por la falta de atención o retrasos por parte del trabajador–. En segundo lugar, se considera la medida idónea para la finalidad pretendida de verificar la correspondencia entre los partes emitidos por el trabajador sobre su prestación de servicios y el lugar en el que se encontraba. A este respecto, dado que el GPS permanecía inactivo durante los días de vacaciones y fines de semana, la medida era idónea. Según aduce la sentencia, «la idea fuerza ha de ser la necesaria separación entre la ejecución del contrato y la vida privada del trabajador, de modo que los poderes empresariales solo son

¹³ Excesivo se consideró el control que acomete la empresa en el supuesto sobre el que se pronuncia la STSJ de Madrid de 12 de julio de 2019 (rec. 197/2019). Se trataba, en concreto, de un control exhaustivo de la localización del vehículo del que disponía el trabajador las 24 horas del día, todos los días del año.

válidos mientras se relacionan con el trabajo». En tercer lugar, se considera la medida necesaria como prueba de tales irregularidades, ya que la aportación de datos del GPS se limitó a los días entre semana y con una duración limitada, sin que tuviese el propósito de vigilar y controlar genéricamente el cumplimiento por los trabajadores de sus obligaciones, sino confirmar unas sospechas concretas. La resolución judicial estima, en definitiva, que se trata de un medio necesario, puesto que no se concibe la existencia de otro igualmente eficaz para conseguir la finalidad pretendida y menos lesivo para los derechos fundamentales afectados. Dicho en otros términos, la medida no podía tacharse de caprichosa o arbitraria.

El juicio de proporcionalidad no es superado, sin embargo, en el supuesto sobre el que se pronuncia la ya citada SAN de 6 de febrero de 2019 (rec. 318/2018). A pesar de que la medida de control implantada obedecía a fines constitucionalmente legítimos en el desarrollo de la libertad de empresa –el control del empleado en el desempeño de su puesto de trabajo y la oferta de un mejor servicio al cliente–, se cuestiona la configuración misma del mecanismo de vigilancia. Y es que se considera que la misma finalidad se podría haber obtenido con medidas que supusieran una menor injerencia en los derechos fundamentales de los empleados, que además no implicarían intromisión en datos de carácter personal, como el número de teléfono o la dirección de correo electrónico. La sentencia da cuenta precisamente de algunas de estas alternativas, tales como la implantación de sistemas de geolocalización en las motocicletas en las que se transportaban los pedidos o pulseras con tales dispositivos, las cuales:

[...] no implican para el empleado la necesidad de aportar medios propios ni, lo que es más importante, datos de carácter personal como son el número de teléfono o la dirección de correo electrónico en la que han de recibir el código de descarga de la aplicación informática que activa el sistema.

Queda claro que la empresa no puede, por tanto, obligar al trabajador a aportar su propio dispositivo móvil con el objeto de geolocalizarle a través del mismo, lo que convendría por otra parte tener en cuenta en las formas de empleo acogidas en la economía de plataforma y que se basan en la aportación, por parte del trabajador, del dispositivo móvil mediante el que es localizado y a través del cual le llegan los pedidos tras descargarse y acceder a la plataforma digital propiedad de la empresa (Marín Malo, 2020, p. 118).

La STS de 8 de febrero de 2021 (rec. 84/2019), que confirma la referida sentencia de la AN, aclara que es el test de necesidad el que impide la superación del juicio de proporcionalidad, en el sentido de que el instrumento al que ha acudido la empresa, si bien cubre la finalidad que persigue, no resulta adecuado por existir otros medios menos invasivos. Este razonamiento está en consonancia con el carácter subsidiario de la medida de control, el cual deriva de la base de legitimación que en este caso entra en juego y que remite al artículo 6.1 b) del RGPD. No hay que olvidar que el artículo 90 de la LOPDGDD avala precisamente la licitud del tratamiento que sea necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado sea parte, premisa básica que determina el despliegue de los demás principios del tratamiento, esto es, la limitación de la finalidad y la minimización de los datos en particular (Baz Rodríguez, 2020).

4.2. El tiempo de trabajo como parámetro recurrente en la valoración de la proporcionalidad de la medida de control

El principio de proporcionalidad adquiere una funcionalidad de gran interés cuando la fiscalización acometida por la empresa excede de la jornada laboral del trabajador. La cuestión estriba en determinar si, a fin de controlar el uso exclusivamente profesional del dispositivo, el control empresarial puede invadir espacios de privacidad del empleado, de forma que su intimidad desaparezca tanto en la obtención de datos por el geolocalizador durante el tiempo de trabajo como, en virtud de la prohibición, fuera de él (González Ortega, 2019, p. 63). Los principales conflictos se plantean, como es fácil suponer, en aquellos supuestos en los que se prevé la utilización de un vehículo tanto para fines laborales como extralaborales y, por tanto, se contempla también su uso fuera de la jornada laboral.

En este sentido, y dado que el legislador vincula expresamente el tratamiento de estos datos con la finalidad del artículo 20.3 del ET de control de la actividad laboral, no han faltado voces proclives a dar por zanjado el debate en torno a la utilización de los sistemas de posicionamiento más allá del tiempo de trabajo, máxime cuando se conecta la cuestión con el derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral regulado como derecho autónomo (De Castro Marín, 2020, p. 496). En este sentido, y teniendo en cuenta que, cuando se entrega un vehículo o cualquier dispositivo electrónico al trabajador, debe quedar claro el uso, días y horarios que se utiliza como instrumento de trabajo, en el caso de que se contemple su uso laboral y personal, se ha defendido que el control solo estaría justificado dentro de la jornada de trabajo (Blázquez Agudo, 2019).

Son muchas las resoluciones judiciales que, inclinándose por esta interpretación, han sostenido que la empresa no dispone de las facultades que el artículo 20 del ET otorga, pues lo son para la dirección y la organización del trabajo de sus empleados que obviamente solo desempeñan durante la jornada laboral. Fuera de ella, el empresario se extralimitaría en el uso de los instrumentos de vigilancia y control (STSJ de Madrid de 12 de julio de 2019, rec. 197/2019). Como medida razonable, se suele proponer la articulación de un sistema de desconexión que permita al trabajador desactivar temporalmente el dispositivo de localización en los casos de utilización privada de vehículos (Baz Rodríguez, 2020). En esta misma lógica, el Dictamen 13/2011, sobre los servicios de geolocalización en los dispositivos móviles inteligentes, adoptado el 16 de mayo de 2011 por el Grupo de trabajo sobre protección de datos del artículo 29, ya afirmaba que:

[...] el empresario debe siempre buscar los medios menos intrusivos, evitar un seguimiento continuo y, por ejemplo, elegir un sistema que envíe una alerta cuando un empleado cruce una frontera virtual preestablecida. El empleado deberá poder desactivar cualquier dispositivo de vigilancia fuera de las horas de trabajo y deberá instruírsele sobre cómo hacerlo. Los dispositivos de seguimiento de vehículos no son dispositivos para la localización de empleados ya que su función es hacer un seguimiento o vigilar la ubicación de los vehículos en que estén instalados.

La limitación del funcionamiento de cualquier GPS a la jornada laboral del trabajador puede entenderse, así, en sintonía con lo establecido –si bien en un ámbito algo distinto, como es el del uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral– en el artículo 87.2 de la LOPDGDD. Y es que el precepto prescribe el acceso del empleador a los contenidos derivados del uso de medios digitales facilitados a los trabajadores «a los solos efectos de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutarias y de garantizar la integridad de dichos dispositivos». Podría considerarse como medida intermedia aquella de la cual trae causa la STSJ de Madrid de 21 de abril de 2021 (rec. 144/2021), en la que se constata una geolocalización permanente del vehículo que la empresa puso a disposición de su empleado para la prestación de servicios, si bien el análisis empresarial del dispositivo de posicionamiento se había limitado en dicho supuesto a la obtención de los trayectos realizados dentro de la jornada laboral, es decir, durante un tiempo en que el trabajador está a disposición del empresario para desempeñar las funciones concretas de su puesto de trabajo. Por esta razón, el tribunal avaló la proporcionalidad de la medida de control empresarial en la sentencia citada.

Por su parte, la STSJ de Cataluña de 23 de mayo de 2013 (rec. 6212/2012) resulta especialmente destacable por el enfoque novedoso con el que articuló uno de sus razonamientos, vinculando la problemática del control tecnológico de los trabajadores a la salud laboral de los mismos. Y lo hizo a través del reconocimiento de la desconexión digital fuera de la jornada de trabajo como una garantía de efectividad del derecho al descanso y del derecho a la intimidad del trabajador (Molina Navarrete, 2017, pp. 276-279). En concreto, se trataba de valorar la instalación de un acelerómetro en los teléfonos móviles de los trabajadores, con la capacidad de captar su movimiento o ausencia. La desconexión de dicho acelerómetro solo podía acometerse mediante una aplicación, de la que no tenían conocimiento los trabajadores. Estos debían llevarlo siempre, incluso fuera de la jornada laboral, pues tenían que cargarlo en sus propias casas. La forma de fiscalización a través de este aparato de última tecnología, según argumentaba la resolución judicial, lleva consigo una situación de riesgo psicosocial, pues la circunstancia de que la empresa lo utilice para controlar el trabajo no puede tener la consecuencia de que, fuera de la jornada laboral, el trabajador haya de continuar en una situación *in vigilando* del citado dispositivo para que esté en condiciones óptimas para su buen funcionamiento en la jornada laboral¹⁴. En este sentido, la responsabilidad que se traslada al trabajador fuera de la jornada laboral supone un perjuicio para su salud, dada la preocupación de estar pendiente del citado dispositivo y la incidencia que ello tiene no solo para él, sino también en lo que concierne a su esfera privada familiar en la que la empresa no puede tener interferencia alguna, ni siquiera por motivos tecnológicos.

¹⁴ También resultó relevante a efectos del artículo 88 de la LOPDGDD, y no solo del 90 de dicho texto legal, la STSJ de Asturias de 27 de diciembre de 2017 (rec. 2241/2017), referida precisamente al derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral, con el fin de «garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar».

En el análisis del papel que ostenta el tiempo de trabajo en la valoración del principio de proporcionalidad y el recurso a dispositivos de geolocalización como instrumentos de vigilancia empresarial, cabe igualmente referirse a la STSJ de Andalucía de 19 de octubre de 2017 (rec. 1149/2017). Dicha resolución consideró ilícito el control que una empresa acometió respecto de una trabajadora que fue finalmente despedida tras constatarse un uso del vehículo de empresa durante el periodo en el que se encontraba en situación de incapacidad temporal, incumpliendo la limitación del uso profesional del mismo. La Sala de lo Social del TSJ de Andalucía reprochó en su momento que la empresa pretendiese hacer valer los datos obtenidos, no con la finalidad de control durante su jornada laboral, sino en relación a tramos horarios ajenos a la misma, como precisamente los periodos de baja.

El TS estimó, sin embargo, el recurso de casación que contra dicha sentencia interpuso la empresa. En concreto, la STS de 15 de septiembre de 2020 (rec. 528/2018) no apreció invasión alguna en la esfera privada de la trabajadora. En primer lugar, porque había sido informada tanto de la prohibición de que el vehículo se utilizase fuera de la jornada laboral como de la instalación en el mismo de un receptor GPS –vuelve a insistir en la relevancia que ostenta el deber de información en la garantía del derecho fundamental–. En segundo lugar, porque el seguimiento afectó exclusivamente a la ubicación y movimiento del vehículo del que ella era responsable y debía utilizar con arreglo a lo pactado. De esta manera, y según aduce la sentencia, la utilización de los datos de localización del vehículo en el caso concreto «no refleja –ni tiene capacidad para ello– ninguna circunstancia personal de la trabajadora», lo cual se corresponde con el hecho de que la información básica de un geolocalizador es de tipo geográfico y permite establecer en cada momento la posición del dispositivo de que se trate (González Ortega, 2019, p. 46). En este mismo sentido, se ha defendido que la colocación de un sistema de geolocalización, que lo que hace es registrar cuándo arranca y se detiene el vehículo y dónde se encuentra físicamente, es un medio adecuado y proporcionado de vigilancia y control que no afecta a la intimidad personal, pues el sistema no permite captar circunstancia alguna de sus ocupantes (STSJ de Madrid de 21 de abril de 2021, rec. 144/2021).

Así pues, lo que el tratamiento de los datos de posicionamiento puso de relieve es que la trabajadora, que estaba en situación de incapacidad temporal, utilizó el vehículo de empresa –o pudo permitir que otros lo hicieran– con incumplimiento manifiesto de las instrucciones empresariales al respecto, dado que, en los periodos de descanso laboral, así como durante su situación de baja, el dispositivo de geolocalización debería haber reflejado la inmovilización del vehículo. Luego el despido no se fundamentó en la adquisición y utilización indebidas de los datos personales de la trabajadora, sino en la constatación por el sistema de geoposicionamiento del vehículo de trabajo de las señales de movimiento en tiempos no justificados y, por tanto, la contravención por la trabajadora de las instrucciones de uso del vehículo de empresa. Nada reprochable parece, por otra parte, poder invocarse en relación con el cumplimiento del deber empresarial de información tanto en relación con las bases para el uso del coche como del control dirigido a comprobar su correcto uso. La trabajadora conocía que no podía utilizarlo fuera de la jornada laboral y, junto a ello, que el mismo estaba localizable a través de un receptor GPS.

Los requisitos cuya concurrencia puede colegirse como necesaria para considerar lícito el uso de los datos obtenidos a partir de un dispositivo de geolocalización incluyen, pues, la instalación del sistema de posicionamiento en un vehículo que sea propiedad de la empresa, la debida información de dicha instalación al trabajador y la limitación de los datos recopilados estrictamente a la localización y movimiento del coche en cuestión. A ellos habría que añadir la prohibición al trabajador de utilizar el vehículo para fines extralaborales. Y es que, según argumenta el Alto Tribunal en la referida sentencia, si no existe una situación de tolerancia del uso personal, tampoco existirá ya una expectativa razonable de intimidad, puesto que, si el uso personal de los instrumentos de la empresa es ilícito, no puede exigirse al empresario que lo soporte y que además se abstenga de controlarlo. Aplicando este razonamiento, la STSJ de Madrid de 24 de febrero de 2021 (rec. 841/2020) considera que, si durante su jornada laboral, el trabajador en lugar de prestar servicios se encuentra en compañía de su familia, ello no vulnera su derecho a la intimidad, ya que:

[...] el criterio a tener en cuenta para determinar cuándo nos hallamos ante manifestaciones de la vida privada protegible frente a intromisiones ilegítimas es el de las expectativas razonables que la propia persona, o cualquier otra en su lugar en esa circunstancia, podría tener de encontrarse al resguardo de la observación o del escrutinio ajeno, y aquí lo cierto es que se utiliza el tiempo de trabajo con fines personales, lo que no es ajustado a derecho, pues es un tiempo en el que el trabajador está a disposición del empresario para desempeñar las funciones concretas de su puesto de trabajo.

En definitiva, la importancia de la STS de 15 de septiembre de 2020 (rec. 528/2018), más allá de pronunciarse por fin sobre la proporcionalidad del control empresarial acometido a través de dispositivos de geolocalización –la resolución de los recursos de casación para la unificación de doctrina planteados hasta entonces había quedado frustrada por el incumplimiento del requisito de contradicción del art. 219.1 LRJS–, viene dada de manera significativa por la argumentación que sostiene y que corrige el criterio predominante hasta la fecha en la doctrina judicial. Así, y difiriendo de la conclusión alcanzada en la sentencia del TSJ de Andalucía recurrida, el TS asevera que la seguridad del vehículo «sigue hallándose en la esfera de las obligaciones de la empresa, como titular del mismo, fuera de la jornada de trabajo». En concreto, lo que se había establecido es que la trabajadora era responsable del vehículo durante la jornada laboral, precisamente porque era solo durante la misma cuando debía utilizarlo. De ahí que se pueda concluir, como lo hace la sentencia, que pretender que la empresa no pueda usar los datos del GPS fuera de la jornada laboral y, al mismo tiempo, contravenir esta instrucción inicial, y hacer o permitir el uso del vehículo fuera de los tiempos de trabajo, «sitúa a la empresa en una posición de oscuridad respecto de los riesgos que pudiera tener que asumir por la circulación del vehículo fuera de su ámbito de decisión y control».

Como se avanzaba líneas arriba, este pronunciamiento se desmarca de la doctrina judicial hasta la fecha, mayoritariamente apegada a la limitación de los sistemas de posicionamiento al tiempo de trabajo. Recuérdesse que la STSJ de Asturias de 27 de diciembre de 2017

(rec. 2241/2017), junto a otras muchas, si bien defendía que la existencia de relación laboral faculta a las empresas, en el ejercicio de sus facultades directivas y supervisoras, a establecer algunos límites a los derechos fundamentales de los trabajadores, concluía que, cuando finaliza la jornada laboral, dichas facultades empresariales desaparecen y el contrato de trabajo deja de constituir el vínculo entre las partes que ampara el poder de la empresa para imponer las medidas de captación y tratamiento de datos. A partir de ese momento, la resolución judicial estimaba imprescindible el consentimiento de los trabajadores para mantener en funcionamiento los dispositivos GPS y para el análisis automatizado de los datos personales conseguidos a través de ese medio¹⁵. A mayor abundamiento, la sentencia consideraba indiferente que, al finalizar la jornada laboral, los trabajadores se hicieran cargo de los vehículos que utilizaban, al tiempo que insistía en que, concluida aquella, el contrato de trabajo ya no ampara la restricción en los derechos fundamentales que supone la aplicación de la medida de control y, por tanto, no hay razón suficiente para prescindir del necesario consentimiento de los afectados.

Comparando esta argumentación con la utilizada en la sentencia del TS citada, bien puede advertirse el cambio de rumbo acometido en la interpretación de los instrumentos para alcanzar el equilibrio entre los intereses de ambas partes del contrato de trabajo. Influye al respecto, y parece que decididamente, el objeto de instalación del sistema de posicionamiento. En concreto, el riesgo de vulneración de los derechos fundamentales no es el mismo cuando el seguimiento de un trabajador se realiza con sistemas de posicionamiento global (a través, por ejemplo, de un GPS instalado en un vehículo), que en los casos en los que se lleva a cabo por medio de los datos electrónicos asociados a sistemas de comunicación telefónica (como es el caso de los móviles). En el primer caso, la afección a la intimidad es de menor intensidad que con la utilización del segundo sistema, ya que la colocación de un dispositivo de seguimiento en un vehículo solo permite conocer la ubicación geográfica del dispositivo y, en su caso, la identidad de su usuario, mientras que el sistema instalado en un dispositivo móvil posibilita saber todos los movimientos del trabajador, pues es habitual que este lleve siempre el teléfono móvil consigo, lo que permite conocer sus hábitos, aficiones o sus relaciones sociales (Alegre Bueno, 2021).

Así las cosas, y a partir del análisis del pronunciamiento del TS, podría afirmarse la necesidad de diferenciar si los trabajadores están o no autorizados a utilizar los vehículos para fines particulares fuera de la jornada laboral. De este modo, se ha defendido que, cuando no puedan ser usados, se podrá controlar la ubicación de los mismos, mientras que, en los

¹⁵ Dado que, en el caso concreto sobre el que se pronuncia la sentencia, los trabajadores no habían prestado consentimiento, el TSJ de Asturias refirió la obligación de la empresa de contar con un procedimiento que permitiese desactivar el sistema de posicionamiento global instalado de forma que no captase datos y pudiese garantizar así que el sistema no estaba operativo tras finalizar la jornada laboral. También la STSJ de Andalucía de 15 de julio de 2015 (rec. 1264/2015) sostuvo que la falta de consentimiento de los trabajadores impide al empresario recoger datos de localización fuera del tiempo de trabajo.

casos en los que su utilización esté autorizada, se deben establecer garantías que permitan a los trabajadores desconectar el GPS cuando hagan uso del vehículo fuera de su jornada laboral, pues no cabría que se mantuviese activo el mismo (González Rodríguez, 2021, p. 91). Sin embargo, y en prueba de lo complejo que resulta obtener en este ámbito respuestas indubitables a cuantos interrogantes se plantean, el Tribunal de Estrasburgo ha avalado la compatibilidad del control fuera del tiempo de trabajo con el derecho al respeto a la vida privada del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en un supuesto en el que al trabajador se le había permitido utilizar el vehículo de empresa tanto para fines profesionales como privados.

Si bien el TEDH había tenido ocasión de pronunciarse sobre la injerencia del GPS en la vida privada de las personas desde otros enfoques, la Sentencia del TEDH de 13 de diciembre de 2022, asunto Florindo de Almeida Vasconcelos Gramaxo c. Portugal, constituye el primer pronunciamiento en el que se valora la colisión entre el control empresarial a través de sistemas de geolocalización y la vulneración de los derechos fundamentales de los trabajadores. En concreto, el asunto tiene origen en el despido de un trabajador, representante médico, a partir de los datos proporcionados por el GPS que la empresa decide instalar en el vehículo que puso a su disposición. Conviene recordar que el uso de dicho vehículo estaba autorizado tanto para fines profesionales como privados, si bien los gastos correspondientes a los kilómetros recorridos fuera de la jornada laboral debían ser reembolsados a la empresa. Esta avisó debidamente al trabajador de la instalación del sistema de posicionamiento, que estaba activo las 24 horas del día, así como de las consecuencias disciplinarias que podría acarrear la advertencia de incoherencias entre, por un lado, la información aportada por el trabajador sobre las distancias recorridas y las visitas realizadas, y, por otro, los itinerarios indicados por el dispositivo. La empresa despidió al trabajador tras constatar que había aumentado deliberadamente el número de kilómetros recorridos a título profesional para diluir los desplazamientos privados durante los fines de semana y días festivos, y así, no tener que reembolsarlos, al tiempo que había manipulado y desactivado en diversas ocasiones el GPS llegando a retirar la tarjeta GSM del dispositivo.

Las consideraciones esgrimidas en las sentencias Bărbulescu II y López Ribalda II resultan aplicables, *mutatis mutandis*, al supuesto del que trae causa la resolución citada. El TEDH entra a analizar el fallo del Tribunal de Apelación de Guimarães, el cual invalidó los datos de geolocalización destinados a controlar propiamente la actividad laboral y dejó a salvo aquellos otros que permitían conocer los kilómetros recorridos, al no considerarlos incluidos en la «vigilancia a distancia» que prohíbe la legislación portuguesa para controlar la actividad del trabajador. El Tribunal de Estrasburgo valora de forma positiva que la sentencia de apelación redujese el alcance de la injerencia en la vida privada del trabajador a lo estrictamente necesario para alcanzar el fin legítimo perseguido, que no era otro que el control de los gastos de la empresa. Concluye, así, que el tribunal portugués ponderó correctamente los intereses en juego que se encontraban en conflicto, a saber, el derecho al control de los costes derivados del uso de los vehículos puestos a disposición de los trabajadores y el derecho al respeto de la vida privada del trabajador.

5. Conclusiones

La regulación normativa del control laboral instrumentado a través de la obtención y el tratamiento de datos personales no ha sabido –quizá sería más justo decir que no ha podido– solucionar los problemas de colisión entre el poder de dirección empresarial y los derechos fundamentales de los trabajadores; problemas connaturales desde luego a la propia dicotomía que caracteriza la relación jurídica laboral.

La información previa, en cuanto contenido esencial de la autodeterminación informativa, queda configurada en el artículo 90 de la LOPDGDD como un requisito básico para el lícito tratamiento de los datos personales obtenidos a partir de dispositivos de geoposicionamiento. Tan nuclear es el papel que juega el aviso informado en la cuestión que el precepto ni siquiera enuncia el principio de proporcionalidad, como sin embargo sí hace el relativo al uso de sistemas de grabación de sonidos en el lugar de trabajo –seguramente era intención del legislador dejar claro que el incumplimiento del deber empresarial de información excluye, por innecesario, entrar en juicio ponderativo alguno–. Pero no es esta la única ausencia destacada en el tratamiento de la geolocalización en el contexto laboral. La falta de referencia expresa a la finalidad del control empresarial como contenido del deber de información, al canal de comunicación de dicho deber, a la participación de la representación de los trabajadores o al derecho a la intimidad –dejando a salvo la referencia testimonial en la rúbrica del referido precepto– está lejos de consolidar la seguridad jurídica como seña de identidad de la definición de los límites al control acometido a través de dispositivos GPS.

Por tanto, si la aparición de una normativa específica sobre protección de datos personales en el ámbito del trabajo pudo hacer pensar que la doctrina judicial dejaría de asumir el papel activo que había acometido hasta la fecha, la falta de concreción de dicha normativa pronto evidenció lo errado de aquel pronóstico. Los pronunciamientos judiciales, al tratar de resolver los abundantes problemas interpretativos a los que aboca la letra de la LOPDGDD, seguirán jugando un papel determinante en cualquier ponderación de los intereses en juego desde la perspectiva de la instalación de sistemas de posicionamiento. Como lo jugaría igualmente una interpretación sistemática del artículo 90 de la LOPDGDD en relación con la regulación que reserva la misma ley al uso de los dispositivos digitales y la videovigilancia, si no fuera porque el uso de preceptos diferenciados para cada uno de estos casos lleva a descartar que haya sido intención del legislador deparar la misma suerte al control empresarial a través de unos medios y otros.

Por lo pronto, sí que puede afirmarse que comenzamos a manejar criterios en buena medida consensuados, sin perjuicio de que el carácter eminentemente casuístico de esta temática impida cerrar de una vez y para siempre cualquier interrogante al respecto. No sin razón, la Agencia Española de Protección de Datos tuvo ocasión de sostener que, «para determinar la proporcionalidad del tratamiento de los datos de localización de los empleados, deberá analizarse cada caso concreto, sin que pueda darse una respuesta en términos generales» (Dictamen 0613/2009). De ahí que, en los últimos años, se asista a un constante crecimiento del número de pronunciamientos judiciales dedicados a la valoración de la

legalidad de los mecanismos tecnológicos de vigilancia empresarial. Significativamente, la STS de 15 de septiembre de 2020 (rec. 528/2018) ha contribuido a arrojar algo de luz en aquellos casos en los que la empresa pone a disposición del trabajador un vehículo cuyo único uso permitido es el profesional, de forma que la información previa a los trabajadores acerca de la instalación del GPS, la utilización de los datos para la finalidad informada y la limitación de los datos obtenidos a la localización y movimiento del vehículo se imponen como requisitos básicos de la validez del control empresarial. Sin embargo, más recientemente, el TEDH ha concluido que la autorización del uso mixto del vehículo –laboral y personal– no impide el control del mismo y ha avalado el tratamiento de los datos circunscritos a los kilómetros recorridos fuera del tiempo de trabajo.

La jurisprudencia, buen barómetro por otra parte del grado de conflictividad que rezuma esta materia, seguirá tratando de enmendar la laxitud normativa que caracteriza la determinación de las facultades de control empresarial a través de dispositivos GPS y los límites que se pueden imponer a los derechos fundamentales de los trabajadores, señaladamente el derecho a la protección de los datos personales. Y es que, conviene insistir, la legislación no parece evolucionar al –frenético– ritmo con el que las nuevas tecnologías plantean retos en el ámbito objetivo de las relaciones de trabajo. También en este ámbito, como en tantos otros, la realidad supera al derecho.

Referencias bibliográficas

- Alegre Bueno, M. (2021). Los sistemas de geolocalización como medio de prueba en el proceso por despido. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 75.
- Areta Martínez, M. (2020). Geolocalización de trabajadores asalariados y tutela de sus derechos fundamentales: un análisis desde el derecho comparado español y francés. STSJ de Madrid-SOC núm. 763/2019, de 12 de julio. *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 1.
- Arold Lorenz, N.-L., Groussot, X. y Petursson, G. T. (2013). *The European human rights culture. A paradox of human rights protection in Europe?* Martinus Nijhoff Publishers.
- Baz Rodríguez, J. (2020). Geolocalización, dispositivos móviles y trabajo ubicuo. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, número extra 11.
- Blázquez Agudo, E. M. (2019). Novedades laborales en la nueva Ley orgánica de protección de datos. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 50, 89-102.
- Castro Marín, E. de. (2020). El control de la actividad laboral del teletrabajador. En E. J. Monreal Bringsvaerd, X. Thibault Aranda y A. Jurado Segovia (Coords.), *Derecho del trabajo y nuevas tecnologías. Estudios en homenaje al profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (en su 25.º aniversario como catedrático de Derecho del Trabajo)* (pp. 457-504). Tirant lo Blanch.
- Cruz Villalón, J. (2019). Las facultades de control del empleador ante los cambios organizativos y tecnológicos. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 150, 13-44.

- Eurofound. (2020). *Employee monitoring and surveillance: The challenges of digitalization*. Publications Office of the European Union.
- Fernández Collados, M. B. (2020). El uso de las nuevas tecnologías en las relaciones laborales. Propuestas y soluciones ante nuevos retos y viejos conflictos. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 57.
- Fernández Fernández, R. (2020). La geolocalización como mecanismo de control laboral: alcance y límites de una controvertida herramienta del poder directivo. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 452, 19-47. <https://doi.org/10.51302/rtss.2020.930>
- Fernández Orrico, F. J. (2021). *Criterios sobre uso de dispositivos tecnológicos en el ámbito laboral. Hacia el equilibrio entre el control empresarial y la privacidad del trabajador*. Tirant lo Blanch.
- González Ortega, S. (2019). Las facultades de control a distancia del trabajador: geolocalizadores y tacógrafos. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 150, 45-70.
- González Rodríguez, R. (2021). Los derechos fundamentales como límite difuso al control tecnológico en el ámbito laboral: luces y sombras de la primera regulación específica sobre la materia. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 463, 63-98. <https://doi.org/10.51302/rtss.2021.2480>
- López Balaguer, M. y Ramos Moragues, F. (2020). Control empresarial del uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral desde la perspectiva del derecho a la protección de datos y a la intimidad. *Lex Social. Revista de los Derechos Sociales*, 10(2), 506-540.
- Marín Malo, M. (2020). La geolocalización del trabajador. Reflexiones a la luz de la jurisprudencia reciente. *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, 1(1), 109-121. <https://doi.org/10.20318/labos.2020.5302>
- Molina Navarrete, C. (2017). Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: «desconexión digital», garantía del derecho al descanso. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 138, 249-283.
- Pérez de los Cobos Orihuel, F. (2019). Poderes del empresario y derechos digitales del trabajador. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 59, 16-29.
- Polo Roca, A. (2020). Geolocalización, motores de búsqueda y cookies: tres grandes retos para la protección de datos. *Revista Jurídica de Castilla y León*, 52, 141-184.
- Sempere Navarro, A. V. y Mateos y de Cabo, Ó. I. (2014). Uso y control de herramientas informáticas en el trabajo (marco legal, pautas judiciales y convencionales). En C. San Martín Mazzucconi (Dir.^a), *Tecnologías de la información y la comunicación en las relaciones de trabajo: nuevas dimensiones del conflicto jurídico* (pp. 21-202). Eolas.
- Valle Muñoz, F. A. (2022). Control tecnológico empresarial y licitud de la prueba en el proceso laboral. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 87.

Victoria Rodríguez-Rico Roldán. Doctora en Derecho por la Universidad de Granada (premio extraordinario de doctorado). En la actualidad, es profesora contratada doctora en el Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la misma universidad. Ha participado en proyectos de investigación nacionales y europeos, en el marco de los cuales ha sido autora de numerosas publicaciones sobre temas relacionados con el derecho a la protección de la salud, los derechos sociales de los trabajadores migrantes o el impacto de las nuevas tecnologías en las relaciones laborales. <https://orcid.org/0000-0002-2019-4100>

La igualdad efectiva entre mujeres y hombres: una realidad en construcción

Aunque la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres constituye todavía un desiderátum, existe un firme compromiso para conseguirla que se plasma tanto en nuestra [Constitución](#) como en el [Tratado de la Unión Europea](#), la [Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#) y la [Carta Social Europea](#). Naturalmente, el logro de este derecho humano fundamental nos concierne a todos y a todas y, de una manera especial, a las personas integrantes del Poder Judicial, quienes con sus resoluciones pueden contribuir decididamente a su consecución.

Para poner en valor el papel que juezas, jueces y tribunales desempeñan en la restauración y en la promoción de la igualdad por razón de sexo, hemos querido que la sección de «Diálogos con la Jurisprudencia» de este número se dedique monográficamente a ello. Se ofrece así a los lectores y lectoras los análisis críticos de cinco sentencias recientes que abordan esta problemática desde distintas perspectivas o ángulos. Análisis que han sido encargados a reconocidas y reconocidos especialistas en la materia, a quienes desde estas líneas agradezco sus valiosas aportaciones.

El primer análisis corre a cargo de la directora de la revista, la profesora Margarita Miñarro, quien se ocupa de la problemática del varón discriminado en relación con el complemento de maternidad, ex artículo 60 de la [Ley general de la Seguridad Social en su versión anterior a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 3/2021](#), desde una nueva perspectiva abordada por la [Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2023](#). Un caso claro de asunción directa e inmediata por el Alto Tribunal (al menos en lo que se refiere al objeto central de la controversia) de la reciente doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), contenida en su [Sentencia de 14 de septiembre de 2023 \(asunto C-113/22\)](#), y que ha llevado al Tribunal Supremo a concluir lo siguiente: las denegaciones por el Instituto Nacional de la Seguridad Social a los varones del controvertido complemento de maternidad producidas una vez dictada la [Sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 2019 \(asunto C-450/18\)](#), que advirtió del carácter (materialmente) discriminatorio de aquella regulación, incurren en una causa nueva de discriminación, en este caso relativa a los requisitos procedimentales para su obtención, que debe ser reparada autónomamente y sin necesidad de acreditar sus bases y presupuestos. Adicionalmente, la [sentencia que analiza](#) ofrece pautas (en verdad bastante cerradas) para que sigan los operadores jurídicos en la determinación del monto indemnizatorio en estos casos.

La interpretación y aplicación del derecho con perspectiva de género constituye un mandato legal cada vez más interiorizado y puesto en práctica por los órganos judiciales, que hacen mención expresa a ello, como podrá apreciarse en las tres siguientes temáticas

presentadas: dos sobre prestaciones de la Seguridad Social (desempleo a favor de las empleadas de hogar y permiso parental en caso de nacimiento de un hijo o hija sin vida) y una tercera referida al derecho a la adaptación del horario de trabajo por razones de cuidado.

Las empleadas de hogar constituyen un colectivo eminentemente feminizado cuyos derechos laborales y de Seguridad Social están experimentando en los últimos años una paulatina homogeneización con aquellos disfrutados por la generalidad de las personas trabajadoras. El reconocimiento del derecho a la protección por desempleo, merced al [Real Decreto-Ley 16/2022](#), aunque en verdad forzado por la [Sentencia del TJUE de 24 de febrero de 2022 \(asunto C-389/20\)](#), representa el último hito al respecto. En este contexto, el profesor [Ignacio González del Rey analiza la Sentencia del TSJ de Galicia de 10 de octubre de 2023](#), en la que, en una nueva vuelta de tuerca sobre el particular, se reconoce el derecho a la protección por desempleo a favor de una empleada de hogar que la solicitó con anterioridad (dos días antes) a la entrada en vigor del [Real Decreto-Ley 16/2022](#). Una respuesta «relativamente audaz» que, como afirma el profesor González del Rey, ayuda a corregir la falta de previsión de un régimen transitorio para regular este tipo de situaciones.

El acceso a la prestación económica de la Seguridad Social por parte del progenitor distinto de la madre biológica cuando –lamentablemente– el hijo o hija nace sin vida viene siendo una cuestión controvertida, alimentada por dos sentencias recientes: una, del [Tribunal Superior de Justicia \(TSJ\) de Galicia, de 22 de septiembre de 2023](#), que se suma a otras más dictadas por diferentes TSJ, favorable(s) al reconocimiento de este derecho; y otra, del Tribunal Supremo, dictada unos días después, el [19 de octubre de 2023](#), en la que se niega la existencia de un derecho de este tipo. [De su análisis se ocupa la profesora María Teresa Velasco](#), pasando revista a los distintos argumentos jurídicos esgrimidos tanto a favor como en contra de su reconocimiento, entre los que se encuentra la interpretación con perspectiva de género, curiosamente traído a colación por la sentencia gallega para extender el reconocimiento del derecho también al varón.

La conciliación de la vida laboral y familiar ha recibido un decidido impulso de la mano del [Real Decreto-Ley 5/2023](#), facilitando el derecho a la adaptación horaria de la persona trabajadora para atender las responsabilidades de cuidado, siendo público y notorio que estas son asumidas mayoritariamente por las mujeres. Sobre esta importante asignatura pendiente de las relaciones laborales del siglo XXI versa la recientísima [Sentencia del TSJ de Canarias de 18 de enero de 2024, analizada por la magistrada de la propia sala, doña Glòria Poyatos](#), en la que se enjuicia con perspectiva de género e infancia la solicitud de una trabajadora de una importante empresa española de pasar de turnos rotatorios a turno fijo de mañana para ejercer el derecho a cuidar de sus 2 hijos menores de 4 y 6 años, en un contexto de ausencia de razones objetivas para oponerse a dicha solicitud por parte de la empleadora. Se confirma la indemnización por daño moral de 5.000 euros fijada por el juzgado de lo social en su doble vertiente: reparadora y disuasoria. Y se reflexiona sobre los límites de la prueba de detective y el seguimiento del esposo e hijos a la luz del derecho fundamental a la intimidad familiar.

Como es sabido, el registro retributivo previsto en el [artículo 28.2 del Estatuto de los Trabajadores](#) y desarrollado por el [Real Decreto 902/2020](#) tiene como finalidad evitar que se produzcan discriminaciones directas o indirectas por razón de sexo en una materia tan sensible como el salario, foco tradicional de las prácticas discriminatorias. Sobre el alcance de este instrumento de control versa la [Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de mayo de 2023](#), en la que se concluye que el registro retributivo afecta a toda la plantilla y debe reflejar los datos retributivos de aquella expresados en valores medios y medianos y, cuando no sea posible de esta forma (y esto es nuevo), mediante valores retributivos individualizados. El comentario de esta sentencia con la que se cierran «los diálogos» de este número está [a cargo del profesor Santiago García Campá](#), quien somete a escrutinio esta novedosa doctrina judicial a la luz de exigencias tales como la reserva de ley, el deber de confidencialidad de la representación legal de las personas trabajadoras y el papel de la negociación colectiva en la determinación del contenido del registro retributivo.

Espero que disfruten –como yo lo he hecho en la preparación de esta presentación– de la lectura de estos sugerentes e incisivos análisis del «derecho vivo».

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>

*Coordinador de la sección de Diálogos con la Jurisprudencia
de la Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*

Cómo citar: Ballester Laguna, F. (2024). La igualdad efectiva entre mujeres y hombres: una realidad en construcción. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 479, 143-145. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.21417>

En busca de algo de orden: una solución indemnizatoria categórica para el «varón doblemente discriminado»

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Supremo 977/2023,**
de 15 de noviembre

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>*

Extracto

El presente comentario jurisprudencial examina la Sentencia del Tribunal Supremo 977/2023, de 15 de noviembre. Esta establece una indemnización fija de 1.800 euros para los varones a los que, tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2019, el Instituto Nacional de la Seguridad Social denegó el complemento de aportación demográfica, por lo que debieron acudir a un proceso judicial para hacerlo efectivo.

Palabras clave: acción positiva; brecha de pensiones; discriminación; Seguridad Social; maternidad; indemnización; varón.

Recibido: 19-02-2024 / Aceptado: 19-02-2024 / Publicado (en avance *online*): 22-02-2024

Cómo citar: Miñarro Yanini, M. (2024). En busca de algo de orden: una solución indemnizatoria categórica para el «varón doblemente discriminado». Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 977/2023, de 15 de noviembre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 479, 147-156. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.21413>

In search of some order: a categorical compensation solution for the "doubly discriminated male"

Commentary on Supreme Court Ruling 977/2023, 15 November

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>*

Abstract

This commentary examines the Supreme Court ruling 977/2023 of 15 November. This establishes a fixed compensation of 1,800 euros for men who, after the ruling of the Court of Justice of the European Union of December 12, 2019, the National Social Security Institute denied the demographic contribution supplement, so they had to go through a judicial process to make it effective.

Keywords: positive action; differences in pensions; discrimination; social security; motherhood; compensation; male.

Received: 19-02-2024 / Accepted: 19-02-2024 / Published (online preview): 22-02-2024

Citation: Miñarro Yanini, M. (2024). In search of some order: a categorical compensation solution for the "doubly discriminated male". Commentary on Supreme Court Ruling 977/2023, 15 November. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 479, 147-156. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.21413>

1. Breve referencia al marco jurídico y a las vicisitudes judiciales

Es una realidad que requiere poco comentario, dado que es suficientemente expresiva en sí misma, que la brecha de género en pensiones determina que las mujeres accedan a menos pensiones contributivas (40%), a más no contributivas (70%) y que el monto de sus ingresos en pensiones sea en torno a un 23% inferior al de los hombres, como recientemente reflejaba un [artículo en las páginas del boletín de esta revista](#). No resulta muy complicado dar con las causas de esta evidente diferencia peyorativa padecida por las mujeres, que es consecuencia de la conjunción entre una más corta e interrumpida carrera contributiva, a resultas de la asunción de las tareas de cuidado familiar, y la persistente brecha retributiva que soportan las mujeres, como también señalaba otro [artículo publicado en la revista](#).

Una de las posibles vías para paliar esta diferencia son las acciones positivas, admitidas como vía adecuada a tal efecto desde la [Sentencia del Tribunal Constitucional 128/1987, de 16 de julio](#). Estas consisten, básicamente, en línea con la función de los poderes públicos de «promover las condiciones para que [...] la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas», en el establecimiento de medidas compensatorias que tratan de corregir la desigualdad.

En esa línea, el [artículo 60 de la Ley general de la Seguridad Social \(LGSS\)](#) incluyó un «complemento por contribución demográfica» que con tal configuración inicial estuvo vigente del 2 de enero de 2016 al 3 de febrero de 2021, con objeto de compensar a las madres de al menos 2 hijos por las interrupciones que la maternidad pudiera haberles causado en sus carreras profesionales. Básicamente, el complemento consistía en un porcentaje del 5, 10 o 15% de la pensión contributiva de jubilación, viudedad o incapacidad permanente, según hubiera tenido 2, 3, 4 o más hijos, respectivamente.

En la [sentencia comentada](#) tiene particular relevancia la indemnización prevista en el [artículo 183 de la Ley reguladora de la jurisdicción social \(LRJS\)](#), que se genera «cuando la sentencia declare la existencia de vulneración [...] a la parte demandante por haber sufrido discriminación», que ha de estar «en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados».

Asimismo, también cobra importancia el [artículo 235 de la LRJS](#), que indica que la sentencia ha de imponer las costas del recurso a la parte vencida, «excepto cuando goce del

beneficio de justicia gratuita», alcanzando estas los honorarios del abogado o graduado social de la parte contraria, sin que pueda imponerse por tal concepto 1.200 euros en suplicación y 1.800 euros en casación.

Por lo que respecta a la parte procesal, la [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea \(STJUE\) de 12 de diciembre de 2019 \(asunto C-450/18\)](#) dio respuesta a la cuestión prejudicial presentada por el Juzgado de lo Social n.º3 de Girona, en la que este planteaba si el «complemento por contribución demográfica», establecido en el artículo 60.1 de la LGSS, resultaba o no discriminatorio para los hombres, a tenor de la [Directiva 79/7/CEE](#). El tribunal europeo resolvió en sentido afirmativo, declarando contrario a la [Directiva 79/7](#), por tanto, discriminatorio para los hombres, el complemento cuestionado. Este pronunciamiento determinó que numerosos varones que se sentían discriminados por el artículo 60.1 de la LGSS solicitaran al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) el pago del complemento en cuestión. No obstante, la entidad gestora continuó resistiéndose a reconocer tal complemento a los hombres, estableciendo en el [Criterio de gestión 1/2020](#) que:

El complemento establecido para las pensiones de incapacidad permanente, jubilación y viudedad, regulado en el artículo 60 del TRLGSS, en tanto no se lleve a cabo la correspondiente modificación legal del citado artículo, se seguirá reconociendo únicamente a las mujeres que cumplan los requisitos exigidos en el mismo, tal como se viene haciendo hasta la fecha.

Se excepcionaba de esta negativa los casos en los que la obligación de pago del complemento se declaraba por sentencia judicial. Por consiguiente, ello obligaba a acudir a la vía judicial a los varones que, sintiéndose discriminados por el artículo 60.1 de la LGSS, querían percibir el complemento.

La aplicación de este criterio determinó que se planteara una nueva cuestión prejudicial por parte del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en la que planteaba tres cuestiones prejudiciales, a saber: 1) Si la negativa sistemática del complemento a los hombres y la consiguiente necesidad de que activen la vía judicial para su percibo constituye, de acuerdo con la [Directiva 79/7](#), una discriminación por razón de sexo en sí misma considerada. 2) Si la respuesta fuera afirmativa, si la fecha de efectos del reconocimiento debe ser la de la solicitud (con retracción de 3 meses), la del hecho causante de la prestación o la de publicación de la [STJUE de 12 de diciembre de 2019](#). 3) Si procede una indemnización por daños y perjuicios y con eficacia disuasoria y si el importe de las costas judiciales y honorarios de letrado derivados de sus actuaciones procesales deben incluirse como indemnización. Estas fueron resueltas por la [STJUE de 14 de septiembre de 2023 \(asunto C-113/22\)](#), que, además de establecer la retroactividad del complemento, consideró que obligar al varón a acudir a la vía judicial para percibirlo constituye otra discriminación distinta y que el órgano judicial debe establecer una reparación pecuniaria adecuada que permita compensar íntegramente los perjuicios causados –con referencia directa al [art. 183 LRJS](#)–, que debe incluir costas y honorarios de letrado.

Estos pronunciamientos, lógicamente, han tenido eco en los órganos judiciales nacionales, siendo numerosas las sentencias dictadas siguiendo su estela o resolviendo las múltiples cuestiones planteadas por los mismos. Una de estas es la [Sentencia del Tribunal Supremo \(STS\) de 15 de noviembre de 2023](#), examinada en este «diálogo».

2. Síntesis del supuesto de hecho

La [STS de 15 de noviembre de 2023](#) resuelve el recurso de casación para unificación de doctrina planteado frente a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Castilla y León/Valladolid, de 24 de octubre de 2022 (rec. 455/2022). Los hechos esenciales de los que trae causa esta sentencia son los siguientes:

1. El actor, padre de 2 hijos nacidos en 1975 y 1983, es beneficiario de una pensión de jubilación desde el 12 de febrero de 2018. En fecha 2 de marzo de 2021 solicitó al INSS el complemento del artículo 60 de la LGSS, siéndole denegado por Resolución de 4 de marzo de 2021. Frente a esta, presentó reclamación administrativa previa, que fue desestimada por Resolución de 23 de marzo de 2021.
2. Interpuesta demanda ante el Juzgado de lo Social n.º 3 de León, fue estimada parcialmente mediante Sentencia de 21 de diciembre de 2021. En esta se reconocía al actor el derecho a percibir el complemento, con fecha de efectos de 2 de diciembre de 2020, absolviendo al INSS y a la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) del resto de reclamaciones.
3. Recurrida en suplicación, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León/Valladolid de 24 de octubre de 2022 (rec. 455/2022) estima parcialmente el recurso para modificar la sentencia recurrida en el sentido de incluir la indemnización por vulneración del derecho fundamental a la no discriminación del actor y condenar a la entidad demandada al abono de una indemnización complementaria de 600 euros. Especifica, asimismo, que la fecha de efectos del percibo del complemento es la de efectos económicos de la prestación de jubilación a la que acompaña, condenando a las demandadas al pago de los atrasos devengados desde esa fecha, junto con los incrementos, actualizaciones y mejoras que correspondan.
4. Frente a la sentencia dictada en suplicación, el INSS y la TGSS plantearon recurso de casación para la unificación de doctrina, presentando como sentencia de contraste la STSJ de la Comunidad Valenciana de 30 de mayo de 2022 (rec. 3309/2021). Esta, en relación con un supuesto sustancialmente igual, desestimó la solicitud de indemnización al INSS por daños morales y por perjuicios, al considerar que no le correspondía a esta entidad adoptar la normativa y, en todo caso, dicha falta de adaptación generaría responsabilidad patrimonial de la Administración, debiendo canalizarse mediante una reclamación por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, de la que es competencia el orden contencioso-administrativo.

3. Aspectos clave de la posición del tribunal

El TS, en la [sentencia analizada](#), aprecia la existencia de contradicción de la sentencia recurrida con la de contraste, por lo que se pronuncia sobre la cuestión controvertida planteada por la recurrente. Esta es, básicamente, la de determinar si procede el abono de una indemnización por daños y perjuicios en favor del varón que, por habersele denegado el complemento por contribución demográfica por parte del INSS con posterioridad a la [STJUE de 12 de diciembre de 2019](#), debió acudir a la vía judicial para su reconocimiento y correspondiente percibo.

Lo cierto es, como apunta la [sentencia analizada](#) –y en el mismo sentido, en la posterior [STS 1149/2023, de 12 de diciembre](#)–, que el TJUE ya ha respondido a esa cuestión en su [Sentencia de 14 de septiembre de 2023](#), uno de sus múltiples pronunciamientos sobre este complemento, por lo que en este punto se limita a sintetizar lo que esta señaló. Indica, en este sentido, que:

[...] el órgano jurisdiccional nacional que conoce de una demanda presentada frente a esa resolución denegatoria, debe ordenar a dicha autoridad no solo que conceda al interesado el complemento de pensión solicitado, sino también que le abone una indemnización que le permita compensar íntegramente los perjuicios efectivamente sufridos como consecuencia de la discriminación, según las normas nacionales aplicables, incluidas las costas y los honorarios de abogado en que el interesado haya incurrido con ocasión del procedimiento judicial, en caso de que la resolución denegatoria se haya adoptado de conformidad con una práctica administrativa consistente en continuar aplicando la referida norma a pesar de la citada sentencia, obligando así al interesado a hacer valer su derecho al complemento en vía judicial.

Asimismo, añade como conclusión que:

[...] en aquellos supuestos en los que un varón solicitó el complemento de maternidad regulado en el artículo 60 LGSS, en su versión anterior a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 3/2021, de 2 de febrero, y le fue denegado por el INSS con posterioridad a la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (C-450/18), teniendo que acudir a los órganos judiciales para su obtención, el solicitante tiene derecho a que el órgano judicial le reconozca, además del complemento prestacional con efectos desde el nacimiento de la prestación correspondiente, una indemnización que cubra el perjuicio sufrido por el daño que el proceder de la entidad gestora le ha provocado, y ello sin necesidad de acreditar las bases o presupuestos del mismo.

Entiende, por lo tanto, que en este punto es correcta la doctrina reflejada en la sentencia recurrida y no así la aplicada por la de contraste.

Aunque la respuesta expuesta da solución a la cuestión controvertida que se plantea en el recurso, el TS resuelve sobre otro aspecto conexo: la cuantía de la indemnización, que, dado que ya había sido resuelta por el Tribunal de Luxemburgo, se considera que constituye el punto de mayor interés de la sentencia comentada. Se cuida de apuntar el tribunal, como argumento de base, la conexión de la solución indemnizatoria que establece con las pautas fijadas en la [STJUE de 14 de septiembre de 2023](#), a fin de evitar otros desencuentros a cuenta del complemento.

En primer lugar, justifica la necesidad de resolver esta cuestión al señalar que:

Entiende la sala que, en su labor unificadora y conformadora de la jurisprudencia, debe pronunciarse también sobre la cuantificación de la referida indemnización de suerte que permita a los distintos órganos judiciales del orden social operar al respecto con homogeneidad, aportando seguridad jurídica y evitando la multiplicación de los litigios sobre la cuestión.

Seguidamente, trata de justificar la fijación de una cuantía homogénea, indicando que:

Toda vez que la actuación del INSS que genera ese perjuicio es una y la misma para todos los afectados, lo razonable es fijar igualmente idéntica cuantía indemnizatoria para todos ellos, sin dar lugar a agravios comparativos derivados de posibles soluciones dispares que pudieran generar una desigualdad difícilmente justificable. Y puesto que la finalidad de la indemnización es la de compensar íntegramente los perjuicios efectivamente sufridos como consecuencia de la discriminación, incluidas las costas y los honorarios de abogado en que el interesado haya incurrido con ocasión del procedimiento judicial, resulta objetivamente irrazonable considerar que en ese ámbito puedan presentarse diferencias relevantes en la valoración de estos perjuicios.

Delimita, a continuación, el objeto de la indemnización, subrayando

[...] que los perjuicios económicos directos han sido compensados en la medida en que el reconocimiento del derecho se hace, de conformidad con nuestra jurisprudencia, con efectos *ex nunc*, de suerte que el complemento se reconoce con efectos de la propia prestación a la que se adhiere. El daño a compensar, por tanto, es el de la denegación del derecho por parte del INSS cuando el mismo ha sido reconocido por el TJUE que ha considerado discriminatoria la regulación legal y contraria a la normativa comunitaria, lo que ha obligado a los solicitantes a tener que acudir a los tribunales para el reconocimiento de su derecho, de ahí que la referida sentencia del TJUE se detenga en precisar que los gastos unidos ineludiblemente a la necesidad de acudir a los tribunales deben ser contemplados.

Igualmente resulta conveniente recordar que no estamos en presencia de una prestación, sino de un complemento de la prestación previamente reconocida, complemento de cuantía sensiblemente inferior a la principal, por lo que el daño patrimonial en la demora del percibo al que se tiene derecho es cuantitativamente menor y sensiblemente distinta, por menos gravosa, de la que resultaría de la denegación de las derivadas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente, a las que hacía referencia el artículo 60 LGSS en la versión vigente al tiempo de los hechos que aquí se examinan.

Realizadas estas consideraciones y delimitado y justificado el objeto del pronunciamiento, el tribunal entiende que

[...] la cantidad adecuada en orden a la compensación de los daños derivados de la discriminación adicional derivada de la denegación del denominado complemento de maternidad a los varones por parte del INSS cuando ya había sido establecido por el TJUE el carácter discriminatorio y contrario al derecho de la Unión de la regulación que reservaba exclusivamente dicho complemento a las mujeres, debe ser fijada en la cantidad de 1.800 euros. Dicha cuantía se estima que es la que mejor se adecúa a la exigencia de reparación del daño sufrido en los términos que derivan de la reiterada STJUE de 14 de septiembre de 2023 y de la normativa interna y doctrina jurisprudencial sobre la materia, debiendo, por tanto, ser aplicada por los órganos judiciales, en todos aquellos supuestos en los que exista controversia sobre la cuantía de la referida indemnización y teniendo presente –como ocurre en el presente caso– la solicitud de la parte demandante de la aludida indemnización.

A fin de clarificar en mayor medida el alcance de la fijación de esta cuantía de la indemnización y cerrar la puerta a nuevas reclamaciones vinculadas a esta cuestión, el tribunal indica que:

Conviene advertir, asimismo, que consideramos que esa cantidad permite una reparación integral del perjuicio sufrido. La eventual zozobra moral o las molestias materiales derivadas de ese acudimiento a los órganos de la jurisdicción social quedan englobadas en tal reparación a tanto alzado. Y lo mismo cabe advertir respecto de si se ha presentado la demanda con asistencia de profesionales (de abogacía o colegiados como graduados sociales). Seguimos, de conformidad con lo apuntado por la repetida STJUE de 14 de septiembre de 2023, las pautas habituales de nuestro ordenamiento. Como se sabe, esta sala no viene estableciendo el importe de la condena en costas a la vista de la mayor o menor profundidad de la actuación procesal desempeñada por la parte recurrida sino de su existencia o inexistencia (personación, impugnación). Analógicamente, entendemos que esta compensación procede siempre que haya sido menester que el varón discriminado por una resolución del INSS posterior a la STJUE de 19 de diciembre de 2019 haya precisado del acudimiento a la jurisdicción social para conseguir el abono del complemento en cuestión.

La solución dada, con todo, no puede aplicarse al supuesto debatido en la [sentencia comentada](#), pues en ella se fijó un importe indemnizatorio de 600 euros que no ha sido rebatido ni por la recurrente (INSS), que solo cuestiona la imposición de la indemnización, ni por el pensionista, que no ha recurrido la sentencia.

4. Valoración crítica

La [STS de 15 de noviembre de 2023](#), examinada, trata de poner algo de orden en las muy revueltas aguas del complemento de aportación demográfica, que años después de su reforma sigue siendo objeto de una actividad intensa procesal. No solo lo hace estableciendo una solución a la cuestión controvertida, sino también, principalmente, añadiendo una pauta general, de amplio alcance, mediante la que solventa la cuantificación de la indemnización por daños y el gasto derivado de la asistencia jurídica a través del establecimiento de una cuantía fija. Trata con ello de contener las muy numerosas reclamaciones, y consecuente intensa actividad procesal, generadas por las circunstancias vinculadas a dicho complemento.

Realmente, en el momento en que este entró en vigor era imposible prever que pudiera terminar siendo un complemento «unisex» y desatar tan prolija litigiosidad, administrativa y judicial. Con todo, no era complicado advertir problemas en su configuración, evidenciados en su propia denominación, pues es poco discutible que la «contribución demográfica» que supone tener hijos es reconocible a ambos progenitores.

Desde luego, resulta absolutamente incomprensible la posición mantenida por el INSS, plasmada en su [Criterio de gestión 1/2020](#), en atención a los previsibles efectos negativos que traería su «postura rebelde», que posteriormente han sido confirmados, y que está saliendo muy cara a España.

Por lo que respecta a la actuación judicial, parecen tener pocos conocimientos de algo tan básico como es la brecha de género en pensiones, su efecto y la necesidad de corregirla, también por vía de la interpretación y aplicación judicial de la ley, algunos de los órganos judiciales que se dirigieron al TJUE para que se pronunciara sobre el complemento. Lo más sorprendente, claro, fueron las sentencias dictadas por el Tribunal de Luxemburgo, tanto que solo pueden explicarse desde su ignorancia de la perspectiva de género, fundada en una realidad que parece quedarles muy lejana, pero que incuestionablemente existe, de forma constatada y constatable. Baste comprobar algunos datos objetivos –que los hay–, como son las interrupciones en las cotizaciones, las pensiones de menor cuantía, la notable preponderancia en el reconocimiento de complementos a mínimos, así como la de pensiones asistenciales, circunstancias que afectan en mucha mayor medida a las mujeres y que trae causa en la maternidad y su labor de cuidados, más allá del hecho biológico en sí. Por el contrario, no existe ni un solo dato objetivo o indicio que apunte a una posición de desventaja de los hombres en materia de pensiones y que eventualmente pudiera justificar el establecimiento de medidas compensadoras.

El problema es que, pese a que los artículos [157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea](#) y [23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#) admiten que, con fin reequilibrador, se establezcan «ventajas concretas» para uno de los sexos, el TJUE no percibe las acciones positivas como equilibradoras de una diferencia subyacente, sino como medidas discriminatorias para los sujetos distintos de aquel que resulta protegido por las mismas. Por ello, lo que hace en estas sentencias es neutralizar el efecto positivo buscado y, con ello, preservar, sino agudizar, la diferencia de base. Se trata de un problema interpretativo mayúsculo e incomprensible, que además va más allá de la situación concreta creada respecto del complemento por la contribución demográfica. Así, resulta preocupante en una dimensión de futuro, puesto que ya hay planteadas varias cuestiones prejudiciales en relación con el nuevo complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género ex [artículo 60 de la LGSS](#), que constituye igualmente una acción positiva que, de ser enjuiciada desde la perspectiva ahora aplicada por el TJUE, correrá la misma suerte.

En fin, por lo que respecta a la [sentencia examinada](#), ha de reconocérsele al TS el valor de tratar de buscar poner un poco de orden en la caótica situación creada respecto del complemento por aportación demográfica, estableciendo una indemnización fija de 1.800 euros, para aplicar con carácter general, siempre que haya sido preciso recabar la actuación procesal para el reconocimiento del complemento a un varón. Es cierto que ello implica dejar de lado el cálculo particularizado en atención a las circunstancias del supuesto que naturalmente tiene esta indemnización. No obstante, resulta claro que la sala, atendiendo al monumental embrollo que se ha producido en este tema, opta por priorizar una solución simplificada y una verdadera economía procesal que zanje la intensa litigación relativa a este complemento.

La protección (transitoria) por desempleo en el sistema especial de Seguridad Social para emplead(a)s de hogar

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 4403/2023, de 10 de octubre**

Ignacio González del Rey Rodríguez

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Oviedo (España)

ignatium@uniovi.es | <https://orcid.org/0000-0002-4941-3717>

Extracto

El presente comentario analiza el reconocimiento judicial de prestaciones por desempleo a una empleada del hogar familiar con anterioridad a que pudiera hacerse efectivo con base en su previsión legal.

Palabras clave: empleadas del hogar; protección por desempleo; discriminación indirecta por razón del sexo; igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social; Directiva 79/7/CEE; perspectiva de género; derecho transitorio.

Recibido: 05-02-2024 / Aceptado: 05-02-2024 / Publicado (en avance *online*): 13-02-2024

Cómo citar: González del Rey Rodríguez, I. (2024). La protección (transitoria) por desempleo en el sistema especial de la Seguridad Social para emplead(a)s de hogar. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 4403/2023, de 10 de octubre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 479, 157-163. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.21381>

(Transitional) unemployment protection in the special scheme of Social Security for domestic workers

Commentary to the Judgment of the Superior Court of Justice
of Galicia 4403/2023, of October 10

Ignacio González del Rey Rodríguez

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Oviedo (España)

ignatium@uniovi.es | <https://orcid.org/0000-0002-4941-3717>

Abstract

This commentary analyzes the judicial recognition of unemployment benefits to a domestic worker before it could be made effective based on its legal provision.

Keywords: domestic workers, protection in respect of unemployment, indirect discrimination on grounds of sex; equal treatment for men and women in matters of social security; Directive 79/7/EEC; gender mainstreaming; transitional law.

Received: 05-02-2024 / Accepted: 05-02-2024 / Published (online preview): 13-02-2024

Citation: González del Rey Rodríguez, I. (2024). (Transitional) unemployment protection in the special scheme of Social Security for domestic workers. Commentary to the Judgment of the Superior Court of Justice of Galicia 4403/2023, of October 10. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 479, 157-163. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.21381>

1. Marco normativo

Durante la última década se ha producido una significativa mejora de la protección laboral y, especialmente, de Seguridad Social en la relación de carácter especial del servicio del hogar familiar, claramente reforzada por su evidente feminización y el consecuentemente potencial discriminatorio indirecto de algunas de sus tradicionales particularidades normativas, peyorativas respecto de la relación laboral común. Son hitos, al respecto, en ese periodo y en el primero de esos ámbitos, el [Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre](#), por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, que sustituye al anterior [Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto](#), y en el segundo, el [Real Decreto 1596/2011, de 4 de noviembre](#), por el que se extiende la acción protectora por contingencias profesionales al régimen especial de la Seguridad Social de los empleados de hogar, y la [Ley 27/2011, de 1 de agosto](#), sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, cuya [disposición adicional trigésima novena](#) integra dicho régimen especial en el régimen general de la Seguridad Social, con la consecuente desaparición del primero ([Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre](#)), aunque en un nuevo sistema especial, sin protección por desempleo.

Pese a que dos de estas normas parecían prever una próxima cobertura de esta contingencia ([disp. adic. segunda.2.2.^a RD 1620/2011](#) y [disp. adic. trigésima novena.3.f\) Ley 27/2011](#)), hubo que esperar 11 años para que, por Real Decreto-Ley ([RDL 16/2022, de 6 de septiembre](#)) para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar, se modificara el [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), para reconocerse, en el ámbito del sistema especial para empleados de hogar del régimen general de la Seguridad Social, la protección por desempleo, mediante la supresión de la letra d) del [artículo 251](#) de dicho texto refundido, relativo a la acción protectora de ese sistema especial, de la que, hasta entonces, se excluía expresamente.

En gran medida forzado, además, con expreso reconocimiento, por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ([STJUE, de 24 de febrero de 2022 \(asunto C-389/20\)](#), dictada en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Vigo, en la que se cuestionaba la adecuación a las Directivas comunitarias [79/7/CEE, del Consejo, de 19 de diciembre de 1978](#), relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, y [2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006](#), relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre

hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, de la exclusión de la protección por desempleo en el sistema especial de empleo en el hogar familiar del régimen general de la Seguridad Social ([art. 251 d\) LGSS](#)), suscitada indirectamente, en relación con una demanda en la que una empleada del hogar solicitaba cotizar por la contingencia de desempleo, competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa ([art. 3 f\) Ley reguladora de la jurisdicción social –LRJS–](#)), y no directamente, a través de una demanda de las correspondientes prestaciones de Seguridad Social, competencia de la jurisdicción social ([art. 2 o\) LRJS](#)). A partir de la incontrovertida feminización del sistema especial de empleo en el hogar familiar, el Tribunal de Justicia estima que la cuestionada exclusión de la protección por desempleo constituye una discriminación indirecta por razón de sexo contraria al artículo 4.1 de la [Directiva 79/7](#), sin apreciar, aun matizadamente, la concurrencia de una justificación objetiva y ajena a dicha discriminación, en términos de objetivos legítimos y coherentes de política social, y de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, en dicha exclusión.

Y también con el declarado influjo del [Convenio número 189 de la Organización Internacional del Trabajo](#), sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, cuyo artículo 14.1 reconoce sustancialmente el principio de igualdad y no discriminación respecto a la protección de la Seguridad Social. Este convenio se adoptó, junto con la [Recomendación número 201](#), en la centésima reunión de su Conferencia Internacional del Trabajo, el 16 de junio de 2011, y entra en vigor en España el 29 de febrero de 2024, tras el correspondiente [Instrumento de adhesión](#) (BOE de 3 de abril de 2023).

En este marco normativo y jurisprudencial y con cierta discordancia con las infracciones legales alegadas por la parte recurrente en suplicación, la [sentencia del tribunal superior de justicia objeto de comentario](#) apoya su fundamentación principalmente en la [citada STJUE](#), obviamente junto con la [Directiva 79/7/CEE](#), y en el [RDL 16/2022](#), particularmente en su [preámbulo](#), a la luz de los principios de igualdad y no discriminación, reforzados y proyectados sobre el criterio de interpretación con perspectiva de género en la [Ley 15/2022, de 12 de julio](#), integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

2. Breve síntesis del supuesto de hecho

El proceso resuelto en recurso de suplicación por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Galicia de 10 de octubre de 2023 tiene su origen en una solicitud de prestación por desempleo, contributiva, por parte de una empleada en el hogar familiar, presentada el 7 de septiembre de 2022, 2 días antes, por tanto, de la entrada en vigor de la reforma operada por el [RDL 16/2022](#) en la LGSS, y un día antes de su publicación en el BOE, denegada por el Servicio Público de Empleo Estatal por tratarse de una situación no incluida «en ninguno de los supuestos en los que el régimen general de la Seguridad Social o un régimen especial protege la contingencia de desempleo». Consta que la actora había estado de alta en el «régimen de empleados de hogar» (Sistema) 2.361 días y en el régimen

general, 2 días. Su solicitud se reitera en la correspondiente reclamación administrativa previa a la vía judicial, con el mismo resultado, y en demanda ante el Juzgado de lo Social n.º 6 de La Coruña, igualmente desestimada por Sentencia 564/2022, de 13 de diciembre.

3. Claves de la doctrina judicial

La controversia resuelta en la [STSJ de Galicia de 10 de octubre de 2023](#) se centra en la conformidad de la exclusión de la protección por desempleo en el sistema especial de Seguridad Social del empleo (de las empleadas) en el hogar familiar, con los principios y reglas de igualdad y no discriminación (indirecta) de las mujeres, enmarcados en la [Directiva 79/7/CEE](#), relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, a la luz de la [STUE de 24 de febrero de 2022](#), y de la [Ley 15/2022](#), integral para la igualdad de trato y la no discriminación, antes de su reconocimiento legal por obra del [RDL 16/2022](#), para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar.

A la vista del criterio sentado por el TJUE, y del propio [preámbulo del RDL 16/2022](#), aun inaplicable por razones temporales, la [sentencia comentada](#) parte del carácter indirectamente discriminatorio de la exclusión de la protección por desempleo de las empleadas del hogar, como consecuencia de su casi absoluta feminización, y focaliza el debate sobre la efectividad de dicha protección en situaciones de desempleo anteriores a la entrada en vigor de esta norma, teniendo en cuenta que la protección por desempleo en el sistema especial de empleo en el hogar familiar se establece desde su entrada en vigor y hacia el futuro, es decir, para situaciones de desempleo causadas desde el 9 de septiembre de 2022. Y no solo, habría que añadir, puesto que el consecuente régimen de cotización por esa contingencia resulta aplicable desde el 1 de octubre de 2022 ([disp. final séptima](#)), y para el acceso a la correspondiente prestación se exige una carencia específica previa al hecho causante, de modo que la efectividad legal de dicha protección, en el nivel contributivo objeto de controversia, quedaría postergada al año siguiente (arts. [266](#) y [269](#) LGSS). Por lo demás, el [RDL 16/2022](#) no prevé un régimen transitorio para situaciones precedentes ni para el periodo comprendido entre su entrada en vigor y su efectividad.

En este contexto, la [STSJ de Galicia de 10 de octubre de 2023](#) considera que el reconocimiento del derecho a protección por desempleo en el sistema especial de empleo en el hogar familiar, obrado por el [RDL 16/2022](#),

«[...] no ha cumplido debidamente, dejando incompleta la reforma y adaptación para evitar la vulneración del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE, del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social» [y] debe corregirse incluso para las [situaciones de desempleo] que deberían

generarse con anterioridad, pues, en caso contrario, perviviría esa «especial vulnerabilidad» respecto del colectivo y hechos anteriores y se incumpliría aquella equiparación de derechos.

Al efecto, con prolija cita de jurisprudencia, apoya su razonamiento y la anticipadamente anunciada estimación del recurso fundamentalmente en tres principios: la perspectiva de género, como principio interpretativo refrendado en la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación, como principio informador del ordenamiento jurídico reforzado con la [Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación de 2022](#), y el efecto útil de las directivas comunitarias, derivado de la primacía del derecho de la Unión Europea y de la vinculatoriedad de la jurisprudencia de su Tribunal de Justicia.

4. Trascendencia de la doctrina establecida más allá del caso

Tras la [STJUE de 24 de febrero de 2022 \(asunto C-389/20\)](#), era previsible la presentación de demandas de prestaciones por desempleo por parte de empleadas del hogar familiar ante la jurisdicción social española, y seguramente también su probable estimación. Incluso antes de aprobarse el [RDL 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, con escasa previsión y cuestionable corrección en la articulación de los criterios de aplicación temporal de las normas y su jurisprudencia interpretativa, no estableció un régimen transitorio.

Debe subrayarse, a este respecto, que el presupuesto de esta norma y del reconocimiento de la protección por desempleo en el servicio en el hogar familiar no constituye, *ex novo* y hacia el futuro, una prestación en el amplio margen constitucional del que dispone el legislador para configurar la Seguridad Social, como garantía institucional o derecho de configuración legal ([art. 41 Constitución española](#)), sino que da respuesta, en este ámbito, a un déficit de protección considerado discriminatorio a la luz de una [Directiva de 1979](#), vigente en España desde su adhesión a las Comunidades Europeas, en 1986 (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas –[STJCE– de 28 octubre 1999, asunto C-187/98](#)), como recuerda la [Orden de 9 de marzo de 1990](#) (BOE de 20 de marzo), en relación con la modificación de la cuantía de algunas indemnizaciones por lesiones permanentes no invalidantes, diferenciadas entre mujeres y hombres, y su aplicación temporal. O, al menos, reforzando la comparabilidad de la discriminación, desde la integración del régimen especial de Seguridad Social de empleo en el hogar familiar en el régimen general, en 2012, o desde el reconocimiento de la protección por desempleo o por cese de actividad en el trabajo autónomo, en 2010 ([Ley 32/2010, de 5 de agosto](#)), dadas sus analogías en algunos periodos en los que el alta o la cotización en el empleo en el hogar podía estar a cargo de las personas trabajadoras, en función de su situación de pluriempleo y/o de la cuantía de su jornada.

Incluso tratándose de una discriminación indirecta, ya acuñada, al final de la década de los 80 y principios de los 90 del pasado siglo, en el propio Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en aplicación del artículo 119 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea y de las directivas antidiscriminatorias por razón del sexo, incluida la [79/7/CEE](#), paradigmáticamente en relación con el trabajo a tiempo parcial, intensamente feminizado y también fuertemente implantado en el empleo en el hogar familiar (SSTJCE de [13 de julio de 1989, asunto C-171/88](#), [13 de diciembre de 1989, asunto C-102/88](#), [27 de junio de 1990, asunto C-33/89](#), [7 de febrero de 1991, asunto C-184/89](#), y [4 de junio de 1992, asunto C-360/90](#)).

En este marco y teniendo en cuenta que las directivas antidiscriminatorias se aplican desde su entrada en vigor, incluyendo los efectos futuros, producidos desde entonces, de relaciones anteriores, parece razonable pensar que el criterio de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, reconociendo prestaciones por desempleo a empleadas del hogar en situaciones de desempleo anteriores a la entrada en vigor del [RDL 16/2022](#) o a la efectividad de las consecuentes cotizaciones, pueda consolidarse, como ya viene produciéndose en otros pronunciamientos de juzgados de lo Social y de salas de suplicación. Particularmente en relación con los subsidios del nivel no contributivo de protección por desempleo (SSTSJ de [Cataluña 1754/2022, de 16 de marzo](#), y [2856/2022, de 11 de mayo](#), de [Aragón 478/2023, de 12 de junio](#), y de [Madrid 1109/2023, de 7 de diciembre](#)), quizá de forma más respetuosa con el principio de contributividad de la Seguridad Social, no explícito en la [LGSS](#), pero sí reconocido reiteradamente tanto por el Tribunal Supremo como por el Constitucional.

En cualquier caso, se trata, pues, de una doctrina judicial relativamente audaz, en la medida en que desplaza una regla legal interna española con base en principios jurídicos y en derecho de la Unión Europea, signo de los tiempos, por cierto; no especialmente novedosa, en la medida en que dichos principios ya vienen consolidándose legal y jurisprudencialmente en los últimos años; cuya mayor virtualidad consiste en suplir una criticable omisión del legislador de un régimen transitorio en el reconocimiento de prestaciones por desempleo a las empleadas del hogar familiar. Con un consecuente incremento del gasto público prestacional, al menos por las bajas que se produzcan en su sistema especial de la Seguridad Social hasta que las correspondientes cotizaciones por desempleo sean efectivas (alrededor de 32.000 al mes de media en los últimos 6 meses de 2023), que bien podría haberse evitado o atenuado con una más prudente, posible y lícita previsión adicional o transitoria que estableciera, por ejemplo, una cotización a cargo de las personas beneficiarias de la ampliación de la protección, en su caso fraccionada, para las situaciones preexistentes, admitida, en algún caso, por el mismo Tribunal de Justicia comunitario en aplicación de la propia [Directiva 79/7/CEE](#) (SSTJCE de [28 de septiembre de 1994, asunto C-128/93](#), y [21 de junio de 2007, asuntos C-231/06 a C-233/06](#)), o por el legislador español, en relación con la inclusión en la Seguridad Social de las prácticas formativas y la posibilidad de celebrar un convenio especial respecto de periodos anteriores ([disp. adic. primera RD 1493/2011, de 24 de octubre](#) y [disp. adic. quincuagésima segunda.8 LGSS](#)).

Permiso parental en caso de nacimiento de un hijo sin vida

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 4053/2023, de 22 de septiembre**, y a la posterior **Sentencia del Tribunal Supremo 753/2023, de 19 de octubre**

María Teresa Velasco Portero

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

Universidad Loyola (Sevilla, España)

velasco@uloyola.es | <https://orcid.org/0000-0001-6501-3679>

Extracto

El derecho a la prestación económica por nacimiento de hijo en el caso del progenitor distinto de la madre biológica cuando el hijo fallezca antes de nacer ha sido objeto de controversia. La regulación legal guarda silencio sobre el tema, mientras que el desarrollo reglamentario reconoce el derecho en el caso de la madre y lo niega en el caso del otro progenitor. El problema es que el desarrollo reglamentario es anterior al Real Decreto-Ley 6/2019, que reformó de manera significativa el régimen jurídico de las suspensiones y prestaciones económicas por nacimiento de hijo, cambiando su nomenclatura y estableciendo de manera clara en su exposición de motivos los principios en que se basa dicho régimen jurídico. La cuestión en debate es si el artículo 26.7 del Real Decreto (RD) 295/2009 sigue vigente y, por tanto, el otro progenitor no tiene derecho a la prestación, o bien hay que interpretar que tras la reforma legal los principios de corresponsabilidad e igualdad de trato han equiparado totalmente la duración del derecho. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 4053/2023 aboga en este último sentido, mientras que la posterior Sentencia del Tribunal Supremo 753/2023 es taxativa en el sentido de que el RD 295/2009 está vigente y no reconoce el derecho a la suspensión ni la prestación económica del otro progenitor en estos casos.

Palabras clave: prestación económica por nacimiento de hijo; hijo nacido sin vida; corresponsabilidad; igualdad.

Recibido: 12-02-2024 / Aceptado: 12-02-2024 / Publicado (en avance online): 28-02-2024

Cómo citar: Velasco Portero, M. T. (2024). Permiso parental en caso de nacimiento de un hijo sin vida. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 4053/2023, de 22 de septiembre, y a la posterior Sentencia del Tribunal Supremo 753/2023, de 19 de octubre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 479, 164-173. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.21399>

Parental leave in the event of the birth of a stillborn child

Commentary on the Ruling of the High Court of Justice of Galicia 4053/2023 of 22 September and the subsequent Ruling of the Supreme Court 753/2023 of 19 October

María Teresa Velasco Portero

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

Universidad Loyola (Sevilla, España)

tvelasco@uloyola.es | <https://orcid.org/0000-0001-6501-3679>

Abstract

The right to economic benefits for the birth of a child in the case of a parent other than the biological mother, in the event that the child dies before birth, has been a subject of controversy. The legal regulation remains silent on the matter, while the regulatory development acknowledges the right in the case of the mother and denies it for the other parent. The issue is that the regulatory development predates Royal Decree-Law 6/2019, which significantly reformulated the legal framework for suspensions and economic benefits for childbirth, changing its nomenclature and clearly establishing the principles underlying this legal framework in its explanatory memorandum. The debate revolves around whether Article 26.7 of Royal Decree (RD) 295/2009 is still in force, and thus the other parent has no right to the benefit, or whether it should be interpreted that, following the legal reform, the principles of shared responsibility and equal treatment have fully equated the duration of the right. The Ruling of the High Court of Justice of Galicia 4053/2023 advocates for the latter interpretation, while the subsequent Ruling of the Supreme Court 753/2023 is categorical in stating that RD 295/2009 is still in force and does not recognize the right to suspension or economic benefits for the other parent in these cases.

Keywords: Economic benefit for the birth of a child, stillborn child, shared responsibility, equality.

Received: 12-02-2024 / Accepted: 12-02-2024 / Published (online preview): 28-02-2024

Citation: Velasco Portero, M. T. (2024). Parental leave in the event of the birth of a stillborn child. Commentary on the Ruling of the High Court of Justice of Galicia 4053/2023 of 22 September and the subsequent Ruling of the Supreme Court 753/2023 of 19 October. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 479, 164-173. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.21399>

1. Marco normativo

Como es sabido, los mal llamados «permisos parentales por nacimiento de hijo» (en realidad, se trata de una suspensión de contrato acompañada de una prestación de Seguridad Social, en su caso) han sufrido un largo proceso evolutivo en nuestro derecho. Siendo inicialmente un derecho de la madre biológica (permiso de maternidad), no es hasta ya entrado el siglo XXI (año 2007) cuando se introduce tímidamente la figura del permiso de paternidad, que se fue ampliando al cabo de unos años hasta equipararse al de maternidad. Paralelamente, los límites del permiso de maternidad se iban ampliando a distintos supuestos, refiriéndose a situaciones que en principio no estaban previstas, como es el caso particular de que el embarazo no llegara a término o el hijo naciera muerto. La suspensión de contrato por maternidad y paternidad se regulaba en el [artículo 48 del Estatuto de los Trabajadores](#) (ET) y la prestación económica correspondiente en los [artículos 177 y siguientes de la Ley general de la Seguridad Social](#) (LGSS) con desarrollo más reciente por medio del [RD 295/2009, de 6 de marzo](#) (entrada en vigor el 1 de abril), por el que se regulan «las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural».

Finalmente, el Real Decreto-Ley ([RDL](#)) [6/2019, de 1 de marzo](#), de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, realiza una reconfiguración de ambos permisos, más ajustada a las nuevas realidades sociales, igualando su duración y en gran parte sus condiciones para ambos progenitores. Este RDL entró en vigor el 8 de marzo. Podemos decir que la reforma pone el foco en el niño o niña y no en los padres, de manera que ya no se habla de paternidad o maternidad sino de nacimiento, guarda, adopción o acogimiento del niño. A pesar de ello, por supuesto, se establecen particularidades derivadas de las distintas situaciones de la persona trabajadora titular del derecho, atendiendo al hecho, por ejemplo, del necesario cuidado de la salud de la madre biológica, que ha sufrido un embarazo y un parto.

La norma modifica tanto [la redacción del artículo 48 del ET](#), en lo referente al derecho a la suspensión del contrato, como los [artículos 177 y siguientes de la LGSS](#), en lo referente a la prestación económica. La entrada en vigor con respecto a los permisos correspondientes al «otro progenitor» fue gradual, de manera que el 1 de abril de 2019 el anteriormente llamado «permiso de paternidad» pasaba de 5 a 8 semanas para el resto del ejercicio, una duración que se aumentaba hasta las 12 semanas para todo 2020, antes de la equiparación a 16 semanas a partir de 2021.

El cambio de régimen jurídico de los permisos, que como hemos visto implicó incluso un cambio en su nomenclatura, no se tradujo en un nuevo desarrollo reglamentario de la prestación, por lo que la vigencia del [RD 295/2009](#), aunque es comúnmente aceptada, podría ser cuestionada.

2. Breve síntesis del supuesto de hecho

En marzo de 2021, doña Sagrario, gestante de 40+4 semanas (es decir, embarazo a término con retraso sobre la fecha probable de parto), da a luz un bebé que nace muerto por causas naturales. A ella le es concedida prestación por nacimiento y cuidado de hijo. Por su parte, el padre del bebé también solicita prestación por nacimiento y cuidado de menor por parto el 30 de marzo de 2021, que le es denegada por resolución con fecha de salida 7 de abril de 2021, consignando «progenitor distinto de madre biológica en caso de fallecimiento de hijo con 180 días de gestación, según criterio gestión 10-20 de 21-04-20 de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica». Contra esta resolución presenta reclamación previa, que le es desestimada con la argumentación de que en el [RDL 6/2019](#) el permiso para el nacimiento y cuidado de los hijos se reconoce al progenitor distinto de la madre biológica para el cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el [artículo 68 del Código Civil](#) (CC), que no pueden ser otros, entiende la resolución, que los de cuidar al hijo no fallecido. También entiende que el [artículo 26.7 del RD 295/2009](#) sigue vigente y que, por ello, cabe denegar la prestación al progenitor distinto de la madre biológica. Cabe señalar que dicho artículo establece literalmente que:

No podrá reconocerse el subsidio por paternidad si el hijo o el menor acogido fallecen antes del inicio de la suspensión o permiso. Sin embargo, una vez reconocido el subsidio, este no se extinguirá aunque fallezca el hijo o menor acogido.

El padre biológico recurre contra la resolución y la sentencia de primera instancia estima su demanda. La Administración de la Seguridad Social recurre en suplicación contra dicha sentencia, por entender que se están infringiendo los artículos [177](#) y [178](#) de la LGSS y [2](#), [3](#), [22](#) y [23](#) del RD 295/2009, así como el mencionado [artículo 26.7 de dicho real decreto](#), en relación con el [artículo 30 del CC](#). En definitiva, su argumento consiste en entender que:

[...] en la normativa denunciada se está distinguiendo claramente entre dos supuestos, sin lugar a dudas, que no se haya llegado a producir el nacimiento, porque el fallecimiento se haya producido en el vientre materno, antes de producirse el alumbramiento, en que solo se reconoce prestación a la madre, pero no al padre, o que se produzca el nacimiento, civilmente, y posteriormente tenga lugar el fallecimiento, con suspensión de contrato e inicio de prestación de la madre y del padre.

3. Claves de la doctrina judicial

Frente a estas alegaciones de la Seguridad Social, el tribunal superior de justicia (TSJ) confirma la sentencia de instancia, reconociendo el derecho del padre biológico a percibir la prestación en los mismos términos que la madre biológica. Para ello, se apoya literalmente en que «en los preceptos denunciados no se realiza ninguna distinción por razón de sexo en relación con la prestación por nacimiento y cuidado del menor entre los progenitores» y a la madre se le ha reconocido la prestación. Añade que en la regulación del aspecto laboral del permiso el ET tampoco hace distinción entre uno y otro progenitor. Apela el tribunal, y esto es importante, al «sesgo de género que ha de darse en la interpretación de las normas», que considera que ha de darse en igualdad de condiciones a ambos progenitores: mujer y hombre.

En nuestra opinión, la afirmación de que los preceptos denunciados no establecen ninguna distinción es cuestionable, ya que expresamente la Seguridad Social apela al [artículo 26.7 del RD 295/2009](#), que sí establece una diferencia expresa con respecto al derecho del padre. Otra cosa sería que el tribunal hubiese considerado que este artículo ha sido indirectamente derogado por la normativa posterior, pero no se hace mención de tal cosa.

Dejando de lado este matiz, la [sentencia](#) continúa su argumentación en esta línea de interpretación con perspectiva de género y la necesaria interpretación en el sentido de equiparar las condiciones de uno y otro progenitor, apelando a la [exposición de motivos del RDL 6/2019](#) cuando señala que la equiparación de la duración de los permisos por nacimiento de hijo o hija de ambos progenitores:

[...] responde a la existencia de una clara voluntad y demanda social. Los poderes públicos no pueden desatender esa demanda que, por otro lado, es una exigencia derivada de los artículos 9 y 14 de la Constitución, de los artículos 2 y 3.2 del Tratado de la Unión Europea; y de los artículos 21 y 23 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Para el tribunal, la normativa dispensa el mismo tratamiento al permiso y la prestación por nacimiento a ambos progenitores, por lo que si el reconocimiento de la licencia solo está condicionado al hecho del parto y ese hecho es el que da acceso a la prestación, la misma regla ha de aplicarse a ambos progenitores.

En cuanto al hecho de que el [artículo 48.4 del ET](#) señale que el permiso del progenitor distinto de la madre biológica se dedique al cumplimiento de los deberes de cuidado del [artículo 68 del CC](#), tiene que interpretarse a la luz de los principios de corresponsabilidad como integrante de la igualdad, como señala la [exposición de motivos del RDL 6/2019](#), y, por tanto, no tiene que referirse solo a la atención del hijo recién nacido, sino al cumplimiento del resto de deberes que el CC impone a los miembros de la familia y a la asunción

compartida de todas las cargas familiares «en un momento en que la pérdida de un hijo origina una situación de especial vulnerabilidad necesitada de idéntica protección para los dos progenitores». Esto parece una referencia indirecta al cuidado de la salud mental y de estabilidad familiar, ya que esa vulnerabilidad en el caso del padre no es física.

En definitiva, las claves de la doctrina judicial que establece [esta sentencia](#) radican en la apelación a la interpretación de la normativa desde una perspectiva de género, equiparando las condiciones del derecho para uno y otro progenitor, en la importancia de la corresponsabilidad como un elemento más de la igualdad y en la consideración de que la remisión que efectúa el [artículo 48.4 del ET](#) al cumplimiento por parte del otro progenitor de los deberes de cuidado del [artículo 68 del CC](#) no se refieren solo al cuidado del hijo, sino a todos los deberes de cuidado familiar, no solo los físicos.

4. Trascendencia de la doctrina establecida

4.1. La doctrina previa de los TSJ y la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2022

Esta doctrina viene a sumarse a diversos pronunciamientos de distintos TSJ de nuestro país en el mismo sentido de considerar no aplicable la literalidad del [artículo 26.7 del RD 295/2009](#) tras la nueva regulación de los permisos y sus principios inspiradores, efectuada por el [RDL 6/2019](#). Especialmente significativa en este sentido es la Sentencia del TSJ (STSJ) de Cataluña 3175/2023, de 17 mayo, que sintetiza la doctrina ya fijada en este sentido por diversos tribunales. En este sentido señala que, pese a la literalidad del [artículo 26.7 del RD 295/2009](#) (donde se establece que el subsidio de paternidad no puede reconocerse cuando el/la hijo/a fallece antes del inicio de la suspensión o permiso correspondiente), la nueva [redacción del artículo 48.4 del ET, dada por el RDL 6/2019](#) al introducir como supuesto de suspensión del contrato de trabajo del progenitor distinto a la madre biológica el periodo de 16 semanas, de las cuales serán obligatorias las 6 semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, equiparándolo, así, con los periodos de suspensión de la madre biológica (frente a la redacción anterior, en la que se distinguía la suspensión por parto de 16 semanas, en el apdo. 4, y la suspensión por paternidad –nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento– de 5 semanas, en el apdo. 7), ha cambiado el régimen jurídico a estos efectos. Ahora la ley señala, expresamente, que en el supuesto de fallecimiento del hijo o hija el periodo de suspensión no se verá reducido, sin hacer distinción alguna entre la madre biológica y el otro progenitor (cuando en la redacción anterior esta previsión se refería solo a la madre). Por ello, el tribunal entiende que se refiere a ambos progenitores y esto considera que es por la propia finalidad de la reforma introducida por el [RDL 6/2019](#), como es la equiparación de mujeres y hombres en materia de acción protectora de la Seguridad Social para garantizar la igualdad de trato y de

oportunidades en el mercado de trabajo, equiparación ya iniciada a partir de la [Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo](#), para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. En este mismo sentido, cita el TSJ de Cataluña otros pronunciamientos de diferentes TSJ, en sentido favorable al reconocimiento de la prestación, tales como las SSTSJ del [País Vasco de 9 de diciembre de 2010 \(rec. 2484/2010\)](#), de [Asturias de 17 de abril de 2018 \(rec. 3096/2017\)](#), del [País Vasco de 29 de mayo de 2018 \(rec. 982/2018\)](#) y, en sentido contrario a la concesión de la prestación de paternidad, la [STSJ de Aragón de 30 de enero de 2019 \(rec. 819/2018\)](#).

[Esta sentencia](#) es posterior a otra del Tribunal Supremo (TS), la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 5 de julio de 2022 (rec. 906/2019), que denegó la prestación de paternidad a un progenitor en el supuesto de alumbramiento sin vida a las 39 semanas y 3 días de gestación, si bien la madre biológica la percibió íntegramente. El TSJ de Cataluña expone que el supuesto de hecho en aquel caso era anterior a la entrada en vigor del [RDL 6/2019](#), es decir, no se habían equiparado los permisos. Además, [dicha STS](#) se apoyaba en la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 111/2018, relativa a la diferente duración de los permisos de maternidad y paternidad, que confirmaba la constitucionalidad de dicha diferencia en la diferente finalidad de ambos permisos en su regulación entonces vigente: la prestación por maternidad tiene por finalidad «preservar la salud de la mujer ante un hecho biológico singular», mientras que, por el contrario (argumentaba en aquel momento el TC), «el establecimiento de un permiso por paternidad no viene impuesto hasta la fecha por ninguna norma de Derecho internacional que obligue a nuestro país ni por el Derecho de la Unión Europea». Hay que recordar que en aquel momento todavía no se había aprobado 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 la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, actualmente en vigor. Por ambos motivos, el TSJ de Cataluña considera que la doctrina establecida en la [STS de 5 de julio de 2022](#) no es aplicable a los supuestos de hecho acaecidos con posterioridad a los cambios normativos mencionados.

4.2. La Sentencia del Tribunal Supremo 753/2023, de 19 de octubre

Unos días más tarde de dictarse la [STSJ objeto de este comentario](#), se ha publicado una STS que le da una nueva vuelta de tuerca a la cuestión, pues insiste en denegar la prestación al padre biológico en el caso de nacimiento de hijo sin vida, en este caso relativo a supuesto de hecho posterior a la entrada en vigor del [RDL 6/2019](#). La [sentencia](#) resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Ministerio Fiscal contra STJS de Cataluña de 11 de noviembre de 2021, que confirmaba el derecho a la prestación por nacimiento de hijo del padre de una criatura que falleció intrauterinamente con más de 180 días de gestación. El Ministerio Fiscal considera que en la actualidad el único sustento jurídico para que la madre biológica disfrute de una prestación de Seguridad Social en caso de fallecimiento intrauterino del feto es el [artículo 8 del RD 295/2009](#), ya que el [RDL 6/2019](#) no ha sido desarrollado reglamentariamente.

Los fundamentos de derecho de la sentencia van desarrollando una argumentación que recoge todas las consideraciones efectuadas por la doctrina judicial ya mencionada, en el sentido de que el nuevo [artículo 48.4 del ET](#) no hace distinciones entre la madre biológica y el otro progenitor y que, por tanto, debe entenderse que ambas prestaciones se equiparan. Reconoce que «en la regulación precedente el titular del periodo de suspensión era la madre y que, tras la reforma, pasan a serlo ambos progenitores, también para el caso en el que, lamentablemente, haya fallecido el hijo o hija».

Haciendo un repaso de la última jurisprudencia sobre este tema, el propio TS reconoce que en su [Sentencia de 5 de julio de 2022](#) la premisa era un hecho causante anterior a la reforma de 2019, pero en todo caso recuerda que en ella argumentaba que el [artículo 8.4 del RD 295/2009](#) es la base para que a la madre se le reconozca la prestación de maternidad, mientras que su [artículo 26.7](#) establece que no puede reconocerse dicho subsidio al padre si el hijo fallece antes de iniciar la suspensión. Y también recuerda que dicha sentencia se basaba, entre otros elementos, en la doctrina del TC fijada en la [STC 111/2018](#), relativa a la constitucionalidad del establecimiento de una duración diferente para los permisos de paternidad y maternidad, cuando el TC dice que las finalidades del permiso de paternidad y maternidad son distintas y por tanto el legislador no está obligado a darles el mismo tratamiento. Esto le llevaba a considerar que en el caso de fallecimiento del hijo tampoco hay que dar el mismo tratamiento, ya que sigue existiendo la necesidad de recuperar y proteger la salud de la madre biológica, pero ya no hay necesidad de que el otro progenitor se haga corresponsable de la atención al descendiente. Considera que ya no existen los deberes de cuidado del [artículo 68 del CC](#) a los que expresamente se refiere el nuevo [artículo 48.4 del ET](#).

Se refiere a continuación el TS a la doctrina que estableció en la [STS de 27 de febrero de 2023 \(rec. 3225/2021\)](#), al hilo del complemento de maternidad por aportación demográfica, en la cual señala que la protección de otras prestaciones de la Seguridad Social abarca o comprende sucesos en los que el feto ha nacido muerto y que la [STS 602/2022, de 5 de julio](#), explica que esta previsión tiene como única finalidad la de proteger a la madre biológica tras el parto, aunque el feto haya nacido muerto, porque aun así sigue existiendo la necesidad de recuperar su salud, aunque ya no existan los deberes de cuidado del descendiente. Considera que son dos deberes desvinculados.

Hecho este repaso de su doctrina precedente, el tribunal se adentra, a partir del fundamento de derecho tercero, en el siguiente paso: qué ocurre en el marco de la legislación vigente. Comienza diciendo que la nueva regulación mantiene los parámetros de protección de la salud de la madre, así como el objetivo de los deberes de cuidado del [artículo 68 del CC](#) cuando se trata del caso del progenitor distinto de la madre biológica. A continuación, señala que «no se descarta tampoco la viabilidad de que el legislador pueda, en estos supuestos tan dolorosos, configurar una suspensión del contrato y prestación por nacimiento en favor del progenitor distinto de la madre biológica». Esta frase nos va adelantando el sentido de su argumentación final. No dice que el legislador lo haya establecido así, sino que sería viable que lo hiciera.

Menciona, a continuación, la normativa interna que aboga por la consecución de la igualdad real y efectiva, la promoción de la conciliación, la corresponsabilidad, el principio de igualdad de trato y de oportunidades, con base en la [Constitución](#), el [Tratado de la Unión Europea](#), la [Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#) y la [Carta Social Europea](#), pero no extrae ninguna conclusión de ello a los efectos que nos interesan.

Y, finalmente, en lo que podemos considerar un giro de guion, se adentra en las previsiones del que llama «vigente RD 295/2009», que, desarrollando la [Ley orgánica 3/2007](#), determinó la no reducción de la prestación económica para la madre cuando acaeciese la muerte del hijo y que en su [artículo 26.7](#), con respecto a la prestación de paternidad, señaló que no podría reconocerse si el hijo fallece antes del inicio de la suspensión.

Este es el argumento principal que justifica el fallo de la sentencia, desestimando la existencia de prestación económica para el otro progenitor en el caso de nacimiento de hijo sin vida. EL TS considera que el [artículo 26.7 del RD 295/2009](#) sigue «vigente» («pervive», dice más adelante). Considera que la dicción literal del nuevo [artículo 48 del ET](#), que guarda silencio sobre el tema, no es suficiente para justificar la existencia de un derecho del progenitor en estos supuestos.

Niega también expresamente que el principio de corresponsabilidad pueda sustentar dicho derecho, «dado el deceso acaecido». Ítem más, considera que supondría un tratamiento desigual respecto de aquellas situaciones en que se produce la muerte de un hijo una vez transcurridos los periodos especialmente protegidos.

Por todo ello considera que confirmar la sentencia recurrida, reconociendo el derecho del otro progenitor a la prestación económica, «implicaría interferir sensiblemente en el orden normativo expuesto dado que estaríamos diseñando una prestación en contra de una norma que lo proscribire y que no ha sido derogada».

4.3. Conclusiones

Tras el [reciente pronunciamiento del TS](#) sobre el tema, consideramos que la interesante [STSJ de Galicia](#) pierde su valor como doctrina judicial con respecto al reconocimiento del derecho a la prestación económica por nacimiento de hijo al progenitor distinto de la madre biológica en el caso de nacimiento de hijo sin vida, a pesar del poco tiempo transcurrido desde su pronunciamiento. El TS es claro en considerar que el [artículo 26.7 del RD 295/2009](#) sigue vigente, por lo que entendemos que los tribunales inferiores tendrán que seguir aplicándolo.

En todo caso, la interpretación amplia de los deberes de cuidado y de la corresponsabilidad que realiza el TSJ es una vía interesante, frente a la estricta referencia que realiza el TS, limitada al cuidado de los descendientes. El [artículo 68 del CC](#), al que remite el

[artículo 48.4 del ET](#), no limita los deberes de cuidado a los descendientes, sino que también se refiere a que los cónyuges deben socorrerse mutuamente y deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo. La corresponsabilidad no puede limitarse al cuidado del recién nacido, la corresponsabilidad es mucho más, por lo que no desaparece por el deceso del bebé. En el caso de que los dos progenitores sean cónyuges, en concreto el CC establece un deber de socorro mutuo, que es un tipo de cuidado. Y es evidente que la madre, que ha pasado por un proceso de embarazo y parto al que se une el *shock* psicológico de la pérdida del hijo, necesita cuidados.

Por otra parte, la apelación a una interpretación con perspectiva de género que realiza el TSJ de Galicia tampoco es cuestión baladí y va cogiendo fuerza tanto en sentencias del TS como del TC y no solo en la jurisdicción social (*vid.* [Sempere Navarro, 2021](#), y [Rojo Torrecilla, 2018](#)).

En todo caso, el TS es tajante en el fallo de la sentencia cuando señala expresamente que:

[...] el derecho reglamentario anterior vigente (RD 295/2009) no reconoce el derecho a la suspensión ni, en consecuencia, la prestación por nacimiento y cuidado del menor al padre biológico, en el caso de fallecimiento intrauterino del feto que hubiera permanecido en el seno materno durante más de 180 días.

Siendo esto así, no cabe duda de que es cada vez más necesario, por este y por otros motivos, que se produzca cuanto antes un desarrollo reglamentario del [RDL 6/2019](#) que se ajuste de forma más clara a la nueva configuración de los derechos con su actual nomenclatura.

Atreverse a cuidar sin dejar de trabajar y sin intromisión en la intimidad familiar. ¿Misión imposible?

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
de Canarias/Las Palmas de 18 de enero de 2024
(rec. 1134/2023)**

Glòria Poyatos i Matas

*Magistrada especialista Sala de lo Social
del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Las Palmas, España)*
gpmat@ gmail.com | <https://orcid.org/0000-0003-2204-1527>

Extracto

Sentencia que enjuicia con perspectivas de género e infancia el derecho a cuidar de trabajadora, adscrita a turnos rotatorios (art. 34.8 ET). Cumplimiento del principio de diligencia debida que obliga al poder judicial a la remoción de los obstáculos (procesales y materiales) impositivos de la consecución de la igualdad sustancial, en armonía con el mandato del artículo 9.2 en relación con los artículos 1.1 y 14 de la Constitución española. La empleadora esgrimió abstractas razones organizativas, no probadas. En el juicio oral, se practicó prueba de detectives, contratados por la empresa para el seguimiento de familiares de la actora. Dicha prueba no fue impugnada ni en la instancia ni en suplicación. Indemnización por daño moral procedente (5.000 €). La demandada pudo exonerarse dando cumplimiento provisional de la petición (art. 139.1 LRJS).

Palabras clave: juzgar con perspectiva de género; perspectiva de infancia; igualdad; adaptación horaria.

Recibido: 05-02-2024 / Aceptado: 05-02-2024 / Publicado (en avance online): 19-02-2024

Cómo citar: Poyatos i Matas, G. (2024). *Atreverse a cuidar sin dejar de trabajar y sin intromisión en la intimidad familiar. ¿Misión imposible? Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias/Las Palmas de 18 de enero de 2024 (rec. 1134/2023)*. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 479, 174-185. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.21387>

Daring to care without giving up work and without intruding on family privacy: mission impossible?

Commentary on the Judgment of the High Court of Justice of the Canary Islands/Las Palmas of 18 January 2024 (appeal 1134/2023)

Glòria Poyatos i Matas

Magistrada especialista Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Las Palmas, España)
gpmatatas@gmail.com | <https://orcid.org/0000-0003-2204-1527>

Abstract

Resolution with gender and childhood perspectives, the right to care for a worker, assigned to rotating shifts (art. 34.8 of the ET). Compliance with the principle of due diligence that obliges the judiciary to remove obstacles (procedural and material) preventing the achievement of substantial equality, in harmony with the mandate of art. 9.2 in relation to art. 1.1 and 14 of the EC. The employer gave abstract, unproven organizational reasons. In the oral trial, evidence was given by detectives hired by the company to follow up on the plaintiff's relatives. This evidence was not challenged either in the instance or in the petition. Compensation for moral damage (5,000 euros). The defendant was able to exonerate herself by provisionally complying with the request (art. 139.1 LRJS).

Keywords: judge with a gender perspective; childhood perspective; equality; time adaptation.

Received: 05-02-2024 / Accepted: 05-02-2024 / Published (online preview): 19-02-2024

Citation: Poyatos I Matas, G. (2024). Daring to care without giving up work and without intruding on family privacy: mission impossible? Commentary on the Judgment of the High Court of Justice of the Canary Islands/Las Palmas of 18 January 2024 (appeal 1134/2023). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 479, 174-185. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.21387>

La diferencia de las mujeres está arraigada no solo en su subordinación social sino también en la esencia de su preocupación moral. La sensibilidad a las necesidades de los demás y la asunción de responsabilidad por el cuidado lleva a las mujeres a atender voces distintas a las suyas e incluir en su juicio otros puntos de vista.

Carol Gilligan

1. Marco normativo: conciliación familiar y laboral vía adaptación horaria (art. 34.8 ET)

España inició su andadura a favor de la conciliación familiar y laboral hace ya 25 años con la [Ley 39/1999, de 5 de noviembre](#), que transpuso dos importantes directivas sobre la maternidad y el permiso parental. Se afirmaba desde el frontispicio de esta vieja ley que «la incorporación de la mujer al trabajo ha motivado uno de los cambios sociales más profundos de este siglo» y se recordaba que los poderes públicos (incluido el poder judicial) tienen el deber de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, debiendo remover los obstáculos que la impidan o dificulten. Muchas fueron las reformas internas operadas con posterioridad.

Poco a poco se fueron ampliando y mejorando legislativamente los permisos y licencias laborales vinculados al trabajo (invisible) de cuidar, con mayor beneficio para las trabajadoras al ser ellas las que encabezan todas las estadísticas en materia de cuidados, [en nuestro país y en el resto de países del mundo](#).

Destacan, entre las reformas más importantes, la promovida por el Real Decreto-Ley (RDL) [6/2019, de 1 de marzo](#), de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, y la implementada por el [RDL 5/2023, de 28 de junio](#), que transpone la importante [Directiva 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo](#), relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, que derogaba la vieja [Directiva 2010/18/UE del Consejo](#).

El actual redactado del derecho de las personas trabajadoras a la adaptación horaria, contenido en el [artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores](#) (ET), procede de la reforma del [RDL 5/2023](#) y pretende:

[...] dar respuesta a una realidad social concreta: eliminar cualquier desventaja o merma en términos de mejora o progreso que pueda afectar a las carreras profesionales de las personas que se ocupan de manera informal de la tarea de cuidado de familiares o dependientes.

La directiva da respuesta adecuada a la situación de doble atención a las responsabilidades familiares y a las de trabajo en el marco y conforme a unas exigencias concretas, como son relaciones laborales más igualitarias y la aplicación efectiva del principio de no discriminación por razón de sexo. Dispone que los puestos de trabajo deben adaptarse a las distintas vicisitudes derivadas de la crianza de menores de edad y cuidado de dependientes y mayores y establece unas condiciones efectivas para que haya un reparto real de tareas y un ejercicio responsable ([preámbulo RDL 5/2023](#)).

En el caso resuelto por la sentencia comentada, el juzgado de lo social estimó la demanda de adaptación de la jornada ([art. 34.8 ET](#) tras la reforma introducida por el RDL 6/2019) y condenó a la empresa demandada (MERCADONA, SA) a respetar la adscripción de la actora, exclusivamente, en turno de mañana (de 9:30 a 15:00 horas), así como a abonarle una indemnización por daño moral ascendente a 5.000 euros.

En la fundamentación jurídica se recuerda que el derecho de adaptación horaria es un verdadero derecho individual de la persona trabajadora, ya desvinculado de la negociación colectiva, como sucedía en anteriores versiones legales, habiéndose previsto incluso un expreso proceso negociador entre empresa y persona trabajadora, exigiéndose la propuesta de alternativas que justifiquen que la negociación es real y no un mero brindis al sol.

Se pone de relieve por la sala la necesidad del enjuiciamiento del caso con una doble perspectiva de derechos humanos, al tratarse de una obligación internacional y no una opción de quien juzga, derivada del principio internacional vertical de diligencia debida, vinculante para todos los poderes del Estado español tras la ratificación de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 (CEDAW), [ratificada por España](#) y la [Convención sobre los derechos del niño](#).

• Enjuiciamiento con perspectiva de género

La sala recuerda que el derecho a la conciliación familiar y laboral tiene faz femenina y que las dificultades de las madres trabajadoras para conciliar el cuidado de sus hijos e hijas con la vida profesional, sin penalización retributiva, esto es, por la vía prevista en el [artículo 34.8 del ET](#), las arrastra irremediabilmente a solicitar drásticas reducciones de jornada con pérdida retributiva y de cotización, sin no pocas dificultades en la concreción horaria, que acaba incidiendo en la amplia brecha salarial y de pensiones y, en el peor de los casos, las empuja al abandono del puesto de trabajo, bien temporalmente (excedencias), bien definitivamente.

Por ello, se pone de relieve la necesidad de integrar la perspectiva de género en el enjuiciamiento del caso, lo que significa juzgar teniendo en cuenta la realidad social existente y prestar atención a la situación desventajada de las mujeres trabajadoras y la pérdida de oportunidades laborales que soportan por no dejar de cuidar.

También significa promover una justicia transformativa a través de la aplicación e interpretación del derecho para lograr la igualdad de resultado entre mujeres y hombres.

Significa, en fin, hacer real el mandato contenido en los artículos 9.2 y 10.2 de la Constitución española (CE), en relación con los artículos 4 y 15 de la Ley orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH), lo que conecta con el cumplimiento de la citada diligencia debida, que obliga a quienes juzgamos a la remoción de los obstáculos (procesales y materiales) impeditivos de la consecución de la igualdad sustancial, en armonía con el mandato contenido en el artículo 9.2 en relación con los artículos 1.1 y 14 de la CE, debiendo incluso apartar la norma interna con rango de ley y dar prevalencia aplicativa al tratado internacional en cumplimiento del «control de convencionalidad» (Sentencias del Tribunal Constitucional –SSTC– 140/2018 y 156/2021).

• Enjuiciamiento con perspectiva de infancia

También se integra la perspectiva de infancia al ser causantes del derecho ejercitado una niña de 4 años y un niño de 6 años, hijos de la trabajadora actora. Por ello se recuerda la obligación de ponderar en el caso, como criterio hermenéutico derivado del artículo 3.1 de la [Convención sobre los derechos del niño](#), «el interés superior del menor» como consideración primordial, citándose la [Observación general n.º16 \(2013\)](#) sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño y la [Observación general n.º 14 \(2013\)](#) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.

En la misma línea, el artículo 24.2 de la [Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea](#) y el artículo 12 del [Convenio europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños](#) de 25 de enero de 1996.

En la legislación interna, la normativización de este mandato se contiene en el [artículo 2 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero](#), de protección jurídica del niño, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Esta hermenéutica interpretativa impone a la comunidad internacional el mandato de asegurar la aplicación de los derechos del/de la niño/a en su integridad e insta a los gobiernos a evaluar sus sistemas jurídicos y de bienestar social, teniendo en cuenta los principios fundamentales contenidos en la [Convención sobre los derechos del niño](#).

2. Relato fáctico: hechos relevantes

Como se ha dicho, el juzgado de lo social estimó la demanda reconociendo el derecho de la trabajadora a la adaptación horaria de su jornada de trabajo en turno de mañana (de 9:30 a 15:00 horas) y los sábados a necesidad del centro, para atender a su hijo de 6 años y a su hija de 4 años de edad, y se condena a la empresa a pasar por tal declaración así como a abonar a la actora una indemnización por daño moral ascendente a 5.000 euros, aplicando los importes contenidos en la [Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social](#) (LISOS) por infracciones muy graves como criterio de modulación indemnizatorio.

La empleadora, MERCADONA, formalizó recurso de suplicación denunciando diversas infracciones jurídicas y una propuesta de revisión fáctica que no prosperó.

Estos son los hechos de relevancia del inalterado relato fáctico de la sentencia de instancia:

- La actora, con antigüedad de 22 de junio de 2009, presta sus servicios en centralización de telecompras en turnos rotatorios, una semana de 9:30 a 15:00 y otra de 16:30 a 22:00 horas.
- Resumidamente, sus funciones incluyen la preparación de compras *on line*, que suele hacerse mayoritariamente en horario de mañana y se preparan en turno de tarde, y también asumía tareas de cajera, pescadera, colocadora de carros... según las necesidades de la tienda.
- La actora solicitó en fecha 22 de enero de 2023 adaptación horaria por motivo del cuidado de sus hijos menores de edad, específicamente pidió adscripción permanente en turno de mañana (de 9:30 a 15:00 horas) y los sábados a necesidad del centro, sin necesidad de entrar en rotación.
- La demandada, tras solicitarle documentación y ser aportada en fecha 27 de febrero de 2023, le deniega la petición porque: «altera la distribución habitual y ordinaria de la jornada de la empresa».
- La demandante es progenitora de una niña de 4 años y un niño de 6 años en el momento de su solicitud de adaptación horaria.
- La empresa contrató a un detective para seguir a la actora y a su marido los días 22, 23, 24 y 25 de mayo de 2023, para averiguar «cuáles eran las obligaciones familiares y profesionales de ambos».
- El esposo de la actora es autónomo y explota un gimnasio desde el 1 de diciembre de 2022, sito en otra localidad distinta a la del domicilio de la actora, con un horario de 8:00 a 21:00 horas. No tiene personal empleado.
- En ocasiones la actora cuenta con el apoyo de sus padres (abuelos de los menores), de avanzada edad.

3. Claves del razonamiento jurídico

3.1. Ponderación de los tres derechos en conflicto

Tal y como se ha expuesto, el impacto de género del caso lleva al tribunal canario a integrar la perspectiva de género en la interpretación y aplicación del derecho, a tenor del mandato contenido en los artículos 4 y 15 de la LOIEMH, proyectado sobre el artículo 34.8 del ET.

Debe añadirse que, tratándose de un derecho humano, debe regirse por los principios de universalidad, integralidad y el principio pro persona, que exige una interpretación garantizadora y favorable en la protección del derecho en aquellos casos en los que se involucren relaciones asimétricas entre mujeres y hombres, como sucede en el ejercicio del derecho a conciliar familia y trabajo, ejercido mayoritariamente por las trabajadoras.

Integrando la perspectiva de género, la sala considera razonable la petición de adscripción al turno de mañana de la actora por motivo de la demanda de cuidados de sus hijos durante las tardes, dado el horario de escolarización matinal.

A lo anterior se añade el aterrizaje de la perspectiva de infancia, recordándose que «el interés superior de los menores» debe ser una consideración primordial cuando de la resolución judicial se deriven impactos directos e indirectos hacia ellos.

Y, por último, se ponderan los intereses de la demandada, concluyéndose que no se probaron razones objetivas y razonables que impidieran el reconocimiento de la concreción horaria solicitada. Ello es así porque no se probó la «alteración en la distribución habitual y ordinaria de la jornada de la empresa», más bien lo contrario. La empresa cuenta con varias personas contratadas en el centro de trabajo a quienes se les modifican las funciones, según las necesidades de la tienda, con base en la afluencia de clientela, siendo el turno de mañana el que acumula mayor número de compras y mayor reparto.

Se supera así el tradicional dualismo (parte trabajadora/parte empresa) para añadir un nuevo derecho a ponderar, junto a los anteriores, el de los niños que demandan cuidados y cuyo interés siempre debe ser primordial, cuando se sopesan prioridades que se contraponen.

3.2. Indemnización reparadora del daño moral

También se combatió, por la recurrente, la indemnización reparadora del daño moral reconocida en la instancia, ascendente a 5.000 euros, invocándose la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 379/2023, de 25 de mayo, en la que aun calificando de injustificada la negativa empresarial y reconociendo el derecho a la concreción horaria solicitada por la

madre, entiende el Alto Tribunal que «no hay discriminación indirecta de la trabajadora» y, por ende, se desestima la indemnización por daño moral solicitada, «al no haberse aportado indicios de la vulneración de derecho fundamental alguno».

Pero ello es rechazado en la sentencia por los siguientes motivos:

- 1.º Porque existe una consolidada doctrina constitucional sobre la efectividad del derecho fundamental a no sufrir discriminación por razón de sexo y tiene una nítida finalidad tuitiva y pedagógica de dar respuesta histórica en favor de la parificación social y jurídica que precisa la población femenina también en el ámbito laboral.
- 2.º Porque la definición de discriminación indirecta regulada en el [artículo 6 de la LOIEMH](#) admite la prueba estadística como mecanismo probatorio de la discriminación indirecta por razón de sexo y ello está explícitamente reconocido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Pueden citarse las Sentencias del TJUE de [22 de noviembre de 2012 \(asunto C-385/11, Elbal Moreno\)](#) y de [8 de mayo de 2019 \(asunto C-161/18, Villar Láiz\)](#), en la que se recuerda:

La existencia de tal desventaja particular podría quedar demostrada, entre otras formas, probando que una normativa como la controvertida en el litigio principal afecta negativamente a una proporción de personas de un sexo significativamente más alta que la de las personas del otro sexo (véase, en este sentido, la Sentencia de 14 de abril de 2015, Cachaldora Fernández, C-527/13, EU:C:2015:215, apartado 28, y jurisprudencia citada). Corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar si así sucede en el litigio principal.

En la misma línea el [Auto del TJUE de 15 de octubre de 2019 \(asuntos acumulados C-439/18 y 472/18\)](#). Y ello, además, se contenía en la literalidad de la vieja [Directiva 2002/73/CE](#), posteriormente compilada en la [Directiva 2006/54](#) (asuntos [C-394/96, Brown](#), y [C-342/93, Gillespie y otros](#)).

También se ha venido admitiendo la prueba estadística por el Tribunal Constitucional y, entre otras muchas, se pueden citar las SSTC [128/1987](#), [61/2014](#) o la [91/2019](#).

Y no olvidemos la [STS 79/2020, de 29 de enero](#), dictada en Sala General, sobre acceso a prestaciones en favor de familiares derivadas de causante pensionista SOVI, que explícitamente recuerda la importancia de los datos estadísticos como elemento objetivo de detección de discriminaciones indirectas. Esta sentencia confirmaba la dictada por el [Tribunal Superior de Justicia de Canarias/Las Palmas 281/2016, de 2 de mayo de 2017](#), dando lugar a un giro jurisprudencial de relevancia para las mujeres.

Aplicando lo anterior al caso, el tribunal constata la concurrencia de discriminación indirecta por razón de género (art. 14 CE) y concluye que negar el derecho a indemnización reparadora del daño moral a la trabajadora que se ha visto injustificadamente privada de su derecho a cuidar a sus hijos de corta edad supone devaluar este importante derecho (art. 34.8 ET) y convertirlo en un mero formalismo desconectado de las dificultades familiares que ello ocasiona a la actora y el consecuente daño moral anudado al mismo acto discriminatorio.

Supone, en fin, despojar a la indemnización de su finalidad no solo reparadora, sino también disuasoria y preventiva (art. 10 LOIEMH y art. 18 Directiva 2006/54), promoviendo el coste cero para las empresas que deniegan injustificadamente el derecho dificultando el trabajo de los cuidados.

A efectos de ponderar la adecuación de la cuantía de 5.000 euros, el tribunal tiene en cuenta la especial situación de necesidad de atender la demanda de cuidados de sus 2 hijos pequeños (de 4 y 6 años), sin disponer de otros apoyos familiares, y el transcurso del tiempo entre la petición de la trabajadora y la sentencia que le reconoce el derecho (5 meses), sin que la empresa haya dado cumplimiento provisional a la petición para exonerarse de la reparación indemnizatoria reclamada (art. 139.1 a) Ley reguladora de la jurisdicción social –LRJS–).

Se recuerda, por último, que la indemnización por daño moral no está vinculada al daño patrimonial, físico o psicológico, sino al *pretium doloris*, vinculado a la denegación empresarial, radical e irrazonable del legítimo derecho de la actora a cuidar a sus descendientes compaginándolo con su trabajo. Y se destaca el carácter disuasorio y preventivo («garantía de no repetición») que tiene la indemnización por daño moral vinculada a la vulneración de los derechos fundamentales comprometidos (arts. 14 y 39 CE).

3.3. La prueba de detective y el seguimiento del esposo e hijos menores de la actora. ¿Vulneración del derecho fundamental a la intimidad familiar?

Se hace necesario poner de relieve un elemento que diferencia el caso que nos ocupa de otros similares en materia de conciliación de la vida familiar y laboral.

Tal y como resultó probado, se hizo un seguimiento personalizado fuera del centro de trabajo y en horario no laboral del esposo e hijos menores de la actora, así como de otros familiares (abuelos) durante tiempo de ocio familiar a través de detectives contratados por la demandada para explorar «las obligaciones familiares y profesionales de la actora y su esposo».

La sala no entró a analizar la citada prueba, que califica de «cuestionable», pues ni en la instancia ni en suplicación fue impugnada por la parte actora, pero la gravedad del hecho bien merece unas reflexiones que comparto en este artículo a título personal.

Para empezar, es evidente que la citada prueba de la que se hizo eco la sentencia recurrida, tanto en el relato fáctico como en la fundamentación jurídica, fue desproporcionada, injustificada e invasiva y vulnera derechos fundamentales de la actora (art. 18 CE –derecho a la intimidad personal y familiar–). Ello es así a tenor de la más reciente jurisprudencia contenida en la [STS 380/2023, de 25 de mayo](#), en cuya fundamentación jurídica se preserva del seguimiento de detective la actividad desarrollada en los domicilios o lugares reservados (art. 48.1 a) Ley 5/2014), al tratarse de un ámbito reservado en el que se ejerce la vida íntima, familiar y personal con una expectativa legítima de privacidad. Ello puede ser trasladable a las actividades y tiempo de ocio de personas con las que la empresa no tiene relación laboral alguna.

Descendiendo al caso, puede concluirse que contratar el seguimiento de la familia de la actora no solo compromete los principios de razonabilidad, necesidad, idoneidad y proporcionalidad, sino que se adentra de lleno en la intimidad familiar de la actora, evidenciando, además, una total falta de legitimidad de la empresa en el encargo efectuado por lo que respecta al esposo y los hijos menores de la actora y también a los abuelos.

El seguimiento contratado descrito tiene, además, un efecto estigmatizante al invadir la vida familiar de la operaria y por ello la empresa pudo incurrir en la infracción del [artículo 8.12 de la LISOS](#).

4. Conclusiones. Transcendencia de la doctrina establecida, más allá del caso

La [sentencia comentada](#) sigue el camino ya iniciado por el mismo tribunal en sentencias anteriores, integrando las perspectivas de género e infancia en la interpretación y aplicación del derecho a conciliar familia y trabajo, en este caso, el derecho a la adaptación de la jornada, al amparo del [artículo 34.8 del ET](#).

Se recuerda, además, la obligación que tiene el poder judicial en su actividad jurisdiccional de dar cumplimiento al principio internacional de diligencia debida, lo que exige la remoción de obstáculos (procesales y materiales) impeditivos de la consecución de la igualdad sustancial, en armonía con el mandato contenido en el [artículo 9.2](#) en relación con los [artículos 1.1](#) y [14](#) de la CE.

Además, se reconoce el derecho de la operaria a percibir una indemnización reparadora del daño moral indisolublemente vinculada a la discriminación indirecta por razón de género sufrida ([art. 14 CE](#)) y se destaca el carácter disuasorio y preventivo («garantía de no repetición») que tiene la indemnización por daño moral vinculada a la vulneración de los derechos fundamentales comprometidos (arts. [14](#) y [39 CE](#)).

Cumplir con la debida diligencia exige una posición activa tendente a cambiar el «orden» establecido, debiendo estar alerta y condenar todas las formas de discriminación y, por supuesto, impedir que tales discriminaciones puedan seguir produciéndose en el futuro.

Especialmente criticable fue la actuación de la empresa, de ámbito nacional, de contratar los servicios profesionales de una agencia de detectives para seguir a familiares de la actora, incluidos sus hijos de corta edad, y cuyo informe resultante fue aportado como prueba en el acto del juicio.

Al margen de la ausencia de impugnación de tal prueba por la parte actora, lo que impidió a la sala canaria entrar en el análisis de la misma, en mi opinión los hechos son de extrema gravedad.

Permitir a las empresas la fiscalización arbitraria de la vida privada y familiar de las personas trabajadoras, mayoritariamente mujeres, que se atrevan a ejercitar su derecho a conciliar supone traspasar abruptamente los infranqueables límites de los derechos constitucionales y se alza como una nueva faz de las violencias sexistas, en este caso desde un contexto laboral.

Los cuidados de hijos, hijas u otros familiares no son un concepto neutro y deben interpretarse en el seno de una sociedad y una cultura traspasada por estereotipos sexistas que han venido normativizando los roles asociados a la masculinidad y la feminidad y que, a su vez, han tenido una influencia innegable en el sistema dual del pensamiento liberal clásico y, a la postre, en la confección de los ordenamientos jurídicos de los países democráticos y en su interpretación judicial, bajo un patrón de lo humano masculino.

El derecho al cuidado debe proteger tanto a las personas cuidadoras, mayoritariamente mujeres, como a aquellas que requieren esos cuidados. Es necesario dimensionar su importancia en toda su magnitud y no demeritar su valía, pues todas las personas dependemos de los cuidados de otras en alguna etapa de nuestra vida y, en ocasiones, durante toda nuestra existencia.

La obligación de brindar cuidados se impone tradicionalmente a las mujeres bajo la creencia de que son idóneas para realizarlos, lo que implica que deben poner su tiempo y sus recursos físicos y emocionales al servicio de otros familiares, lo cual limita sus posibilidades de desarrollo personal y las atrapa en un nudo de pobreza que las precariza, pues incluso cuando logran salir de su hogar se afrentan a un mercado laboral hostil que las discrimina por seguir cuidando y no ser «productivas» en términos capitalistas, porque el trabajo de cuidar carece de reconocimiento social, económico o curricular.

De otro lado, las relaciones de trabajo y el contexto sociolaboral han discurrido históricamente de espaldas a las demandas de cuidados de los hijos y las hijas de las personas trabajadoras. Los niños y las niñas no suelen tener voz política y carecen de acceso a la información pertinente. Los procesos de adopción de decisiones de los Estados pueden

no tener adecuadamente en cuenta el impacto en niños y niñas de las leyes y las políticas relacionadas con las empresas, mientras que, por el contrario, el sector empresarial, a menudo, ejerce una poderosa influencia sobre las decisiones sin hacer referencia a sus derechos (*vid.* Introducción de [Observación general n.º 16 –2013–](#)).

Quienes juzgamos debemos evaluar, junto a los derechos de las partes del litigio, también el interés superior del niño o la niña causante del permiso, pues no hacerlo puede vulnerar sus derechos a la integridad psicológica, moral y espiritual.

Las sentencias tienen el potencial de visibilizar y revertir los efectos de inequidad derivados de las estructuras de poder basadas en prejuicios que sostienen la exclusión y la marginación. La justicia puede ser transformativa en esta andadura hacia la igualdad de resultado, como dinamizadora de cambios sociales a través de las actuaciones y resoluciones judiciales.

Sin perspectiva de derechos humanos, la justicia no es justicia, es otra cosa...

Tras la Sentencia de la Audiencia Nacional 69/2023, de 29 de mayo, el registro retributivo de las empresas debe informar de los datos retributivos de toda la plantilla, expresados mediante valores medios y medianos y, cuando no sea posible de esta forma, mediante valores individualizados

Santiago García Campá

*Profesor contratado doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universitat Jaume I (Castelló, España)
gcampa@uji.es | <https://orcid.org/0000-0002-8887-2780>*

Extracto

Si hasta la Sentencia de la Audiencia Nacional (SAN) 23/2023, de 23 de febrero, parecía un criterio pacífico la exclusión de los datos retributivos individualizados del registro retributivo, previsto en el artículo 28.2 del Estatuto de los Trabajadores y desarrollado por el Real Decreto 902/2020, esa sentencia reconoció el derecho de la representación de las personas trabajadoras en la comisión de igualdad a exigirlos cuando fueran necesarios para evaluar la existencia de puestos de trabajo de igual valor en la empresa. Desbordando esa doctrina judicial, la SAN 69/2023, de 29 de mayo, reconoce el derecho de la representación de las personas trabajadoras a conocer los datos retributivos de toda la plantilla en el registro salarial, expresados de dos formas: mediante los valores retributivos medios (media y mediana) y, cuando no puedan expresarse de este modo, mediante los valores retributivos individualizados. La contribución entabla un diálogo crítico con la SAN 69/2023 sobre el cumplimiento de la reserva de ley que exige el artículo 8 de la Ley orgánica 3/2018, el deber de confidencialidad de la representación de las personas trabajadoras como única garantía específica suficiente para su protección, la irrelevancia de la existencia de un acuerdo de empresa sobre los puestos de trabajo de igual valor y, finalmente, el papel de la negociación colectiva en la determinación del contenido del registro salarial. Como el debate jurídico se ha planteado en el plano de la legalidad, la sentencia no aborda un juicio sobre la razonabilidad y la proporcionalidad de la inclusión de los datos retributivos individualizados en el registro retributivo en relación con el derecho a la protección de datos personales (art. 18.4 Constitución española).

Palabras clave: empresa; igualdad de mujeres y hombres; discriminación; registro retributivo; protección de datos personales; datos retributivos individualizados; representantes sindicales.

Recibido: 28-11-2023 / Aceptado: 17-01-2024 / Publicado (en avance online): 13-02-2024

Cómo citar: García Campá, S. (2024). Tras la Sentencia de la Audiencia Nacional 69/2023, de 29 de mayo, el registro retributivo de las empresas debe informar de los datos retributivos de toda la plantilla, expresados mediante valores medios y medianos y, cuando no sea posible de esta forma, mediante valores individualizados. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 479, 186-194. <https://doi.org/10.51302/rts.2024.20169>

After the Judgment of Spanish National High Court 69/2023, of May 29, the remuneration register of companies must report the remuneration data of the entire workforce, expressed through average and median values and, when this is not possible, through individualized values

Santiago García Campá

Profesor contratado doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universitat Jaume I (Castelló, España)

gcampa@uji.es | <https://orcid.org/0000-0002-8887-2780>

Abstract

If until the Judgment of Spanish National High Court (SAN) 23/2023, of February 23, the exclusion of individualized remuneration data from the remuneration register, provided for in article 28.2 of the Workers' Statute and developed by Royal Decree 902/2020, was a peaceful criterion, this judicial resolution recognized the right of the representation of workers in the equality commission to demand them when necessary to evaluate the existence of jobs of equal value in the company. Going beyond this judicial doctrine, SAN 69/2023, of May 29, recognizes the right of the workers' representation to know the remuneration data of the entire workforce in the salary register, expressed in two ways: through the average remuneration values (mean and median) and, when they cannot be expressed in this way, through individualized remuneration values. The contribution engages in a critical dialogue with SAN 69/2023 on compliance with the legal reservation required by article 8 of the Organic Law 3/2018, the duty of confidentiality of the representation of workers as the only specific guarantee sufficient for their protection, the irrelevance of the existence of a company agreement on jobs of equal value and, finally, the role of collective bargaining in determining the content of the salary register. As the legal debate has been raised at the level of legality, the ruling does not address a strict scrutiny of the inclusion of individualized remuneration data in the remuneration register in relation to the right to protection of personal data (art. 18.4 Spanish Constitution).

Keywords: company; gender equality; discrimination; salary register; processing of personal data; individualized remuneration data; trade unions.

Received: 28-11-2023 / Accepted: 17-01-2024 / Published (online preview): 13-02-2024

Citation: García Campá, S. (2024). After the Judgment of Spanish National High Court 69/2023, of May 29, the remuneration register of companies must report the remuneration data of the entire workforce, expressed through average and median values and, when this is not possible, through individualized values. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 479, 186-194. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.20169>

1. Marco normativo

En esta contribución se entabla un diálogo con la [Sentencia 69/2023, de 29 de mayo](#), de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de la que fue ponente la magistrada doña Ana Sancho Aranzasti.

La sentencia estimó las demandas de conflicto colectivo presentadas por la Confederación General del Trabajo (CGT) y el Sindicato de Trabajadores de Comunicaciones (STC), acumuladas en un único procedimiento, contra la empresa Ericsson España, SA, siendo partes interesadas Comisiones Obreras (CC. OO.) (que se opuso a la demanda) y la Unión General de los Trabajadores (UGT).

Las demandas pedían sentencia declaratoria del derecho sindical a recibir el registro retributivo con los datos salariales de la totalidad de la plantilla, así como la media, la mediana y la diferencia porcentual en cada puesto de igual valor, y condenatoria de la empresa a realizar su entrega a los sindicatos demandantes. Las peticiones se fundamentaban jurídicamente en el [artículo 28.2 del Estatuto de los Trabajadores \(ET\)](#); el [Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre](#); el [Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril](#); el [artículo 8 de la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre](#); y, especialmente, en la Sentencia de la Audiencia Nacional ([SAN](#)) [23/2023, de 23 de febrero](#).

2. Breve síntesis del supuesto de hecho

La empresa está dedicada principalmente a la venta de equipamiento y la prestación de servicios a las principales compañías españolas operadoras en telefonía fija y móvil. Cuenta con una plantilla aproximada de 2.360 personas repartidas en sus centros de trabajo de Madrid, Sevilla, Málaga y Barcelona. Sus relaciones laborales se rigen por el [Convenio colectivo del sector de industria, servicios e instalaciones del metal de la Comunidad de Madrid](#) (BOCM de 14 de febrero de 2019).

Los sindicatos CGT, con sección sindical constituida, y STC cuentan con una representatividad en la empresa del 6,82 % y del 59,09 %, respectivamente, lo que los legitima para plantear el conflicto colectivo. En cambio, la representatividad en la empresa de CC. OO., también con sección sindical, es del 20,45 % y de UGT, del 13,64 %.

La empresa presentó a la representación de las personas trabajadoras una propuesta de registro retributivo en julio de 2021, con el siguiente contenido: a) puestos de igual valor conforme al *competence career model* (modelo de competencia y carrera profesional de la empresa), b) media y mediana, y c) tres niveles de información salarial desagregada por posición *–job role* (roles de trabajo) y *job stage* (etapas de trabajo)– y por género (sic): 1) *annual base salary* (ABS); 2) ABS + Bono; y 3) Retribución total. La propuesta advertía que, conforme a las recomendaciones de la Agencia Española de Protección de Datos, limitaba la información en rangos con tres personas empleadas o menos en un mismo puesto y género.

La comisión de igualdad trató esta propuesta y las organizaciones sindicales hicieron varias observaciones:

- STC emitió un informe favorable contra la propuesta por dos motivos: primero, no haber facilitado el 100 % de la comparativa de la plantilla por género, debiendo incluir toda la plantilla de la empresa y todos los niveles jerárquicos, también directivos y altos cargos (art. 5.1 RD 902/2020); y segundo, por haber combinado el *job role* y el *job stage*, cuando deben especificarse los dos junto con el *job family*, pues es su combinación la que define la «*position*» y, en consecuencia, su omisión impediría detectar la existencia de discriminación retributiva.
- También la sección sindical de CC.OO. realizó varias aportaciones sobre la propuesta de registro retributivo presentada por la empresa.

Se interpuso denuncia ante la Inspección de Trabajo, que realizó actuaciones de comprobación que no motivaron ningún requerimiento a la empresa ni tampoco propuesta de sanción.

En junio de 2022, la empresa comunica la elaboración de un nuevo registro retributivo, con datos actualizados, y en diciembre, CC.OO.-Industria solicita conciliación ante el Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje (SIMA) por incumplimiento del [Real Decreto 902/2020](#). Como resultado, las partes lograron un acuerdo para crear una comisión de trabajo que pudiera definir el alcance y contenido del registro de manera pactada. La comisión se reunió en tres ocasiones durante enero de 2023 y logró que la empresa y los sindicatos UGT y CC.OO. acordaran el contenido y el alcance del registro retributivo; un pacto que no fue firmado ni por STC ni por CGT.

En el pacto se establecía que el registro debía expresar el siguiente contenido: las medias y las medianas en los puestos de igual valor siempre que hubiera tres o más personas del mismo sexo (con independencia de que no hubiera del otro sexo); y las diferencias porcentuales entre hombres y mujeres, cuando en los puestos de igual valor hubiera al menos dos personas empleadas, mujeres u hombres. Por el contrario, se aceptaba que el registro excluyera las medias, medianas y diferencias porcentuales cuando en puestos de igual valor hubiera una sola persona; o dos personas, una de cada sexo; o solo dos personas del mismo sexo.

El intento de conciliación ante el SIMA en marzo de 2023 finalizó sin acuerdo.

3. Claves de la doctrina judicial

La resolución judicial estima la demanda presentada por CGT y STC. El examen judicial se centra en analizar si el modelo de registro retributivo aprobado por la compañía, cuya información excluía ciertos datos retributivos, y que contaba con el acuerdo de CC.OO. y UGT como sindicatos minoritarios en la empresa, se ajusta a la normativa reguladora del registro retributivo y cumple con las previsiones sobre protección de datos personales, de acuerdo con el [artículo 18.4 de la Constitución española](#) (CE). Los datos retributivos excluidos se refieren a puestos de igual valor en los que solo existen personas empleadas de un sexo o, de existir varias, su número es inferior a tres personas trabajadoras.

Tras reproducir en su mayor parte el fundamento jurídico cuarto de la [SAN 23/2023](#), dedicado a revisar las previsiones legales sobre el registro retributivo, la [sentencia](#) examina el contenido del derecho a la protección de datos de carácter personal de la mano de la [Sentencia del Tribunal Supremo 766/2020, de 15 de septiembre](#), para afirmar que los datos que desvelan el salario de una persona trabajadora «inciden en la esfera económica de carácter privado de aquella y quedan amparados por el derecho a la protección de datos».

Sentado lo anterior, acude al [artículo 8 de la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre](#), para recordar que los datos personales pueden ser tratados si «el responsable» de su tratamiento cumple con una obligación legal prevista en una norma de derecho de la Unión Europea o una norma con rango de ley. Este segundo supuesto se cumple con el [artículo 28 del ET](#), que obliga a las empresas a llevar un registro retributivo «con los valores medios de los salarios, los complementos salariales y las percepciones extrasalariales de la plantilla, desagregados por sexo y distribuidos por grupos profesionales, categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor». El desarrollo reglamentario de este precepto en el [artículo 5 del Real Decreto 902/2020](#) prevé que «todas las empresas deben tener un registro retributivo de toda su plantilla, incluido el personal directivo y los altos cargos», cuyos datos retributivos deben mostrar «la media aritmética y la mediana de lo realmente percibido por cada uno de estos conceptos en cada grupo profesional, categoría profesional, nivel, puesto o cualquier otro sistema de clasificación aplicable».

La [sentencia](#) recurre a estos preceptos teniendo en cuenta que el registro retributivo tiene como finalidad garantizar la aplicación en el seno de la empresa del principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres, y evitar que se produzca cualquier discriminación directa o indirecta por razón de sexo (arts. 8 [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea](#) y 14 CE). También tiene en cuenta el derecho del comité de empresa a recibir información al menos anual en materia de igualdad, en la que deberá incluirse el registro retributivo, reconocido en el [artículo 64.3 del ET](#).

La obligación empresarial de llevar un registro retributivo, y, en consecuencia, tratar los datos retributivos de su personal, está prevista en el [artículo 28.2 del ET](#), no tiene su origen

en el [Real Decreto 902/2020](#), cumpliendo de esta forma con la reserva de ley prevista por el [artículo 8 de la Ley orgánica 3/2018](#). El desarrollo reglamentario que realiza el [Real Decreto 902/2020](#) solo depura «de una manera más específica la obligación impuesta por la norma con rango de ley». La norma reglamentaria no incurre en contradicciones cuando exige en su [artículo 5.1](#) llevar un registro retributivo de «toda su plantilla» y en el [artículo 5.2](#) que dicho registro exprese «la media aritmética y la mediana de lo realmente percibido», pues su interpretación debe ser la siguiente: la empresa debe llevar un registro retributivo de toda su plantilla y, cuando puedan obtenerse la media y la mediana, las expresará en el registro, pero sin que estos valores medios agoten los datos retributivos que deben incluirse en el registro retributivo, aunque tales datos permitan identificar a las personas trabajadoras que los perciben.

Ahora bien, en este último caso, deben aplicarse métodos precisos para garantizar la confidencialidad de los datos, que, en el caso de la empresa, resultan impuestos por el [artículo 5 de la Ley orgánica 3/2018](#) y, en el caso de la representación de las personas trabajadoras, se desprenden tanto del [artículo 5.3 del Real Decreto 902/2020](#) como, en general, del [artículo 65 del ET](#). Estas medidas de garantía sobre los datos salariales contenidos en el registro retributivo resultan reforzadas por el artículo 12.3 de la [Directiva \(UE\) 2023/970 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo de 2023](#), cuyo plazo de trasposición finaliza el 7 de junio de 2026, según el cual:

[...] los Estados miembros podrán decidir que, cuando la divulgación de información con arreglo a los artículos 7, 9 y 10 dé lugar a la divulgación, directa o indirecta, de la retribución de un trabajador identificable, solo tengan acceso a dicha información los representantes de los trabajadores, la inspección de trabajo o los organismos de fomento de la igualdad.

Finalmente, el hecho de que la empresa hubiera acordado con la representación legal de las personas trabajadoras una clasificación de los puestos de trabajo de igual valor, sobre la que descansaba la presentación de los datos en el registro retributivo y que permitía a la representación de las personas trabajadoras valorar las diferencias retributivas en tales puestos, no constituye un elemento diferenciador que impida aplicar la doctrina establecida en la [SAN 23/2023](#), pues no enerva la obligación empresarial de facilitar los datos «de toda su plantilla». Bien al contrario, disponer de tales datos en el registro retributivo contribuye a valorar correctamente la existencia de puestos de trabajo de igual valor que otros. Tampoco la existencia de un acuerdo con los sindicatos minoritarios en la empresa sobre los datos salariales excluidos del registro retributivo, como tampoco la publicación de los datos retributivos (especialmente de los puestos directivos) en las cuentas anuales auditadas de la empresa, justifica, a juicio del tribunal, la omisión de los datos retributivos en los puestos ocupados por una sola persona, o por dos personas del mismo sexo, pues a ello obliga el [artículo 5.1 del Real Decreto 902/2020](#).

4. Trascendencia de la doctrina establecida más allá del caso

La [SAN 23/2023](#) tuvo una apreciable repercusión en los operadores jurídicos dedicados a confeccionar los planes de igualdad y las auditorías retributivas de las empresas, puesto que varió apreciablemente el criterio general aplicado hasta ese momento, consistente en omitir las cuantías retributivas individualizadas del registro retributivo, siempre y cuando se cumplieran tres condiciones:

- cuando el registro deba incluirlas para ser conocidas por la comisión negociadora del plan de igualdad,
- en la medida en que la comisión o alguno de sus componentes las exija para efectuar la auditoría retributiva,
- y siempre y cuando los datos solicitados sean funcionales para evaluar la existencia de discriminación retributiva entre puestos de trabajo de igual valor; una cuestión que depende de los resultados de la valoración de puestos de trabajo que forma parte de la auditoría retributiva –a cuya confección solo están obligadas ciertas empresas– (arts. 45 y 46 ET, 28.1 ET, y 4 y 5 RD 902/2020).

La [SAN 69/2023](#), objeto del presente diálogo, cuenta con una repercusión todavía mayor, pues su decisión convierte definitivamente la excepción a la regla general (el registro retributivo debe incluir las medidas y las medianas salariales, pero no los datos retributivos individualizados, salvo si concurren las tres condiciones señaladas) en regla general sin ninguna excepción (el registro retributivo debe informar de los datos retributivos de toda la plantilla, expresados mediante valores medios y medianos y, cuando no sea posible de esta forma, mediante valores retributivos individualizados).

La [SAN 69/2023](#) adopta esta decisión tras examinar la normativa aplicable, tanto en materia de transparencia retributiva como en materia de protección de datos personales, y llegar a la siguiente conclusión, que se constituye como verdadera *ratio decidendi* de la resolución judicial: la exclusión de ciertas retribuciones individuales del registro retributivo no es lo que salvaguarda el derecho a la protección de los datos retributivos de carácter personal, sino la adopción de las garantías específicas necesarias para que tales datos personales retributivos estén protegidos (deber de confidencialidad de quienes se encarguen y sean responsables del tratamiento de datos personales, como de todas las personas que intervengan en cualquier fase de su tratamiento [[art. 5 LO 3/2018](#)], así como deber de confidencialidad de la representación legal de las personas trabajadoras respecto de la información del registro retributivo [[arts. 65 ET y 5.3 RD 902/2020](#)]). Sin ninguna duda, el artículo 12.3 de la [Directiva \(UE\) 2023/970](#), pendiente de trasposición, proporciona un apoyo sólido para llegar a esta conclusión, pues prevé que los Estados admitan que, cuando se divulgue, directa o indirectamente, la retribución de una persona trabajadora identificable, la representación legal de las personas trabajadoras pueda tener acceso a tal información.

El razonamiento mantenido en [esta resolución judicial](#) no solo elimina las condiciones que debían cumplirse según la [SAN 23/2023](#) para que la representación legal de las personas trabajadoras pudiera exigir a la empresa la expresión de los datos retributivos individualizados en el registro, sino que también hace inútil cualquier esfuerzo negociador, cláusula convencional o previsión del plan de igualdad acerca de su eventual exclusión, pues la resolución considera que tales previsiones convencionales no exoneran a la empresa de su obligación legal de facilitar los datos retributivos de toda su plantilla, agrupados por valores retributivos medios (media y mediana) y, cuando no sea posible de este modo, por valores retributivos individuales.

Si bien es cierto que el razonamiento desplegado en la [SAN 69/2023](#) supera alguna de las críticas efectuadas hacia la [SAN 23/2023](#), también lo es que pueden formularse los siguientes argumentos que vuelven a poner en cuestión los fundamentos jurídicos empleados.

Debe ponerse de manifiesto una vez más que el registro retributivo no es un instrumento de cualquier transparencia salarial, sino de aquella cuya finalidad es garantizar la igualdad retributiva de mujeres y hombres ([RDL 6/2019](#), [RD 902/2020](#), [Directiva \(UE\) 2023/970](#)). Viene esto a cuento porque sigue sin apreciarse de qué forma los datos retributivos de un grupo, categoría o puesto de trabajo igual o de igual valor, ocupado por una sola persona o por dos personas del mismo sexo, permiten apreciar la existencia de discriminación retributiva.

En sus justos términos, no es el [artículo 28.2 del ET](#) el que obliga a las empresas a llevar un registro retributivo «de toda su plantilla, incluido el personal directivo y los altos cargos», sino el [artículo 5.1 del Real Decreto 902/2020](#). La obligación que establece el [artículo 28.2 del ET](#) a las empresas es a llevar «un registro con los valores medios de los salarios, los complementos salariales y las percepciones extrasalariales de su plantilla». Si se analiza con un mínimo de detenimiento, la [SAN 69/2023](#) determina que el objeto del registro es toda la plantilla y que la forma de presentación de sus datos retributivos puede ser de dos formas: mediante valores medios (media y mediana) o mediante valores individualizados. No es este el objeto de la obligación enunciada en el [artículo 28.2 del ET](#), que solo se refiere a los valores medios, pero de ninguna manera a los valores retributivos individualizados –así lo advierte expresamente la guía de la Agencia Estatal de Protección de Datos–. Es decir, una interpretación literal del [artículo 28.2 del ET](#) sigue permitiendo sostener que obliga a las empresas a registrar los valores medios, pero no los individualizados, pues no se refiere a estos en ningún momento.

Pero es que tampoco el [Real Decreto 902/2020](#) contiene ninguna referencia a los datos retributivos individualizados en su [artículo 5.2](#), como tampoco en su [artículo 6](#), ni siquiera en su [preámbulo](#), de tal modo que su reconocimiento por la [SAN 23/2023](#), y ahora por la [SAN 69/2023](#), no cuenta con ninguna previsión legal expresa en tal sentido.

Teniendo en cuenta lo anterior, no resulta suficientemente sólido admitir una excepción al derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal ([art. 18.4 CE](#)) que

no aparece expresamente enunciada en la norma legal que obliga a su tratamiento, ni siquiera en la norma reglamentaria que la desarrolla. Máxime cuando se trata de un dato retributivo personal que, en sí mismo, supone una excepción al dato retributivo elegido por la normativa de aplicación para expresar en el registro: los valores medios, en forma de media y de mediana.

Si bien es cierto que el deber de confidencialidad que prevén los artículos 5 de la Ley orgánica 3/2018 y 65 del ET representa una garantía específica necesaria para la protección de los datos retributivos de carácter personal, no lo es menos que también constituye una garantía, todavía más poderosa, la presentación de los datos retributivos del registro mediante valores medios, pues se trata de una forma de expresión de los datos retributivos que impide el acceso inmediato a los datos retributivos personales. La garantía de confidencialidad se acumula a la que aporta la presentación de los valores medios en el registro, pero es la única disponible para la protección de los valores individualizados.

También debe ponerse de manifiesto que, tal y como señala la [sentencia](#), es cierto que el artículo 12.3 de la [Directiva \(UE\) 2023/970](#) permite a los Estados admitir que la representación legal de las personas trabajadoras pueda conocer la retribución de una persona empleada identificable. Pero ha de advertirse que la directiva obliga específicamente a que el Estado admita dicho acceso. Pues bien, ninguna previsión específica sobre el acceso a los datos retributivos de una persona trabajadora identificable puede encontrarse en el [artículo 28.2 del ET](#) ni en el [artículo 5 del Real Decreto 902/2020](#), de tal manera que no puede sostenerse que nuestra normativa laboral ya admita este acceso particular de la representación legal de las personas trabajadoras a los datos retributivos individualizados. Si la directiva europea realiza una previsión expresa ante este supuesto, no se comprende bien por qué la normativa española no necesita efectuarla, al menos en los mismos términos.

Pero, por encima de cualquier otro motivo, el examen que no afronta ninguna de las dos sentencias es si, sobre la premisa de que el [artículo 28.2 del ET](#) cumple con la reserva de ley necesaria para admitir válidamente la información de los datos retributivos individualizados en el registro –una cuestión que este comentario discute–, la restricción que la transparencia salarial produce en el derecho fundamental a la protección de datos personales ([art. 18.4 CE](#)) es razonable y proporcionada. Un test de escrutinio que ninguna de las dos resoluciones judiciales ha afrontado, a pesar de tratarse de un derecho fundamental, en buena medida porque la discusión se ha situado hasta este momento en el plano de su legalidad, no en el de su constitucionalidad.

Tanto la [SAN 23/2023](#) como la [SAN 69/2023](#) son susceptibles de recurso de casación ante el Tribunal Supremo, cuya interposición se desconoce en el momento de escribir este texto, pero que, si acontece, deberá afrontar no solo el examen legal sobre la obligatoriedad de incluir los datos retributivos individualizados en el registro retributivo, sino sobre todo su examen constitucional.

La fortaleza del sistema de recursos humanos: un estudio empírico sobre su influencia en el compromiso afectivo del personal de la empresa

Inmaculada Beltrán Martín

Catedrática de Organización de Empresas.

Universitat Jaume I (Castelló, España)

ibeltran@uji.es | <https://orcid.org/0000-0002-0425-4070>



Este trabajo ha obtenido el **accésit** del **Premio Estudios Financieros 2023** en la modalidad de Recursos Humanos. El jurado ha estado compuesto por: don José María Peiró Silla, doña Eva Cifre Gallego, doña Mónica Gil Ginestar, don Eduardo Guillamón Estornell y don Vicente Martínez Tur.

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

Extracto

Esta investigación se centra en el proceso de implantación de las estrategias de recursos humanos (RR. HH.) y, en particular, en el concepto de la «fortaleza del sistema de recursos humanos» (FRH), definida a partir de tres características básicas de las estrategias de RR. HH., como son su carácter distintivo, su consenso y su consistencia. En este trabajo nos planteamos analizar el efecto de esta fortaleza sobre el compromiso afectivo colectivo (CAC). Asimismo, pretendemos analizar esta relación desde una perspectiva contingente teniendo en cuenta el efecto moderador del *leader-member exchange* (LMX) y del tamaño organizativo en esta relación. El análisis estadístico de los datos obtenidos a partir de una muestra de 142 empresas españolas y 504 empleados clave indica que, una vez controlado el efecto que tienen las prácticas de RR. HH. sobre el CAC de las empresas, la FRH ejerce también un efecto positivo y significativo sobre dicho compromiso afectivo. Además, podemos concluir que esta relación no es la misma para todas las empresas, sino que depende del nivel del LMX que exista en la organización. Es decir, en función de la relación general existente entre los líderes y los subordinados en la organización, el efecto de la FRH sobre el compromiso afectivo de la plantilla variará. En particular, cuando las relaciones entre líderes y seguidores son buenas, el efecto de la FRH en el compromiso afectivo es menor.

Palabras clave: fortaleza del sistema de RR. HH.; compromiso afectivo; enfoque contingente; LMX; tamaño organizativo; multinivel.

Recibido: 03-05-2023 / Aceptado: 08-09-2023 / Publicado (en avance *online*): 14-02-2024

Cómo citar: Beltrán Martín, I. (2024). La fortaleza del sistema de recursos humanos: un estudio empírico sobre su influencia en el compromiso afectivo del personal de la empresa. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 479, 195-224. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.18875>



Strength of the HR system: an empirical study on its influence on the affective commitment of firm workforce

Inmaculada Beltrán Martín

*Catedrática de Organización de Empresas.
Universitat Jaume I (Castelló, España)*

ibeltran@uji.es | <https://orcid.org/0000-0002-0425-4070>

This paper has won a runner-up prize in the **Financial Studies 2023 Award** in the Human Resources category. The jury members were: Mr. José María Peiró Silla, Mrs. Eva Cifre Gallego, Mrs. Mónica Gil Ginestar, Mr. Eduardo Guillamón Estornell y Mr. Vicente Martínez Tur. The entries are submitted under a pseudonym and the selection process guarantees the anonymity.

Abstract

This research focuses on the implementation process of HR strategies and in particular on the concept of HR system strength, defined on the basis of three basic characteristics of HR strategies such as distinctiveness, consensus and consistency. In this paper we propose to analyze the effect of this strength on collective affective commitment. We also intend to analyze this relationship from a contingent perspective, taking into account the moderating effect of leader-member exchange (LMX) and organizational size on this relationship. The statistical analysis of the data obtained from a sample of 142 Spanish companies and 504 key employees indicates that, once the effect of HR practices on the collective affective commitment of the companies is controlled for, the strength of the HR system also exerts a positive and significant effect on this affective commitment. Moreover, we can conclude that this relationship is not the same for all companies but depends on the level of the LMX that exists in the organization. That is, depending on the overall relationship between leaders and subordinates in the organization, the effect of the HR system strength on the affective commitment of the workforce will vary. In particular, when the relationships between leaders and followers are good, the effect of the HR system strength on affective commitment is lower.

Keywords: HR system strength; affective commitment; contingent approach; LMX; organizational size; multilevel.

Received: 03-05-2023 / Accepted: 08-09-2023 / Published (online preview): 14-02-2024

Citation: Beltrán Martín, I. (2024). Strength of the HR system: an empirical study on its influence on the affective commitment of firm workforce. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 479, 195-224. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.18875>



Sumario

1. Introducción
 2. La fortaleza del sistema de recursos humanos
 3. Influencia de la fortaleza del sistema de recursos humanos en el compromiso afectivo colectivo
 4. Un enfoque contingente en el estudio de la FRH: LMX y tamaño organizativo como variables moderadoras
 5. Metodología
 - 5.1. Muestra y procedimiento de recogida de datos
 - 5.2. Medidas
 - 5.3. Procedimiento estadístico
 6. Resultados
 7. Discusión
- Referencias bibliográficas
- Anexo. Escalas de medida

Nota: Este trabajo ha sido financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, la Agencia Estatal de Investigación y el FEDER. Proyecto PID2022-141683NB-I00 por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/FEDER, UE.

1. Introducción

Las investigaciones en el ámbito de la dirección de recursos humanos (DRH) se han centrado en las últimas décadas en demostrar el efecto que determinadas prácticas de RR. HH. tienen en el desempeño organizativo. Estos estudios se pueden incluir dentro de la corriente denominada «dirección estratégica de los recursos humanos», que, nutriéndose de los marcos teóricos de la disciplina de la dirección estratégica, considera que la inversión en la DRH de la empresa es un ingrediente clave para el éxito competitivo de la misma.

A raíz del metaanálisis llevado a cabo por Combs *et al.* (2006) puede concluirse que las prácticas de RR. HH. que se han considerado como determinantes de un mejor desempeño organizativo son las denominadas «prácticas de recursos humanos de alto rendimiento», que incluyen, entre otras, la formación intensiva de los/as empleados/as, la participación de los empleados en las decisiones empresariales o la evaluación del desempeño con fines de desarrollo. Sin embargo, a pesar de la amplia evidencia acerca de la relación entre el uso de estas prácticas de RR. HH. y el rendimiento organizativo, siguen existiendo todavía ciertas incógnitas acerca del porqué de dicha relación. Con el fin de contribuir a abrir la conocida como «caja negra» entre la DRH y el rendimiento organizativo, diversos investigadores centraron su atención hace aproximadamente 20 años en el proceso de implantación de las estrategias de RR. HH. como respuesta a la preponderancia de investigaciones centradas exclusivamente en el contenido de las estrategias de RR. HH. La tesis principal de los estudios acerca del proceso es que, aunque la formulación de las estrategias de RR. HH. es de gran valor para las organizaciones, no lo son menos las actividades llevadas a cabo para su correcta puesta en práctica. Esto es, una estrategia de RR. HH. que sea excelente en su formulación no aportará valor para la compañía si no está eficazmente implementada (Bos-Nehles *et al.*, 2013).

El principal marco teórico en torno al proceso de implantación de la DRH es el formulado por Bowen y Ostroff (2004), quienes, centrándose en cómo las organizaciones comunicaban sus políticas y prácticas de RR. HH. a los empleados/as, introdujeron el concepto «fortaleza del sistema de recursos humanos». Bowen y Ostroff (2004) adaptaron e integraron las premisas de la literatura sobre el clima organizativo y de la teoría de la atribución de Kelley (1967, 1973) para proponer que la relación entre las prácticas de RR. HH. y el rendimiento de la organización dependa de que existan percepciones compartidas entre los empleados/as sobre los tipos de comportamientos que la organización espera, valora y recompensa. La FRH desde esta óptica es una propiedad de la organización, según la cual las prácticas de RR. HH. envían señales claras a los empleados y permiten dar forma al clima

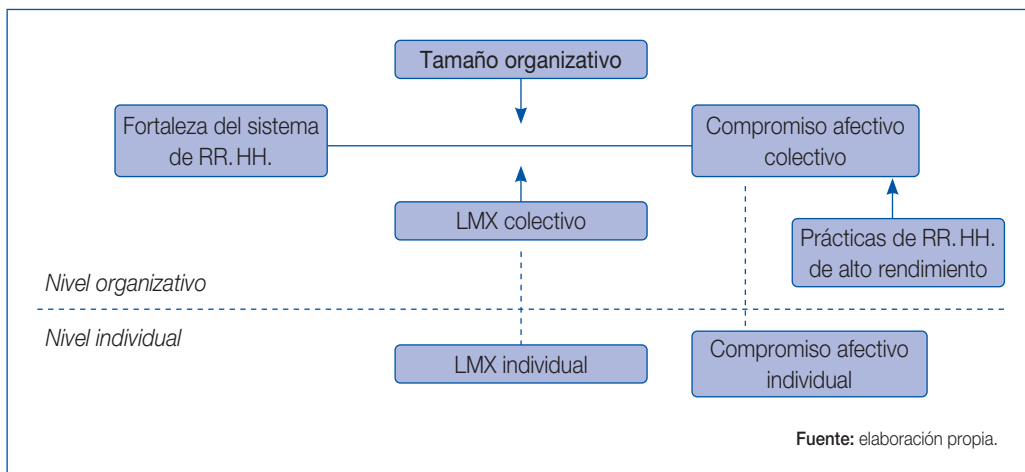
psicológico. Cuando el sistema de RR. HH. es fuerte, es decir, cuando los/as empleados/as de una organización perciben que la estrategia de RR. HH. de su empresa es fácilmente identificable, es consistente y está consensuada, el resultado es que los empleados comprenden qué se espera de ellos y pueden responder de una forma adecuada. El trabajo de Bowen y Ostroff (2004) cuestionó las premisas del enfoque centrado en el contenido de las estrategias de RR. HH., poniendo sobre la mesa un asunto de gran calado en la literatura de la DRH: ¿qué es más relevante para lograr los resultados deseados en los empleados/as de una empresa: las características de las prácticas de RR. HH. que se llevan a cabo o la forma en que la empresa comunica dichas prácticas a los empleados/as que se van a ver afectados por las mismas?

El modelo de Bowen y Ostroff (2004) estimuló el desarrollo de diversas investigaciones empíricas que han examinado cómo la FRH influye sobre los resultados individuales (de los empleados/as). Así, por ejemplo, las investigaciones han encontrado relaciones positivas entre la FRH y la satisfacción laboral (Li *et al.*, 2011), la motivación y la implicación en el trabajo (Katou *et al.*, 2014), el compromiso afectivo, los comportamientos de ciudadanía organizativa (Katou *et al.*, 2014), las percepciones de justicia organizativa (Frenkel *et al.*, 2012) o el apoyo percibido de la alta dirección (Stanton *et al.*, 2010) y relaciones negativas con las intenciones de abandonar el trabajo (Li *et al.*, 2011). En general, por lo tanto, los resultados presentan una imagen convincente de que la FRH contribuye a generar actitudes y comportamientos deseables en los/as empleados/as de la organización.

Sin embargo, la popularidad del modelo de Bowen y Ostroff (2004) –citado más de 2.000 veces en 13 años y galardonado con el *Academy of Management Review Decade Award* en 2014– no se ha visto reforzada por un corpus de investigación sólido en torno a sus premisas y pocas veces se ha testado empíricamente tal y como lo concibieron originalmente estos autores (Ostroff y Bowen, 2016; Hewett *et al.*, 2018), por lo que representa un campo de estudio todavía con muchas posibilidades en el ámbito de la DRH. Por una parte, a pesar de que Bowen y Ostroff han insistido en el hecho de que la FRH debe ser considerada una característica organizativa (Bowen y Ostroff, 2004; Ostroff y Bowen, 2016), la mayoría de las investigaciones empíricas analizan este concepto a nivel individual, basándose en las percepciones individuales de los empleados/as acerca de las características de la FRH, siendo muy pocos los estudios que han medido la FRH a nivel organizativo. Por otra parte, aunque este modelo, tal y como se formuló inicialmente, consideraba que la FRH conduce a un sentido compartido entre los miembros de la organización acerca de lo que la empresa valora, la mayoría de las investigaciones hasta la fecha han estudiado las repercusiones de la FRH sobre variables a nivel individual, tal y como hemos descrito anteriormente. Con el propósito de contribuir a avanzar en las consecuencias de la FRH para las organizaciones, la presente investigación plantea un modelo en el que la FRH (como variable organizativa) influye sobre el CAC. El CAC se refiere a un estado psicológico compartido entre un grupo delimitado de individuos con respecto a su empresa caracterizado por sentimientos de lealtad y deseo de invertir energía mental y física en ayudar a la organización a alcanzar sus objetivos (Gardner *et al.*, 2011). Además de incrementar los niveles de compromiso in-

dividual de los empleados/as, los empresarios/as están también interesados/as en favorecer el compromiso colectivo de toda la plantilla, ya que será este compromiso colectivo el que finalmente tenga un impacto más directo en los resultados organizativos (Ostroff y Bowen, 2000). Asimismo, siguiendo a Sanders *et al.* (2021), las investigaciones en torno a la FRH deberían incorporar variables contextuales para comprender en mejor medida los efectos de la FRH para las empresas. En este sentido, el enfoque contextual de las organizaciones (Johns, 2006, 2018) sostiene que las variables situacionales de las empresas son variables clave a la hora de favorecer las actitudes o comportamientos deseados en los empleados. Por este motivo, en nuestra investigación introducimos dos variables contextuales como posibles moderadoras de la relación entre la FRH y el CAC: la relación entre los empleados y sus supervisores a nivel colectivo (LMX, Graen y Uhl-Bien, 1995) y el tamaño organizativo. La figura 1 resume nuestro modelo de investigación.

Figura 1. Modelo de investigación propuesto



Como se observa en la figura, la variable independiente de nuestro modelo es la FRH, que impacta de forma directa en el CAC, una vez considerado el efecto que puedan tener las prácticas de RR. HH. de alto rendimiento sobre dicho compromiso. Es decir, las prácticas de RR. HH. se consideran en nuestro modelo como una variable de control, ya que la amplia evidencia empírica en torno al contenido de las estrategias de RR. HH. ha corroborado que dichas prácticas son determinantes para favorecer el compromiso de los empleados/as de las empresas. Por otra parte, la figura muestra que el tamaño organizativo y el LMX colectivo moderan el efecto de la FRH sobre el CAC. Por último, las líneas discontinuas de la figura 1 indican que el LMX colectivo y el CAC en nuestro modelo son variables a nivel organizativo que se obtienen a partir de la agregación de las percepciones individuales de los empleados acerca de la LMX y de su compromiso afectivo, respectivamente, siendo por tanto esta una investigación de carácter multinivel.

Las contribuciones de nuestro trabajo a la literatura previa pueden resumirse en cuatro puntos. En primer lugar, nuestro modelo incluye datos a nivel multinivel (organizativo e individual). La mayoría de los estudios empíricos llevados a cabo hasta la fecha (cerca de un 70 % según la revisión de Sanders *et al.*, 2021) analizan la FRH desde la perspectiva de los empleados/as y estudian cómo estas percepciones individuales impactan sobre variables también a nivel individual. Se observa, por tanto, una tendencia a utilizar datos obtenidos a partir de una única fuente de información (los empleados/as), por lo que existe el riesgo de que el sesgo de método común pueda influir en el resultado de las investigaciones (Podsakoff *et al.*, 2003). Trabajos como los de Sanders *et al.* (2021) han sugerido recientemente la necesidad de llevar a cabo investigaciones con diseños más robustos que incluyan variables a diferentes niveles y con datos obtenidos a partir de distintos actores en la organización. Consideramos que nuestro trabajo recoge estas sugerencias al trabajar con datos cruzados obtenidos a partir de la información de los directores/as de RR.HH. de las empresas (quienes evalúan la FRH y las prácticas de RR.HH.) y de una muestra de empleados/as de cada organización (que evalúan el compromiso y el LMX).

En segundo lugar, una de las reivindicaciones clave desde la literatura en la FRH es que un sistema de RR.HH. bien diseñado tendrá un impacto significativo no solo sobre las actitudes y comportamientos individuales (en los que puede encontrarse cierta variabilidad), sino también sobre las actitudes y comportamientos compartidos entre los empleados/as de la empresa (Hewett *et al.*, 2018). Sin embargo, la práctica totalidad de estudios empíricos se han centrado en analizar el efecto de la FRH sobre variables a nivel individual (satisfacción, motivación, implicación, etc.), ignorando el efecto de la FRH sobre variables colectivas. Nuestro estudio contribuye a comprender el efecto de la FRH sobre las actitudes colectivas de la plantilla de la empresa considerando como variable dependiente el CAC. Esta variable dependiente es de gran relevancia para las empresas, ya que, en palabras de Ostroff y Bowen (2000, p. 226): «las actitudes colectivas tienen una relación más fuerte con los resultados organizativos que las actitudes individuales». Comprender el impacto de la FRH para el compromiso colectivo en las empresas es fundamental en un momento en que las organizaciones se esfuerzan por crear entornos que favorezcan el bienestar de los empleados (Heffernan *et al.*, 2022).

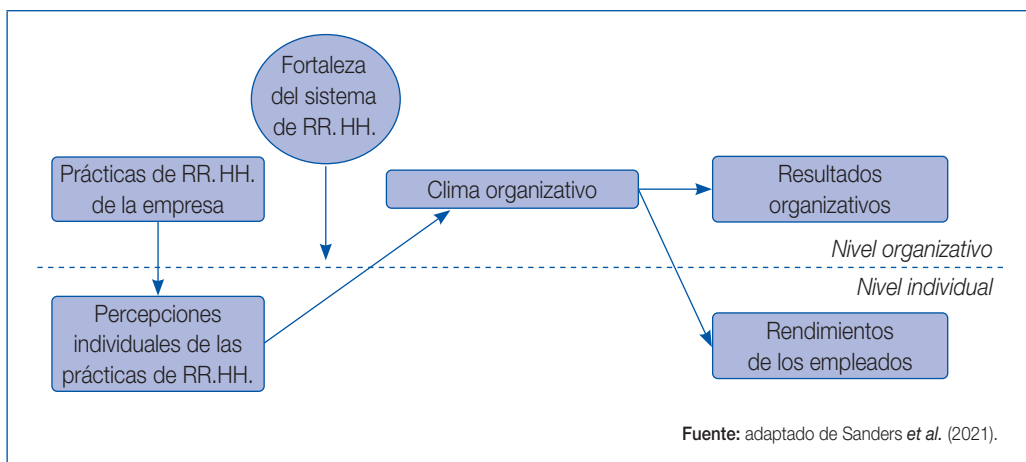
En tercer lugar, nuestra conceptualización de la FRH como una variable a nivel organizativo representa un avance significativo respecto a la forma de medir la FRH en estudios previos. La tendencia general en la literatura ha sido evaluar la FRH con base en las percepciones individuales de los empleados/as de la empresa, lo cual es una limitación importante, ya que la FRH no se ha evaluado como pretendían Bowen y Ostroff (2004) en su trabajo seminal (Hewett *et al.*, 2018). En palabras de Ostroff y Bowen (2016, p. 197), «la fortaleza del sistema de RR.HH. es una propiedad contextual de la unidad u organización y permite a la DRH enviar mensajes inequívocos sobre la cultura, el clima, las prioridades y los valores más amplios».

En cuarto y último lugar, nuestro trabajo recoge el efecto que pueda tener el contexto organizativo en la relación entre la FRH y el CAC, asumiendo que esta relación no es universal y que debe examinarse en conjunto con otras características organizativas (Sanders *et al.*, 2021). En particular, consideramos cómo la relación colectiva entre los empleados y sus supervisores (LMX) es una variable moderadora entre la FRH y el compromiso afectivo, respondiendo así a la propuesta de Ostroff y Bowen (2016), quienes plantean que es posible que otras de las variables clave del clima organizativo (tales como el LMX) sustituyan a la FRH o bien refuercen el efecto de la FRH sobre las actitudes de los empleados. Asimismo, asumimos que el tamaño organizativo puede determinar también la intensidad de la relación entre la FRH y el CAC en la empresa, ya que organizaciones más pequeñas tienen sistemas sociales más simples y más integrados (Melcher, 1976), por lo que cabe esperar que la FRH repercuta en mayor medida en el CAC de la plantilla que en las empresas de mayor tamaño. La consideración de estas dos variables moderadoras nos permite abordar el estudio del proceso de la DRH desde una perspectiva contingente que aporta una visión más amplia que la ofrecida por trabajos anteriores (Sanders *et al.*, 2021).

2. La fortaleza del sistema de recursos humanos

La teoría de la FRH de Bowen y Ostroff (2004) parte de la premisa de que la relación entre la DRH de la empresa y el rendimiento organizativo depende de las percepciones compartidas entre los/as empleados/as sobre los tipos de comportamientos que la organización espera, valora y recompensa. Como se observa en la figura 2, el clima organizativo está en el centro del modelo propuesto por Bowen y Ostroff (2004) y determina no solo el rendimiento laboral de los empleados/as sino también los resultados organizativos.

Figura 2. Modelo de la fortaleza del sistema de RR.HH. de Bowen y Ostroff (2004)



El clima organizativo se define como «las interpretaciones compartidas entre los individuos de una empresa sobre qué es importante para la organización y qué comportamientos espera la empresa de ellos». Tal y como muestra la figura 2, cada individuo en la empresa percibirá las prácticas de RR.HH. que le afectan de una manera distinta, sin embargo, la FRH contribuye a que dichas percepciones individuales acerca de las prácticas de RR.HH. (clima psicológico) se transformen en percepciones compartidas (clima organizativo), es decir, que se genere una homogeneidad entre las percepciones de los empleados/as de una determinada organización acerca de las prácticas de RR.HH. que utiliza la empresa. En otras palabras, para que exista un clima organizativo en el que los empleados/as compartan las mismas percepciones acerca de las prácticas de RR.HH. de su empresa es necesario que el sistema de RR.HH. sea fuerte (Bowen y Ostroff, 2004). Ahora bien, ¿qué requisitos debe reunir el sistema de RR.HH. de una empresa para lograr la aparición de este clima organizativo? Bowen y Ostroff (2004) definieron estos requisitos con base en conceptos clave provenientes de la psicología social y en particular de la teoría de la influencia social.

Desde estas perspectivas teóricas, se entiende que las prácticas de RR.HH. son una herramienta fundamental para enviar mensajes desde la dirección hacia los empleados/as de una empresa, de forma que se pueda influir en las actitudes y comportamientos de dichos empleados. En concreto, estas teorías proponen que para que un mensaje tenga el efecto deseado en los individuos, es necesario que dicho mensaje se codifique, se transmita, se reciba y se acepte por parte de dichos individuos. Bowen y Ostroff (2004) adaptaron el principio de covariación de la teoría de la atribución de Kelley (1973) para explicar este proceso de transmisión de mensajes a través de las prácticas de RR.HH. En particular, las propuestas de Kelley se basan en la idea de que cuando las personas interpretan los eventos que ocurren a su alrededor, a menudo se ven expuestos a numerosos estímulos, por lo que se ven forzados a interpretar dichos estímulos basándose en tres características básicas: su carácter distintivo, su consistencia y su consenso. El carácter distintivo hace referencia al grado en el que un estímulo destaca de entre todos los estímulos del entorno, por lo que es capaz de captar la atención y despertar el interés de los individuos (Kelley, 1973). La consistencia se relaciona con la estabilidad del estímulo a través del tiempo y de diferentes situaciones. Si el estímulo es el mismo en todas las situaciones, los individuos perciben que la situación es consistente. El consenso, por su parte, es la similitud en el comportamiento entre diferentes personas. Si muchas personas perciben una situación determinada de la misma forma, entonces el consenso es alto.

Estas tres dimensiones se utilizan como el marco para definir las nueve características de la FRH resumidas en la figura 3, que contribuyen a que la empresa lance mensajes claros a través de las prácticas de RR.HH. acerca de cuáles son los comportamientos deseados en los empleados/as de la empresa (Bowen y Ostroff, 2004).

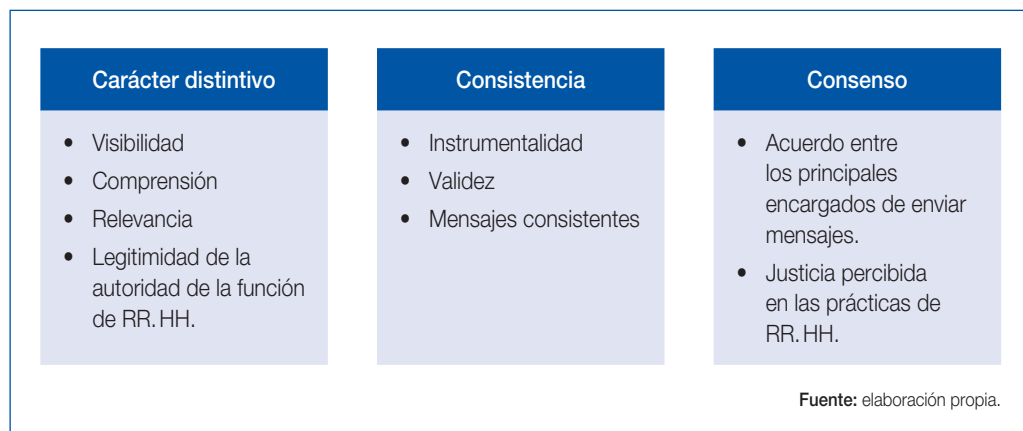
En concreto, para conseguir que las prácticas de RR.HH. capten la atención del personal de la empresa (es decir, tengan un carácter distintivo), es necesario que dichas prácticas tengan altos niveles de visibilidad (que destaquen y sean fácilmente identificables por los

empleados/as), sean comprensibles (que no exista ambigüedad en torno a su contenido), tengan relevancia estratégica (que sean importantes para alcanzar resultados individuales y organizativos clave) y que exista legitimidad de la autoridad de la función de RR. HH. de la empresa (que el departamento de RR. HH. de la empresa sea entendido como un departamento con un alto estatus en la organización).

Sin embargo, el carácter distintivo de las prácticas de RR. HH. por sí solo no es suficiente para que los empleados/as de una empresa perciban dichas prácticas de manera uniforme y respondan al mensaje enviado por el conjunto de prácticas de RR. HH. de una forma similar. Para que los empleados realicen atribuciones precisas sobre qué comportamientos son los esperados y recompensados por la empresa, el sistema de RR. HH. debe ser también consistente. Esta consistencia viene determinada por la instrumentalidad de las prácticas de RR. HH. (que exista una relación causa-efecto inequívoca en referencia a los comportamientos promovidos por las prácticas de RR. HH. y sus consecuencias para los empleados), la validez de las prácticas (coherencia entre la intención de las prácticas de RR. HH. y la realidad en su utilización en la empresa) y la coherencia de los mensajes (ajuste interno entre las diferentes prácticas de RR. HH. y estabilidad en el tiempo).

Por último, el consenso surge cuando hay acuerdo entre los emisores de los mensajes (por ejemplo, entre el departamento de RR. HH. y la dirección general de la empresa) y cuando las prácticas son percibidas como justas.

Figura 3. Características de la FRH según Bowen y Ostroff (2004)



Estas tres dimensiones de la FRH están interrelacionadas, siendo el efecto combinado de todas ellas el que determina en mayor medida los resultados tanto a nivel individual como colectivo (Bos-Nehles *et al.*, 2021). Asimismo, en el presente trabajo y en línea con lo propuesto por Bowen y Ostroff (2004), consideramos que la FRH es una variable contextual

a nivel organizativo que representa las características de la estrategia de RR. HH. de la organización y que, como tal, puede ser evaluada por una persona que ocupe un puesto relevante en la empresa que le proporcione una visión general acerca de dichos rasgos, tales como el director/a general o el director/a de RR. HH. (Bowen y Ostroff, 2004, p. 216).

A pesar de la popularidad de este modelo en la literatura sobre DRH, en palabras de Ostroff y Bowen (2016, p. 197), «el concepto de la FRH está todavía por explorar», ya que muchos trabajos lo incorporan en sus modelos de investigación como un argumento para plantear sus hipótesis, pero son pocos los que exploran cómo influye la FRH en resultados que son relevantes para las empresas. El modelo de la FRH representado en la figura 2 y en el que la FRH aparece como una variable que da forma al clima organizativo es demasiado complejo para ser testado en una única investigación, por lo que diversos autores sugieren como un primer paso para comprobar la relevancia de la FRH para las empresas analizar el impacto directo de la FRH sobre variables relacionadas con los empleados (comportamientos, actitudes, rendimiento, etc.) –p. ej. Hauff *et al.*, 2017; Sanders *et al.*, 2021–. De forma similar, la revisión de la literatura llevada a cabo por Steffensen *et al.* (2019, p. 47) destacó la necesidad de desarrollar investigaciones acerca del efecto de la FRH sobre las actitudes de los empleados/as de la empresa como un «paso importante para comprender el funcionamiento de la dirección de los RR. HH. de las organizaciones». En este trabajo aceptamos este reto analizando cómo la FRH repercute en el CAC de los empleados/as, tal y como detallaremos en el siguiente apartado.

3. Influencia de la fortaleza del sistema de recursos humanos en el compromiso afectivo colectivo

En opinión de Hauff *et al.* (2017), las actitudes de los empleados son la variable dependiente más vinculada al concepto de FRH propuesto por Bowen y Ostroff (2004), ya que la idea central de este modelo es cómo los sistemas de RR. HH. de las empresas influyen en las percepciones de los individuos. El presente trabajo se centra en el compromiso afectivo de los empleados, ya que esta es una actitud de vital importancia para las organizaciones, siendo una de las variables más utilizadas para medir el bienestar laboral de los empleados (Van De Voorde *et al.*, 2012), con probados efectos sobre una menor rotación laboral (Joo, 2010) o un mejor rendimiento laboral (Appelbaum *et al.*, 2000).

El compromiso afectivo se refiere al sentimiento de pertenencia de los empleados con la organización, de forma que los empleados comprometidos se identifican, se implican y disfrutan de su relación con la empresa (Peccei *et al.*, 2013). A nivel colectivo (de la organización), Gardner *et al.* (2011) definieron el término «compromiso afectivo colectivo» como un estado psicológico compartido entre un grupo de individuos con respecto a su empleador común, que se manifiesta en sentimientos de lealtad y en el deseo de invertir energía mental y física para ayudar a la organización a alcanzar sus objetivos. Es decir, el CAC se refiere

al afecto positivo y al apego a la organización que existe en la empresa a nivel agregado. Siguiendo a Gardner *et al.* (2011), en este trabajo suponemos que el CAC surge de los sentimientos compartidos entre los empleados/as de una empresa, por lo que el compromiso resultante es funcionalmente equivalente al constructo individual (Kozlowski y Klein, 2000).

De acuerdo con las teorías del procesamiento de la información en las organizaciones, el efecto de la FRH en el compromiso de los empleados/as de una organización puede explicarse por varios motivos. Por una parte, cuando el sistema de RR. HH. de la empresa es fuerte (es decir, las prácticas de RR. HH. son fácilmente identificables, son consistentes y existe consenso en torno a ellas), la empresa puede influir más fácilmente en las atribuciones (interpretaciones) que hacen los empleados/as acerca de las intenciones organizativas que hay detrás de dichas prácticas de RR. HH. La FRH garantiza que los empleados/as entiendan el mensaje que la empresa quiere transmitir con las prácticas de RR. HH., lo cual incrementa la percepción de que la organización está siendo transparente y justa con ellos, todo lo cual repercute en un mayor CAC (Li, 2021; Heffernan y Dundon, 2016). Por otra parte, la FRH contribuye a mejorar la credibilidad del departamento de RR. HH. en la empresa, lo cual inspira confianza entre los empleados respecto a su organización. Según este argumento, a mayor FRH, los empleados interpretarán que las intenciones que hay detrás de las prácticas de RR. HH. van a ser beneficiosas para ellos, siendo el resultado final un mayor CAC (Li, 2021). Finalmente, la FRH es clave para el empoderamiento psicológico y la seguridad psicológica de los empleados, quienes dispondrán de más recursos laborales y se considerarán miembros preparados y relevantes para la empresa, todo lo cual mejorará también el CAC (Guan y Frenkel, 2018). Trabajos empíricos previos han corroborado los beneficios que reporta la FRH al compromiso afectivo del personal de las empresas (Li *et al.*, 2011; Heffernan *et al.*, 2022; Bos-Nehles *et al.*, 2021). Por todo ello, planteamos nuestra primera hipótesis en los siguientes términos:

Hipótesis 1. La FRH tendrá un efecto positivo en el CAC.

4. Un enfoque contingente en el estudio de la FRH: LMX y tamaño organizativo como variables moderadoras

Son varios los autores que han sugerido recientemente que el efecto de la FRH en las actitudes de los empleados no es necesariamente generalizable (universal) a todo tipo de empresas, sino que puede depender en gran medida del contexto particular en el que se esté estudiando la FRH (p. ej. Johns, 2018; Sanders *et al.*, 2021). Desde este enfoque contingente, para comprender los beneficios de la FRH se requiere incorporar en los modelos de investigación variables del contexto que puedan influir en la relación existente entre la FRH y las actitudes del personal de las empresas. Sin embargo, hay todavía pocos trabajos empíricos que hayan adoptado una visión contingente de la FRH, con la excepción del trabajo de Farndale y Sanders (2017), quienes analizaron cómo influyen los valores culturales de cada país en la

relación entre la FRH y los resultados organizativos. Ningún estudio hasta la fecha ha considerado variables contextuales a nivel organizativo en el análisis de los resultados de la FRH, a pesar de la importancia que tiene el enfoque contingente para explicar por qué diferentes grupos de empleados pueden reaccionar de forma diversa a estímulos similares (Johns, 2018).

Con el propósito de contribuir a esta línea de trabajo, en la presente investigación nos planteamos esta cuestión: ¿es el efecto de la FRH sobre el CAC universal para todo tipo de organizaciones o depende de las características de la empresa? En particular, adoptamos una visión contingente que se nutre de la teoría de las relaciones interpersonales (Reis, 2008). De acuerdo con esta teoría, el contexto organizativo se construye de forma conjunta entre los diferentes miembros de la organización, esto es, son las interdependencias entre los individuos de la empresa las que influyen en las acciones o en los resultados de los demás. Partiendo de esta premisa, consideraremos el intercambio líder-miembro (LMX, Graen y Uhl-Bien, 1995) y el tamaño organizativo como variables moderadoras en la relación entre la FRH y el CAC ya que tanto el LMX como el tamaño organizativo determinan la forma en que los individuos de la empresa se relacionan entre sí. Estas dos variables han sido mencionadas también por Sanders *et al.* (2021, p. 42) como una oportunidad para avanzar en el estudio de los efectos de la FRH para los empleados/as y por Ostroff y Bowen (2016) en su sugerencia de considerar el contexto social en los estudios sobre FRH de carácter contingente.

El LMX (Graen y Uhl-Bien, 1995) hace referencia a la relación existente entre los individuos de una empresa y sus supervisores/as. Un principio central de esta teoría es que los líderes no tratan por igual a todos los subordinados y que la calidad del LMX puede variar de alta a baja. En términos colectivos, en empresas con elevados niveles de LMX, en general, los subordinados reciben un trato más favorable por parte de sus supervisores/as que en empresas con niveles reducidos de LMX (p. ej. escuchando sus sugerencias, mostrándose dispuestos a ayudar, reconociendo el potencial de los subordinados/as, etc.) y como resultado, los empleados muestran actitudes y comportamientos colectivos más positivos que en contextos de bajo LMX. Es decir, la teoría del LMX defiende que las actitudes y comportamientos de los miembros de una empresa dependen del modo en que sus líderes les tratan. El LMX contribuye a mejorar la calidad de las relaciones entre los empleados/as de una empresa, lo cual, con base en el principio de reciprocidad, genera la obligación moral de mostrar mayores niveles de compromiso afectivo como una forma de mantener este clima organizativo de calidad. Asimismo, cuando los líderes promueven intercambios de alta calidad con los empleados, un nivel elevado de LMX fomenta que todos los individuos de la empresa tengan una interpretación común acerca del contexto laboral, de forma que no existan discrepancias acerca de cuáles son los comportamientos esperados por parte de la empresa. Todo ello favorece que el LMX influya en el CAC de las empresas, tal y como mostró Martin *et al.* (2016) en su metaanálisis.

Siguiendo la sugerencia de Ostroff y Bowen (2016), aplicamos la teoría de la gestión de la incertidumbre (*Uncertainty Management Theory*, UMT, Lind y van den Bos, 2002) para

analizar el papel moderador de LMX en la relación entre la FRH y el CAC. En particular, la UMT considera que los supervisores de las empresas son filtros interpretativos, ya que ayudan a implementar los objetivos y políticas de la empresa y comunican las características del contexto laboral a los empleados (Pereira y Gomes, 2012). Los empleados, ante la complejidad de los contextos laborales y la cantidad de información que deben procesar, intentan reducir la incertidumbre buscando información en los recursos disponibles, como sus supervisores. Cuando esta fuente no está disponible (es decir, en relaciones de baja LMX), los empleados recurren a la información contextual proporcionada por el sistema de RR. HH. para reducir la incertidumbre acerca de los comportamientos deseados (Rosen *et al.*, 2011). Tal y como hemos discutido en el apartado 2, la FRH es un mecanismo de comunicación clave entre la organización y sus empleados (Bowen y Ostroff, 2004). Por lo tanto, en relaciones de LMX bajas, la información proporcionada por la FRH es más destacada y relevante para predecir el compromiso del personal de las empresas. Estos argumentos pueden resumirse en la siguiente hipótesis:

Hipótesis 2. El LMX colectivo moderará la relación positiva entre la FRH y el CAC, de tal forma que esta relación será más fuerte en empresas con niveles bajos de LMX colectivo que en empresas con niveles altos de LMX colectivo.

Por su parte, el tamaño también puede ser una variable moderadora en la relación entre la FRH y el CAC, ya que trabajos anteriores han verificado cómo el tamaño de la empresa puede influir en las actitudes y los comportamientos (Cohen *et al.*, 2012) de los individuos de la empresa y varios autores han demostrado el efecto potencial del tamaño de la organización como una variable que influye en el efecto de las percepciones sobre los sistemas de RR. HH. y los resultados (Whitman *et al.*, 2012).

Tal y como sugiere la teoría del procesamiento de la información social, las personas se basan en indicios de su entorno social para comprender e interpretar sus experiencias (Salancik y Pfeffer, 1978). En este sentido, el tamaño de la organización (número de empleados de la empresa) puede desempeñar un papel clave en la propagación de las percepciones acerca de los sistemas de RR. HH. En empresas más pequeñas, es más probable que los patrones de interacción entre los individuos sean más similares y sus percepciones individuales acerca del sistema de RR. HH. más homogéneas. En empresas de menor tamaño, las personas comparten conocimientos e interactúan con más frecuencia (Whitman *et al.*, 2012), lo que a su vez favorece la homogeneidad acerca de cómo de distintivo, consensuado y consistente es el sistema de RR. HH. de la empresa. A medida que aumenta el tamaño organizativo, al estar las personas más dispersas físicamente, la homogeneidad en sus percepciones es probable que sea menor. Esta reducción de los contactos sociales puede amortiguar los efectos de la FRH sobre las actitudes de los empleados/as (Roberson y Williamson, 2012). De acuerdo con este razonamiento, formulamos la tercera hipótesis como sigue:

Hipótesis 3. El tamaño organizativo moderará la relación positiva entre la FRH y el CAC, de tal forma que esta relación será más fuerte en empresas pequeñas que en empresas grandes.

5. Metodología

5.1. Muestra y procedimiento de recogida de datos

Esta investigación se llevó a cabo sobre una muestra de empresas españolas de diferentes sectores. Para seleccionar las empresas, utilizamos la información de la base de datos SABI (Sistema de Análisis de Balances Ibéricos) (Bureau van Dijk, 2013). De acuerdo con Bos-Nehles *et al.* (2021, p. 495), «los sistemas de RR.HH. fuertes son especialmente importantes para los empleados clave de las empresas», por lo que nuestro interés en este trabajo se centra en este tipo de empleados, definidos como «aquellos que contribuyen directamente a la consecución de los objetivos relacionados con los productos o servicios de la empresa» (Lepak y Snell, 1999).

Delimitamos la muestra a las empresas con 25 empleados o más para asegurarnos de que disponían de una estrategia formalizada de recursos humanos, lo cual dio lugar a una población inicial de 11.704 empresas.

Para la recogida de datos, preparamos dos cuestionarios, uno dirigido a los directores de RR.HH. de las empresas y otro a sus empleados clave. La medida de la FRH (variable independiente) y de las prácticas de RR.HH. de alto rendimiento (variable de control) se incluyeron en el cuestionario para los directores de RR.HH. Las medidas del compromiso afectivo (variable dependiente) y del LMX (variable moderadora) de los empleados se incluyeron en el cuestionario para los empleados clave. Los datos acerca del tamaño organizativo (variable moderadora) se obtuvieron de la base de datos SABI. Este diseño de investigación, con información obtenida a través de diferentes fuentes para cada empresa permite evitar los riesgos del sesgo del método común (Podsakoff *et al.*, 2003).

Como primer paso para la recogida de datos, nos pusimos en contacto con 560 empresas (elegidas al azar entre la población total) por correo electrónico, que incluía una invitación para participar en el estudio e información sobre la investigación. A esta invitación le siguieron una serie de llamadas telefónicas para solicitar su participación. De estas 560 empresas, 146 aceptaron participar en el estudio. El director/a de RR.HH. de cada una de estas empresas cumplimentó el cuestionario para directores de RR.HH., obteniendo 142 cuestionarios completos y válidos (tasa de respuesta del 25 %). A continuación, distribuimos el cuestionario para empleados clave a una muestra de empleados/as de estas 142 empresas participantes. Para ello, se pidió a los directores/as de RR.HH. que identificaran los puestos de trabajo considerados clave en su empresa, de entre los cuales elegimos una muestra aleatoria de empleados/as. Las limitaciones de recursos nos impidieron encuestar a todos los empleados clave, por lo que establecimos un mínimo de 3 respuestas de los empleados/as por empresa. En total, obtuvimos respuesta de 504 empleados/as (3 respuestas por empresa en el 45 % de las empresas de la muestra, 4 respuestas por empresa en el 52 % y más de 4 respuestas por empresa en el 3 %). Por tanto, después de cruzar los datos empresa-empleados, la muestra final para los análisis estadísticos comprende 142 organizaciones y 504 empleados.

En la muestra de empleados clave, el 48 % eran mujeres y la antigüedad media en la empresa era de 14 años. En cuanto a las organizaciones, el 50 % pertenecían al sector servicios y el 50 % al sector industrial; el 11 % de las empresas eran microempresas (< 10 empleados), el 54 % pequeñas empresas (< 50 empleados) y el 33 % medianas y grandes empresas (51 empleados o más).

5.2. Medidas

Para medir la FRH desarrollamos nuestra propia medida, ya que según Ostroff y Bowen (2016) no existe todavía una medida suficientemente exhaustiva de este concepto en la literatura. Para ello, seguimos las propuestas de Sanders *et al.* (2014) y Ostroff y Bowen (2016), quienes sugieren preguntar directamente a los responsables de RR. HH. sobre las características del sistema de RR. HH. Este procedimiento tiene la ventaja de obtener una medida única y global para cada característica de la FRH (Bowen y Ostroff, 2004). Tras revisar la definición de las características de la FRH, desarrollamos una escala de 14 ítems en la que los directores/as de RR. HH. expresaban su nivel de acuerdo (en una escala Likert de 7 puntos) con las afirmaciones sobre el proceso de implementación de las prácticas de RR. HH. en su empresa. Un análisis factorial exploratorio indicó que todos los ítems cargaban en un único factor, lo que es coherente con operacionalizaciones previas de esta variable (Coelho *et al.*, 2012). Asimismo, estimamos un análisis factorial confirmatorio (AFC) que incluía todos los ítems como indicadores de un factor reflectivo de orden superior correspondiente a la FRH. Esta operativización de la FRH coincide con la propuesta por Bos-Nehles *et al.* (2021) y permite recoger en este factor latente las interrelaciones entre las diferentes características de la FRH, de forma que unas características pueden compensar niveles reducidos de otras cuando influyen sobre el compromiso afectivo. Este modelo, si bien mostró un buen ajuste, tenía una baja fiabilidad debido a la reducida carga factorial de 2 de los ítems, motivo por el cual eliminamos estos ítems en los subsiguientes análisis. El AFC con los 12 ítems restantes tenía un buen ajuste, a juzgar por el valor de la chi-cuadrado y demás índices comúnmente aceptados en la metodología de ecuaciones estructurales ($\chi^2_{SB} = 69,75$; d.f. = 54; $p = 0,07$; BBNNFI = 0,96; CFI = 0,96; RMSEA = 0,05). Las cargas de todos los ítems fueron estadísticamente significativas, oscilando entre 0,64 y 0,88, y el alfa de Cronbach de esta escala fue de 0,93.

El CAC se midió utilizando la escala de Allen y Meyer (1990). Los empleados/as clave evaluaron su compromiso afectivo individual en base a una escala Likert de 7 puntos de acuerdo/desacuerdo. La escala original incluía 8 ítems, pero atendiendo a las cargas factoriales, se eliminó el ítem 8 de la escala de Allen y Meyer, dado que este ítem tenía una carga factorial negativa y baja ($\lambda = -0,4$). El AFC de los 7 ítems restantes mostró un buen ajuste a los datos ($\chi^2_{SB} = 22,48$; d.f. = 14; $p = 0,07$; BBNNFI = 0,98; CFI = 0,99; RMSEA = 0,04), con cargas factoriales que oscilaban entre 0,63 y 0,76 y un alfa de Cronbach de 0,88. Dado que el compromiso afectivo se conceptualizó a nivel de empresa, pero se midió a nivel individual, seguimos las recomendaciones de Mathieu y Taylor (2007) para justificar la agregación de las medidas individuales a un nivel superior (la empresa, en nuestro caso). En concreto,

utilizamos un análisis ANOVA, el índice de correlación intraclase ICC(1) y el índice r_{wg} . Los resultados de estos análisis revelaron una varianza significativa entre empresas ($F = 2,45$; $p < 0,0001$) del compromiso afectivo. El ICC(1) fue de 0,27 y el r_{wg} medio fue de 0,78. Estos resultados justifican la agregación del compromiso afectivo del empleado/a a nivel de empresa, dando lugar al CAC.

Los empleados/as clave también evaluaron el LMX con sus supervisores. Para ello utilizamos la escala de LMX de Dunegan *et al.* (1992), compuesta por 5 ítems, evaluados con una escala Likert de 7 puntos de acuerdo/desacuerdo. El AFC, incluyendo todos los ítems como indicadores de un único factor correspondiente a LMX, mostró un buen ajuste ($\chi^2_{SB} = 0,39$; d.f. = 5; $p = 0,99$; BBNNFI = 1,00; CFI = 1,00; RMSEA = 0,00) con un alfa de Cronbach de 0,89. Los resultados del ANOVA indican que para LMX también existe una varianza significativa entre empresas ($F = 3,51$; $p < 0,0001$). Los valores del ICC(1) (0,46) y el r_{wg} medio (0,77) también justifican la agregación del LMX individual a nivel organizativo, dando lugar al LMX colectivo.

El tamaño organizativo se midió teniendo en cuenta el número de empleados totales de la empresa, según la información recogida en la base de datos SABI. Para los análisis estadísticos, dicotomizamos esta variable, diferenciando entre 2 grupos de empresas: empresas pequeñas (tamaño inferior o igual a 50 empleados) y empresas medianas y grandes (tamaño superior a 50 empleados).

Como variable de control en nuestro modelo consideramos las prácticas de RR. HH. de alto rendimiento, ya que son numerosos los trabajos que han demostrado empíricamente su relación con el compromiso afectivo de los empleados (Van Rossenberg *et al.*, 2022). Las prácticas de RR. HH. de alto rendimiento se evaluaron utilizando la escala de Gardner *et al.* (2011). Esta escala describe los HPWS como un conjunto de prácticas diseñadas para aumentar las capacidades, la motivación y las oportunidades de participación de los empleados. Los encuestados/as (directores/as de RR. HH.) declararon su nivel de acuerdo con que las prácticas de RR. HH. se utilizaran para los empleados clave de su empresa con base en una escala Likert, donde 1 = totalmente en desacuerdo y 7 = totalmente de acuerdo. Realizamos un análisis factorial exploratorio y un AFC para comprobar si la dimensionalidad propuesta del HPWS se correspondía con la escala original de Gardner *et al.* (2011). Los resultados de un AFC en el que se consideró las prácticas de RR. HH. como un factor latente mostraban un buen ajuste con los datos ($\chi^2_{SB} = 27,34$; d.f. = 22; $p = 0,20$; BBNNFI = 0,97; CFI = 0,98; RMSEA = 0,05), siendo las cargas de las 3 subescalas estadísticamente significativas (0,61, 0,50 y 0,73 para las prácticas que potencian las capacidades, las que potencian la motivación y las que potencian las oportunidades, respectivamente).

En los análisis estadísticos posteriores utilizamos medidas compuestas de todas estas variables, obtenidas a partir del valor medio de los indicadores correspondientes a cada una de ellas. En los modelos de ecuaciones estructurales, el uso de medidas compuestas aumenta la posibilidad de cumplir el supuesto de distribución normal de la estimación de

máxima verosimilitud y da lugar a modelos más parsimoniosos porque reduce el número de varianzas y covarianzas que hay que estimar, aumentando así la estabilidad de las estimaciones de los parámetros (Bagozzi y Edwards, 1998).

El anexo recoge las escalas de medida utilizadas en esta investigación y la tabla 1 recoge las correlaciones entre las variables:

Tabla 1. Matriz de correlaciones

	Fortaleza del sistema de RR. HH.	Compromiso afectivo colectivo	LMX colectivo	Prácticas de RR. HH. de alto rendimiento
Fortaleza del sistema de RR. HH.	1			
Compromiso afectivo colectivo	.28**	1		
LMX colectivo	.31**	.62**	1	
Prácticas de RR. HH. de alto rendimiento	.56**	.26**	.18*	1

** correlación significativa al nivel de 0,01; * correlación significativa al nivel de 0,05.

Fuente: elaboración propia.

5.3. Procedimiento estadístico

Para comprobar las hipótesis se utilizó la metodología de ecuaciones estructurales (SEM), en concreto, estimando un conjunto de *path analysis* con el paquete estadístico EQS 6.3 (Bentler, 2006). Para la hipótesis 1 se introdujeron la FRH y las prácticas de RR. HH. de alto rendimiento (variable de control) como predictoras del CAC (modelo 1 de la tabla 2). Para probar la hipótesis 2 introdujimos en el modelo la variable LMX colectivo como moderadora en la relación entre FRH y el CAC. Para ello, en un primer paso, estimamos un modelo en el que incluimos las 3 variables como independientes (FRH, prácticas de RR. HH. y LMX colectivo –modelo 2 en la tabla 2–) y en un segundo paso incluimos también el término de interacción entre la FRH y el LMX colectivo (modelo 3 en la tabla 2). Para probar la hipótesis 3, estimamos un modelo multigrupo, analizando la invarianza del modelo estructural FRH-CAC en los 2 subgrupos de empresas creados en función del tamaño organizativo.

6. Resultados

La tabla 2 muestra los resultados del *path analysis* correspondientes a las hipótesis 1 y 2. En relación con la primera de ellas, los resultados del modelo 1 indican que una vez controlado el efecto que tienen las prácticas de RR. HH. sobre el CAC (.16, $p < .05$), la FRH tiene un efecto positivo y estadísticamente significativo sobre el CAC (.19, $p < .05$), confirmando así la hipótesis 1.

Para testar el efecto moderador del LMX colectivo en esta relación estimamos en primer lugar el modelo 2, cuyos resultados indican que el LMX es una variable determinante del CAC, con un efecto positivo y significativo sobre el mismo (.59, $p < .01$). En el modelo 3 se observa que el término de interacción entre la FRH y el LMX colectivo es negativo y estadísticamente significativo (-.23, $p < .01$). Este resultado sugiere que la asociación entre la FRH y el CAC difiere en función del nivel de LMX de la organización. El coeficiente negativo de este término de interacción sugiere que la relación FRH-CAC será más positiva con niveles reducidos de LMX, lo que confirma la hipótesis 2.

Tabla 2. Parámetros estimados y errores estándar (entre paréntesis) de los modelos 1 a 3

	Modelo 1	Modelo 2	Modelo 3
	Parámetro (e.e.)	Parámetro (e.e.)	Parámetro (e.e.)
FRH → CAC	.19 (.05)**	.01 (.04)	.01(.04)
Prácticas de RR. HH. → CAC	.16 (.05)**	.16 (.04)***	.15 (.04)**
LMX colectivo → CAC		.59 (.06)***	.54 (.06)***
FRH* LMX colectivo → CAC			-.23 (.05)***

Nota: Parámetros estandarizados. Errores estándar entre paréntesis. * $p < .10$. ** $p < .05$. *** $p < .01$

Fuente: elaboración propia.

En relación con la hipótesis 3 llevamos a cabo un test de invarianza de los parámetros estructurales correspondientes a la relación FRH → CAC y prácticas de RR. HH. → CAC en 2 submuestras de empresas: una submuestra correspondiente a empresas con menos de 50 empleados ($N = 90$) y otra submuestra con empresas de 51 empleados o más ($N = 48$). El objetivo de este análisis multigrupo es determinar si el modelo se replica en las 2 submuestras de la misma forma o bien si existen diferencias estadísticamente significativas en los parámetros estructurales correspondientes a dichas relaciones. Para ello, se estima el mismo modelo estructural en las 2 submuestras, especificando como restricciones al modelo que

estos 2 parámetros estructurales sean iguales en los 2 grupos. De acuerdo con el resultado del test LM que ofrece el programa EQS, ningún valor de la X^2 correspondiente a estos parámetros tiene una probabilidad inferior a 0.05, por lo que cabe concluir que dichos parámetros estructurales son invariantes (equivalentes) entre las 2 submuestras de empresas. Por tanto, estos resultados no permiten confirmar la hipótesis 3.

7. Discusión

El propósito de esta investigación era analizar el efecto de la FRH de las empresas sobre el CAC. Por otra parte, nos planteamos analizar esta relación desde una perspectiva contingente teniendo en cuenta el efecto moderador del LMX y del tamaño organizativo en esta relación. El análisis estadístico de los datos obtenidos a partir de una muestra de 142 empresas españolas y 504 empleados clave indican que, una vez controlado el efecto que tienen las prácticas de RR. HH. sobre el CAC de las empresas, la FRH ejerce también un efecto positivo y significativo sobre dicho compromiso afectivo. Además, podemos concluir que esta relación no es la misma para todas las empresas, sino que depende del nivel del LMX que exista en la organización. Es decir, en función de la relación general existente entre los líderes y los subordinados en la organización, el efecto de la FRH sobre el compromiso afectivo de la plantilla variará. En particular, cuando las relaciones entre líderes y seguidores son buenas, el efecto de la FRH en el compromiso afectivo es menor. De estos resultados pueden extraerse una serie de conclusiones interesantes para el campo de la DRH.

En primer lugar, consideramos que los resultados de este trabajo contribuyen a la literatura previa en torno al concepto de la FRH al considerar como variable dependiente el CAC. La gran mayoría de investigaciones publicadas hasta la actualidad han estudiado el efecto de la FRH sobre actitudes y comportamientos individuales, tales como los comportamientos de ciudadanía organizativa o la satisfacción laboral. Estos trabajos han sido muy valiosos para conocer cómo repercute la FRH sobre los individuos de las empresas, pero es necesario considerar variables a nivel agregado (de la organización) para poder avanzar en el conocimiento del impacto que puede tener la FRH sobre los resultados organizativos, ya que son estos constructos agregados los que determinan en mayor medida el éxito competitivo de las empresas (Gardner *et al.*, 2011). Asimismo, la consideración del CAC en lugar del individual responde a la sugerencia realizada por los propios autores que bautizaron el término «fortaleza del sistema de recursos humanos», quienes en el año 2016 afirmaban que: «el mero hecho de que exista una variabilidad sustancial entre los empleados de la misma empresa indica la necesidad de realizar más investigaciones sobre los efectos de la FRH sobre variables agregadas a un nivel superior» (Ostroff y Bowen, 2016: 200).

En segundo lugar, esta investigación ha permitido «reconciliar» en un único estudio 2 líneas de investigación que en ocasiones han evolucionado en paralelo, como son la dedicada al estudio del contenido de las estrategias de RR. HH. de las empresas y la centrada en el

análisis del proceso de implantación de dichas estrategias. Nuestra investigación introduce como variable de control las prácticas de RR.HH. de alto rendimiento (contenido) y estima el efecto que la FRH (proceso) tiene sobre el CAC. Se observa que ambos (contenido y proceso) son relevantes para mejorar los niveles de compromiso afectivo del personal de las empresas. Es decir, es importante que las empresas diseñen estrategias de RR.HH. que fomenten el desarrollo de las habilidades de sus empleados/as, que les ofrezcan incentivos dirigidos a aumentar su motivación y que les permitan participar en la toma de decisiones, pero también es relevante la forma en que la organización comunica el contenido de dichas prácticas de RR.HH. a sus empleados. A mayor carácter distintivo, consenso y consistencia del conjunto de las prácticas de RR.HH., mayor será el vínculo afectivo entre los empleados y su organización.

En tercer lugar, la operativización de la FRH en nuestro trabajo a partir de un factor latente permite recoger las conexiones entre las diferentes características de la FRH cuando se analiza su efecto sobre el CAC. Los trabajos empíricos previos habían obtenido resultados variados en relación con cuál de las 3 dimensiones de la FRH es más relevante para explicar las actitudes y comportamientos de los empleados/as de la empresa (Bos-Nehles *et al.*, 2021). La consideración de la FRH como un factor latente parte de la idea de que dicho factor recoge las correlaciones entre todas las características de la FRH, por lo que el efecto de niveles inferiores de alguna de dichas características se ve compensado por niveles superiores en otras. Además, esta investigación considera que la FRH es una variable a nivel organizativo, tal y como sugirieron Bowen y Ostroff (2004) en su trabajo seminal. La gran mayoría de estudios han operativizado la FRH a un nivel individual, contradiciendo así las sugerencias de estos autores.

En cuarto lugar, nuestro trabajo responde a la sugerencia de Ostroff y Bowen (2016: 2017) acerca de la necesidad de «más investigación para explorar los factores y estilos de liderazgo que funcionan conjuntamente con las características de un sistema de RR.HH. fuerte». La consideración del LMX colectivo en la presente investigación ha permitido corroborar el papel determinante de los líderes para transmitir mensajes y dar forma al clima organizativo. Cuando las relaciones entre los líderes y sus subordinados en las empresas se caracterizan por la confianza mutua, donde los líderes consideran las ideas de sus subordinados y trabajan conjuntamente con ellos en el logro de objetivos comunes, el papel de la FRH sobre el compromiso afectivo es menor, ya que los subordinados confían en sus supervisores para obtener la información que necesitan en relación con las prácticas de RR.HH. que les afectan. Es decir, en un contexto de LMX alto, el papel comunicativo de la FRH y su capacidad para influir en el compromiso de la plantilla se ve reducido.

En relación con las limitaciones de este trabajo, nuestra investigación recoge aspectos relativos al «qué» prácticas de RR.HH. se implementan en las empresas y «cómo» se implementan. Sin embargo, no se ha contemplado el «por qué», es decir, las atribuciones que hacen los empleados respecto a los motivos que hay detrás de las prácticas de RR.HH. utilizadas en la organización. Es posible que empleados de una misma empresa a los que

se les aplican las mismas prácticas de RR.HH. de la misma forma estén en desacuerdo sobre los motivos que tiene la dirección de la empresa para llevar a cabo dichas prácticas. Estas atribuciones son relevantes también para explicar las actitudes de los individuos, por lo que consideramos que deberían incorporarse en trabajos futuros centrados en el estudio del proceso de implantación de las estrategias de RR.HH. Una segunda limitación hace referencia a la muestra de empleados clave considerada. Las limitaciones de recursos no nos han permitido recoger las opiniones de todos estos empleados/as, estando limitada la muestra a 3 o 4 empleados/as por empresa. Estudios con una muestra mayor de empleados permitirían comparar la medida de FRH utilizada en esta investigación (como una variable organizativa) con las percepciones de la FRH por parte de los individuos y con el acuerdo o desacuerdo entre ellos acerca de dichas percepciones. En tercer lugar, este trabajo considera la FRH como una variable independiente en el modelo, pero trabajos futuros deberían considerar el papel moderador de la FRH en la relación entre las prácticas de RR.HH. y el compromiso de los empleados, en la línea de lo propuesto por Sanders y Yang (2016).

Referencias bibliográficas

- Allen, N. J. y Meyer, J. P. (1990). The measurement and antecedents of affective, continuance and normative commitment to the organization. *Journal of Occupational and Organizational Psychology*, 63(1), 1-18. <https://psycnet.apa.org/doi/10.1111/j.2044-8325.1990.tb00506.x>
- Appelbaum, E., Bailey, T., Berg, P. y Kallenberg, A. L. (2000). *Manufacturing advantage: Why high-performance work systems pay off*. Cornell University Press.
- Bagozzi, R. P. y Edwards, J. R. (1998). A general approach for representing constructs in organizational research. *Organizational Research Methods*, 1, 45-87. <http://dx.doi.org/10.1177/109442819800100104>
- Bentler, P. M. (2006). *EQS 6, Structural Equations Program Manual*. Multivariate Software Inc.
- Bos-Nehles, A., Conway, E. y Fox, G. (2021). Optimising human resource system strength in nurturing affective commitment: Do all meta-features matter? *Human Resource Management Journal*, 31(2), 493-513. <https://doi.org/10.1111/1748-8583.12320>
- Bos-Nehles, A. C., Van Riemsdijk, M. J. y Kees Looise, J. (2013). Employee perceptions of line management performance: applying the AMO theory to explain the effectiveness of line managers' HRM implementation. *Human resource management*, 52(6), 861-877.
- Bowen, D. E. y Ostroff, C. (2004). Understanding HRM-firm performance linkages: The role of the «strength» of the HRM system. *Academy of Management Review*, 29(2), 203-221.

- Bureau van Dijk 2013, <https://www.bvdinfo.com/en-gb>
- Coelho, J. P., Cunha, R. C., Gomes, J. F. S. y Correia, A. G. (2012). Developing and validating a measure of the strength of the HRM system: Operationalizing the construct and relationships among its dimensions. *Working paper*, 0562.
- Cohen, A., Ben-Tura, E. y Vashdi, D. R. (2012). The relationship between social exchange variables, OCB, and performance: what happens when you consider group characteristics? *Personnel Review*, 41(6), 705-731.
- Combs, J., Liu, Y., Hall, A. y Ketchen, D. (2006). How much do high-performance work practices matter? A meta-analysis of their effects on organizational performance. *Personnel Psychology*, 59(3), 501-528.
- Dunegan, K. J., Duchon, D. y Uhl-Bien, M. (1992). Examining the link between leader member exchange and subordinate performance: The role of task analyzability and variety as moderators. *Journal of Management*, 18(1), 59-76.
- Farndale, E. y Sanders, K. (2017). Conceptualizing HRM system strength through a cross-cultural lens. *The International Journal of Human Resource Management*, 28(1), 132-148.
- Frenkel, S. J., Li, M. y Restubog, S. L. D. (2012). Management, organizational justice and emotional exhaustion among Chinese migrant workers: Evidence from two manufacturing firms. *British Journal of Industrial Relations*, 50(1), 121-147.
- Frenkel, S. J. y Yu, C. (2011). Managing coworker assistance through organizational identification. *Human Performance*, 24(5), 387-404.
- Gardner, T. M., Wright, P. M. y Moynihan, L. M. (2011). The impact of motivation, empowerment, and skill-enhancing practices on aggregate voluntary turnover: The mediating effect of collective affective commitment. *Personnel psychology*, 64(2), 315-350. <https://doi.org/10.1111/j.1744-6570.2011.01212.x>
- Graen, G. B. y Uhl-Bien, M. (1995). Relationship-based approach to leadership: Development of leader-member exchange (LMX) theory of leadership over 25 years: Applying a multi-level multi-domain perspective. *The leadership quarterly*, 6(2), 219-247. [https://doi.org/10.1016/1048-9843\(95\)90036-5](https://doi.org/10.1016/1048-9843(95)90036-5)
- Guan, X. y Frenkel, S. (2018). How HR practice, work engagement and job crafting influence employee performance. *Chinese Management Studies*, 12(3), 591-607. <https://doi.org/10.1108/CMS-11-2017-0328>
- Hauff, S., Alewell, D. y Katrin Hansen, N. (2017). HRM system strength and HRM target achievement-toward a broader understanding of HRM processes. *Human Resource Management*, 56(5), 715-729. <https://doi.org/10.1002/hm.21798>
- Heffernan, M., Cafferkey, K., Harney, B., Townsend, K. y Dundon, T. (2022). HRM system strength and employee well-being: the role of internal process and open systems. *Asia Pacific Journal of Human Resources*, 60(1), 171-193. <https://doi.org/10.1111/1744-7941.12302>
- Heffernan, M. y Dundon, T. (2016). Cross-level effects of high-performance work systems (HPWS) and employee well-being: the mediating effect of organisational justice. *Human Resource Management Journal*, 26(2), 211-231. <https://doi.org/10.1111/1748-8583.12095>
- Hewett, R., Shantz, A., Mundy, J. y Alfes, K. (2018). Attribution theories in human resource management research: A review and research agenda. *The International Journal of Human Resource Management*, 29(1), 87-126.
- Johns, G. (2006). The essential impact of context on organizational behavior. *Academy of Management Review*, 31(2), 386-408.

- Johns, G. (2018). Advances in the treatment of context in organizational research. *Annual review of organizational psychology and organizational behavior*, 5, 21-46. <https://doi.org/10.1146/annurev-orgpsych-032117-104406>
- Joo, B.-K. (2010). Organizational commitment for knowledge workers: the roles of perceived organizational learning culture, leader-member exchange quality, and turnover intention. *Human resource development quarterly*, 21(1), 69-85. <https://doi.org/10.1002/hrdq.20031>
- Katou, A. A., Budhwar, P. S. y Patel, C. (2014). Content vs. process in the HRM-performance relationship: An empirical examination. *Human Resource Management*, 53(4), 527-544. <https://doi.org/10.1002/hrm.21606>
- Kelley, H. H. (1967). Attribution theory in social psychology. *Nebraska symposium on motivation*, 192-238.
- Kelley, H. H. (1973). The processes of causal attribution. *American Psychologist*, 28(2), 107-128.
- Kozlowski, S. W. J. y Klein, K. (2000). A multilevel approach to theory and research on organizations: Contextual, temporal, and emergent processes. En K. J. Klein y S. W. J. Kozlowski (Eds.), *Multilevel theory, research, and methods in organizations* (pp. 3-90). Jossey-Bass.
- Lepak, D. P. y Snell, S. (1999). The human resource architecture: Toward a theory of human capital allocation and development. *Academy of Management Review*, 24(1), 31-48.
- Li, X. (2021). Putting perceived HR credibility into the HRM process picture: insights from the elaboration likelihood model. *Handbook on HR process research*, 83-98.
- Li, X., Frenkel, S. J. y Sanders, K. (2011). Strategic HRM as process: How HR system and organizational climate strength influence Chinese employee attitudes. *The International Journal of Human Resource Management*, 22(9), 1.825-1.842. <https://doi.org/10.1080/09585192.2011.573965>
- Lind, E. A. y van den Bos, K. (2002). When fairness works: Toward a general theory of uncertainty management. *Research in Organizational Behavior*, 24, 181-223. [https://doi.org/10.1016/S0191-3085\(02\)24006-X](https://doi.org/10.1016/S0191-3085(02)24006-X)
- Martin, R., Guillaume, Y., Thomas, G., Lee, A. y Epitropaki, O. (2016). Leader-member exchange (LMX) and performance: A meta-analytic review. *Personnel Psychology*, 69(1), 67-121.
- Mathieu J. E. y Taylor, S. R. (2007). A framework for testing meso-mediational relationships in Organizational Behavior. *Journal of Organizational Behavior*, 28(2), 141-172. <https://doi.org/10.1002/job.436>
- Melcher, A. J. (1976). *Structure and process of organizations, a systems approach*. Englewood Cliffs.
- Ostroff, C. y Bowen, D. E. (2016). Reflections on the 2014 decade award: is there strength in the construct of HR system strength? *Academy of Management Review*, 41(2), 196-214. <https://doi.org/10.5465/amr.2015.0323>
- Ostroff, C. y Bowen, D. E. (2000). Moving HR to a higher level: HR practices and organizational effectiveness, En J. K. Klein y S. W. J. Kozlowski (Eds.), *Multilevel Theory, Research, and Methods in Organizations. Foundations, Extensions, and New Directions* (pp.211-266). Jossey-Bass.
- Peccei, R., Van De Voorde, K. y van Veldhoven, M. (2013). HRM, well-being and performance: A theoretical and empirical review. En J. Paauwe, D. Guest y P. Wright (Eds.), *HRM & performance: Achievements and challenges* (pp. 15-46). Wiley-Blackwell.
- Pereira, C. M. M. y Gomes, J. F. S. (2012). The strength of human resource practices and transformational leadership: impact

- on organisational performance. *The International Journal of Human Resource Management*, 23, 4.301-4.318. <https://doi.org/10.1080/09585192.2012.667434>
- Podsakoff, P. M., MacKenzie, S. B., Lee, J. Y. y Podsakoff, N. P. (2003). Common method biases in behavioural research: A critical review of the literature and recommended remedies. *Journal of Applied Psychology*, 88(5), 879-903. <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/14516251/>
- Reis, H. T. (2008). Reinvigorating the concept of situation in social psychology. *Personality and Social Psychology Review*, 12(4), 311-329. <https://doi.org/10.1177/1088868308321721>
- Roberson, Q. M. y Williamson, I. O. (2012). Justice in self-managing teams: the role of social networks in the emergence of procedural justice climates, *Academy of Management Journal*, 55(3), 685-701. <https://doi.org/10.5465/amj.2009.0491>
- Rosen, C. C., Harris, K. J. y Kacmar, K. M. (2011). LMX, context perceptions, and performance: An uncertainty management perspective. *Journal of Management*, 37(3), 819-838. <https://doi.org/10.1177/0149206310365727>
- Sanders, K., Bednall, T. C. y Yang, H. (2021). HR strength: Past, current and future research, *Handbook on HR process research*, 27-45. <https://doi.org/10.4337/9781839100079.00010>
- Sanders, K., Shipton, H. y Gomes, J. F. S. (2014). Guest editors' introduction: Is the HRM process important? Past, current, and future challenges. *Human Resource Management*, 53(4), 489-503. <https://doi.org/10.1002/hrm.21644>
- Sanders, K. y Yang, H. (2016). The HRM process approach: The influence of employees' attribution to explain the HRM-performance relationship. *Human Resource Management*, 55(2), 201-217. <https://doi.org/10.1002/hrm.21661>
- Stanton, P., Young, S., Bartram, T. y Leggat, S. G. (2010). Singing the same song: translating HRM messages across management hierarchies in Australian hospitals. *The International Journal of Human Resource Management*, 21(4), 567-581. <https://doi.org/10.1080/09585191003612075>
- Steffensen Jr., D. S., Ellen III, B. P., Wang, G. y Ferris, G. R. (2019). Putting the «management» back in human resource management: A review and agenda for future research. *Journal of Management*, 45(6), 2.387-2.418. <https://doi.org/10.1177/0149206318816179>
- Van de Voorde, K., Paauwe, J. y Van Veldhoven, M. (2012). Employee well-being and the HRM-organizational performance relationship: a review of quantitative studies. *International Journal of Management Reviews*, 14(4), 391-407.
- Van Rossenberg, Y. G., Cross, D. y Swart, J. (2022). An HRM perspective on workplace commitment: Reconnecting in concept, measurement and methodology. *Human Resource Management Review*, 32(4), 891. <https://doi.org/10.1016/j.hmr.2021.100891>
- Whitman, D. S., Caleo, S., Carpenter, N. C., Horner, M. T. and Bernerth, J. B. (2012). Fairness at the collective level: a meta-analytic examination of the consequences and boundary conditions of organizational justice climate. *Journal of Applied Psychology*, 97(4), 776-791. <https://doi.org/10.1037/a0028021>

Anexo

Escalas de medida

Fortaleza del sistema de RR.HH. (cuestionario dirección de RR.HH.)

Por favor, indique su acuerdo o desacuerdo con las siguientes afirmaciones referidas a la implementación de las prácticas de RR. HH., donde 1 = completamente en desacuerdo; 7 = completamente de acuerdo:

- Las prácticas de RR. HH. descritas se utilizan en esta empresa para la mayoría de los empleados*.
- Esta empresa informa regularmente a los empleados sobre las iniciativas del departamento de RR. HH.
- Esta empresa intenta mejorar la comprensibilidad de las prácticas de RR. HH. para los empleados reduciendo su ambigüedad (prácticas de RR. HH. claras y transparentes).
- Se considera que el departamento de RR. HH. tiene un alto estatus y credibilidad en esta empresa.
- El departamento de RR. HH. cuenta con un apoyo significativo y visible de la alta dirección de la empresa.
- Las prácticas de RR. HH. en esta empresa permiten a los empleados alcanzar sus objetivos.
- Esta empresa tiene incentivos adecuados asociados al desempeño de los comportamientos deseados de los empleados.
- Las prácticas de RR. HH. contribuyen significativamente a la consecución de los objetivos de la organización.
- Las prácticas de RR. HH. contribuyen significativamente a la consecución de las competencias y comportamientos deseados de los empleados.
- Las prácticas de RR. HH. permiten a los empleados percibir los objetivos y valores reales de la empresa.
- Las prácticas de RR. HH. aplicadas en esta empresa son estables en el tiempo*.





- Los principales responsables de la toma de decisiones en esta empresa (alta dirección, directivos/as de RR. HH.) comparten la misma visión sobre el contenido de las prácticas de RR. HH.
- Los empleados perciben las prácticas de RR. HH. de esta empresa como justas.
- Los empleados de esta empresa tienen la oportunidad de expresar su opinión sobre las prácticas de RR. HH.

Prácticas de RR. HH. de alto rendimiento (cuestionario dirección de RR. HH.)

Por favor, indique en qué medida se utilizan en esta empresa las siguientes prácticas de RR. HH. para los empleados/as clave, siendo 1 = totalmente en desacuerdo; 7 = totalmente de acuerdo con las afirmaciones:

- Los candidatos/as se someten a entrevistas estructuradas (preguntas relacionadas con el puesto, las mismas preguntas a todos los candidatos, escalas de valoración) antes de ser contratados.
- Los candidatos/as se someten a pruebas formales (papel y lápiz o muestra de trabajo) antes de ser contratados.
- Los resultados del proceso de evaluación del rendimiento se utilizan para determinar las necesidades de formación de los empleados.
- Los empleados tienen la oportunidad de recibir el reembolso de la matrícula por completar clases universitarias.
- Por término medio, ¿cuántas horas de formación formal reciben los empleados al año?
- Los empleados de este puesto reciben regularmente (al menos 1 vez al año) una evaluación formal de su rendimiento.
- Los aumentos salariales de los empleados de este puesto se basan en el rendimiento laboral.
- Los empleados tienen la oportunidad de obtener primas individuales (o comisiones) por productividad, rendimiento u otros resultados de rendimiento individual.
- Los empleados tienen la oportunidad de obtener primas (o comisiones) de grupo por productividad, rendimiento u otros resultados de rendimiento individual.





- Los empleados tienen la oportunidad de ganar obtener (o comisiones) para toda la empresa por productividad, rendimiento u otros resultados de rendimiento individual.
- Los empleados cualificados tienen la oportunidad de ascender a puestos de mayor remuneración y/o responsabilidad dentro de la empresa.
- Los empleados disponen de un proceso de reclamación razonable y justo.
- Los empleados participan en procesos formales de participación como grupos de mejora de la calidad, grupos de resolución de problemas, mesas redondas o sistemas de sugerencias.
- Los empleados se comunican con personas de otros departamentos para resolver problemas y cumplir plazos.
- Los empleados reciben con frecuencia comunicaciones formales de la empresa en relación con las metas de la empresa (objetivos, acciones, etc.).
- Los empleados reciben con frecuencia comunicaciones formales de la empresa sobre el rendimiento operativo (productividad, calidad, satisfacción del cliente, etc.).
- Los empleados reciben con frecuencia comunicaciones formales de la empresa sobre los resultados financieros (rentabilidad, cotización, etc.).
- Los empleados reciben con frecuencia comunicaciones formales de la empresa sobre los resultados de la competencia (cuota de mercado, estrategias de los competidores, etc.).

Compromiso afectivo (cuestionario empleados/as clave)

Por favor, indique su acuerdo o desacuerdo con las siguientes afirmaciones referidas a su relación con esta organización, donde 1 = completamente en desacuerdo; 7 = completamente de acuerdo con las afirmaciones:

- Estaría muy contento/a de pasar el resto de mi carrera profesional en esta organización.
- Me gusta hablar de mi organización con personas ajenas a ella.





- Realmente siento que los problemas de esta organización son los míos propios.
- Me siento «parte de la familia» en mi organización.
- Me siento vinculado/a emocionalmente a esta organización.
- Esta organización tiene un gran significado personal para mí.
- Siento un fuerte sentimiento de pertenencia a mi organización.
- Creo que podría llegar a sentirme tan unido a otra organización como a esta (R)*.

LMX (cuestionario empleados/as clave)

Por favor, indique su acuerdo o desacuerdo con las siguientes afirmaciones referidas a su relación con su supervisor/a inmediato/a, donde 1 = completamente en desacuerdo; 7 = completamente de acuerdo con las afirmaciones:

- Puedo contar con mi supervisor/a para que me ayude cuando lo necesito.
- Mi supervisor/a está dispuesto a utilizar su autoridad para ayudarme a resolver problemas.
- Mi supervisor/a y yo trabajamos bien juntos.
- Doy sugerencias a mi supervisor/a para mejorar el trabajo.
- Mi supervisor/a reconoce mi potencial.

* Ítems eliminados después del análisis factorial confirmatorio.



Inmaculada Beltrán Martín. Catedrática de universidad en el Departamento de Administración de Empresas y Marketing de la Universitat Jaume I. Sus investigaciones abordan diferentes cuestiones relacionadas con la dirección de los recursos humanos, habiendo presentado las conclusiones de sus estudios en diversos congresos de carácter nacional e internacional. Asimismo, ha publicado artículos en revistas tales como *International Journal of Human Resource Management*, *Journal of Management* o *Human Resource Management Review*. <https://orcid.org/0000-0002-0425-4070>



CURSOS DE **FORMACIÓN A MEDIDA PARA EMPRESAS**

▾ Nos adaptamos a las necesidades formativas de la empresa

Escuchamos las necesidades formativas de pequeñas, medianas y grandes empresas para ofrecer una propuesta global a medida, trabajando en estrecha colaboración para que sus planes de formación alcancen la máxima calidad de la mano de los mejores profesionales. Adaptamos para ello los contenidos según sus necesidades específicas, atentos siempre a los horarios y ubicaciones geográficas que demanden.

▾ Gestión de las bonificaciones ante la Fundación Estatal para la Formación en el Empleo (FUNDAE)

La FUNDAE ofrece a las empresas la posibilidad de bonificar estos cursos para que su coste se reduzca considerablemente, o incluso desaparezca, aprovechando el crédito para la formación de los trabajadores que todas las empresas tienen a lo largo del año.

Nuestros datos
desde 1977



+ 3.000

Empresas han confiado la formación de sus empleados al Grupo Educativo CEF.- UDIMA

+ 14.425

Cursos impartidos relacionados con todas las áreas de la empresa

+ 68.500

Profesionales formados

+ 342.000

Horas de formación impartidas por profesionales en contacto permanente con la empresa

XXXIV PREMIO ESTUDIOS FINANCIEROS



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.

Dotaciones económicas

Se otorgará un primer premio para cada una de las modalidades. Además, tendrán accésit todos aquellos trabajos que los respectivos jurados consideren de interés. Las dotaciones económicas para cada una de las modalidades anteriores son:

- Primer premio: 9.000 euros.
- Accésits: 900 euros.

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.

Información sobre las bases

Puede consultar las bases del premio visitando www.cef.es