

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Revista bimestral núm. 480 | Mayo-Junio 2024

ISSN: 2792-8314

«Protección reforzada» de las trabajadoras embarazadas frente al despido: déficits legales y contradicciones aplicativas

Margarita Miñarro Yanini

Las violencias sexuales en el trabajo

María Luisa Molero Marañón

Análisis de los nuevos permisos por razón de cuidado del Real Decreto-Ley 5/2023

Cristina Aragón Gómez

Síndrome de «burnout» de moderador de contenidos en línea como accidente de trabajo

María Teresa Igartua Miró

Incompatibilidad entre la pensión de jubilación anticipada voluntaria y el complemento a mínimos

Susana Rodríguez Escanciano

Despido disciplinario por tocar la guitarra en un concierto de rock estando en incapacidad temporal

Eduardo López Ahumada

CEF.- Oposiciones

Desde 1977 formamos a funcionarios que ocupan los cargos de mayor responsabilidad en España. Descubre el **#MétodoCEF.-**

¿Te reservamos una plaza?

Preparadores especializados y temarios propios

- ✓ Administración General
- ✓ Administración Local
- ✓ Banco de España
- ✓ Comunidades Autónomas
- ✓ Cuerpos de Informática
- ✓ Empleo y Seguridad Social
- ✓ Ministerio de Hacienda
- ✓ Ministerio de Justicia
- ✓ Ministerio del Interior
- ✓ Unión Europea

Más de **30.000 opositores** aprobados gracias al **método CEF.-**

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Núm. 480 | Mayo-Junio 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



Acuerdos de colaboración

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

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Redacción, administración y suscripciones

P.º Gral. Martínez Campos, 5, 28010 Madrid

Tel. 914 444 920

Correo electrónico: info@cef.es

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

Solicitud de números sueltos (en papel o en PDF)

Suscriptores/as **25 €**

No suscriptores/as **30 €**

Edición

Centro de Estudios Financieros, SL

Correo electrónico: revistatss@udima.es

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

Depósito legal: M-29442-2007

ISSN: 2792-8314

ISSN-e: 2792-8322

Entidad certificada por:



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

Impresión

Artes Gráficas Coyve

c/ Destreza, 7

Polígono industrial Los Olivos

28906 Getafe (Madrid)

Todos los derechos reservados.

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

Sumario

Editorial

- «Protección reforzada» de las trabajadoras embarazadas frente al despido: déficits legales y contradicciones aplicativas 7-12
Margarita Miñarro Yanini

Estudios

Monográfico. Análisis de las reformas legales 2022-2023 desde una perspectiva de género

- La violencia sexual en el trabajo a la luz del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo n.º 190 y la Ley orgánica 10/2022, de 6 de septiembre 13-37
Sexual violence at work in the light of International Labour Organization Convention n.º 190 and Organic Law 10/2022, of 6 September
María Luisa Molero Marañón
- El derecho a la salud de las mujeres con especial referencia a las nuevas prestaciones de incapacidad temporal (Ley orgánica 1/2023, de 28 de febrero) 39-60
The right to health of women with special reference to the new temporary incapacity benefits (Organic Law 1/2023, of 28 February)
M. Begoña García Gil y Macarena Castro Conte
- Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027 desde la perspectiva de género 61-83
Spanish Strategy for Health and Safety at Work 2023-2027 from a gender perspective
Josefa Romeral Hernández
- La transposición de la Directiva 2019/1158 de conciliación de la vida familiar y profesional al ordenamiento español: análisis de los nuevos permisos por razón de cuidado del Real Decreto-Ley 5/2023, de 28 de junio 85-110
The transposition of Directive 2019/1158 on the reconciliation of family and professional life into Spanish law: Analysis of the new leave for care reasons of Royal Decree Law 5/2023, of June 28
Cristina Aragón Gómez
- Igualdad de género, discriminación masculina directa y por asociación tras la Ley 15/2022, de 12 de julio 111-139
Gender equality, direct and associational male discrimination after Law 15/2022, of July 12
Jorge Torrents Margalef
- Un paso adelante en el avance para el trabajo del servicio del hogar familiar: Real Decreto-Ley 16/2022, de 6 de septiembre 141-162
A step forward in the progress for the work of the family home service: Royal Decree-Law 16/2022, of 6 September
Concepción Sanz Sáez

Diálogos con la jurisprudencia

- Incompatibilidad entre la pensión de jubilación anticipada voluntaria y el complemento a mínimos. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 45/2024, de 11 de enero
Incompatibility between the voluntary early retirement pension and the minimum supplement. Commentary on Supreme Court Ruling 45/2024, of 11 January
Susana Rodríguez Escanciano 163-171
- Síndrome de *burnout* de moderador de contenidos en línea como accidente de trabajo. Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 28 de Barcelona 13/2024, de 12 de enero
Burnout syndrome of an online content moderator as an accident at work. Commentary on the Ruling of the 28th Labour Court of Barcelona 13/2024, of 12 January
María Teresa Igartua Miró 172-180
- Despido disciplinario por tocar la guitarra en un concierto de rock estando el trabajador de baja por incapacidad temporal: transgresión de la buena fe y discriminación por razón de enfermedad. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 295/2024, de 6 de febrero
Disciplinary dismissal for playing the guitar at a rock concert while the employee was on disability: violation of fidelity and discrimination due to illness. Commentary on the Ruling of the Superior Court of Justice of the Basque Country 295/2024 of February 6
J. Eduardo López Ahumada 181-190
- Denegación de ajustes razonables como supuesto de discriminación por motivo de discapacidad. Su impacto sobre el contrato de trabajo. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de enero de 2024 (asunto C-631/22)
Refusal of reasonable accommodation as a case of discrimination on grounds of disability. Its impact on the employment contract. Commentary to the Ruling of the Court of Justice of the European Union of 18 January 2024 (Case C-631/22)
Belén Alonso-Olea García 191-199
- Mejores salarios como cláusula social en la fase de adjudicación de un contrato público: ¿misión imposible? Comentario a la Resolución 1672/2023, de 28 de diciembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales
Better wages as a social clause in the award phase of a public procurement: an impossible mission? Commentary on Central Administrative Court for Contractual Appeals, Resolution 1672/2023 of 28 December
Juan José Fernández Domínguez 200-207

Estudios de Recursos Humanos

- Una propuesta configuracional para conectar futuros escenarios del trabajo con modelos de recursos humanos y tendencias en investigación organizacional
A configurational approach to connect future work scenarios with human resources models and organizational research trends
Accésit del Premio Estudios Financieros 2023
Fernando J. Pons Verdú, Amparo Ramos López y José Ramos López 209-239

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>

«Protección reforzada» de las trabajadoras embarazadas frente al despido: déficits legales y contradicciones aplicativas

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>*

Toda la tierra anduve,
con guerras y montañas,
con arenas y espinas.
Así llegaste al mundo.

Pablo Neruda (*El hijo*)

1. La función equilibradora en las relaciones de trabajo del ordenamiento jurídico laboral se desarrolla a través de garantías que compensen los factores de vulnerabilidad que, en cada momento y situación, presentan las personas trabajadoras en relación con el poder de sujeción inherente a la posición empleadora ([art. 38 Constitución española –CE–](#)). De este modo, el objeto de esta tutela específica reforzada es fortalecer la posición de estos colectivos en la relación de trabajo. Como se refleja en el presente número, una fuente principal de tales vulnerabilidades y desequilibrios sigue siendo la condición de mujer, en general, y la de maternidad, en particular. Paradójicamente, pese a existir un reconocimiento normativo que determina un reforzado estatuto jurídico de protección de esta condición, la realidad sigue mostrándonos más de una debilidad en sus garantías de efectividad, una clara fractura entre lo que la ley dice que debe ser y otra, más deficitaria, que es lo que sucede en el plano de la realidad.

La realidad ofrece ejemplos de ello que demuestran que no puede bajarse la guardia, que es preciso mantener una actividad de vigilancia constante, a fin de procurar que la brecha entre norma y realidad no se haga más profunda, incluso que se reduzca. Entre las circunstancias que exigen ese control se encuentra una vinculada a la condición de mujer que se considera el núcleo de la protección reforzada: el estado de embarazo. Pese al blindaje existente en el sistema normativo frente al riesgo de discriminación en esta situación, el del despido, con esa norma más favorable respecto del derecho de la Unión Europea que supone la nulidad objetiva ([art. 55.5 b\) Estatuto de los Trabajadores –ET–](#)), lo cierto es que, tras el

repasso de cualquier repertorio o base de doctrina judicial y jurisprudencia, se aprecia que los despidos de trabajadoras embarazadas continúan a la orden del día. Ello, pese a las severas consecuencias jurídicas que acarrearán para la empresa este tipo de decisiones (nulidad, salarios de tramitación, indemnizaciones adicionales si se declara discriminatorio, sanciones administrativas de relieve...), rebajadas por la –discutida y discutible– Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 1148/2023, de 12 de diciembre, que elimina la indemnización en caso de nulidad objetiva.

2. Estos avances del ordenamiento jurídico-laboral, como un sistema de garantías en orden a hacer efectivos derechos fundamentales, como la prohibición de discriminación por razón de sexo en relación con las mujeres, en general, y las embarazadas, en particular, conviven con lagunas y con regulaciones y prácticas contradictorias. Estas deben ser identificadas y corregidas, en unos casos a través de la interpretación y, en otras, por la propia legislación, mediante la eliminación o reducción de la quiebra entre la normatividad y la efectividad. La actualidad jurídico-laboral nos ofrece dos ejemplos relevantes de estos desajustes o vicios jurídicos en la protección del trabajo de las mujeres embarazadas frente al despido, requiriendo en un caso la corrección interpretativa y en otro, más bien, la legislativa, en aras de conciliar el artículo 14 con el artículo 9.2 de la CE, en un sistema multinivel de garantías de la prohibición de la discriminación por razón de sexo.

Buen ejemplo de ello es la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 22/2024, de 12 de febrero, que resulta tan interesante como sorprendente, no ya en su contenido, sino en su propia existencia, pues resuelve un tema novedoso en la doctrina constitucional que, desde una elemental aplicación de «sentido común» del derecho legal, hubiera sido innecesaria.

Por lo que respecta a su base fáctica, se refiere a una empresa dedicada a la venta de productos para mascotas que cesó en su actividad en marzo de 2017. Presentada solicitud de concurso de acreedores, entregó a sus 4 trabajadoras cartas de despido objetivo, indicando que no podía poner a su disposición la correspondiente indemnización debido a su situación económica. Las trabajadoras presentaron demanda de despido frente a la empresa, el administrador concursal y el Fondo de Garantía Salarial, instando la declaración de improcedencia. Dado que una de las trabajadoras estaba embarazada, en la instancia se reconoció la nulidad de su despido, calificándose de improcedente para las restantes trabajadoras. No siendo posible la readmisión por cese de actividad de la empresa, las trabajadoras solicitaron la rescisión de la relación de trabajo con las indemnizaciones legales correspondientes. El órgano judicial, en virtud del artículo 110.1 b) de la Ley reguladora de la jurisdicción social (LRJS), les reconoció, asimismo, salarios de tramitación (que en el caso de la recurrente ascendían a 28.811,16 €).

Declarada la insolvencia de la empresa, 2 trabajadoras, la recurrente y otra de sus compañeras, solicitaron los salarios de tramitación al Estado (art. 116.2 LRJS). Sin embargo, la Delegación de Gobierno en Cataluña se los negó a la trabajadora con despido nulo, reconociéndoselos a las compañeras cuyo despido se calificó como improcedente.

Reclamados judicialmente, por entender que se había producido una discriminación por razón de sexo ex [artículo 14 de la CE](#), tanto la instancia como la suplicación negaron su reconocimiento. De este modo, al igual que en el ámbito administrativo, el juzgado de lo Social recordaba que, conforme a la doctrina jurisprudencial –en línea con la [STS 1110/2020, de 10 de diciembre](#)–, la interpretación del [artículo 57 del ET \(1995\)](#) –[art. 56.5 ET actual](#)–, que reconoce salarios de tramitación en los casos de despidos improcedentes y no nulos, debía ser restrictiva. Incidía, asimismo, en que la transferencia al Estado de la indemnización de los salarios de tramitación no obedece al principio de responsabilidad estatal frente a los daños causados por el funcionamiento anormal de la Administración de justicia, sino a un mero «supuesto de imputación de responsabilidad a los poderes públicos», a fin de aliviar a las empresas de ciertos costes derivados de la dilación del proceso de despido. No obstante, el órgano judicial era consciente de la «peculiaridad» del caso, por la paradoja que supone proteger más, en este particular, a quienes han sido objeto de despido improcedente y menos a quien cuenta con una «protección reforzada» frente al despido. Sin embargo, dado que la causa no se encontraba en la condición de embarazo, sino en una situación que se tenía por objetivada, no consideraba que hubiese discriminación.

Esta convicción también fue mantenida por la sala de suplicación social catalana, que desestimó el recurso, afirmando, de un modo genérico, que no se derivaba ningún perjuicio realmente de la diferencia legislativa porque, en realidad, la trabajadora tiene garantizado el cobro de los salarios de tramitación más allá de los 90 días que prevé el [artículo 57 del ET \(1995\)](#) –[art. 56.5 ET actual](#)–, pero en vez del Estado debía ser su empresa quien los pagara. Por esa misma razón entiende innecesario plantear la cuestión de inconstitucionalidad.

Procede confirmar la señalada doctrina restrictiva del Tribunal Supremo, pudiendo apuntar en este sentido la [STS 398/2024, 27 de febrero](#), que en un supuesto de despido colectivo niega que la empresa tenga derecho a percibir, por parte del Estado, los salarios de tramitación devengados y abonados a las personas trabajadoras una vez transcurrido el plazo de 90 días hábiles desde la fecha de la presentación de la demanda, así como las cuotas de Seguridad Social correspondientes.

3. Agotada la vía ordinaria, se presenta el correspondiente recurso de amparo, en el que la abogacía del Estado no aprecia discriminación alguna. Por el contrario, el Ministerio Fiscal sí la identifica, realizando un razonamiento muy elemental, pero que revela el sinsentido de entender que, en virtud del [artículo 57 del ET \(1995\)](#) –[art. 56.5 ET actual](#)– en relación con el [artículo 116.2 de la Ley de procedimiento laboral \(1995\)](#) –[actual art. 116.2 LRJS](#)–, una norma creada para proteger a las mujeres embarazadas genera, en última instancia, su desprotección. En consecuencia, tal interpretación no solo sería contraria a la CE, sino que incluso generaría una discriminación directa por razón de sexo, prohibida en el sistema jurídico actual.

Tan sencillo pero coherente razonamiento es acogido por el Tribunal Constitucional (TC), que, tras apreciar la concurrencia de especial trascendencia constitucional, entra en

el fondo del asunto. Así, recuerda su densa jurisprudencia sobre «la cláusula de no discriminación por razón de sexo del artículo 14 de la CE» y su «canon, más riguroso que el de la mera razonabilidad y proporcionalidad», exigido en relación con «la perspectiva genérica del principio de igualdad» para la justificación de la diferencia normativa de trato. Con base en todo ello, considera que en el asunto planteado concurre una discriminación directa por razón de sexo, afirmando con contundencia que es inasumible que, desde la perspectiva del derecho a la igualdad y no discriminación, pueda negarse a la trabajadora el derecho al cobro de salarios de tramitación reconocidos por sentencia firme. En este sentido, la atribución de una garantía legal –nulidad– cuya finalidad es precisamente la de otorgarle un plus de protección por su condición de trabajadora gestante, imponiendo a la empresa su obligada readmisión en su puesto de trabajo, no puede, fracasada por imposibilidad material, hacerla de peor condición que al resto de sus compañeras. Paradójicamente, el embarazo se transformó de plus protector a trato peyorativo, pues ni fue readmitida ni pudo cobrar salarios de tramitación por la insolvencia empresarial.

Por ello considera el tribunal que la negación a la recurrente de los salarios de tramitación aduciendo la nulidad no es consecuencia de la ley, sino de una indebida interpretación de ella. Esta es contraria al derecho a la no discriminación por razón de sexo ([art. 14 CE](#)), por no haber optado por una interpretación del [artículo 116.2 de la LRJS](#) conforme al [artículo 53.4 b\) del ET](#), por lo que no resulta respetuosa con el contenido de ese derecho fundamental. Es por ello por lo que se le otorga el amparo, instando al organismo competente a examinar de nuevo el expediente, otorgándole el derecho que debió haberle reconocido hace 7 años.

4. Tan limitada le ha resultado al TC esta interpretación del derecho aplicable, a la que considera «rigorista, literal y formalista de la legalidad ordinaria», que no ha tenido que acudir al canon de interpretación con perspectiva de género, pues ha aplicado directamente el [artículo 14 de la CE](#) como pauta interpretativa preferente de la ley ([art. 5 Ley orgánica del Poder Judicial](#)), apelando al primado de la finalidad de la ley sobre su literalidad. Este canon interpretativo sí ha tenido importancia significativa, tanto en la mayoría como, especialmente, en los votos particulares en la reciente STC –aún no publicada– referida a un asunto penal, aunque relativa a una cuestión típicamente laboral y con marcada perspectiva de género: la violencia y el acoso sexual en el trabajo.

Brevemente, según informa una nota de prensa del Alto Tribunal –[nota informativa 31/2024, de 8 de abril](#)–, la Sala Segunda del TC ha estimado por mayoría el recurso de amparo presentado por una profesora universitaria que, junto a otras dos compañeras, sufrió abusos sexuales continuados por quien era decano de la Facultad de Ciencias de la Educación de la Universidad de Sevilla, persona que reunía también la condición de catedrático, dependiendo de él en buena medida sus carreras profesionales. En este caso, el fallo que debe corregir el TC es la conversión de un factor de vulnerabilidad de las mujeres en ese ámbito –la condición de víctima de acoso sexual en un entorno de profunda desigualdad de posición y de poder– en un perjuicio para la víctima y, paralelamente, beneficiando

al victimario, porque la tardanza en denunciar se consideró dilación indebida del proceso y, en consecuencia, atenuante muy cualificada, que supuso la reducción de la pena desde los 7 años y 9 meses a los 2 años y 8 meses. En este caso, también el TC reprobará a la justicia ordinaria una interpretación peyorativa de la legalidad.

5. La comentada [STC 22/2024, de 12 de febrero](#), ha coincidido en su publicación en el BOE con la difusión, con gran impacto mediático, del contenido de las [Conclusiones 2023](#) del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS). Estas conclusiones se refieren a la garantía de control del cumplimiento de los Estados mediante el sistema de informes respecto a los artículos de la Carta Social Europea (CSE) relacionados con niñas y niños, la familia y las personas inmigrantes (grupo temático 4: arts. 7, 16, 17, 19, 27 y 31 CSE). Examinadas con atención, se comprueba que contienen numerosos aspectos de interés (415 conclusiones de conformidad con la CSE, 384 de no conformidad sobre varios países, incluida España), pero uno de ellos, que guarda relación con este editorial, es especialmente significativo.

En este sentido, en lo relativo a España, se han destacado por encima de cualquier otra de las disconformidades con la CSE las relativas a la protección contra el despido durante el embarazo o durante el permiso de maternidad. Las razones fundamentales son la inadecuada protección que deriva de la previsión de límites máximos en la cuantía de la compensación económica prevista en caso de imposibilidad de readmisión, pese a ser la nulidad del despido la garantía prevista para este tipo de despidos, transformándose en indemnizaciones tasadas y topadas –la del despido improcedente y una adicional, según daños–. Una vez más, en este caso por decisión legislativa interna y en virtud de una interpretación jurisprudencial restrictiva, una garantía reforzada frente a este tipo de despidos y en contra de la no discriminación por razón de sexo termina siendo una garantía de tipo económico que devalúa tal protección normativa inicial. En suma, considera que los artículos [281.1](#) y [286.2](#) de la LRJS en relación con el [artículo 56 del ET](#) entran en contradicción con los artículos [8.2](#) –derecho de las mujeres a la protección de la maternidad– y [27.3](#) de la CSE, debiéndose considerar prevalentes estos respecto de aquellos en virtud del [artículo 96 de la CE](#) –y de los arts. [30](#) y [31](#) de la Ley 25/2014, 27 de noviembre, de tratados y otros acuerdos internacionales–.

En este sentido, señala el CEDS (pp. 20-21) que:

En su conclusión previa (2019), el comité señaló en el informe que en la legislación española [cuando] resulte imposible reintegrar al trabajador debido a la cesación o cierre de la empresa obligada u otra causa de imposibilidad material o legal, el juez o tribunal declarará que la relación laboral queda terminada a partir de la fecha de esta decisión y ordenará que el trabajador reciba una indemnización y los salarios impagados.

[...]

Los tribunales pueden otorgar una compensación adicional equivalente a 15 días de salario por año de servicio (la suma se calcula de forma proporcional para periodos de menos de 1 año), hasta un máximo de 12 meses de salario «en función de circunstancias específicas y el daño causado por la no reincorporación o la reincorporación ilegal» (arts. 281.2 y 286.1 de la Ley de la jurisdicción social). El comité señala que ambas compensaciones están sujetas a un límite.

[...].

En consecuencia, si la reincorporación resulta imposible, aunque se trate de un despido nulo por razón de una trabajadora embarazada, un órgano judicial interno no puede otorgar una compensación adecuada para compensar todos los daños sufridos, lo que para el CEDS constituiría una flagrante disconformidad de la legislación española, así como de la jurisprudencia social que lo interpreta, con los artículos 8.2 y 27.3 de la CSE. De este modo, el propio CEDS apuntaba la [Decisión de Fondo](#) que posteriormente adoptaría, la relativa a la reclamación colectiva de UGT (n.º 207/2022), en la que se cuestiona globalmente el sistema de indemnizaciones tasadas y topadas por despidos improcedentes, quebrando un modelo con décadas de vigencia y que está generando considerable inquietud. Por cierto, aunque se trata de otro tema, cabe apuntar que la prueba estadística evidencia que en las cuantías indemnizatorias por despidos improcedentes también existe sesgo de género.

Este número monográfico, coordinado por la profesora Molero, está dedicado al examen de las reformas legales del periodo 2022-2023 con perspectiva de género. En él se incluyen 6 estudios en los que se examinan algunos de los temas jurídico-laborales clave en esta materia. Así, en ellos se trata la violencia sexual en el trabajo a la luz del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo número 190 y la Ley orgánica 10/2022 (María Luisa Molero Marañón), las prestaciones de incapacidad temporal derivadas de la Ley orgánica 1/2023 (M.ª Begoña García Gil y Macarena Castro Conte), la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027 desde la perspectiva de género (Josefa Romeral Hernández), los nuevos permisos de cuidado del Real Decreto-Ley 5/2023, de 28 de junio (Cristina Aragón Gómez), la discriminación masculina por asociación (Jorge Torrent Margalef) y, finalmente, las novedades incorporadas por el Real Decreto-Ley 16/2022 en el hiperfeminizado trabajo del hogar familiar. Sin duda, se trata de un monográfico de gran interés y actualidad.

Junto a ello, bajo la impecable coordinación del profesor Fernando Ballester, la sección de diálogos con la jurisprudencia, como siempre, nos trae un soplo de actualidad judicial del orden social en forma de comentarios de sentencias de incuestionable interés.

Cómo citar: Miñarro Yanini, M. (2024). «Protección reforzada» de las trabajadoras embarazadas frente al despido: déficits legales y contradicciones aplicativas. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 480, 7-12. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.21573>

La violencia sexual en el trabajo a la luz del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo n.º 190 y la Ley orgánica 10/2022, de 6 de septiembre

María Luisa Molero Marañón

Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.

Universidad Rey Juan Carlos (Madrid, España)

luisa.molero@urj.es | <https://orcid.org/0000-0001-6590-7293>

Extracto

La entrada en vigor del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo n.º 190, así como la aprobación de la Ley orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, obligan a toda una serie de cambios normativos que inciden en la violencia sexual en el trabajo que son objeto de este estudio. De este modo, resulta necesario reformular la identificación de conductas de violencia sexual que han de combatirse en el ámbito de las relaciones de trabajo, integrar en todas sus dimensiones dichos actos de violencia en las políticas de prevención en la empresa y, finalmente, recuperar los derechos laborales a favor de las víctimas para romper la ley del silencio que impera en los entornos de trabajo.

Palabras clave: violencia sexual; género; acoso sexual; prevención; mujer; víctima; daño; inaceptable.

Recibido: 18-03-2024 / Revisado: 17-04-2024 / Aceptado: 17-04-2024 / Publicado: 07-05-2024

Cómo citar: Molero Marañón, M.^a L. (2024). La violencia sexual en el trabajo a la luz del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo n.º 190 y la Ley orgánica 10/2022, de 6 de septiembre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 480, 13-37. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.21509>



Sexual violence at work in the light of International Labour Organization Convention n.º 190 and Organic Law 10/2022, of 6 September

María Luisa Molero Marañón

Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.

Universidad Rey Juan Carlos (Madrid, España)

luisa.molero@urj.es | <https://orcid.org/0000-0001-6590-7293>

Abstract

The entry into force of International Labour Organization Convention n.º 190, as well as the approval of Organic Law 10/2022, of 6 September, have led to a series of regulatory changes that have an impact on sexual violence at work, which are the subject of this study. Thus, it is necessary to reformulate the identification of behaviours of sexual violence to be combated in the field of labour relations, to integrate these acts of violence in all their dimensions in prevention policies in the company, and finally to recover labour rights in favour of the victims, in order to break the law of silence that prevails in the workplace.

Keywords: sexual violence; gender; sexual harassment; prevention; women; victim; damage; unacceptable.

Received: 18-03-2024 / Revised: 17-04-2024 / Accepted: 17-04-2024 / Published: 07-05-2024

Citation: Molero Marañón, M.ª L. (2024). Sexual violence at work in the light of International Labour Organization Convention n.º 190 and Organic Law 10/2022, of 6 September. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 480, 13-37. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.21509>



Sumario

1. Marco normativo de referencia
2. La necesidad de acoger una noción general de violencia sexual en la legislación interna
3. La ampliación sustancial del ámbito de aplicación de la violencia sexual en el trabajo
4. La trascendencia sustancial de incorporar la protección de las violencias sexuales en la política de prevención de riesgos laborales
5. Los malogrados derechos laborales para las víctimas de violencias sexuales: ¿seguimos esperando su recuperación normativa?

Referencias bibliográficas

Nota: este estudio tiene su origen en la ponencia impartida en la jornada sobre «Análisis de las Reformas Legales 2022-2023 desde una perspectiva de género», el 26 de octubre de 2023, en la Universidad Rey Juan Carlos y se realiza dentro del marco del Proyecto puente de Investigación sobre «Ser mujer y trabajo en la era digital» (Ref. 2023/SOLCON-130825).

1. Marco normativo de referencia

Es indudable que los actos de violencia y acoso sexual no son manifestaciones que hayan aparecido en el contexto laboral actual, sino que desde antiguo la agresión a la mujer se ha producido con especial crudeza en el medio de trabajo, siendo un exponente paradigmático, por una parte, de la diferencia de la relación de poder que se produce en este ámbito y, por otra, de las connotaciones sexuales que se dan en las interacciones con las mujeres en las que el riesgo de abuso y posición de dominio se materializa con excesiva frecuencia en una conducta de esta naturaleza¹. A este respecto, resultan cruciales las consideraciones del preámbulo del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) n.º 190 cuando declara que:

[...] la violencia y el acoso por razón de género afectan de manera desproporcionada a las mujeres y a las niñas, y [reconoce también] que la adopción de un enfoque inclusivo e integrado que tenga en cuenta las consideraciones de género y aborde las causas subyacentes y los factores de riesgo, entre ellos los estereotipos de género, las formas múltiples e interseccionales de discriminación y el abuso de las relaciones de poder por razón de género, es indispensable para acabar con la violencia y el acoso en el mundo del trabajo.

Y es que, como se ha dicho con acierto, «todas las formas de violencia sexual tienen un claro componente de sexo y género femenino» (Ramos Quintana, 2022). Dicha realidad social no es nueva, pero sí lo es el foco de atención que ha recibido en los últimos tiempos, donde han emergido movimientos de dimensión global (p. ej., #MeToo), o en determinados sectores (en el fútbol femenino, el movimiento #SeAcabó), o con ocasión del 8M o del pronunciamiento de determinadas resoluciones judiciales contra actos de violencia y acoso sexual que han visibilizado una realidad enormemente silenciada o escondida y, por ende, normalizada. Ello ha conducido a un cambio de orientación en la que los comportamientos prohibidos han sido normativizados de una manera más amplia y significativa en determinadas disposiciones internacionales y nacionales que han dado últimamente pasos cruciales en la propia identificación de las conductas censurables en el medio de trabajo y en el ámbito de su tutela desde la perspectiva de la prevención y de la protección. Resulta en este estudio imposible tratar todas las cuestiones que plantea dicha problemática y, por tanto, nos

¹ Véase *Recomendación General n.º 19: La violencia contra la mujer. CEDAW* (1992). <https://www.refworld.org/es/leg/general/cedaw/1992/es/129903>

vamos a centrar, por razón del denominador común que aglutina los resultados de la Jornada de Análisis de Reformas Legales 2022-2023, en las novedades que implica el Convenio OIT n.º 190 sobre violencia y acoso, que desde el 25 de mayo de 2023 ya es norma vinculante para nuestro país, así como las dispuestas por la aprobación de la Ley orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (LOGILS), que persigue como objetivo «la garantía y protección integral del derecho a la libertad sexual y la erradicación de todas las violencias sexuales». En particular, nos centraremos en los siguientes aspectos cruciales en el avance de la protección de la violencia sexual. Nos referimos a la necesidad de reformular la identificación de conductas de violencia sexual que han de combatirse en el ámbito de las relaciones de trabajo, en la trascendencia del cambio de enfoque que ha de integrarse en las políticas de prevención frente a dichos actos de violencia que necesariamente debe ser reforzado y, finalmente, en los derechos laborales a favor de las víctimas.

Todo ello, sin perjuicio de indicar que se está produciendo una cascada de reformas normativas que afectan a dicha problemática y que, con carácter general, no están siendo bien coordinadas (RDL 6/2019, RD 901/2020, Ley 2/2023 y Ley 4/2023); indudablemente, se está requiriendo una mayor racionalización del disperso cúmulo de normas que incide en este ámbito de tutela frente a las violencias sexuales que establezca un tratamiento mucho más unificado e integral y que además sea eficazmente aplicado.

2. La necesidad de acoger una noción general de violencia sexual en la legislación interna

La entrada en vigor del Convenio OIT n.º 190 conduce a que se deban redefinir los actos de violencia y acoso que han de ser perseguidos y protegidos por la legislación laboral española, dejando bien claro a las víctimas y al entorno de trabajo que dichos comportamientos no deben ser aceptados, al estar prohibidos, dando cumplimiento al mandato de la norma internacional (arts. 4.2 a). En tal sentido, la norma internacional define la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, de forma conjunta, como:

[...] conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género (art. 1 a).

Añadiendo que esta última expresión «designa la violencia y el acoso que van dirigidos contra las personas por razón de su sexo o género, o que afectan de manera desproporcionada a personas de un sexo o género determinado, e incluye el acoso sexual» (art. 1 b). Por tanto, la violencia y el acoso por razón de género es una concreta categoría dentro de la noción general en la que se incluye expresamente el acoso sexual. Consecuentemente,

es obligado que en la legislación española se realice una intervención normativa que recoja la definición general de violencia y acoso que opere como concepto común o mínimo y traspasando la noción que define el acoso sexual o el acoso por razón de sexo en la Ley orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (arts. 7.1 y 2 LOIEMH), y elabore una definición de violencia sexual en el medio de trabajo que incluya en su seno las distintas manifestaciones de actos de violencia, incluyendo el acoso sexual y el ciberacoso². Como se sabe, en la citada LOIEMH, que mejora la noción fijada por la Directiva 2006/54/CE³, se define el acoso de esta naturaleza como «cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular, cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo», calificándose al igual que el de por razón de sexo, como «discriminatorio».

Ahora bien, a raíz de la entrada en vigor del Convenio OIT n.º 190, ha de quedar claro en la legislación española que para la presencia de la violencia sexual en el medio laboral no es necesaria la reiteración del comportamiento, pudiendo bastar una sola conducta de índole sexual, que puede ser verbal (comentarios sobre su aspecto, bromas sexuales, rumores sobre su vida sexual), no verbal (gestos, miradas, correos) o física (hasta acercamientos excesivos), a diferencia de lo que se exige en los comportamientos de acoso moral o *mobbing*⁴. Dicha inexigibilidad de reiteración ya se había admitido por la Sentencia del Tribunal Constitucional 56/2019, de 6 de mayo, para tipificar el acoso moral; no obstante, es importante su extensión expresa al ámbito de la violencia sexual. En cualquier caso, es fundamental el carácter o connotación sexual de dichas manifestaciones para situarnos ante un acto de violencia de esta naturaleza, no siendo necesaria una conducta persistente o recurrente, bastando un solo episodio para calificarse como tal. De otro lado, la norma no exige, a diferencia de la Directiva 2006/54, que el comportamiento sea «no deseado», al igual que la ley española⁵. De forma muy acertada, no se exige rechazo u oposición de la víctima, por tanto, la agredida no tiene por qué probar el rechazo u oposición a tal conducta. Es más, se debería presumir que este tipo de comportamientos de naturaleza sexual no son deseados, aceptados o tolerados por la víctima, siendo ponderados de forma objetiva, sin que dependa tanto de la respuesta de la víctima. Como indica Mackinnon (1979), «el acoso sexual es el reflejo de una desigual relación de poder», por tanto, no es fácil para la víctima el rechazo a presiones directas o indirectas que puede sufrir. Como se ha dicho con razón, su consentimiento no tiene mucho valor porque puede ser más formal que real,

² Véase al respecto, Molina Navarrete (2021, p. 101) y Moreno Márquez (2023, p. 97).

³ La LOIEMH traspone al ordenamiento español la Directiva 2002/73/CE y la Directiva 2004/113/CE, del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro; refundidas en la Directiva 2006/54/CE. Más adelante, se habrá de analizar si afecta a dicha definición la aprobación de la propuesta de directiva relativa a la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica adoptada el 8 de marzo de 2022.

⁴ Véase para el listado de conductas que pueden constituir en cada apartado acoso sexual, las páginas 11 y 12 del estudio realizado por Comisiones Obreras (CC. OO.) –2021–.

⁵ De importante avance lo calificó, en su momento, Correa Carrasco (2019, p. 35).

por miedo a sufrir represalias en su situación laboral, como pérdida de su puesto de trabajo u otras consecuencias (Cruz Villalón, 2023); por tanto, incluso, el silencio de la víctima puede entenderse como rechazo implícito (Heras Hernández (2021, p. 644).

Asimismo, tampoco es necesaria la prueba de una intencionalidad concreta por parte del sujeto infractor (Lousada Arochena, 2019, p. 60, y Molina Navarrete, 2019b). Y es que no se puede exigir el dolo o un ánimo de atentar contra la dignidad de una persona, ni tan siquiera se requiere un resultado concreto materializado en un daño, sino solo la potencialidad de causarlo. La conducta constitutiva de violencia sexual no tiene por qué realizarse de forma consciente por el agresor, ni con la intención específica de humillar o incomodar o de conseguir una satisfacción de índole sexual. Parece claro que a la vista de la redacción del Convenio OIT n.º 190, que hace referencia a que el comportamiento de violencia puede tener «por objeto, causar o ser susceptible de causar» un daño de diversa naturaleza, no es exigible acreditar una determinada intención por parte del agresor. Es más, a la luz de los patrones sociales y culturales que imperan en nuestra sociedad, no resulta infrecuente que el sujeto infractor pudiera no tener intención de causar el daño que infiere, dándose estos comportamientos en un ambiente festivo o lúdico, pero ello no es óbice para que su conducta deba ser combatida. Lo fundamental es probar un comportamiento objetivamente idóneo de índole sexual que causa, o es susceptible de causar, «un daño físico, psicológico, sexual o económico», resultando mucho más relevante el elemento objetivo que el subjetivo (Pons Carmena, 2021). No obstante, la persistencia en la conducta o la intención deliberada y consciente del sujeto infractor, indudablemente, modularán la sanción aplicable y en su caso la reparación indemnizatoria, pero no constituirán elementos del tipo jurídico para la misma existencia del acto de violencia y acoso (sexual), sino para enjuiciar su gravedad.

Todo lo anterior no contradice la definición legal de violencia sexual que adopta la LOGILS cuando la identifica con «cualquier acto de naturaleza sexual no consentido o que condicione el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado, incluyendo el ámbito digital» (art. 3.1), que incluye la agresión sexual, el acoso sexual y la explotación de la prostitución ajena, resultando que en el ámbito de la legislación laboral, como ya se ha indicado, no se requiere la acreditación de la falta de consentimiento para entender que se ha producido un acto de violencia sexual. Con respecto a su concepción, es importante llamar la atención de nuevo sobre que la violencia sexual no se identifica exclusivamente con el acoso sexual, sino que está utilizando una noción más amplia, en la que se admite «cualquier acto de naturaleza sexual» en línea con el Convenio OIT n.º 190, que condiciona el derecho a la libertad sexual de la agredida, utilizándose en varios de sus preceptos la condición de «víctima de violencia sexual» o la protección frente a las «violencias sexuales», cuya noción ha de reconducirse a lo ya expuesto por el Convenio OIT n.º 190 como noción mínima o común⁶. Asimismo, en el seno de la definición, cabe destacar la importancia que otorga dicho texto legal a la violencia sexual en el ámbito digital, en particular, indica que:

⁶ Véase al respecto, Ramos Quintana (2023).

la presente ley orgánica pretende dar respuesta especialmente a las violencias sexuales cometidas en el ámbito digital, lo que comprende la difusión de actos de violencia sexual a través de medios tecnológicos, la pornografía no consentida y la extorsión sexual (Molina Navarrete, 2019a).

Con anterioridad, el Convenio n.º 190 también se había referido a la violencia y acoso «en el marco de las comunicaciones que estén relacionadas con el trabajo, incluidas las realizadas por medio de tecnologías de la información y de la comunicación» (art. 3). Como ha declarado el Parlamento Europeo recientemente:

[...] el ciberacoso, como forma de ciberviolencia de género, está creciendo de forma constante a consecuencia del uso extendido de internet, incluidas las nuevas tecnologías y las redes sociales, lo permite que los autores de los hechos se sientan seguros al amparo del anonimato; que el acoso sexual en línea puede manifestarse, entre otras formas, como difusión no consentida de contenido íntimo, ciberacoso, explotación, coerción o amenazas de tipo sexual, acoso sexualizado y sexualización no deseada⁷.

En este sentido, resulta llamativa la ausencia de referencia alguna en la legislación laboral española a dicha realidad intensamente incrementada desde la pandemia, con la generalización del uso de las tecnologías e internet, así como del trabajo en remoto o teletrabajo, resultando realmente conveniente que desde la ley se realizase un listado de comportamientos inaceptables de violencia y acoso en la dimensión sexual que nos ocupa, que resultan inadmisibles en el medio laboral, no relegando dicha función a la negociación colectiva (Moreno Márquez, 2023, p. 122)⁸.

A la vista de lo expuesto, parece necesario que los comportamientos o prácticas prohibidas en el entorno laboral sean significativamente ampliados a la luz de la norma internacional que es derecho vinculante para España, en claro paralelismo a lo dispuesto en la LOGILS. Desde esta perspectiva, resulta realmente conveniente acoger en el Estatuto de los Trabajadores (ET) del siglo XXI una definición general de violencia y acoso que exprese los elementos del tipo que se acaban de señalar de forma común, tal y como permite el Convenio n.º 190 de la OIT, y que incluya la violencia sexual como tipo específico en el que, entre otras manifestaciones, se incluya el acoso sexual, revisando todos aquellos preceptos en los que se menciona el acoso para ampliarse a la noción violencia

⁷ Resolución del Parlamento Europeo, de 1 de junio de 2023, sobre el acoso sexual en la Unión y el análisis del movimiento #MeToo. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0217_ES.html
Véase De Stefano *et al.*, 2020.

⁸ Véase sobre los efectos de la pandemia en el aumento de la violencia sexual, más a fondo, en Molero Marañón (2022).

sexual, pudiendo posteriormente deslindarse los distintos tipos de acoso (arts. 4.2 e) y 54.2 g) ET), reconociéndose, asimismo, el derecho de las personas trabajadoras a no sufrir conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo, incidiendo especialmente en el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en los términos previstos en la LOIEMH, incluidos los cometidos en el ámbito digital (art. 12.1 LOGILS). A este respecto, es realmente crucial que se hiciera por la norma una referencia expresa a la violencia a través de medios tecnológicos, incluida la que se comete en las redes sociales, estableciendo manifestaciones específicas que tienen lugar a través de las mismas, como difusión de videos o cualquier material de contenido sexual, grabación de imágenes degradantes, comentarios de índole sexual en los grupos de mensajería, etc., cuya tipificación expresa estamos convencidos alentaría implícitamente a su denuncia.

Desde esta perspectiva, la intervención legislativa en el seno del nuevo ET materializaría el compromiso de que los poderes públicos impulsarán en el corpus central de la legislación laboral dicha concepción amplia de violencia sexual que no se limita a una conducta de acoso, sino que en línea con el compromiso que asumen los Estados que ratifiquen el Convenio de la OIT n.º 190 garantizaría que la citada violencia y acoso estén presentes en las políticas nacionales, adoptando «una legislación que defina y prohíba la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, con inclusión de la violencia y el acoso por razón de género» (art. 7). De esta forma, ya se han hecho eco los sindicatos y asociaciones empresariales más representativas en el V Acuerdo sobre Negociación Colectiva y Empleo, en el que se abre un capítulo XV sobre «Violencia sexual y de género», en el que expresamente se hace referencia a la necesidad de impulsar la prevención «frente a las violencias sexuales», promoviendo la actuación de la negociación colectiva con:

[...] condiciones de trabajo que garanticen empresas y centros de trabajo como espacios seguros y libres de violencias y acosos sexuales o por razón de sexo, así como la dignidad de las personas trabajadoras, evitando conductas contra la libertad sexual y la integridad en el trabajo.

El silencio del legislador en el ET no colabora a la protección de estas conductas de violencia sexual que pueden vulnerar los derechos fundamentales de integridad física y moral (art. 15 Constitución española –CE–), derecho a la intimidad (art. 18 CE), derecho a la igualdad y prohibición de discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) y dignidad de la persona (art. 10 CE).

Como afirma la LOGILS, constituyen «una de las violaciones de derechos humanos más habituales y ocultas de cuantas se cometen en la sociedad española, que afectan de manera específica y desproporcionada a las mujeres y a las niñas» (preámbulo LOGILS) e «impactan en el derecho a decidir libremente [...] sobre el [derecho al] desarrollo de la propia sexualidad de manera segura, sin sufrir injerencias o impedimentos por parte de terceros y exentas de coacciones, discriminación y violencia».

3. La ampliación sustancial del ámbito de aplicación de la violencia sexual en el trabajo

A la luz de las nuevas normas, es fundamental abrir el campo de actuación donde pueden operar los comportamientos de violencia sexual, tanto en el ámbito subjetivo, como objetivo. Con relación a los sujetos susceptibles de protección, se incluyen con una vocación omnicompreensiva a los «trabajadores y a otras personas en el mundo del trabajo», incluyendo a los empleados asalariados, según se define en la legislación nacional; así como a las personas que trabajan, «cualquiera que sea su situación contractual», y a «las personas en formación, incluidos los pasantes y los aprendices» (art. 2.1 Convenio OIT 190). Correlativamente, parece claro que se integran todas las personas trabajadoras en régimen laboral ex artículo 1.1 del ET, integrando expresamente a las fijas-discontinuas, contratos de duración determinada y con contratos en prácticas (art. 12.2 LOGILS), entendiendo «comprendidas» como personas en formación, las contratadas en alternancia y para la obtención de una práctica profesional (art. 11 ET), así como los becarios –incluidos como beneficiarios de las medidas preventivas– y, expresamente, los estudiantes en prácticas curriculares y extracurriculares, pese a no ser trabajadores, pero se trata de personal en formación, siendo usual en estos casos, cuando son mujeres, que sean muy jóvenes, siendo más proclives a las conductas de violencia sexual (Resolución del Parlamento Europeo, de 1 de junio de 2023, sobre acoso sexual). Por otro lado, se ha de incluir también a los trabajadores que no están en activo, «los trabajadores despedidos, los voluntarios, las personas en busca de empleo y los postulantes a un empleo» (art. 2.1 Convenio OIT 190), de los que la LOGILS no hace mención alguna, salvo en el caso de voluntariado, pero que han de ser integrados en la protección, puesto que, en dichas secuencias, la mujer se encuentra en una situación de especial vulnerabilidad: la aspirante a un puesto de trabajo o la despedida debe seguir siendo tutelada frente a dichos comportamientos de violencia sexual. Asimismo, se han de incluir a las trabajadoras «que ejercen la autoridad, las funciones o las responsabilidades de un empleador», que se trata de un colectivo para el que se incrementa en un 75 % el riesgo de violencia (Resolución del Parlamento Europeo, de 1 de junio de 2023, sobre acoso sexual). La vocación amplia de la norma internacional integra a todos los sectores, tanto el público, como el privado, como de la economía formal e informal de las zonas urbanas o rurales, siendo que la cobertura de la informalidad o, también denominada «economía sumergida», es fundamental, puesto que resulta un ámbito especialmente proclive al abuso, al estar las víctimas más desprotegidas por estar fuera del sistema, resultando esencial para su tutela la intervención de las autoridades públicas. Asimismo, según las circunstancias de la prestación, se podría incluir a los autónomos ordinarios, económicamente dependientes, si trabajan en las instalaciones de la empresa de forma estable y, por supuesto, a los falsos autónomos, puesto que el convenio literalmente incluye a trabajadores y a otras «personas en el mundo del trabajo» (art. 2). Parece claro que el ámbito subjetivo va más allá de la noción de trabajador asalariado en activo, comprendiendo a otros sujetos que requieren de protección, pero sin incluir decididamente a posibles terceros (art. 4.2).

Desde esta perspectiva y siguiendo la estela de la Recomendación n.º 206 sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, la ley española prescribe que se van a beneficiar de las acciones de tutela personas que no pertenecen a la empresa o, lo que es lo mismo, que no tienen un vínculo contractual, pero de cuya prestación de servicios se benefician, como el personal de puesta a disposición (art. 12.2 LOGILS), expresamente incluido, a diferencia del personal de las empresas subcontratadas que trabajan para la principal. A este respecto, existen problemas prácticos para poder activar los mecanismos de tutela cuando el acosador o el acosado o víctima de la violencia sexual está fuera de la empresa, al ser un tercero, como un cliente, proveedor de servicios, público, usuario o un colaborador externo, perteneciente a una organización productiva distinta, puesto que la norma legal nacional e internacional no contempla apenas previsión alguna, a diferencia de la Recomendación n.º 206 (art. 8 b). En este sentido, se dan en algunos planes de igualdad previsiones que tratan de resolver dichas situaciones, imponiendo la coordinación de las empresas implicadas para la activación del protocolo correspondiente (Plan de Igualdad de Explotaciones Aranda y de Amadeus). De este modo, resulta de interés reproducir el contenido de las infracciones administrativas graves en relación con el acoso sexual «cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo de la misma» (art. 8.13 Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social –LISOS–); el acoso discriminatorio, incluyendo el acoso por razón de sexo, cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, «cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, este no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo» (8.13 bis LISOS).

Por otro lado, es importante considerar que desde la entrada en vigor del Convenio OIT 190, ya no es necesario que los comportamientos de violencia sexual se produzcan en el ámbito de la organización y dirección empresarial, donde el empresario mantiene y ejerce sus poderes directivos. A la luz de la disposición internacional, se ha flexibilizado sustancialmente la conexión entre el comportamiento prohibido y el trabajo, puesto que la norma indica que se aplica a «la violencia y el acoso en el mundo del trabajo que ocurren durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado del mismo». Por tanto, basta que el trabajo o la relación de trabajo sea el desencadenante directo de la conducta, siendo suficiente, incluso, con que proporcione la ocasión, no siendo tampoco imprescindible ni que ocurra en el lugar de trabajo, ni en horas de trabajo. Expresamente, se hace referencia al lugar de trabajo, ya sean espacios públicos o privados, admitiéndose expresamente los lugares de trabajo donde se paga, se descansa, se come, instalaciones sanitarias, aseo y vestuarios, debiendo igualmente aceptarse el domicilio en los trabajos del hogar o en el teletrabajo. Igualmente, se admite en los desplazamientos, viajes, eventos o actividades sociales o de formación relacionadas con el trabajo, cuyos lugares por lo común se sitúan en un ámbito físico extralaboral, pero tienen directa conexión con la actividad laboral, al igual que los trayectos entre el domicilio y el lugar de trabajo. Finalmente, es imprescindible que se extienda a las comunicaciones relacionadas con el trabajo, incluidas las realizadas por las tecnologías de la información y comunicación (correos, mensajes, audios, videollamadas, etc.), incorporándose en los comportamientos prohibidos el medio digital,

donde el lugar y tiempo de trabajo se difuminan, admitiéndose cada vez con mayor frecuencia los espacios privados, ya sea en el ámbito laboral o extralaboral que se intensifica, si entra en juego la tecnología, como ámbito de aplicación donde se pueden producir las violencias sexuales.

4. La trascendencia sustancial de incorporar la protección de las violencias sexuales en la política de prevención de riesgos laborales

Desde la entrada en vigor del Convenio de la OIT n.º 190 en nuestro país, parece obligado que dentro de la tutela de la violencia y acoso se refuerce la dimensión preventiva, que interpela directamente al empresario, que tiene el deber de proteger a las personas trabajadoras frente a los riesgos laborales (art. 14.1 Ley de prevención de riesgos laborales –LPRL–), debiendo fijar una política en el lugar de trabajo relativa a la violencia y al acoso. En suma, la perspectiva que se adopta es que no se debe concebir como un problema individual que afecta a la víctima trabajadora, sino que ha de ser encuadrado en el marco de la seguridad y salud en el trabajo, en el que el empresario es su máximo garante, debiendo participar en su tutela las personas trabajadoras y sus representantes. Por tanto, la violencia y el acoso se tienen que incorporar de forma integral en la gestión de la seguridad y salud en el trabajo, así como los riesgos psicosociales asociados a los mismos, identificando los peligros y evaluando los riesgos de violencia y acoso, informando y formando a las personas trabajadoras y otros sujetos implicados de los que se hayan identificado, teniéndolos en cuenta en la plenitud de la planificación de la actividad preventiva (art. 9)⁹. Desde esta orientación, se pronuncia la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027, que, en su objetivo 5, establece que se desarrollarán criterios, guías o herramientas para ayudar a las empresas a integrar la perspectiva en la gestión de los riesgos, en especial en las evaluaciones y medidas preventivas, incluyendo la violencia sexual de conformidad con la LOGILS, así como la incorporación de la prevención de riesgos laborales en los planes de igualdad.

La LOGILS, con cierto paralelismo a la disposición internacional, establece determinadas obligaciones para prevenir dichas conductas. En concreto, las empresas deben:

[...] promover condiciones de trabajo que eviten la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo, incidiendo especialmente en el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, en los términos previstos en la Ley 3/2007 [...] incluidos los cometidos en el ámbito digital (art. 12.1).

⁹ A este respecto, se pronuncia con contundencia por incorporar los riesgos de violencia y acoso en el marco de la prevención, Romeral Hernández (2021, p. 595).

Como se ha expuesto con razón por el Consejo Económico y Social (CES), dicha norma «adolece de una notoria confusión» sin saber con claridad a qué condiciones de trabajo se refiere y de manera especial se echa en falta la ausencia de su coordinación con las herramientas que hasta ese momento habían servido para detectar, prevenir y actuar frente al acoso sexual y el acoso por razón de sexo que, como es sabido, se articulaban en torno al plan de igualdad (CES, 2020). Se trata de una norma muy difusa que no establece realmente una obligación concreta y específica sobre qué condiciones de trabajo se han de promocionar con el fin de neutralizar dichos riesgos, revistiendo un contenido meramente programático, que se queda muy corto, dada la trascendencia que tienen estos riesgos, cuando se materializan¹⁰.

De forma más específica, a continuación, el mismo precepto establece que dichas empresas deberán «arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido víctimas de estas conductas, incluyendo específicamente las sufridas en el ámbito digital» (art. 12.1 LOGILS). En efecto, al integrarse dentro de la finalidad preventiva la comisión de delitos, se ha indicado que se trataría de «procedimientos para la prevención de la criminalidad sexual en la empresa, aproximándose su conceptualización a los programas de prevención de riesgos penales, previstos por el artículo 31 bis del Código Penal» (Sáez Lara, 2022, p. 32); no obstante, a nuestro juicio, su alcance es sustancialmente más amplio que el ilícito penal (título VIII, libro II, Código Penal), incluyendo cualquier otra conducta contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo y, de forma especial, frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo.

A este respecto, esta última alusión conduce a que dichos procedimientos encuentren como referencia a los ya adoptados por la legislación laboral, con ocasión de la aprobación de la LOIEMH, que ya fijó como contenido del plan de igualdad la prevención del acoso sexual y por razón de sexo (art. 46 LOIEMH), imponiéndose la obligación para «todas» las empresas de establecer procedimientos específicos para la prevención del acoso sexual y el acoso por razón de sexo, que podrán ser negociados por los representantes de los trabajadores, pudiendo consistir en códigos de buenas prácticas, campañas de sensibilización y/o informativas y acciones de formación (art. 48 LOIEMH). Consecuentemente, con anterioridad a la LOGILS y en cumplimiento de la LOIEMH, las empresas, al margen de su dimensión, han elaborado a lo largo de estos años fundamentalmente protocolos de acoso sexual, bien en el marco de la prevención de riesgos laborales, a través del plan de prevención; bien en el marco del plan de igualdad, o, en su caso, en los convenios colectivos, que han adoptado medidas para combatir situaciones de acoso sexual y acoso por razón de sexo, dentro de su articulado, o a modo de anexo recogido en el propio convenio colectivo, que con cierta frecuencia no han dado resultados efectivos¹¹.

¹⁰ En esta dirección, Álvarez Cuesta (2023, p. 16).

¹¹ En esta dirección, Ramos Quintana (2023).

Más recientemente se ha modificado la normativa de los planes de igualdad, exigiendo como materia obligatoria en el diagnóstico del plan «el análisis y principales conclusiones en materia de prevención del acoso sexual y por razón de sexo» (arts. 46.2 i) LOIEMH y 7.1 i) RD 901/2020), a efectos, en su caso, de prever medidas posteriormente dentro del plan de igualdad, pero no se imponen los tipos de medidas a adoptar, dependiendo del diagnóstico en este terreno. Se sugiere que sean protocolos de actuación, pero no se exigen (Navarro Prieto, 2023), estableciéndose en el reglamento de desarrollo el procedimiento de actuación frente al acoso sexual y acoso por razón de sexo, formando parte de la negociación de dichos planes (anexo RD 901/2020), cuya inclusión es de especial trascendencia si se tiene en cuenta que afecta a un sustancial mayor número de empresas y su reglamentación resulta ya más exigente en su contenido. A este respecto, hubiera sido conveniente que la LOGILS precisará en mayor medida sus contenidos, pero sobre todo que hubiera establecido algún tipo de remisión o coordinación con las normas que afectan a los planes de igualdad.

En efecto, la LOGILS modifica el citado artículo 48 de la LOIEMH redefiniendo los anteriores protocolos antiacoso como procedimientos de prevención que eviten la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo, incidiendo especialmente en el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, incluidos los cometidos en el ámbito digital (disp. final décima). Así, se aprecia un tránsito de estos procedimientos que tenían su foco de atención exclusivamente en las conductas de acoso sexual y acoso por razón de sexo para ser significativamente ampliados, no solo a la comisión de delitos, sino a cualquier conducta contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo, induciendo a interpretar que se está haciendo referencia a las denominadas violencias sexuales, «entendidas como cualquier acto de naturaleza sexual no consentido o que condicione el libre desarrollo de la vida sexual» (art. 3 LOGILS). Resultaría fundamental que se identificaran en dichos protocolos o procedimientos de prevención las conductas prohibidas, incluyendo de forma genérica la definición de violencia sexual en el medio laboral a la luz de lo expuesto por el Convenio de la OIT n.º 190. De este modo, con una finalidad pedagógica, se deberían especificar los componentes esenciales para que una conducta de esta índole esté prohibida, incluyendo asimismo un listado de comportamientos inaceptables, adaptados al ámbito de la empresa o el sector, que no solo se refirieran al acoso sexual y al acoso por razón de sexo, sino también a otras manifestaciones de violencias sexuales, incluidas las cometidas en el ámbito digital, y expresamente al ciberacoso, así como la identificación de los grupos de trabajadoras más expuestos a dichos riesgos, cumpliendo así una función preventiva. Como se ha dicho con razón, es necesario mejorar el contenido de estos protocolos e incidir en su dimensión preventiva, y no solo enfocar el protocolo para la resolución del conflicto ante una situación que ya se ha materializado, sino que deberían servir también para prevenir la comisión de este tipo de comportamientos, cumpliendo una función formativa o de sensibilización de la plantilla, enunciando las conductas que constituyen una violencia sexual en su sentido más amplio (Molina Navarrete, 2021, p. 97, y Moreno Márquez, 2023, pp. 128-129).

A este respecto, la representación de los trabajadores debería asumir una importante función, puesto que dicha tipología de procedimientos deberá negociarse con el sujeto colectivo, pudiendo adoptar, conforme a la reforma, la forma de códigos de buenas prácticas, campañas informativas o acciones de formación (obviando llamativamente a los protocolos), al menos cuando se enmarquen en el seno del plan de igualdad (art. 48.1 LOIEMH), puesto que en el resto de las empresas la norma legal sorprendentemente no establece la obligación de negociar con la representación en su primer apartado, pero sí en el segundo, deduciéndose que en el caso de que haya representación deberá la empresa abrir negociación con dicho sujeto, sin que se exija acuerdo en todo caso (art. 12.2 LOGILS). En este sentido, resulta muy criticable la redacción adoptada por este precepto que esta carente de rigor jurídico, sin que haya una razón lógica para diferenciar la función de la representación de los trabajadores en un caso frente a otro, cuando parece que el objetivo que se persigue es el mismo, al igual que sucede con la previsión fijada para los planes de igualdad (art. 48 LOIEMH).

Asimismo, dichos representantes también deberán cumplir una relevante función de sensibilización de las personas trabajadoras frente a la comisión de las violencias sexuales, teniendo la obligación de informar a la dirección de la empresa de las conductas o comportamientos de las que tuvieran conocimiento o pudieran propiciarlos (art. 48 LOIEMH). Dicha representación se debe convertir en un agente nuclear en la denuncia de dichas conductas muchas veces conocidas, pero normalizadas por el conjunto de la organización, o lo que es más grave, silenciadas por el miedo al conflicto o a las represalias. No obstante, es preciso tener en cuenta que el empresario es el sujeto obligado principal de «promover la sensibilización y ofrecer formación para la protección integral de las violencias sexuales a todo el personal a su servicio» (art. 12.2 LOGILS), pero a dicha función han de colaborar también los representantes de los trabajadores con una conducta proactiva. Ahora bien, cabe destacar que la concienciación de la tutela de las violencias sexuales opera frente a toda la plantilla, sin excepción (Espejo Mejías, 2023, p. 107). Por ello, se entiende implícitamente que se deberán difundir las acciones adoptadas de códigos de buenas prácticas, campañas informativas, protocolos o cualquier otra acción formativa, igualmente, entre todo el personal de la empresa, desde el mismo momento en que comiencen a trabajar para la misma.

Por otro lado, la LOGILS impone a las empresas «incluir en la valoración de riesgos de los diferentes puestos de trabajo ocupados por trabajadoras, la violencia sexual entre los riesgos laborales concurrentes, debiendo formar e informar de ello a sus trabajadoras» (art. 12.2 LOGILS). Se trata de la única previsión del texto legal en la que se hace referencia a los riesgos laborales, siendo que dicha disposición, desde luego, no cumple las previsiones dispuestas en el Convenio de la OIT n.º 190, que implica de forma integral incluir el riesgo de violencia y acoso en la gestión de la seguridad y salud laboral en la empresa (art. 9). En este sentido, llama la atención que en la LPRL se obvie el riesgo de violencia y acoso como posible riesgo a valorar y a evaluar, y en su caso a proteger, sin aludir ni al acoso sexual y acoso por razón de sexo, ni mucho menos a las violencias, ni a la de género ni a las sexuales relacionadas, con la única excepción relativa a la relación del servicio

del hogar familiar (disp. adicional decimoctava LPRL). Además, resulta realmente criticable que la evaluación de dichos riesgos se contraiga solamente a los puestos de trabajo ocupados por las trabajadoras y no a la totalidad de los puestos de trabajo, cuando en la organización laboral no hay puestos preceptivamente ocupados por mujeres o por hombres, sino que dicha realidad si se produce en una empresa, debería concebirse como coyuntural a la luz de las normas aplicables sobre planes de igualdad y entendemos que deberían ser exportadas a cualquier empresa¹². Es más, la obligación de valoración de los puestos de trabajo necesaria para detectar la brecha salarial debe ser analizada con criterios de carácter neutro con el fin de evitar que la evaluación esté condicionada por sesgos de género (arts. 28 ET y 4.4 RD 902/2020).

Por tanto, dicha valoración del riesgo de violencia tan limitada en su alcance conduce a considerar que realmente no se está haciendo referencia a una inclusión real y efectiva de la violencia sexual en la gestión de la seguridad y salud en el trabajo al modo que preceptúa el Convenio de la OIT n.º 190. Como se ha dicho con razón, es urgente e ineludible una reforma de la LPRL que contemple expresamente y de manera integral, y en los términos previstos en el Convenio de la OIT n.º 190, el riesgo de violencia y acoso en el trabajo, analizándose, asimismo, los factores relacionados con el medio laboral y el trabajo que pueden facilitar dichas situaciones de violencia (Espejo Mejías, 2023, pp. 108-111). Es crucial que se incorpore este riesgo en la evaluación de riesgos, siendo abordado como riesgo psicosocial, de una forma transversal en la organización, adoptándose medidas preventivas y estableciendo la obligación de vigilancia de la salud en su caso. En suma, debe haber una coordinación entre este tipo de protocolos y la política preventiva de la empresa en la que se incluyan importantes obligaciones de información y formación sobre las violencias sexuales para que se cree conciencia entre la plantilla de dichos riesgos y de las medidas de protección.

Por otro lado, como se sabe, los procedimientos de prevención también deben servir para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido víctimas de estas conductas, teniendo que garantizar para ser adecuados que sean canales accesibles, instruidos por personal formado y resueltos en tiempo razonable. Desde esta perspectiva, es importante distinguirlos de los cauces de denuncia previstos por la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas, que informen sobre infracciones normativas y de la lucha contra la corrupción, no existiendo ninguna norma de coordinación entre ambos canales, revelando una vez más una ordenación normativa muy dispersa y desorganizada. A la vista de la disciplina de ambas regulaciones y ante la comisión de una conducta de violencia sexual, se podrán activar ambos mecanismos (Lousada Arochena y Ron Latas, 2023, p. 77), pero no parece que simultáneamente, favoreciendo la denuncia de dichos comportamientos, que en este último caso se ven facilitados por admitirse denuncias anónimas que en determinados supuestos pueden constituir herramientas

¹² De forma crítica, se pronuncian sobre esta limitación Espejo Mejías (2023, p. 109) y Álvarez Cuesta (2023, p. 19).

eficaces para combatir más adecuadamente su puesta en conocimiento, investigación y paralización (Sáez Lara, 2023). A este respecto, no se puede obviar la dificultad y el miedo que tienen comúnmente las víctimas de la violencia sexual en el marco de la empresa de denunciar estos comportamientos, entre otras causas, por estar implicado un superior jerárquico o un compañero, por posibles represalias frente a la activación de estos protocolos que pueden llegar hasta la pérdida de empleo y por las dificultades con las que se encuentran para la acreditación de dichas conductas, provocando que la mayoría de las conductas queden silenciadas e impunes¹³. Como se indica por la Comisión Europea en la Estrategia Europea de Igualdad de Género 2020-2025, la violencia dirigida contra la mujer «porque es una mujer (...) sigue sin denunciarse y aún se subestima tanto dentro como fuera de la Unión Europea, siendo uno de los mayores retos de nuestras sociedades». En esta misma dirección, llama la atención el reducido número de infracciones propuestas por la Inspección de Trabajo frente al acoso sexual y la exigencia del protocolo durante los últimos años, donde se han ido incrementando las actuaciones, pero la imposición de sanción por dichas causas es todavía insignificante¹⁴. En todo caso, resultaría deseable que se estableciesen de forma expresa los incumplimientos específicos relativos a la normativa preventiva en relación con la violencia sexual, incluyendo expresamente el ciberacoso y otras manifestaciones de violencia sexual en el medio digital (Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2021-2023).

5. Los malogrados derechos laborales para las víctimas de violencias sexuales: ¿seguimos esperando su recuperación normativa?

Una de las novedades nucleares de la LOGILS respecto a las víctimas de violencias sexuales fue la de equipar a dichas trabajadoras a las víctimas de violencia de género en la atribución de una serie de derechos laborales y de Seguridad Social (art. 38), que tienen reconocidos en nuestra legislación desde la aprobación de la Ley orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género (art. 21), con ciertas modificaciones. En dicho texto normativo se reconocía un doble grupo de derechos que incidían, en primera instancia, en el mantenimiento del puesto de trabajo por parte de la víctima y, en segunda instancia, en la posibilidad de desvincularse de la relación laboral, que obligaban ambos a una reforma del propio ET (disp. final decimocuarta LOGILS). En efecto, como es sabido, la Ley 4/2023, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, contiene una disposición final decimocuarta que

¹³ Véase en esta dirección CC. OO. (2023, p. 5). También de interés las consideraciones de la Resolución del Parlamento Europeo, de 1 de junio de 2023, sobre acoso sexual.

¹⁴ Así, en el último Informe anual de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS, 2022): 7 infracciones por acoso sexual y 29 por protocolos de acoso sexual, tras 403 y 407 actuaciones, respectivamente.

conduce a que, de manera inopinada, se retorne a la redacción anterior de estos derechos, omitiéndose la crucial reforma producida por la LOGILS, derogando su extensión a las víctimas de violencias sexuales¹⁵. Por tanto, a día de hoy se ha de entender que la exigencia de estos derechos laborales no se puede reivindicar frente a la empresa, pese al desajuste producido con la normativa de Seguridad Social de protección por desempleo (arts. 267.1 b), 2.º, y 3 b) Ley general de la Seguridad Social –LGSS-). Dado que ha transcurrido más de un año y no se ha corregido dicho grave defecto de técnica jurídica, confiamos plenamente en que se restablecerá dicha innovación normativa, que exige una reforma legal que se entiende como vital para la activación tanto de las medidas preventivas como reactivas y, por ello, han de ser tratadas en este estudio. Ciertamente es que su reglamentación es transversal, refiriéndose a las funcionarias y a las trabajadoras por cuenta propia, pero por razón de espacio solo se tratarán los derechos laborales relativos a las trabajadoras sujetas al ET, que insistimos se han derogado por un crucial error de técnica jurídica, sin que hubiera una voluntad legislativa de derogarlos a los escasos meses de su aprobación, puesto que, a nuestro juicio, suponen un avance sustancial en el derecho a la protección efectiva de las víctimas de violencia sexual en el trabajo.

No se puede admitir con normalidad que el 72% de las trabajadoras no pongan en conocimiento de la empresa dicha situación (CC. OO., 2023, p. 8), por sentirse en una posición de indefensión, una vez que se deciden a denunciar la situación; para que las víctimas de la violencia sexual se sientan apoyadas y se activen las medidas de prevención previstas en el seno de la empresa, es realmente conveniente que tengan a su alcance la posibilidad de exigir dichos derechos laborales durante el desarrollo de la investigación y no solo una vez concluida, siempre, claro está, que acrediten su condición de víctimas de violencia sexual a través de los mecanismos que permite la LOGILS (art. 37). Aun cuando la ley no establece cuándo se han de poder exigir estos derechos frente a la empresa, se ha de entender que se debe favorecer su ejercicio desde las primeras actuaciones y no dilatar hasta la culminación del protocolo, o hasta la presencia de una medida sancionadora, o de una sentencia firme, sino que la trabajadora requiere protección desde el momento inicial, siempre, claro, que la víctima pueda acreditar su situación de violencia sexual. A este respecto, la LOGILS se decanta por unos amplios parámetros: informe de los servicios sociales, servicios especializados en igualdad y contra la violencia de género, Inspección de Trabajo, en caso de actuación inspectora, o por sentencia recaída en el orden social, o por cualquier otro título (art. 37 LOGILS), que debería incluir el informe de salud.

Deteniéndonos en el alcance de estos derechos, la LOGILS establece de cara a la preservación de la actividad laboral de la víctima toda una serie de acciones de flexibilidad interna relativas a la reducción de jornada y reordenación del tiempo de trabajo, movilidad geográfica, cambio de centro de trabajo, adaptación del puesto de trabajo y a los apoyos

¹⁵ Véase Goerlich Peset (2023). De la misma opinión, Lousada Arochena (2023, p. 29).

que precisen por razón de su discapacidad para su reincorporación (art. 38.1) y, de cara a su desvinculación, establece la posibilidad de cese temporal o definitivo de la relación laboral, con la suspensión del contrato con reserva de puesto y la extinción indemnizada del mismo (art. 38.1), así como la trascendente modificación de la justificación de las faltas de asistencia y puntualidad al trabajo (art. 38.4). Todo lo anterior implica una serie de modificaciones en el propio ET para garantizar los derechos, siendo completados en su alcance (disp. final decimocuarta LOGILS)¹⁶.

Bajo nuestro punto de vista, en la relación de derechos posibles y siempre que las circunstancias personales y profesionales de la trabajadora lo permitan y la organización de la empresa, se deberían articular de manera preferente los derechos de presencia, y no los de ausencia, que preservan la continuidad de la prestación de servicios y la retribución económica. Es decir, resulta de suma trascendencia para que el derecho de protección de la víctima sea integral, salvaguardar su permanencia en el trabajo, tanto el cambio en los tiempos de trabajo, a través de la adaptación del horario, horario flexible u otras formas de ordenación del tiempo, como puede ser un cambio de turno, como las que inciden en el lugar de trabajo, desde el teletrabajo o viceversa, hasta el cambio a un nuevo centro de trabajo e incluso con cambio de residencia (art. 40 ET) para separar a la víctima de su agresor, o de su supuesto agresor y de su entorno. El ejercicio de dichos derechos entiendo que deberían poder comenzar a invocarse, siempre previa acreditación de la violencia sexual, desde que se activa el protocolo en el seno de la empresa contra dichos comportamientos, siendo que con la efectividad de los mismos se persigue destensar la relación, evitando el contacto físico entre ambas partes, siempre que sea posible, de modo cautelar, durante el periodo en el que se desarrolla la investigación, hasta que se adopten las medidas correspondientes. A este respecto, es preciso que la organización laboral y el empleador de manera particular apoyen activamente a la víctima desde el mismo momento en que decide iniciar un procedimiento en el seno de la empresa, y no solo cuando ya nos encontramos en una fase posterior de culminación del mismo, y de adopción, en su caso, de las medidas sancionadoras correspondientes. A este respecto, se ha de tener en cuenta que el Convenio de la OIT n.º 190 garantiza que:

[...] todo trabajador tenga el derecho de alejarse de una situación de trabajo sin sufrir represalias u otras consecuencias indebidas, si tiene motivos razonables para considerar que esta presenta un peligro grave e inminente para su vida, su salud o su seguridad a consecuencia de actos de violencia y acoso, así como el deber de informar de esta situación a la dirección [...],

siendo estos derechos los que materializan el derecho de separación de la trabajadora.

¹⁶ En concreto, se modifican los artículos 37.8, 40.4, 45.1 d), 49. 1 m), 53.4 b) y 55.5 b) del ET.

En relación con el cambio de centro de trabajo, la reforma de la LOGILS no solo hace extensivo el derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente «que la empresa tenga vacante en cualquier otro de sus centros de trabajo», sino que su duración con reserva de su puesto de trabajo, que se puede extender entre 6 y 12 meses, puede finalizar también con la extinción indemnizada del contrato de trabajo de 20 días de salario por año de servicio, con un máximo de 12 mensualidades. De esta forma, se convierte en un supuesto equivalente al que se produce con la extinción objetiva por traslado a instancias del empresario, que quizás no en todo caso pueda legitimarse si el empresario ha adoptado con diligencia todas las medidas correspondientes frente a la posible situación de violencia sexual y frente al agresor¹⁷. No obstante, no se puede obviar que estos derechos tienen una naturaleza instrumental, puesto que van dirigidos a «hacer efectiva la protección de la víctima o su derecho a la asistencia social integral» (arts. 37.8 y 40.4 ET). En efecto, aunque la ley establece las tres alternativas como posibles, pudiendo la trabajadora seleccionar entre regresar a su puesto de trabajo anterior, mantener el puesto nuevo o extinguir el contrato de trabajo, parece que la ley está promoviendo la continuidad de la actividad laboral durante un periodo prolongado de tiempo, dejando la posibilidad de extinción contractual como *ultima ratio*, una vez finalice el término de la movilidad o cambio de centro, con el fin de que se haya resuelto la situación de violencia sexual. Ahora bien, en todo caso, la trabajadora víctima de la violencia sexual es la que tiene la última palabra o *ius electionis*, conforme al texto legal, en ejercer cualquiera de las tres opciones anteriores.

Asimismo, a la relación de esta serie de derechos, que persiguen como objetivo central el mantenimiento de la trabajadora en su prestación de servicios en lugar de su expulsión de la empresa, se ha de unir una última previsión del precepto que hace referencia a que «las ausencias o faltas de puntualidad al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivadas de las violencias sexuales se considerarán justificadas y serán remuneradas, cuando así lo determinen los servicios sociales de atención o servicios de salud» (art. 38.4). Dicha previsión, que ha sido la más polémica, resulta nuclear en el contexto en el que se suelen desarrollar los comportamientos de violencia sexual, que pueden reclamar de la asistencia sanitaria de los equipos de atención primaria o de los especialistas en salud mental cuando se producen ciertos episodios en el medio laboral que no permiten la continuidad de la actividad laboral de forma inmediata a la sucesión de los hechos, siendo necesario legitimar un derecho de ausencia puntual al puesto de trabajo. En todo caso, como indica el texto normativo, dichas faltas de asistencia o de puntualidad deben ser comunicadas a la mayor brevedad posible a la empresa, ofreciendo la justificación de la situación a través del informe de los servicios sociales o del servicio de salud, entendiendo que la situación es distinta a la que provoca una incapacidad temporal en el trabajo que implica la suspensión contractual. En efecto, la norma es difusa en su alcance, en cuanto al plazo y a la comunicación, pero en aras de la buena fe y de la excepcionalidad de la situación que vive la

¹⁷ En esta dirección, Nieto Rojas (2022).

mujer víctima de la violencia sexual, habrá de ser interpretada con laxitud, a la vista de las circunstancias, siendo conveniente la información por escrito, que va respaldada por el informe de servicios sociales o de salud. Correlativamente, se ha cuestionado el hecho de que recaiga el coste económico sobre la empresa, en lugar de articularse algún tipo de prestación económica por la Seguridad Social (Rodríguez González, 2023, p. 155). Bajo nuestro punto de vista, no resulta desproporcionado que el sujeto empleador asuma ese gasto puntual, puesto que es el medio de trabajo donde se está produciendo la acción constitutiva de violencia y, por tanto, se puede considerar el máximo responsable de la seguridad y de la salud en dicho ámbito y, en dicha condición, debe asumir dicho coste económico que se entiende que se producirá, las más de las veces, durante el periodo en que se tramita el protocolo y se investiga hasta que se adoptan las medidas correspondientes. Dicha previsión normativa es la única que parece no está afectada por la derogación de la Ley 4/2023, puesto que se trata de una disposición *ex novo* de la LOGILS que no implicaba modificación del ET, pese a su conveniencia; por tanto, dada su trascendencia, consideramos que se debe defender su vigencia.

En un segundo bloque, la LOGILS prevé una serie de derechos que permiten el cese temporal o definitivo de la víctima en el trabajo, permitiendo a la asalariada desvincularse del medio laboral. De este modo, se articula desde un derecho de reducción de jornada sin limitación en el tramo temporal, con la consecuente reducción salarial (art. 37.8 ET), hasta la suspensión de contrato por un periodo máximo de 6 meses, que podrá ser prorrogado por periodos de 3 meses, hasta un máximo de 18 meses, si se requiere su continuidad para garantizar el derecho a la protección, derivado de las actuaciones de tutela judicial (art. 38.1 LOGILS), hasta finalmente el legítimo abandono por parte de la trabajadora de su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia sexual (art. 49.1 m) ET). En estos dos últimos supuestos, a la trabajadora se le reconoce en situación legal de desempleo, tanto cuando se encuentra en la situación de suspensión con reserva de puesto de trabajo, como cuando se vea obligada a abandonar temporal o definitivamente su puesto de trabajo como consecuencia de la violencia sexual (arts. 267.1 b), 2.º, y 3 b) LGSS), considerándose periodo de ocupación cotizada el tiempo de suspensión contractual a efectos de prestaciones (art. 165.5 LGSS) y sin tener en cuenta la reducción de jornada en caso de desempleo parcial, supliendo con la prestación la falta de ingresos económicos derivados de la ausencia de actividad laboral y el perjuicio en su carrera de cotización. Dicha protección social se ve completada con el derecho a una bonificación del 100 % por cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes durante todo el periodo de suspensión del contrato, o durante 6 meses en los casos de movilidad geográfica o de cambio de centro de trabajo, si la empresa formaliza un contrato de interinidad para sustituir a la trabajadora por una persona desempleada (art. 38.3 LOGILS), debiendo interpretarse que se hace referencia al vigente contrato de sustitución de la persona trabajadora (art. 15.3 ET) y ampliarse legalmente durante los periodos de prorroga posible de la suspensión.

Ahora bien, el ejercicio de estos derechos de ausencia del trabajo debe ser concebido para las situaciones más graves de violencia sexual que le impiden temporal o definitivamente

a la trabajadora continuar con su actividad laboral¹⁸. No obstante, es preciso llamar la atención sobre que dichas alternativas no son precisamente las opciones más deseables, puesto que no hacen más que corroborar la realidad de que la organización del trabajo, las personas trabajadoras y sus representaciones, y de modo particular el sujeto empleador, no han podido frenar ni contrarrestar el comportamiento de violencia sexual y la víctima no tiene o no ve otra salida que abandonar el entorno laboral, con lo que ello implica desde el punto de vista psicológico, social y económico. En suma, el sistema de tutela de la violencia sexual no ha funcionado como debiera, tanto desde el punto de vista preventivo, como reparador, puesto que expulsa a la víctima del medio laboral, de modo particular, cuando la alternativa es la extinción del contrato de trabajo. En tal sentido, el Convenio de la OIT n.º 190 hace referencia al derecho a alejarse de una situación de violencia y acoso de la que deriva un peligro grave para su vida, salud o seguridad; por tanto, las acciones más deseables son primordialmente las que defienden el ejercicio de los derechos laborales que suponen un distanciamiento físico con el supuesto agresor y que se han indicado en el primer bloque de derechos, y no las que ponen fin a la relación laboral. Finalmente, como corolario de todo lo anterior, como no podía ser de otro modo, la LOGILS prevé la nulidad del despido objetivo y disciplinario de las trabajadoras víctimas de violencia sexual por el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva o de los derechos reconocidos en esa ley para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral (arts. 53.4 b) y 55.5 b) ET). Indudablemente, se trata de un supuesto de nulidad objetiva en el que le bastará a la trabajadora acreditar la coincidencia cronológica del despido con la situación de violencia sexual acaecida, desplazándose hacia el empresario la totalidad de la carga de la prueba, que implicará que el empresario deberá probar la procedencia del despido, excluyéndose la calificación jurídica de improcedencia.

¹⁸ Véase al respecto las consideraciones realizadas por Ramos Quintana (2023) cuando señala, en relación con la extinción, que se trata de una medida «que el legislador acertadamente considera utilizable, especialmente cuando los daños padecidos física y psíquicamente y las secuelas individuales o los estigmas colectivos hacen completamente inviable sostener una relación laboral». De medida extrema y de recurso último califica la extinción contractual Álvarez Cuesta (2023, p. 22).

Referencias bibliográficas

- Álvarez Cuesta, H. (2023). La protección laboral y social de las víctimas de violencias sexuales en la Ley orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. *Temas Laborales: Revista Andaluza de trabajo y Bienestar Social*, 166, 11-38.
- CC.OO. (2021). *El acoso sexual y el acoso por razón de género en el ámbito laboral en España*. Ministerio de Igualdad. <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/investigaciones/2021/pdfs/estudioacososexual1.pdf>
- CC.OO. (2023). *2022-2023. Un año del Observatorio frente al acoso sexual y el acoso por razón de sexo*. Confederación Sindical de CC.OO. <https://www.ccoo.es/3fe96efde3d846f1bb84941f072bc967000001.pdf>
- CES (2020). *Dictamen 04/2020. Sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la libertad sexual*. <https://www.ces.es/documents/10180/5240021/Dic042020.pdf/eb7e2a80-02e8-286e-63e4-defcaa24eb8e>
- Correa Carrasco, M. (2019). *Acoso laboral. Regulación jurídica y práctica aplicativa*. Tirant Lo Blanch.
- Cruz Villalón, J. (20 de septiembre de 2023). Atajar el acoso en el trabajo. *El Nacional*. https://www.elnacional.cat/oneconomia/es/opinion/atajar-acoso-jesus-cruz-villalon_1095927_102.html
- De Stefano, V., Durri, I., Stylogiannis, C. y Wouters, M. (2020). «Actualización de las necesidades del sistema»: mejora de la protección frente al ciberacoso y a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo posibilitados por las TIC. *Documento de Trabajo de la OIT*. Ginebra. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_736237.pdf
- Espejo Mejías, P. (2023). La tutela laboral del derecho a la libertad sexual: ¿una protección integral? *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 472, 97-122. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.7219>
- Goerlich Peset, J. M.^a (7 de marzo de 2023). ¿Qué ha pasado con los derechos laborales de las víctimas de violencia sexual? *El Foro de Labos*. <https://www.elforodelabos.es/2023/03/que-ha-pasado-con-los-derechos-laborales-de-las-victimas-de-violencia-sexual/>
- Heras Hernández, M.^a M. (2021). Vías de reparación frente al acoso sexual en el ámbito laboral. En M.^a L. Molero Marañón (Dir.^a), *Ser mujer en el mercado de trabajo: dificultades, oportunidades y retos* (pp. 629-662). Aranzadi.
- ITSS (2022). *Informe anual de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2022*. Ministerio de Trabajo y Economía Social. https://www.mites.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Que_hacemos/Memorias/Memoria_ITSS_2022_3.pdf
- Lousada Arochena, J. F. (2019). El convenio 190 de la Organización Internacional del Trabajo sobre violencia y el acoso en el trabajo. *Revista de Derecho Social*, 88, 55-74.
- Lousada Arochena, J. F. (2023). Incidencia sobre los derechos de las trabajadoras de las recientes leyes españolas de igualdad (2022-2023). *e-Revista Internacional de la Protección Social*, 8(1), 13-35. <https://doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.i01.02>
- Lousada Arochena, J. F. y Ron Latas, R. P. (2023). La Ley 2/2023, de 20 de febrero, y la protección laboral frente a las represalias por la denuncia de irregularidades en la empresa. *Revista de Derecho Social*, 103, 67-90.

- Mackinnon C. A. (1979). *Sexual harassment of working women: A case of sex discrimination*. Yale University Press.
- Molero Marañón, M.^a L. (2022). Efectos y desafíos del retroceso en igualdad de género por acción de la pandemia en la escena mundial. *Trabajo y Derecho: Nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 90.
- Molina Navarrete, C. (2019a). *El ciberacoso en el trabajo: cómo identificarlo, prevenirlo y erradicarlo en las empresas*. Wolters Kluwer.
- Molina Navarrete, C. (2019b). La «des-psicologización» del concepto constitucional de acoso moral en el trabajo: ni la intención ni el daño son elementos del tipo jurídico. *Revista de Derecho Social*, 86, 119-144.
- Molina Navarrete, C. (2021). Impacto en España del Convenio 190 OIT para la tutela efectiva frente a la violencia en el trabajo: obligados cambios legales y culturales. En M. Correa Carrasco y M.^a G. Quintero Lima (Dirs.), *Violencia y acoso en el trabajo: significado y alcance del Convenio n.º 190 OIT en el marco del trabajo decente (ODS 3, 5, 8 de la Agenda 2030)* (pp. 91-116). Dykinson.
- Moreno Márquez, A. M.^a (2023). El Convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso en el trabajo y sus implicaciones en el ordenamiento laboral español. *Temas Laborales: Revista Andaluza de trabajo y Bienestar Social*, 166, 93-138.
- Navarro Prieto, F. (2023). Obligaciones empresariales en materia de igualdad, diversidad y acoso laboral. *Diario La Ley*, 10.388.
- Nieto Rojas, P. (15 de septiembre de 2022). Medidas laborales en la Ley de Garantía Integral de la Libertad Sexual. *El Foro de Labos*. <https://www.elforodelabos.es/2022/09/medidas-laborales-en-la-ley-de-garantia-integral-de-la-libertad-sexual/>
- Pons Carmena, M. (2021). Más allá de la violencia y acoso por razón de género. En Y. Sánchez-Urán Azaña (Dir.^a), *I Congreso Interuniversitario OIT sobre justicia social, trabajo decente y objetivos de desarrollo sostenible*. Ministerio de Trabajo y Economía Social.
- Ramos Quintana, M. I. (2022). La salud de las mujeres en las relaciones de trabajo. *Revista de Derecho Social*, 100, 115-140.
- Ramos Quintana, M. I. (2023). Violencia sexual y relaciones de trabajo. La libertad sexual de las mujeres y las nuevas garantías legales. *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 99.
- Rodríguez González, S. (2023). La garantía integral de la libertad sexual en las relaciones laborales. *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, 155, 149-180.
- Romeral Hernández, J. (2021). Prevención de riesgos laborales y mujer: trabajo en sectores feminizados. En M.^a L. Molero Marañón (Dir.^a), *Ser mujer en el mercado de trabajo: dificultades, oportunidades y retos* (pp. 565-604). Aranzadi.
- Sáez Lara, C. (2022). Violencia sexual, mujer y trabajo. *Revista Galega de Dereito Social* (2.^a etapa), 16, 9-44.
- Sáez Lara, C. (28 de febrero de 2023). La Ley 2/2023, de protección de informantes y lucha contra la corrupción. *Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. <https://www.aedtss.com/la-ley-2-2023-de-proteccion-de-los-informantes-y-lucha-contra-la-corrupcion/>



María Luisa Molero Marañón. Autora de 116 publicaciones, distribuidas en artículos en revistas científicas, capítulos de libros y 7 monografías, por las que ha recibido 4 sexenios, habiendo dirigido 10 obras colectivas desde 2009 hasta 2023 con una alta participación de investigadores. Ha sido miembro de 10 proyectos de investigación, siendo desde el 1 de enero de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2022 la investigadora principal de tres proyectos I+D+i obtenidos en las convocatorias de Retos Sociales. Entre ellos, cabe destacar el liderazgo en el Proyecto de Investigación sobre «Ser mujer en el mercado de trabajo» (Ref. RTI2018095398-B-100), que le ha permitido ser la responsable de un grupo de 24 profesores de universidades españolas y también extranjeras (Italia, Francia y Suecia), con la web <https://sermujerytrabajo.es/>. En 2024 ha asumido la codirección de un Proyecto puente de Investigación sobre «Ser mujer y trabajo en la era digital». Ha participado en 13 contratos de investigación (art. 83 LOU) con organizaciones sindicales, Administraciones públicas y entidades privadas, ha sido investigadora corresponsable del contrato referido al «Análisis de los acuerdos de los planes de igualdad» (2022-2023) suscrito con la Comisión Nacional de Convenios Colectivos. Ha sido responsable del grupo internacional sobre «Igualdad en el trabajo» en el XXIII Congreso Mundial de la Sociedad Internacional del Derecho del Trabajo y Seguridad Social que culminó en Lima en 2021. Y actualmente forma parte del grupo de trabajo del módulo Jean Monet sobre «Gender Equality and elimination of Discrimination» financiado por la Comisión Europea. <https://orcid.org/0000-0001-6590-7293>

El derecho a la salud de las mujeres con especial referencia a las nuevas prestaciones de incapacidad temporal (Ley orgánica 1/2023, de 28 de febrero)

M. Begoña García Gil (autora de contacto)

Profesora titular de universidad.

Universidad Rey Juan Carlos (España)

begona.garcia@urjc.es | <https://orcid.org/0000-0003-1282-9687>

Macarena Castro Conte

Profesora titular de universidad (i).

Universidad Rey Juan Carlos (España)

macarena.castro@urjc.es | <https://orcid.org/0000-0002-2509-7801>

Extracto

El derecho a la salud de las mujeres se refuerza de forma especial con la incorporación por la Ley orgánica 1/2023 de tres supuestos específicos de incapacidad temporal (IT) para las trabajadoras. En concreto, la IT derivada de menstruación incapacitante, IT por interrupción voluntaria o no voluntaria del embarazo e IT desde el primer día de la semana trigésima novena del embarazo. Todas ellas derivadas de la protección de la salud de la trabajadora y el derecho a trabajar sin dolor.

Palabras clave: incapacidad temporal; salud; trabajadoras; garantías; dolor; menstruación; aborto; embarazo.

Recibido: 15-03-2024 / Aceptado: 22-04-2024 / Publicado: 07-05-2024

Cómo citar: García Gil, M. B. y Castro Conte, M. (2024). El derecho a la salud de las mujeres con especial referencia a las nuevas prestaciones de incapacidad temporal (Ley orgánica 1/2023, de 28 de febrero). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 480, 39-60. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.21495>



The right to health of women with special reference to the new temporary incapacity benefits (Organic Law 1/2023, of 28 February)

M. Begoña García Gil (contributing author)

Profesora titular de universidad.

Universidad Rey Juan Carlos (España)

begona.garcia@urjc.es | <https://orcid.org/0000-0003-1282-9687>

Macarena Castro Conte

Profesora titular de universidad (i).

Universidad Rey Juan Carlos (España)

macarena.castro@urjc.es | <https://orcid.org/0000-0002-2509-7801>

Abstract

Women's right to health is especially reinforced with the incorporation by Organic Law 1/2023 of three specific cases of temporary disability for female workers. Specifically, temporary disability derived from disabling menstruation, temporary disability due to voluntary or involuntary interruption of pregnancy and temporary disability from the first day of the thirty-ninth week of pregnancy. All of them derived from the protection of the worker's health and the right to work without pain.

Keywords: temporary disability; health; female workers; guarantees; pain; menstruation; abortion; pregnancy.

Received: 15-03-2024 / Accepted: 22-04-2024 / Published: 07-05-2024

Citation: García Gil, M. B. y Castro Conte, M. (2024). The right to health of women with special reference to the new temporary incapacity benefits (Organic Law 1/2023, of 28 february). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 480, 39-60. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.21495>



Sumario

1. Introducción
2. IT derivada de menstruación incapacitante
 - 2.1. Regulación jurídica
 - 2.2. Límites de la prestación
 - 2.3. Requisitos de la prestación
3. IT por interrupción voluntaria o no voluntaria del embarazo
 - 3.1. Régimen jurídico
 - 3.2. Requisitos de la prestación
 - 3.3. Elementos y características
4. IT desde el primer día de la semana trigésima novena del embarazo
 - 4.1. Regulación jurídica
 - 4.2. Particularidades de la IT para la mujer embarazada desde el día primero de la semana trigésima novena de gestación
 - 4.3. La cotización en esta nueva situación especial de IT
 - 4.4. Partes de baja y de confirmación de la baja
 - 4.5. Cuantía de la prestación económica
 - 4.6. Duración e incompatibilidades
 - 4.7. Ámbito de aplicación de los supuestos especiales de IT

Referencias bibliográficas

Nota: este estudio tiene su origen en la ponencia impartida en la jornada sobre «Análisis de las Reformas Legales 2022-2023 desde una perspectiva de género», el 26 de octubre de 2023, en la Universidad Rey Juan Carlos y se realiza dentro del marco del Proyecto puente de Investigación sobre «Ser mujer y trabajo en la era digital» (Ref. 2023/SOLCON-130825).

1. Introducción

La Ley orgánica (LO) 1/2023, de 28 de febrero, entre otras cuestiones, modificó la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. El texto originario de la LO 2/2010 contemplaba solo tres nociones vinculadas a los derechos sexuales y reproductivos de las personas: salud, salud sexual y salud reproductiva. El ordenamiento jurídico laboral ya en la Ley de prevención de riesgos laborales y –de igual modo– el Real Decreto-Ley (RDL) 8/2015 contemplaban con anterioridad determinados aspectos de la salud de las mujeres, en concreto, en lo relacionado con los estados biológicos de embarazo, parto y posparto, pero otros aspectos también de carácter biológico vinculados a la condición de mujer no estaban protegidos a pesar de la necesidad recurrente e imprescindible de ser garantizados por el poder legislativo y que afectan a todas las mujeres trabajadoras con independencia del régimen de la Seguridad Social al que se encuentren vinculadas.

En la determinación del cambio normativo incorporado en 2023 debe establecerse que la LO 1/2023 modificó los artículos 2, 5 ter, 7 bis, 13, 13 bis, 14 y 17 de la LO 2/2010 y su disposición final tercera, dando una nueva redacción a los artículos 144, 169, 172 y 173 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (LGSS). También la disposición final décima modificó el artículo 2 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural; la disposición final decimotercera, el artículo 45 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y la disposición final decimocuarta el artículo 4 del RDL 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

Con esta base normativa se producen importantes cambios que conceptualizan los derechos sexuales y reproductivos como derechos fundamentales en el marco de un reconocimiento más amplio, y con sustento internacional, de la salud sexual y salud reproductiva como elementos inescindibles de los derechos de todas las personas en el ámbito sanitario. Los principales objetivos de esta norma, que recogen la regulación internacional en la materia¹,

¹ Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de El Cairo de 1994, IV Conferencia Mundial sobre la Mujer de Pekín de 1995, Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y, más reciente en el tiempo, el propio Parlamento Europeo en su Resolución de 24 de junio de 2021, sobre la situación de la salud y los derechos sexuales y reproductivos en la Unión.

se centran en garantizar los derechos fundamentales en el ámbito de la salud sexual y de la salud reproductiva, regular las condiciones de la interrupción voluntaria del embarazo y de los derechos sexuales y reproductivos, así como establecer las obligaciones de los poderes públicos para que la población alcance y mantenga el mayor nivel posible de salud y educación en relación con la sexualidad y la reproducción, teniendo en cuenta y, por ello, regulando la prevención de las manifestaciones de la violencia contra las mujeres en el ámbito reproductivo, entre otras cuestiones.

En otras palabras, esta nueva regulación recoge demandas que se producían desde diferentes estadios, por ejemplo, la doctrina ya había destacado los riesgos que con origen biológico afectan a las mujeres trabajadoras (Ramos Quintana, 2022, pp. 125 y ss.) y que se encuentran justificadas por una corriente a la que se hace referencia y que se resume en: «trabajar sin dolor» (Guamán, 2022), lo que implica que las mujeres trabajadoras tienen derecho a realizar la actividad laboral sin ningún dolor (López Insua, 2023), incluyendo aquellos que se vienen considerando normales por la falta de reconocimiento como causa de IT. También el personal médico de especialidades, desde diversos foros, ha defendido una realidad palpable y es el número de mujeres que sufren situaciones dolorosas que les impiden la realización de sus labores profesionales con normalidad y que no permitían que el o la especialista les diera una baja médica fundada en diversas situaciones-patologías impeditivas para el trabajo. De hecho, según la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia, la dismenorrea afecta a un porcentaje de la población de mujeres trabajadoras que alcanza entre el 50 y el 60 %, principalmente jóvenes, puesto que el resto tienen otros trastornos asociados al síndrome premenstrual, siendo especialmente intensos entre el 30 y el 40 % de las mujeres. A pesar de esta evidencia, nuestro ordenamiento jurídico no contemplaba la IT de estas situaciones.

La LO 1/2023 supone el reconocimiento normativo de tres nuevas situaciones especiales de IT que se han integrado como contingencias comunes y que entraron en vigor el 1 de junio de 2023. La primera, la IT para las mujeres trabajadoras que sufran menstruación incapacitante. La segunda, la IT por interrupción voluntaria o no voluntaria del embarazo mientras se reciba asistencia sanitaria del Servicio Público de Salud y se esté impedida para el trabajo. Y, la tercera, la IT desde el primer día de la semana trigésima novena de gestación y hasta el parto.

Sin duda, este cambio significativo ha supuesto modificaciones sustanciales que merecen ser destacadas, como ya se ha señalado, respecto de dos aspectos:

De una parte, se han introducido cambios en su régimen procedimental, simplificando la acción para las personas beneficiarias (lo que ha llevado a la participación más activa de otros agentes implicados) sobre un aspecto menor pero que, sin duda, reviste gran trascendencia en el proceder ordinario (Hierro Hierro, 2023).

El segundo aspecto que se puede destacar es que:

[...] debido a la cultura androcéntrica imperante [se] ha producido una percepción vergonzante en las mujeres acerca de estados biológicos como el de la menstruación y la menopausia, la interrupción del embarazo o el acercamiento de la fecha del parto, situaciones todas ellas que producen trastornos en la salud y que les impiden trabajar o trabajar con regularidad (Ramos Quintana, 2023).

Consecuentemente, es importante señalar la destacable valoración positiva de la introducción en nuestra normativa de estas tres nuevas situaciones de IT que, en términos generales, mejoran sustancialmente las condiciones de seguridad y salud en el trabajo de las mujeres trabajadoras.

El Consejo Económico y Social (CES), en el Dictamen previo a la LO 1/2023 (CES, 2022, pp. 12 y ss.), estableció la necesidad y conveniencia de reconocer nuevos derechos en el sistema de protección social. También mostró su rechazo al «diseño jurídico de estas situaciones desde el punto de vista conceptual» por considerar que habían de tratarse del mismo modo otras situaciones de incapacidad equiparables y protegerse la privacidad de las causas de la baja, entre otras cuestiones. Si bien insistió en un aspecto significativo referido a que la ausencia laboral derivada de la última fase del embarazo debería cubrirse con otras prestaciones del sistema de protección distintas a la IT para tratar de evitar la comparación del embarazo con una enfermedad. Expresamente entiende el CES necesario evitar que la configuración de la mejora de la protección de las gestantes comporte restablecer la analogía entre embarazo y enfermedad, hace tiempo superada, por lo que llama la atención el uso de la figura de la IT para cubrir la ausencia del trabajo en la recta final del embarazo, existiendo otras prestaciones del sistema que quizá podrían albergar mejor la protección de la salud y el bienestar de la gestante en esta fase. Cuestión esta que ya desde 1994 había desaparecido (Miñarro Yanini y Molina Navarrete, 2023) y que de nuevo abre el debate sobre la perspectiva economicista de la regulación de la prestación de IT, que resulta una cuestión que persiste en el tiempo en la doctrina, que no deja de salir a la luz a lo largo de los años² y que tiene un recorrido interesante y cuanto menos polémico.

2. IT derivada de menstruación incapacitante

2.1. Regulación jurídica

Del literal de la norma se desprende el derecho de las mujeres trabajadoras a conciliar el derecho a la salud con el empleo, de forma expresa, este derecho se concreta en la LGSS

² Pudiendo destacar sobre esta cuestión a Álvarez de la Rosa (1995), Fernández Prats (2011), García de Cortázar y Nebreda (2017), García Ninet (1993), González González (2019), Goñi Sein (1988), López Insua (2018), Monereo Pérez y López Insua (2015), Muñoz Molina (2005) y Sala Franco (2005).

con el reconocimiento de una situación especial de IT a las mujeres con menstruaciones incapacitantes secundarias, téngase en cuenta que: «la menstruación en sí, aunque sea dolorosa, no justifica la baja laboral ni es causa de incapacidad» (Fernández Nieto, 2023).

De hecho, la norma plantea dudas respecto del concepto, puesto que la LGSS no especifica qué se entiende por «menstruación incapacitante secundaria». Si bien es cierto que en la exposición de motivos de la LO 1/2023 se aclara este concepto al indicar que podrán considerarse «dismenorreas secundarias» aquellas asociadas a «patologías tales como endometriosis, miomas, enfermedad inflamatoria pélvica, adenomiosis, pólipos poliquísticos o dificultades en la salida de sangre menstrual de cualquier tipo». Esto limita su espectro al punto que se entiende que la causa de IT comprende las situaciones de dolor que pueden darse únicamente cuando se tiene la menstruación, pero no los días previos a que baje la regla o durante la ovulación. Sobre esta cuestión la comunidad científica ya ha declarado que esta interpretación no se ajusta del todo al razonamiento médico en toda su extensión (Fuentes García-Romero de Tejada y Armijo Suárez, 2023).

Indudablemente, esta cuestión precisa de consideraciones –como algunos autores ya han advertido, en concreto, Fuentes García-Romero de Tejada, documentado en la materia por la doctora Armijo Suárez, especialista en Ginecología y Obstetricia del Hospital Universitario La Paz–, puesto que la patología asociada a las reglas dolorosas no se encuentra siempre diagnosticada y porque, del catálogo de patologías que aparecen en el preámbulo de la ley, algunas no son causa de la dismenorrea y otras son puntuales y reversibles, como por ejemplo, los pólipos, por lo que, según el autor, no generaría la contingencia. Evidentemente, se trata de una cuestión difícil de limitar y también lo es establecer líneas específicas, ya que la enumeración de supuestos se queda escasa, puesto que deberían incluirse otros supuestos, como menstruaciones abundantes que, aunque no provocan dolor, sí suponen en la mujer trabajadora un serio impedimento para desarrollar su actividad diaria con normalidad. Por supuesto, recuérdese que la regulación de esta nueva contingencia, el artículo 144.4 de la LGSS, establece que la obligación de cotizar persiste en las situaciones de IT, cualquiera que sea su causa, incluida la situación especial de IT por menstruación incapacitante secundaria.

2.2. Límites de la prestación

Es por ello por lo que es importante señalar los requisitos vinculados a esta IT que, en este caso, se exigen para que sea considerada como contingencia común protegida desde la perspectiva de la protección social. Ello depende del concepto de dismenorrea, que de forma científica se asocia a la regla dolorosa que empeora en el tiempo y «suele» estar vinculada a una patología de carácter orgánico, diferenciándose entre las denominadas «primarias» y «secundarias», que a los efectos de la determinación de IT se eleva a la situación de que las primarias pueden tolerarse por la mujer, aunque impliquen molestias, y las segundas, por el contrario, sí incapacitan porque impiden temporalmente desempeñar sus funciones profesionales e incluso inhabilitan para la vida diaria a la mujer.

Parece que la determinación de esta situación está marcada por el apartado III del preámbulo de la ley, que establece la necesidad de que la menstruación sea patológica y médicamente diagnosticada. En este sentido, la «endometriosis, miomas, enfermedad inflamatoria pélvica, adenomiosis, pólipos endometriales, ovarios poliquísticos o dificultad en la salida de sangre menstrual de cualquier tipo, pudiendo implicar síntomas como dispareunia, disuria, infertilidad o sangrados más abundantes de lo normal, entre otros», en otras palabras, tiene que ser una menstruación patológica, tal y como se indica en el apartado III del preámbulo de la ley, y médicamente diagnosticada. Este último requisito es el que, desde mi punto de vista, resulta cuanto menos discutible porque los ciclos menstruales de una mujer varían de un mes a otro hasta el punto de que puede producirse esta alteración de forma incontrolada y sin que la paciente sea consciente de esta situación por la dificultad que a veces supone su diagnóstico, puesto que sin haber una causa expresa una mujer puede sufrir dolores o alteraciones que le impiden el desarrollo de su actividad profesional. Sobre las posibles críticas a la regulación de esta nueva contingencia común también tenemos algunas posiciones realmente interesantes (Esteve Segarra, 2023) en las que se analizan aquellos aspectos controvertidos.

En concreto: la posición de parte del personal médico que defiende la necesidad de la norma y la posición de otra parte que insiste en la conveniencia de mejorar la definición, puesto que se incide en que relacionar el dolor con la patología *a priori* no es demasiado acertado, principalmente porque existen otras situaciones que pueden resultar incapacitantes para la mujer y no se contemplan como, por ejemplo, como ya indicábamos, el sangrado abundante, entre otras. También resulta interesante la alusión que la autora por referencia a otros estudios³ hace al nivel de dolor que cada persona presenta, es decir, la intervención de la valoración subjetiva que la trabajadora puede realizar del dolor que padece.

2.3. Requisitos de la prestación

Conforme a este supuesto, el tratamiento de esta IT queda sujeto a las reglas que a continuación señalamos.

La primera: la determinación de contingencia común que, conforme al artículo 169.1 a), párrafo segundo, de la LGSS, considera como «situación especial de IT por contingencias comunes» aquella en que la mujer pueda encontrarse debido a una menstruación incapacitante secundaria.

La segunda (párrafo segundo del artículo 169.2 de la LGSS): a efectos del periodo máximo de duración de la situación de IT (365 días prorrogables por 180 días más). Si bien este tipo de IT está excluido del cómputo del periodo de recaída (180 días naturales siguientes

³ A Fuentes García-Romero de Tejada y Armijo Suárez (2023).

al alta médica por la misma o similar patología), lo que supone que cada proceso se cuenta como nuevo a efectos de calcular el periodo máximo de duración de la situación de IT y su posible prórroga (Ortiz de Solórzano Aurusa, 2023, pp. 211 y ss.).

La tercera: respecto a las personas beneficiarias, el artículo 172 determina quiénes son titulares de la prestación económica por IT o subsidio y cuál es el periodo mínimo de cotización preciso para acceder a la misma. El subsidio por IT incluye a las personas incluidas en el régimen general que se encuentren en cualesquiera de las situaciones determinadas en el artículo 169, o sea, trabajadoras y trabajadores impedidos para el trabajo mientras reciban asistencia sanitaria de la Seguridad Social. Aunque debe ponerse de relieve que «en las situaciones especiales previstas en el párrafo segundo del artículo 169.1 a) [ya mencionadas] no se exigirán periodos mínimos de cotización».

La cuarta: respecto del abono de la prestación, el artículo 173.1, párrafo tercero, señala que la prestación o subsidio por IT en caso de menstruación incapacitante secundaria se abonará con cargo a la Seguridad Social desde el día de la baja en el trabajo, al contrario de lo que sucede cuando se trata de un accidente laboral o enfermedad profesional, en los que el subsidio se abona desde el día siguiente de la baja, estando a cargo de la empresa el salario íntegro correspondiente al día de la baja; o en los supuestos de enfermedad común o accidente no laboral en los que la prestación se abona a partir del cuarto día de baja en el trabajo, siendo por cuenta de la empresa el pago del subsidio desde el cuarto al decimoquinto día de la baja. Se deberá recibir el 60 % de la base de contingencias comunes, aunque la empresa será la que abone a la trabajadora este subsidio (es un pago delegado), puesto que el coste de ese 60 % de la base reguladora lo asumirá en todo caso la Seguridad Social. Pudiendo percibir el 100 % si el convenio colectivo de aplicación a la relación laboral complementa las bajas por IT por enfermedad común. Por supuesto, la empresa seguirá cotizando el 100 % de lo que le corresponde.

La quinta: la concesión o no de baja por IT es una cuestión médica que dependerá del personal médico de cabecera en función de los dolores que la regla produzca y la incapacitación que estos dolores provoquen para realizar las funciones del trabajo.

3. IT por interrupción voluntaria o no voluntaria del embarazo

3.1. Régimen jurídico

El encuadre normativo de esta causa de IT con origen en el género se fija en el artículo 169.1 a) de la LGSS, que considera «situación especial de IT por contingencias comunes» aquellas que sean debidas a:

[...] la interrupción del embarazo, voluntaria o no, mientras reciba asistencia sanitaria por el Servicio Público de Salud y esté impedida para el trabajo, sin perjuicio

de aquellos supuestos en que la interrupción del embarazo sea debida a accidente de trabajo o enfermedad profesional, en cuyo caso tendrá la consideración de situación de incapacidad temporal por contingencias profesionales.

La introducción de esta nueva situación viene a reforzar las causas de IT ligadas a la condición de ser mujer trabajadora.

3.2. Requisitos de la prestación

Podemos observar que, en términos generales, la interrupción voluntaria del embarazo o involuntaria viene caracterizada legalmente por requisitos concretos:

- Que se practique por el personal médico especialista.
- Que se lleve a cabo en un centro sanitario público o en un centro privado acreditado.
- Que se realice con el consentimiento expreso informado y por escrito de la mujer embarazada o de su representante legal, eliminándose el consentimiento expreso de las personas que ejercen la labor de representación legal a partir de los 16 años de edad.
- Que la mujer se encuentre en las primeras 14 semanas de gestación.

3.3. Elementos y características

En términos generales, la ley refuerza algunos aspectos que venían siendo una reivindicación feminista, como el derecho de las mujeres a decidir libre y responsablemente sobre su maternidad. También en el ámbito de las garantías la ley incorpora un nuevo apartado del artículo 18 bis, concretando los términos de la información pública sobre el proceso y las condiciones de la prestación en el ámbito público. Es destacable el blindaje que la norma hace protegiendo el derecho a la intimidad, confidencialidad y protección de datos, en conexión con el resto de normativa sobre la materia y la supresión de datos referidos a la interrupción transcurridos 5 años desde la fecha de alta de la intervención.

Su característica más destacable, en el plano de la Seguridad Social, es que, durante la IT derivada de interrupción del embarazo, continúa la obligación de cotizar (art. 144.4 LGSS), de la misma forma que el coste del subsidio correrá a cargo del sistema público de la Seguridad Social, aunque el abono se hará a partir del día siguiente de la baja, correspondiendo a la empresa abonar el primer día del salario completo de la trabajadora (art. 173.1 LGSS).

En lo referido a la duración de la IT, se extenderá mientras persista la situación incapacitante y, al igual que en las dismenorreas, no se exige periodo previo de cotización mínima.

Tenemos que hacer una distinción necesaria puesto que, cuando la causa de la interrupción del embarazo sea debida a un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, se trata de IT por contingencias profesionales y no por contingencias comunes, repercutiendo en una mejor prestación (169.1 a), segundo párrafo, LGSS).

Hasta este momento no hemos hecho consideración a la calificación de «voluntario» o «no voluntario». Si abandonamos cualquier punto de vista que no sea jurídico, debemos llamar la atención sobre la postura mantenida por la doctrina jurisprudencial sobre el acceso a la prestación por IT en supuestos de otras cirugías, en especial, la de cirugía estética voluntaria u otras intervenciones similares sin causa laboral, malformación congénita, es decir, en los supuestos en los que la cirugía se produce por iniciativa de la paciente y sin prescripción médica, que no están cubiertos y que de igual modo incapacitan a la trabajadora para trabajar, normalmente, de manera temporal. Sobre esta cuestión la doctrina judicial ha seguido la tesis de que los servicios prestados por el Sistema Público de Salud están sometidos a la necesaria estabilidad financiera del sistema, lo que supone el reconocimiento de unos límites inherentes a la asistencia debida por la Seguridad Social. No puede constituir el contenido de la acción protectora del sistema, caracterizado por una limitación de recursos y su proyección hacia una cobertura de vocación universal, la aplicación de medios no accesibles ni disponibles en la sanidad española. Esta doctrina se refleja, por ejemplo, cuando se produce una cirugía mamaria⁴, este es el caso:

La cirugía mamaria por razones meramente estéticas y otras intervenciones similares, aunque puedan generar una suspensión del contrato de trabajo (art. 45.1 a) o i) ET), no puede estimarse que entren dentro de las indicadas «contingencias» que determinan la «situación» de incapacidad temporal que se define en el mencionado precepto. Las indicadas contingencias (enfermedad o accidente) aluden a un riesgo que, por definición, constituye un hecho futuro e incierto y que cuando se actualiza produce un daño que es la «situación de necesidad» a la que se refiere el artículo 41 de la CE, es decir, una necesidad o conveniencia desde la perspectiva del derecho a la salud del asegurado, pero que no puede configurarse por una decisión libérrima suya ajena a cualquier idea de enfermedad o accidente, aun tomadas en sentido amplio –al margen de las situaciones de necesidad que en casos semejantes puedan surgir posteriormente por complicaciones o patologías secundarias derivadas de aquel acto inicial del asegurado–⁵.

⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 21 de febrero de 2012 (rec. 769/2011), entre otras. Por su parte, la sentencia recurrida en casación para la unificación de doctrina recuerda la doctrina del TS, en concreto: STS de 4 de junio de 1986 (rec. 207/1986); STS de 20 de octubre de 2003 (rec. 3043/2002); STS de 20 de marzo de 2004 (rec. 1737/2003); STS de 29 de mayo de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:5298), en relación con la justificación de la exclusión de determinadas intervenciones quirúrgicas del catálogo de asistencia sanitaria cubierto por la sanidad pública.

⁵ Véase Arenas Viruez (2013).

No obstante, la repercusión de las decisiones tomadas por las personas trabajadoras respecto a someterse a intervenciones de forma voluntaria no solo alcanza a la propia intervención, sino también a las posibles complicaciones que derivadas de la intervención se produzcan en la persona trabajadora. Evidentemente, esta no es una cuestión de género, puesto que no afecta únicamente a las trabajadoras, pero, sin duda, es posible conectar con el supuesto que estamos analizando de interrupción del embarazo de forma voluntaria ya que caben complicaciones derivadas de esta intervención. Podemos entonces traer a colación, de nuevo, la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en la que se examina un supuesto que no deriva de accidente laboral ni de enfermedad congénita y que afecta, a partir de una edad, a casi todas las personas trabajadoras: la presbicia, entendiendo el tribunal que nada tiene que ver con la salud ya que no debía ser atendido por el sistema público⁶.

Diferente es la situación aquí contemplada en la que la trabajadora padecía una patología ocular configuradora de enfermedad que tiene diferentes tratamientos, alguno de los cuales –singularmente los más avanzados y modernos– no están cubiertos por el Sistema Nacional de Salud. Ello no impide que voluntariamente la persona que sufre una enfermedad pueda recurrir a ellos a sus expensas, pero las consecuencias temporales incapacitantes derivadas de tales tratamientos que requieren asistencia sanitaria configuran, sin dificultad, la situación protegida por el artículo 169.1 a) de la LGSS, siempre y cuando el control de dicha situación se lleve a cabo por los servicios médicos públicos competentes.

4. IT desde el primer día de la semana trigésima novena del embarazo

4.1. Regulación jurídica

La LO 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, reconoce en su artículo único (capítulo II) una nueva situación especial de IT «para la mujer embarazada desde el día primero de la semana trigésima novena de gestación» (art. 7 bis f). En consecuencia, la disposición final tercera establece que la LGSS (art. 144.4) queda modificada como sigue: la obligación de cotizar continuará en la situación de IT, cualquiera que sea su causa, y en la situación especial de IT por gestación desde el día primero de la semana trigésima novena. Se añaden dos nuevos párrafos a la letra a) del apartado 1 del artículo 169 y se establece que «se considerará también situación especial de incapacidad temporal por contingencias comunes la de gestación de la mujer trabajadora desde el día primero de la semana trigésima novena».

Asimismo, el actual artículo 173 de la LGSS establece que «en la situación especial de gestación desde el día primero de la semana trigésima novena de gestación, el subsidio se

⁶ STS de 8 de enero de 2020, recurso de casación para la unificación de doctrina.

abonará a cargo de la Seguridad Social desde el día siguiente al de la baja en el trabajo, estando a cargo del empresario el salario íntegro correspondiente al día de la baja».

En consecuencia, las referencias anteriores indican que el poder legislativo considera causa de IT el acercamiento de la fecha probable de parto, salvo cuando la mujer ya estuviera percibiendo una prestación por «riesgo durante el embarazo», en cuyo caso el tránsito hacia la maternidad se hará desde esta última contingencia y no desde la IT. El listado tradicional de situaciones de IT se amplía con la modificación del artículo 169 de la LGSS por la LO 1/2023, de 28 de febrero, y se introducen unas situaciones especiales que tienen relación con la salud sexual y reproductiva de las mujeres y, en concreto, la IT para la mujer embarazada desde el día primero de la semana trigésima novena de gestación.

Durante el embarazo pueden surgir complicaciones que pueden poner en riesgo la salud de la madre y del bebé. Por ello es tan importante acudir a todas las revisiones del personal médico de obstetricia durante el periodo de gestación para poder realizar un buen seguimiento del embarazo. En este sentido y hasta la entrada en vigor de la citada LO 1/2023, la necesidad de descanso solo podía ser atendida mediante la prestación por nacimiento y cuidado de menor, o bien si se trataba de una enfermedad, mediante una baja médica, pero sometida dicha baja a los requisitos generales de cualquier IT. Esta situación, en muchas ocasiones, se desarrolla por el personal facultativo, que para mitigar las incomodidades de las últimas semanas de embarazo justifican la IT de las trabajadoras por distintas causas: mareos, dolores en la espalda, etc., partiendo de la realidad de dichas causas y de la buena fe de la mujer embarazada porque precisamente dado lo avanzado del embarazo no es conveniente realizar pruebas para determinar tales dolencias.

4.2. Particularidades de la IT para la mujer embarazada desde el día primero de la semana trigésima novena de gestación

El artículo 169. 1 a) de la LGSS regula, con carácter general, las situaciones incapacitantes como consecuencia de una enfermedad o un accidente, ya sea de origen laboral o común, y en las que la persona trabajadora puede verse obligada a suspender o interrumpir temporalmente su contrato de trabajo durante el periodo de tiempo en que reciba asistencia sanitaria y resulte un periodo en el que resulte imposible trabajar. La suspensión del contrato de trabajo determina que la persona trabajadora no perciba el salario correspondiente generando una carencia de ingresos que el sistema de Seguridad Social incorpora a su acción protectora. Por tanto, la situación de IT da lugar a dos tipos de prestaciones: la asistencia sanitaria y un subsidio económico.

Inmediatamente, el mismo artículo 169 de la LGSS se refiere a las denominadas «situaciones especiales», entre las que se encuentra la situación de IT si se está en la semana trigésima novena de prestación por gestación avanzada, en la cual no hay necesidad de acreditar que la mujer esté incapacitada para el trabajo, lo cual difiere de las demás situaciones de IT y por ello se dice que con la regulación actual se introduce un supuesto muy

particular cuya finalidad está relacionada con la necesidad de descanso en este periodo de gestación avanzada. Por tanto, se reconoce el derecho al subsidio de forma objetiva y automática, esto es, sin necesidad de acreditar que la mujer embarazada está incapacitada para el trabajo por enfermedad o accidente (Esteve Segarra, 2023, p. 54; De Solórzano Aurusa, 2023, p. 210), ni está impedida para la prestación del trabajo, como ocurre con las otras situaciones especiales, esto es, la IT derivada de menstruación incapacitante y la IT por interrupción voluntaria o no voluntaria del embarazo.

4.3. La cotización en esta nueva situación especial de IT

En esta nueva situación de IT se mantiene la obligación de cotizar por parte de la empresa. A estos efectos, se modifica el citado apartado 4 del artículo 144 de la LGSS, que establece la obligación de cotizar durante la situación especial de IT por gestación desde el día primero de la semana trigésima novena.

A diferencia de las situaciones anteriores de IT, que no exigían periodos previos de cotización, en la IT por gestación en la trigésima novena semana se produce una asimilación a lo que ocurre en el subsidio por cuidado de menor por remisión al artículo 178.1 de la LGSS, esto es, según la edad que se tenga cumplida en el momento del inicio del descanso. A estos efectos:

- Si la persona trabajadora tiene menos de 21 años en la fecha del nacimiento, o en la fecha de la decisión administrativa de acogimiento o de guarda con fines de adopción o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, no se exigirá periodo mínimo de cotización.
- Si la persona trabajadora tiene cumplidos 21 años y es menor de 26 en la fecha del nacimiento, o en la fecha de la decisión administrativa de acogimiento o de guarda con fines de adopción o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, el periodo mínimo de cotización exigido será de 90 días cotizados dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso.
- Si la persona trabajadora tiene cumplidos 26 años en la fecha del nacimiento, o en la fecha de la decisión administrativa de acogimiento o de guarda con fines de adopción o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, el periodo mínimo de cotización exigido será de 180 días cotizados dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso.

En el Boletín Red 07/2023⁷ se aclara cómo se va a tramitar la situación especial de IT desde el primer día de la semana trigésima novena de embarazo (asimismo, las otras dos

⁷ <https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/7bfa8457-1bc2-40a2-a19a-a125f8da5e7d/BNR+07-2023.pdf?MOD=AJPERES>

situaciones especiales de IT) hasta que se proceda a la implantación automática de condiciones de cotización asociadas a las tres situaciones especiales.

En concreto, se precisa lo siguiente en relación con las actuaciones en el ámbito de la afiliación y la cotización:

Hasta que se proceda a la implantación de la aplicación automática de las condiciones de cotización asociadas a cada una de las 3 nuevas situaciones especiales de incapacidad temporal –lo que se informará a través de las vías de comunicación habituales–, en función de la información proporcionada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social –INSS–, para la aplicación en las liquidaciones de cuotas de estas condiciones de cotización se deberá solicitar dicha aplicación a través del trámite «Situaciones especiales de IT» de la aplicación CASIA, ubicado en la siguiente ruta –Afiliación, altas y bajas/variación datos cuenta ajena/Sit. Especiales IT–.

En cualquier caso, las nuevas situaciones especiales de IT se aplicarán a las liquidaciones de cuotas, con carácter general, mediante las peculiaridades que identifican la IT de pago delegado derivada de contingencias comunes –TPC 21 o 25, en caso de aplicación diferida de la compensación por IT–, iniciándose la posibilidad de la compensación de cuotas desde el inicio de la prestación (el mismo día de la baja médica en la situación especial de menstruación incapacitante secundaria y al día siguiente en las situaciones especiales de interrupción del embarazo y gestación desde el día primero de la 39.^a semana de gestación).

En el caso de trabajadores a los que se les deba aplicar la IT en régimen de pago directo, se calculará el TPC 22 por el periodo de la prestación.

Asimismo, en el caso de situación especial de IT desde el día primero de la 39.^a semana de gestación, cuando no se haya alcanzado periodo de cotización mínimo para el acceso a la prestación, se calculará el TPC 22.

A tal efecto, en las correspondientes peculiaridades de cotización se aplicarán los siguientes colectivos incentivados:

Colectivo incentivado situación especial ITCC	Peculiaridad	Situación especial
8048-ITCC P. Delegado. Menstr. incap. secund.	21	Menstruación incapacitante secundaria
8049-ITCC P. Directo. Menstr. incap. secund.	22	
8050-ITCC P. Deleg. Difer. Menstr. incap. secund.	25	
8051-ITCC P. Deleg. Mes. Ant. Menstr. incap. secun.	26	



Colectivo incentivado situación especial ITCC	Peculiaridad	Situación especial
8052-ITCC P. Delegado. Interrupción embarazo	21	Interrupción embarazo
8053-ITCC P. Directo. Interrupción embarazo	22	
8054-ITCC P. Deleg. Diferido interrupción embarazo	25	
8055-ITCC P. Deleg. Difer. Mes ant. Inter. embarazo	26	
8056-ITCC P. Delegado. Embarazo 39. ^a semana	21	39. ^a semana de gestación
8057-ITCC P. Directo. Embarazo 39. ^a semana	22	
8058-ITCC P. Deleg. Difer. Embarazo 39. ^a semana	25	
8059-ITCC P. Deleg. Difer. Mes ant. Emba. 39. ^a sem.	26	

Se incluye a continuación un cuadro con la información detallada para la aplicación en las liquidaciones de cuotas de las nuevas situaciones especiales por IT:

Situaciones especiales IT	Cuantía prestación	Exige período mínimo cotización	Peculiaridad de cotización/fracción cuota/ porcentaje/legislación	Colectivo incentivado	Tramos cotizaciones	Recaída
Menstruación incapacitante secundaria	1.º a 20.º día → 60% BR	No requiere	21/57/60%/247	8048	Tramo del día 1.º al 20.º día IT	No
			Con compensación diferida de IT: 25/57/60%/247	8050		
	A partir 21.º → 75% BR		21/57/75%/247	8048	Tramo a partir del día 21.º	
			Con compensación diferida de IT: 25/57/75%/247	8050		
	Para trabajadores con pago directo de IT		22/08/100%/247	8049	Por el periodo de prestación comunicado por la entidad gestora	
Interrupción del embarazo	1.º día → salario	No requiere			1.º día forma parte de tramo trabajado	En caso de recaída, el tramo se inicia en el día de la baja médica
	2.º a 20.º día → 60% BR		21/57/60%/247	8052	Tramo del 2.º al 20.º	
				Con compensación diferida de IT: 25/57/60%/247		

Situaciones especiales IT	Cuantía prestación	Exige periodo mínimo cotización	Peculiaridad de cotización/fracción cuota/ porcentaje/legislación	Colectivo incentivado	Tramos cotizaciones	Recaída
Interrupción del embarazo (cont.)	A partir del 21.º → 75% BR	No requiere	21/57/75%/247	8052	Tramo a partir del día 21.º	
			Con compensación diferida de IT: 25/57/75%/247	8054		
	Para trabajadores con pago directo de IT		22/08/100%/247	8053	Por el periodo de prestación comunicado por la entidad gestora	
Interrupción del embarazo (con origen en contingencias profesionales)	1.º día → salario		Aplicación de peculiaridad 23 o 27 (en caso de compensación diferida) de acuerdo con las reglas generales de aplicación de IT de AT. Tramo desde día 2.º			
	A partir del 2.º → 75% BR					
Gestación de la mujer trabajadora desde el 1.º día de la 39.ª semana	1.º día → salario	Sí			1.º día forma parte de tramo trabajado	En caso de recaída, el tramo se inicia en el día de la baja médica
	2.º a 20.º día → 60% BR		21/57/60%/247	8056	Tramo del 2.º al 20.º	
				Con compensación diferida de IT: 25/57/60%/247		8058
	A partir del 21.º → 75% BR		21/57/75%/247	8056	Tramo a partir del día 21.º	
			Con compensación diferida de IT: 25/57/75%/247	8058		
	Para trabajadores con pago directo de IT		22/08/100%/247	8057	Por el periodo de prestación comunicado por la entidad gestora	
Si no se cumple el requisito de periodo mínimo de cotización para acceder a la prestación					Tramo desde el 2.º día	En caso de recaída, el tramo se inicia en el día de la baja médica

Fuente: <https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/7bfa8457-1bc2-40a2-a19a-a125f8da5e7d/BNR+07-2023.pdf?MOD=AJPERES>

4.4. Partes de baja y de confirmación de la baja

La situación de IT para la mujer embarazada desde el día primero de la semana trigésima novena de gestación tiene la consideración de contingencias comunes, la declaración formal de IT y el inicio del proceso de reconocimiento del derecho a las correspondientes prestaciones se produce mediante el parte médico de baja. Corresponde la emisión del parte de baja al personal facultativo del Servicio Público de Salud, de la mutua colaboradora o de la empresa, en función de las competencias que en relación con la IT tenga cada una de esas instancias gestoras o colaboradoras respecto a las personas trabajadoras afectadas.

El INSS se ha coordinado con los Servicios Públicos de Salud para que estos emitan los partes médicos por las nuevas situaciones especiales de IT de acuerdo con los códigos de diagnóstico facilitados por el Ministerio de Sanidad.

4.5. Cuantía de la prestación económica

La prestación económica consistirá en el pago del subsidio por contingencia comunes. En cuanto al pago, el primer día de baja corresponde pagar el salario íntegro a la empresa; del día segundo al vigésimo se abonará el 60 % de la base reguladora de la IT por contingencias comunes y del día vigésimo en adelante, el 75 % de la base reguladora. A estos efectos, opera el pago delegado y se abonará a cargo de la Seguridad Social desde el día siguiente al de la baja en el trabajo.

4.6. Duración e incompatibilidades

La duración de la situación especial de IT a partir de la semana trigésima novena de gestación se fija hasta el parto. Si bien el artículo 173.2, último párrafo, de la LGSS añade que esta duración del subsidio desde que se inicie la baja laboral hasta la fecha del parto se excluye cuando «la trabajadora hubiera iniciado anteriormente una situación de riesgo durante el embarazo, supuesto en el cual permanecerá percibiendo la prestación correspondiente a dicha situación en tanto esta deba mantenerse». Por tanto, se puede decir que la nueva situación especial de IT y la situación de riesgo durante el embarazo son incompatibles⁸.

También resulta incompatible la nueva situación de IT con el adelanto del disfrute de la prestación por nacimiento y cuidado de menor que se contempla el párrafo 6.º del artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores: «no obstante, la madre biológica podrá anticipar su ejercicio hasta cuatro semanas antes de la fecha previsible del parto». Si la mujer embarazada decide hacer uso de esta última facultad, existen varias diferencias respecto de la nueva situación especial de IT: entre ellas, la fecha a partir de la cual se puede iniciar el descanso y lo relativo al cálculo de la cuantía de la prestación (60 % de la base reguladora en la IT frente al 100 % de la misma base en nacimiento y cuidado de menor).

Este subsidio evita el descuento de la prestación por nacimiento y cuidado de menor en caso de adelantar su disfrute al parto. Sin embargo, en este caso se ha criticado que la anticipación de una semana tendría un carácter pobre, por cuanto el embarazo tiene una duración que oscila entre la trigésima séptima y la cuadragésima segunda semanas, siendo

⁸ Resulta criticable la sistemática de la norma al abordar la incompatibilidad en este precepto, que regula la dinámica de la prestación y lleva por rúbrica «Nacimiento y duración del derecho al subsidio». En este sentido, Ortiz de Solórzano Aurusa (2023, p. 210).

de media 40 semanas. En este sentido, la principal crítica ha incidido en la duración que se limitaría a la trigésima novena semana, pero no es decisión técnico-jurídica, sino de política de derecho y presupuestaria. Se considera más adecuada la semana trigésima séptima, conforme a la experiencia comparada más relevante. Como se ha dicho, debe tenerse en cuenta que la reforma ha venido precedida de propuestas de determinadas asociaciones feministas y de especialistas en ginecología para mejorar la salud y el bienestar de las mujeres en relación con la salud reproductiva (Esteve Segarra, 2023, p. 61).

4.7. Ámbito de aplicación de los supuestos especiales de IT

Esta causa, junto a las dos nuevas situaciones especiales de IT, son de aplicación no solo en el régimen general, sino también en el régimen especial de trabajadores por cuenta propia o Autónomos (RETA) y en el régimen especial de la minería del carbón (REMC).

Pues bien, se ha cuestionado si dichas situaciones especiales de IT pueden considerarse igualmente aplicables a las personas incluidas en el RETA y en el REMC, habida cuenta de que no se ha introducido la correspondiente modificación en la normativa reguladora de ambos regímenes, a diferencia de lo acontecido en el régimen especial de los trabajadores del mar, que sí ha contemplado específicamente estas situaciones especiales de IT en el artículo 23.2 de la Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero. Se trata, por tanto, de determinar si las nuevas situaciones especiales de IT contempladas en la LGSS se pueden hacer extensivas al RETA y al REMC de acuerdo con lo establecido en la normativa reguladora de ambos regímenes. En lo que se refiere al RETA, es necesaria la remisión a lo dispuesto en el artículo noveno del Real Decreto 1273/2003, de 10 de octubre, por el que se regula la cobertura de las contingencias profesionales de los trabajadores incluidos en el RETA, y la ampliación de la prestación por IT para los trabajadores por cuenta propia, que establece:

Artículo noveno. Régimen jurídico de la prestación económica por incapacidad temporal.

La prestación económica por incapacidad temporal de los trabajadores por cuenta propia, cualquiera que sea la contingencia de la que derive, se regirá por lo previsto en este capítulo y, en lo no regulado en él, por lo establecido en el régimen general, sin perjuicio de las especialidades previstas con respecto a las situaciones derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional.

Respecto del REMC, hay que indicar que el apartado 1 de la disposición adicional primera de la LGSS, que contempla las normas del régimen general aplicables a este régimen especial, no hace referencia a la IT. No obstante, el artículo quinto.Dos del Decreto 298/1973, de 8 de febrero, sobre actualización del régimen especial de la Seguridad Social



para la minería del carbón, de acuerdo con la Ley 24/1972, de 21 de junio, de financiación y perfeccionamiento del régimen general de la Seguridad Social, establece que:

Las prestaciones y demás beneficios que comprende la acción protectora de este régimen especial serán los mismos que los del régimen general y se aplicarán con la misma extensión, forma, términos y condiciones que en aquel, sin otras particularidades que las que resulten de lo dispuesto en el presente decreto o en sus normas de aplicación y desarrollo.

Por tanto, puesto que la normativa específica de ambos regímenes hace una clara remisión a la aplicación de lo dispuesto en el régimen general para los supuestos no contemplados específicamente en las mismas, se considera que las modificaciones normativas que afectan a las nuevas situaciones especiales de IT contempladas en los artículos 169.1, 172 y 173 de la LGSS son igualmente aplicables al RETA y al REMC.

Estas situaciones especiales también son aplicables al RETA y al REMC, que, al no quedar regulados específicamente en su normativa, sí que se remiten a lo dispuesto en el régimen general y así lo establece el Criterio de gestión 14/2023, de 1 de junio, del INSS⁹.

⁹ Documento extraído de la fuente oficial del organismo emisor en consonancia con lo dispuesto en la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, y en su reglamento de desarrollo aprobado por Real Decreto 1495/2011, de 24 de octubre.

Referencias bibliográficas

- Álvarez de la Rosa, M. (1995). La incapacidad temporal y la maternidad. *Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral*, 53, 7-18.
- Arenas Viruez, M. (2013). El componente físico o psíquico de las operaciones de cirugía estética y su repercusión en la determinación de la incapacidad temporal: Sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de febrero de 2012 (RJ 2012, 8718). *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, 6(1), 259-270.
- CES. (2022). Dictamen 09/2022 sobre el anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la Ley orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, aprobado en sesión ordinaria del Pleno de 29 de junio de 2022. <https://www.ces.es/documents/10180/5259102/Dic092022.pdf/9766cb9c-7acf-89cd-d8d3-5d69e7e78dd6>
- Esteve Segarra, A. (2023). Novedades en materia de incapacidad temporal. *LABOS. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, 4, 50-65. <https://doi.org/10.20318/labos.2023.7930>
- Fernández Nieto, L. A. (2023). Las nuevas contingencias comunes en las prestaciones por incapacidad temporal tras la Ley orgánica 1/2023, de 28 de febrero, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. *Diario La Ley*, 10338.
- Fernández Prats, C. (2011). *La protección de la incapacidad temporal en el régimen general de la Seguridad Social*. Tirant lo Blanch.
- Fuentes García-Romero de Tejada, C. de y Armijo Suárez, O. (5 de marzo de 2023). *La nueva regulación de la dismenorrea o reglas dolorosas*. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. <https://www.aedtss.com/la-nueva-regulacion-de-la-dismenorrea-o-reglas-dolorosas/>
- García de Cortázar y Nebreda, C. (2017). La incapacidad laboral temporal en la Unión Europea. Panorama desde el puente. En *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación: I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social* (pp. 1.077-1.085). Laborum.
- García Ninet, J. I. (1993). La prestación complementaria de la I.L.T., invalidez provisional e invalidez permanente en la negociación colectiva de los años 1990 y 1992. En *III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (pp. 95-110). Tirant lo Blanch.
- González González, C. (2019). Control empresarial de la actividad laboral mediante la videovigilancia y colisión con los derechos fundamentales del trabajador. Novedades de la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 4.
- Goñi Sein, J. L. (1988). *El respeto a la esfera privada del trabajador*. Civitas.
- Guamán, A. (17 de mayo de 2022). Menstruación y trabajo: el derecho a trabajar sin dolor. *Según Antonio Baylos...* <https://baylos.blogspot.com/2022/05/menstruacion-y-trabajo-el-derecho.html>
- Hierro Hierro, F. J. (2023). Nuevas reglas para la incapacidad temporal: sobre su tramitación telemática y las situaciones especiales establecidas por la Ley orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 262.
- López Insua, B. M. (2018). Trabajo decente y prestaciones ante situaciones de necesidad (I): incapacidad para trabajar. En J. L. Monereo

- Pérez, J. Gorelli Hernández y A. L. de Val Tena (Dirs.), *El trabajo decente* (pp. 573-598). Comares.
- López Insua, B. M. (2023). Derecho a trabajar «sin dolor»: la cara femenina de la incapacidad temporal tras la Ley orgánica 1/2023, de 28 de febrero. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 11(2), 42-59. https://ejcls.adapt.it/index.php/rfde_adapt/article/view/1269
- Miñarro Yanini, M. y Molina Navarrete, C. (2023). *Una reinversión sistémica de la Seguridad Social: reformas legales y reinterpretaciones judiciales de diligencia debida para corregir sus brechas de género*. Bomarzo.
- Monereo Pérez, J. L., y López Insua, B. M. (2015). La garantía internacional del derecho a un «trabajo decente». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 177, 27-72.
- Muñoz Molina, J. (2005). *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social*. Aranzadi.
- Ortiz de Solórzano Aurusa, C. (2023). Las situaciones especiales de incapacidad temporal por contingencias comunes introducidas por la Ley orgánica 1/2023, de 28 de febrero. En G. Rodríguez Iniesta y E. Lasaosa Irigoyen (Dirs.), *Derecho vivo de la seguridad social. VII Seminario Permanente de Estudio y Actualización AESSS-URJC 2022* (pp. 205-216). Laborum.
- Ramos Quintana, M. I. (2022). La salud de las mujeres en las relaciones de trabajo. *Revista de Derecho Social*, 100, 115-140.
- Ramos Quintana, M. I. (3 de marzo de 2023). Salud sexual y reproductiva: los nuevos derechos sociales para las mujeres. *Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. <https://www.aedtss.com/salud-sexual-y-reproductiva-los-nuevos-derechos-sociales-para-las-mujeres/>
- Sala Franco, T. (2005). *La incapacidad temporal para trabajar derivada de enfermedad o accidente*. Tirant lo Blanch.

M. Begoña García Gil. Profesora titular de universidad del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Rey Juan Carlos. Autora de 180 publicaciones entre monografías, artículos y otras publicaciones. Sus líneas de investigación principales son: políticas de empleo, tanto activas como pasivas; género; derechos colectivos, y derechos inespecíficos de los trabajadores. <https://orcid.org/0000-0003-1282-9687>

Contribución de autora: M. B. G. G. ha participado en un 70 % en la elaboración de este estudio de investigación.

Macarena Castro Conte. Profesora titular de universidad (I) del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Rey Juan Carlos. Máster en Asesoría Jurídico Laboral por ESINE y, actualmente, directora del Máster en Asesoría Jurídico-Laboral de la Universidad Rey Juan Carlos. <https://orcid.org/0000-0002-2509-7801>

Contribución de autora: M. C. C. ha participado en un 30 % en la elaboración de este estudio de investigación.

Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027 desde la perspectiva de género

Josefa Romeral Hernández

*Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Rey Juan Carlos (España).
josefa.romeral@urjc.es | <https://orcid.org/0000-0003-3260-8240>*

Extracto

La distribución por género de tareas y responsabilidades puede repercutir de forma distinta sobre mujeres y hombres trabajadores. Por ello, una acción preventiva eficaz debe identificar las implicaciones diferentes para mujeres y hombres según su exposición a los riesgos y la interacción con las condiciones de vida y establecer estrategias de prevención concretas que incorporen las necesidades de las mujeres teniendo en cuenta las situaciones de desigualdad y discriminación presentes en el ámbito laboral y en la vida general. Con este objetivo y a la luz del aumento creciente de participación de la mujer en el mercado de trabajo, la integración de la dimensión de género en la política de seguridad y salud constituye una de las prioridades de la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027.

En este estudio se parte del análisis de las diferencias que existen en la política de seguridad y salud laboral con relación al género y sus causas para pasar a poner de manifiesto las líneas de actuación proyectadas en la estrategia española para introducir la perspectiva de género en todos los ámbitos de la seguridad y salud laboral, con el objeto de conseguir la igualdad laboral y mejorar las condiciones de trabajo de las mujeres.

Palabras clave: Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027; perspectiva de género; prevención de riesgos laborales; condiciones de trabajo; seguridad y salud laboral; diferencias de género; segregación laboral; integración de la perspectiva de género.

Recibido: 13-03-2024 / Revisado: 22-04-2024 / Aceptado: 22-04-2024 / Publicado: 07-05-2024

Cómo citar: Romeral Hernández, J. (2024). Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027 desde la perspectiva de género. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 480, 61-83. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.21485>



Spanish Strategy for Health and Safety at Work 2023-2027 from a gender perspective

Josefa Romeral Hernández

*Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Rey Juan Carlos (España).*
josefa.romeral@urjc.es | <https://orcid.org/0000-0003-3260-8240>

Abstract

The distribution of tasks and responsibilities by gender can have a different impact on working men and women. Therefore, effective and preventive action must identify the different implications for women and men depending on their exposure to risks with the current living conditions and establish specific prevention strategies that incorporate the needs of women, taking into account the situations of inequality and discrimination that exist in the workplace and life in general. With this goal and having in mind the increase in women's participation in the working market, the integration of the gender dimension in safety and health policies constitutes one of the priorities of the Spanish Strategy for Health and Safety at Work. 2023-2027.

This study starts with the analysis of the differences that exist in the occupational health and safety policy concerning gender and the causes of these differences, to highlight the lines of action planned in the Spanish Strategy to introduce the gender perspective into all areas of occupational health and safety, to achieve equality and improve the working conditions of women.

Keywords: Spanish Strategy for Health and Safety at Work 2023-2027; gender perspective; risks prevention at work; working conditions; security and health at work; gender differences; labor segregation; gender perspective integration.

Received: 13-03-2024 / Revised: 22-04-2024 / Accepted: 22-04-2024 / Published: 07-05-2024

Citation: Romeral Hernández, J. (2024). Spanish Strategy for Health and Safety at Work 2023-2027 from a gender perspective. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 480, 61-83. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.21485>

Sumario

1. Cuestiones previas
2. Diferencias de género que repercuten en la seguridad y salud en el trabajo y sus causas
 - 2.1. Desigualdades de género en el mercado de trabajo
 - 2.2. Segregación laboral
 - 2.3. Segregación por sexos en el entorno familiar
 - 2.4. Desigualdad en la exposición a riesgos psicosociales
 - 2.5. Déficit en la identificación de riesgos y la investigación
3. Integración de la perspectiva de género en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo
 - 3.1. Actuaciones a nivel normativo y gestión de datos
 - 3.2. Promoción de la investigación y concienciación
 - 3.3. Actuaciones de vigilancia y control
4. Protección de las personas trabajadoras en situación de mayor riesgo o vulnerabilidad
 - 4.1. Acciones de mejoras para la protección de trabajadoras del sector sanitario, sociosanitario y asistencial
 - 4.2. Acciones dirigidas a la mejora de las condiciones de trabajo en los servicios de asistencia a domicilio y del hogar familiar
 - 4.3. Acciones de mejora en la protección de trabajadoras migrantes y temporeras
5. Otros objetivos de la estrategia con incidencia en la mejora de las condiciones de trabajo de las mujeres trabajadoras
 - 5.1. Prevención de accidentes de trabajo
 - 5.2. Prevención de enfermedades profesionales
 - 5.3. Prevención de riesgos derivados de la evolución demográfica, el desarrollo tecnológico y digital

6. Conclusiones

Referencias bibliográficas

Nota: este estudio tiene su origen en la ponencia impartida en la jornada sobre «Análisis de las Reformas Legales 2022-2023 desde una perspectiva de género», el 26 de octubre de 2023, en la Universidad Rey Juan Carlos y se realiza dentro del marco del Proyecto puente de Investigación sobre «Ser mujer y trabajo en la era digital» (Ref. 2023/SOLCON-130825).

1. Cuestiones previas

Unas condiciones de trabajo saludables y seguras son condición previa para el bienestar de las personas trabajadoras a la vez que contribuyen a que las empresas sean más productivas y sostenibles. Las estimaciones demuestran que, por cada euro invertido en salud y seguridad en el trabajo, la ganancia que obtiene la empresa es más o menos el doble (Comisión Europea, Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión, 2011). Igualmente, una buena salud y seguridad en el trabajo reduce los costes de asistencia sanitaria y otras cargas sociales y, por el contrario, las deficiencias en este ámbito tienen un alto coste para las personas, las empresas y la sociedad.

El mundo del trabajo está evolucionando, los cambios en el ámbito tecnológico y de la información han dado lugar a nuevos tipos de trabajo que exigen nuevas capacidades y generan nuevos riesgos. Los cambios en la forma de trabajar derivados de la digitalización, con importante aumento de la población que trabaja a distancia, requieren actualización en materia de seguridad laboral. El uso cada vez mayor de tecnología móvil e inalámbrica para el desarrollo laboral demanda un análisis profundo de los nuevos riesgos a radiaciones ópticas y campos electromagnéticos que pueden generar efectos adversos para la salud de las personas trabajadoras; además de incrementar los riesgos psicosociales, ergonómicos y de la salud mental¹, derivados de la conectividad permanente, la falta de interacción social y la difuminación de la barrera entre trabajo y vida privada.

En este marco contextual, mujeres y hombres desempeñan a menudo diferentes papeles en función de las expectativas que socialmente se han creado en torno a su sexo, lo que sigue propiciando división sexual del trabajo y segregación laboral. La distribución por género de tareas y responsabilidades puede repercutir de forma distinta sobre hombres y mujeres trabajadoras; por ello, una acción preventiva eficaz en materia de prevención de riesgos laborales debe identificar las implicaciones diferentes para mujeres y hombres, según su exposición a los riesgos y la interacción con las condiciones de vida, y establecer

¹ La Estrategia de salud mental del Sistema Nacional de Salud 2023-2026 considera especialmente relevante proteger la salud mental reduciendo los factores de riesgo relacionados con el trabajo, promover la salud mental desarrollando los aspectos positivos del trabajo y las cualidades y capacidades de las personas trabajadoras y tratar de solucionar los problemas de salud mental, con independencia de las causas (Ministerio de Sanidad, 2022).

estrategias de prevención concretas que incorporen las necesidades de las mujeres teniendo en cuenta las situaciones de desigualdad y discriminación presentes en el ámbito laboral y en la vida en general.

En este sentido, tanto desde el ámbito europeo como estatal, las políticas de prevención deben fomentar la igualdad entre hombres y mujeres en todos sus ámbitos, incluido el de la seguridad y salud en el trabajo. Teniendo en cuenta este objetivo y a la luz del aumento creciente de participación de la mujer en el mercado de trabajo, la integración de la dimensión de género en la política de seguridad y salud en el trabajo constituye una de las prioridades de la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027².

Esta estrategia, que pone su horizonte en 2027, pretende crear un nuevo marco de referencia que oriente las políticas públicas de prevención de riesgos en este periodo, con el propósito de llegar a todos los sectores, actividades, empresas y personas por igual. La estrategia responde a los ejes prioritarios del Marco Estratégico Europeo 2021-2027, particularmente con el objetivo de anticiparse a los riesgos derivados de las transiciones digitales y demográficas. Sus líneas de actuación también se han alineado con las estrategias y planes nacionales en materia de igualdad entre hombres y mujeres, entre otros.

La estrategia ordena las actuaciones que se llevarán a cabo por los diferentes agentes relevantes en la prevención de riesgos laborales hasta 2027, a fin de conseguir el mayor impacto posible en la mejora de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo. En el caso del trabajo de la mujer, pone el foco en la protección de los colectivos más vulnerables, en el camino a la erradicación de la violencia en el trabajo y la discriminación, así como en reforzar la protección frente a los riesgos psicosociales y, especialmente, en la integración de la perspectiva de género en la gestión de la prevención.

Con este trabajo se quieren poner de manifiesto las líneas de actuación proyectadas en la estrategia con una marcada orientación a la introducción de la perspectiva de género dentro de la prevención de riesgos laborales y la mejora de las condiciones de trabajo de la mujer trabajadora, para lo que se partirá del análisis de las diferencias de género en salud laboral como razón objetiva que hace necesaria la proyección de medidas que integren la dimensión de género en todos los ámbitos de la seguridad y salud laboral si se quiere conseguir la igualdad laboral y mejorar las condiciones de trabajo de las mujeres trabajadoras.

² Resolución de 20 de abril de 2023, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de marzo de 2023, por el que se aprueba la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027 (BOE de 28 de abril de 2023).

2. Diferencias de género que repercuten en la seguridad y salud en el trabajo y sus causas

El objetivo de la prevención de riesgos es proteger a las personas trabajadoras de la exposición a las situaciones o actividades laborales que puedan provocar daños a su salud. En la realidad preventiva, sigue existiendo una percepción sesgada de que los hombres están más expuestos a riesgos laborales y de que las mujeres desarrollan actividades más ligeras y seguras y ello derivado del índice de accidentes de trabajo más elevado a nivel general en hombres, que no por actividades, como se verá.

Siendo importante atender los accidentes y problemas de salud asociados, la acción preventiva no puede centrarse en una parcela de la salud laboral, lo que generaría una visión sesgada de la realidad y se dejarían sin valorar los riesgos en actividades donde se concentran principalmente las mujeres, que, a pesar de estar también expuestas a accidentes de trabajo, suelen ser más frecuentes los riesgos psicosociales y ergonómicos, así como ciertos riesgos higiénicos. Así pues, para abordar de forma correcta la prevención de riesgos laborales, es importante tener claro cuáles son las principales diferencias que existen en la política de seguridad y salud en el trabajo en relación con el género y cómo surgen, para adoptar un enfoque preventivo que tenga en cuenta las necesidades de todas las personas trabajadoras teniendo en cuenta las diferencias de género.

2.1. Desigualdades de género en el mercado de trabajo

Las desigualdades de género en el mercado de trabajo que sitúan a las mujeres en mayor precariedad laboral son causadas principalmente por los estereotipos de género que siguen atribuyendo a las personas cualidades y habilidades diferentes según el sexo, asignando a las mujeres la responsabilidad del trabajo doméstico y de cuidados y a los hombres el productivo y la responsabilidad del sostén económico. Esta estructura genera desigualdades de género en el mercado de trabajo y en la exposición a riesgos diferentes según el trabajo desempeñado.

De otro lado, tenemos las dificultades en cuanto al acceso y permanencia en el mercado de trabajo. Aunque la tasa de actividad femenina ha aumentado, no toda la incorporación a la actividad laboral se ha traducido en ocupación, dado que el desempleo sigue afectando más a las mujeres que a los hombres, exceptuando algunos periodos puntuales (Instituto Nacional de Estadística –INE–, 2023). El desempleo significa disminución de ingresos y a la vez la pérdida de estatus social, lo que se asocia con diferentes problemas de salud, sobre todo de tipo mental. Otro aspecto para tener en cuenta es la adscripción mayoritaria de las mujeres al trabajo mediante contratos temporales (INE, 2023). En el caso de trabajos sin cualificar, como el trabajo en el hogar y de cuidados, en muchas ocasiones se traduce en trabajo sin contrato, de manera irregular, lo que genera mayor precariedad y

más exposición a riesgos laborales sin control alguno que inciden en la siniestralidad y la salud mental. Igualmente, las mujeres siguen ocupando mayoritariamente puestos a jornada parcial (INE, 2023) con el objeto de compaginar la actividad laboral con la familiar, lo que incide en el incremento de riesgos, bajos salarios y pobreza, tanto durante la vida laboral como en la jubilación. Generalmente son trabajos menos cualificados, con poca oportunidad para desarrollar habilidades y posibilidades de promoción, menor estabilidad y, por tanto, más expuestos a riesgos psicosociales.

2.2. Segregación laboral

La segregación en el trabajo influye considerablemente en la exposición a los riesgos laborales y, por tanto, en las consecuencias sobre la salud. La segregación horizontal, una vez más, se manifiesta asociada a los estereotipos de género. Es más probable que las mujeres realicen actividades de gestión administrativa, educación, asistencia en el hogar y social y trabajos sanitarios. Mientras que los hombres suelen ocupar trabajos de albañilería, manuales técnicos relacionados con maquinaria e instalaciones (INE, 2023). Incluso dentro de un mismo sector suele darse la segregación horizontal, como por ejemplo en el sector manufacturero, donde las mujeres se concentran en la industria textil y en el procesamiento de alimentos. La segregación horizontal está tan asentada que incluso en ocupaciones nuevas, como las relacionadas con la tecnología de la información, la presencia de la mujer es menor, a pesar de no requerir atributos tradicionalmente considerados de hombres, como la fuerza física.

La segregación también puede ser vertical, ya que es más probable que los hombres ocupen puestos en lo alto de la jerarquía laboral, aun a pesar de que el nivel de formación sea de forma global más alto en las mujeres, ello se debe al tipo de contratos señalados y las cargas familiares que pesan sobre las mujeres, lo que les impide centrarse en la promoción, quedando a menudo excluidas de las redes formales e informales de la empresa imprescindibles para la promoción profesional.

La segregación por sexos contribuye a generar diferencias en las condiciones laborales y en consecuencia diferencias en relación con la exposición a los riesgos y las consecuencias para la salud. Así, mientras los hombres están más expuestos a accidentes, las mujeres suelen tener mayor exposición a riesgos musculoesqueléticos y psicosociales, así como a enfermedades infecciosas por contagios o cutáneas por labores de limpieza.

2.3. Segregación por sexos en el entorno familiar

Otra diferencia sorprendente entre sexos, a pesar de las medidas legales para fomentar la corresponsabilidad, es que las mujeres siguen efectuando la mayor parte del trabajo no remunerado en el hogar, como las tareas domésticas, el cuidado de los hijos y

familiares, incluso cuando se trabaja a tiempo completo. Esto se añade a la carga diaria de trabajo y supone una presión adicional sobre muchas de ellas. También implica un aumento de los costes de las enfermedades y lesiones relacionadas con el trabajo que sufren las mujeres. Es importante reconocer en este punto que los horarios prolongados de los hombres y a menudo inflexibles pueden afectar, asimismo, a la vida laboral y familiar de sus parejas.

2.4. Desigualdad en la exposición a riesgos psicosociales

Las mujeres están más expuestas que los hombres a factores de riesgo psicosocial, fundamentalmente por las desigualdades en las condiciones de trabajo. Como se ha señalado, las mujeres realizan con más frecuencia trabajos de ejecución en los que a menudo los métodos de trabajo y el diseño de las tareas se realizan de forma rápida, repetitiva y siguiendo pautas concretas. Esto hace que los procesos de trabajo no dejen margen de autonomía y decisión, lo que genera baja posibilidad de desarrollo y bajo sentido del trabajo. Por otro lado, en estos trabajos los salarios son bajos, la promoción profesional limitada y la temporalidad es frecuente, por lo que las exposiciones a inseguridad y baja estima son más prevalentes. La combinación entre altas exigencias y bajo control causa problemas psicológicos, como la depresión y la ansiedad.

La Encuesta de Población Activa (INE, 2023) demuestra que ambos sexos registran tasas elevadas de estrés laboral; sin embargo, entre los factores de estrés a los que están expuestas las mujeres en los trabajos tradicionalmente feminizados se incluye el trabajo con gran exigencia emocional. El acoso sexual y la discriminación son otros factores de estrés que afectan mayormente a las mujeres, al igual que la doble carga de un trabajo remunerado y otro no remunerado en el hogar. Otra consecuencia del mayor contacto con el público del trabajo feminizado es la exposición a la violencia en el trabajo.

Las desigualdades estructurales de género que impregnan el mercado laboral junto a las relaciones de trabajo y culturas organizativas donde imperan los estereotipos de género exponen con más frecuencia a la mujer en el ámbito laboral a riesgos de violencia laboral, como el acoso sexual o por razón de sexo. Otros grupos vulnerables a estos riesgos son los hombres homosexuales y los jóvenes.

2.5. Déficit en la identificación de riesgos y la investigación

Una de las razones de la subdetección de los riesgos a que están expuestas las mujeres se encuentra en la adopción de un enfoque neutro en la seguridad y salud laboral, lo que no contribuye a reducir las lagunas de conocimiento ni a mejorar la eficacia de la prevención. No podemos obviar que la constitución y biología de ambos sexos es diferente. Hombres

y mujeres difieren en estructura ósea, distribución de grasa corporal, función endocrina o sistema inmune, pero, sin embargo, hay pocos estudios sobre el impacto de estas diferencias en la respuesta a las exposiciones a tóxicos laborales, a las exigencias físicas o al estrés térmico. Igualmente, en lo relacionado con la diferencia por sexos en la adaptación de equipos de protección individual, así como las cuestiones ergonómicas de adaptación del puesto a las peculiaridades físicas y orgánicas según diferencias por sexo. Los sesgos metodológicos de género en los estudios y producción de conocimiento, pasando por el diseño de puestos y equipos de trabajo, hasta los sistemas de evaluación y formación del personal técnico son uno de los grandes retos a los que nos enfrentamos a la hora de abordar la mejora de la prevención de riesgos laborales de las mujeres trabajadoras.

Otra razón que influye en la identificación de riesgos se encuentra en el análisis de la materialización de estos, dado que mientras las lesiones por accidente de trabajo se reconocen más fácilmente por su relación inmediata entre la causa y el daño consecuente, las enfermedades profesionales suelen aparecer de forma lenta y progresiva. La subdetección e infradeclaración se traducen en patologías que no se visualizan relacionadas con el trabajo y, por tanto, se hace más difícil la actuación a nivel preventivo y los problemas de salud quedan manifiestamente ocultos. Por otro lado, las patologías más frecuentes en los trabajos feminizados están relacionadas con problemas musculoesqueléticos, con una estimación de un 35 % respecto del total, y estos trastornos no están reconocidos en el listado de enfermedades profesionales³.

Por otro lado, el enfoque de la normativa sobre seguridad y salud en el trabajo suele ser neutro desde la perspectiva de género, es decir, no tiene en cuenta de forma específica las cuestiones de género. Sin embargo, tenemos diferentes normas que contemplan en mayor medida los riesgos a los que los hombres están más comúnmente expuestos, como el ruido, o sectores de ocupación típicamente masculinos, como la construcción, en comparación con los riesgos que afectan principalmente a las mujeres, como los trastornos musculoesqueléticos y el estrés. Las normas sobre sustancias peligrosas y contaminantes químicos basan sus valores límite en población masculina.

A pesar de las carencias en el enfoque neutro de la legislación y pese a la necesidad de someterlas a evaluaciones de impacto en función del género, si se aplican de forma que tengan en consideración las cuestiones de género, es posible que las condiciones de trabajo de muchas mujeres experimenten una considerable mejoría. Para ello, es necesario contar con directrices y planes de actuación que tengan en cuenta la perspectiva de género y eso es lo que la Estrategia Española de Seguridad y Salud 2023-2027 pretende introducir en las políticas de seguridad y salud.

³ Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro (BOE de 19 de diciembre de 2006).

3. Integración de la perspectiva de género en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo

Como se ha visto en el epígrafe anterior, son muchas las diferencias de género a la hora de abordar la seguridad y salud en el trabajo que hunden sus raíces en los estereotipos de género que aún perviven en la sociedad y en el mundo del trabajo y que, sin duda, afectan a las condiciones de trabajo de las mujeres trabajadoras, repercutiendo de forma considerable en daños a la salud. Afortunadamente, la sociedad cada vez está más concienciada de la necesidad de fomentar la igualdad entre hombres y mujeres en todos los ámbitos, incluido el de la seguridad y salud laboral. Una vez que conocemos las causas de las desigualdades, es necesario avanzar en el conocimiento de los riesgos y daños que sufren las trabajadoras haciendo visibles aquellos riesgos que no están suficientemente valorados o tenidos en cuenta, tanto en actividades feminizadas como masculinizadas. El conocimiento de los riesgos teniendo en cuenta la perspectiva de género permitirá conocer en qué grado pueden afectar de forma diferente a mujeres y hombres, lo que facilitará la adopción de medidas preventivas más eficaces, acordes con las personas trabajadoras expuestas. Para una intervención efectiva en el problema es conveniente que se empiece desde la creación de políticas de seguridad y salud laboral, tanto a nivel europeo como nacional, que articulen acciones tendentes a la igualdad, y que se promocióne investigación en las diferentes disciplinas científicas que intervienen en el campo de la investigación en prevención de riesgos laborales (Medicina, Seguridad, Higiene, Ergonomía y Psicosociología) desde una visión desagregada por sexos que permita desvelar las diferencias y efectos en la salud según características biológicas, biométricas y psicológicas de las personas trabajadoras.

En la actualidad estamos asistiendo a una creciente incorporación de la mujer al mercado de trabajo en todos los sectores de actividad (en el año 2000 la mujer representaba el 38 % de la población ocupada, situándose en el 48 % en 2022). Por otro lado, el análisis global de los accidentes de trabajo pone de manifiesto que, aunque los hombres se accidentan en el trabajo más que las mujeres⁴, sin embargo, las estadísticas demuestran que en los trabajos tradicionalmente feminizados (educación, sanidad, servicios sociales, residencias...) la incidencia de accidentes de trabajo es superior en mujeres que en hombres y ellas tienen mayor riesgo de sufrir determinados daños en la salud asociados a condiciones de trabajo concretas (Ministerio de Trabajo y Economía Social –MITES–, 2023). En el caso de las enfermedades profesionales, también las tasas de incidencia brutas son superiores en los hombres, pero al ajustarlas por actividad de la empresa y la ocupación, los riesgos relativos pasan a ser hasta un 50 % superior para mujeres (Observatorio de Enfermedades Profesionales –CEPROSS– y de Enfermedades Causadas o Agravadas por el Trabajo –PANOTRATSS–, 2023), aunque los datos no revelan las causas que las motivan.

⁴ En el año 2023 los hombres presentan un índice de incidencia de accidentes 2,2 veces mayor que las mujeres (Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo –INSST–, 2023a).

Teniendo en cuenta los datos y el objetivo de igualdad, la Estrategia de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027 tiene como prioridad la integración de la perspectiva de género desde un enfoque transversal e integral en el conjunto de las políticas preventivas, implicando para ello a todos los agentes involucrados en la mejora de la prevención de riesgos laborales, tanto en el ámbito institucional como en la empresa. Para ello, marca unos objetivos a conseguir a través del diseño de líneas de actuación tanto a nivel normativo como de concienciación y fomento del control de cumplimiento de obligaciones.

3.1. Actuaciones a nivel normativo y gestión de datos

Con el objetivo de contribuir a la integración de la perspectiva de género en los sistemas de gestión de prevención de riesgos laborales, una de las líneas de actuación principales es la revisión y actualización del marco normativo en la materia. La estrategia proyecta la revisión de la Ley de prevención de riesgos laborales (LPRL) introduciendo en el artículo 15 la integración de la perspectiva de género como un principio de la acción preventiva y, a su vez, introducirla como una obligación dentro del plan de prevención, lo que implica un compromiso empresarial de actuación desde esta perspectiva en todas las actividades y todos los niveles jerárquicos de la empresa. Ello contribuirá a la creación de una cultura preventiva donde quede integrada la necesidad de hacer prevención teniendo en cuenta la variable de género. Igualmente señala la modificación de los preceptos reguladores de las obligaciones de evaluación y planificación de la actividad preventiva, vigilancia de la salud y formación, tanto de la LPRL como del Reglamento de los servicios de prevención (RSP) y cuantas disposiciones se consideren necesarias.

En paralelo se anuncia la modificación de los contenidos formativos del RSP (anexos IV, V y VI) para incorporar temas específicos sobre la perspectiva de género y prevención de riesgos de género. Igualmente se actualizarán los anexos VII y VIII del RSP referentes a los listados no exhaustivos de riesgos durante el embarazo y la lactancia natural conforme con las directrices publicadas por el INSST sobre la prevención durante el embarazo y la lactancia, en consonancia con los avances que se deriven de la legislación de la Unión Europea; así como se homogeneizarán los criterios preventivos con los criterios de gestión de la prestación del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS). En el marco del Convenio 190 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre la violencia y el acoso en el ámbito laboral, se impulsará la adopción y desarrollo de la Recomendación 206 de la OIT con el fin de integrar los postulados del convenio, tanto en las políticas públicas como en las obligaciones empresariales, para evitar trato vejatorio de violencia y acoso en el trabajo, riesgos que afectan en mayor medida a las mujeres. Otra medida de gran calado e importancia por la protección que puede ofrecer a las trabajadoras, especialmente de sectores feminizados, es la revisión y actualización del cuadro de enfermedades profesionales, ya que muchas de las dolencias que padecen no son reconocidas como tales con la desprotección que ello genera, tanto durante la vida laboral como en la jubilación.

3.2. Promoción de la investigación y concienciación

Con el objeto de hacer visibles los riesgos a los que están expuestas las trabajadoras, sobre todo en sectores feminizados donde la prevención de riesgos es más deficiente, la estrategia se centra en la necesidad de investigar los accidentes y las enfermedades profesionales, para lo que, como ya se ha señalado en múltiples estudios, es necesario que las Administraciones públicas hagan recopilación de los datos desagregados por sexo. Esta medida permitirá tener información sobre los daños derivados de la exposición a riesgos específicos de género y la vinculación existente entre las enfermedades que afectan a las mujeres y el trabajo y, a la vez, es información relevante a efectos de la modificación del cuadro de enfermedades profesionales.

En esta línea, introduce acciones dirigidas a la promoción de la consideración de género en las políticas de investigación y el diseño de estudios y documentos que profundicen en prevención con perspectiva de género, impulsando el desarrollo de indicadores y acciones en esta línea que permitan medir el impacto de los riesgos a que están expuestas según las condiciones de trabajo. Se señala el desarrollo de criterios y guías que permitan a la empresa la integración de la perspectiva de género en la gestión de los riesgos, en especial métodos de evaluación de riesgos, incluyendo la violencia sexual, acorde a lo dispuesto en la Ley orgánica 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual, así como herramientas de ayuda para incorporar la prevención de riesgos en los planes de igualdad. Una vez desarrolladas guías y criterios para la integración de la prevención, señala la mejora de la formación de los profesionales en prevención de riesgos laborales, que son quienes deben aplicar dichas herramientas en el desarrollo de la prevención de riesgos en la empresa, así como fomentar la formación de todos los agentes implicados en la mejora de las condiciones de trabajo, incluidas las personas empleadas, que son quienes deben observar las medidas adoptadas para que la prevención sea una realidad. En particular, se desarrollarán programas de formación sobre violencia, acoso sexual y por razón de sexo. Dentro de este conjunto de actuaciones no podían faltar actuaciones dirigidas a la sensibilización de los empleadores sobre la importancia de la integración de la perspectiva de género en la cultura de la prevención de la empresa y en la gestión preventiva.

La estrategia no es ajena a los cambios en la forma de trabajar introducidos por la digitalización, con un aumento significativo del trabajo a distancia, que si bien ofrece muchas posibilidades de crecimiento, también encierra nuevos riesgos que requieren un análisis profundo del efecto sobre la salud de las personas trabajadoras, tanto por la exposición a radiaciones ópticas y campos electromagnéticos como riesgos psicosociales derivados del aislamiento del trabajador y estrés. A lo que se une el efecto de la doble presencia (conflicto trabajo-familia), acoso y discriminación por razón de sexo. Cuestiones sobre las que se dice que se establecerán acciones para afrontar y evitar el riesgo.

3.3. Actuaciones de vigilancia y control

Con el objeto de hacer efectivas las medidas y comprobar que la empresa cumple con la obligación de integrar la perspectiva de género dentro del plan de prevención y actuaciones preventivas, se proyectan actuaciones dirigidas a la intervención de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) en la materia. Así, se especifica como actuación de carácter general integrar la perspectiva de género con carácter transversal en todas las actuaciones que la inspección lleve a cabo en materia de Seguridad y Salud. Más específicas son las actuaciones dirigidas al control de las condiciones de seguridad y salud en actividades especialmente feminizadas, como son trabajos de atención social, sanitarias y educación, entre otras, donde se prestará especial atención a los riesgos psicosociales y musculoesqueléticos, así como la exposición a reprotóxicos⁵, cancerígenos y mutagénicos, riesgos que, como se puso de manifiesto en la primera parte del trabajo, son los más acuciantes y de menor protección en la actualidad en sectores con predominio del trabajo femenino.

Teniendo en cuenta el incremento de la mujer al mercado de trabajo en todos los sectores de actividad, también se proyecta la realización de actuaciones de asistencia técnica, vigilancia y control por la ITSS para la integración de la perspectiva de género en los planes de prevención y su efectiva implantación en sectores de actividad con reducida presencia femenina, pero donde los riesgos también están presentes y pueden ser perjudiciales debido a los sesgos de género en los sistemas de evaluación. Además de proporcionar asistencia técnica a las empresas para la integración de la perspectiva de género en los planes de prevención, se promoverán actuaciones de formación y sensibilización al respecto. Para la acción de vigilancia y control por parte de la inspección se elaborará la correspondiente instrucción de actuación que proporcione seguridad jurídica a las empresas, potenciando las actuaciones dirigidas a la vigilancia y control del cumplimiento por parte de las empresas que dispongan de protocolos de prevención y abordaje del acoso sexual y por razón de sexo.

Si bien es cierto que las medidas y acciones proyectadas son de gran importancia para conseguir los objetivos de integración de la perspectiva de género en el ámbito de la seguridad y salud, para la real efectividad de estas es necesario que exista una correcta coordinación de Administraciones implicadas en la materia. A nivel empresarial, es necesaria la concienciación y compromiso empresarial y del conjunto de sujetos intervinientes (representación de personas trabajadoras y personal técnico) de forma que se consiga crear una cultura preventiva igualitaria donde se tengan en cuenta las características de las diferentes personas trabajadoras y se aborde la acción preventiva desde la diversidad.

⁵ Se consideran sustancias reprotóxicas aquellas que pueden afectar a la función reproductora humana.

4. Protección de las personas trabajadoras en situación de mayor riesgo o vulnerabilidad

Dentro de los grandes bloques de actuaciones de la Estrategia 2023-2027, en el objetivo 4 se encuentra la preocupación por la protección de las personas trabajadoras en situación de mayor riesgo o vulnerabilidad. Como acción general se establece la identificación de colectivos que presenten peores datos de salud y análisis de factores que les hacen vulnerables para incorporar la prevención de forma transversal en todas las políticas públicas de educación, sanidad, empleo, etc. Posteriormente, se centra en el establecimiento de acciones concretas para elevar el nivel de protección de colectivos específicos, especialmente en actividades de mayor riesgo, entre las que se encuentran aquellas que tradicionalmente se han considerado actividades feminizadas, como son las del sector sanitario y sociosanitario, asistencia a domicilio, trabajo en el hogar, prestando especial atención a las trabajadoras migrantes y atendiendo en todo caso tanto a la diversidad como a la convivencia intergeneracional.

La introducción de la protección de estos colectivos era necesaria puesto que, como se ha puesto de relieve en el epígrafe primero de este trabajo, son sectores que ocupan a gran volumen de mujeres trabajadoras⁶, algunos de ellos, como el trabajo en el hogar, excluidos hasta fechas recientes de la prevención de riesgos laborales y donde los riesgos a los que están expuestas, muchas veces desconocidos para la prevención, generan daños a la salud de todo tipo, desde musculoesqueléticos y mentales a funcionales derivados de riesgos psicosociales.

Desde hace una década los informes de siniestralidad elaborados por el INSS señalaban la actividad de asistencia en residencias como máxima prioridad por su elevada siniestralidad, triplicando el índice de incidencia al observado en asistencia sanitaria. Los análisis demuestran patrones de asociación entre la siniestralidad y aspectos concretos ligados a las características del puesto, condiciones de trabajo y su organización y determinantes socio-demográficos. Entre las enfermedades, el 37 % están ligadas a problemas musculoesqueléticos y el 28 % estarían relacionadas con la exposición a agentes biológicos, vehiculizadas por contacto físico cercano (Observatorio de Enfermedades Profesionales –CEPROSS– y de Enfermedades Causadas o Agravadas por el Trabajo –PANOTRATSS–, 2023). También son relevantes los datos en el caso de actividades de servicios sociales, donde la prevención es bastante compleja al desarrollarse en muchas ocasiones en el domicilio del personal atendido. En el caso de la actividad de Servicios Sociales sin alojamiento para personas mayores y con discapacidad, los accidentes en domicilio ascendieron en 2022 al 42 %, donde las mujeres representan el 80 % de la población accidentada del sector (INSST, 2023b).

⁶ El trabajo de cuidados ocupa 1 de cada 10 personas trabajadoras, lo que implica el mayor número de población afiliada.

Las características de nuestra población, cada vez más envejecida y diversa, incrementará inevitable y significativamente las actividades relacionadas con el cuidado y asistencia de personas. Lo que lleva a tomar en consideración la importancia de intervenir en estos sectores profundizando en el análisis de los riesgos y en la adopción de medidas que mejoren la seguridad y salud teniendo en cuenta la perspectiva de género y otros determinantes sociodemográficos que pueden constituir escenarios de inequidad. Es importante tener en cuenta que las personas trabajadoras migrantes representan el 12 % de la población ocupada en estos sectores, llegando al 24 % las mujeres asalariadas de nacionalidad extranjera en el servicio del hogar familiar. Entre las actuaciones previstas destacamos las dirigidas al sector sanitario y asistencial, trabajos en el hogar y personas trabajadoras migrantes.

4.1. Acciones de mejoras para la protección de trabajadoras del sector sanitario, sociosanitario y asistencial

Dado que los datos de accidentabilidad y enfermedades profesionales en estos sectores están asociados con problemas musculoesqueléticos derivados de posturas forzadas y movimiento de pesos, contagios por contacto físico y problemas psicosociales por deficiencias organizacionales y de relación, la estrategia proyecta promover la generación de estudio y conocimiento de los factores psicosociales, poniendo especial énfasis en el *burnout* y estrés, así como de los riesgos ergonómicos y biológicos a que está expuesto el colectivo. Para ello, se trabajará en la elaboración y difusión de procedimientos de trabajo seguro, aportando propuestas de mejora sobre la gestión preventiva. Otra línea de actuación está dirigida a profundizar en el conocimiento de los patrones de siniestralidad y patologías relacionadas con el trabajo y las condiciones de trabajo con el fin de conocer los factores de riesgo generadores de accidentes y enfermedades en estos sectores. En esta línea, también se impulsarán acciones de identificación de factores y situaciones de deterioro de la salud mental de las personas trabajadoras de los sectores sanitario y sociosanitario asociadas al desarrollo de la pandemia: estrés, ansiedad, depresión, *burnout* y estrés postraumático para garantizar un seguimiento psicológico y tratamiento adecuados.

Con el fin de mejorar la gestión de la prevención y potenciar la formación en prevención de riesgos laborales tanto de la dirección como de los trabajadores, teniendo en cuenta la perspectiva de género se promoverá la colaboración entre Administraciones públicas laborales, sanitarias y de política social. El INSST elaborará documentos técnicos sobre la prevención en estos sectores, identificando metodologías de evaluación específicas, comprometiéndose a prestar atención especial a los riesgos psicosociales y ergonómicos que afecten a las personas con responsabilidades de cuidados.

En el caso de las actuaciones de la ITSS en estos sectores, incorporarán la realización de funciones de asistencia técnica a las empresas sobre la necesidad de integrar la perspectiva de género, con carácter transversal, en las políticas preventivas de la empresa, incidiendo igualmente sobre la gestión de los riesgos psicosociales y ergonómicos. En este

punto es preciso señalar que estamos ante un sector de actividad ocupado mayoritariamente por mujeres, donde imperarán las enfermedades profesionales relacionadas con problemas musculoesqueléticos y riesgos psicosociales, con resultados muy perjudiciales para la salud que pueden tener manifestación a medio y largo plazo. Por otro lado, se trata de actividades en sectores secundarios, donde predominan las empresas de servicios (contratas y subcontratas), con alta rotación de personas trabajadoras y en muchas ocasiones con dificultad para la creación de órganos de representación, donde la prevención de riesgos laborales se desatiende en exceso. Por lo que sería conveniente programar las actuaciones de forma prioritaria para abordar uno de los sectores más desprotegidos desde la salud laboral.

4.2. Acciones dirigidas a la mejora de las condiciones de trabajo en los servicios de asistencia a domicilio y del hogar familiar

La estrategia toma el testigo en la necesidad de mejora de las condiciones de trabajo del empleo doméstico y se compromete al desarrollo de actuaciones en consonancia con el Convenio 189 de la OIT, ratificado por nuestro país el 9 de junio de 2023. En esta línea, se elaborarán criterios prácticos que orienten a los empleadores sobre la gestión de los riesgos a los que puedan estar expuestas las personas trabajadoras, especialmente ergonómicos y psicosociales, teniendo en cuenta las particularidades del lugar de trabajo y las dificultades que ello encierra para la vigilancia y control, al tratarse de un domicilio particular. Con el fin de promocionar la prevención en el ámbito del servicio del hogar familiar, el INSST realizará actuaciones informativas y desarrollará herramientas de apoyo para la gestión de la prevención en este ámbito, adaptando las generales o creando herramientas nuevas específicas que permitan la gestión en el sector.

En el caso de las actividades de asistencia domiciliaria, se promoverá la colaboración de las Administraciones públicas laborales, sanitarias y de política social para la elaboración de un procedimiento de gestión de la prevención que tenga en cuenta aspectos como el grado de dependencia de los/as usuarios/as, las condiciones ergonómicas y psicosociales. Las Administraciones públicas competentes en materia de seguridad y salud apoyarán la integración de la gestión preventiva en las entidades y empresas dedicadas a esta actividad.

4.3. Acciones de mejora en la protección de trabajadoras migrantes y temporeras

Teniendo en cuenta el número de trabajadoras migrantes en sectores como el trabajo en el hogar en régimen de alojamiento y la hostelería, para fomentar la mejora de las condiciones de trabajo y aumentar la protección, la estrategia señala que se elaborarán guías o criterios orientativos para ayudar a las empresas a integrar a estas trabajadoras en la gestión de la prevención, especialmente en los aspectos de formación e información a las personas de

distintas nacionalidades, que en la mayoría de las ocasiones desconocen el idioma, tanto hablado como escrito. Se incorporará la prevención de riesgos en los planes de acogida.

Para una mejor protección y con el objeto de dirigir las actuaciones a sectores donde se concentra mayor número de trabajadores migrantes, se analizarán los datos de accidentes de trabajo por nacionalidad y sector de actividad. En el caso de las personas trabajadoras transfronterizas se estudiará la situación en prevención de riesgos laborales según el sector de actividad. Para la efectividad de las medidas es importante la acción de las Administraciones públicas dirigida a la información a las trabajadoras migrantes y temporeras en cuanto a derechos y métodos de denuncia de situaciones vulneradoras de estos, así como sistemas de protección.

5. Otros objetivos de la estrategia con incidencia en la mejora de las condiciones de trabajo de las mujeres trabajadoras

5.1. Prevención de accidentes de trabajo

Tanto las Administraciones como los interlocutores sociales comparten el objetivo de reducir las cifras de siniestralidad laboral, que a pesar de que tras la pandemia los datos revelan cierto descenso, siguen siendo elevadas⁷. Dado que un alto porcentaje de accidentes pueden evitarse, es prioridad de la Estrategia mejorar la prevención, incidiendo en la investigación y el conocimiento de las causas que lo originan, intensificando actuaciones de concienciación sobre los riesgos y los posibles daños en la salud; así como asesorando y apoyando a las empresas para un efectivo cumplimiento de la normativa.

Con la finalidad de disponer de información más precisa sobre los accidentes de trabajo y sus causas, en línea con el plan Estratégico de la Inspección de Trabajo 2021-2023, proyecta la revisión y actualización del modelo de notificación de partes de accidentes de trabajo, incluyendo definiciones que mejoren la codificación de variables del sistema de notificación. Con el fin de conocer mejor las circunstancias o causas que desencadenan los accidentes y poder definir políticas preventivas eficaces, se prevé la actuación coordinada del Instituto del INSST y las Administraciones públicas para la investigación de accidentes. A su vez, la ITSS y los órganos técnicos de las comunidades autónomas profundizarán en la investigación de accidentes relacionados con el trabajo y vinculados a trastornos musculoesqueléticos y/o riesgos psicosociales, lo que favorecerá sin duda el conocimiento de daños en actividades tradicionalmente feminizadas, y que hasta ahora pasaban desapercibidos como ya hemos puesto de manifiesto en otros epígrafes del estudio.

⁷ En 2021 se registraron 2.810 accidentes, un 3,28 % por cada 100.000 trabajadores/as asalariados/as. De los que el 31 % responden a sobreesfuerzos físicos, situándolo como principal mecanismo de accidentabilidad.

En la línea del conocimiento de los riesgos generadores de accidentes, el INSST, en coordinación con los órganos técnicos de las comunidades autónomas, elaborará guías prácticas para mejorar la gestión de los riesgos (identificación, evaluación y control). Se potenciarán las campañas de la ITSS sobre trastornos musculoesqueléticos y riesgos psicosociales, con especial foco en el estrés laboral, centrándose en actividades en las que sean más frecuentes estos riesgos. Con el fin de mejorar la prevención de los riesgos psicosociales que pueden ser generadores de accidentes, se constituirá un grupo de trabajo en la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (CNSST) que promoverá el conocimiento de estos riesgos, fortaleciendo los sistemas de información y la actividad preventiva.

5.2. Prevención de enfermedades profesionales

Igual interés se aprecia respecto a las enfermedades profesionales por las deficiencias detectadas en su declaración, lo que lleva, como se ha puesto de manifiesto, a que haya una infradeclaración de enfermedades como profesionales, además del desconocimiento de la causa que las origina, mezclándose en muchas ocasiones variables laborales y extra-laborales como las cargas familiares y conflictos emocionales y sociales de la trabajadora. En este punto debemos tener en cuenta que la estrategia europea de salud y seguridad en el trabajo 2021-2027 pone el foco en el cáncer como principal causa de muertes relacionadas con el trabajo en la Unión Europea. Sin embargo, en España, entre 2018 y 2020 solo se declararon 165 enfermedades profesionales por agentes carcinogénicos. Ello indica la necesidad de analizar esta situación, así como implementar estrategias que permitan la correcta evaluación de exposición y una eficiente vigilancia de la salud para la identificación precoz de casos y su notificación. Ello va unido a la necesidad de mejorar el sistema de identificación, notificación y registro de enfermedades profesionales, que abarcaría la actualización del listado de enfermedades profesionales con una correcta codificación de los diagnósticos.

Para el abordaje de la prevención de enfermedades profesionales, mejora en la identificación y diagnóstico en el ámbito general del trabajo y, por tanto, con repercusión específica para las trabajadoras cualquiera que sea el sector de ocupación, la estrategia señala que se promoverá una vigilancia de la salud más eficiente, tanto individual como colectiva, específica en función del riesgo. Se continuará mejorando la identificación y evaluación de riesgos, incluidos los riesgos psicosociales, con refuerzo del control de la vigilancia de la salud colectiva por parte de los servicios de prevención ajenos, mancomunados o propios, dada la importancia para detectar situaciones que pueden derivar en enfermedades profesionales. El Ministerio de Sanidad y las comunidades autónomas actualizarán y difundirán guías y protocolos de vigilancia sanitaria específica para los riesgos y se pondrán a disposición del personal facultativo de los servicios de prevención directrices de diagnóstico de enfermedades profesionales. De suma importancia es la posibilidad de implantar un modelo de historia clínico-laboral que recoja datos de la trayectoria laboral y exposición a riesgos, la cual se pueda transferir con la persona trabajadora con motivo del cambio de trabajo o de servicio de prevención.

Igualmente importante sería la inclusión de variables laborales en las bases de datos del Sistema Nacional de Salud, reforzando la formación de los profesionales del sistema sanitario para el diagnóstico de enfermedades profesionales. En cuanto a la mejora de la notificación y registro de enfermedades profesionales, se proyecta avanzar en el desarrollo de los sistemas de comunicación de sospecha de enfermedades profesionales en todas las comunidades autónomas (desarrollo del art. 5 RD 1299/2006) que permitan realizar una vigilancia orientada a la acción con actuaciones asociadas a programas ya en funcionamiento o nuevos. Estos sistemas se integrarán en la Red de Vigilancia en Salud Pública, mejorando el registro CEPROSS y su sistema de alerta a través de actualizaciones de *software*, si fuera necesario, y mediante acciones dirigidas a mejorar la codificación de la notificación de enfermedades profesionales, estableciendo estándares consensuados con las Administraciones públicas. Con el fin de mejorar el conocimiento epidemiológico se elaborarán informes periódicos dirigidos a identificar las causas prevalentes de enfermedades profesionales y la propuesta de acciones preventivas. Además de promover en el marco institucional de la CNSST actuaciones de sensibilización conjunta entre Administraciones y agentes sociales para mejorar la prevención de enfermedades profesionales, con especial atención a la exposición de sustancias cancerígenas, reprotóxicas, medicamentos peligrosos y a los trastornos musculoesqueléticos, que continúan siendo una prioridad entre la población trabajadora femenina.

5.3. Prevención de riesgos derivados de la evolución demográfica, el desarrollo tecnológico y digital

El futuro del trabajo está marcado por diversos factores, como son cambios demográficos y sociales, cambio climático y desarrollo tecnológico, que propician transformaciones en el tejido empresarial, las relaciones laborales y la organización del trabajo, factores que generan nuevos riesgos frente a los que es necesario actuar para afrontarlos desde un enfoque integral donde intervengan todos los agentes intervinientes en las relaciones laborales, incluidas las Administraciones públicas. Ante la evidencia y magnitud de los cambios, la estrategia europea en materia de salud y seguridad en el trabajo 2021-2027 recoge entre sus objetivos transversales el de «anticipar y gestionar el cambio en el nuevo mundo del trabajo que han traído consigo las transiciones ecológica, digital y demográfica».

Es verdad que tanto el desarrollo tecnológico como la digitalización presentan oportunidades desde la óptica de la prevención de riesgos laborales como la monitorización de exposición a riesgos, formación *online*, *apps* para identificación y evaluación de riesgos, etc., pero también es cierto que generan nuevos riesgos, unos ya existentes y que se intensifican, como es la exposición prolongada a pantallas de visualización, y otros nuevos o emergentes derivados del uso de la propia tecnología: robotización, inteligencia artificial, plataformas colaborativas, etc.; de la organización del trabajo: teletrabajo, trabajo a distancia, virtualización, etc., o de las nuevas formas de empleo, con una mayor prevalencia de

riesgos ergonómicos y psicosociales⁸. Ello hace indispensable implementar medidas que permitan conocer los riesgos, tanto nuevos como clásicos, que se generan en contextos de actividades emergentes, para adoptar medidas preventivas eficaces que minimicen los daños a la salud de las personas trabajadoras. En este marco tampoco puede obviarse el impacto del componente demográfico en el ámbito laboral. Es una realidad que a medio plazo la fuerza de trabajo estará compuesta por personas de edad avanzada, por lo que, como consecuencia de los cambios fisiológicos propios del envejecimiento, habrá que diseñar medidas concretas para garantizar la salud y la prolongación de la vida laboral.

Ante esta nueva realidad, la estrategia española, siguiendo los postulados de la estrategia europea, introduce un conjunto de actuaciones que van desde la adaptación del marco normativo a los nuevos modelos de trabajo y el estudio de los riesgos emergentes hasta el apoyo a las empresas que les facilite la gestión de nuevos riesgos, con especial atención a los derivados de la digitalización.

En cuanto al marco normativo, se prevé revisar los Reales Decretos 486/1997, de 14 de abril, sobre lugares de trabajo, y 488/1997, de 14 de abril, relativo a equipos que incluyen pantallas de visualización de datos, incorporando las modificaciones que sean necesarias para su adaptación a los nuevos entornos de trabajo y al desarrollo tecnológico. También se revisarán la LPRL y el RSP con el fin de incorporar la integración de la edad y la diversidad generacional en la gestión preventiva y reforzar la protección frente a los riesgos psicosociales. Además de hacer un seguimiento de las iniciativas de carácter normativo en el Marco Estratégico de la Unión Europea en materia de seguridad y salud 2021-2027 de cara a la necesidad de adaptar nuestro ordenamiento jurídico.

Para un mejor conocimiento de los riesgos emergentes, sus efectos sobre las condiciones de seguridad y salud y su prevención, se proyecta abrir una línea de investigación en el seno de la CNSST con este fin. Los proyectos de investigación tendrán por objetivo profundizar en el conocimiento de temáticas como: teletrabajo, digitalización y desconexión digital, tecnoestrés, seguridad y salud de las personas trabajadoras en empleos verdes y retos y oportunidades de las nuevas tecnologías y la digitalización aplicada a la prevención de riesgos laborales, entre otros. En el caso de los riesgos psicosociales, igualmente se analizará en la CNSST el establecimiento de indicadores psicosociales que permitan conocer mejor qué actividades y sectores son los más afectados por estos factores de riesgo, a la vez que faciliten anticipar la intervención preventiva. Se señala la necesidad de prestar especial atención a los indicadores de estrés laboral, incluyendo indicadores de igualdad y para la prevención del acoso por razón de sexo.

También se introducen medidas de mejora de la información sobre factores ergonómicos, identificando factores de mejora para la reducción de los trastornos musculoesqueléticos. En las actuaciones dirigidas a la prevención de estos riesgos se tendrán en cuenta,

⁸ Puede verse un trabajo sobre los desafíos laborales en la era de la digitalización en Viña Cruz (2023).

además de los factores físicos, el impacto de los factores psicosociales y organizativos, de manera que se desarrollen estrategias de prevención y rehabilitación con un enfoque global. A su vez, se fomentarán estudios epidemiológicos sobre el posible impacto de los factores de riesgo psicosocial y el uso de nuevas tecnologías en patología cardiovascular y salud mental en las personas trabajadoras.

Con objeto de la revisión de las directivas de lugares de trabajo y pantallas de visualización y su trasposición a nuestro ordenamiento jurídico, el INSST actualizará las correspondientes guías técnicas y elaborará documentos técnicos que faciliten su aplicación. En el caso de trabajos en plataformas digitales, se elaborarán herramientas electrónicas para gestionar los riesgos psicosociales y ergonómicos. Y no podía faltar la intervención mediante la elaboración de criterios y buenas prácticas en relación con la desconexión digital que permitan mejorar las condiciones de trabajo y reduzcan el estrés laboral. Para potenciar el cumplimiento normativo se realizarán campañas de la ITSS dirigidas a empresas donde se utilice la modalidad de prestación laboral a distancia, especialmente del teletrabajo, poniendo atención al cumplimiento de la Ley 10/2021, de 9 de julio, y, en particular, a las disposiciones específicas sobre seguridad y salud relacionadas con los riesgos psicosociales.

6. Conclusiones

El objetivo de la prevención de riesgos es proteger a las personas trabajadoras de la exposición a las situaciones o actividades laborales que puedan provocar daños a su salud. Para abordar la actividad preventiva de forma correcta es importante tener claro cuáles son las principales diferencias que existen en la política de seguridad y salud en el trabajo en relación con el género y cómo surgen para adoptar así un enfoque preventivo que considere las necesidades de todas las personas trabajadoras teniendo en cuenta las diferencias de género.

Las desigualdades de género en el mercado de trabajo que sitúan a las mujeres en mayor precariedad laboral son causadas principalmente por los estereotipos de género que siguen atribuyendo a las personas cualidades y habilidades diferentes según el sexo, asignando a las mujeres la responsabilidad del trabajo doméstico y de cuidados y a los hombres, el productivo y la responsabilidad del sostén económico. Esta segregación por sexos contribuye a generar diferencias en las condiciones laborales y en consecuencia diferencias en relación con la exposición a los riesgos y las consecuencias para la salud.

Otra razón que contribuye a la subdetección de los riesgos a que están expuestas las mujeres hunde sus raíces en la adopción de un enfoque neutro en la seguridad y salud laboral, lo que genera lagunas de conocimiento en relación con las particularidades de la mujer trabajadora, tanto físicas como biológicas, que las hace diferentes en la exposición a las mismas condiciones de trabajo.

Los sesgos metodológicos de género en los estudios y producción de conocimiento, diseño de puestos, equipos de trabajo, métodos y sistemas de evaluación y formación del personal técnico son grandes retos a los que nos enfrentamos a la hora de abordar la mejora de la prevención de riesgos laborales de las mujeres trabajadoras.

Una vez que conocemos las causas de las desigualdades, es necesario avanzar en el conocimiento de los riesgos y daños que sufren las trabajadoras, haciendo visibles aquellos riesgos que no están suficientemente valorados o tenidos en cuenta tanto en actividades feminizadas como masculinizadas. El conocimiento de los riesgos teniendo en cuenta la perspectiva de género permitirá conocer en qué medida pueden afectar de forma diferente a mujeres y hombres, lo que facilitará la adopción de medidas preventivas más eficaces, acordes con las personas trabajadoras expuestas.

Teniendo en cuenta los datos y el objetivo de igualdad, la Estrategia de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027 tiene como prioridad la integración de la perspectiva de género desde un enfoque transversal e integral en el conjunto de las políticas preventivas, implicando para ello a todos los agentes involucrados en la mejora de la prevención de riesgos laborales, tanto en el ámbito institucional como en el de la empresa.

Otro de los objetivos prioritarios de la estrategia es la protección de las personas trabajadoras en situación de mayor riesgo o vulnerabilidad. En este caso, centra la actuación en el establecimiento de medidas para elevar el nivel de protección de colectivos específicos, especialmente en actividades de mayor riesgo, entre las que se encuentran aquellas que tradicionalmente se han considerado actividades feminizadas, como son las del sector sanitario y sociosanitario, asistencia a domicilio, trabajo en el hogar, prestando especial atención a las trabajadoras migrantes y atendiendo, en todo caso, tanto a la diversidad como a la convivencia intergeneracional.

Las características de nuestra población, cada vez más envejecida y diversa, incrementarán inevitable y significativamente las actividades relacionadas con el cuidado y asistencia de personas. Lo que lleva a tomar en consideración la importancia de intervenir en estos sectores, profundizando en el análisis de los riesgos y en la adopción de medidas que mejoren la seguridad y salud, teniendo en cuenta la perspectiva de género y otros determinantes sociodemográficos que pueden constituir escenarios de inequidad.

La implementación y desarrollo de las medidas previstas requieren un tratamiento desde tres frentes: Administraciones públicas, ámbito empresarial y acción colectiva. La toma de conciencia y actuación coordinada permitirá avanzar en la igualdad en prevención de riesgos laborales y, con ello, mejorar las condiciones de trabajo y salud de las mujeres trabajadoras.

Referencias bibliográficas

- Comisión Europea, Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión (2011). *Coste socioeconómico de los accidentes de trabajo y la mala salud relacionada con el trabajo*, informe final.
- INE (2023). *Encuesta de población activa (EPA) y Estadística de Flujos de la Población Activa (EFPA)*. Tercer trimestre de 2023. <https://www.ine.es/daco/daco42/daco4211/epa0323.pdf>
- INSST (2023a). *Accidentes de trabajo con baja en jornada de trabajo (ATJT), según sexo y edad*. <https://www.insst.es/el-observatorio/indicadores-evolutivos/accidentes-de-trabajo-y-otros-danos-a-la-salud/accidentes-de-trabajo-con-baja-en-jornada-de-trabajo-atjt-segun-sexo-y-edad>
- INSST (2023b). *Informe anual de accidentes de trabajo en España 2022*. <https://www.insst.es/documents/94886/376820/Informe%20anual%20de%20accidentes%20de%20trabajo%20en%20Espana%C3%B1a%2022.pdf/5405dfb6-d494-f0fb-7f27-7db956d49da4?version=1.0&t=1693395553437>
- Ministerio de Sanidad (2022). *Estrategia de salud mental del Sistema Nacional de Salud 2023-2026*. https://www.sanidad.gob.es/areas/calidadAsistencial/estrategias/saludMental/docs/Ministerio_Sanidad_Estrategia_Salud_Mental_SNS_2022_2026.pdf
- MITES (2023). *Estadística de Accidentes de Trabajo. Avance enero-febrero 2023*. https://www.mites.gob.es/estadisticas/eat/eat23_02/ATR_02_2023_Resumen.pdf
- Observatorio de Enfermedades Profesionales –CEPROSS– y de Enfermedades Causadas o Agravadas por el Trabajo –PANOTRATSS– (2023). *Informe anual 2022*.
- Viña Cruz, S. (2023). Desafíos del tiempo de trabajo en la era digital: especial referencia a la perspectiva de género en la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027. *Revista de Derecho Social*, 104, 73-98.

Josefa Romeral Hernández. Profesora titular de universidad del área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Rey Juan Carlos. Técnica Superior en Prevención de Riesgos Laborales por la Universidad de Comillas con tres especialidades (Seguridad, Higiene, Ergonomía y Psicosociología). Autora de diversas publicaciones de temática jurídico-laboral, de ámbito nacional e internacional, entre las que destacan las dedicadas a la prevención de riesgos laborales, con múltiples estudios en relación con la representación especializada en la materia, prevención en diversos sectores de actividad y afectación de colectivos especiales, protección social de personas en exclusión, trabajo doméstico, materia sindical y de Seguridad Social. Participante en diferentes proyectos de investigación con organizaciones como UGT y la propia universidad y en otros proyectos relacionados con el estudio de la negociación colectiva, la integración y desarrollo de la mujer en el mercado de trabajo. Como principales líneas de investigación están la prevención de riesgos laborales y la prevención y protección de colectivos desfavorecidos laboralmente. <https://orcid.org/0000-0003-3260-8240>

La transposición de la Directiva 2019/1158 de conciliación de la vida familiar y profesional al ordenamiento español: análisis de los nuevos permisos por razón de cuidado del Real Decreto-Ley 5/2023, de 28 de junio

Cristina Aragón Gómez

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

Universidad Nacional de Educación a Distancia (España)

cristina.aragon@der.uned.es | <https://orcid.org/0000-0001-6177-8287>

Extracto

La Directiva 2019/1158 ha tratado de impulsar cambios en las políticas de conciliación de la vida familiar y laboral para combatir la discriminación de la mujer en el mercado de trabajo. A tal efecto, ha apostado por la corresponsabilidad en las tareas de cuidado y por la flexibilidad en el ejercicio de los derechos de conciliación en un contexto social en el que las familias son cada vez más diversas. A través del Real Decreto-Ley 5/2023, de 28 de junio, el legislador ha incorporado una serie de cambios en nuestro ordenamiento para transponer la directiva. En este trabajo, se aborda un comentario crítico del alcance y del contenido de esta norma, con el propósito de analizar en qué medida se han cumplido los objetivos marcados por el derecho de la Unión Europea.

Palabras clave: Directiva 2019/1158; Real Decreto-Ley 5/2023; igualdad y no discriminación por razón de sexo; conciliación de la vida familiar y laboral; corresponsabilidad; cuidados; permiso parental.

Recibido: 18-03-2024 / Aceptado: 04-04-2024 / Publicado: 07-05-2024

Cómo citar: Aragón Gómez, C. (2024). La transposición de la Directiva 2019/1158 de conciliación de la vida familiar y profesional al ordenamiento español: análisis de los nuevos permisos por razón de cuidado del Real Decreto-Ley 5/2023, de 28 de junio. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 480, 85-110. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.21507>



The transposition of Directive 2019/1158 on the reconciliation of family and professional life into Spanish law: Analysis of the new leave for care reasons of Royal Decree Law 5/2023, of June 28

Cristina Aragón Gómez

*Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Nacional de Educación a Distancia (España)*
cristina.aragon@der.uned.es | <https://orcid.org/0000-0001-6177-8287>

Abstract

Directive 2019/1158 has tried to promote changes in policies for reconciling family and work life to combat discrimination against women in the labor market. To this end, it has opted for co-responsibility in care tasks and for flexibility in the exercise of conciliation rights, in a social context in which families are increasingly diverse. Through Royal Decree Law 5/2023, of June 28, the legislator has incorporated a series of changes in our legislation to transpose the Directive. In this work, a critical comment on the scope and content of this regulation is addressed, with the purpose of analyzing to what extent the objectives set by European Union Law have been met.

Keywords: Directive 2019/1158; Royal Decree Law 5/2023; equality and non-discrimination based on sex; work-life balance; co-responsibility; care; parental leave.

Received: 18-03-2024 / Accepted: 04-04-2024 / Published: 07-05-2024

Citation: Aragón Gómez, C. (2024). The transposition of Directive 2019/1158 on the reconciliation of family and professional life into Spanish law: Analysis of the new leave for care reasons of Royal Decree Law 5/2023, of June 28. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 480, 85-110. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.21507>



Sumario

1. La Directiva 2019/1158 y su transposición a través del Real Decreto-Ley 5/2023
 2. Las modificaciones introducidas en el derecho a la adaptación de jornada
 3. El nuevo régimen jurídico de las licencias y de los permisos
 - 3.1. La equiparación entre el matrimonio y la pareja de hecho
 - 3.2. El permiso para cuidadores
 - 3.3. El nuevo permiso por fuerza mayor
 4. El permiso parental
 5. Tutela antidiscriminatoria y protección frente al despido
 6. Valoración final de la reforma
- Referencias bibliográficas

Nota: este estudio tiene su origen en la ponencia impartida en la jornada sobre «Análisis de las Reformas Legales 2022-2023 desde una perspectiva de género», el 26 de octubre de 2023, en la Universidad Rey Juan Carlos y se realiza dentro del marco del Proyecto puente de Investigación sobre «Ser mujer y trabajo en la era digital» (Ref. 2023/SOLCON-130825).

1. La Directiva 2019/1158 y su transposición a través del Real Decreto-Ley 5/2023

Las transformaciones demográficas registradas en las últimas décadas (el envejecimiento de la población, el descenso de la natalidad, la reducción del número de miembros de la unidad familiar, el incremento de los hogares en los que vive una única persona, el aumento de las familias monoparentales, etc.) están provocando nuevas y acuciantes necesidades de cuidado.

La práctica de cuidar es imprescindible para el sostenimiento de la vida y aunque la capacidad para el cuidado es predicable de hombres y mujeres, el rol de cuidador ha sido tradicionalmente asumido por las féminas. Tanto en la Unión Europea como en España, las políticas de conciliación de la vida familiar y profesional han favorecido la inserción de las mujeres en el mercado de trabajo. El problema es que esta participación más equilibrada de hombres y mujeres en el ámbito laboral no ha ido acompañada de una progresiva implicación del varón en el trabajo doméstico y en las tareas de cuidado de familiares. Y no cabe duda de que este reparto desequilibrado de las responsabilidades familiares ha afectado decisivamente a las trayectorias laborales de las mujeres en su etapa en activo.

Durante siglos, las estructuras familiares han dispensado una red de protección indiscutible. Pero el modelo clásico de familia ha sufrido mutaciones muy profundas: se ha incrementado el porcentaje de uniones *more uxorio*, así como las unidades familiares que son el resultado o el fruto de unas segundas nupcias, lo que altera la delimitación misma del concepto de «familiar» y evidencia que la necesidad de prestar ayuda y cuidado trasciende del ámbito de las relaciones de parentesco.

La Directiva 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y cuidadores, por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE, aborda los retos derivados de estos cambios sociales y demográficos: la necesidad de cuidado de las personas mayores o en situación de dependencia, la consideración de la pareja de hecho como familiar y la definición del cuidador como aquel que presta ayuda tanto a familiares como a convivientes. Además, la norma comunitaria trata de fomentar la corresponsabilidad y de favorecer la permanencia en el mercado laboral de todas las personas con obligaciones de cuidado, potenciando los derechos de conciliación que se traducen en una ordenación flexible del tiempo de trabajo.

El plazo de transposición de la directiva concluyó el 2 de agosto de 2022. Y, ante el incumplimiento de este por parte de España, la Comisión Europea remitió una carta de emplazamiento con fecha 20 de septiembre de 2022 y, posteriormente (el 19 de abril de 2023), un dictamen motivado por la falta de comunicación de las medidas nacionales

adoptadas. La normativa comunitaria trató de incorporarse en nuestro ordenamiento jurídico con el proyecto de Ley de familias¹. Pero la convocatoria anticipada de elecciones generales comportó la disolución de las Cámaras el día 29 de mayo de 2023, por lo que la tramitación del proyecto se vio interrumpida. No obstante, parte de las previsiones contenidas en dicho proyecto fueron rescatadas por el libro segundo del Real Decreto-Ley (RDL) 5/2023, de 28 de junio², y entraron en vigor de forma inmediata, con efectos del 30 de junio de 2023. Y el retraso, respecto del plazo de transposición de la directiva, se arguyó para justificar la concurrencia del presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad del artículo 86.1 de la Constitución española (CE).

2. Las modificaciones introducidas en el derecho a la adaptación de jornada

Con respecto a la adaptación de jornada, el RDL 5/2023 ha modificado la redacción del artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores (ET) con el objetivo de acomodarlo totalmente a las previsiones del artículo 9 de la directiva. Y, a tal efecto, se han introducido los siguientes ajustes: en primer lugar, se aclara que el trabajador tiene derecho a solicitar la adaptación, aun cuando esta no se encuentre regulada en la norma convencional.

En segundo lugar, el legislador reconoce esta fórmula de trabajo flexible no solo a los progenitores con hijos hasta los 12 años edad, sino también a los cuidadores. En efecto, con la reforma se prevé expresamente la posibilidad de solicitar la adaptación de la jornada ante las necesidades de cuidado del cónyuge, de la pareja de hecho, de los hijos mayores de 12 años, de los familiares por consanguinidad hasta el segundo grado, así como de otras personas dependientes cuando convivan en el mismo domicilio. Pero, para que se genere el derecho, estos familiares o convivientes no podrán valerse por sí mismos por razones de edad, accidente o enfermedad y se deberán justificar las circunstancias en las que se fundamenta la petición.

Antes de la reforma, el legislador advertía que, en el caso de que se tuvieran hijos o hijas, las personas trabajadoras tenían derecho a solicitar la adaptación de jornada hasta que estos cumpliesen los 12 años. Y, con base en la redacción anterior, algunos autores entendieron que los únicos sujetos causantes eran los hijos menores de esa edad (Quílez Moreno, 2023). Pero tras esta modificación legislativa, queda claro que el elenco de sujetos causantes es mucho más amplio. Además, de la actual redacción parece desprenderse que la necesidad de cuidado se presume cuando los hijos son menores de 12 años. Sin embargo, cuando se trate de hijos con una edad superior o de otros familiares o convivientes con necesidades de cuidado, el presupuesto de hecho debe ser acreditado (Igartua Miró, 2023, p. 86).

¹ Boletín Oficial de las Cortes Generales (BOCG) de 14 de abril de 2023.

² Boletín Oficial del Estado (BOE) de 29 de junio de 2023.

Al margen de lo expuesto, es importante llamar la atención sobre el siguiente extremo: mientras las reducciones de jornada del artículo 37.6 del ET y las excedencias del artículo 46.3 del ET pueden solicitarse para el cuidado de familiares hasta segundo grado por afinidad (incluyendo, incluso, a los familiares consanguíneos de la pareja de hecho), en la adaptación del artículo 34.8 del ET solo se consideran sujetos causantes los familiares por consanguinidad. A pesar de ello, los familiares por afinidad podrían quedar encuadrados en el precepto en el supuesto de que convivieran con el trabajador. Y aunque el legislador se refiere a ellos como «otras personas dependientes», no parece necesario acreditar un reconocimiento oficial de la situación de dependencia (Castro Argüelles, 2024).

En tercer lugar, el RDL 5/2023 reduce el periodo máximo de negociación entre la empresa y la persona trabajadora, que pasa de 30 a 15 días. De esta forma, el proceso de negociación resulta mucho más acorde con los intereses conciliatorios (con frecuencia, perentorios) y con los términos de la directiva, que alude de forma expresa a un «plazo razonable de tiempo» (art. 9.2).

En cuarto lugar, se impone a la empresa la obligación de comunicar por escrito las razones en las que sustenta su decisión, no solo cuando deniegue el derecho en los términos solicitados –algo que ya se preveía con carácter previo–, sino también –y aquí radica la novedad– cuando plantee una propuesta alternativa. Se cumple así con lo previsto en el artículo 9.2 de la directiva, de acuerdo con el cual los empleadores deben justificar cualquier denegación de estas solicitudes, así como cualquier aplazamiento de dichas fórmulas.

Además, nuestro legislador advierte que, si la empresa no ha resuelto de forma expresa y motivada, pasado el periodo de negociación de 15 días, se presume que la adaptación se ha concedido en los términos solicitados. Con esta suerte de «silencio positivo»³, se solventa uno de los problemas que planteaba la regulación anterior: que la persona trabajadora, ante la ausencia de contestación empresarial, no tuviera otra opción que demandar y esperar pacientemente la resolución judicial. Una espera que, sin embargo, el legislador no ha evitado en el caso de que la empresa sí conteste la solicitud de adaptación, pero lo haga denegándola sin fundamentación alguna o con una fundamentación deficiente. No obstante, compartimos la opinión de quien sostiene que una interpretación finalista de la norma (y despegada de su estricto tenor literal) debería llevarnos a la misma conclusión⁴.

Finalmente, tras la reforma se reconoce un derecho de retorno a la situación anterior cuando concluya el periodo inicialmente acordado o cuando decaigan las causas que motivaron la solicitud de adaptación. En su redacción anterior, el artículo 34.8 del ET solo reconocía el derecho a solicitar este cambio, cuya viabilidad se condicionaba al acuerdo con la empresa. Pero esta regulación resultaba parcialmente contraria a la directiva que, en su

³ Utilizando los gráficos términos empleados por Martínez Moreno (2023, p. 37).

⁴ Martínez Moreno (2023, p. 37).

artículo 9.3, había configurado el retorno como un derecho perfecto en el supuesto de que hubiese concluido el tiempo pactado. Con la entrada en vigor del RDL 5/2023 se mejora la norma comunitaria, pues el retorno queda garantizado en ambos casos: a) cuando concluya el periodo acordado y b) cuando decaigan las causas que justificaron la solicitud, aun cuando no hubiese transcurrido el plazo previsto.

Pues bien, a pesar de que se trata de uno de los debates que más litigiosidad está planteando en la práctica, la reforma nada ha aclarado con respecto a si la persona trabajadora debe acreditar (además de la necesidad de conciliación y de la razonabilidad de la adaptación pretendida) la imposibilidad de que concilie otro cuidador. Sabemos que, según el artículo 44.1 de la Ley 3/2007, los derechos de conciliación se deben reconocer de forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares. Con apoyo en dicho precepto, ¿puede una empresa o un juez decidir quién concilia en una pareja?⁵ En respuesta a esta pregunta, la doctrina académica se encuentra claramente dividida: una primera corriente sostiene que el juzgador debe resolver atendiendo al objetivo de la corresponsabilidad, por lo tanto, resulta indispensable recabar información respecto a la disponibilidad e implicación del otro progenitor en la atención de dichas responsabilidades familiares, pues otra interpretación favorecería la perpetuación de roles y no ayudaría a su progresiva erradicación (Agustí Maragall, 2019). Para una segunda corriente doctrinal no es admisible convertir a las empresas y a los jueces en guardianes de la corresponsabilidad, permitiéndoles la intromisión en la vida privada de las familias (Viqueira Pérez, 2021, p. 7; Nieto Rojas, 2023, p. 86; Igartua Miró, 2023, p. 90)⁶. En mi opinión, estamos ante un derecho personalísimo, por lo que no es necesario acreditar que el otro progenitor u otro familiar no tienen posibilidad de conciliar⁷. Debe garantizarse, además, el derecho a la intimidad, que quedaría en entredicho si se obligara al empleado a revelar datos de su vida familiar al conocimiento ajeno y se permitiera a la empresa o al juzgado entrometerse en la propia organización de la familia. Por ello, comparto el criterio de quien afirma que el incumplimiento del deber legal de corresponsabilidad se debe sancionar en el mismo ámbito jurídico en el que se erige como deber legal, esto es, en el ámbito civil (Lousada Arochena, 2019). Ni a la empresa ni al juez les corresponde determinar quién debe ejercer el derecho de conciliación y qué motivación existe para su elección. Está en juego la intimidad y está en juego la libertad. En las acertadas palabras de Castro Argüelles (2024), las intervenciones

⁵ Casas Baamonde (2018).

⁶ Una tesis que igualmente sostiene las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia (SSTSJ) de Galicia de 22 de julio de 2019 (rec. 1992/2019), País Vasco de 20 de octubre de 2020 (rec. 1157/2020) y Madrid de septiembre de 2023 (rec. 74/2023).

⁷ Para la STSJ de Castilla-La Mancha de 25 de mayo de 2023 (rec. 792/2022), sin embargo:

[...] si la persona trabajadora que solicita el reconocimiento del derecho no ha acreditado que la pareja ha solicitado un derecho similar de forma que se repartan y compatibilicen las responsabilidades familiares, entonces no puede pretender que la integridad del perjuicio derivado de la adaptación del tiempo de trabajo recaiga en exclusiva sobre su empresa empleadora.

normativas para promocionar la corresponsabilidad pueden encontrar límites en el obligado respeto a otros derechos y valores constitucionales, «como la intimidad de las personas y su dignidad, esto es, su derecho a ser tratados como seres racionales, libres y capaces de decidir por sí mismos cómo organizar sus situaciones o circunstancias familiares». Pero ello no impide, como es obvio, que las dificultades para conciliar de los demás familiares se pueden alegar por el trabajador para justificar la razón de su derecho.

3. El nuevo régimen jurídico de las licencias y de los permisos

En relación con los permisos del artículo 37.3 del ET, el RDL 5/2023 ha incorporado las siguientes novedades. De un lado, se hace extensivo a las parejas de hecho: el permiso de 15 días por matrimonio; el permiso por enfermedad grave, accidente u hospitalización, y el permiso de 2 días por fallecimiento. De otro, se han modificado los artículos 37.3 b), 37.6 y 46.3 del ET para considerar sujetos causantes a los parientes consanguíneos hasta segundo grado de la pareja de hecho. Además, se ha mejorado el régimen jurídico del permiso en caso de enfermedad, accidente u hospitalización. Y, finalmente, se ha creado un nuevo permiso en el artículo 37.9 del ET, conforme al cual el empleado tiene derecho a ausentarse del trabajo «por causa de fuerza mayor». Vamos a abordar estos cambios con detenimiento.

3.1. La equiparación entre el matrimonio y la pareja de hecho

Acogiendo la definición de «familiares» del artículo 3.1 e) de la directiva, el legislador pone fin a la diferencia de trato que venían recibiendo las uniones *more uxorio* respecto de las uniones matrimoniales⁸ y reconoce un permiso de 15 días naturales por la constitución de pareja de hecho (art. 37.3 a) ET). A raíz de esta reforma legislativa, se suscita la duda de si el permiso por constitución de la pareja de hecho y el permiso por matrimonio pueden disfrutarse de forma consecutiva en el caso de que los contrayentes en uno y otro caso coincidan. Nada aclara el legislador al respecto y, ante este silencio, la doctrina académica y judicial ha contestado a esta cuestión en sentido negativo, considerando que estamos ante un mismo hecho causante: la celebración de una unión estable (Blasco Jover, 2023, p. 19; Nieto Rojas, 2023, p. 93)⁹.

Además, también se ha extendido a las parejas de hecho el permiso para cuidadores (art. 37.3 b) ET) y el permiso por fallecimiento (art. 37.3 b) bis ET). Y, en correspondencia

⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 22 de octubre de 2019 (rec. 78/2018).

⁹ Este mismo criterio ha sido defendido por las SSTSJ de Cataluña de 12 de junio de 2007 (rec. 3464/2006), Castilla y León de 11 de junio de 2015 (rec. 262/2015), Cataluña de 7 de mayo de 2018 (rec. 1390/2018) e Islas Canarias de 13 de octubre de 2020 (rec. 149/2020), con respecto a convenios colectivos que mejoraban la regulación legal.

con esta equiparación entre el vínculo conyugal y la unión *more uxorio*, los artículos 37.3 b), 37.6 y 46.3 del ET consideran sujetos causantes a los parientes consanguíneos hasta segundo grado de la pareja de hecho. Y aunque el legislador no realiza ninguna precisión a este concreto respecto, una interpretación lógica de la norma (que evite una antinomia con el art. 37.3 a) ET) nos llevaría a entender que está aludiendo a parejas de hecho registradas como tales¹⁰ (salvo en lo que respecta al permiso para cuidadores pues, como veremos, en tal caso bastaría con la mera convivencia).

Sorprende, sin embargo, que la reforma no haya reconocido a los trabajadores el derecho a un permiso por el fallecimiento de un familiar consanguíneo de la pareja de hecho o que no haya equiparado ambos tipos de unión en relación con el derecho de consorte del artículo 40.3 del ET¹¹.

3.2. El permiso para cuidadores

Por lo que respecta al permiso para el cuidado de familiares o convivientes enfermos, la reforma ha mejorado sustancialmente el régimen jurídico anterior, pues ha ampliado su duración de 2 a 5 días, con independencia de si es o no necesario realizar un desplazamiento al afecto. Y, además, ha reconocido como nuevos sujetos causantes: a) al cónyuge, b) a la pareja de hecho, c) a los parientes consanguíneos de la pareja de hecho y d) a «cualquier otra persona distinta de las anteriores que conviva con la persona trabajadora en el mismo domicilio y que requiera el cuidado efectivo de aquella» (al margen de los sujetos causantes que el art. 37.3 b) ET ya reconocía con carácter previo). De esta manera, nuestro ordenamiento jurídico se acomoda a la directiva que considera cuidador a quien dispensa cuidados o ayuda a familiares o a personas que vivan en el mismo hogar (art. 3.1 d). Y, como se desprende de esta definición, la norma no exige un periodo mínimo de convivencia, por lo que basta que este requisito se acredite en el momento de solicitar el permiso (Maneiro Vázquez, 2023a, p. 123).

Pues bien, es importante advertir que el legislador español ha mejorado el derecho de la Unión en cuatro concretos aspectos. En primer lugar, para la directiva, el hecho causante es la necesidad de asistencia y cuidados por un motivo médico grave. Sin embargo, el artículo 37.3 b) del ET parte de un hecho causante mucho más amplio, pues alcanza no solo al accidente o la enfermedad graves, sino también a la «hospitalización o intervención

¹⁰ Algunos convenios están mejorando la regulación legal. Por ejemplo, el IX Convenio colectivo de Telefónica IoT & Big Data Tech, SAU (BOE de 9 de octubre de 2023), en su artículo 25, hace extensivo los permisos a las parejas de hecho no registradas, pero que tengan hijos en común y acrediten convivencia mediante la correspondiente certificación del padrón municipal.

¹¹ Una equiparación que sí ha previsto la proposición de Ley de familias presentada por el grupo parlamentario mixto (BOCG de 1 de marzo de 2024).

quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario». En segundo lugar, nuestro ordenamiento reconoce un permiso «por caso»¹² sin ningún límite conjunto en cómputo anual (Solà Monells, 2023, p. 12), mientras que la directiva solo garantiza un permiso de 5 días en un periodo de referencia de 1 año. En tercer lugar, en el derecho de la Unión, el cuidador dispensa atención a un familiar o a un conviviente y, a tal efecto, entiende por «familiar» el cónyuge, la pareja de hecho y los parientes que se encuentren vinculados al trabajador por una relación de parentesco de primer grado por consanguinidad¹³, cuando nuestro ordenamiento considera también sujetos causantes a los familiares hasta el segundo grado (incluyendo los afines e, incluso, los consanguíneos de la pareja de hecho). Y, finalmente, el derecho español asegura el percibo del salario de activo, mientras que la directiva no configura el permiso para cuidadores como una ausencia remunerada. En efecto, la norma comunitaria permite que los Estados miembros decidan libremente si conceden o no una remuneración o una prestación económica, aunque sí los anima a que lo hagan «a fin de garantizar que los cuidadores ejerzan realmente este derecho, en particular los hombres» (considerando 32).

El problema es que el régimen jurídico del permiso para cuidadores suscita múltiples dudas de aplicación práctica. Ya hemos apuntado que nuestro ordenamiento reconoce un permiso «por caso». Pues bien, ¿qué debemos entender por tal? ¿Las diferentes hospitalizaciones se considerarían un hecho causante independiente y autónomo, aun cuando tuvieran su origen en la misma patología? Si una intervención quirúrgica desencadena un primer periodo de hospitalización, seguido de un segundo periodo de reposo domiciliario, ¿estaríamos ante un mismo hecho causante o ante dos hechos causantes distintos? Nada aclara la norma. Y teniendo en cuenta la ampliación de la duración del permiso, hubiera sido conveniente una mayor precisión por parte del legislador, a efectos de reducir incertidumbre y litigiosidad.

De otro lado, ¿cómo se deben computar esos 5 días? Ante la ausencia de previsión normativa, lo lógico es entender aplicable la consolidada doctrina jurisprudencial sobre el disfrute de los permisos retribuidos. En su virtud: a) el derecho iría referido a días laborables, pues un permiso para ausentarse del trabajo solo tiene sentido si se proyecta sobre un periodo de tiempo en el que existe obligación de trabajar¹⁴; b) si el hecho causante se produce en día laborable, ese sería el día inicial del permiso; c) si el hecho causante tiene lugar en un día no laborable, el *dies a quo* coincidiría con el primer día laborable que le siga, siempre que no estemos ante una interrupción significativa del contrato de trabajo (como unas

¹² Así, por ejemplo, cada proceso de hospitalización generaría el derecho al permiso aun cuando la enfermedad del familiar fuese la misma (STSJ de la Comunidad Valenciana de 13 de julio de 2005, rec. 14/2005).

¹³ En efecto, según el artículo 3.1 e) de la directiva, solo se considera familiar al «hijo, hija, padre, madre o cónyuge del trabajador, o pareja de hecho de este cuando las uniones de hecho estén reconocidas en el derecho nacional».

¹⁴ STS de 13 de febrero de 2018 (rec. 266/2016).

vacaciones, una baja por incapacidad temporal o una baja por nacimiento y cuidado)¹⁵; d) el permiso puede disfrutarse mientras dure la situación de necesidad, y e) la regulación convencional no puede sino mejorar el régimen de permisos que establece el ET¹⁶. Y, en tal caso, el régimen jurídico estaría determinado por lo estipulado por los negociadores colectivos¹⁷.

La Audiencia Nacional ha tenido oportunidad de pronunciarse con respecto al cómputo de los días de permiso con posterioridad a la reforma operada por el RDL 5/2023. En su opinión, aunque el artículo 37.3 b) del ET nada dice sobre el carácter natural o hábil de los días de permiso en él establecido, no debemos olvidar que la actual redacción del mismo es fruto de la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 2019/1158. Pues bien, la norma comunitaria, en su artículo 6, establece que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que cada trabajador «tenga derecho a disfrutar de un permiso para cuidadores de 5 días laborables al año». Un mandato que, según la Audiencia, resulta claro e incondicionado. En consecuencia, concluye que los Estados deben garantizar un permiso de 5 días laborables, no pudiendo estos obviar esta obligación¹⁸.

Otra de las dudas que suscita el nuevo permiso para cuidadores es si el trabajador tiene derecho a 5 días de permiso en todo caso, con independencia del tiempo por el que se prolongue la situación de necesidad. La norma no lo aclara, pero, en mi opinión, en la medida en que estamos ante un derecho de carácter finalista, en cada uno de los días de permiso debe subsistir la situación de necesidad que lo justifica. Por lo que, si cesa la necesidad de cuidado, decae el derecho a mantener la ausencia. En cualquier caso, resulta elocuente cómo algunos convenios ya están procurando cubrir esta falta de previsión normativa. Es el caso del artículo 9 del Convenio colectivo de TK Elevadores España, SLU¹⁹, que advierte que estos 5 días de permiso «podrán ser disfrutados mientras dure esta situación».

3.3. El nuevo permiso por fuerza mayor

El RDL 5/2023 ha incorporado un nuevo apartado en el artículo 37 del ET (el apdo. 9), por el que se reconoce a los empleados el derecho a ausentarse del trabajo por causa de fuerza mayor.

¹⁵ SSTS de 13 de febrero de 2018 (rec. 266/2016) y 17 de marzo de 2020 (rec. 192/2018).

¹⁶ STS de 20 de diciembre de 2022 (rec. 104/2021).

¹⁷ STS de 11 de marzo de 2020 (rec. 188/2018).

¹⁸ Sentencia de la Audiencia Nacional (SAN) de 25 de enero de 2024 (rec. 275/2023).

¹⁹ BOE de 13 de febrero de 2024.

Hecho causante: para tener derecho a este nuevo permiso, es preciso que concurra una causa de fuerza mayor relacionada con un motivo urgente por razón de enfermedad o accidente que haga indispensable la presencia inmediata de la persona trabajadora. Pero adviértase que el artículo 37.9 del ET no exige gravedad sino tan solo urgencia por motivos de salud. El problema es que el precepto se encuentra plagado de conceptos indeterminados: ¿qué debemos entender por «urgente»? ¿qué elementos deben concurrir para considerar que la presencia del trabajador es indispensable?, ¿cuándo concurrirían razones de fuerza mayor? Nada precisa la norma, pues el legislador se ha limitado a perfilar el hecho causante de este permiso en los mismos términos que la directiva. Sin duda es lógico que una directiva utilice nociones dotadas de una cierta imprecisión, pues no nace con la vocación de ser directamente aplicada, sino de ser transpuesta. Lo que no es razonable es que una norma de transposición adolezca de ese mismo fallo. En cualquier caso, no parece que se puedan exigir los elementos definidores que relaciona el artículo 1.105 del Código Civil, esto es: que estemos ante un suceso que no pueda preverse o que, previsto, sea inevitable (Nieto Rojas, 2023, p. 93)²⁰.

Al margen de lo expuesto, me pregunto quién deberá acreditar la enfermedad o el accidente. Lo lógico es que sea un médico quien lo haga, ¿pero es obligación de los médicos de atención primaria certificar esas necesidades de cuidado? Desde luego, los propios médicos entienden que no y ya están plateando reivindicaciones al respecto²¹.

Sujetos causantes: a pesar de que el artículo 7 de la directiva únicamente hace alusión a los familiares, el artículo 37.9 del ET considera sujetos causantes tanto a los familiares como a los convivientes. Y con respecto a los primeros, sorprende que el legislador no haya establecido ningún límite, ni en función del grado ni del tipo de vínculo por consanguinidad o afinidad.

Requisitos: el disfrute del permiso por fuerza mayor exige justificación, pero no preaviso. Teniendo en cuenta que el hecho causante se define precisamente por su urgencia, es evidente que no se puede exigir a la persona trabajadora que comunique su ausencia con una determinada antelación. Y a este respecto, la redacción del artículo 37.9 del ET vuelve a generar confusión, pues parece que la acreditación de la causa solo sería precisa con respecto a las ausencias remuneradas y no así con respecto a las restantes, lo que no tiene mucho sentido, dado que esta interpretación descausalizaría el permiso y lo convertiría en una bolsa de horas por asuntos propios.

²⁰ Para Quílez Moreno (2023, p. 12), este permiso puede utilizarse para acompañar a un hijo al médico en caso de llamada desde el colegio ante un percance o de llamada de la residencia de ancianos por algún altercado. En sentido similar se pronuncia Sancha Saiz (2023, p. 17), quien defiende que se trata de un permiso pensado «para acompañar a menores o dependientes al médico».

²¹ <https://www.ampap.es/wp-content/uploads/2023/07/Carta-justificantes-familiares.pdf>

Duración: la regulación de la duración del permiso por fuerza mayor, contenida en el artículo 37.9 del ET, adolece igualmente de falta de claridad, lo que ha desencadenado una división en la doctrina académica. Para algunos autores, estamos ante una bolsa de horas por cuidados, con el límite máximo de las que fuesen equivalentes a 4 días al año (Nuñez-Cortés Contreras y Arruga Segura, 2023, p. 140; Pérez Campos, 2023, p. 43; Quílez Moreno, 2023). Otros autores, sin embargo, entienden que el ordenamiento reconoce a los trabajadores el derecho a ausentarse del trabajo por causa de fuerza mayor las horas que sean precisas (Nieto Rojas, 2023, p. 94; Flor Fernández, 2023, p. 53²²); si bien únicamente serían retribuidas las que fuesen equivalentes a 4 días al año²³ (tesis que comparto).

Caracteres: el permiso por fuerza mayor se caracteriza por la concurrencia de las siguientes notas: en primer lugar, estamos ante un permiso de carácter causal, por lo que el derecho a ausentarse nace cuando se produce la situación de necesidad y se mantiene mientras esta permanezca. En segundo lugar, estamos ante un derecho a ausentarse del trabajo que se disfruta por horas y no por días (a diferencia de los restantes permisos por razones de cuidado). Y, en tercer lugar, estamos ante un derecho de carácter retribuido, al menos parcialmente.

En efecto, es cierto que la Directiva 2019/1158 no impone que el permiso por fuerza mayor sea remunerado. Y, de hecho, ni siquiera recomienda el abono de una retribución (a diferencia de lo que ocurre con el permiso para cuidadores). Sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico reconoce a los trabajadores el derecho a que sean retribuidas las horas de ausencia equivalentes a 4 días al año, conforme a lo establecido en convenio colectivo o en su defecto, en acuerdo entre la empresa y la representación legal de las personas trabajadoras. La redacción, sin duda, es mejorable, pues no queda claro si en defecto de regulación convencional o de acuerdo colectivo el permiso por fuerza mayor sería remunerado. Pues bien, esta es, precisamente, la controversia que resuelve la SAN de 13 de febrero de 2024 (rec. 315/2023). En este supuesto, la empresa había optado por no abonar el permiso por fuerza mayor, apoyándose en los siguientes argumentos. Primero, porque de la redacción del artículo 37.9 del ET se desprende que el carácter retribuido debe fijarse en el convenio colectivo o en el acuerdo de empresa y que, a falta de ellos, no cabe reclamar retribución alguna. Segundo, porque el permiso por fuerza mayor se encuentra regulado en el apartado 9.º del artículo 37 del ET y no en el apartado 3.º (que es el que aborda los permisos retribuidos). Y, tercero, porque la norma europea que se transpone no impone que el permiso sea remunerado.

²² Defiende que la persona trabajadora puede ausentarse por el tiempo imprescindible tantas veces como su presencia sea requerida sin que se establezca un límite temporal.

²³ Precisamente por ello, entiendo que la regulación prevista en el artículo 32 del Convenio colectivo Grupo AXA (BOE de 21 de diciembre de 2023) contraría la legalidad, pues reconoce un permiso de 4 días al año. Y lo mismo ocurre con el artículo 8.5 del Convenio colectivo estatal de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares (BOE de 13 de octubre de 2023) o con el artículo 51 del X Convenio colectivo de Danone, SA (BOE de 25 de noviembre de 2023), que únicamente permite a los trabajadores ausentarse del trabajo por causa de fuerza mayor «hasta 31 horas al año».

Sin embargo, para la Audiencia, el permiso por fuerza mayor tiene carácter retribuido y la remisión que el legislador realiza al convenio o al acuerdo «únicamente es para determinar la forma de acreditación del motivo de la ausencia». El tribunal sustenta su fallo en varios argumentos, de los cuales me interesa destacar los siguientes. Toda norma pactada o práctica de empresa que implique la merma de la retribución por el hecho de disfrutar un permiso vinculado con los derechos de conciliación implica una discriminación indirecta por razón de género. De un lado, porque el colectivo que tradicionalmente asume los cuidados vería mermada su retribución por esta causa. De otro lado, porque supondría un desincentivo para que los hombres asuman el deber de corresponsabilidad en las cargas familiares. Además, el permiso por fuerza mayor se encuentra regulado en el artículo 37 del ET, un precepto que regula interrupciones –que no suspensiones– del contrato de trabajo. Por lo tanto, estamos ante ausencias que, en principio, son retribuidas, debiendo significarse de forma expresa la condición contraria²⁴.

Por lo expuesto, debemos concluir que el permiso por fuerza mayor es remunerado en parte. Concretamente, el legislador indica que serán retribuidas las horas de ausencia que equivalgan a 4 días al año, pero ¿a cuántas horas equivale cada día? ¿Estaríamos hablando de horas naturales? Entiendo que no, que el legislador se está refiriendo a 4 jornadas de trabajo (por lo que no podríamos computarlos como 4 días de 24 horas). El problema es que la norma no aclara qué concreta jornada debe tomarse como referencia: ¿la jornada legal, la jornada de convenio, la concreta jornada desempeñada por el trabajador (que puede estar afectada por una parcialidad)?²⁵ En mi opinión, la referencia debería ser la jornada diaria aplicable en la empresa para un trabajador a tiempo completo. Aunque eso supusiese, en la práctica, que los trabajadores a tiempo parcial tuvieran más días de permiso retribuido (pues realmente, unos y otros estarían disponiendo del mismo número total de horas de ausencia retribuida)²⁶.

De otro lado, aun cuando el legislador advierte que la retribución solo alcanza a las horas de ausencia equivalentes a 4 días al año, no creo que pueda defenderse que este derecho se debe disfrutar en proporción al previo trabajo efectivo. Tratándose de un permiso finalista que obedece a una causa expresamente tasada, debe disfrutarse en su integridad, al margen del tiempo de prestación de servicios²⁷.

²⁴ Como ocurre, por ejemplo, en caso de reducción de jornada en 2 horas por la hospitalización de un hijo a continuación del parto, donde el propio legislador advierte que este derecho conllevará «la disminución proporcional del salario».

²⁵ Según Quílez Moreno (2023), equivaldrían a 32 horas, tomando como referencia 8 horas de trabajo al día.

²⁶ Aplicando la misma lógica de la STS de 21 de noviembre de 2023 (rec. 2978/2022) con respecto a la lactancia acumulada.

²⁷ STS de 14 de noviembre de 2023 –rec. 312/2021– (*obiter dicta*).

4. El permiso parental

El RDL 5/2023 ha introducido en el texto del ET un nuevo artículo 48 bis, con el objeto de incorporar una nueva causa de suspensión del contrato por razones de cuidado, denominado «permiso parental» (en los mismos términos que la directiva).

Naturaleza: a pesar de que el legislador se refiere a esta concreta vicisitud de la relación laboral como un «permiso», realmente su naturaleza obedece a la de un supuesto de suspensión del contrato. Y, precisamente por ello, este derecho se ha incluido entre las causas del artículo 45.1 del ET y su régimen jurídico se encuentra contenido dentro de la sección 3.^a del capítulo III. Y de ahí que la doctrina lo haya calificado, con acierto, como una «mini excedencia conciliadora» (Quilez Moreno, 2023).

Titularidad: tratándose de un permiso parental, la titularidad del derecho se ha atribuido en exclusiva a los progenitores y a los acogedores (siempre y cuando lo sean por tiempo superior a 1 año), no alcanzando a los restantes familiares del menor. Según el artículo 5.4 de la directiva, los Estados miembros pueden supeditar el derecho a disfrutar del permiso parental a un previo periodo de trabajo o a una antigüedad en la empresa que no puede exceder de 1 año. Pero nuestro ordenamiento jurídico no ha hecho uso de esta habilitación y el derecho no se ha condicionado a la concurrencia de ningún otro requisito adicional.

Sujeto causante: se considera sujeto causante el hijo o menor acogido hasta que cumpla 8 años de edad. El fundamento de este permiso parental descansa en razones de cuidado, con la particularidad de que dicha necesidad se presume y de ahí que el legislador no exija su acreditación.

Duración y ejercicio del derecho: con base en el artículo 48 bis del ET, la duración del permiso puede prolongarse hasta un máximo de 8 semanas. Se trata de un límite global, por cuanto puede disfrutarse de forma ininterrumpida o fraccionada. Pues bien, a este respecto, conviene aclarar que, aunque el legislador no ha fijado una duración mínima de forma explícita, sí lo ha hecho implícitamente, pues de la redacción del precepto se desprende que este derecho debe solicitarse por semanas completas, continuas o discontinuas. No cabría, por tanto, su disfrute por días, lo que tiene lógica partiendo de la premisa de que estamos ante una causa de suspensión del contrato y no ante un supuesto de interrupción (como ocurre con los permisos). Además, este derecho puede disfrutarse a tiempo completo o a tiempo parcial. Lo que ocurre es que la posibilidad de disfrutar del permiso parental a tiempo parcial se ha condicionado a un futuro desarrollo reglamentario que aún no se ha producido.

La concreción de la fecha de disfrute compete a la persona trabajadora, que deberá notificar a la empresa la fecha de inicio y la fecha de fin de cada uno de los periodos, con 10 días de antelación o con el preaviso que establezca, en su caso, la negociación colectiva (que podrá ser inferior o superior a 10 días). Se prevé, no obstante, una salvedad: que concurran circunstancias de fuerza mayor que impidan el cumplimiento de este plazo de preaviso.

Caracteres: el permiso parental se caracteriza por la concurrencia de las siguientes notas:

En primer lugar, y al objeto de dar cumplimiento al principio de corresponsabilidad²⁸, el legislador ha configurado el permiso paternal como un derecho individual de las personas trabajadoras (hombres o mujeres) de carácter no transferible.

En segundo lugar, se trata de un permiso de hasta 8 semanas por cada hijo, por lo que su duración se acumularía en función del número de hijos que cumplan las condiciones para ser sujetos causantes.

En tercer lugar, estamos ante un derecho que no se encuentra condicionado a la regulación convencional o al acuerdo individual entre el trabajador y la empresa. En consecuencia, si se cumplen los requisitos legalmente exigidos y se respeta el preaviso correspondiente, la empresa está obligada a aceptar la decisión de la persona trabajadora. No obstante lo anterior, sí se reconoce al empresario un cierto derecho de veto. En efecto, en caso de que «dos o más personas trabajadoras» generasen este derecho por el mismo sujeto causante o en otros supuestos definidos por los convenios colectivos en los que el disfrute del permiso parental en el periodo solicitado altere seriamente el correcto funcionamiento de la empresa, esta podrá aplazar la concesión del permiso por un periodo razonable, justificándolo por escrito y después de haber ofrecido una alternativa de disfrute más flexible. Por lo tanto, el legislador no permite la denegación del derecho, sino solo su diferimiento. Además, esta facultad de la empresa tiene un alcance muy residual, pues solo es admisible en el supuesto de que ambos progenitores presten servicios en la misma empresa y generen el derecho por el mismo sujeto causante o en los supuestos que se determinen de forma expresa en la negociación colectiva²⁹. A mayor abundamiento, la decisión empresarial solo puede considerarse justificada cuando la solicitud del trabajador altere «seriamente el correcto funcionamiento de la empresa» y el aplazamiento se configura como un mecanismo subsidiario que solo es admisible si la alternativa de disfrute flexible no satisface las necesidades de conciliación del trabajador (Flor Fernández, 2023, p. 62).

A este respecto, resulta de interés traer a colación la SJS núm. 1 de Cartagena de 6 de noviembre de 2023 (proc. 642/2023), que ha condenado a la empresa a abonar a la trabajadora una indemnización de 5.000 euros, pues aunque la parte demandante no había acreditado ningún gasto ni perjuicio material:

no cabe duda de que la negativa injustificada a disfrutar el permiso parental en las fechas solicitadas le ha privado de la posibilidad de estar con sus hijos durante cuatro semanas que coinciden con el periodo de vacaciones escolares, por lo que se ha causado un perjuicio que debe ser indemnizado.

²⁸ Elemento fundamental para lograr una verdadera igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres.

²⁹ En este sentido, por ejemplo, el artículo 21 h) del Convenio colectivo de Mercadona, SA (BOE de 28 de febrero de 2024), prevé la posibilidad de aplazar la concesión del permiso en caso de que la solicitud se realice «por 2 o más personas en un mismo centro de trabajo, departamento o área de trabajo».

En cuarto lugar, el permiso parental es compatible con los restantes derechos de conciliación (baja por nacimiento y cuidado, permiso por cuidado del lactante, reducción de jornada por guarda legal, excedencia, etc.).

Y, por último, se trata de un permiso que, a día de hoy, no tiene asociada ninguna compensación económica, pero que, en los próximos meses, necesariamente deberá tenerla. En efecto, de conformidad con la directiva, el permiso parental debe tener una duración mínima de 4 meses, de los cuales 2 deben ser intransferibles y deben generar el derecho a una remuneración o a una prestación económica. Como se aprecia de lo expuesto, no hay una coincidencia entre la duración prevista en la directiva y la duración fijada en nuestro ordenamiento interno. Pero esta divergencia no supone necesariamente una contradicción con la norma europea, pues el artículo 20.6 establece de forma expresa que, a efectos del cumplimiento de los artículos 4, 5, 6 y 8 de la Directiva 2019/1158 y de la Directiva 92/85/CEE,

los Estados miembros podrán tener en cuenta cualquier periodo de ausencia del trabajo relacionada con la familia y cualquier remuneración o prestación económica por esta, entre otros por permisos de maternidad, paternidad, parental o para cuidadores a que pueda acogerse el trabajador en el ámbito nacional y que supere los estándares mínimos previstos en la presente directiva o en la Directiva 92/85/CEE.

Haciendo uso de esta «cláusula pasarela», podemos concluir que, con respecto a los progenitores varones, la regulación española cumple holgadamente los términos de la directiva, pues esta prevé un permiso de paternidad de 10 días (art. 4.1) y un permiso parental de 4 meses (art. 5.1), de los cuales solo se exige que sean retribuidos 2 (art. 8.3). Por lo tanto, en la medida en que nuestro ordenamiento jurídico reconoce una prestación por nacimiento y cuidado de 16 semanas de duración y un permiso parental de 8 semanas, el estándar mínimo de la directiva se ve ampliamente superado.

Pero, con respecto a las madres biológicas, la conclusión no puede ser la misma. La Unión Europea garantiza a las mujeres un mínimo de 158 días remunerados (98 días de permiso por maternidad con base en el art. 8 de la Directiva 92/85/CEE más 60 días de permiso parental por aplicación de los arts. 5 y 8 de la Directiva 2019/1158), que es más de lo que nuestro ordenamiento jurídico reconoce en concepto de baja por nacimiento y cuidado (112 días). Y aunque computemos el excedente de nuestro permiso por nacimiento y cuidado, así como el permiso por cuidado de lactante, que igualmente tiene carácter retribuido, difícilmente se puede dar por satisfecha la exigencia de la norma comunitaria.

No obstante, es cierto que, a estos concretos efectos, la directiva otorgaba un plazo adicional de transposición (hasta el 2 de agosto de 2024). Y acogiéndose a este plazo ampliado, el legislador decidió diferir en el tiempo la regulación de una cuestión que se antojaba problemática por el coste que conlleva (Nieto Rojas, 2023, p. 88). De hecho, la propia disposición final octava del RDL 5/2023 ya advertía que la transposición de la directiva era parcial, por cuanto no preveía la remuneración o la prestación económica del permiso

parental. En consecuencia, es precisa una nueva reforma legislativa que acometa la remuneración o prestación económica a percibir durante el disfrute del permiso parental.

Con respecto a la cuantía, la directiva no ha establecido una garantía retributiva mínima (Ballester Pastor, 2019; p. 1.122). No obstante, el artículo 8.3 sí advierte que la compensación económica debe facilitar que ambos progenitores puedan disfrutar el permiso parental, lo que parece apuntar al reconocimiento de una retribución o de una prestación no muy alejada de los ingresos de activo. Y es que es evidente que la ausencia de recursos económicos durante el disfrute del permiso parental tiene un claro impacto de clase y de género. Dicho en otros términos, la inexistencia de recursos pecuniarios puede abocar a su no utilización en caso de unidades familiares con escasos ingresos (especialmente, familias monoparentales). Además, a causa de los patrones tradicionales socialmente aceptados, una compensación de escasa cuantía disuade a los trabajadores varones del ejercicio de estos derechos. En palabras de la mejor doctrina, si no se opta por una protección económica razonable, su eficacia será residual en la práctica (Cabeza Pereiro, 2021, p. 86; Rodríguez Escanciano, 2023, p. 65).

Incidencia del permiso parental en la cotización a la Seguridad Social: el RDL 5/2023 no ha previsto expresamente la incidencia del permiso parental en la cotización a la Seguridad Social. Y ello a pesar de que el artículo 10.3 de la directiva impone a los Estados miembros la obligación de abordar este concreto extremo.

Lo único que sabemos es que el legislador ha incluido el permiso parental entre las causas de suspensión del artículo 45 del ET. Un precepto que no define qué se entiende por suspensión del contrato de trabajo y que se limita a indicar cuáles son algunos de sus efectos: la exoneración de las obligaciones recíprocas de trabajar y de remunerar el trabajo. Por su parte, la jurisprudencia ha definido la suspensión como «la situación anormal de una relación laboral, originada por la voluntad de las partes o por la ley, caracterizada por la exoneración temporal de las obligaciones básicas de trabajar y remunerar el trabajo, con pervivencia del vínculo jurídico»³⁰. De esa definición se derivan los elementos esenciales de la suspensión: la temporalidad de la situación, la no prestación de trabajo durante ella y su no remuneración, así como la continuidad o pervivencia del contrato que, por la concurrencia de una causa suspensiva, sufre tan solo una especie de aletargamiento.

Pues bien, desde la lógica de la Seguridad Social, la obligación de alta y la obligación de cotizar no se rigen por el criterio del vínculo, sino por el criterio de la actividad (arts. 30 y 35 RD 84/1996 y art. 144.3 LGSS). Por lo tanto, durante la suspensión del contrato, la regla general es que el trabajador causa baja en el sistema y decae la obligación de cotizar. Una conclusión que se ve reforzada por el hecho de que existan previsiones específicas sobre el mantenimiento de la obligación de cotizar durante determinadas situaciones suspensivas, como es el caso de la baja por incapacidad temporal, por nacimiento y cuidado, por

³⁰ SSTs de 7 de mayo de 1984 (RJ 1984\2972) y 18 de noviembre de 1986 (RJ 1986\6691).

riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural (art. 144.4 LGSS), lo que «indica que en el resto de las situaciones suspensivas no hay obligación de cotizar y tampoco alta»³¹. De hecho, cuando el legislador impone la obligación de cotizar en estos supuestos, lo plantea como una excepción a la regla general, pues cuando el artículo 68 del Real Decreto 2064/1995 enumera las situaciones en que se mantiene dicha obligación, lo hace «aunque» constituyan motivo de suspensión de una relación laboral.

Pues bien, para evitar que el ejercicio del permiso parental tenga una incidencia negativa en la carrera de seguro, tres hubieran sido las opciones posibles por parte del legislador: a) asimilar este periodo de suspensión a una baja por nacimiento y cuidado, modificando el artículo 144.4 de la LGSS de forma que se imponga a la empresa la obligación de mantener el alta y la cotización a la Seguridad Social; b) asemejar el permiso parental a una excedencia por razones de cuidado, configurándolo como un periodo de cotización ficticia a efectos de prestaciones futuras, lo que hubiera exigido la modificación del artículo 237.3 de la LGSS, o c) equiparar este periodo a una licencia sin sueldo, de manera que resulten aplicables las reglas contenidas en el artículo 60 del Real Decreto 2064/1995, de acuerdo al cual la obligación de cotizar se mantiene durante los periodos de permisos y licencias que no den lugar a excedencias en el trabajo³².

Pero nada ha previsto el legislador a este respecto. En consecuencia, debería operar la regla general: suspendido el contrato de trabajo, el trabajador causa baja en la Seguridad Social y decae la obligación de cotizar. No es ese, sin embargo, el criterio de la Administración. Según el Boletín de Noticias RED de 22 de enero de 2024, número 2/2024, durante el disfrute del permiso parental a tiempo completo debe mantenerse el alta y la cotización de la persona trabajadora. En opinión de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), pese a que el permiso parental se ha incluido en el artículo 45 del ET, «no por ello pierde la naturaleza de permiso». En consecuencia, considera aplicable el artículo 69 del Real Decreto 2064/1995.

Aparte de lo criticable que resulta que a través de un Boletín de Noticias Red se imponga a las empresas una obligación que no se desprende de la norma, creo que la TGSS se basa en un argumento insostenible: o estamos ante una interrupción de la relación laboral o estamos ante una suspensión del contrato de trabajo. Lo que no es admisible es que el permiso parental tenga una naturaleza ambivalente y sea, al mismo tiempo, una cosa y la contraria. Recuérdese que la Audiencia Nacional ha defendido el carácter retribuido del permiso por fuerza mayor, precisamente por entender que se trataba de un supuesto de interrupción y no de suspensión, evidenciando, por tanto, que estamos ante vicisitudes distintas del contrato de trabajo, con efectos jurídicos diferenciados.

³¹ STSJ de Madrid de 17 de julio de 2008 (rec. 1829/2008).

³² Pero en la medida en que no hay retribución que utilizar como referencia, se toma como base de cotización, para las contingencias comunes, la mínima correspondiente en cada momento al grupo de cotización del trabajador y, para las contingencias profesionales, la base de cotización estará sujeta a los topes mínimos establecidos con carácter general.

5. Tutela antidiscriminatoria y protección frente al despido

El RDL 5/2023 modifica el artículo 4.2 c) del ET para aclarar que el trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres por el ejercicio de sus derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral será constitutivo de discriminación por razón de sexo. Una formulación consecuente con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sentencia de 8 de mayo de 2019, asunto C-486/18, Praxair) y del Tribunal Constitucional (Sentencia 79/2020). De esta forma, no solo se recuerda la dimensión constitucional de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral (tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación del art. 14 CE, como desde el mandato de protección a la familia y a la infancia del art. 39)³³, sino que también se refuerza la corresponsabilidad, pues se parte de la premisa de que el trato desfavorable dispensado a los hombres que concilian y que se corresponsabilizan tiene el efecto de perpetuar el rol cuidador de las mujeres, ahondando en las brechas y manteniendo una situación de discriminación³⁴.

De otro lado, el RDL 5/2023 ha modificado los artículos 53.4 y 55.5 del ET, así como los artículos 108.2 y 122.2 de la Ley reguladora de la jurisdicción social, para incluir –entre los supuestos de nulidad objetiva– los despidos sin causa que afecten a las personas trabajadoras que se encuentren disfrutando de estos nuevos derechos de conciliación; concretamente: a) las adaptaciones de jornada del artículo 34.8 del ET; b) el permiso para cuidadores del artículo 37.3 b) del ET, y c) el permiso parental del artículo 48 bis del ET. El legislador ha dejado fuera de este mecanismo de protección al permiso por fuerza mayor del artículo 37.9 del ET, una exclusión que resulta acorde con el derecho de la Unión por cuanto la protección del artículo 12 de la directiva no alcanza a este tipo de permisos.

Además, el legislador introduce un correctivo a efectos del cálculo de la indemnización por despido. En su virtud, si la decisión extintiva afectase a quienes estén disfrutando del nuevo permiso parental a tiempo parcial, el salario regulador será el que hubiera correspondido al trabajador sin considerar la reducción de jornada efectuada.

Antes de la reforma operada por el RDL 5/2023, el legislador no había previsto de forma expresa la protección frente al despido de los trabajadores que están disfrutando de la adaptación de jornada. Y aunque esta regulación fue objeto de crítica por parte de la doctrina³⁵, otros autores consideraron que la decisión legislativa podía ser razonable,

³³ SSTs de 22 de febrero de 2022 (rec. 4643/2018), 26 de abril de 2023 (rec. 1040/2020) y 25 de mayo de 2023 (rec. 1602/2020).

³⁴ Tesis que ya había sido defendida por el magistrado Pérez Tremps en su voto particular a la Sentencia del Tribunal Constitucional 26/2011.

³⁵ Igartua Miró (2019, p. 97); Dormido Abril (2022, pp. 52 y 56).

dada la amplísima configuración del derecho de adaptación de la jornada³⁶. Y, de hecho, el artículo 12.1 de la Directiva 2019/1158 parece partir de la misma premisa, pues no incluye dentro de la protección frente al despido a quienes hayan solicitado o disfrutado cualquier fórmula de trabajo flexible para ocuparse de sus obligaciones de cuidado, sino solo a quienes hayan solicitado o disfrutado «el tiempo de ausencia del trabajo previsto en el artículo 9»³⁷. En cualquier caso, este debate habría sido superado con la reforma operada por el RDL 5/2023, que ha incorporado la adaptación de jornada al elenco de supuestos que merecen una tutela reforzada ante una decisión extintiva de la empresa.

Tratándose de un supuesto de nulidad objetiva, resulta irrelevante la motivación de la empresa, por lo que no sería de aplicación el mecanismo de la prueba indiciaria. La finalidad de la norma es proporcionar al trabajador una tutela más enérgica y de ahí que se le dispense de acreditar indicio alguno sobre la conculcación del derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación. Ahora bien, en opinión del Tribunal Supremo, la declaración de nulidad no presupone que se haya producido ineludiblemente la vulneración del derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación. En consecuencia, dicha calificación no tiene por qué ir necesariamente acompañada de una indemnización reparadora de un daño moral. Para que se imponga a la empresa esta condena es preciso que su decisión tenga una intencionalidad discriminatoria³⁸. Pero probada la vulneración del derecho fundamental, la sentencia dispondrá la reparación de las consecuencias de la infracción, incluyendo expresamente la indemnización, y ha de pronunciarse sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa³⁹.

Pero adviértase que, aunque nos encontramos ante un supuesto de nulidad objetiva (al margen, por tanto, de si concurre un ánimo empresarial discriminatorio), no se trata de una nulidad automática, por cuanto admite prueba en contrario. Dicho en otros términos, nuestro ordenamiento jurídico no prohíbe el despido de quien se encuentra disfrutando de estos derechos de conciliación (tutela preventiva), sino que declara nula la decisión extintiva en el

³⁶ Goerlich Peset (2020).

³⁷ Recordemos que este precepto aborda las fórmulas de trabajo flexible para ocuparse de las tareas de cuidado y que, según el artículo 3.1 f) de este mismo cuerpo normativo, se entiende por fórmulas de trabajo flexible «la posibilidad de los trabajadores de adaptar sus modelos de trabajo acogiéndose a fórmulas de trabajo a distancia, calendarios laborales flexibles o reducción de las horas de trabajo». Por lo expuesto, solo tendría una tutela reforzada aquella flexibilidad que se materialice en una ausencia al trabajo.

³⁸ STS de 12 de diciembre de 2023 (rec. 5556/2022). Aunque la decisión adoptada por el Tribunal Supremo se produce en relación con un supuesto de despido durante el embarazo, comparto plenamente la afirmación de Mercader Uguina (2024), para quien esta doctrina «va más allá de esta concreta situación y se proyecta sobre el amplio conjunto de supuestos de nulidad objetiva previstos normativamente».

³⁹ SSTS de 5 de octubre de 2017 (rec. 2497/2015), 23 de febrero de 2022 (rec. 4322/2019) y 9 de marzo de 2022 (rec. 2269/2019).

supuesto de que esta se produzca sin causa (tutela reparativa). Por lo tanto, si la empresa acredita una causa que justifica razonablemente su decisión, el despido se declarará procedente. En caso contrario, será nulo con las consecuencias legalmente previstas. Y esta declaración de nulidad será, incluso, apreciable de oficio por el juzgador⁴⁰. Lo que queda descartado, por tanto, es la posibilidad de que el despido sea calificado como improcedente.

Para concluir este apartado, conviene aclarar que esta tutela reforzada se aplica igualmente a quienes hayan solicitado alguno de estos derechos, aun cuando en la práctica no se encuentren disfrutándolos. ¿Pero qué ocurre con posterioridad, una vez que estos nuevos derechos ya se han disfrutado? En tal caso, no cabría invocar la nulidad objetiva de los apartados a) y b) de los artículos 53.4 y 55.5 del ET. No obstante, esta misma calificación podría ser declarada conforme a las reglas generales. En tal caso, será preciso que el trabajador acredite un panorama indiciario de vulneración de derechos fundamentales para trasladar a la empresa la obligación probatoria, de forma que a esta le corresponderá demostrar que su decisión de poner fin a la relación laboral se debe a causas ajenas a la lesión del derecho a la no discriminación por razón de sexo. Ello sitúa a la empresa frente a una doble posibilidad: o bien trata de probar que su comportamiento no ha provocado la violación de ningún derecho fundamental del trabajador o, por el contrario, trata de demostrar que concurre algún tipo de circunstancia de entidad suficiente para justificar el acto empresarial que excluya cualquier sospecha de trato discriminatorio.

6. Valoración final de la reforma

El RDL 5/2023 ha introducido en nuestro ordenamiento jurídico varios cambios que eran precisos para acomodar nuestro derecho interno a los objetivos marcados por Europa. Es necesaria, no obstante, una nueva modificación legislativa para lograr una transposición plena de la norma comunitaria. Un cambio que deberá ser urgente (si queremos cumplir con el segundo plazo previsto por la directiva) y que deberá abordar la remuneración o la prestación económica asociada al permiso parental, así como la repercusión de este derecho en la Seguridad Social, bien de forma directa o haciendo uso de la cláusula pasarela (esto es, incrementando otros derechos que obedezcan a una misma finalidad). Y a este respecto, no queda sino instar al legislador a que socialice el coste del permiso parental y lo configure como una prestación pública durante la cual, además, se mantenga la obligación de cotizar, aunque con acceso a las bonificaciones previstas en los artículos 17 y 18 del RDL 1/2023.

En este contexto, el artículo 1 del RDL 7/2023 modificó el artículo 37.4 del ET con el fin de mejorar el régimen jurídico del permiso por cuidado del lactante y de permitir que

⁴⁰ SSTs de 2 de octubre de 2020 (rec. 4443/2017) y 2 de febrero de 2022 (rec. 4633/2018).

su disfrute acumulado no quedara condicionado al acuerdo (individual o colectivo)⁴¹. Esta norma incluía, además, la reforma de la rama asistencial de la prestación por desempleo y la modificación del artículo 84 del ET para conferir al convenio sectorial autonómico prioridad aplicativa sobre el convenio sectorial estatal. Pues bien, en el preámbulo, el ejecutivo advertía que con esta reforma se completaba la transposición de la Directiva 2019/1158. A este respecto, es importante advertir que, con esta medida, ciertamente se avanzaba en el proceso de transposición, pero en ningún caso se completaba de forma plena (pues el permiso acumulado por cuidado del lactante difícilmente podía compensar las exigencias de la directiva). En cualquier caso, como bien sabemos, esta norma no fue finalmente convalidada⁴², por lo que es precisa una nueva reforma que aborde esta materia.

Ante la falta de convalidación del RDL 7/2023, tendría lógica que esta nueva reforma se hubiese acometido en el proyecto de Ley de familias⁴³. Pues bien, a pesar de que la propuesta era la de ampliar la baja por nacimiento y cuidado de 16 a 20 semanas⁴⁴, esta propuesta legislativa únicamente ha previsto la modificación del artículo 48.4 del ET con el fin de permitir al otro progenitor la posibilidad de anticipar en 10 días el comienzo del periodo de disfrute. Una medida de flexibilidad que, en palabras de su exposición de motivos, «resulta coherente con el objeto de cuidado de la madre biológica durante este periodo».

Un sistema de permisos refleja, y a la vez configura, cómo se entiende el cuidado en una sociedad, la importancia que se le otorga y quién asume que debe cubrirlo y en qué condiciones (Castellanos-Serrano, 2022, p. 581). Desde esta perspectiva, la reforma merece una valoración positiva en aras de favorecer la corresponsabilidad entre hombres y mujeres en la asunción de responsabilidades familiares y la permanencia en el mercado de trabajo de todas las personas con obligaciones de cuidado. No obstante, resulta criticable que la reforma no haya sido objeto de negociación por los agentes sociales y que adolezca de falta de precisión y concreción. Carece de lógica que se apruebe un RDL 6/2023⁴⁵ con el propósito de reducir el número de pleitos en el orden social⁴⁶ si al tiempo aprobamos otra norma que no va a suscitar sino incertidumbre y, en consecuencia, litigiosidad. Del mismo modo, hubiera sido conveniente una reorganización de todo el régimen jurídico de los permisos, al objeto de evitar solapamientos y de procurar una mayor coherencia interna.

⁴¹ *In extenso*, Maneiro Vázquez (2023b) y Aragón Gómez (2023).

⁴² Por el voto en contra del Partido Popular, de VOX y de 6 diputados del grupo parlamentario mixto.

⁴³ BOCG de 8 de marzo de 2024.

⁴⁴ <https://www.mdsocialesa2030.gob.es/comunicacion/toma-posesion-altos-cargos-mdsca.htm>.

⁴⁵ RDL 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo (BOE de 20 de diciembre de 2023).

⁴⁶ Incentivando al máximo la acumulación de acciones, introduciendo el procedimiento testigo y la extensión de efectos de sentencias firmes.

Referencias bibliográficas

- Agustí Maragall, J. (2019). El derecho de adaptación de jornada ex art. 34.8 ET después del Real Decreto-Ley 6/2019. La cuestión de la corresponsabilidad en su reconocimiento. *Jurisdicción Social: Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, 199, 16-36.
- Aragón Gómez, C. (22 de diciembre de 2023). El permiso por lactancia acumulada de ¿28 días de duración? *El Foro de Labos*. <https://www.elforodelabos.es/2023/12/el-permiso-por-lactancia-acumulada-de-28-dias-de-duracion/>
- Ballester Pastor, M. A. (2019). De los permisos parentales a la conciliación: expectativas creadas por la Directiva 2019/1158 y su transposición al ordenamiento español. *Derecho de las Relaciones Laborales*, 11, 1.109-1.132.
- Blasco Jover, C. (2023). Cuando se cierra una puerta se abre una ventana: el RD Ley 5/2023 salva *in extremis* la esencia de la Ley de Familias. *Lex Social: Revista de los Derechos Sociales*, 13(2), 1-49. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.8310>
- Cabeza Pereiro, J. (2021). La Directiva (UE) 2019/1158 y su transposición al derecho interno. En E. Rodríguez Rodríguez y N. M. Martínez Yáñez (Dir.^{as}), *Conciliación y corresponsabilidad de las personas trabajadoras: presente y futuro* (pp. 67-92). Bosch Editor.
- Casas Baamonde, M. E. (2018). Conciliación de la vida familiar y laboral: Constitución, legislador y juez. *Derecho de las relaciones laborales*, 10, 1.065-1.084.
- Castellanos-Serrano, C. (2022). Reformar y evaluar el permiso de nacimiento y cuidado de menor para asegurar el objetivo de corresponsabilidad. *IgualdadES*, 7, 579-609. <https://doi.org/10.18042/cepc/lgdES.7.08>
- Castro Argüelles, M. A. (2024). Conciliación de la vida familiar y laboral de progenitores y cuidadores: la transposición de la Directiva (UE) 2019/1157 por el Real Decreto-Ley 5/2023. *Revista española de Derecho del Trabajo*, 271, 83-120.
- Dormido Abril, J. (2022). La protección contra el despido y otras consecuencias desfavorables: sobre la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 a la legislación española. *Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, 7(2), 44-63. <https://doi.org/10.20318/femeris.2022.6942>
- Flor Fernández, M. L. de la (2023). La Directiva sobre conciliación y su transposición en España. *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 168, 37-66.
- Goerlich Peset, J. M. (22 de enero de 2020). La adaptación de la ejecución del contrato por razones de conciliación de la vida familiar tras el RDL 6/2019. *ElDerecho.com*. <https://elderecho.com/la-adaptacion-de-la-ejecucion-del-contrato-por-razones-de-conciliacion-de-la-vida-familiar-tras-el-rdl-6-2019>
- Igartua Miró, M. T. (2019). Conciliación y ordenación flexible del tiempo de trabajo. La nueva regulación del derecho de adaptación de jornada ex art. 34.8 del Estatuto de los Trabajadores. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 53.
- Igartua Miró, M. T. (2023). Novedades en la adaptación de «jornada» por conciliación tras el RDL 5/2023: algunos avances hacia una flexibilidad más equilibrada. *Revista de Derecho Social y Empresa*, 19, 81-108.
- Lousada Arochena, J. F. (2019). El derecho de adaptación de la jornada de trabajo con finalidad de conciliación (ET art. 34.8). *Actum Social*, 149-150.

- Maneiro Vázquez, Y. (2023a). *Cuidadores, igualdad y no discriminación y corresponsabilidad: la (r)evolución de los derechos de conciliación de la mano de la Directiva (UE) 2019/1158*. Bomarzo.
- Maneiro Vázquez, Y. (25 de diciembre de 2023 –2023b–). La nueva regulación del permiso para el cuidado del lactante en el RD-Ley 7/2023. *Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. <https://www.aedtss.com/la-nueva-regulacion-del-permiso-para-el-cuidado-del-lactante-en-el-rd-ley-7-2023/>
- Martínez Moreno, C. (2023). La adaptación de la jornada con fines de conciliación en el RDL 5/2023: ¿el progreso de un derecho aún incompleto? *Revista Derecho Social y Empresa, 19*, 21-43.
- Mercader Uguina, J. R. (27 de febrero de 2024). Y la luz se hizo: el despido nulo automático de la mujer embarazada requiere de la existencia de indicios que acrediten la discriminación para que proceda una indemnización por daños morales. *El Foro de Labos*. <https://www.elforodelabos.es/2024/02/y-la-luz-se-hizo-el-despido-nulo-automatico-de-la-mujer-embarazada-requiere-de-la-existencia-de-indicios-que-acrediten-la-discriminacion-para-que-proceda-una-indemnizacion-por-danos-morales/>
- Nieto Rojas, P. (2023). La transposición de la directiva 2019/1158 de conciliación de la vida familiar y la vida profesional a través del RD Ley 5/2023. *Revista de Estudios Jurídicos Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, 7, 75-102. <https://doi.org/10.24310/rejls7202316909>
- Nuñez-Cortés Contreras, P. y Arruga Segura, M. C. (2023). Más novedades sobre permisos y fórmulas de trabajo flexible. *Revista Derecho Social y Empresa, 19*, 133-157.
- Pérez Campos, A. I. (2023). El permiso por fuerza mayor familiar. Presente y futuro. En R. Y. Quintanilla Navarro (Coord.ª), *Actas de la III Jornada de investigación del grupo de alto rendimiento URJC-LAB* (pp. 41-45). Servicio de Publicaciones de la Universidad Rey Juan Carlos. <https://hdl.handle.net/10115/26236>
- Quílez Moreno, J. M. (2023). Análisis de las nuevas medidas de conciliación laboral y familiar: artículos 127 y 129 del Real Decreto-Ley 5/2023. *Revista Española de Derecho del Trabajo, 268*, 55-74.
- Rodríguez Escanciano, S. (2023). El régimen jurídico del permiso parental a la luz del Real Decreto Ley 5/2023: antecedentes, novedades y cuestiones pendientes. *Revista Derecho Social y Empresa, 19*, 44 a 80.
- Sancha Saiz, M. (2023). Medidas de conciliación de la vida personal y laboral en el Real Decreto-Ley 5/2023: en materia de discriminación y permisos. *Jurisdicción Social. Revista de la Comisión de lo Social de Jueces y Jueces para la Democracia, 250*, 5-18.
- Solà i Monells, X. (2023). Las modificaciones introducidas por el Real Decreto-Ley 5/2023, de 28 de junio, en cumplimiento de la Directiva (UE) 2019/1158, de 20 de junio: otro importante paso adelante hacia la conciliación corresponsable. *IUSLabor. Revista d'anàlisi de Dret del Treball, 3*, 4-49. <https://doi.org/10.31009/IUSLabor.2023.i03.01>
- Viqueira Pérez, C. (2021). Límites a la adaptación de jornada para la conciliación de la vida familiar (art. 34.8 ET). *Revista de Jurisprudencia Laboral, 4*. https://doi.org/10.55104/RJL_00240



Cristina Aragón Gómez. Licenciada en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, se doctoró en Derecho en la Universidad Carlos III con la lectura de la tesis doctoral «La prestación contributiva de Seguridad Social», que mereció el premio extraordinario de doctorado en Derecho. Su labor docente e investigadora se ha desarrollado en la Universidad Carlos III de Madrid (donde trabajó 15 años) y en la Universidad Nacional de Educación a Distancia (donde presta servicios desde el año 2019). Es autora de varias monografías, libros colectivos, artículos y otras publicaciones en editoriales y revistas prestigiosas que abarcan todas las áreas temáticas de la disciplina. Sus principales líneas de investigación versan sobre la Seguridad Social, el tiempo de trabajo, los incentivos a la contratación y la igualdad y la protección de las mujeres en el ámbito laboral. Ponente en más de 200 jornadas y seminarios de especialización profesional, ha colaborado, a estos efectos, con los más prestigiosos centros de formación a empresas. <https://orcid.org/0000-0001-6177-8287>

Igualdad de género, discriminación masculina directa y por asociación tras la Ley 15/2022, de 12 de julio

Jorge Torrents Margalef

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

Universidad Complutense de Madrid (España)

jtorrents@ucm.es | <https://orcid.org/0000-0002-0345-5823>

Extracto

El estudio aborda los aspectos más novedosos y polémicos desde un punto de vista doctrinal, así como su recepción en las resoluciones judiciales aparecidas desde la entrada en vigor de la Ley 15/2022. Se aborda la cuestión de su encaje constitucional y se sopesan las aportaciones de esta norma sobre el principio de igualdad de trato y no discriminación en el ámbito laboral en lo que respecta a nuevas causas de discriminación, algunas de las cuales obligarán a una revisión de la doctrina judicial. También se analizan las modalidades de discriminación, especialmente la que es por asociación o refleja y se interrelaciona el alcance de la discriminación directa e indirecta con las ya existentes en otras normas. La ley refuerza la decisiva virtualidad interpretativa transversal del principio de igualdad de trato y no discriminación y el impulso que ha recibido por parte de las resoluciones judiciales. La relevancia de estos análisis radica en su traslación a cuáles son las discriminaciones por razón de sexo sobre los hombres que vienen siendo reconocidas por los tribunales. Se verá cómo los tribunales han ido abriendo el abanico de tutela del derecho de los trabajadores varones, aumentando el alcance de las discriminaciones directas, indirectas y por asociación. En algunos casos, estiman simultáneamente dos tipos de discriminación diferentes, para lo que las disposiciones de la Ley 15/2022 representan un catalizador con gran potencial de futuro. Por último, se muestran varias observaciones que invitan a repensar el efecto rebote en el proceso de consecución de la igualdad y que tienden a banalizar los avances logrados.

Palabras clave: discriminación; género; igualdad; relación laboral; transversalidad; corresponsabilidad; conciliación.

Recibido: 19-03-2024 / Aceptado: 24-04-2024 / Publicado: 07-05-2024

Cómo citar: Torrents Margalef, J. (2024). Igualdad de género, discriminación masculina directa y por asociación tras la Ley 15/2022, de 12 de julio. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 480, 111-139. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.21515>



Gender equality, direct and associational male discrimination after Law 15/2022, of July 12

Jorge Torrents Margalef

*Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Complutense de Madrid (España)*
jtorrents@ucm.es | <https://orcid.org/0000-0002-0345-5823>

Abstract

The study addresses the most innovative and controversial aspects from a doctrinal point of view, as well as their reception in the judicial resolutions that have appeared since the entry into force of Law 15/2022. The question of its constitutional fit is addressed and the contributions of this norm on the principle of equal treatment and non-discrimination in the workplace are weighed, with regard to new causes of discrimination, some of which will require a review of judicial doctrine. The modalities of discrimination are also analyzed, especially that which is by association or reflex, and the scope of direct and indirect discrimination is interrelated with those already existing in other regulations. The Law reinforces the decisive transversal interpretative potential of the principle of equal treatment and non-discrimination, and the boost it has received from judicial resolutions. The relevance of these analyzes lies in their translation to what discriminations based on sex against men are being recognized by the courts. It will be seen how the courts have been opening the range of protection of the rights of male workers, increasing the scope of direct, indirect and association discrimination. In some cases, they simultaneously estimate two different types of discrimination, for which the provisions of Law 15/2022 represent a catalyst with great future potential. Finally, several observations are shown that invite us to rethink the rebound effect in the process of achieving equality and that tends to trivialize the progress achieved.

Keywords: discrimination; gender; equality; employment; transversality; co-responsibility; conciliation.

Received: 19-03-2024 / Accepted: 24-04-2024 / Published: 07-05-2024

Citation: Torrents Margalef, J. (2024). Gender equality, direct and associational male discrimination after Law 15/2022, of July 12. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 480, 111-139. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.21515>



Sumario

1. Introducción. La gestación del nuevo marco normativo para la igualdad de trato y la no discriminación
2. Principales aportaciones de la Ley 15/2022 al principio de igualdad de trato y no discriminación en el ámbito laboral
 - 2.1. Amplitud relativa de causas discriminatorias previstas por la Ley 15/2022
 - 2.2. Definición y ordenación de las modalidades de discriminación
 - 2.3. Refuerzo del alcance transversal del principio interpretativo de igualdad y no discriminación
3. Igualdad de género y discriminación del hombre en el ámbito sociolaboral
 - 3.1. Discriminación directa: el complemento del artículo 60 de la LGSS
 - 3.2. Discriminaciones indirectas por razón de sexo en contra del hombre
 - 3.3. Corresponsabilidad, hombres, discriminación por asociación y *vis expansiva* del principio interpretativo transversal de la Ley 15/2022
4. Conclusión. La banalización de los avances hacia la igualdad efectiva

Referencias bibliográficas

Nota: este estudio tiene su origen en la ponencia impartida en la jornada sobre «Análisis de las Reformas Legales 2022-2023 desde una perspectiva de género», el 26 de octubre de 2023, en la Universidad Rey Juan Carlos y se realiza dentro del marco del Proyecto puente de Investigación sobre «Ser mujer y trabajo en la era digital» (Ref. 2023/SOLCON-130825).

1. Introducción. La gestación del nuevo marco normativo para la igualdad de trato y la no discriminación

El 12 de julio de 2022 se aprobó la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, entrando en vigor dos días después. Con ella, como se apunta en su preámbulo, el legislador no pretendía crear nuevos derechos sociales, sino un nuevo marco normativo del derecho antidiscriminatorio español, aportando un mínimo común con las definiciones fundamentales y las garantías básicas para dar cobertura a las discriminaciones existentes y a las venideras, puesto que «los desafíos de la igualdad cambian con la sociedad y, en consecuencia, también deberán hacerlo en el futuro las respuestas debidas».

A tenor de estas palabras de la Ley 15/2022, puede aventurarse que es una ley con futuro en lo que respecta a su incidencia sobre las relaciones laborales. Ciertamente es que, en su articulado, el alcance de su aplicación se proyecta sobre el empleo por cuenta ajena y por cuenta propia (art. 3.1 a), con la inclusión de una serie de disposiciones sobre el derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el empleo por cuenta ajena (art. 9) y en el trabajo por cuenta propia (art. 11). Igualmente, el ámbito de la ley alcanza a las organizaciones sindicales y empresariales (art. 3.1 c), así como a la protección social y a las prestaciones (art. 3.1 j), por lo que se prevén unas disposiciones en materia de negociación colectiva (art. 10) y sobre el derecho a la igualdad de trato, a la no discriminación e intolerancia en organizaciones sindicales y empresariales, entre otras (art. 12). Pero todas estas disposiciones específicas no implican unos cambios trascendentales sobre las relaciones laborales, sino que las principales repercusiones se derivarán de la aplicación de las normas generales de esta ley a la realidad sociolaboral, tanto en el momento de su promulgación, al suponer cambios en la realidad jurídica precedente, como por su proyección de futuro, «pues la aplicación de esas normas generales seguramente abrirá líneas de interpretación, en especial en relación con las nuevas realidades, que ahora ni atisbamos» (Lousada Arochena, 2022).

Hay dos aspectos relacionados con el proceso de gestación de esta ley que merecen ser destacados. El primero tiene que ver con la genealogía de la Ley 15/2022, puesto que sus orígenes históricos se remontan al año 2011. En un pormenorizado estudio, el profesor Rojo Torrecilla (2022) ha repasado las distintas propuestas legislativas, cuyo recorrido se inicia con el Proyecto de ley integral para la igualdad de trato y no discriminación, publicado en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados (BOCD) el 10 de junio de 2011. Caducada esa primera iniciativa del Gobierno del PSOE, tras las elecciones generales de noviembre de ese año, que cambiaron el color del Ejecutivo, fue convertido en proposición de ley por el grupo parlamentario socialista y su tramitación fue rechazada el 11 de septiembre de 2012 por el Pleno del Congreso. Con una nueva composición del Congreso

resultante de las elecciones generales de abril de 2019, ese mismo grupo parlamentario recuperó su proposición de ley integral el siguiente 19 de julio, aunque la retiró al cabo de unos días. De este modo, se llega al eslabón inmediato en la génesis de la Ley 15/2022, que fue la Proposición de ley integral para la igualdad de trato y no discriminación, presentada por el grupo socialista y publicada en el BOCB el 29 de enero de 2021. Se puede resaltar que, al final de este trayecto por el que ha viajado el texto legislativo hasta su aprobación, el ámbito subjetivo de aplicación recogido en el artículo 2 de la Ley 15/2022 incorpora nuevas causas de discriminación prohibidas que no estaban previstas ni siquiera en la proposición de ley de 2021, que fue el origen directo de la ley. Pero no puede obviarse que, en realidad, lo que ha sufrido en estos años la ley en ciernes es un auténtico periplo, por cuanto buena parte del texto definitivamente plasmado en la Ley 15/2022 es reproducción del proyecto de 2011, no solo en el articulado sino también en la exposición de motivos (idénticas palabras literales sobre la novedad del marco normativo antidiscriminatorio, su vocación de mínimo común denominador de definiciones y garantías, la alusión a los desafíos de la igualdad que están por venir, etc.).

El segundo aspecto que relatar es la censura que ha recibido la Ley 15/2022 desde la doctrina científica, por no respetar el rango de ley orgánica con que tendría que haber sido regulado su contenido. Se ha achacado esta tacha al hecho de que el Gobierno estaba lejos de alcanzar la mayoría absoluta en el Congreso exigida para aprobar leyes orgánicas y se argumenta que, como manifiesta la propia Ley 15/2022 en su preámbulo, esta norma viene a desarrollar el artículo 14 de la Constitución española (CE), por lo que entra en la materia que constitucionalmente está reservada a ley orgánica, que es aquella que comprende el desarrollo directo de los derechos fundamentales o que incide sobre aspectos consustanciales, por lo que la introducción de nuevas causas de discriminación debería haberse hecho mediante una ley orgánica de desarrollo del artículo 14 de la CE (Monreal Bringsvaerd, 2023). La cuestión de la carencia de esa mayoría parlamentaria absoluta del partido en el Gobierno también estuvo presente en las propuestas anteriores de la ley fallidas, lo que podría invitar a presumir que quizás por esa razón todas ellas fueron planteadas como ley ordinaria. Pero más que ahondar en una falta de consenso político, resulta más conveniente dilucidar la cuestión desde la vertiente jurídica. Otra parte de la doctrina manifiesta la sorpresa que deparó la publicación oficial de la Ley 15/2022, sin que se entienda que este texto legal tenga carácter ordinario y no orgánico, cuando todo jurista español sabe sobradamente que, de acuerdo con el artículo 81 de la CE, el desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas debe ser emprendido a través de leyes orgánicas (García Murcia, 2022, p. 12). Para este autor, nadie duda de que el artículo 14 de la CE desempeña un papel institucional de rasgos muy peculiares, que no es del todo equiparable al de los derechos fundamentales y libertades públicas contenidos entre los artículos 15 y 29 de la CE, y que la duplicidad de derechos que consagra (un derecho a la igualdad y, por otro lado, un derecho a la no discriminación) no parece que pueda ser otra cosa que un derecho fundamental, tal como lo ha calificado el Tribunal Constitucional (Sentencia del Tribunal Constitucional –STC– 233/2007) y como lo equipara el artículo 53.2 de la CE con los derechos fundamentales a los efectos de tutela jurisdiccional. Además, tampoco es baladí el hecho

de que los primeros preceptos de la Ley 15/2022 utilicen la categoría de «derecho», y no de principio o valor, para referirse a la igualdad de trato y no discriminación, «derecho que en ese cuerpo normativo comparece con carácter legal pero que de ningún modo puede separarse de su “fundamental” base constitucional» (García Murcia, 2022, p. 13).

Por otro lado, se afirma que nada hubiera impedido la conformación, por la materia tratada, como ley orgánica de esta nueva norma, aunque, como no se trata tanto de la regulación del derecho de igualdad y no discriminación sino del impulso, la garantía, la eficacia, la tutela y, en definitiva, la implementación del mismo, el legislador optó por una ley ordinaria, a pesar de que regulaciones previas sobre la igualdad de trato hayan sido aprobadas con el amparo de ley orgánica. Al fin y al cabo, ambos tipos de leyes –ordinaria y orgánica– adquieren el mismo rango en el ordenamiento jurídico por cuanto ambas son leyes (López Cumbre, 2023).

En cambio, otra postura no comparte la objeción a la Ley 15/2022 por su falta de carácter orgánico exigido por el artículo 81 para desarrollar un derecho fundamental, puesto que, desde una perspectiva estrictamente constitucional, el derecho a la igualdad de trato y la prohibición de discriminación consagrado en el artículo 14 de la CE no sería un derecho fundamental, ya que esta denominación está restringida a los derechos contenidos en los artículos 15 a 29 de la CE, sin perjuicio de que su ejercicio tenga la misma protección constitucional prevista en el artículo 53.2 de la CE, tal como se aclara en la STC 76/1983¹. Para esta posición doctrinal, expuesta por Agustí Maragall (2023, pp. 21-23), aun si se asumiera que aquel derecho entra en el concepto amplio de derecho fundamental, se debería distinguir, conforme a la doctrina constitucional, entre la imposición de límites a un derecho fundamental, actividad normativa reservada a la ley orgánica (art. 81.1 CE), y la regulación del ejercicio del derecho, tarea que compete al legislador ordinario en virtud de lo dispuesto en el artículo 53.1 de la CE (STC 135/2006, FJ 2, con apoyo en la STC 292/2000, FJ 11), lo que no significa que la ley orgánica que desarrolle derechos fundamentales tenga como único ámbito la imposición de límites (STC 173/1998, FJ 8). Por esta razón, defiende que el carácter ordinario de la Ley 15/2022 no obstaculiza la incorporación, por su especial relevancia social, de causas de discriminación de nuevo reconocimiento, y más cuando su preámbulo anuncia que su pretensión es dar cobertura a las discriminaciones presentes y futuras.

Esta misma línea se mantiene desde la doctrina constitucionalista, que entiende que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC), la reserva de ley orgánica se refiere tan solo a las libertades y derechos comprendidos entre los artículos 15 y 29,

¹ «Existe, pues, una exclusión expresa del artículo 14 en el artículo 81.1 de la Constitución. Tal exclusión, por otra parte, está justificada porque la igualdad reconocida en el artículo 14 no constituye un derecho subjetivo autónomo, existente por sí mismo, pues su contenido viene establecido siempre respecto de relaciones jurídicas concretas» (FJ 2).

excluyendo a los restantes derechos recogidos en el título primero y, además, el término «desarrollo» ha sido interpretado por el TC en un sentido estricto, por lo que no siempre se precisa ley orgánica cuando se incide de manera más o menos directa en la esfera de un derecho fundamental (López Guerra y Espín, 2022, p. 78-79).

Hay que aceptar la solidez argumentativa de esta concepción, fundada en la jurisprudencia constitucional, para mantener la validez de la previsión de nuevas causas de discriminación por vía de norma ordinaria que ha realizado la Ley 15/2022. A lo que hay que adicionar una constatación fáctica, cual es la incorporación que hubo, con antelación a dicha ley, de nuevas causas de discriminación en los artículos 4 y 17 del Estatuto de los Trabajadores (ET), cuando fueron modificados a través de leyes ordinarias, y que también ha ocurrido, como se verá más adelante, después de la Ley 15/2022. Es más, el artículo 17 del ET contempla supuestos de discriminación que no están previstos ni en el artículo 14 de la CE ni en el derecho de la Unión Europea, como los vínculos de parentesco con personas pertenecientes o relacionadas con la empresa.

En contraste, también desde la doctrina constitucionalista se entiende que con la Ley 15/2022 se incide en el desarrollo amplio del artículo 3 de la Ley orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH), «y en salvar, en parte, las carencias apreciadas después de 15 años de vigencia de la Ley de Igualdad» (Figueroa Burrieza, 2023). Igual concepción se mantiene por órganos judiciales cuando se afirma que la Ley 15/2022 «vino a completar la pauta normativa marcada por la Ley orgánica 3/2007» (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia –STSJ– de Asturias 309/2023, de 28 de febrero, FJ 4).

Efectivamente, la recepción de esta cuestión por los órganos jurisdiccionales refleja también, en parte, las distintas concepciones doctrinales expuestas. alguna resolución ha sufrido un desliz notable al referirse a la Ley 15/2022 como «dicha norma orgánica» o que las causas de discriminación introducidas *ex novo* por aquella se encuentran recogidas «en una ley con rango orgánico» (Sentencia del Juzgado de lo Social –SJS– núm. 1 de Granada de 15 de febrero de 2023, proc. 753/2022, FFJJ 5 y 6). Al margen de este tipo de desaciertos, se aprecia que en la práctica judicial no se suele conceder mayor relevancia a la cuestión del rango y se entiende que el legislador ha reforzado la igualdad y no discriminación entre hombres y mujeres con la LOIEMH y, posteriormente, se ha integrado este principio en la Ley 15/2022 «ampliándolo a otra serie de señas identitarias», de manera que aplican ambas disposiciones a la par para fundamentar jurídicamente el caso juzgado, advirtiendo que las novedades legislativas desprendidas de la Ley 15/2022 «determinan la necesaria alteración de las soluciones judiciales» precedentes (Sentencia de la Audiencia Nacional –SAN– 80/2023, de 19 de junio, FFJJ 4 y 6, respectivamente).

Pero, obviamente, hay excepciones en las que sí se pone de relieve la importancia de que la Ley 15/2022, en la función de desarrollo de la Constitución y de los derechos fundamentales que compete al legislador, haya incluido nuevas razones de discriminación prohibidas. Es el caso de la STSJ de Madrid 455/2023, de 10 de mayo, en cuyo prolijo

fundamento jurídico primero parece que compone un popurrí de las posturas doctrinales divergentes expuestas más arriba. Así, parte de la afirmación de que la Ley 15/2022 constituye un desarrollo del artículo 14 de la CE, «que recoge el derecho fundamental a la igualdad y no discriminación», aunque no tiene el carácter de ley orgánica porque el artículo 81.1 de la CE reserva la misma para los artículos 15 a 29 de la CE, «quedando el artículo 14 fuera de dicho ámbito». Lo importante es que, aunque no aparece mencionado en el artículo 81.1 de la CE, sí que se adiciona el artículo 14 de la CE en el artículo 53.2 de la CE, de manera que le es aplicable el procedimiento de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, con todo lo que implica, tal y como señala el artículo 177 de la Ley reguladora de la jurisdicción social (LRJS): «El derecho fundamental de igualdad no queda por tanto fuera de su ámbito, también a los efectos del artículo 184 de la Ley de la jurisdicción social». Dando un paso más firme, la STSJ de Galicia 3107/2023, de 29 de junio, reconoce la existencia de aquellas doctrinas no uniformes sobre la adecuación o no del tipo de norma elegida por el legislador para regular nuevas causas de discriminación, aunque llega a la consideración de la validez de la Ley 15/2022, como ley ordinaria, en la inclusión de esos nuevos supuestos de discriminación en el ordenamiento normativo, aduciendo textualmente el razonamiento jurídico expuesto por Agustí Maragall (2023)².

2. Principales aportaciones de la Ley 15/2022 al principio de igualdad de trato y no discriminación en el ámbito laboral

Reproduciendo lo que se relataba en la exposición de motivos del proyecto de ley de 2011, el preámbulo de la Ley 15/2022 marca, entre sus propósitos, la pretensión de trasponer los objetivos y fines de la Directiva 2000/43/CE y de la Directiva 2000/78/CE, pues solo se había hecho parcialmente a través de la Ley 62/2003. También indica que el doble objetivo que persigue la Ley 15/2022 es prevenir y erradicar cualquier forma de discriminación y proteger a las víctimas, combinando el enfoque preventivo con el reparador. Por eso, hay tres notas que la caracterizan: es una ley de garantías, general e integral.

La vocación de jugar un papel de mínimo común normativo en el derecho antidiscriminatorio español que reconoce en su preámbulo la Ley 15/2022 se refleja doblemente en su articulado. Por un lado, en el artículo 3.2 se indica que lo dispuesto en esta ley es sin perjuicio de los regímenes específicos más favorables establecidos en la normativa estatal o autonómica por razón de las distintas causas de discriminación. Puede traerse a colación

² Reproduce esta sentencia, en su FJ 3, los párrafos pertinentes del artículo de revista, del que apunta también la referencia bibliográfica, a la vez que informa de la condición de magistrado del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Baleares que ostenta el autor. Resulta llamativa la mutua remisión doctrinal judicial que se aprecia últimamente en las resoluciones judiciales de ambos TSJ, el de las Islas Baleares y el de Galicia.

la Ley 19/2020, de 30 de diciembre, de igualdad de trato y no discriminación de Cataluña (Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya de 31 de diciembre de 2020 y Boletín Oficial del Estado de 5 de febrero de 2021). Por otro, el artículo 7 señala que los niveles mínimos de protección de esta ley no perjudican «las disposiciones más favorables establecidas en otras normas, debiendo prevalecer el régimen jurídico que mejor garantice la no discriminación». De ahí que no se vean alterados los ámbitos normativos donde la tutela antidiscriminatoria estuviera más avanzada, lo que incumbe a la LOIEMH, que sale «indemne, y lo mismo cabe decir de la normativa social (ET, LGSS y LRJS)», en palabras de Lousada Arochena (2023, p. 15), quien señala que algunas de las normas de la Ley 15/2022 consolidan interpretaciones jurisprudenciales y doctrinales en aplicación de aquella ley orgánica de igualdad, con lo que, aunque no supongan avances reales, sí implican una mayor seguridad jurídica; seguridad que podría resultar demeritada si de la superposición de regulaciones se generan dudas interpretativas. Existe, por tanto, una concurrencia normativa entre la protección centrada en la discriminación por razón de sexo de la LOIEMH, cuando pretende eliminar la discriminación de la mujer con indiferencia de su condición y el ámbito en el que se encuentre, y el amplio alcance de la Ley 15/2022 ante un abultado catálogo de causas de discriminación que abarca también la que es por razón de sexo. Lo que hace cuestionarse si esta concurrencia conlleva un proceso de absorción normativa o bien se trata de una complementariedad entre ambas leyes.

La LOIEMH es la que recoge expresamente la necesidad de eliminar las barreras derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil (art. 1.1 LOIEMH), aunque del afán omnicompreensivo de la Ley 15/2022 se pudiera derivar también dicha protección (López Cumbre, 2023). Un ejemplo de la funcionalidad de esta segunda para completar el marco regulativo de la LOIEMH puede apreciarse en la relación de definiciones que despliega el artículo 6 de la Ley 15/2022, que moderniza las que ya incluía la LOIEMH e incorpora otros conceptos no incluidos en ella. Otra muestra de la complementariedad se encuentra en la tutela de la igualdad y no discriminación, que, si bien se encuentra en ambas normas, en la Ley 15/2022 se extiende el alcance de la tutela judicial, con la obligación de establecer mecanismos preventivos y medidas adecuadas, incluidas las cautelares necesarias, para el cese de las situaciones discriminatorias y también se amplía la previsión de reparación del daño causado, con la presunción de existencia de daño moral, una vez acreditada la discriminación, la proporción de una indemnización, así como la restitución de la víctima a la situación anterior al incidente discriminatorio. Y, como tercera comprobación, se constata la cualidad de perfeccionamiento normativo de la Ley 15/2022 en el refuerzo del alcance de la integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas, que venía estando previsto en el artículo 3 de la LOIEMH.

El carácter general de la Ley 15/2022 hace que opere como una legislación general de protección ante cualquier discriminación, inspirada en la accesibilidad universal, de modo que pueda ser disfrutada por todas las personas sin excepción, en todos los ámbitos que le son de aplicación, descritos en su artículo 3. Este es un rasgo que diferencia a esta ley de las leyes sectoriales de igualdad, a las que reconoce, nombrándolas en su preámbulo,

el mérito de los grandes avances que han supuesto. Pero, también explica que generaban déficits y desequilibrios, ya que no se protegía, según el tipo de discriminación, de la misma manera ni en todos los casos. Con posterioridad a la Ley 15/2022 se han aprobado otras leyes sectoriales, como la Ley 4/2023, que tiene como objeto garantizar y promover la igualdad efectiva de las personas trans y LGTBI y de sus familias. Siendo una ley general, integral y de mínimos, se ha apuntado desde la doctrina que la Ley 15/2022 actuaría supletoriamente respecto a la legislación sectorial que, en su caso, exista (Ballester Pastor, 2003, p. 63). La función aplicativa supletoria no se prevé expresamente en la Ley 15/2022, en contraste con la ley catalana, que sí que dispone su carácter supletorio respecto a la legislación sectorial específica, a la que reconoce una preminencia (disp. final primera Ley 19/2020). Desde el área jurídica laboral se conoce bien la diferencia entre la complementariedad y la supletoriedad en la interacción normativa, pues, mientras que en la primera ambas leyes, la general y la específica, serían de aplicación para una perfección mutua, en el segundo tipo de relación solo una de las dos entrará en juego (Escudero Rodríguez, 1994). A la vista de la vocación de mínimo común de la Ley 15/2022, parece que la consecución de su finalidad se logra desde la complementariedad con las leyes sectoriales específicas. Otra cosa es el grado de funcionalidad o valor que los órganos judiciales estimen que puede operar la Ley 15/2022 para conceder la protección del derecho a la igualdad y no discriminación en cada caso concreto.

La Ley 15/2022 supone un avance en el proceso de consolidación del principio de igualdad del artículo 14 de la CE e impone un marco legal exigente para las empresas en su papel para el logro de la igualdad. Pero no se les puede achacar a ellas solas toda la carga del acercamiento a la meta de la igualdad, sino que es determinante una actuación conjunta con la negociación colectiva (como herramienta óptima para luchar contra la discriminación y transversalizar el principio de igualdad en el sentido del art. 85.1 ET y el art. 45.1 LOIEMH, así como en la negociación de los planes de igualdad) y de las políticas públicas laborales mediante la implementación de medidas equilibradoras efectivas (Fernández Ramírez, 2023, p. 278).

Antes de proseguir, merece la pena sintetizar las tres principales contribuciones de la Ley 15/2022 en el ámbito laboral que se han apuntado: ampliación de causas de discriminación prohibidas, introducción de nuevas definiciones y el establecimiento del principio general de transversalidad y el mandato interpretativo.

2.1. Amplitud relativa de causas discriminatorias previstas por la Ley 15/2022

Al establecer su ámbito subjetivo de aplicación, la Ley 15/2022 (art. 2.1) aporta una relación de supuestos por los que nadie podrá ser discriminado. Algunas de estas causas ya contaban con una recepción legal, como la que es por razón de sexo, origen racial o étnico,

discapacidad, religión, creencias u orientación sexual. En paralelo, también introduce formalmente en sede legal nuevas causas, aunque no vienen acompañadas de una descripción o definición. Estos nuevos supuestos son la identidad sexual y la expresión de género³, la lengua, la situación socioeconómica y varias circunstancias vinculadas a la salud: la enfermedad (con alusión sobre su alcance en el art. 2.3), la condición de salud (sobre la que el empleador tiene prohibido preguntar a las personas aspirantes a los puestos de trabajo por orden del art. 9.5), el estado serológico y la predisposición genética a sufrir patologías y trastornos. Finaliza la enumeración de causas del artículo 2.1 con una cláusula abierta a «cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

La incorporación de la enfermedad y la condición de salud como causas de discriminación no solo supone una novedad legal, sino que es uno de los puntos de la Ley 15/2022 que mayor atención ha despertado en la doctrina científica y en la práctica judicial. A la falta de una definición concisa en la Ley 15/2022 y, por lo tanto, manteniendo ambas su gran amplitud conceptual, debe añadirse que la introducción en la ley de estas dos causas rompe con una doctrina judicial que había negado sistemáticamente estas circunstancias como motivo de discriminación, lo que abre la puerta a la declaración de nulidad de los despidos cuando la persona trabajadora se encuentre en situación de incapacidad temporal (IT), posibilidad que hasta ahora había sido aceptada por los tribunales en los casos en que la IT era de larga duración, al equipararla a la discapacidad, «matiz que con la nueva ley desaparece» (Fernández Ramírez, 2023, p. 265). Parece que esta previsión de la Ley 15/2022 pondría fin a la situación de gran inseguridad jurídica, pero las primeras resoluciones judiciales de aplicación de esta ley, tras su aprobación, se han dedicado a valorar qué despidos se pueden ver afectados por lo dispuesto en esta norma: si solo los despidos posteriores a la entrada en vigor de la Ley 15/2022 o también los ocurridos con anterioridad (Moreno Gené, 2023, p. 531).

Con la introducción de estas nuevas causas por la Ley 15/2022 no se agotan todos los posibles supuestos de discriminación en el ámbito de las relaciones laborales ni, como se ha dicho, abarcan todos los motivos vedados por los artículos 4 y 17 del ET. Así, antes de la aparición de la Ley 15/2022 en el escenario normativo, en el artículo 4 del ET se incluía la afiliación o no a sindicatos, que no se encuentra alistada entre las causas del artículo 2.1 de la Ley 15/2022. Pero, posteriormente, el elenco de motivos de discriminaciones directas o indirectas previstas en el artículo 4.2 c) del ET ha sido modificado en dos ocasiones. Con la primera, operada por la Ley 4/2023, de 28 de febrero, se amplía la redacción de dicho precepto, vigente desde el 2 de marzo de 2023, incluyendo no sufrir discriminación por orientación «e identidad sexual, expresión de género, y características sexuales» –la orientación sexual ya estaba prevista antes–.

³ Un esfuerzo definitorio de ambas se encuentra en la STC 67/2022.

La segunda modificación viene, 4 meses más tarde, de la mano del Real Decreto-Ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan, entre otros temas, medidas para la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores. Con esta modificación, se reduce a un solo párrafo el artículo 4.2 c) del ET y se contempla, sin más condicionante, la discapacidad como causa de discriminación laboral prohibida. También se cambia el género a «no ser discriminadas», que no concuerda ahora con la inalterada expresión «los trabajadores tienen derecho» del inicio del artículo 4.2 del ET (se le pasó por alto, a dicha norma de urgencia, la adecuación a la más deseable referencia a «las personas trabajadoras tienen derecho»). Pero lo más relevante sobre la divergencia por causas de discriminación con la Ley 15/2022 es que, con efecto de 30 de junio de 2023, el artículo 4.2 c) del ET incluye en la discriminación por sexo «el trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres por el ejercicio de los derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral».

2.2. Definición y ordenación de las modalidades de discriminación

El derecho a la igualdad y no discriminación protegido por la Ley 15/2022 implica la ausencia de toda discriminación por razón de las causas previstas en el artículo 2.1 de la misma ley. En consecuencia, queda prohibida toda disposición, conducta, acto, criterio o práctica que atente contra el derecho a la igualdad (art. 4.1, párr. 2). A continuación, este último precepto anuncia una serie de ocasiones que se consideran vulneraciones de este derecho, de las que el artículo 6 provee unas definiciones. De estas modalidades de discriminación interesa, a los efectos de este trabajo, destacar las siguientes:

- A) Discriminación directa. Es la situación en que se encuentra una persona o grupo en que se integra que sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otras en situación análoga o comparable por razón de las causas previstas en el artículo 2.1 (art. 6.1 a).

Para la LOIEMH, es «discriminación directa por razón de sexo» la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable (art. 6.1 LOIEMH), a lo que hay que añadir que constituye «discriminación directa por razón de sexo» todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad (art. 8 LOIEMH).

- B) Discriminación indirecta. Es la que acaece cuando una disposición, criterio o práctica con apariencia de neutralidad ocasiona o puede ocasionar a una o varias personas una desventaja particular con respecto a otras por razón de las causas previstas en el artículo 2.1 (art. 6.1 b) Ley 15/2022). Para la LOIEMH, es discriminación indirecta por razón de sexo cuando aquellos supuestos aparentemente neutros ponen a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro (art. 6.2 LOIEMH).

Se prescinde, en este caso, de la obviedad del elemento discriminatorio como objeto de la diferencia de trato y de la intencionalidad del sujeto lesionador del derecho fundamental. Así, la discriminación indirecta centra el punto de atención en la realidad de los hechos, lo que tiene consecuencias en materia probatoria en cuanto a la noción de impacto desigual y la posibilidad de uso de estadísticas, «pero sobre todo en su aplicación al tratar de corregir situaciones consolidadas de desventajas en el acceso efectivo a derechos, bienes o servicios por la pertenencia a un grupo o por una característica personal» (Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, 2022, p. 24).

- C) Discriminación por asociación. Existe este tipo de discriminación cuando una persona o grupo en el que se integra, debido a su relación con otra sobre la que concurra alguna de las causas previstas en el artículo 2.1 de la Ley 15/2022, es objeto de un trato discriminatorio. Esta modalidad se conoce igualmente como discriminación refleja o por vinculación, por interposición o transferida y tiene su origen en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 17 de julio de 2008 (asunto C-303/06), caso Coleman, en un contexto de trato desigual de una trabajadora derivado de la solicitud de permisos y reducciones de jornada para atender a su hijo con discapacidad. Esta doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) fue recogida por la jurisprudencia española en el ámbito de la discriminación por sexo, tanto constitucional (como la STC 71/2020) como la del Tribunal Supremo (Sentencia del Tribunal Supremo –STS– 79/2020, de 29 de enero) y también se fue ampliando a otras esferas de las relaciones laborales, como la discriminación sindical refleja o por asociación (STSJ de Canarias 882/2019, de 29 de agosto). Como ya existía y se venía aplicando en la práctica judicial, lo destacable de la inclusión de esta modalidad de discriminación y de su definición en el artículo 6.2 a) de la Ley 15/2022 es que, con ello, se plasma formalmente a nivel legal lo que ya era una realidad. Aunque se alabara la incorporación legal en la proposición de ley de 2021, en realidad ya se contemplaba su introducción en el proyecto de 2011.

Sin duda, la nueva definición legal redundante en una mejor capacidad de aplicación de este concepto. Para constatar la discriminación por asociación, hay que atender a dos personas: la asociante o reflejante, que es quien pertenece al colectivo vulnerable, y la asociada, que es sobre quien recae o sufre la consecuencia constitutiva de la discriminación. Lousada Arochena (2023, p. 17) sostiene que no cabe la aplicación de la discriminación por asociación al sexo con carácter general, pues todas las personas –del sexo que sea– tienen relación con alguna mujer. En cambio, sí cabe esa discriminación cuando la mujer se encuentra individualizada por algún motivo peyorativo.

- D) Discriminación por error. El artículo 6.2 b) de la Ley 15/2022 la define como «aquella que se funda en una apreciación incorrecta acerca de las características de la persona o personas discriminadas», es decir, el sujeto activo comete la discriminación por un error inducido por una apariencia de la víctima de la discriminación en la que, en realidad, no concurre ninguna de las causas protegidas de discriminación. La clave está en la intencionalidad discriminatoria más que en el resultado discriminatorio, a diferencia

de la discriminación indirecta, en la que existe trato discriminatorio, aunque no haya intencionalidad (Fernández Ramírez, 2023, p. 269).

En la STSJ de Galicia de 13 de abril de 2021 (rec. 160/2021, ponente Lousada Arochena), se apreció que hubo una vulneración de la prohibición de discriminación, en ese caso por discapacidad, debido a la apariencia objetiva de incapacidad duradera tras un atropello que fue apreciada por el empresario al acudir al hospital a visitar al empleado. La sentencia afirma que en la «discriminación por apariencia, el sujeto es discriminado por la discapacidad que, en base a una apariencia, el sujeto discriminador cree que tiene, y ello con independencia de que aquel tenga o no tenga una discapacidad» (FJ 3). La sentencia es anterior a la aprobación de la Ley 15/2022, por lo que puede entenderse que se trata de la modalidad de discriminación por error que define la ley. Sin embargo, no se hace alusión a la nueva terminología legal en la STJS de Galicia de 4 de octubre de 2023 (rec. 2870/2023), a pesar de que sí se basa en la Ley 15/2022 para otra fundamentación jurídica y sigue hablando de la existencia de discriminación por apariencia (FJ 3, aunque no la aprecia por falta de indicios).

- E) Represalias. La Ley 15/2022 entiende por «represalia» cualquier trato adverso o consecuencia negativa que pueda sufrir una persona o grupo en que se integra por intervenir, participar o colaborar en un procedimiento administrativo o proceso judicial destinado a impedir o hacer cesar una situación discriminatoria o por haber presentado una queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso de cualquier tipo con el mismo objeto (art. 6.6).

Conecta esta modalidad con el derecho de la persona trabajadora al ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo del artículo 4.2 g) del ET y a la garantía de indemnidad ante medidas de represalia de la empresa por hacer valer la tutela de sus derechos, como se expone, entre otras, en la STC 16/2006. A la luz de la STJUE de 20 de junio de 2019 (asunto C-404/18), se aplica un criterio expansivo y dinámico, de modo que la protección se extiende a quien sufre medidas de represalia por defender o apoyar de manera informal –esto es, aunque no haya intervenido como testigo oficial– a una persona trabajadora que haya presentado una reclamación por discriminación por razón de sexo.

Esta resolución del TJUE fue comentada por Sánchez Trigueros y Folgoso Olmo (2019), quienes concluyen que la sentencia viene a reforzar el criterio de la precedente STJUE del caso Coleman sobre discriminación por asociación. En realidad, se trata de dos modalidades con rasgos diferentes, aunque se puedan confundir en la práctica judicial. Así parece que ocurre en la STSJ de Murcia 438/2023, de 3 de mayo, donde la juzgadora identifica como discriminación por asociación del artículo 6.2 a) de la Ley 15/2022 el hecho de que la persona trabajadora hubiera prestado declaración efectiva como testigo en otros procesos y tal declaración hubiera podido perjudicar a la empresa. La STSJ de Canarias 1171/2023, de 14 de septiembre, no aprecia indicios de represalia ni discriminación por razón de sexo por el mero hecho de que la trabajadora esté ejerciendo el derecho a reducción de jornada laboral por guarda de hijo.

Existe un concepto vulgar de discriminación que alude a diferencias intencionadas y a comparaciones, mientras que el concepto jurídico, como se ha visto, puede ser inintencional, indirecto o no comparativo, poniendo el foco en el efecto en la víctima (Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, 2022, p. 20). También debe recordarse que existen diferentes clasificaciones de la discriminación que responden a finalidades distintas y suelen estar más orientadas a identificar correctamente los supuestos de discriminación en procesos judiciales que en la comprensión de la conducta humana. De este modo, una misma conducta podría ser calificada por los tribunales como discriminación directa y oculta o como discriminación indirecta en función de las estrategias procesales de las partes, las alegaciones formuladas y la prueba practicada (Fernández Ramírez, 2023, p. 266).

Desde la entrada en vigor de la Ley 15/2022, se aprecia que la mayoría de las sentencias en las que se acude a esta norma como fundamentación jurídica recae, como era de esperar, sobre cuestiones relacionadas con la nueva causa de discriminación por enfermedad. Una simple búsqueda en los repertorios jurisprudenciales lo demuestra. Pero, al margen de esa materia, la acogida no ha sido exuberante por el momento y, de entre las sentencias que se localizan, se aprecia que a menudo las partes demandantes alegan la vulneración de esta ley sin mayor precisión, a veces interpolada en una amplia relación de normas que se reclaman contravenidas, aunque en el cuerpo argumentativo de la sentencia no se retomen por el órgano juzgador⁴. También puede provenir, la única referencia a la ley, de la mano del Ministerio Fiscal⁵.

En otras ocasiones, el tribunal juzgador sí se hace eco de la denuncia de la infracción alegada del precepto de la Ley 15/2022, si bien le advierte a la parte recurrente que «menciona, pero no fundamenta la denuncia de la infracción del artículo 2 de la Ley 15/2022», ni tampoco aporta indicios fundados de la vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación, que, «en todo caso, constituye el punto de partida»⁶. Aun cuando la única norma mencionada es la Ley 15/2022, argumentando que dicho texto normativo reconoce el derecho de toda persona a la igualdad de trato y no discriminación, y se apunte el contenido de varios de sus artículos, puede ocurrir que el órgano judicial haga recordatorio de que el artículo 193 c) de la LRJS exige que se cite con precisión y claridad el precepto sustantivo o la jurisprudencia que se consideran infringidos,

⁴ En la STSJ de Asturias 1653/2023, de 5 de diciembre, se denuncia la vulneración del artículo 4 de la Ley 15/2022 y en la STSJ del País Vasco 2118/2023, de 28 de septiembre, se alega la infracción del artículo 2 de la Ley 15/2022, junto al artículo 14 de la CE y la disposición final primera de la Ley orgánica 1/2004.

⁵ En la SAN 93/2023, de 14 de julio, el Ministerio Fiscal considera que la demanda se debe estimar porque afecta al principio de igualdad en los términos de los artículos 2.1 y 2.2 de la Ley 15/22, al crearse una doble escala salarial para los mismos trabajos según la STS de 22 de octubre de 2019.

⁶ STSJ de Asturias 309/2023, de 28 de febrero (FJ 4).

argumentando suficientemente las razones que asisten para así afirmarlo. La sala tampoco puede conocer de las violaciones jurídicas no acusadas en el recurso, aunque existan, con la única salvedad de que, por trascender al orden público y conculcarlo, el tribunal debiera actuar de oficio⁷.

Puede ocurrir, en cambio, que sea el propio órgano jurisdiccional quien acuda a la Ley 15/2022, sin haber sido aludida por las partes, para fundamentar la interpretación sistemática del artículo 17.1 del ET y robustecer su razonamiento jurídico⁸.

2.3. Refuerzo del alcance transversal del principio interpretativo de igualdad y no discriminación

La igualdad es un concepto relacional e incompleto, por lo que no cabe identificar igualdad con la identidad u obligación de ser tratadas todas las personas exactamente igual y de la misma forma (Rodríguez Morata, 2021). El derecho de igualdad no es un derecho subjetivo, sino que es un derecho exclusivamente relacional, puesto que no hay un derecho a ser tratado de una determinada forma, sino siempre con relación a otros. Por eso, toda igualdad es siempre relativa, pues solo en relación con un determinado *tertium comparationis* puede ser afirmada o negada. De lo que se deriva la dificultad aplicativa de este derecho, ya que la determinación del punto de vista de esa tercera parte de la comparación «es una decisión libre, aunque no arbitraria, de quien juzga y solo por referencia al *tertium comparationis* tiene sentido cualquier juicio de igualdad» (Rubio Llorente, 1991, p. 13). El principio de igualdad se construye sobre una prueba basada en la comparación en la que aparece la existencia de dos situaciones comparables: (a) la constatación de una diferencia de trato y (b) la verificación de la razonabilidad o no de la diferencia (Ballester Pastor, 2023, p. 72). Por todo ello, la igualdad del artículo 14 de la CE funciona cuando no existe otro título que alegar frente a la injerencia o trato desigual, «adquiriendo sentido el término de comparación, alguien con quien se encuentre en un estado equivalente» (López Cumbre, 2023). En este sentido, la doctrina judicial ha estimado, ante la alegación de la existencia de una discriminación por asociación, que la mera denegación de la adaptación de jornada destinada al cuidado de familiares discapacitados no constituye por sí misma una conducta discriminatoria. Haría falta que conste, de alguna manera, que ha habido una diferencia de trato motivada por la causa de discapacidad con respecto a otro supuesto análogo que sirva de término referencial o que, de algún modo, la decisión de la empresa de denegar la adaptación ha venido motivada por el hecho de la discapacidad (STSJ de Madrid 20/2024, de 10 de enero, FJ 2).

⁷ STSJ de Asturias 236/2023, de 14 de febrero (FJ 3).

⁸ Es el caso de la SAN 103/2023, de 26 de septiembre, en la que el tribunal justifica que la discriminación por razón de origen del artículo 17 del ET no se refiere a la empresa en la que una persona trabajadora determinada estuvo empleada anteriormente.

Como no se trata de un único derecho a la igualdad y la no discriminación, García Murcia (2022, p. 15) resalta que ambas se distinguen por su sentido y significado –paridad frente a integración–, por sus presupuestos materiales –igualdad sustancial frente a la postergación– y por su nivel de exigencia –mayor en la prohibición de discriminaciones que en la mera regla de la igualdad–. Añade que los contornos de la igualdad son bastante borrosos e imprecisos, mientras que el espacio de juego de la no discriminación está marcado por la incidencia de determinadas causas o circunstancias. Dicho autor desvela que la Ley 15/2022 convierte la discriminación en un mero reverso de la igualdad, siendo así que tales conductas quedan prohibidas no por atentar contra el derecho a la igualdad (que tiene otros espacios de juego), sino porque implican una distinción fundada en factores discriminatorios (García Murcia, 2022, p. 18).

No se prohíbe un acto que viole o perjudique la igualdad, sino que el ordenamiento jurídico exige que dicho acto esté vinculado a una causa concreta. Es obvio que no todo trato diferenciado supone una discriminación, pero la concepción absoluta de esta afirmación implicaría que, a la postre, lo que existe básicamente es un trato diferenciado, pero no discriminatorio. Por ello, la línea divisoria entre la diferencia de trato y la discriminación es cada vez más gruesa (López Cumbre, 2023, p. 46). La Ley 15/2022 recoge la previsión de la posibilidad de que la diferencia de trato no se repute discriminación cuando pueda justificarse objetivamente por una finalidad legítima y como medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla (art. 4.2). En el artículo 5 de la LOIEMH se contempla una cláusula similar de validación de las diferencias de trato relacionadas con el sexo, pero el alcance de su redacción es mucho más acotado que la fórmula empleada por la Ley 15/2022. Precisamente, este ha sido uno de los aspectos de la ley más criticados por la doctrina, puesto que parece que el artículo 4.2 ha ido más allá de lo que se establece en las directivas que traspone sin establecer en ningún momento un concepto general de discriminación, por lo que el problema fundamental de la ley es que no consigue definir con precisión la «prohibición de discriminación», diferenciándola netamente del principio de igualdad en sentido estricto, que desencadena consecuencias prácticas muy graves en la desafortunada mención que se hace a la justificación de la diferencia de trato, que también parece aplicable a las discriminaciones directas (Álvarez del Cuviello, 2022).

En cambio, se ha alabado la conversión del derecho a la igualdad de trato y la no discriminación en un principio informador de «todo el ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará con carácter transversal en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas» (art. 2.3 Ley 15/2022), como ha venido ocurriendo con el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, que fue incorporado al ordenamiento en 2007 por el artículo 4 de la LOIEMH. En cambio, no se vaticina para la Ley 15/2022 el mismo éxito en su funcionamiento que el alcanzado por el principio de la interpretación de normas con perspectiva de género, y ello porque la transversalidad de la ley integral «debe enfocarse en determinados grupos vulnerables identificados en relación con cada contexto de aplicación y no en cualquier circunstancia personal o social que sea concebible en abstracto» (Álvarez del Cuviello, 2022). En sede judicial se ha recordado que la

llamada «interpretación con perspectiva de género» viene no solo avalada, sino impuesta por el artículo 4 de la LOIEMH y que este criterio puede entenderse implícito en el artículo 4.3 de la Ley 15/2022 y que el principio de interpretación con perspectiva de género resulta de especial utilidad cuando la norma muestra imperfecciones, lagunas o resultados asimétricos (STSJ de Castilla-La Mancha 406/2023, de 16 de marzo). Juzgar con perspectiva de género no es una opción judicial, sino una obligación normativa y vinculante en la impartición de justicia. Por lo tanto, los órganos jurisdiccionales están obligados a juzgar con perspectiva de género, lo que viene corroborado por lo estipulado en la Ley 15/2022 (SJS de Barcelona 463/2022, de 23 de diciembre, FJ 3).

Se ha valorado que, en comparación con el denominado enjuiciamiento con perspectiva de género del artículo 4 de la LOIEMH, el artículo 4.3 de la Ley 15/2022 aparenta más limitado, porque no alude a la igualdad de oportunidades. Esta ausencia puede subsanarse en su normativa para el caso de la discapacidad, pero es más difícil en relación con las causas distintas a sexo y discapacidad, pues sus normas específicas no contienen referencias a la aplicación transversal de la igualdad de oportunidades (Lousada Arochena, 2022).

A pesar de las carencias, se estima que la ley va a traer consigo una expansión aplicativa en los supuestos en los que puede ser invocada la vulneración del principio de igualdad para ayudar, en el ámbito sociolaboral, a la mejor defensa de la persona trabajadora en situaciones en las que quede desprotegida frente a decisiones empresariales (Ballester Pastor, 2023, p. 96), siempre y cuando presente indicios de la discriminación. Y aún con sus limitaciones, se atribuye a la Ley 15/2022 la cualidad de ser «un arma de futuro», ya que, a través de ella, se pueden impugnar normas, sentencias judiciales y actos administrativos en los que se aprecien prejuicios que están en la base de cualquiera de las discriminaciones prohibidas: «prejuicios de género, raciales, discapacitistas, edadistas, homófobos, lesbófobos, transfobos, o de cualquier otro tipo asociado con alguna de las causas expresadas en el artículo 2.1 de la Ley o amparadas en el artículo 14 de la CE» (Lousada Arochena, 2022).

Para llevar a cabo la interpretación del contenido de la Ley 15/2022, su artículo 7 impone dos criterios. El primero, que se ajustará con la jurisprudencia e instrumentos internacionales aplicables. El segundo, que cuando se presenten diferentes interpretaciones, se deberá preferir aquella que proteja con mayor eficacia a las personas o a los grupos que sean afectados por conductas discriminatorias o intolerantes. Según este último criterio, el juzgador no optará por la norma más favorable para la víctima de la discriminación, sino que habrá de aplicar la opción que la proteja con mayor eficacia. Ambos intereses, la opción más favorable y la más efectiva, no siempre van a coincidir y cabe la posibilidad de lleguen a colisionar (López Cumbre, 2023).

La jurisprudencia ordinaria, haciéndose eco de la doctrina constitucional, ha fijado una serie de pautas básicas en lo que se refiere al principio de igualdad y en la aplicación de la ley por los poderes públicos (por todas, STS de 8 de julio de 2010, rec. 248/2009, y STS de 21 de enero de 2014, rec. 1194/2013) y desde la STS de 21 de diciembre de 2009 (Pleno,

rec. 201/2009) ha procedido a aplicar el criterio de interpretación con perspectiva de género en un buen número de sus sentencias. La transversalidad del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres del artículo 15 de la LOIEMH ha sido un factor muy relevante de obligada contemplación en el análisis realizado en la fundamentación jurídica de la STS 272/2023, de 13 de abril, que ubica en la misma línea, pero con carácter más general, la previsión del artículo 4.3 de la Ley 15/2022 y también considera que es de interés transcribir el artículo 7 de esta ley. La interpretación con perspectiva de género sustenta la solución a la que llega la sentencia: la mujer que, por razón de violencia de género, no estaba ya unida ni convivía con el causante en el momento de su fallecimiento, tiene derecho a la pensión de viudedad de parejas de hecho. Esta doctrina sobre la perspectiva de género y el alcance de este principio informador e integrador del ordenamiento jurídico ha sido reiterada en la STS 419/2023, de 13 de junio. También es seguida por la STSJ de Cataluña 4873/2023, de 26 de julio, que reproduce la STS 167/2023, de 27 de febrero, en cuanto a que juzgar con perspectiva de género supone la interpretación de las normas procurando la mayor igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, al tratarse de un principio informador del ordenamiento jurídico. Esto significa, por un lado, que la igualdad entre mujeres y hombres constituye un valor supremo del ordenamiento jurídico y, por otro, que, consecuentemente, la aplicación de tal principio debe considerarse criterio hermenéutico imprescindible para la interpretación de las normas jurídicas.

Por su lado, la STS 114/2024, de 25 de enero, recuerda que desde 2009 la sala viene interpretando con perspectiva de género las normas jurídicas, lo que obliga a interpretar la Ley general de la Seguridad Social (LGSS) «en el sentido de que el recargo de prestaciones económicas de la Seguridad Social debe incrementarse cuando una reforma legal aumenta la cuantía de la pensión de viudedad». La STSJ de Baleares 351/2023, de 22 de junio (ponente Agustí Maragall), evoca que la Ley 15/2022 proclama que el derecho a la igualdad de trato y la no discriminación es un principio informador del ordenamiento jurídico que debe ser integrado con carácter transversal en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, por lo que acude expresamente al mandato del artículo 4.3 de la ley para concluir que tanto el lugar de nacimiento como el sexo constituyen dos factores históricos de discriminación que obligan al tribunal a una interpretación que neutralice los efectos indirectamente discriminatorios que generaría, en situaciones como la analizada, una interpretación inflexible de la normativa analizada por el impacto negativo que tendría en el colectivo de personas que deben viajar a sus países de origen para atender a familiares en estado médico grave, en su mayor parte de sexo femenino, como es fácil presumir en razón del tradicional papel de «cuidadoras».

La STSJ de Castilla-La Mancha 406/2023, de 16 de marzo, recuerda que la interpretación con perspectiva de género viene impuesta por la LOIEMH e, implícitamente, por el artículo 4.3 de la Ley 15/2022 y que este principio implica que debe evitarse que, en la aplicación de una norma, prevalezca una interpretación que comporte «*de facto* un tratamiento más desventajoso o peyorativo para la mujer, asociado a una condición o característica de que de manera prevalente o mayoritaria concorra en la mujer por su condición de tal».

3. Igualdad de género y discriminación del hombre en el ámbito sociolaboral

Ateniéndose a las distintas modalidades de discriminación definidas por la Ley 15/2022, se apuntan a continuación posibles situaciones de diferencia de trato para observar si concurre la vulneración para los varones del principio de igualdad entre hombres y mujeres. No en vano, como reconoce el preámbulo de la Ley 15/2022, «el gran problema en esta materia en España no es la regulación de la igualdad y no discriminación, sino la garantía del cumplimiento de las normas que la regulan».

3.1. Discriminación directa: el complemento del artículo 60 de la LGSS

Como se ha visto al tratar las definiciones legales, la discriminación directa, en este caso por razón de sexo, se produce cuando una persona es, ha sido o pudiera ser tratada en atención a su sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable. Para compensar la aportación demográfica a la Seguridad Social, el artículo 60 de la LGSS diseñó un complemento por maternidad que se reconocía a las mujeres que fueran beneficiarias de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente y hubieran tenido dos o más hijos biológicos o adoptados. La STJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18) declaró que el diseño legal de reconocimiento de este complemento de las pensiones únicamente a las mujeres constituía una discriminación directa por razón de sexo para los hombres que se hallaran en idéntica situación que las mujeres, contraviniendo la Directiva 79/7/CEE, sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social (arts. 4 y 7) y la Directiva 2006/54/CE, relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

Posteriormente, el TJUE ha tenido que volver a pronunciarse porque, a pesar de la declaración de constitución de una discriminación por razón de sexo para el varón, el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) –en su criterio de gestión 1/2020– negaba la efectividad a aquella resolución, lo que obligó a los hombres a acudir a la vía judicial para instar su reconocimiento. En la STJUE de 14 de septiembre de 2023 (asunto C-113/22), el tribunal declaró que se trata de una discriminación directa por razón de sexo, pero en esta ocasión ya no en su vertiente material, es decir, no está referida al propio derecho, sino en la procedimental, ya que se forzaba a los hombres perjudicados a acudir al órgano judicial. En consecuencia, el INSS, como causante de tal situación discriminatoria, debería indemnizar al afectado para alcanzar la reparación íntegra contemplada en la Directiva 79/7/CE, que es aquella sobre la que se formuló la cuestión prejudicial.

Esta jurisprudencia del TJUE, declarativa de la existencia de discriminación directa para los hombres beneficiarios de las pensiones contributivas en idéntica situación que la prevista

en el artículo 60 de la LGSS para las mujeres, ha tenido un impacto en el ámbito nacional, tanto en lo que respecta a nivel legislativo como jurisprudencial. La enorme litigiosidad propiciada se ha abordado por el Tribunal Supremo en cuatro frentes: el propio reconocimiento del complemento, su fecha de efectos, el disfrute del derecho por los dos progenitores y la petición de una indemnización adicional o complementaria (Vicente Andrés, 2024). A nivel normativo, el artículo 60 fue reformado en 2021, pasándose a denominar «complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género», modificado de nuevo en 2023. En la nueva fórmula legal, se incluye el reconocimiento del complemento en favor del otro progenitor, si bien para que los hombres puedan tener derecho a él, deben cumplir algunos requisitos, presentándose el acceso condicionado de su disfrute por los hombres como una medida de acción positiva (Benito Benítez, 2024). De nuevo han sido presentadas sendas cuestiones prejudiciales ante el TJUE por dos órganos judiciales españoles, aunque Maldonado Molina (2024) estima que con la configuración del nuevo modelo se ataca de frente el problema de la condición social como cuidadoras de las mujeres, «y es que en España ser madre-trabajadora tiene aún un impacto económico que trasciende a las pensiones, siendo esa diferencia la que reclama de acciones de discriminación positiva como la del complemento en cuestión». Por eso, confía en que en esta ocasión el TJUE comprenda que son figuras totalmente distintas y que en este caso sí hay una base que justifica el trato diferencial entre hombres y mujeres.

3.2. Discriminaciones indirectas por razón de sexo en contra del hombre

Como se ha expuesto anteriormente, se produce una discriminación indirecta por razón de sexo cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro. La dificultad puede sobrevenir, debido a su aparente neutralidad, en el momento de probar el efecto discriminatorio de aquellas actuaciones, criterios o disposiciones. Dejando al margen la obligada presentación por la parte actora de los indicios de existencia de discriminación, la apreciación por parte del órgano judicial de la ruptura de la neutralidad de las medidas puede venir de la mano de la estimación del impacto de las estadísticas desagregadas por sexos. En algún caso, el tribunal realiza varias presunciones que, por entenderlas obvias, exoneran de datos estadísticos al respecto. Es el caso de la ya citada STSJ de Baleares 351/2023, de 22 de junio, en la que se aprecia, bajo el prisma interpretativo del principio informador del artículo 4.3 de la Ley 15/2022, que debe ser integrado con carácter transversal, la existencia de discriminación indirecta, valorando dos circunstancias personales en la actora que coadyuvaron o determinaron la pérdida de su prestación por desempleo: la presunción, con toda seguridad, del viaje al extranjero, por su lugar de nacimiento; y la presunción, con toda probabilidad, por su condición de mujer, «siempre más proclive (subjektivamente, más obligada) a los cuidados de los miembros de la familia, especialmente a la madre» (FJ 6).

En otras ocasiones, el órgano judicial sí ha atendido a las estadísticas concretas para, sobre la base de la definición contemplada tanto en la LOIEMH como en la Ley 15/2022, partiendo de los datos estadísticos que prueban que son las trabajadoras quienes hacen uso del permiso no retribuido en proporción muy significativa frente a los trabajadores, reputar que la decisión «neutra» pierde su neutralidad desde el momento en que coloca al colectivo femenino en situación desigualitaria frente al masculino. Como la empleadora no aporta ninguna justificación objetiva de la decisión, ha de calificarse tal medida de discriminación indirecta para el colectivo de mujeres trabajadoras de la empresa (SAN 80/2023, de 19 de junio, FJ 7). En cambio, en la SAN 54/2023, de 24 de abril, ante la demanda sindical de existencia de discriminación indirecta al ser más mujeres que hombres las personas afectadas por contrato a tiempo parcial o con reducción de jornada, el órgano juzgador, tras acudir a la definición del artículo 6.1 b) de la Ley 15/2022 y, más en concreto el artículo 6.2 de la LOIEMH, afirma que la finalidad de estas normas, y específicamente en relación con las diferencias entre hombres y mujeres, es conseguir la igualdad plena y efectiva entre ambos sexos. Así, analizada la proscripción de discriminación por razón de sexo desde un punto de vista colectivo, subraya que es preciso emplear parámetros dotados de cierta flexibilidad, ya que sería imposible establecer números de igualdad absoluta en todos los casos (50% de hombres y 50% de mujeres). Por ello, acude al principio de presencia o composición equilibrada de la disposición adicional primera de la LOIEMH (que en conjunto no superen las personas de cada sexo el 60% ni sean menos del 40%), para trasladarlo a la realidad del caso concreto una vez desagregados los datos por sexos de personas a tiempo parcial o con reducción de jornada de la empresa: el 43,85% son hombres y el 56,15% son mujeres. Aun habiendo una presencia superior de mujeres, los datos conducen a la conclusión de que la composición del colectivo de personas trabajadoras afectado por el conflicto, una vez desagregado por sexos, resulta ser equilibrada y, por tanto, no concurre una situación de discriminación indirecta (FJ 5).

Comprendido el concepto de discriminación indirecta, merece la pena abordar la calificación que otorga la sala del TSJ de Galicia en su Sentencia 2777/2023, de 6 de junio. En dicha resolución se transcriben, entre otros preceptos, los artículos 3 y 6 de la LOIEMH con las definiciones de discriminación directa e indirecta. El fondo del asunto versa sobre el artículo 124 de la Ley 2/2015, de empleo de Galicia, que reconoce un permiso retribuido del progenitor diferente de la madre biológica por nacimiento de una duración de 16 semanas; mientras que en el artículo 121 de la misma ley se concede el derecho a un permiso retribuido de 22 semanas a la madre funcionaria en los casos de parto. El tribunal juzgador estima que parece extraerse que en el artículo 124.1 con respecto a lo establecido en el artículo 121.1, ambos de la Ley 2/2015 gallega,

se contiene una discriminación indirecta por razón de sexo, en contra del hombre reclamante, al privarle de la posibilidad de ejercer, al menos parcialmente, la responsabilidad en la vida personal y familiar, en idénticos términos que la progenitora gestante, al gozar de un permiso de 6 semanas inferior a la de esta, sin que exista justificación normativa, como se ha dicho, para establecer dicha diferenciación (FJ 2).

Es fácil coincidir con la consecuencia de la sentencia, en cuanto a la declaración a disfrutar de un permiso por nacimiento de hijo de progenitor no gestante de 22 semanas de duración. Sin embargo, cuesta vislumbrar la apariencia de neutralidad de la diferencia de duración establecida en los dos preceptos legales concernidos, pues ni siquiera hay una explicación en la exposición de motivos de la norma que justifique este trato distinto como una medida positiva para las funcionarias. Se diría que el contorno de esta discriminación se acerca más a la definición de discriminación directa.

La confusión puede provenir de la idea de que tradicionalmente se ha venido detectando con mayor frecuencia el establecimiento de obstáculos al disfrute de las medidas de conciliación previstas en la normativa laboral sin causa justa, razonable y proporcionada que lo justifique, tradicionalmente los cuidados de hijos y familiares aún siguen recayendo principalmente sobre las mujeres, «por lo que cabe ser considerado como constitutivo de un supuesto de discriminación indirecta por razón de género y, por tanto, de una vulneración del principio de igualdad del artículo 14 CE» (Pérez Gázquez, 2021). Pero no siempre va a ser calificada como discriminación indirecta la vulneración de los derechos de conciliación y corresponsabilidad.

3.3. Corresponsabilidad, hombres, discriminación por asociación y *vis expansiva* del principio interpretativo transversal de la Ley 15/2022

Hay dos premisas que pueden traerse a colación para el encuadre de esta cuestión. La primera es que el TC creó una nueva categoría o motivo de discriminación dentro del artículo 14 de la CE, cuando concurre por razón de circunstancias personales o familiares relacionadas con la responsabilidad parental en la asistencia de todo orden a los hijos menores de edad. La prohibición de discriminación entre mujeres y hombres que «postula como fin y generalmente como medio la parificación, impone erradicar de nuestro ordenamiento normas o interpretaciones de las normas que puedan suponer la consolidación de una división sexista de papeles en las responsabilidades familiares» (STC 26/2011, FJ 5). Y añade que, en definitiva, la dimensión constitucional de todas aquellas medidas normativas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras han de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa en cada caso concreto, «habida cuenta de que el efectivo logro de la conciliación laboral y familiar constituye una finalidad de relevancia constitucional». La segunda premisa se refiere a que el TJUE ha reiterado sistemáticamente que padres y madres se encuentran en una situación comparable en lo que concierne al cuidado de los hijos (STJUE de 29 de noviembre de 2001, asunto C-366/99, Griesmar). Con la aplicación de estos dos presupuestos interpretativos, la STSJ de Castilla-La Mancha 1691/2023, de 1 de diciembre, somete a análisis un supuesto en el que el problema existe sobre la jornada reducida de la trabajadora derivada de la necesidad de atender a sus hijos, una de los cuales cuenta con una importante

discapacidad. Como la empresa no aportó una justificación razonable del cambio de centro de trabajo asignado a la trabajadora y de su proporcionalidad, el tribunal estima que existe en esa decisión empresarial una conducta discriminatoria por asociación con relación a la discapacidad de su hija (FJ 2).

La sentencia anterior no cita, entre la normativa que sostiene su hilo argumentativo, la Ley 15/2022 a pesar de haber transcurrido casi 1 año y medio desde su entrada en vigor. Tampoco lo hace, con toda lógica, la STSJ de Galicia 1584/2021, de 16 de abril, pues es previa a la aprobación de aquella ley. Sin embargo, nombra una copiosa doctrina constitucional hasta llegar al concepto de discriminación refleja definido en la STC 71/2020 y la jurisprudencia del TJUE sobre esta discriminación por asociación e incluso la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de marzo de 2016, asunto Guberina contra Croacia. Con toda esta fundamentación jurídica, la sala sostiene que el despido de un trabajador tiene por motivo uno de los rasgos o características protegido, pese a que no concurre en su persona: el parto o nacimiento de un hijo. El acto discriminatorio se produjo por el hecho del embarazo de su mujer y todas las consecuencias que de él se pueden derivar, como permisos o bajas, por lo que fue despedido por discriminación refleja o por asociación. La actuación de su empleadora le ocasionó una discriminación contraria al artículo 14 de la CE, en tanto se deriva de un criterio directamente discriminatorio por razón de sexo de su mujer embarazada (FJ 3).

En un supuesto similar, en el que el trabajador vio extinguido su contrato de trabajo después de haber comunicado a la empresa el embarazo de su mujer, por lo que procedería a disfrutar del permiso de paternidad, el TSJ de Cataluña se pronunció, en la extensa y bien estructurada Sentencia 1490/2023, de 6 de marzo (ponente María Macarena Martínez Miranda), sobre, entre otros puntos, tres extremos que amplían el abanico protector de las discriminaciones en el ámbito laboral sufridas por hombres en relación con el ejercicio de derechos de conciliación y corresponsabilidad.

- A) Comprobada la acreditación indiciaria, a la luz del principio de interpretación con perspectiva de género, la sentencia apunta, con base en doctrina del TC, que, aunque sean las mujeres quienes mayoritariamente ejercen las labores de cuidado de hijos e hijas de corta edad, no obsta a que la discriminación por razón de género pueda alcanzar a los hombres, precisamente por la persistencia de concepciones estereotipadas que atribuyen a los mismos un rol social divergente del asumido, particularmente en materia de ejercicio de derechos conciliatorios.
- B) Sobre la afectación del derecho a la igualdad por razón de género, la comunicación del actor a la empresa sobre el embarazo de su mujer lo sitúa en una posición de probable ejercicio de los derechos conciliatorios, por lo que hay una vulneración del principio de igualdad por razón de género, pese a tratarse de un varón, hecho irrelevante en este objeto del recurso.

- C) Con apoyo en jurisprudencia ordinaria y constitucional, el TSJ de Cataluña estima que la situación descrita también resulta subsumible en un panorama indiciario vulnerador del derecho a la igualdad por razón de sexo debido a discriminación por asociación o refleja.

Esta última resolución judicial tampoco trae a favor de su razonamiento la Ley 15/2022, que contaba en ese momento un aceptable lapso de andadura. En cambio, sí que se basa en esta ley la SAN 80/2023, de 19 de junio, que, además de aceptar la existencia de discriminación indirecta denunciada por los sindicatos actores (que se ha visto anteriormente), conjuga tres elementos: a) la definición de discriminación por asociación del artículo 6.2 c) de la Ley 15/2022; b) el artículo del convenio colectivo que reconocía el permiso retribuido con la finalidad de acompañar a hijos e hijas menores de 9 años o ascendientes mayores de 65 años a las consultas médicas oportunas, y c) el artículo 2.1 de la Ley 15/2022, que establece, entre otras causas, que nadie podrá ser discriminado por razón de enfermedad o condición de salud.

De esa conjunción obtiene el siguiente hilo argumental: tanto si el acompañamiento a la consulta médica está relacionado con la existencia de alguna patología, como si lo que se pretende es recibir una atención médica preventiva o prospectiva (p. ej. controles médicos, análisis, vacunaciones, etc.), se estaría discriminando al acompañante, que es el trabajador que hace uso de este permiso, por su relación con el destinatario de la consulta médica; relación que viene además reforzada por sus obligaciones legales de cuidado. «En definitiva, también estimamos que existe en la decisión empresarial una conducta discriminatoria por asociación» (FJ 8).

Como se puede apreciar, con esta relación de sentencias se quiere evidenciar el impulso que la Ley 15/2022 confiere a la capacidad expansiva del principio informador de la igualdad de trato y no discriminación, al integrarse y observarse con carácter transversal en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas. La apertura del espectro protector se nutre y, con probable seguridad, se seguirá ampliando con las nuevas causas de discriminación recogidas en la Ley 15/2022, más las que no se recogen en ella, junto a las que aparecerán. Y estos supuestos de tutela se van abriendo por los órganos judiciales a los hombres a medida que se incremente su peso específico en las tareas de cuidados y corresponsabilidad.

4. Conclusión. La banalización de los avances hacia la igualdad efectiva

La correlativa aprobación de leyes y el progreso en el cometido interpretativo de la jurisprudencia, nacional y europea, logran un loable afianzamiento formal de la igualdad de trato y la no discriminación en el ámbito de las relaciones laborales, a la par que en el conjunto de la sociedad. Pero este proceso no está exento de resistencias. A este respecto, se pueden apuntar tres breves comentarios.

En primer lugar, sobre las medidas de acción positiva, que son un elemento más del principio de igualdad de oportunidades, con la finalidad de evitar la perpetuación de las situaciones de desigualdad que conducen a la discriminación. La Ley 15/2022 amplía el marco previo, que estaba centrado en la protección de las personas con discapacidad y la mujer, con la negociación colectiva como protagonista. Aunque esta ley abre la protección frente a la discriminación a nuevos sujetos, se ha adelantado que no va a destacar por las novedades que aporta en el régimen jurídico de las acciones positivas (Sánchez-Girón Martínez, 2023). Las medidas de acción positiva incorporan un criterio de diferenciación de trato hacia un determinado grupo de personas, por lo que, en apariencia, rompen la idea de igualdad formal. Esta acción se dirige hacia colectivos que tienen una posibilidad mayor de sufrir un trato desigual, por revestir importancia tanto a la protección de esos grupos de personas como a la prevención de situaciones discriminatorias. Las acciones positivas ayudan a conseguir este objetivo. Cabe la posibilidad de que haya sujetos, o incluso una parte de la sociedad, que no sean concededores de este valor social de las acciones positivas y que lo único que visualicen sea el rasgo diferenciador, el trato mejor o que lleguen a percibirlo como un privilegio conferido a las personas protegidas.

En esta línea, puede evocarse el reciente caso reflejado en el Auto del Registro Civil Único de Las Palmas de Gran Canaria de 18 de septiembre de 2023 (rec. 1045/2023), en el que el magistrado denegó la solicitud de rectificación registral de la mención relativa al sexo, de varón a mujer de un sargento del aire, preservando su nombre propio. Fundamenta su solicitud en la Ley 4/2023, para la igualdad real y efectiva de personas trans y LGTBI y el magistrado encargado del registro aprecia concurrencia de un supuesto de fraude de ley. Esta ley no exige un cambio físico ni tratamiento hormonal ni intervención quirúrgica ni diagnóstico de disforia de género, pero la persona solicitante, además de no mostrar ningún cambio físico, tampoco solicita el cambio de nombre, considerando que es de mujer, aunque se refiere a sí mismo en masculino. No quiere que le traten en femenino hasta que no se rectifique su sexo, aunque dice sentirse mujer, y no es posible deducir, de todas sus manifestaciones, que la finalidad que persigue se acomode al objetivo previsto por la ley. El magistrado, en su auto, recuerda que este proceder, además de resultar fraudulento, «incorpora un especial desprecio a la dignidad de la persona que, para el caso de las personas transgénero, ha tardado muchísimo en reconocerse como un derecho humano» (FJ 4). Puede asegurarse que el desprecio también abarca al sexo femenino y al conjunto de la sociedad. Se trata de un sargento del aire que quiere promocionar a subteniente. Como se expresa en el auto, se colige que la solicitud va dirigida a la obtención de las consecuencias jurídicas que, para promover la igualdad a través de la discriminación positiva, esta y otras leyes establecen para las mujeres o para las personas trans, sin que exista una voluntad real de expresión de género como mujer (FJ 4).

En segundo lugar, no pueden pasar desapercibidos y deberían relacionarse con la efectividad de los avances normativos los resultados de la encuesta del Centro de Investigaciones Sociológicas acerca de las «Percepciones sobre la igualdad entre hombres y mujeres

y estereotipos de género», disponibles el 26 de enero de 2024⁹. Mientras que las mujeres dedican casi 7 horas de media al día al cuidado de los hijos, los hombres solo se ocupan la mitad de tiempo. Un 81,2% de las mujeres frente un 74,2% de los hombres asegura que no lograrán la igualdad a menos que los hombres también luchen por los derechos de las mujeres. Lo más llamativo es el dato de que un 44,1% de los hombres asegura que se ha llegado tan lejos en la promoción de la igualdad de las mujeres que ahora se está discriminando a los hombres. Estos datos deben ser interpretados, pues también un 32,4% de mujeres responde afirmativamente a la idea de que hay hombres discriminados, lo que puede dar una pista sobre la metodológicamente desacertada formulación de la pregunta, que en realidad eran dos cuestiones para una sola respuesta.

Estos dos comentarios invitan, a su vez, a dos observaciones. Una, que quizás se está ante un sexismo moderno en el que las personas creen en la igualdad, pero que se ha alcanzado el nivel suficiente. La otra, que probablemente habrá que valorarse desde las investigaciones feministas cuál es el alcance de estos efectos no esperados.

Por último, en tercer lugar, y siguiendo la estela de Lousada Arochena (2023, p. 20), se echa en falta, entre las definiciones del artículo 6 de la Ley 15/2022, la inclusión de la noción de «intolerancia», que resultaría un concepto novedoso y con gran potencial en su aplicación a las relaciones laborales. Por ejemplo, en el ámbito de la discriminación por sexo sería identificable la misoginia. La definición que de la intolerancia realiza el Consejo de Europa podría ser un referente, que se puede sintetizar en que es una falta de respeto a las prácticas o creencias distintas de la propia.

⁹ Es el Estudio 3428 (<https://www.cis.es/es/detalle-ficha-estudio?origen=estudio&codEstudio=3428>), si bien se publicaron noticias con avances de resultados con antelación.

Referencias bibliográficas

- Agustí Maragall, J. (2023). El despido por enfermedad o condición de salud: puntos críticos a la vista de los primeros pronunciamientos (doctrinales y judiciales). *Jurisdicción social: Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, 243, 18-36.
- Álvarez del Cuvillo, A. (18 de julio de 2022). *La Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación: una regulación necesaria con un problema grave de enfoque*. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. <https://www.aedtss.com/la-ley-integral-para-la-igualdad-de-trato-y-la-no-discriminacion-una-regulacion-necesaria-con-un-problema-grave-de-enfoque/>
- Ballester Pastor, I. (2023). La expansión aplicativa de la ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 64.
- Benito Benítez, M. A. (14 de marzo de 2024). El complemento de maternidad-brecha de género y sus avatares jurisprudenciales. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. <https://www.aedtss.com/el-complemento-de-maternidad-brecha-de-genero-y-sus-avatares-jurisprudenciales/>
- Escudero Rodríguez, R. (1994). Ley, convenios colectivos y acuerdos de empresa. En F. Valdés Dal-Ré (Dir.), *La reforma del mercado laboral* (pp. 37-60). Lex Nova.
- Fernández Ramírez, M. (2023). Colectivos especialmente discriminados. Los supuestos de pluridiscriminación en el empleo. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 64.
- Figueruelo Burrieza, A. (2023). Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. *AIS: Ars Iuris Salmanticensis*, 11(1), 154-155. <https://revistas.usal.es/cuatro/index.php/ais/article/view/31615>
- García Murcia, J. (2022). La Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 25(2), 11-22.
- López Cumbre, L. (2023). Una ley integral para la igualdad de trato y una ley orgánica para la igualdad entre mujeres y hombres. ¿Concurrencia o necesidad? *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 64.
- López Guerra, L. y Espín, E. (Dir.). (2022). *Manual de Derecho Constitucional. Volumen I. La Constitución y las fuentes del Derecho. Derechos fundamentales y garantías*. Tirant lo Blanch.
- Lousada Arochena, J. F. (2023). Incidencia sobre los derechos de las trabajadoras de las recientes leyes españolas de igualdad (2022-2023). *e-Revista Internacional de la Protección Social*, 8(1), 13-35. <https://doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.i01.02>
- Lousada Arochena, J. F. (29 de diciembre de 2022). *Ley 15/2022, de 12 julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación: incidencia en el Derecho del Trabajo*. <https://elderecho.com/ley-15-2022-igualdad-trato-no-discriminacion-derecho-del-trabajo>
- Maldonado Molina, J. A. (12 de marzo de 2024). *Las cuestiones prejudiciales sobre el complemento para la reducción de la brecha de género*. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. <https://www.aedtss.com/las-cuestiones-prejudiciales-sobre-el-complemento-para-la-reduccion-de-la-brecha-de-genero/>

- Monreal Bringsvaerd, E. (27 de marzo de 2023). *Despidos en situación de baja por IT tras la Ley 15/2022: improcedentes, no nulos, como regla general. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. <https://www.aedtss.com/despidos-en-situacion-de-baja-por-it-tras-la-ley-15-2022-improcedentes-no-nulos-como-regla-general/>
- Moreno i Gené, J. (2023). La calificación del despido del trabajador enfermo tras la Ley 15/2022: valoración de los primeros pronunciamientos judiciales. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 64.
- Pérez Gázquez, I. M. (2021). Discriminación de género vinculada a la conciliación laboral y familiar. Avances y retos pendientes. En L. Callejón García y J. V. Meseguer Sánchez (Eds.), *Mujer, inclusión social y derechos humanos. Reflexiones desde las ciencias sociales y jurídicas*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Rodríguez Morata, F. A. (2021). El principio de no discriminación en las relaciones de filiación. *Derecho Privado y Constitución*, 38, 157-194. <https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.38.05>
- Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M. (2022). Los contornos de la discriminación. *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado: Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social*, 5, 19-27. <https://dx.doi.org/10.12795/TPDM.2022.i5.01>
- Rojo Torrecilla, E. (19 de agosto de 2022). *Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Una historia que empezó en 2011 y acabó (bien) en 2022. Notas a la Ley 15/2022 de 12 de julio, con especial atención al contenido laboral*. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/08/ley-integral-para-la-igualdad-de-trato.html>
- Rubio Llorente, F. (1991). La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 31, 9-36.
- Sánchez Trigueros, C. y Folgoso Olmo, A. (2019). Protección frente a represalias a quien se opone a una discriminación en el seno de la propia empresa. *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 5/2019. https://doi.org/10.55104/RJL_00054
- Sánchez-Girón Martínez, B. (2023). El nuevo tratamiento de las medidas de acción positiva en la Ley 15/2022. *FEMERIS: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, 8(2), 52-74. <https://doi.org/10.20318/femeris.2023.7785>
- Vicente Andrés, R. (2024). El complemento por maternidad o para la reducción de la brecha de género, a la luz de la jurisprudencia del TJUE. *Unión Europea Aranzadi*, 2.

Jorge Torrents Margalef. Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociología de la Universidad Complutense de Madrid. Miembro del Instituto Complutense de Ciencia de la Administración y del grupo de investigación EGECO, empleo, género y cohesión. Realiza una estancia en el Institut d'Estudis del Treball de la UAB de Recualificación del Sistema Universitario Español en 2021-2023 convocada por la UCM y financiada por el Ministerio de Universidades con fondos Next Generation de la Unión Europea. <https://orcid.org/0000-0002-0345-5823>

Un paso adelante en el avance para el trabajo del servicio del hogar familiar: Real Decreto-Ley 16/2022, de 6 de septiembre

Concepción Sanz Sáez

Profesora asociada de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Castilla-La Mancha (Ciudad Real, España)

concepcion.sanz@uclm.es | <https://orcid.org/0000-0001-9783-9272>

Extracto

El 8 de septiembre de 2022 se publicó en el BOE el Real Decreto-Ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar. Este real decreto-ley, que el Gobierno español tramitó de urgencia, trata de determinar aquellos preceptos legales que, en comparación con el ordenamiento laboral y social común, suponen una diferencia de trato para este colectivo, sin que exista ninguna razón específica de la prestación de estos que lo justifique, y así lo entendió también el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 24 de febrero de 2022 (asunto C 389/20), al dictaminar que España estaba incurriendo en una discriminación indirecta, contraria a la directiva comunitaria relativa a la igualdad de género en materia de Seguridad Social, al no reconocer el derecho a la protección por desempleo al empleo doméstico.

Esto aceleró también la ratificación por España de los Convenios número 189 y 190 de la Organización Internacional del Trabajo, que se presentaban, ya antes, como el punto de partida necesario para la modificación tendente a equiparar el régimen jurídico del colectivo con el del resto de personas trabajadoras por cuenta ajena, justificados por el carácter no empresarial de la persona empleadora y por las especiales características de la prestación de servicios en este sistema especial, que podrían solucionarse con meros ajustes fundamentalmente formales y de gestión.

Palabras clave: trabajo doméstico; equidad; discriminación indirecta; desempleo; desistimiento; protección de riesgos laborales; responsabilidad de la parte empleadora.

Recibido: 13-03-2024 / Revisado: 15-04-2024 / Aceptado: 15-04-2024 / Publicado: 07-05-2024

Cómo citar: Sanz Sáez, C. (2024). Un paso adelante en el avance para el trabajo del servicio del hogar familiar: Real Decreto-Ley 16/2022, de 6 de septiembre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 480, 141-162. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.21481>



A step forward in the progress for the work of the family home service: Royal Decree-Law 16/2022, of 6 September

Concepción Sanz Sáez

*Profesora asociada de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Castilla-La Mancha (Ciudad Real, España)*
concepcion.sanz@uclm.es | <https://orcid.org/0000-0001-9783-9272>

Abstract

On 8 September 2022, Royal Decree-Law 16/2022, of 6 September, was published in the Official State Gazette for the improvement of working conditions and Social Security for workers in the family home. This Royal Decree-Law, which the Spanish government processed as a matter of urgency, seeks to determine those legal precepts that, in comparison with the common labour and social order, represent a difference in treatment for this group, without there being any specific reason for the provision of these that justifies it, and this was also understood by the Court of Justice of the European Union in its judgment of 24 February 2022 (case C 389/20), when it ruled that Spain was engaging in indirect discrimination, contrary to the Community directive on gender equality in the field of social security, by not recognizing the right to unemployment protection for domestic employment.

This also accelerated Spain's ratification of International Labour Organisation Conventions 189 and 190, which had already been presented, as the necessary starting point for the modification aimed at equating the legal regime of the group with that of other employees, justified by the non-business nature of the employer and by the special characteristics of the provision of services in this special system. That could be solved with mere adjustments fundamentally formal and managerial.

Keywords: domestic work; equity; indirect discrimination; unemployment; withdrawal; protection from occupational risks; employer's responsibility.

Received: 13-03-2024 / Revised: 15-04-2024 / Accepted: 15-04-2024 / Published: 07-05-2024

Citation: Sanz Sáez, C. (2024). A step forward in the progress for the work of the family home service: Royal Decree-Law 16/2022, of 6 September. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 480, 141-162. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.21481>



Sumario

1. Introducción
 2. Equidad laboral y de Seguridad Social para el trabajo doméstico y de cuidados
 - 2.1. Despidos con causa justificada y con indemnización
 - 2.1.1. Especial consideración de la figura del desistimiento
 - 2.2. Desaparece la exclusión del colectivo analizado en la LPRL
 - 2.2.1. Responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales
 - 2.3. Protección por desempleo y cobertura de la Seguridad Social
 - 2.4. Tutela de garantía salarial con la intervención del FOGASA
 3. Evaluación del sistema de bonificaciones en la cotización
 4. Asunción empresarial de obligaciones (personas trabajadoras con menos de 60 horas mensuales de servicios)
 5. Acreditación de competencias en el ámbito doméstico
 6. A modo de conclusión
- Referencias bibliográficas

Nota: este estudio tiene su origen en la ponencia impartida en la jornada sobre «Análisis de las Reformas Legales 2022-2023 desde una perspectiva de género», el 26 de octubre de 2023, en la Universidad Rey Juan Carlos y se realiza dentro del marco del Proyecto puente de Investigación sobre «Ser mujer y trabajo en la era digital» (Ref. 2023/SOLCON-130825).

1. Introducción

Las carencias de protección del empleo doméstico, al entenderse como un trabajo precario, no son algo novedoso, sino que han constituido un descontento firme tanto para los agentes sociales, como para la doctrina laboralista por la necesidad de dignificar y profesionalizar esta relación laboral especial. Y es que el trabajo doméstico, al encontrarse socialmente poco considerado, ha tenido desde siempre «una menor protección que el trabajo en otros ámbitos de actividad» (Cabeza Pereiro, 2019).

Esta injusta desprotección que se ha venido argumentando durante décadas por las particularidades de la prestación de servicios que estas personas desarrollan, pero, sobre todo por el lugar donde estos se prestan, el domicilio familiar, así como su objeto y la naturaleza de la persona que abona los salarios, todo ello unido a la inferior capacidad contributiva de los sujetos protegidos, resulta impensable e inadmisibles en el marco de cualquier modelo social del siglo XXI.

Conforme a estas peculiaridades, cabe destacar que esta distinción en el trato presenta connotaciones en cuanto a la perspectiva de género, ya que no hay que olvidar que estamos ante un colectivo muy feminizado¹, lo que ha supuesto una quiebra respecto al principio de igualdad entre mujeres y hombres (Guerrero Padrón, 2006). Al tiempo que se ha puesto de manifiesto que predominan las trabajadoras extranjeras, por lo que hay que tener muy presentes las políticas de inmigración, integración y extranjería para combatir el alto nivel de empleo sumergido existente.

Ante esta situación, el Gobierno actual, consciente de la necesidad de un proceso de equiparación de derechos, activado sin duda por el fallo mencionado del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 24 de febrero de 2022 (asunto C 389/20)², ha publicado en el

¹ Ya el Real Decreto (RD) 1620/2011, de 14 de noviembre, que regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, reconoce en su exposición de motivos que es un empleo «fuertemente feminizado» con porcentajes próximos al 94 %. Por esta razón emplearé el femenino para referirme al colectivo.

² En esta sentencia el TJUE afirmó que las normas del ordenamiento español que excluían las prestaciones por desempleo de los beneficios de Seguridad Social concedidos a las personas empleadas de hogar, en la medida en que dicha disposición situaba a las trabajadoras del hogar familiar en desventaja particular con respecto al resto de personas trabajadoras y no estaba justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo, no eran compatibles con 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.

BOE con entrada en vigor el 9 de septiembre, el Real Decreto-Ley (RDL) 16/2022, de 6 de septiembre, que como ya se ha adelantado mejora las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar (Benito Benítez, 2022).

Con este nuevo marco jurídico, que no podemos dejar de valorar como un hecho positivo y plausible con el objeto de equiparar las condiciones de trabajo de este colectivo y que teniendo que no ha sido nada sencillo de desarrollar dada su condición de «especialidad» (Olarte Encabo, 2021), nuestro legislador ha pretendido aproximarse a la normativa internacional sobre la materia y, en concreto, al Convenio número 189 y a la Recomendación número 201 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)³ sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos (Grau Pineda, 2019).

La norma trata de equiparar a este colectivo con el resto de las personas trabajadoras por cuenta ajena para acabar con la discriminación histórica de este trabajo altamente feminizado. Por lo que la relevancia del RDL 16/2022 (Quesada Segura, 2022) trasciende más allá del reconocimiento a la protección por desempleo para el servicio del hogar familiar tras el pronunciamiento del TJUE en su Sentencia de 24 de febrero de 2022 citada, ya que, tal y como se anunció poco después de la misma, era imprescindible una reforma para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar que surgiera de la mano de la ratificación del mencionado Convenio número 189 de la OIT sobre trabajadoras y trabajadores domésticos.

2. Equidad laboral y de Seguridad Social para el trabajo doméstico y de cuidados

Como se ha adelantado, el RDL 16/2022 trata de resolver la desigualdad en varios ámbitos, como los relativos a la utilización de la normativa laboral común, a la forma del contrato, fundamentalmente, a la extinción del mismo y la prestación por desempleo; asimismo, se garantiza la protección de la seguridad y salud de las personas que conforman este colectivo de forma equivalente a las garantías de las que goza cualquier otra persona trabajadora por cuenta ajena, en la línea ordenada por las disposiciones antidiscriminatorias de la Unión Europea (UE) y el Convenio 189 de la OIT, lo que implica el respeto al derecho constitucional a la salud que corresponde a todas las personas⁴.

Además, se proporciona cobertura en el ámbito de la garantía salarial a las personas trabajadoras del servicio doméstico en los casos de insolvencia o concurso de la parte

³ Adoptados en la 100.ª reunión de la Comisión Internacional del Trabajo celebrada el 16 de junio de 2011.

⁴ La Constitución española (CE), en su artículo 43.1 y 2 reconoce expresamente el derecho de toda la ciudadanía a la protección de la salud, y transmite la responsabilidad de garantizar dicho derecho a los poderes públicos.

empleadora. Y una vez pautadas estas bases mínimas, la norma incorpora aspectos nuevos, por lo que se realizan modificaciones relativas al carácter especial del servicio de hogar familiar en varias normas⁵, como aplicar el Mecanismo de Equidad Intergeneracional diseñado para hacer frente al reto demográfico al que se enfrenta el sistema de pensiones con la próxima jubilación de la generación del *baby boom*, a las que haremos referencia en los siguientes epígrafes.

La equiparación de las condiciones de trabajo de las personas incluidas en la relación laboral especial objeto de análisis en relación con el resto de las personas trabajadoras por cuenta ajena se extiende a las normas ordinarias sobre la propia forma de los contratos, modificándose el artículo 5.1., 2 y 4 del RD 1620/2011, de 14 de noviembre, referido a la forma del contrato de trabajo. Así, se establece en el nuevo apartado 2 la presunción de contrato por tiempo indefinido y jornada completa (salvo prueba en contrario) de la relación laboral cuando el contrato no se realice por escrito, cualquiera que sea la duración de este⁶.

Del mismo modo, cualquiera de las partes podrá exigir que el contrato se formalice por escrito, incluso durante el transcurso de la relación laboral, con derecho a recibir información sobre elementos esenciales y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral, si los mismos no figuran en el contrato formalizado por escrito⁷, adaptándose a las exigencias de la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea (Quintero Lima, 2023).

Por lo tanto, con efectos del día 1 de enero de 2023, en las solicitudes de alta formuladas con respecto a las personas trabajadoras incluidas en el sistema especial de este colectivo en la Seguridad Social, deberán figurar, además de los datos establecidos con carácter

⁵ RD 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar; Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (LPRL); Estatuto de los Trabajadores (ET); 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; Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial, y Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social.

⁶ Lo establecido en el real decreto-ley se aplicará a los contratos vigentes a partir del 9 de septiembre de 2022, sin perjuicio de lo establecido en la disposición final séptima, que establece algunas excepciones a esta fecha (disp. trans. primera RDL 16/2022).

⁷ Además de los extremos a que se refiere el artículo 2.2 del RD 1659/1998, de 24 de julio, dicha información deberá comprender:

- a) Las prestaciones salariales en especie cuando se haya convenido su existencia.
- b) La duración y distribución de los tiempos de presencia pactados, así como el sistema de retribución o compensación de los mismos.
- c) El régimen de las pernoctas de la persona empleada de hogar en el domicilio familiar, en su caso.

general, como es el código de la cuenta de la entidad financiera en la que ha de domiciliarse el pago de la cotización, los datos correspondientes al tipo de contrato de trabajo y al contenido mínimo del mismo, consistente en el número de horas de trabajo mensuales y semanales, en el importe del salario pactado, tanto por hora realizada como mensual, incluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias, así como, en su caso, en el importe del salario mensual acordado en especie y en la existencia o no de pacto de horas de presencia y/o de horas de pernocta, junto con la retribución por hora pactada⁸.

En cuanto a las modalidades contractuales, es cierto que, en aplicación del principio de convergencia, ya la reforma de 2011 señalaba que había de aplicarse el régimen estatutario con el objetivo de incrementar la estabilidad y transparencia de este colectivo. Y, por tanto, con mayor razón debía serlo tras la reforma de 2022 y el principio de equiparación de condiciones laborales y de Seguridad Social (art. 3.b RD 1620/2011), es decir, la aplicación del régimen estatutario en materia de modalidades de contratación también debe resultar aplicable al ámbito doméstico ante las profundas reformas del RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.

No obstante, con los contratos fijos-discontinuos o a tiempo parcial, hay que tener en cuenta que en el ordenamiento laboral español no existe el contrato a demanda, por lo que entiendo que se deberá fijar de antemano, también para este colectivo, un número mínimo de horas de trabajo garantizadas y una pauta de distribución específica.

2.1. Despidos con causa justificada y con indemnización

Continuando con el nuevo sistema de protección, la reforma conlleva importantes efectos en lo que se refiere a las tres nuevas causas de extinción de la relación laboral, que se añaden a las generales del artículo 49.1 del ET⁹. Empezando por la disminución de los ingresos de la unidad familiar o incremento de sus gastos por circunstancia sobrevenida, que podría equipararse al despido objetivo de las personas asalariadas del régimen general (Fernández Artiach y García Testal, 2023); así como la modificación sustancial de las necesidades de la unidad familiar que justifican que se prescinda de la persona trabajadora del hogar que, como en el supuesto anterior, se podría asimilar a un despido por causas organizativas, pero con la diferencia en la indemnización, ya que en ambos casos a las trabajadoras domésticas les corresponden 12 días por año trabajado y no 20 días como al resto de personas trabajadoras por cuenta ajena.

⁸ La nueva redacción del artículo 5 suprime la distinción entre los contratos de duración inferior o superior a 4 semanas.

⁹ El artículo 11 del RD 1620/2011, de 14 de noviembre, sufre una intensa reforma, regulando las nuevas peculiaridades extintivas de las relaciones laborales en el hogar familiar. Se suprime la mención: «excepto las causas h), i) y l) del artículo 49.1 del ET».

También se les reconoce esa indemnización ante la posibilidad de extinción si el comportamiento de la persona trabajadora fundamenta de manera razonable y proporcionada la pérdida de confianza de la persona empleadora, siendo esta causa comparable al despido disciplinario, que en el caso del régimen general no conlleva indemnización, pero no debemos olvidar que este beneficio sería a costa de una causa meramente subjetiva, por lo que resulta inicialmente contradictorio exigir que se fundamente de manera razonable y proporcionada, ya que la confianza se tiene o no se tiene¹⁰, es simplemente subjetiva, cuestión distinta serían sus efectos.

Por otro lado, constatamos cómo la nueva norma limita las causas y obliga a partir de ahora a la parte empleadora a justificar debidamente y por escrito la causa de extinción y la fecha del cese de su trabajadora, junto con la puesta a disposición de una indemnización de 12 días por año de servicio con el límite de 6 mensualidades, lo que supone un blindaje adicional y más garantista para las segundas y reduce la alta indefensión a la que hasta ahora estaban expuestas (García Testal, 2022).

La decisión de extinguir el contrato deberá comunicarse por escrito a la persona empleada del hogar, debiendo constar de modo claro e inequívoco la voluntad de la persona empleadora de dar por finalizada la relación laboral y la causa por la que se adopta dicha medida. Simultáneamente a la comunicación de la extinción, la persona empleadora deberá poner a disposición de la persona trabajadora una indemnización en cuantía equivalente al salario correspondiente a 12 días por año de servicio con el límite de 6 mensualidades (se suprime «que se abonará íntegramente en metálico»).

El preaviso puede sustituirse por la parte empleadora por una indemnización equivalente a los salarios de ese periodo, aunque también suprime «que se abonará íntegramente en metálico». Así mismo, la decisión extintiva para empleadas internas no podrá llevarse a cabo entre las 17 horas y las 8 horas del día siguiente, salvo que la extinción del contrato esté motivada por falta muy grave a los deberes de lealtad y confianza.

Además, si el contrato de trabajo ha superado el año, la parte empleadora debe dar un plazo de preaviso de 20 días (7 en el caso de que no se haya alcanzado esa antigüedad). Durante ese periodo, la trabajadora contratada a jornada completa tendrá derecho, sin pérdida de su retribución, a una licencia de 6 horas semanales con el fin de buscar nuevo empleo, algo que ya existía en la anterior legislación.

De incumplirse los requisitos relativos a la forma escrita de la comunicación de extinción o la puesta a disposición de la indemnización, no así el error en la cuantía de esta o la no concesión del preaviso, se presumirá que la persona empleadora ha optado por la aplicación

¹⁰ Según la Real Academia Española, confianza en su primera acepción es: «esperanza firme que se tiene en alguien o algo».

del régimen extintivo del despido del ET, es decir, se le aplica el régimen de los artículos 52 y siguientes del mismo. Pero la inexistencia de la causa alegada o la insuficiencia de esta convertirán el acto de extinción de la persona empleadora en un despido improcedente según los esquemas del régimen general de despido diseñados en esos mismos artículos del ET con las consecuencias indemnizatorias que allí se especifican (López Cumbre, 2000).

Aunque en párrafos posteriores se hablará sobre ello, hay que adelantar que, en los casos de insolvencia de la parte empleadora, las indemnizaciones serán por fin cubiertas por el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), para lo cual el RDL 16/2022 procede también a modificar la normativa de este organismo.

2.1.1. Especial consideración de la figura del desistimiento

El cambio más relevante que se produce en el régimen de extinción del contrato con la nueva normativa es que se elimina la institución de excepción del libre desistimiento, peculiaridad que se regulaba en el RD 1620/2011 justificada en que la tarea que se lleva a cabo, unida al lugar donde se presta, conlleva una profunda introducción de la empleada en el círculo de mayor intimidad de la familia, que permitía de modo unilateral, mediante el pago de una indemnización y sin alegación de causa, la ruptura repentina del contrato, que caracterizaba la mayor especialidad de esta relación laboral al ser una figura presente únicamente en la regulación del trabajo doméstico y del régimen especial de alta dirección (Nieto Rojas, 2019).

El propio RDL 16/2022 expresa que esta figura, a diferencia del despido, no requería una causa justificada que señalase el incumplimiento o incumplimientos laborales en los que había incurrido la empleada de hogar, dado que era una manifestación de la voluntad extintiva de la parte empleadora, provocando el desvanecimiento de los límites garantistas del despido objetivo, por lo que esta norma pasa a reparar esta circunstancia integrando dicha situación en el ámbito de aplicación del artículo 35 de nuestra Constitución, que tutela el derecho al trabajo y que, en consecuencia, requiere motivar adecuadamente la decisión unilateral extintiva del contrato, contextualizándolo con arreglo a una forma determinada, y someterla al control judicial¹¹.

Por tanto, cualquier extinción laboral de una empleada de hogar deberá recoger la causa en la que se fundamenta por 3 razones fundamentales, como son la desvirtuación de las garantías del despido objetivo, al poder acudir a este medio de convalidación de la extinción *ad nutum*; también la desventaja singular e injustificada dado, que determina una mayor desprotección, menor tutela en los casos discriminatorios así como mayor vulnerabilidad y precariedad, pero además por existir una menor protección en los supuestos de tutela de

¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 27 de junio de 2008 (rec. 2235/2007).

derechos fundamentales, ejemplo de ello sería la inaplicación en los casos de desistimiento de la nulidad objetiva cuando se trata de mujeres embarazadas¹².

Por esto, además de por las causas previstas para los demás colectivos de personas trabajadoras, esta relación laboral especial podrá extinguirse, siempre que estén justificadas como advertimos anteriormente, por la disminución de los ingresos de la unidad familiar o aumento de sus gastos por causa sobrevenida, la modificación sustancial de las necesidades de la unidad familiar que justifican poder prescindir de la persona trabajadora del hogar o por la pérdida de confianza de la persona empleadora, fundamentada de manera razonable y proporcionada, en el comportamiento de la persona trabajadora.

2.2. Desaparece la exclusión del colectivo analizado en la LPRL

Tomando en consideración que excluir el trabajo doméstico de la LPRL supuso un retroceso en la regulación de la seguridad de riesgos para esta relación laboral especial¹³, fiel reflejo de la exclusión del Derecho de la UE (Directiva marco 391/1989/CE)¹⁴, en modo alguno implicaba que este colectivo careciese del derecho a una protección de seguridad y salud en el trabajo¹⁵. Y digo esto porque no se ha privado al colectivo del derecho a realizar su prestación en las debidas condiciones de seguridad y salud, ni a que la persona empleadora adopte medidas eficaces a tal fin, pero todo ello sin concretarse lo que era concepto real y efectivo de debidas condiciones, ni qué medidas son las eficaces.

En efecto, relacionado con esta previsión legal de la LPRL, el artículo 7 del RD 1620/2011 establecía, antes de esta reforma de 2022, la obligación de que

[...] el trabajo del empleado de hogar se realice en las debidas condiciones de seguridad y salud, para lo cual adoptará medidas eficaces, teniendo debidamente en cuenta las características específicas del trabajo doméstico. El incumplimiento grave de estas obligaciones será justa causa de dimisión del empleado.

¹² STS de 28 de noviembre de 2017 (rec. 3657/2015), que reitera su doctrina en relación con la nulidad del despido, en ausencia de causa justificativa, de las trabajadoras embarazadas, aunque la empresa desconozca el estado de gestación.

¹³ Artículo 3.4 de la LPRL: «el titular del hogar familiar está obligado a cuidar de que el trabajo de sus empleados se realice en las debidas condiciones de seguridad o higiene».

¹⁴ En las Directivas comunitarias 93/104/CE, de 23 de noviembre, y 2003/88/CE, de 4 de noviembre, sobre ordenación del tiempo de trabajo, la fijación de la duración de la jornada y los descansos es un elemento de seguridad y salud laboral, remitiéndose a la directiva marco para la definición de trabajador protegido y, en consecuencia, excluyendo, de nuevo, al empleo de hogar.

¹⁵ Entre otra, Sentencia del Tribunal de Justicia (STSJ) de Castilla y León de 9 de enero de 2017 (rec. 2229/2016).

Disponiendo, por tanto, que la persona titular del hogar familiar está obligada a cuidar de que el trabajo de sus empleadas se realice en las debidas condiciones de seguridad e higiene, pero no añade contenido a la obligación genérica sobre seguridad y salud laboral recogida en los artículos 4.2 d) y 19.1 del ET (Quintero Lima, 2017). Asimismo, el RD 1620/2011, en su artículo 7, establece que «el titular del hogar familiar está obligado a cuidar de que el trabajo de sus empleados se realice en las debidas condiciones de seguridad e higiene. La deficiencia grave de estas obligaciones es justa causa de dimisión del empleado».

Pero, en realidad, cuando se deroga, a partir del 9 de septiembre de 2022, esta regla excluyente es con el artículo 1 del RDL 16/2022, a fin de incluir en el sistema preventivo de la LPRL la protección de las personas empleadas de hogar, aunque de forma modulada o adaptada a sus especialidades, ya que, como se ha indicado, no prestan servicios en una empresa, sino en un hogar familiar que goza de protección especial (inviolabilidad del domicilio, dificultando el acceso del servicio de prevención, así como el control por la Inspección de Trabajo de la Seguridad Social).

Por las especialidades ya mencionadas, existe la necesidad de ajustes a través del desarrollo reglamentario de la disposición adicional decimoctava de la LPRL, que deberán tener en cuenta a la parte empleadora y a los servicios de prevención, pues como ya se ha podido comprobar, en normas sobre protección de riesgos en domicilios convertidos en entornos laborales mediante teletrabajo (art. 16 Ley 10/2021, 9 de julio, del trabajo a distancia) podrían garantizarse la protección de la seguridad y salud de las personas al servicio del hogar familiar de forma equivalente a la de cualquier otra persona trabajadora «[...] en los términos y con las garantías que se prevean reglamentariamente a fin de asegurar su salud y seguridad»¹⁶.

Ahora bien, el interés de esta reciente regulación legal para el ámbito de los riesgos laborales la encontramos en que la nueva norma hace una previsión especial para uno de los riesgos psicosociales prevalentes en relación con las mujeres en general y en los entornos del empleo doméstico en particular (Fernández Artiach y García Testal, 2023), que no es otra que la violencia sexual contra las mujeres¹⁷, tal y como recuerda el Convenio sobre la violencia y el acoso número 190 de la OIT¹⁸ (en España entró en vigor el 25 de mayo de 2022), que obliga a los Estados que lo suscriben a adoptar una serie de medidas, entre ellas la

¹⁶ Disposición adicional decimonovena de la LPRL.

¹⁷ Disposición adicional decimoctava de la LPRL:

En el ámbito de la relación laboral de carácter especial [...] las personas trabajadoras tienen derecho a una protección eficaz [...] especialmente en el ámbito de la prevención de la violencia contra las mujeres, teniendo en cuenta las características específicas del trabajo doméstico [...].

¹⁸ Reconociéndoles un derecho a la «protección eficaz» en materia de salud y seguridad en su trabajo, con especial atención a la prevención «frente a la violencia contra las mujeres, teniendo en cuenta las características específicas del trabajo doméstico».

prevención de los riesgos psicosociales y la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social ante las situaciones de violencia, con la prescripción de que requerirá de desarrollo reglamentario, habilitándose al Gobierno para que en el plazo de 6 meses lo llevase a cabo. En el mismo plazo debía crearse una comisión para la integración de la perspectiva de género en el listado de enfermedades profesionales, cuya función sería elaborar una propuesta de reforma del RD 1299/2006, de 10 de noviembre¹⁹ (aún no se ha llevado a cabo).

Acertadamente, el Convenio 190 de la OIT incluye por supuesto las situaciones de violencia y acoso que se generan o producen en el ámbito de este colectivo, por ser especialmente vulnerable, haciéndose fundamentalmente necesario que se adopten medidas preventivas, así como medidas reactivas y de fiscalización. Y para ello, se tendrá que revisar la construcción moral de que el hogar es un muro o santuario de intimidad sobre la dimensión contractual del mismo, ya que debemos tener presente que es una decisión voluntaria unilateral de la persona empleadora lo que convierte a su hogar en un espacio laboral, donde no existe justificación alguna para no reconocer y hacer exigibles los derechos, lógicamente también las obligaciones, que a una relación laboral acompañan.

No obstante, los riesgos laborales en domicilios particulares, al considerarse actividades especiales y no ser ambientes controlados, ni regulados como lugares de trabajo comunes, de momento no tienen que pasar por los procedimientos de evaluación de riesgos o la autorización de trabajo, como sucede con los entornos laborales comunes²⁰. Y es que por el hecho de que la relación laboral se desarrolle en el domicilio de la parte empleadora, se ocasiona un aislamiento e invisibilidad de la parte empleada que obstaculiza considerablemente el control de la normativa laboral por la Inspección de Trabajo (Fernández Artiach y García Testal, 2021). Por esta misma razón, se dificulta extraordinariamente la acción sindical, lo que «unido a una tradicional despreocupación de los sindicatos respecto a estos trabajadores/as y a la ausencia total de negociación colectiva, termina por complicar en extremo el contexto en que se desenvuelve esta prestación de servicios» (Lousada Arochena, 2018).

Es cierto que existe una colisión de derechos entre las dos partes, pero no podía entenderse como única razón justificativa de la exclusión del personal del hogar familiar del ámbito de aplicación de la norma preventiva (Casanova Martín, 2023), porque no puede negarse la aplicación del derecho a la seguridad y a la salud laboral de este colectivo tan solo porque no sea posible la entrada en el domicilio por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para comprobar si se han adaptado o no las medidas que fuesen

¹⁹ La norma establece el compromiso de creación de una comisión de estudio, cuyo objetivo es la inclusión de la perspectiva de género en el cuadro de enfermedades para que se identifiquen y se corrijan las deficiencias que existen en el ámbito de la protección ante las enfermedades profesionales de los trabajos desarrollados mayoritariamente por mujeres.

²⁰ El principio rector de la política social (art. 40 de la CE) no tiene ningún desarrollo en el trabajo doméstico, tal es así que la propia LPRL declaraba en su artículo 3.4 que la norma no se aplica a la relación laboral especial al servicio del hogar familiar, con una exclusión absoluta.

necesarias (García Testal, 2022). Es posible limitar el derecho a la seguridad y a la salud laboral cuando sea realmente necesario para preservar el derecho que se pretende proteger, pero en este caso no estaba justificado negar el citado derecho por razones de protección de la intimidad y de inviolabilidad del domicilio.

2.2.1. Responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales

Dentro de la lógica de la equiparación progresiva con el régimen general, la disposición final tercera, nueve, de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2011, añadió a la Ley general de la Seguridad Social –LGSS– (1994) una disposición adicional quincuagésima tercera con un gráfico título: «Extensión de la acción protectora por contingencias profesionales a los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar». En virtud de dicha disposición, los empleados de hogar debían disfrutar de las especialidades aparejadas a las contingencias profesionales con efectos de 1 de enero de 2011, ya que, con anterioridad, cualquier contingencia se consideraba común (Romeral Hernández, 2020).

El desarrollo reglamentario se demoró casi un año, hasta la aprobación del RD 1596/2011, de 4 de noviembre. Por esta razón, con efectos del 2 de enero de 2012 se consideraron protegidas en este régimen las contingencias derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, en los mismos términos que a las personas trabajadoras del régimen general. Ello iba a suponer, por una parte, que estas trabajadoras tendrían las mismas prestaciones que el resto de personas trabajadoras por cuenta ajena y, por otra, que se extendían a este colectivo los conceptos de «accidente de trabajo» y de «enfermedad profesional» propios del trabajo por cuenta ajena (Rodríguez Iniesta, 2012).

En este orden, la disposición adicional trigésima novena de la Ley 27/2011, como es razonable, consolidó esa extensión, aclarando que dentro del catálogo de la acción protectora del nuevo sistema especial se recogen las especialidades más características de las contingencias profesionales y que desde luego es obligatorio contribuir a la financiación de las prestaciones que puedan derivarse de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales. En concreto, se refiere a las contingencias profesionales en materia de cotización y de posibles responsabilidades empresariales por incumplimiento de las obligaciones formales.

Pero ante la circunstancia de no haberse eliminado la letra c) del artículo 251 de la LGSS, por el cual y «con respecto a las contingencias profesionales del Sistema Especial para Empleados de Hogar, no será de aplicación el régimen de responsabilidades en orden a las prestaciones regulado en el artículo 167», no parece sencillo en qué caso se podría plantear la existencia de responsabilidad empresarial por un accidente doméstico que, sin embargo, para la persona trabajadora es de trabajo. En el terreno laboral, la diligencia exigida hasta este momento a la parte empleadora consiste en aplicar, en primer lugar, las medidas

previstas en la legislación específica; en segundo lugar, las medidas que se deducen del estado de la técnica en cada momento y de la experiencia, esto es, la previsibilidad del riesgo y poder evitarlo²¹.

2.3. Protección por desempleo y cobertura de la Seguridad Social

De entre todas las probabilidades, como por ejemplo la organización de un sistema específico para el colectivo o el establecimiento de reglas especiales, se ha decidido acertadamente por una equiparación, eliminando el apartado d) del artículo 251 de la LGSS, dando cumplimiento al artículo 41 de la CE²².

Y es que la ausencia de protección por desempleo pudo tener su justificación en el momento en que se reguló por primera vez el Régimen Especial de Empleados del Hogar a través del Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, en que el trabajo doméstico estaba excluido del derecho del trabajo, dando lugar a un aseguramiento más próximo al trabajo autónomo que al trabajo por cuenta ajena. Pero hoy día no se sostiene la exclusión, solo basta recordar que el artículo 41 de nuestra Constitución establece un mandato a los poderes públicos para el mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social suficiente ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo.

En realidad, la protección por desempleo para las trabajadoras del hogar es una reivindicación histórica prácticamente generalizada por la doctrina laboralista, como una necesidad de justicia social tanto en el proceso de equiparación de derechos, como en el camino a la igualdad por razón de género/sexo. Sin embargo, aunque la Ley 27/ 2011, de 1 de agosto, introdujo en su disposición adicional trigésimo novena la incorporación de los empleados de hogar en el régimen general de la Seguridad Social, fijando como principio general que las personas trabajadoras incluidas en el nuevo sistema especial gozarían de los mismos derechos y prestaciones que las incluidas en el régimen general, la configuración normativa continuaba con la restricción de la protección por desempleo, entre otras, para este colectivo.

²¹ STSJ de las Islas Baleares 212/2018, de 18 de mayo:

[...] Tratándose de la relación especial del servicio del hogar familiar la deuda de seguridad no tiene el alcance previsto en la LPRL, en cuyo artículo 3.4 se excluye de su ámbito de aplicación a la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, no pudiendo exigirse al cabeza de familia, que emplea en su propio hogar y sin ánimo de lucro, el conjunto de obligaciones establecidas en la mencionada norma para los empresarios en general, ni exigirse la deuda de seguridad con la amplitud que establece dicha normativa.

²² El RDL 16/2022 suprime la letra d) del artículo 251 de la LGSS (2015), que excluía la protección por desempleo. *Vid.* disposición transitoria segunda del RDL 16/2022.

Es cierto que el legislador dejó abierta una vía para que en el futuro la protección por desempleo se pudiera incluir en el ámbito de este sistema especial remitiendo la cuestión a la futura regulación de las condiciones de trabajo. En cumplimiento de esta remisión, el RD 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, volvería a aplazar la protección por desempleo de este colectivo. De manera que la adopción de las principales medidas que necesitan encajarse para acabar con la discriminación de estas trabajadoras respecto del régimen general se seguía posponiendo, encontrándose en una clara situación de desigualdad que contraviene derechos fundamentales de no discriminación por raza, sexo o nacimiento recogidos en la CE.

Fue necesario que el TJUE dictara sentencia el 24 de febrero de 2022 (asunto C-389/20), que indicaba abiertamente que por razones estadísticas la falta de reconocimiento de la prestación por desempleo para este colectivo suponía una discriminación indirecta por razón de sexo contraria al artículo 4.1 de la Directiva 79/7/CEE²³, en la medida en que constituye una diferencia de trato que se traduce en un perjuicio o desventaja que no se explica por razón distinta del sexo del colectivo afectado.

Además, señala la inexistencia de criterios objetivos bastantes o de política social que avalen dicha diferencia desde el momento en que existen otros colectivos en donde concurren las razones apuntadas tradicionalmente para la exclusión, sin que la misma se produzca respecto de estos últimos.

Existe un tercer elemento y es que la falta de reconocimiento de la prestación por desempleo se traducía en una mayor vulnerabilidad de este colectivo al impedir que este acceda a otras prestaciones que se condicionan a la extinción de la prestación por desempleo. No obstante, aunque la nueva normativa traslada en parte lo que la sentencia dictamina, existe una ausencia de régimen transitorio, por lo que será necesario que las trabajadoras coticen 12 meses a partir del 1 de octubre de 2022 para poder acceder a 4 meses de desempleo o 5 años para acceder a la prestación completa²⁴. Esto me hace plantear que si se cotiza por desempleo desde el 1 de octubre de 2022, para cobrar la prestación de mayores de 52 años se tendrá que esperar 6 años desde entonces²⁵.

²³ 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.

²⁴ No obstante, el TSJ de Galicia dictó, el 10 de octubre de 2023, la Sentencia 4403/2023, en la que considera que el RDL 16/2022, de 6 de septiembre, incumple con el mandato contenido en la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, y con lo dispuesto en la STJUE de 24 de febrero de 2022, asunto C-389/20. Se trata de una situación que perpetúa la discriminación de un colectivo especialmente vulnerable. El tribunal determina que las personas trabajadoras incluidas en el sistema especial de empleados del hogar que no han podido cotizar por la contingencia por desempleo, hasta la fecha de entrada en vigor de la citada norma, puedan percibir la prestación una vez finalizada la relación laboral.

²⁵ Dos sentencias aplicaron el fallo del TJUE a pesar de que la normativa española no había cambiado nada. El TSJ de Cataluña ha reconocido, en la Sentencia 1754/2022, de 16 de marzo (rec. 5506/2021), el

2.4. Tutela de garantía salarial con la intervención del FOGASA

La aprobación del RDL 16/2022 proporciona cobertura de garantía salarial a las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar, incluyéndolas en su ámbito subjetivo, reconociendo, por un lado, la obligación de cotización de las personas empleadoras del servicio doméstico y, por otro, proporcionando una cobertura indemnizatoria a las personas trabajadoras del servicio doméstico en los casos de insolvencia o concurso de la parte empleadora, asegurándoles el abono de las indemnizaciones reconocidas en caso de despido o extinción de contrato a causa de insolvencia o concurso de su empleador o empleadora. En concreto, se incorpora la relación laboral de este colectivo al catálogo de beneficiarios de las indemnizaciones reconocidas por el FOGASA²⁶.

Sin duda, esta decisión proviene de la Sentencia 91/2022, de 14 de marzo, del Juzgado de lo Social n.º 32 de Barcelona que, apoyándose en la argumentación del TJUE sobre la discriminación indirecta por razón de género del colectivo, con más del 94 % de mujeres, a la que ya se ha hecho referencia, entiende discriminatoria la exclusión de este colectivo laboral de la cobertura del FOGASA.

Según la magistrada, la imposibilidad de acceso a la protección del FOGASA «no está justificada» y supone «una vulneración» de la directiva europea relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. En este sentido, argumenta que «otras relaciones laborales especiales sí gozan de esta protección [...], como la de los deportistas profesionales y mediadores de comercio», si bien existe alguna otra relación laboral especial excluida de la cobertura de este organismo, como es la de los órganos de administración de sociedades mercantiles.

No obstante, la garantía será de menor cuantía al establecerse que la indemnización se calculará a razón de 12 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a 1 año, con el límite máximo de 6 mensualidades, sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del doble del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias²⁷.

subsidio para mayores de 52 años a una trabajadora doméstica. El tribunal obliga al Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) a abonar el subsidio de paro para personas desempleadas mayores de 52 años a la trabajadora, que obtuvo una negativa del organismo público por no haber cotizado por el paro en sus 2 últimos contratos, en los que trabajó como empleada de hogar.

²⁶ En los casos de insolvencia o concurso de la persona empleadora, abonará indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa a favor de las personas trabajadoras a causa de extinción de contratos conforme al artículo 11.2 del RD 1620/2011.

²⁷ Se añade un apartado seis al artículo 19 del RD 505/1985, sobre funcionamiento del FOGASA. También se modifica el artículo 3 b) del RD 1620/2011, «Fuentes de la relación laboral», a fin de que resulte aplicable a esta relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar lo establecido en el artículo 33 del ET relativo al FOGASA.

3. Evaluación del sistema de bonificaciones en la cotización

Como se ha indicado, es obligatorio cotizar por desempleo y al FOGASA a partir del 1 de octubre de 2022²⁸. Para que estas cotizaciones no supongan un sobreesfuerzo económico para la parte empleadora, estas tendrán derecho a una bonificación del 80 % en las aportaciones empresariales a la cotización por desempleo y al FOGASA en este sistema especial²⁹. Esto es un incentivo muy importante para que las unidades familiares no vean en el pago de tales cotizaciones un encarecimiento del trabajo en su hogar y para que, por ello, la nueva regulación no derive en una pérdida o no crecimiento del empleo en este colectivo (Rodríguez Fernández, 2022). También se mantiene la reducción de un 20 % en la aportación empresarial a la cotización por contingencias comunes correspondiente a este sistema especial.

Como alternativa a esta reducción, las personas empleadoras que den de alta en el régimen general a una persona trabajadora al servicio del hogar familiar tendrán derecho, durante toda la situación de alta en dicho régimen y desde el 1 de abril de 2023, a una bonificación del 45 % o del 30 % en la aportación empresarial a la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes correspondiente al sistema especial³⁰ cuando cumplan determinados requisitos de patrimonio y/o renta, que serán determinados reglamentariamente³¹. Habrá que ver cuáles son los límites de renta y/o patrimonio que se tendrán que cumplir para obtener la nueva bonificación, pues si son excesivamente bajos, se dejará a las familias numerosas de clase media sin un apoyo que resulta esencial, dado el déficit que tenemos en políticas sociales y de cuidado (Molero Marañón, 2020)³².

²⁸ Artículo 11.Uno d) del RD 505/1985 y disposición transitoria segunda del RDL 16/2022.

²⁹ Financiada por el SEPE y el FOGASA, cada uno en la parte que le afecte (disp. adic. primera.1, párr. segundo, y disp. adic. primera.4).

³⁰ Estas bonificaciones del 45 % o del 35 % solo serán aplicables respecto de una única persona empleada de hogar en alta en el régimen general de la Seguridad Social por cada persona empleadora. Si hubiese más de una persona empleada de hogar en alta en dicho régimen por cada persona empleadora, la bonificación será aplicable únicamente respecto de aquella que figure en alta en primer lugar (párr. segundo de la disp. adic. primera.2 RDL 16/2022).

³¹ Párrafo primero de la disposición adicional primera.2 del RDL 16/2022.

³² A partir del 1 de abril de 2023 quedó derogado el artículo 9 de la Ley 40/2003 y el artículo 5 de su reglamento (RD 1621/2005), que regula la bonificación del 45 % en las cuotas de la Seguridad Social por contratación de personas dedicadas al cuidado en familias numerosas y se establece un régimen transitorio para las bonificaciones que se estuvieran aplicando en dicha fecha. Las bonificaciones por la contratación de estas personas en familias numerosas que se estuvieran aplicando el 1 de abril de 2023, en los términos previstos en el artículo 9 de la Ley 40/2003, de protección a las familias numerosas, mantendrán su vigencia hasta la fecha de efectos de su baja que den derecho a las mismas en el régimen general de la Seguridad Social.

Advirtiendo que el régimen anterior, ante el retraso de la reglamentación necesaria, continúa aplicándose hasta que entre en vigor el desarrollo reglamentario y en todo caso hasta el 1 de abril de 2024 y que, además, a partir de esa fecha será incompatible el 20 % de reducción por contingencias comunes con el 45 % por familia numerosa.

Ahora bien, parece importante resaltar que podrán resultar de aplicación las deducciones en la cotización a la Seguridad Social establecidas en el artículo 2.2 de la Ley 43/2006 para la mejora del crecimiento y del empleo: contratación de personas con discapacidad, así como las deducciones en la cotización a la Seguridad Social establecidas en la disposición adicional segunda de la Ley 12/2001, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo: bonificaciones de cuotas de Seguridad Social para las personas trabajadoras en periodo de descanso por maternidad, adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural o suspensión por paternidad, no resultándoles aplicables las exclusiones que pudieran establecerse para las relaciones laborales de carácter especial.

4. Asunción empresarial de obligaciones (personas trabajadoras con menos de 60 horas mensuales de servicios)

Con la modificación del RDL 29/2012, de 28 de diciembre, de mejora de gestión y protección social en el Sistema Especial para Empleados de Hogar y otras medidas de carácter económico y social, se trasladaba la responsabilidad de obligaciones de encuadramiento y cotización a la parte trabajadora, cuando así lo acordaran ambas partes. Esta previsión suponía una vuelta atrás a la reforma operada por la Ley 27/2011, pues sería la trabajadora la que pudiera instar su afiliación, alta, baja o variación de datos en el sistema, si bien se requería el consentimiento de la parte empleadora, aunque es cierto que introdujo como letra pequeña en una disposición transitoria que dejaban de disfrutarse las bonificaciones que pudieran venir disfrutándose hasta la fecha³³, cuando hasta este momento era una obligación exclusiva del/de la empleador/a.

Ha sido importante por seguridad jurídica que el RDL 16/2022 estableciese que las personas trabajadoras de este colectivo que presten servicios durante menos de 60 horas mensuales por persona empleadora no podrán formular directamente su afiliación, alta, baja y variaciones de datos. Esta posibilidad quedará suprimida, con efectos desde el 1 de enero de 2023, con la modificación del artículo 43.2 del Reglamento general de inscripción y afiliación (RD 84/1996), por lo que al evitar el legislador esta posibilidad, la parte empleadora asumirá estas obligaciones.

³³ Artículo 14 de la Orden ESS/86/2015, de 30 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional, contenidas en la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2015.

5. Acreditación de competencias en el ámbito doméstico

Finalmente, debemos destacar la previsión de la acreditación de competencias a través del desarrollo de políticas de formación y acreditación para las personas empleadas del hogar dedicadas al cuidado o atención de las personas miembros de la familia o de las personas que formen parte del ámbito doméstico y familiar, que tendrán en cuenta las particulares condiciones de trabajo de este colectivo y el perfil de las personas trabajadoras empleadas en el mismo.

El Gobierno desarrollará políticas de formación y acreditación para las personas empleadas del hogar dedicadas al cuidado o la atención de las personas que formen parte del ámbito doméstico y familiar. Estas iniciativas tendrán en cuenta las particulares condiciones de trabajo en este colectivo y las personas trabajadoras que desarrollan su actividad en él. Pero este cambio de paradigma debe alcanzar a toda la sociedad, pues la economía de cuidados ya se halla en el centro de las transformaciones económicas y sociales del Estado español, como pone de manifiesto la Estrategia Europea de Cuidados.

6. A modo de conclusión

Sea cual sea el desarrollo reglamentario sobre prevención de riesgos laborales de este colectivo, deberá cumplir con una serie de exigencias, relacionadas con las peculiaridades de esta relación laboral, que sin duda deben ser objeto de atención. Pero, incluso con estas características diferenciales con el resto de personas trabajadoras, que seguro existirán, es importante subrayar que ya no solo deben aplicarse los principios preventivos de la ley, sino que el débito de seguridad, las obligaciones y responsabilidades deberán interpretarse a la luz de dicha norma, pues ya no será suficiente la mera declaración de buena voluntad, sino que será una exigencia con naturaleza obligacional de la prevención de riesgos en el ámbito doméstico.

El de las trabajadoras domésticas era el único colectivo de personas trabajadoras por cuenta ajena que en España carecía de protección por desempleo sin justificación objetiva alguna, porque ya incluso las prestadoras de servicios por cuenta propia o autónomas cuentan con protección por cese de actividad. Aunque con el empuje del TJUE ya se ha modificado esta discriminación, se va a continuar discriminando a las trabajadoras del hogar durante los próximos años ante una situación de incapacidad permanente. Ya que a cualquier otra persona trabajadora del régimen general en caso de estar dada de alta como demandante de empleo antes de sufrir una incapacidad permanente, la Seguridad Social le «hace una ficción» y le aplica bases mínimas de cotización durante 5 años, pero a las trabajadoras del hogar se les aplicará una cotización de cero euros en vez de la base mínima como al resto.

En cuanto al ámbito de la reforma relativa a la forma del contrato, que ahora se ajusta a lo establecido en el artículo 8 del ET, se normaliza la exigencia de forma escrita y, en su defecto, salvo prueba en contrario, el contrato se presumirá concertado por tiempo indefinido y a jornada completa, en la línea de un principio de estabilidad en el empleo que el RDL 32/2021 de reforma laboral ha imprimido al conjunto de las relaciones laborales. El derecho de información a la trabajadora sobre el contenido del contrato se enriquece con la necesaria inclusión de elementos peculiares de esta relación: el salario en especie, los tiempos de presencia, las condiciones de la pernocta en el domicilio familiar.

En principio, no se aplicará a este colectivo el recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional por falta de medidas de prevención de riesgos laborales. Ante esta circunstancia, no podemos obviar que, respecto a supuestos de hechos iguales, las consecuencias jurídicas previstas en las normas son distintas para estas trabajadoras por cuenta ajena. Y no puedo dejar de preguntarme si es necesario mantener esta relación laboral de carácter especial porque es posible que empecemos a quedarnos sin argumentos para mantenerla.

No olvidemos que los cuidados intrafamiliares y el trabajo doméstico están íntimamente conectados y la labor que desempeñan las trabajadoras del hogar familiar ha de empezar a recibir la importancia que merece. Se ha de superar la inercia histórica de desvalorizar estas actividades. Por lo que el compromiso del Gobierno para que se desarrollen políticas de formación que brinden a estas trabajadoras la acreditación de competencias laborales y de cuidados acordes con su trabajo serán determinantes para su dignificación laboral.

Que se incorpore la relación laboral de este colectivo al catálogo de beneficiarios de las indemnizaciones reconocidas por el FOGASA no deja de ser un avance del ya ratificado Convenio 189 y de la Recomendación 201 de la OIT, donde se ponen de manifiesto las carencias en la protección de las mujeres en general y de este colectivo en particular, en concreto, por dos razones: por el principio general de disfrute de derechos en condiciones no menos favorables y por el reconocimiento expreso de protección.

Aunque en el Convenio 190 de la OIT no se hace una distinción directa de las trabajadoras del hogar, las condiciones particulares de esta forma de empleo (como el lugar de trabajo, las condiciones sociales y los estereotipos que hay hacia las trabajadoras) las hace especialmente vulnerables a situaciones de violencia y acoso. De manera que deben plantearse aspectos como el reconocimiento efectivo a este colectivo de su protección frente a estas situaciones, así como la adopción de medidas preventivas de los riesgos psicosociales. Pues si con la supresión del artículo 3.4 de la LPRL esto ya es efectivo, ahora lo es aún más, habida cuenta de la inclusión íntegra y sin matices de las trabajadoras domésticas en el ámbito de aplicación de este convenio. Aunque también deben adoptarse medidas que garanticen que la Inspección de Trabajo y las autoridades pertinentes, cuando proceda, estén facultadas para actuar en caso de violencia y acoso en el mundo del trabajo, incluyendo, como no puede ser de otro modo, el doméstico.

Para finalizar, no puedo dejar de mencionar que todavía nos quedan nuevos retos de regulación, entre otros la readmisión en el despido improcedente y en el despido nulo, el registro y totalización de la jornada prevista por el ET, la mencionada responsabilidad empresarial en el pago de prestaciones por el incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y cotización, así como la exclusión del recargo de prestaciones y, cómo no, algo básico, la negociación colectiva efectiva, que deberá ir acompañada del control cierto y eficaz por parte de la Inspección de Trabajo.

Referencias bibliográficas

- Benito Benítez, M. A. (2022). El Real Decreto-Ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras el servicio del hogar familiar. En *Los Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Las claves de 2022* (pp. 281-284). Cinca. <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2023/02/Briefs-2022-AEDTSS.pdf>
- Cabeza Pereiro, J. (2019). El trabajo doméstico en la normativa de la OIT. *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, N.º Extra 9.
- Casanova Martín, L. (2023). Prevención de riesgos laborales con perspectiva de género: novedades en el trabajo doméstico. *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, 34, 69-85. <https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/701>
- Fernández Artiach, P. y García Testal, E. (2021). La prevención de riesgos en el trabajo doméstico y de cuidados en España: la necesidad de ratificar los Convenios 189 y 190 de la OIT. *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, 11(2), 628-661. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.5964>
- Fernández Artiach, P. y García Testal, E. (2023). Prevención de riesgos, violencia y acoso en el trabajo doméstico, a la luz de los Convenios 189 y 190 de la OIT. *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, 13(2), 1-21. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.8361>
- García Testal, E. (2022). ¿Trabajo doméstico decente?: una reflexión sobre los déficits de protección del régimen jurídico de las personas que realizan trabajo doméstico en España. *Documentación Laboral*, 125, 117-138.
- Grau Pineda, M. del C. (2019). De sirvientas a trabajadoras: la necesaria ratificación del Convenio 189 OIT sobre trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos. *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, 9(2), 47-90. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.4201>
- Guerrero Padrón, T. (2006). Inmigración femenina y servicio doméstico: resurgimiento de un régimen especial de Seguridad Social decadente. *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, 7, 23-46. <http://uvadoc.uva.es/handle/10324/11331>
- López Cumbre, L. (2000). La relación especial del servicio del hogar familiar, El Estatuto de los Trabajadores, 20 años después. *Civitas: Revista Española de Derecho del Trabajo*, 100(1), 151-176.
- Lousada Arochena, J. F. (2018). Normativa internacional contra la explotación humana y laboral en el trabajo doméstico: la ONU y la OIT. *Lan harremanak*, 39, 152-187. <http://hdl.handle.net/10810/44686>

- Molero Marañón, M. L. (2020). Las trabajadoras del cuidado: por un futuro de trabajo decente. *Revista de derecho social*, 89, 33-64.
- Nieto Rojas, P. (2019). Trabajo doméstico y derechos colectivos, algunas reflexiones al hilo del RD 1620/2011 y del Convenio 189 OIT. *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, 9(2), 397-410. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.5586>
- Olarte Encabo, S. (2021). Los principios fundamentales del Convenio 190 OIT: un análisis desde la perspectiva de género. La novedosa inclusión del trabajo de servicio doméstico. En M. Correa Carrasco y M. G. Quintero Lima (Dir.), *Violencia y acoso en el trabajo. Significado y alcance del Convenio n.º 190 OIT en el marco del trabajo decente (ODS 3, 5, 8 de la Agenda 2030)* (pp. 61-90). Dykinson.
- Quesada Segura, R. (2022). Sobre los derechos que mejoran las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las trabajadoras del hogar familiar. Análisis del Real Decreto-Ley 16/2022, de 6 de septiembre. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 63.
- Quintero Lima, M. G. (2017). Salud laboral de las empleadas de hogar: una aproximación de urgencia. En E. M. Blázquez Agudo (Dir.^a), *Informe sobre la salud laboral desde la perspectiva de género* (pp. 96-104). Universidad Carlos III de Madrid. <http://hdl.handle.net/10016/25652>
- Quintero Lima, M. G. (2023). La desprecarización de un colectivo discriminado: una norma de urgencia para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar. ¿Oportunidades perdidas?, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 473, 87-124. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.7661>
- Rodríguez Fernández, M. L. (6 de septiembre de 2022). La igualdad de derechos de las personas empleadas de hogar es ya (y por fin) una realidad. *The conversation*. <https://theconversation.com/la-igualdad-de-derechos-de-las-personas-empleadas-de-hogar-es-ya-y-por-fin-una-realidad-190074>
- Rodríguez Iniesta, G. (2012). Ante incumplimientos empresariales del empleador doméstico (afiliación, alta y cotización) ¿cabe exigirle responsabilidad prestacional por contingencias profesionales? En F. Ortiz Castillo, C. Sánchez-Rodas Navarro y G. Rodríguez Iniesta (Coords.), *La responsabilidad del empresario* (pp. 137-148). Laborum.
- Romeral Hernández, J. (2020). Trabajo doméstico y protección social frente a contingencias derivadas del trabajo. *e-Revista Internacional de la Protección Social*, 5(2), 115-145.

Concepción Sanz Sáez. Viene realizando una actividad investigadora reconocida y distintas contribuciones a congresos y conferencias científicas nacionales e internacionales. Es autora de variadas publicaciones científicas, así como directora y coordinadora del libro *Reflexiones sobre el empleo doméstico. De dónde venimos, dónde nos encontramos y hacia dónde vamos*. Mantiene un compromiso social manifiesto con la participación en distintos proyectos de investigación, unidos a cursos y seminarios (recibidos e impartidos) orientados a la formación docente universitaria. <https://orcid.org/0000-0001-9783-9272>

Incompatibilidad entre la pensión de jubilación anticipada voluntaria y el complemento a mínimos

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Supremo 45/2024, de 11 de enero**

Susana Rodríguez Escanciano

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de León (España)

srode@unileon.es | <https://orcid.org/0000-0001-5910-2982>

Extracto

No es posible acceder a la jubilación voluntaria anticipada cuando la cuantía concreta de la pensión a percibir sea inferior a la de la pensión mínima en cada caso aplicable por la situación familiar del interesado, entendiéndose que existe cónyuge a cargo si este último percibe subsidio de desempleo para mayores de 52/55 años.

Palabras clave: jubilación voluntaria anticipada; cónyuge a cargo; subsidio de desempleo; complemento a mínimos; situación familiar; edad de jubilación; coeficientes reductores.

Recibido: 20-04-2024 / Aceptado: 22-04-2024 / Publicado: 07-05-2024

Cómo citar: Rodríguez Escanciano, S. (2024). Incompatibilidad entre la pensión de jubilación anticipada voluntaria y el complemento a mínimos. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 45/2024, de 11 de enero. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 480, 163-171. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.21571>

Incompatibility between the voluntary early retirement pension and the minimum supplement

Commentary on Supreme Court Ruling 45/2024, of 11 January

Susana Rodríguez Escanciano

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de León (España)

srode@unileon.es | <https://orcid.org/0000-0001-5910-2982>

Abstract

It is not possible to access voluntary early retirement when the specific amount of the pension to be received is lower than the minimum pension in each case applicable due to the family situation of the interested party, understanding that there is a dependent wife if she receives unemployment benefits for persons over 52/55 years of age.

Keywords: voluntary early retirement; dependent wife; unemployment benefits; minimum supplement; family situation; retirement age; reducing coefficients.

Received: 20-04-2024 / Accepted: 22-04-2024 / Published: 07-05-2024

Citation: Rodríguez Escanciano, S. (2024). Incompatibility between the voluntary early retirement pension and the minimum supplement. Commentary on Supreme Court Ruling 45/2024, of 11 January. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 480, 163-171. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.21571>

1. Marco normativo de referencia

La pensión de jubilación (entendida como «el derecho a una prestación económica vitalicia vinculada al riesgo común de la vejez que sustituye las rentas de trabajo») es uno de los pilares básicos del sistema de protección social, no solo porque desde un punto de vista estrictamente cuantitativo el importe del gasto en pensiones destinado a la jubilación representa un porcentaje muy elevado del total, sino porque el número de personas beneficiarias es cada vez mayor. Su ordenación jurídica gira en torno al establecimiento de una edad que articula el tránsito de la situación de activo a la situación de pensionista.

La edad de jubilación a los 65 años se estableció en España en 1967. Por aquel entonces, gran parte de la población llegaba a ese umbral con mala salud, tras una vida de privaciones, trabajos físicos extenuantes y un acceso muy limitado a los servicios médicos. Hoy, la situación es muy distinta. El desarrollo del Estado de Bienestar, la reducción de los índices de siniestralidad laboral, el cuidado de la alimentación y los avances médicos y farmacéuticos han mejorado enormemente la salud de las personas a edades avanzadas, haciendo que la mayoría de la ciudadanía llegue a los 65 años en condiciones óptimas, quedando extendida la vida media en situación de jubilación de 12 a 24 años.

Bajo tales perspectivas, el legislador ha apostado por la progresiva prolongación de la actividad laboral de las personas trabajadoras, consecuencia del incremento de la edad ordinaria de jubilación; la considerable intensificación del tiempo de cotización para acceder a la pensión plena; la recompensa a las carreras profesionales largas; el incentivo a la permanencia o la reincorporación al mercado laboral, incluso tras la edad ordinaria de jubilación; cierta compatibilidad de la pensión con el trabajo, así como, por lo que aquí interesa, la desincentivación o penalización de las jubilaciones anticipadas.

Se establecen, así, unas tablas con coeficientes de reducción de la pensión «por cada mes o fracción de mes que, en el momento del hecho causante, le falte al trabajador para cumplir la edad de jubilación» en una escala creciente que va penalizando a medida que se adiciona cada mes, lo cual no pretende sino favorecer las carreras de cotización más largas. Además, teniendo en cuenta, de un lado, que el perfil mayoritario de personas que se han venido acogiendo a la jubilación voluntaria anticipada son hombres con pensión elevada que consideran asumible la penalización y, de otro, que la pensión media de estas personas es superior en aproximadamente el 20 % a la de las personas que se jubilan por edad ordinaria, se ha modificado el [artículo 208 de la Ley general de la Seguridad Social \(LGSS\)](#) en el sentido siguiente: a) se siguen exigiendo 35 años de cotización, pero se incluye no

solo el servicio militar, sino también el servicio social femenino obligatorio; b) se sigue permitiendo una anticipación como máximo de 2 años a la edad ordinaria (ahora, 67 o 65 años con 38 años y 6 meses cotizados), y c) la pensión a percibir debe ser superior al 100 % de la pensión mínima que correspondería a la persona interesada por su situación familiar al cumplimiento de los 65 años de edad.

Precisamente sobre el cumplimiento de esta última exigencia versa la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 45/2024, de 11 de enero, objeto del presente comentario, no en vano el propio [párrafo c\) del artículo 208.1](#) señala expresamente que su ausencia motivará la imposibilidad de acceder a la fórmula de la jubilación anticipada.

2. Síntesis del supuesto de hecho

La [sentencia analizada](#) resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) contra la Sentencia dictada el 28 de octubre de 2020 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, que, a su vez, resolvió el formulado contra la Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 5 de Santander, de 15 de junio de 2020. Los hechos enjuiciados pueden resumirse atendiendo a la siguiente secuencia:

- La persona interesada, en situación asimilada al alta en el régimen especial de trabajadores autónomos, solicitó en fecha 27 de junio de 2019 la prestación de jubilación anticipada voluntaria a los 63 años.
- La pensión resultante ascendería a 689,32 euros.
- La cuantía de la pensión mínima de jubilación con cónyuge a cargo para el año 2019 es de 835,80 euros y sin cónyuge a cargo, de 677,40 euros.
- El límite de ingresos conjuntos del pensionista y de su cónyuge que determina la existencia de dependencia económica es de 8.386 euros para el año 2019.
- La pretensión del trabajador fue rechazada por el INSS aportando la siguiente motivación: la pensión correspondiente de 689,32 euros no alcanza la exigencia a la que hace referencia el [artículo 208.1 c\) de la LGSS](#), esto es, «la cuantía de la pensión mínima que le correspondería a la persona interesada por su situación familiar al cumplimiento de los 65 años de edad», que para el ejercicio 2019 se cifra en 835,80 euros.
- Según el INSS, la situación familiar que le correspondería es la de tener cónyuge a cargo, puesto que su esposa está en situación de alta percibiendo el subsidio por desempleo para mayores de 52/55 años desde el 9 de marzo de 2018, habiendo indicado en el modelo de declaración de ingresos y/o acreditación a efectos de

complementos por mínimos, que acompañó a la solicitud, que los ingresos de su esposa en el año actual iban a ser de 5.164 euros. No quedó acreditado, por tanto, que tuviera ingresos superiores a 8.829 euros.

- Desestimada la reclamación administrativa previa, el trabajador interpone demanda ante el juzgado de lo Social, que estima su pretensión reconociendo el derecho al disfrute de la pensión de jubilación anticipada voluntaria al cumplirse el requisito del [artículo 208.1 c\) de la LGSS](#), pues, a juicio del tribunal de instancia, el demandante no tiene cónyuge a cargo. Su esposa percibe el subsidio de desempleo, que, sumado al importe de la pensión de jubilación anticipada que le correspondería, es superior al de los ingresos conjuntos que delimitan la situación de dependencia económica. Al no existir dicha dependencia no puede considerarse concurrente la situación jurídica de cónyuge a cargo. En suma, el juzgado de lo Social señala que, teniendo en cuenta que la pensión mínima para personas beneficiarias de jubilación sin cónyuge a cargo ascendía en 2019 a 677,40 euros al mes, dicha cuantía es superada por la pensión reconocida (689,32 €).
- Recurrido este pronunciamiento por el INSS, el tribunal de suplicación ratifica la sentencia de instancia.
- Por el INSS y la TGSS se formaliza recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 14 de noviembre de 2017 (rec. 5572/2017).
- Se admite la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste, pues se trata de hechos, pretensiones y fundamentos sustancialmente idénticos, frente a los que las sentencias en comparación han dado una divergente respuesta que debe ser unificada. Así, conocida ya la secuencia de la sentencia recurrida, procede tener en cuenta que la sentencia referencial resuelve igualmente el asunto de un trabajador que solicita el 1 de junio de 2016 pensión de jubilación anticipada a la edad de 63 años. Su esposa percibe el subsidio de desempleo para mayores de 52/55 años. El importe de la prestación de jubilación anticipada era de 665,60 euros mensuales. La cuantía de la pensión mínima de jubilación con cónyuge a cargo entonces vigente era de 784,90 euros y sin cónyuge a cargo, de 603,50 euros mensuales. El INSS deniega la prestación porque estima que tiene cónyuge a cargo y la pensión de jubilación anticipada resultante es, por lo tanto, inferior a la de jubilación mínima que le correspondería. La sentencia razona, sin embargo, que en el cálculo de los ingresos conjuntos de ambos cónyuges que definen la situación de dependencia económica no debe incluirse el importe de la hipotética pensión de jubilación anticipada que percibiría el demandante.

La conclusión se presenta obvia: en ambos casos se reclama el derecho a la jubilación anticipada voluntaria. El cónyuge del beneficiario percibe el subsidio de desempleo y lo que se discute es si la pensión de jubilación anticipada resultante sería inferior o superior a la pensión mínima de jubilación que le correspondería percibir al interesado en función de sus

circunstancias familiares, esto es, según se considere que haya de ser la prevista para la situación con cónyuge a cargo o sin cónyuge a cargo. La norma aplicable para determinar el concepto de «cónyuge a cargo» es el [artículo 43 de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de presupuestos generales del Estado para el año 2018](#) –prorrogada para 2019–, en el caso de la recurrida; y el artículo 7 del [Real Decreto 1170/2015, de 29 de diciembre](#), sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones públicas para el ejercicio 2016, en el supuesto de contraste. Bien es verdad que la normativa legal de aplicación es diferente en cada caso, pero lo cierto es que su redacción resulta absolutamente coincidente, por lo que no hay diferencias relevantes a efectos de contradicción. La sentencia recurrida niega que se produzca una situación de dependencia económica del cónyuge porque la esposa percibe subsidio de desempleo, cuyo importe se suma al de la pensión de jubilación anticipada a percibir por el trabajador, lo que le lleva a concluir que supera el límite legal que marca la dependencia económica y debe estarse, por lo tanto, al importe de la pensión mínima de jubilación sin cónyuge a cargo. Por el contrario, la sentencia referencial aplica una doctrina diferente: entiende que no debe computarse la hipotética pensión de jubilación anticipada a percibir por el demandante para calcular los ingresos conjuntos de ambos cónyuges, lo que determina la existencia de una situación de dependencia económica que conduce a tomar como referencia el importe de la pensión mínima de jubilación con cónyuge a cargo.

3. Claves de la doctrina judicial de la sentencia

La cuestión resuelta en la sentencia comentada del Tribunal Supremo (TS) es la de determinar si el actor tiene derecho a percibir la pensión de jubilación anticipada voluntaria a los 63 años, debido a que se considere que no tiene cónyuge a cargo, a los efectos de que el importe de la jubilación anticipada correspondiente resulte superior a la pensión mínima de jubilación que le correspondería por su situación familiar.

La divergencia de posiciones de las partes en conflicto radica en que el pensionista niega la existencia de cónyuge a cargo y defiende la aplicación de un inferior importe de la pensión mínima de jubilación a percibir, mientras el INSS defiende el superior importe de la pensión mínima por la existencia de cónyuge a cargo.

El TS entiende como cierto que el importe de la pensión mínima de jubilación es más elevado cuando el pensionista tiene cónyuge a cargo, por lo que la cuantía que debe superar la pensión de jubilación anticipada ha de ser en ese caso más alta. Bajo tal premisa, para aquilatar los términos de la existencia de cónyuge a cargo es necesario, a juicio del TS, acudir a los cálculos que dan derecho a percibir los complementos por mínimos, no en vano existe una expresa remisión a tal figura en el [artículo 43.3 de la Ley 6/2018, de 3 de julio](#), de presupuestos generales del Estado (prorrogada para 2019). En dicción literal que se repite en las sucesivas leyes anuales de presupuestos, este último precepto señala en su párrafo 3.º

que la existencia de dependencia económica exige la concurrencia de las dos específicas circunstancias: «a) que el cónyuge del pensionista no sea titular de una pensión a cargo de un régimen básico público de previsión social; b) que los rendimientos por cualquier naturaleza del pensionista y de su cónyuge resulten inferiores a 8.342,65 euros anuales».

A la luz de esta regulación, el TS procede a dar solución a tres interrogantes: 1) si las dos circunstancias enunciadas en los apartados a) y b) deben concurrir conjunta o separadamente; 2) cuál es el ámbito objetivo de aplicación de la letra a) al emplear el concepto «titular de una pensión a cargo de un régimen básico de previsión social» y, en función de ello, si debe incluirse en ese término el subsidio de desempleo, y 3) si el cómputo de los rendimientos conjuntos del pensionista y su cónyuge debe o no incluir el importe de la propia pensión de jubilación anticipada.

En lo que se refiere a la primera cuestión, la literalidad de la norma conduce a entender que basta la circunstancia de que el cónyuge del pensionista sea titular de una pensión para que no exista dependencia económica, puesto que eso supone que cuenta con sus propios ingresos económicos. Bien es verdad que el importe de dicha pensión puede ser tan reducido que cueste entender que permita dicha independencia económica, pero la garantía del complemento de mínimos vendría a mitigar esa escasez.

En segundo lugar, el subsidio de desempleo percibido por la esposa del demandante no tiene la naturaleza jurídica de pensión pública, sino de un auxilio económico asistencial, y no atribuye al beneficiario la condición de pensionista, de manera que no dispone de independencia económica.

En tercer lugar, entre los rendimientos «por cualquier naturaleza computables» (de trabajo, de capital, de actividades económicas o de ganancias patrimoniales) debe incluirse el subsidio de desempleo percibido por la esposa (5.234 € anuales). Ahora bien, a tenor del [artículo 59 de la LGSS](#), debe excluirse la pensión de jubilación anticipada que se vaya a reconocer al solicitante, pues la redacción de este precepto indica que:

Los complementos por mínimos serán incompatibles con la percepción por el pensionista de los rendimientos indicados en el párrafo anterior cuando la suma de todas las percepciones mencionadas, excluida la pensión que se vaya a complementar, exceda el límite fijado en la correspondiente Ley de presupuestos generales del Estado para cada ejercicio.

Por tanto, teniendo en cuenta que la única cantidad a tener en cuenta asciende a 5.234 euros, la suma total de rendimientos es inferior a 8.342,64 euros, lo que determina la existencia de una situación de dependencia económica del cónyuge.

En consecuencia, la pensión mínima de jubilación a percibir por el demandante por sus circunstancias familiares sería de 835,80 euros, prevista para el supuesto de cónyuge a

cargo, que es superior a la pensión de jubilación anticipada resultante de 689,32 euros causada por el demandante, lo que impide el acceso a la prestación de jubilación anticipada voluntaria por no concurrir el requisito que exige el [artículo 208.1 c\) de la LGSS](#).

4. Trascendencia de la sentencia y valoración

El TS sigue en el presente caso la doctrina vertida por la sentencia de contraste, negando la posibilidad de anticipar voluntariamente el devengo de la jubilación si ello conlleva el pago del complemento por mínimos, toda vez que la pensión se genera por la libre decisión del propio trabajador que quiere adelantar el momento de su percepción antes de alcanzar la edad ordinaria. Con esta interpretación se trata de

evitar el sobrecoste que supondría el reconocimiento de una pensión de jubilación anticipada, que haya de ser incrementada con el pago del complemento por mínimos, lo que a su vez supondría el sinsentido de neutralizar por esta vía los coeficientes de reducción aplicables a la pensión de jubilación anticipada.

Aun cuando el razonamiento del TS es impecable, atendiendo a la literalidad de las normas aplicables, es menester introducir tres consideraciones *de lege ferenda*:

En primer lugar, la obligación general que los poderes públicos tienen de mantener un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad ([art. 41 Constitución española –CE–](#)), se concreta respecto de las personas de edad madura con la garantía de la suficiencia económica mediante pensiones de jubilación adecuadas y periódicamente actualizadas ([art. 50 CE](#)). Quienes perciban pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social, pero no obtengan rendimientos del trabajo, del capital o de actividades económicas y ganancias patrimoniales (concepto remitido a la legislación del impuesto sobre la renta de las personas físicas) o que los perciban en cuantías bajas (fijadas por la ley de presupuestos) tienen derecho a cobrar un «complemento».

En segundo término, cierto es que las jubilaciones anticipadas son más costosas, tanto por la pérdida de oportunidad que indudablemente representan para la propia persona beneficiaria, que ve disminuidos en mayor o menor medida sus ingresos (aunque tenga la contrapartida del cese en la actividad, lo que para muchas personas es en sí misma una recompensa), cuanto, y sobre todo, para el sistema de la Seguridad Social, pues estas personas trabajadoras dejan de aportar cotizaciones para pasar a ser sujetos acreedores. No menos verdad resulta, sin embargo, que el reseñado mayor coste de las jubilaciones anticipadas es relativo a largo plazo, ya que su cuantía inicial es inferior a la que correspondería si la persona beneficiaria hubiera esperado al momento de la jubilación ordinaria, pues va asociada a la aplicación de los habituales coeficientes reductores. Es más, esa inferioridad

se mantiene con el paso del tiempo en la medida en que las revalorizaciones se producen sobre los montantes ya rebajados. De esta forma y mientras más se prolongue en el tiempo la percepción de la pensión de jubilación, las diferencias a la baja con la pensión ordinaria se van intensificando. Por tanto, el mayor gravamen para el presupuesto de la Seguridad Social de las jubilaciones anticipadas se produce durante las primeras fases de la percepción de la pensión, pero se va atenuando e incluso eliminando a medida que los periodos de disfrute se van alargando en el tiempo.

En tercer lugar, el subsidio de desempleo para mayores de 52/55 años no es sino una fórmula de conexión entre el trabajo activo y la pensión de jubilación, no en vano se trata de un subsidio pensado para dar cobertura a la situación de necesidad de quienes, agotada la prestación por paro, buscan empleo sin obtenerlo y siguen precisando la tutela del sistema mientras no puedan completar el ciclo de su vida activa por no tener cumplida la edad de acceso a la pensión de jubilación (pese a su edad avanzada), manteniéndose la obligación de cotizar por la contingencia de jubilación a cargo de la entidad gestora. Teniendo en cuenta, de un lado, que el criterio para valorar esa situación de necesidad no es sino la aportación individual de rentas en cuantía inferior al 75 % del salario mínimo interprofesional con independencia de la situación familiar y, de otro, que la percepción del auxilio se extenderá hasta la jubilación efectiva, no habría grandes obstáculos para asimilar este subsidio a una pensión de prejubilación. Una futura reforma sobre la asimilación de la naturaleza jurídica del subsidio de desempleo para mayores de 55 años a la jubilación llevaría a entender que no existe cónyuge a cargo por estar percibiendo una pensión.

Síndrome de *burnout* de moderador de contenidos en línea como accidente de trabajo

Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 28 de Barcelona 13/2024, de 12 de enero

María Teresa Igartua Miró

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Sevilla (España)

igartua@us.es | <https://orcid.org/0000-0002-4614-6270>

Extracto

El pronunciamiento confirma la naturaleza profesional (accidente de trabajo) de la dolencia sufrida por el trabajador. El aspecto central a dilucidar gira sobre la causalidad exclusiva con el trabajo que la sentencia sitúa en la existencia de riesgos psicosociales generados por la propia naturaleza de la actividad y el contenido gráfico del trabajo, pero también por el ritmo de trabajo, las exigencias cuantitativas (carga de trabajo) y las cualitativas, tales como esconder emociones y conflicto de rol. A la vista de estos hechos, no duda el juzgador en apreciar que el estresor laboral «es el desencadenante único, exclusivo e indubitado» de la enfermedad.

Palabras clave: riesgos psicosociales; accidente de trabajo; causalidad exclusiva; *burnout*; ansiedad; estresor laboral; ritmo de trabajo.

Recibido: 20-03-2024 / Aceptado: 21-03-2024 / Publicado (en avance *online*): 15-04-2024

Cómo citar: Igartua Miró, M. T. (2024). Síndrome de *burnout* de moderador de contenidos en línea como accidente de trabajo. Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 28 de Barcelona 13/2024, de 12 de enero. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 480, 172-180. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.21519>

Burnout syndrome of an online content moderator as an accident at work

Commentary on the Ruling of the 28th Labour Court of Barcelona 13/2024, of 12 January

María Teresa Igartua Miró

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Sevilla (España)

igartua@us.es | <https://orcid.org/0000-0002-4614-6270>

Abstract

The ruling confirms the occupational nature (accident at work) of the ailment suffered by the worker. The central aspect to be elucidated revolves around the exclusive causality with the work, which the judgement places in the existence of psychosocial risks generated by the very nature of the activity and the graphic content of the work, but also by the pace of work, the quantitative demands (workload) and the qualitative ones, such as hiding emotions and role conflict. In view of these facts, the judge had no hesitation in finding that the work stressor "is the sole, exclusive and unquestionable trigger" of the illness.

Keywords: psychosocial risks; accident at work; exclusive causality; burnout; anxiety; work-related stress; work rhythm.

Received: 20-03-2024 / Accepted: 21-03-2024 / Published (online preview): 15-04-2024

Citation: Igartua Miró, M. T. (2024). Burnout syndrome of an online content moderator as an accident at work. Commentary on the Ruling of the 28th Labour Court of Barcelona 13/2024, of 12 January. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 480, 172-180. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.21519>

1. Marco jurídico

El pronunciamiento se centra en el análisis del [artículo 156.2 a\) de la Ley general de la Seguridad Social \(LGSS\)](#), que determina la naturaleza profesional de las enfermedades no incluidas en el artículo siguiente (enfermedad profesional) que contraiga la persona trabajadora con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo. Redacción que no se ha modificado en más de medio siglo, mostrando un claro desajuste con la realidad y un alto grado de desprotección para las personas trabajadoras, siendo aconsejable su revisión, además de la propia «actualización» del concepto de enfermedad profesional.

No se alega ningún precepto de la [Ley de prevención de riesgos laborales \(LPRL\)](#), pues no se dilucidan las responsabilidades empresariales, pero la evaluación de riesgos ([art. 16](#)) juega un papel evidente en el informe de la Inspección de Trabajo que sostiene la indubitada naturaleza laboral de los riesgos causantes del padecimiento del trabajador (riesgos psicosociales). Riesgos que, como se sabe, no figuran explícitamente en nuestra legislación preventiva, perfilándose su definición y calificación jurídicas en sede judicial.

En este terreno es fundamental la Sentencia del Tribunal Supremo ([STS](#)) de [16 de febrero de 2016 \(rec. 250/2014\)](#) sobre la obligación de evaluar los riesgos psicosociales. En relación con el *burnout* (síndrome de agotamiento profesional), seguramente su aparición en un pronunciamiento judicial por primera vez puede situarse en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia ([STSJ](#)) del País Vasco de [2 de noviembre 1999 \(rec. 1320/1999\)](#), que lo consideró accidente de trabajo en el caso de un policía. Pueden verse también, por todas, las [SSTSJ](#) de Andalucía/Granada de [10 de enero de 2007 \(rec. 2198/2006\)](#) y [13 de febrero de 2020 \(rec. 1130/2019\)](#). En esta última se define como «una enfermedad propia del estilo de vida de este siglo consistente en un estado de agotamiento físico, emocional y mental causado por involucrarse en situaciones emocionalmente demandantes durante un tiempo prolongado» (extraído de [Pines and Aronson, 1989](#)). A modo de ejemplo, es interesante además la [STSJ de Castilla y León/Burgos de 26 de mayo de 2021 \(rec. 216/2021\)](#), que reconoce el carácter laboral de la contingencia padecida por la trabajadora con un proceso incapacitante debido a la ansiedad.

2. Breve referencia supuesto de hecho

El trabajador, nacido en 1997, comenzó a prestar sus servicios para una empresa (CCC Barcelona Digital Services, SL) que forma parte del grupo TELUS International, cuya actividad principal es la moderación de contenidos en línea, a través de un *call center*, en el año 2018. En el año 2019 (en fecha 10 de mayo) comienza una situación de baja laboral por los

trastornos psíquicos padecidos que se prolonga hasta el 10 de febrero de 2021. Consta como hecho probado que la actividad laboral consistía en el visionado de vídeos violentos para «filtrar» lo que se publica en redes sociales. Fue asignado a la sección de alta prioridad (*high pri*), que exigía ver repetidamente contenido relacionado con terrorismo, suicidios, autolesiones, decapitaciones de civiles asesinados por grupos terroristas o torturas, actividad con alta presión de tiempo y que exige la toma de decisiones inmediatas para validar o descartar el material.

La baja viene motivada por la patología padecida con síntomas como ataques de pánico, conductas de evitación, aislamiento en el domicilio y rumiaciones hipocondríformes, sensación de disfagia, despertares nocturnos e importante tanatofobia, según informes del centro de salud mental de la sanidad pública en el que ha sido atendido.

Se confirma en los hechos probados la presencia de riesgos psicosociales constatados por la propia empresa en la evaluación de riesgos psicosociales (febrero de 2019 y septiembre de 2020), quedando demostrado que se le impartió formación en enero de 2019 y que no se le ofreció vigilancia de la salud.

La Inspección de Trabajo emitió un informe el 10 de mayo de 2022, teniendo en cuenta uno de asesoramiento de técnica de prevención de riesgos laborales recibido el 5 de abril del mismo año. Propuso una sanción por falta grave del artículo 12.1 b) de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social:

No llevar a cabo las evaluaciones de riesgos y, en su caso, sus actualizaciones y revisiones, así como los controles periódicos de las condiciones de trabajo y de la actividad de los trabajadores que procedan, o no realizar aquellas actividades de prevención que hicieran necesarias los resultados de las evaluaciones, con el alcance y contenido establecidos en la normativa sobre prevención de riesgos laborales.

Y un recargo de prestaciones para el caso de que la contingencia se considere profesional, postura que defiende dado su origen en un puesto con riesgo laboral, acreditado en la evaluación.

El trabajador cesó en la empresa el 4 de noviembre de 2020; interpuso solicitud de determinación de contingencia ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) el 5 de agosto de 2020, fecha en que se inició un expediente administrativo. La Subdirecció General d'Avaluacions Mèdiques emitió un dictamen y la Comisión de Evaluación de Incapacidades propuso el 2 de junio de 2022 que la contingencia deriva de accidente de trabajo porque queda acreditada la naturaleza laboral del proceso, calificación que se plasma en Resolución del INSS de 7 de junio de 2022, notificada a la empresa el 13 de junio del mismo mes. Su impugnación da lugar al proceso de Seguridad Social seguido ante el juzgado de Barcelona, cuyo fallo se comenta.

3. Aspectos clave determinantes del fallo

Se desestiman las alegaciones de la empresa sobre falta de comunicación de inicio, falta de motivación y caducidad del expediente. La primera al entender que las actuaciones desarrolladas por la empresa demuestran su conocimiento de las imputaciones con base en la comunicación de la resolución de la declaración de contingencia, que descartan una posible indefensión; la motivación se considera satisfecha, de conformidad con el [artículo 88.6 de la Ley del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas](#), por la aceptación de informes o dictámenes que la suplen si se incorporan en su texto. Respecto a la caducidad, aunque es desestimada, conviene llamar la atención sobre la dilatación del expediente que se inicia con la solicitud del trabajador el 5 de agosto de 2020 y concluye el 7 de junio de 2022, un tiempo excesivo que acarrea graves perjuicios para la tutela del trabajador e, incluso, el riesgo de desincentivar a otras personas afectadas de iniciar procedimientos de este tipo. Prolongación que se entiende justificada por la necesidad de esperar el informe de la Inspección de Trabajo, que según el juzgado impide aplicar los plazos y motiva la tardanza, que a todas luces provoca un desmesurado alargamiento del proceso.

Entrando en el fondo del asunto, la discrepancia reside en la consideración como profesional (accidente de trabajo) de la enfermedad mental diagnosticada al trabajador, confirmada por la sentencia. No le hace falta mucha argumentación al juzgador que se muestra sensible a una exégesis de la LGSS conforme al contexto y el caso concreto donde ha de aplicarse, afirmando sin ambages la causalidad exclusiva en el trabajo, que no cabe desterrar por circunstancias concomitantes de escasa trascendencia.

Como se sabe, esta no puede encauzarse por la vía de la enfermedad profesional, dado que nuestro sistema es de lista cerrada, con algún elemento de flexibilización, y el [Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre](#), no da cobertura a ninguna enfermedad derivada de riesgo psicosocial, obligando a recurrir, como se ha señalado, al [artículo 156.2 e\) de la LGSS](#) (por error en la sentencia, LRJS).

El principal escollo para la aplicación de dicho precepto estriba en el requisito de la causalidad exclusiva con la ejecución del trabajo, correspondiendo la prueba a la parte trabajadora. Por tanto, la regulación da la espalda a evidencias médicas sobre la multicausalidad de la mayor parte de las patologías de carácter psíquico, dificultando notablemente el reconocimiento de la naturaleza profesional de la contingencia.

Examinada la clínica del paciente según los informes del centro de salud mental pertinente, con los síntomas ya descritos, se detiene la sentencia en el tipo de actividad desarrollada, consistente en el visionado que debía realizar varias veces para asegurarse de aplicar la política adecuada a ese contenido gráfico, de forma completa, de contenido altamente sensible relacionado con terrorismo y suicidios: automutilaciones, decapitaciones de civiles

asesinados por grupos terroristas, tortura infligida a personas..., concluyendo que tiene aptitud para desencadenar un trastorno psíquico con manifestaciones como las descritas.

Las posiciones de las partes están claramente enfrentadas. El informe de la empresa descarta la causalidad exclusiva, basándose en los criterios de adecuación lesiva, a su juicio no concurrente por haber transcurrido 9 meses entre el inicio de la relación laboral (septiembre de 2018) y la baja (mayo de 2019) y la exclusión de preexistencia anterior, que no se cumpliría al haber requerido el trabajador asistencia psicológica cuando tenía 16 años y en febrero de 2019. Fundándolo, además, en un criterio epidemiológico o estadístico consistente en que en el año 2019 se producen 22 accidentes de trabajo en la empresa cuyas causas son golpes con caída o contra objetos y sobreesfuerzos, mas ninguno de ellos vinculado a daños psicosociales.

El informe del perito del trabajador afectado concluye exactamente lo contrario, sosteniendo que carece de antecedentes de patología psiquiátrica al estrés laboral, generado por el elevado impacto emocional de su actividad. Me parece sumamente positivo que la visita previa a un profesional de la salud (psicólogo) se descarte como factor excluyente de la causalidad única. Los datos son confirmados por el psiquiatra de la red pública asistencial, que señala que el trabajador sufre crisis de angustia, *flashbacks*, pesadillas vívidas, hiperalerta, evitación de espacios abiertos, importante tanatofobia, graves preocupaciones hipocondríformes y constantes temores egodistónicos, siendo su estado psicopatológico actual altamente limitante, incluso para actividades cotidianas. Además, se afirma con contundencia que el estrés laboral «es el desencadenante único, exclusivo e indubitado» de la enfermedad que sufre la persona trabajadora, que cumple los criterios del DSM-5 para el diagnóstico del trastorno de estrés postraumático, generado por su trabajo sin que consten, ni se hayan identificado, otros factores causales que hubieran podido determinar la citada baja médica. Es más, viene a catalogar la patología descrita como síndrome de *burnout*, estrés o agotamiento por el trabajo, valorando que está actualmente incapacitado de forma permanente. Respecto a esta última apreciación, el juzgador aclara expresamente que la determinación de si la situación del trabajador es propia de incapacidad permanente no corresponde a este procedimiento judicial, de declaración de contingencia de un periodo concreto, acogiendo en todo lo demás las conclusiones de la parte trabajadora, de ahí su reproducción, calificándolo como accidente de trabajo.

El fallo se fundamenta en un dato esencial, esto es, la existencia de riesgo psicosocial que deriva de modo indubitado de las evaluaciones de riesgos del puesto de trabajo de moderador de contenidos elaboradas por la empresa, del propio contenido de la web del grupo y de la literatura científica (documento «[Occupational safety and health risks of online content review work provided through digital labour platforms](#)»). Se consideran factores confluente en la generación del riesgo, junto a la propia naturaleza de la actividad y el contenido gráfico del trabajo, el ritmo de trabajo, las exigencias cuantitativas (carga de trabajo) y exigencias cualitativas, tales como esconder emociones y conflicto de rol.

4. Valoración crítica con alguna propuesta

El tema de los riesgos psicosociales ligados al uso (y abuso) de las redes sociales y a determinadas profesiones emergentes en este contexto no es nuevo en la prensa ni en la literatura científica, sobre todo en países como Estados Unidos, donde ya llevan años mostrando su preocupación (puede verse [Newton, 2020](#)) y denunciando las condiciones en las que trabajan las personas dedicadas a la moderación de contenidos, en especial las que prestan servicios en empresas que subcontratan sus servicios con los grandes gigantes en redes, debido a enormes diferencias salariales y en las condiciones de trabajo. En el plano de las reclamaciones económicas, estas empiezan a llegar y sus cifras son millonarias ([a modo de ejemplo](#), YouTube ha llegado a un acuerdo por 4,3 millones de dólares para zanjar una demanda similar a la que afrontó Facebook, condenada a abonar 52 millones a 11.250 personas que desarrollaron síndrome de estrés postraumático o trastornos similares derivados de esta tarea). Pero también ha habido [demandas en otros países como Kenia](#). No han faltado tampoco denuncias en relación con el acoso al que son sometidos por las personas usuarias, poniendo en cuestión la formación que debería exigirse para su desarrollo. Se trata de trabajos muy atractivos –a primera vista– para las personas jóvenes, con un elevado grado de desconocimiento sobre su desempeño cotidiano en las empresas, con tareas monótonas y con riesgos conectados al visionado de lo que «excede» de los estándares normalizados, bastante flexibles con respecto a la violencia, la pornografía y las atrocidades.

Aunque el tema no era desconocido, pues había aparecido en la prensa en nuestro país (por todos, el [artículo publicado en La Vanguardia en octubre de 2023](#), que sitúa el detonante de la sintomatología del trabajador en el visionado de un hombre alcoholizado que asesina ante la cámara a su bebé de pocos meses), el pronunciamiento genera bastantes expectativas fundamentalmente por dos razones. Por un lado, salvo error u omisión, es el primero que se ocupa de la baja médica de un moderador de contenido, abriendo la espita de lo que se nos viene ante las nuevas profesiones emergentes en el ámbito tecnológico, que probablemente coparán los repertorios de jurisprudencia, pues según la prensa un porcentaje elevado del personal (cifrado en el 20 %) está de baja e iniciará procesos para el reconocimiento del carácter laboral de su enfermedad. Por otro, por su decidida defensa de que la situación de baja descrita deriva exclusiva e indubitadamente del trabajo desempeñado, considerando el estrés postraumático como accidente de trabajo. Postura que debe valorarse positivamente y que demuestra la sensibilidad de la judicatura de lo Social ante nuevas realidades que deben afrontarse con previsiones que no las contemplan.

Ello conduce a dirigir la crítica no al fallo judicial que responde al problema planteado de la única forma admisible a la vista de las circunstancias del caso enjuiciado, sino hacia la regulación legal que obliga a incardinar este tipo de daños en la regulación de las enfermedades del trabajo, pensada para otro tipo de dolencias y poco ajustada al contexto tecnológico actual con nuevas situaciones de riesgo que pivotan sobre la salud mental. El desfase del actual cuadro de enfermedades profesionales y su «olvido» respecto a este tipo de patologías han sido denunciados desde su origen y exigirían, casi 20 años después de

su aprobación, una revisión contemplando algunas de las nuevas enfermedades, en especial aquellas donde en su diagnóstico y anamnesis aparecen claramente vinculadas a determinadas prestaciones laborales y a concretos sectores productivos.

Los riesgos que están en el origen de la enfermedad sufrida por el trabajador podrían parecer extraídos de la ciencia ficción o de los propios vídeos y contenidos que el trabajador estaba obligado a visualizar, pero son muy reales y están ya presentes en los nuevos contextos digitalizados, aunque ignorados a nivel legislativo.

Tanto a nivel europeo ([Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2022, sobre la salud mental en el mundo laboral digital](#)) como en nuestro país (Informe [Precariedad laboral y salud mental. Conocimientos y políticas –2023–](#)), la salud mental en el mundo del trabajo –digital– ocupa el centro del debate. Las conclusiones de estos documentos no arrojan dudas sobre las nuevas situaciones y exigencias psíquicas del trabajo que, unidas a las dificultades de conciliación con la vida privada y familiar, exigirían actuaciones legislativas en sede preventiva (evaluación de riesgos y medidas específicas adecuadas al tipo de riesgo) y de revisión del cuadro de enfermedades profesionales. Por su parte, debería reconsiderarse la propia definición legal de enfermedad derivada del trabajo, con una redacción que, superando la causalidad exclusiva, sitúe el elemento determinante en la prevalencia de los agentes laborales en el origen de la dolencia psíquica (o psicofísica) padecida por la persona trabajadora. No debería demorarse más tiempo afrontar con la debida seriedad la gravedad de las alteraciones de la salud mental, con frecuencia incapacitantes e, inclusive, causa de suicidios.

La [resolución del Parlamento](#) citada pide a la Comisión que revise la recomendación relativa a las enfermedades profesionales y que la convierta en una directiva, creando una lista mínima de enfermedades profesionales que incluya los trastornos músculo esqueléticos y de la salud mental relacionados con el trabajo y, en particular, la depresión, el agotamiento profesional, la ansiedad y el estrés. No obstante, nada de lo anterior se ha contemplado en la [Recomendación \(UE\) 2022/2337 de la Comisión de 28 de noviembre de 2022](#), ni siquiera en su anexo II, limitándose a recordar a los Estados miembros que promuevan la investigación sobre los trastornos de carácter psicosocial relacionados con el trabajo (art. 1.7) en términos idénticos a la [recomendación derogada](#).

Destaca que la [sentencia](#) pone el acento no solo en los riesgos derivados del propio contenido visionado (violencia, crimen, abuso y contenido ilegal) como fuente de estrés, sino también en la presión de tiempo y en el seguimiento, aspectos sobre cuya incidencia en la salud y seguridad advierte también la Unión Europea. Así, figura en la sentencia que el seguimiento más habitual de la actividad se basa en una serie de parámetros como el número de tiques aceptados o rechazados, número de tiques completados o fallidos, velocidad, precisión, disponibilidad (tiempo, duración), asignando una puntuación a cada persona trabajadora y, en muchas empresas, con un *ranking*. Según el informe de la OSHA (Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo), todo esto y que estén expuestas a contenido abusivo o ilegal hace que se vuelvan menos precisas.

Probablemente, asistiremos a próximos pronunciamientos sobre las cuestiones al margen de la decisión, como la declaración de incapacidad permanente o las posibles responsabilidades de la empresa, existentes para la Inspección de Trabajo, que aprecia una infracción grave por incumplimiento de las obligaciones impuestas por la LPRL que justificaría también un posible recargo.

En conclusión, las nuevas realidades demandan una apuesta decidida por una prevención de riesgos dedicada a la salud integral de las personas, incluido el bienestar, superando el plano de las declaraciones de principios, alejadas de la garantía de la integridad física y moral de las personas trabajadoras. Como relata la [sentencia](#) en sus hechos probados, la web del grupo indica que los trabajadores son «héroes» no reconocidos de internet por su labor de limpiar las comunidades de contenido inadecuado y, como consecuencia de ese trabajo, se necesita priorizar su bienestar a través de dar apoyo a la salud mental, poner a disposición la tecnología e implementar la moderación de contenido con inteligencia artificial (IA), aunque todavía esta no podría sustituir a la humana para estos cometidos. Es más, en un libro blanco del grupo se indica que los moderadores necesitan apoyo y que se ha de inculcar una cultura del cuidado que priorice su bienestar. Sin duda, el salto entre la realidad virtual y las actuaciones concretas necesita un impulso legislativo, avanzando tanto en el terreno de las oportunidades brindadas por las tecnologías y la IA (a modo de ejemplo, asumiendo tareas tóxicas, nocivas o peligrosas) como evitando los riesgos a fin de garantizar el derecho fundamental a un entorno de trabajo saludable, potenciando la formación y sensibilización sobre el uso correcto y adecuado de las tecnologías y las redes sociales, buscando, entre otras cosas, minorar el grado de violencia que generan.

Según la [resolución del Parlamento](#) comentada, es precisa una definición nueva y más amplia de salud y seguridad en el trabajo en la que ya no puede prescindirse de la salud mental. En definitiva, además de la actualización de la LGSS y el cuadro de enfermedades, debería adaptarse la LPRL a los nuevos contextos laborales flexibles y altamente digitalizados, poniendo en el centro la evaluación de riesgos –como hace el [pronunciamiento judicial](#)–, pero entendida como un elemento dinámico, capaz de individualizar y medir la magnitud de los riesgos para darles las respuestas más adecuadas. Evaluación que no constituye un fin en sí mismo, siendo un instrumento para adoptar las medidas preventivas necesarias, insuficientes en la empresa, a tenor del informe de inspección fundamento del fallo.

Despido disciplinario por tocar la guitarra en un concierto de rock estando el trabajador de baja por incapacidad temporal: transgresión de la buena fe y discriminación por razón de enfermedad

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 295/2024, de 6 de febrero**

J. Eduardo López Ahumada

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Alcalá (España)

eduardo.lopez@uah.es | <https://orcid.org/0000-0001-7380-5932>

Extracto

El presente comentario analiza la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que revocó parcialmente la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 3 de San Sebastián. En esta sentencia se declaró la procedencia del despido aplicado por la empresa respecto del comportamiento de un trabajador que tocó la guitarra en un concierto de rock encontrándose en situación de baja por incapacidad temporal. Se analiza el juicio de improcedencia sentenciado por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, desde el punto de vista de la transgresión de la buena fe contractual, y se revisan igualmente los criterios que permiten en suplicación descartar la nulidad reclamada por el trabajador por discriminación por razón de enfermedad.

Palabras clave: despido disciplinario; incumplimiento grave y culpable; transgresión del deber de buena fe; derechos fundamentales; discriminación; enfermedad laboral; incapacidad temporal.

Recibido: 03-04-2024 / Aceptado: 04-04-2024 / Publicado: 07-05-2024

Cómo citar: López Ahumada, J. E. (2024). Despido disciplinario por tocar la guitarra en un concierto de rock estando el trabajador de baja por incapacidad temporal: transgresión de la buena fe y discriminación por razón de enfermedad. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 295/2024, de 6 de febrero. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 480, 181-190. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.21535>

Disciplinary dismissal for playing the guitar at a rock concert while the employee was on disability: violation of fidelity and discrimination due to illness

Commentary on the Ruling of the Superior Court of Justice of the Basque Country 295/2024 of February 6

J. Eduardo López Ahumada

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Alcalá (España)

eduardo.lopez@uah.es | <https://orcid.org/0000-0001-7380-5932>

Abstract

This paper analyzes the ruling of the Superior Court of Justice of the Basque Country, which partially annulled the ruling of the Social Court no. 3 of San Sebastian. In this ruling, the admissibility of the dismissal applied by the company was declared, regarding the behavior of a worker who played the guitar at a rock concert, being in a situation of temporary disability. The judgment of inadmissibility sentenced by the Superior Court of Justice of the Basque Country is analyzed, from the perspective of the violation of fidelity, and the criteria that allow in supplication to rule out the nullity due to discrimination reasons are also reviewed.

Keywords: disciplinary dismissal; culpable and serious breach; transgression of fidelity; fundamental rights; discrimination; occupational illness; temporary disability.

Received: 03-04-2024 / Accepted: 04-04-2024 / Published: 07-05-2024

Citation: López Ahumada, J. E. (2024). Disciplinary dismissal for playing the guitar at a rock concert while the employee was on disability: violation of fidelity and discrimination due to illness. Commentary on the Ruling of the Superior Court of Justice of the Basque Country 295/2024 of February 6. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 480, 181-190. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.21535>

1. Marco jurídico

En la causa de referencia se aplica la normativa relativa al despido disciplinario, en concreto, por transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza, ante un presunto incumplimiento grave y culpable regulado en el [artículo 54.1 y 54.2 d\) del Estatuto de los Trabajadores](#) (ET). Dicho incumplimiento en el caso concreto se refería a un supuesto en el que el trabajador se encontraba en situación de baja durante 11 meses que le impedía trabajar. Durante esta situación el trabajador realizó una actuación en un concierto de rock tocando el bajo. Ante estos hechos la empresa procedió al despido, aplicando el [artículo 54.2 d\) del ET](#), en consonancia con el artículo 44 d) del [Convenio Colectivo para la Industria Siderometalúrgica de Guipúzcoa](#). El convenio colectivo también contempla como faltas muy graves la simulación de enfermedad y accidente durante la situación de baja laboral, realizando el trabajador actividades por cuenta propia o ajena, o generando situaciones que prolonguen la baja por accidente o enfermedad.

Desde el punto de vista del marco normativo aplicable, el caso se enriquece con la atracción a la causa por parte del trabajador de un pretendido juicio de discriminación, así como por una posible vulneración por parte de la empresa de su derecho a la salud e integridad física, circunstancias que permiten analizar la posible nulidad del despido disciplinario (arts. [55.5 ET](#), [108.2 Ley reguladora de la jurisdicción social](#) –LRJS– y [2 Ley 15/2022, de 12 de julio](#), integral para la igualdad de trato y la no discriminación). Este aspecto obliga a analizar también el despido desde la perspectiva de una posible vulneración de los derechos fundamentales, con las consecuencias que plantea desde el punto de vista de la compensación del daño producido (arts. [193 c\)](#) y [183 LRJS](#)). Por ello, estará presente tanto el juicio de nulidad, desde la perspectiva del trabajador y sobre el cual tendremos que pronunciarnos, así como, alternativamente, la improcedencia del despido. La improcedencia de la sanción impuesta por la empresa tendría encaje si se considera que la lesión de hombro, que inhabilita temporalmente al empleado para el trabajo, no supone un riesgo que prolongue el proceso de curación, ni tampoco que el mero hecho de tocar el bajo en un concierto de rock permita deducir fraude o existencia de capacidad para trabajar en su profesión habitual (arts. [52.2 d\) ET](#) y [193 c\) LRJS](#)).

2. Síntesis del supuesto de hecho

La [sentencia objeto de comentario](#) se refiere a un recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 3 de San Sebastián, de 29 de septiembre de 2023, relativa a un proceso de despido. El supuesto de hecho se proyecta respecto de un trabajador que se encontraba en situación de incapacidad temporal (IT), al que le fue

diagnosticada una tendinopatía del manguito rotador en hombro derecho con rotura parcial del supraespinoso. Dichas dolencias provocaban al trabajador la limitación de los movimientos que se realizasen por encima del plano cefálico. El trabajador actuó en un festival de rock, donde tocó la guitarra en un grupo de música en sesión nocturna. Según figura en los hechos probados, la participación del actor en dicho concierto se estimaba contraproducente a efectos de una adecuada evolución de la tendinitis que padecía en el hombro derecho, lo cual afectaría al proceso de curación. La responsable de recursos humanos de la empresa tuvo conocimiento de la actuación del trabajador en virtud de la recepción de un video a través de WhatsApp en el que figuraban imágenes del concierto grabado por otro trabajador de la empresa. A la vista de estos hechos, la responsable del departamento de recursos humanos de la empresa puso en conocimiento la decisión de despedir al trabajador al delegado sindical de la sección sindical de UGT, así como al presidente del comité de empresa.

Posteriormente, la empresa adoptó formalmente la decisión de despido, entregando al actor la correspondiente comunicación, en la que figuraba la siguiente declaración:

Por medio de la presente le comunicamos que, la dirección de esta compañía ha tomado la decisión de proceder a la extinción de su contrato de trabajo por despido disciplinario, como consecuencia de la comisión por usted de los siguientes hechos constitutivos de falta laboral grave:

[...] la dirección de esta compañía [...] tuvo conocimiento vía WhatsApp de que [...] usted tocó en el festival [de referencia] [...]

Como bien sabe, en las imágenes que posee la empresa y que usted mismo ha visionado (no obstante, están a su disposición en las oficinas de la compañía), se ve como usted actúa como integrante de uno de los grupos del festival, tocando el bajo, mientras se encontraba de baja por incapacidad temporal por una dolencia de hombro [...].

Según las dolencias que padece no debería poder realizar esta actividad, ya que en principio se encuentra con rango de movimiento limitado debido a su dolencia en el hombro y no puede coger peso.

A dichos efectos, la empresa procedió a despedir disciplinariamente al trabajador por transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza (art. 54.2 d) ET). De igual modo, dicha transgresión se encontraba tipificada en el [convenio colectivo aplicable en la empresa](#), en virtud de su artículo 44, que en el apartado de faltas muy graves contempla la «simulación de enfermedad o accidente», encontrándose en esta causa de infracción cuando el trabajador permanezca en situación de baja laboral y realice trabajos por cuenta propia o ajena. Igualmente, se incluía como falta muy grave cualquier tipo de actuación realizada que prolongase la baja por accidente o enfermedad. En la sentencia de instancia se declaró la procedencia del despido disciplinario, absolviendo a la empresa de responsabilidad jurídico-laboral.

3. Cuestiones clave de la posición judicial determinantes del fallo

Efectivamente, desde la perspectiva de la empresa, se entendía que los hechos de referencia constituían falta laboral muy grave y culpable y que, por tanto, se incurría en la causa de despido disciplinario del [artículo 54.2 d\) del ET](#), así como del artículo 44 d) del [Convenio Colectivo para la Industria Siderometalúrgica de Guipúzcoa](#). La empresa consideraba que el trabajador no podía trabajar debido a su dolencia, así como por la información trasladada al servicio médico de la empresa. Por ello, entendía que no podía moverse con normalidad, ni sostener o levantar peso, debido a que su rango de movimiento era muy limitado. En palabras del propio trabajador se entendía que no podía ni sostener un plato. Todo ello evidenciaba, a juicio de la empresa, que el trabajador no podía tocar el bajo en un concierto de rock, en atención a los movimientos que dicha labor implica. Más allá de tocar el instrumento, también debía tenerlo colgado de su hombro, realizando enérgicos movimientos a lo largo del concierto, como se captan en las imágenes facilitadas a la empresa. Todas estas razones fundaban la decisión de la empresa, al considerar que la actividad realizada por el trabajador era totalmente incompatible con la IT que tenía reconocida y en virtud de la cual se encontraba en situación de baja laboral.

El trabajador interpuso el correspondiente recurso de suplicación contra la Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 3 de San Sebastián, de 29 de septiembre de 2023. Como sabemos, dicha sentencia venía a desestimar su demanda, declarando el despido disciplinario procedente. En el recurso de suplicación, el trabajador venía a solicitar la nulidad del despido o, de forma subsidiaria, su improcedencia, así como una indemnización adicional de 30.000 euros por vulneración de sus derechos fundamentales. El trabajador consideraba que se encontraba en situación de baja durante 11 meses cuando la empresa procedió al despido, entendiéndolo que dicha decisión empresarial originaba una discriminación, así como un ataque a su salud y a la integridad física. Esta circunstancia permitía sostener la declaración de nulidad del despido disciplinario (arts. [55.5 ET](#), [108.2 LRJS](#) y [2 Ley 15/2022](#)).

Asimismo, y como segundo motivo del recurso, el trabajador consideraba que no toda actividad desarrollada durante la situación de IT podía calificarse como desleal. En ese sentido, el hecho de tocar la guitarra no suponía situación incompatible con la lesión del hombro, sin poner en riesgo su proceso de curación, ni tampoco podía permitir deducir capacidad para prestar servicios en el ámbito de su profesión habitual (arts. [52.2 d\) ET](#) y [193 c\) LRJS](#)). Finalmente, y como tercer motivo del recurso, el trabajador demandaba la vulneración de sus derechos fundamentales, considerando a efectos compensatorios tener derecho a una indemnización de 30.000 euros por daño moral (arts. [193 c\)](#) y [183 LRJS](#)). En oposición a dichos argumentos de defensa del trabajador, la empresa rechazaba la posibilidad de que el trabajador pudiera desarrollar este tipo de actividades durante la situación de IT, encontrándose en lista de espera para ser intervenido quirúrgicamente. De igual modo, la empresa negaba el argumento relativo a la vulneración de los derechos fundamentales, sin que procediese por ello indemnización alguna, puesto que no había situación que compensar económicamente.

Desde el punto de vista de la sentencia de instancia, el órgano juzgador consideró probado que el trabajador tocó la guitarra en el concierto de rock, afectando ello al proceso de curación respecto de su situación de baja laboral por IT. Dicha circunstancia se consideraba contraproducente para una adecuada evolución de su recuperación. Estos argumentos permitían al juez de instancia justificar la procedencia del despido disciplinario. En atención a esta fundamentación, se descartaba, pues, cualquier supuesto de discriminación por motivos de discapacidad o enfermedad, sin que hubiese derecho a indemnización por vulneración de los derechos fundamentales del trabajador.

Sin embargo, el tribunal superior de justicia (TSJ) no aprecia la existencia de un supuesto de transgresión de la buena fe contractual por parte del trabajador (art. 54.2 d) ET), al entender que el trabajador no realizó en sentido estricto una actividad que fuera incompatible con su situación de IT. Además, dicha situación no permitía deducir una posible aptitud laboral del trabajador, ni tampoco la presencia de un incumplimiento grave y culpable, contrario a la buena fe contractual:

El trabajador [...] tiene limitados los movimientos del hombro derecho por encima del plano cefálico, como consecuencia de la rotura parcial del supraespinoso, estando pendiente de intervención quirúrgica. En esta situación física, el hecho de tocar la guitarra no evidencia aptitud laboral por parte del operario, ni permite afirmar la existencia de una conducta grave y contraria a la buena fe que ampare el despido adoptado por la empresa.

Desde la perspectiva de la transgresión de la buena fe contractual, el tribunal considera en suplicación que:

[...] el hecho de tocar la guitarra en un concierto no ha perturbado o demorado la curación de este trabajador. El actor se encuentra en lista de espera para la intervención quirúrgica de su hombro derecho, de manera que la fecha de curación, en principio, viene dada por dicha operación quirúrgica, y no se ve alterada por el hecho de tocar la guitarra antes de ser operado.

No se trata de una falta muy grave por violación de la buena fe contractual, por lo que el despido debe ser declarado improcedente.

Respecto del juicio de discriminación por razón de enfermedad, el tribunal en suplicación aprecia su inexistencia. Ello se debe a que la empresa entiende que acredita suficientemente que la decisión de despido no constituyó práctica discriminatoria o represalia. Esta situación se deduce por parte del tribunal al considerar que la discriminación requiere de un esfuerzo probatorio respecto de la medida, así como la proyección del juicio de proporcionalidad demandado por la jurisprudencia. Por ello, el tribunal colige que el debate se circunscribe al incumplimiento grave y culpable por transgresión de la buena fe contractual, descartando la proyección de una posible discriminación por razón de enfermedad.

Este planteamiento en suplicación supone la imposibilidad jurídica de deducir el efecto de nulidad respecto del despido disciplinario aplicado por la empresa. Ello supone, igualmente, rechazar la indemnización adicional reclamada por una vulneración de derechos fundamentales. De este modo, se estima parcialmente el recurso de suplicación, acogiendo la pretensión subsidiaria reclamada por el trabajador. Se califica el despido disciplinario como improcedente, sin condena a costas. Se deja, pues, sin efectos la sentencia del juzgado de lo social de San Sebastián, declarando la improcedencia del despido y condenando a la empresa a optar entre readmitir al trabajador, incluyendo el pago de los salarios de tramitación, o abonar al empleado una indemnización equivalente a 95.430,97 euros en atención a su salario y antigüedad.

4. Valoración crítica

La situación relativa al supuesto de hecho permitiría evidenciar *a priori* una valoración jurídica relativa a la calificación del despido como procedente, como ha resuelto el Juzgado de lo Social n.º 3 de San Sebastián. Dicho fallo se ha producido en virtud de la valoración de los hechos probados y en atención a la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia. Desde la perspectiva de los presupuestos fácticos y del pronunciamiento de la sentencia de instancia, se acoge la situación del trabajador de encontrarse en IT por una enfermedad común, con diagnóstico de afectación en el hombro derecho, que implicaba una limitación importante de los movimientos con consecuencias en la capacidad de trabajo. La situación se entendía incompatible con el hecho de tocar la guitarra en un festival de rock y permitía confirmar el despido decretado por la empresa por transgresión de la buena fe contractual del trabajador. Esta declaración jurídica de la sentencia de instancia se basa en el hecho probado de que el trabajador tocó la guitarra en el concierto de rock, lo cual afectó a su proceso de curación y que finalmente resultó contraproducente para la evaluación de su tendinopatía. En este juicio jurídico se basa la procedencia del despido disciplinario sentenciado en instancia, descartando cualquier consideración relativa a la discriminación por discapacidad o enfermedad. Se aislaba con ello cualquier efecto indemnizatorio ligado a la vulneración de los derechos fundamentales del trabajador.

Como se ha destacado, la sentencia recaída en el recurso de suplicación estima en parte la pretensión del trabajador, revocando la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 3 de San Sebastián, de 29 de septiembre de 2023. En cambio, el TSJ declara la improcedencia del despido, con la citada condena a la empresa de optar, en el plazo de 5 días, entre readmitir al trabajador, con abono de los salarios de trámite, o, en su caso, abonar la indemnización de 95.430,97 euros, sin costas. A efectos de dilucidar este fallo recaído en suplicación, convendría tener en cuenta cada una de las pretensiones formuladas alternativamente por el trabajador. Recordemos que, en primer lugar, el trabajador optaba por la nulidad del despido, reclamando la indemnización adicional por vulneración de los derechos fundamentales. Ya hemos dicho que, en instancia, el órgano juzgador descartó completamente dicho

efecto de nulidad. Del mismo modo, el TSJ confirma este planteamiento. Efectivamente, el trabajador se encontraba en situación de IT, por un periodo ciertamente dilatado de 11 meses hasta el momento en que fue despedido. En atención a los hechos jurídicamente relevantes probados, también en suplicación se constata que la decisión de la empresa no constituía ninguna discriminación.

El efecto discriminatorio no se podría deducir del [artículo 96 de la LRJS](#), ni de los artículos [2](#) y [30](#) de la Ley 15/2022. Desde esta perspectiva, convendría destacar que ciertamente el juicio de discriminación desde el punto de vista probatorio supone la inversión de la carga de la prueba y la relajación de la misma a efectos de tutela del trabajador, demandando únicamente la aportación de indicios de discriminación. Desde el punto de vista de la empresa, no basta con una mera referencia a la ausencia del perjuicio sin conexión con el supuesto de hecho. El TSJ se esfuerza en suplicación en resaltar que la reclamación de la nulidad demanda la aportación de determinados hechos que respalden la pretensión. En otras palabras, como dice el tribunal, «exigen un esfuerzo probatorio de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad». Este planteamiento vendría justificado por la aplicación de la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo (Sentencias del Tribunal Supremo –SSTS– de [29 de noviembre de 2017, rec. 1326/2015](#); [27 de enero de 2009, rec. 602/2008](#), y [29 de enero de 2001, rec. 1566/2000](#)). Igualmente, conviene tener en cuenta las Sentencias del Tribunal Constitucional [128/1987, de 16 de julio](#), y [166/1988, de 26 de septiembre](#).

Ello significa que, en el caso que estamos analizando, el TSJ entiende que la empresa ha desarrollado una adecuada actividad probatoria, que de forma suficiente permite la inversión de la prueba. Precisamente, esta actividad probatoria de la empresa es la que permite confirmar jurídicamente que la decisión no vulneró el derecho a la igualdad y a la no discriminación ([art. 14 Constitución española](#)). En esencia, la empresa procede al despido ante el conocimiento de la participación del trabajador tocando el bajo en un concierto de rock durante la situación de IT. Ante esta situación se alega la transgresión de la buena fe contractual, pero sin que ello suponga una práctica discriminatoria por razón de enfermedad. Sin duda, es este el planteamiento jurídico que permite adecuadamente rechazar la nulidad de la decisión extintiva y, por tanto, no reconocer derecho a indemnización adicional por vulneración de los derechos fundamentales.

De forma alternativa, y siendo más relevante jurídicamente, conviene analizar el fallo desde la perspectiva de la procedencia o improcedencia del despido. En suplicación se estima la pretensión subsidiaria de la demanda del trabajador, declarando el despido improcedente, y ello en atención a la inexistencia de transgresión de la buena fe contractual. El TSJ, en atención a los hechos probados, considera que no cabría apreciar la existencia de un comportamiento del trabajador que suponga transgresión de la buena fe contractual ([art. 54.2 d\) ET](#)). En este punto es precisamente donde radica el criterio de divergencia, puesto que en suplicación se considera que el trabajador no realizó realmente una actividad que fuese incompatible con su situación de IT. Es cierto que el trabajador tenía una limitación en los movimientos del hombro a la vista de su situación, sin embargo, el

tribunal entiende que el estado del trabajador no le impedía tocar la guitarra y que el hecho de intervenir en el festival de rock no evidenciaba una aptitud del trabajador respecto de su actividad profesional habitual, ni tampoco permitía considerar que existiese una conducta grave y contraria a la buena fe.

En este aspecto es donde el tribunal no profundiza, puesto que el [artículo 54.1 del ET](#) considera que el incumplimiento que permite justificar un despido debe basarse en un incumplimiento grave y culpable. En suplicación solamente se analiza la existencia de una conducta grave y contraria a la buena fe, pero no se resalta el hecho de que el trabajador realmente no es consciente de que está incumpliendo su contrato de trabajo. El trabajador considera que el hecho de tocar la guitarra no es incompatible con su situación de IT y que por el hecho de tocar el bajo no supone que el trabajador pueda trabajar y que esté realizando un comportamiento fraudulento. Esta perspectiva es muy importante desde el punto de vista de la calificación jurídica de los hechos probados. Junto al tema de la culpabilidad, el carácter grave del comportamiento del trabajador también podría ser objeto de revisión, debido a que el hecho de tocar la guitarra en un concierto de rock no supone existencia de capacidad de trabajo, ni tampoco perjudica el proceso de recuperación. Todo ello evidencia la adecuada aplicación de la tesis gradualista del despido disciplinario, que permite deducir el efecto de la procedencia para los incumplimientos de una mayor gravedad contrastada. Con relación a la doctrina gradualista relativa al despido disciplinario y sus criterios de aplicación, véanse las SSTs [750/2023, de 17 de octubre](#), y [699/2017, de 21 de septiembre](#).

Igualmente, desde el punto de vista de la transgresión de la buena fe contractual y la confianza, conviene tener en cuenta que ello supone para el trabajador la necesidad de adecuar su comportamiento a sus deberes laborales (arts. [5 a\)](#) y [20.2 ET](#)). Por ello, la transgresión de la buena fe decae, a pesar de encontrarse en IT y participar en un concierto de rock, al entender que dicha labor no es incompatible con su estado. El TSJ considera, en atención a su valoración del relato fáctico, que no se trata de una actividad que suponga un esfuerzo físico de intensidad realizado con las extremidades superiores, puesto que esta actividad no supone elevar el hombro derecho por encima del plano horizontal. Desde esa perspectiva, evidentemente no cabría entender incompatibilidad de esa labor extralaboral con el contrato de trabajo, ni considerar que la conducta del trabajador ha afectado negativamente a su estado físico.

También es especialmente relevante el hecho de resaltar que se trata de una actividad extralaboral y de carácter lúdico. El hecho de tocar la guitarra no expone al trabajador a una actividad exigente desde el punto de vista de los hombros, que es su zona afectada desde el punto de vista de su salud. En atención a todos estos aspectos y ante la ausencia de incompatibilidad entre la actividad extralaboral y su capacidad para el trabajo, cabría entender igualmente que no existe deslealtad con la empresa. En esta concurrencia o no de la deslealtad, es preciso analizar el aspecto subjetivo de la culpabilidad, en la medida en que la deslealtad supone un comportamiento malicioso por parte del trabajador. Esta afirmación redonda en la necesidad de exigir la presencia de un auténtico

incumplimiento grave y culpable del deber de buena fe. Es por ello por lo que decimos que en esos casos el trabajador debe tener plena conciencia de la repercusión de su conducta en sus deberes laborales y sobre el posible incumplimiento del contrato de trabajo. Dicho incumplimiento permitiría, en su caso, la sanción del despido como procedente. En ese sentido, no cabe duda de que el comportamiento culpable y doloso es esencial desde la perspectiva del incumplimiento del contrato de trabajo.

En relación con las actividades de un trabajador durante las situaciones de baja que pueden afectar negativamente a su enfermedad, el Tribunal Supremo ha destacado que no todos los trabajos realizados en situación de IT pueden ser calificados como incumplimientos graves por transgresión de la buena fe contractual a efectos del despido disciplinario (art. 54.2 d ET). A estos efectos, la jurisprudencia viene destacando que lo realmente relevante es que «la actividad desarrollada perturbe o demore la curación del trabajador, o evidencie su actitud para reiniciar el trabajo». Véase la STS de 25 de marzo de 2002 (rec. 1292/2001). Precisamente, este aspecto no queda suficientemente acreditado en el supuesto de hecho objeto del comentario. El hecho de tocar la guitarra en el concierto de rock no demora o afecta negativamente al proceso de curación del trabajador.

Por todo ello, conviene destacar los efectos en la calificación del despido disciplinario que tiene la valoración de los hechos jurídicamente relevantes. La divergencia entre el fallo de instancia y la sentencia en suplicación se debe a la apreciación jurídica de las pruebas practicadas en el proceso. Ciertamente, esta consideración tiene relevancia desde el punto de vista de la gravedad y de la culpabilidad del trabajador, que permiten exonerar de responsabilidad al trabajador y defender jurídicamente la calificación de la procedencia del despido disciplinario.

Denegación de ajustes razonables como supuesto de discriminación por motivo de discapacidad. Su impacto sobre el contrato de trabajo

Comentario a la [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de enero de 2024 \(asunto C-631/22\)](#)

Belén Alonso-Olea García

*Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Nacional de Educación a Distancia (España)*
balonso@der.uned.es | <https://orcid.org/0000-0002-8542-7956>

Extracto

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea resuelve dos cuestiones prejudiciales sobre el artículo 5 de la Directiva 2000/78, cuyo origen es la extinción de un contrato de trabajo que tiene por causa una incapacidad permanente total del trabajador, sin que el empresario haya estado obligado, previamente, a prever o mantener los ajustes razonables. Esta causa de resolución no opera de forma automática. Su análisis pone de manifiesto la incertidumbre de las prestaciones recuperadoras de la Seguridad Social.

Palabras clave: incapacidad permanente total; extinción del contrato de trabajo; ajustes razonables; discriminación por motivos de discapacidad.

Recibido: 03-04-2024 / Aceptado: 04-04-2024 / Publicado (en avance *online*): 15-04-2024

Cómo citar: Alonso-Olea García, B. (2024). Denegación de ajustes razonables como supuesto de discriminación por motivo de discapacidad. Su impacto sobre el contrato de trabajo. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de enero de 2024 (asunto C-631/22). *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 480, 191-199. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.21537>

Refusal of reasonable accommodation as a case of discrimination on grounds of disability. Its impact on the employment contract

Commentary to the Ruling of the Court of Justice
of the European Union of 18 January 2024 (Case C-631/22)

Belén Alonso-Olea García

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

Universidad Nacional de Educación a Distancia (España)

balonso@der.uned.es | <https://orcid.org/0000-0002-8542-7956>

Abstract

The Court of Justice of the European Union has ruled on two questions referred for a preliminary ruling on Article 5 of Directive 2000/78 concerning the termination of an employment contract resulting from the total permanent incapacity of the employee, without the employer having previously been obliged to provide or maintain reasonable accommodation. This ground for termination does not operate automatically. Its analysis highlights the uncertainty of the social security occupational recovery benefits.

Keywords: total permanent incapacity; termination of the employment contract; reasonable accommodation; discrimination on grounds of disability.

Received: 03-04-2024 / Accepted: 04-04-2024 / Published (online preview): 15-04-2024

Citation: Alonso-Olea García, B. (2024). Refusal of reasonable accommodation as a case of discrimination on grounds of disability. Its impact on the employment contract. Commentary to the Ruling of the Court of Justice of the European Union of 18 January 2024 (Case C-631/22). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 480, 191-199. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.21537>

1. Marco jurídico

La [sentencia objeto del presente comentario](#) aplica como marco jurídico el derecho internacional, el de la Unión Europea (UE) y el interno español.

La referencia al derecho internacional es a la [Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad](#) (en adelante, Convención), su artículo 2, definición de discriminación por motivos de discapacidad y ajustes razonables, y determinados apartados de su artículo 27, trabajo y empleo. La [Convención](#) supuso un cambio de concepción de la discapacidad basada en la dignidad humana, en la que las personas con discapacidad son titulares de los derechos humanos, como cualquier individuo, lo que implica, a su vez, que se les tiene que garantizar el disfrute efectivo de los mismos en condiciones de igualdad, sin discriminación y con independencia de la diferencia que tengan. Este nuevo enfoque ha sido, asimismo, acogido por la [Agenda 2030](#) en lo que nos atañe el [8.5 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible](#): lograr el empleo pleno y el trabajo decente para las personas con discapacidad, así como la igualdad de remuneración por trabajo de igual valor.

En el caso del derecho de la UE, la mención es a la [Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea](#) (CDFUE), en particular, a la prohibición de toda discriminación por razón de discapacidad (art. 21) y al reconocimiento y respeto del derecho de las personas discapacitadas «a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad» (art. 26). En cuanto al derecho derivado, a la [Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000](#), relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, sus considerandos 16, 17, 20 y 21 y de su articulado: la definición de discriminación directa e indirecta (art. 2.1 a y c), su ámbito de aplicación (art. 3.1 a y c), los requisitos profesionales (art. 4) y los ajustes razonables (art. 5).

En lo que atañe al derecho interno español, tres son las normas que menciona: la incapacidad permanente total (IPT) del trabajador como causa de extinción del contrato de trabajo ([art. 49.1 e\) Estatuto de los Trabajadores –ET–](#)), la definición y clasificación de los grados de la incapacidad permanente (IP) y la determinación de la cuantía de la IPT ([arts. 194.1 y 2 y 196. 2 Ley general de la Seguridad Social –LGSS–](#)) y la [Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social \(LDPD\)](#): definición de ajustes razonables ([art. 2 m\) LDPD](#)); quiénes son los titulares de los derechos ([art. 4.1 y 2 LDPD](#)), significándose que, actualmente, no tiene ninguno de los dos párrafos esta redacción desde 2023 ([disp.](#)

final segunda Ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo), si bien, a nuestros efectos, no hay variación, para lo cual hay que acudir al artículo 35.1 de la LDPD; medidas para garantizar la plena igualdad en el trabajo (art. 40.1 y 2 LDPD), y vulneración del derecho a la igualdad de oportunidades (art. 63 LDPD).

2. Síntesis del supuesto de hecho

El origen de los autos es un accidente de trabajo por el que el trabajador pasa a situación de incapacidad temporal que queda extinguida por resolución dictada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), en virtud de la cual se le reconoce el derecho a una indemnización por lesión permanente no incapacitante, pero se le deniega la IP. El trabajador solicita a la empresa que le destine a un puesto de trabajo compatible con las lesiones padecidas, solicitud que es aceptada por el empresario, siendo destinado a uno «menos exigente». En paralelo, el trabajador presenta demanda contra la resolución del INSS denegatoria de la IP, dictándose sentencia por la que se le declara en situación de IPT, motivo por el cual el empresario resuelve el contrato de trabajo al amparo del artículo 49.1 e) del ET, extinción contra la que el trabajador interpone demanda. La sentencia de despido del Juzgado de lo Social n.º 1 de Eivissa desestima la misma al entender que el reconocimiento de la IPT justifica «que se pusiera fin al contrato de trabajo» sin que exista una «obligación legal por parte del empresario de destinarlo a otro puesto de trabajo dentro de la misma empresa», recurriéndose en suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de las Islas Baleares, el cual precisa: 1) En autos no se discute la homologación automática de la situación de IPT y la discapacidad. 2) El artículo del ET no ha sido adaptado a la Directiva 2000/78 ni a la Convención en el sentido de que una IPT opere como causa automática de extinción del contrato «sin que deba cumplirse ninguna formalidad ni abonarse indemnización alguna» y sin que tal resolución tenga que estar supeditada «al cumplimiento de ninguna obligación previa de realizar ajustes razonables», aun cuando la empresa había acreditado «la viabilidad de tales ajustes, reubicando al trabajador en otro puesto dentro de la empresa» (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –STJUE– de 10 de febrero de 2022, asunto C-485/20). 3) Según jurisprudencia del Tribunal Supremo, la IPT no obliga al empresario a despedir al trabajador, no impide la reubicación en otro puesto de trabajo, pero tampoco le obliga a realizar la misma, «salvo que así esté establecido convencional o contractualmente».

Con base en ello, el TSJ se cuestiona si estas circunstancias e interpretaciones no contravienen el artículo 5 de la Directiva 2000/78 a la luz de la STJUE de 10 de febrero de 2022 (asunto C-485/20), suspendiendo, en su virtud, el procedimiento y planteando las siguientes cuestiones prejudiciales: 1) El artículo 5 de la Directiva 2000/78, a la luz de los apartados 16, 17, 20 y 21 de su preámbulo, de los artículos 21 y 26 de la CDFUE y de los artículos 2 y 27 de la Convención, ¿debe ser interpretado en el sentido de que se opone al mismo la aplicación de una norma nacional que contemple como causa automática de extinción del

contrato de trabajo la discapacidad del trabajador/a (al ser declarado en situación de IPT, sin previsión de mejoría) sin previo condicionamiento al cumplimiento por parte de la empresa del mandato de adoptar «ajustes razonables» al que obliga el referido artículo 5 de la [Directiva 2000/78](#) para mantener el empleo (o justificar la carga excesiva de tal obligación)?

2) Los artículos 2.2 y 4.1 de la [Directiva 2000/78](#), a la luz de los apartados 16, 17, 20 y 21 de su preámbulo, de los artículos 21 y 26 de la [CDFUE](#) y de los artículos 2 y 27 de la [Convención](#), ¿deben ser interpretados en el sentido de que la extinción automática del contrato de trabajo de un trabajador por causa de discapacidad (al ser declarado en situación de IPT) sin previo condicionamiento al cumplimiento del mandato de adoptar «ajustes razonables» a la que obliga el referido artículo 5 de la [Directiva 2000/78](#) para mantener el empleo (o a la previa justificación de la carga excesiva de tal obligación) constituye una discriminación directa, aun cuando una norma legal interna determine tal extinción?

3. Cuestiones clave de la posición judicial determinantes del fallo

Con carácter previo, el TJUE nos recuerda su jurisprudencia sobre: 1) El concepto de «discapacidad» de la [Directiva 2000/78](#), el cual refiere

a una limitación de la capacidad derivada, en particular, de dolencias físicas, mentales o psíquicas permanentes que, al interactuar con diversas barreras, pueda impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.

Comprende, pues, secuelas o lesiones tanto congénitas como adquiridas. 2) El ámbito de aplicación de la [Directiva 2000/78](#) abarca a «todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como privado, incluidos los organismos públicos, en relación, en particular, con las condiciones de despido». 3) El concepto de «despido» es un concepto de derecho de la Unión Europea que no puede ser definido mediante remisión a las legislaciones de los Estados miembros y que «debe interpretarse en el sentido de que engloba cualquier extinción del contrato de trabajo no deseada por el trabajador y, en consecuencia, sin su consentimiento». Asimismo, puntualiza dos cuestiones no discutidas en autos, a saber, de una parte, la situación de IPT «está comprendida en el concepto de "discapacidad", en el sentido de la [Directiva 2000/78](#)»; de otra, aun siendo la IPT una causa de extinción del contrato de trabajo no significa «que ese trabajador hubiera dado su consentimiento a la extinción de dicho contrato», por consiguiente, esta causa de resolución está comprendida entre las condiciones de despido del artículo 3.1 c) de la [Directiva 2000/78](#), puesto que constituye una extinción «no deseada por el trabajador», sin su consentimiento.

Entrando en materia, el TJUE, para responder a las dos cuestiones prejudiciales y con base en su propia jurisprudencia, evoca el principio de no discriminación del artículo 21 de la CDFUE, que impregna la [Directiva 2000/78](#), y el artículo 26 de la CDFUE: reconocimiento y respeto del derecho de las personas con discapacidad «a beneficiarse de las medidas que garanticen su autonomía, integración social y profesional así como su participación en la vida de la comunidad». Recuerda que la [Directiva 2000/78](#) ha de ser interpretada de conformidad con la [Convención](#), lo que comporta que:

[...] el concepto de «discriminación por motivos de discapacidad» refiere a cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en el ámbito político, económico, social, cultural civil o de otro tipo. [...] [concepto que] incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables.

Lo anterior conlleva que el empresario está obligado a adoptar las medidas adecuadas y eficaces para que, teniendo en cuenta la situación individual de la persona con discapacidad, esta pueda «acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se le ofrezca formación, sin que suponga una carga excesiva para el empresario»; en su virtud, «un cambio de puesto puede ser una medida adecuada como ajuste razonable a efectos del artículo 5 de la [Directiva 2000/78](#)».

Por ello, reubicar a un trabajador en otro puesto de trabajo entra dentro del concepto de ajuste personal, siempre y cuando no suponga «una carga excesiva para el empresario», la cual no se considera excesiva «cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades». En España: subvenciones para las empresas que contraten por tiempo indefinido y a jornada completa o a tiempo parcial a trabajadores con discapacidad, así como bonificaciones en las cuotas empresariales de la Seguridad Social, incluidas las de contingencias profesionales y las cuotas de recaudación conjunta ([art. 7 Real Decreto –RD– 1451/1983, de 11 de mayo](#)); subvenciones para la adaptación del puesto de trabajo, dotación de equipos de protección personal o para eliminar barreras u obstáculos que impidan o dificulten el trabajo de los trabajadores con discapacidad ([art. 12 RD 1451/1983](#)); deducciones en el impuesto sobre sociedades por creación de empleo para personas con discapacidad ([art. 38 Ley 27/2014, de 27 de noviembre](#)).

En el caso de autos, el TJUE afirma que la normativa interna española permite el despido de un trabajador «sin obligar a su empleador a adoptar previamente las medidas adecuadas [...] o a mantener las medidas adecuadas que ya ha adoptado», cuando, además, queda acreditado que el trabajador había sido reubicado, durante más de un año, hasta que se produce el despido; obliga a soportar a un trabajador con discapacidad «el riesgo

de perder su empleo para poder disfrutar de la prestación de Seguridad Social» (la pensión por IPT), lo que «menoscaba el efecto útil del artículo 5 de la Directiva 2000/78»; asimila la IPT al fallecimiento del trabajador o a una incapacidad permanente absoluta, lo que «es contrario al objetivo de integración profesional de las personas con discapacidad»; convierte la discapacidad del trabajador en una «causa de despido, sin que el empresario esté obligado, con carácter previo, a prever o mantener ajustes razonables para permitir a dicho trabajador conservar su empleo, ni a demostrar, en su caso, que tales ajustes constituirían una carga excesiva». La conclusión y fallo no podían ser otros que responder a las cuestiones prejudiciales planteadas declarando que el artículo 5 de la [Directiva 2000/78](#), la cual establece un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación interpretado a la luz de los artículos 21 y 26 de la [CDFUE](#) y de los artículos 2 y 27 de la [Convención](#), se opone a una normativa nacional que establece que el empresario puede poner fin al contrato de trabajo por hallarse el trabajador en situación de IP para ejecutar las tareas que incumben en virtud de dicho contrato debido a una discapacidad sobrevenida durante la relación laboral, sin que el empresario esté obligado, con carácter previo, a prever o mantener ajustes razonables.

4. Valoración crítica

La sentencia de despido del juez de instancia fue dictada el 24 de mayo de 2021, significándose que ya se había publicado en el Boletín Oficial del Estado, el 23 de abril, la [Sentencia del Tribunal Constitucional 51/2021, de 15 de marzo](#), en la que se declara que «la discriminación por razón de discapacidad comprende todas las formas de discriminación incluyendo la denegación de acomodo razonable». El derecho de la persona con discapacidad –a no ser discriminada, a que se le concedan los ajustes razonables «para poder trabajar en igualdad de condiciones con los demás»– ha de ser reconocido salvo que suponga una «carga desproporcionada o indebida», denegación de ajustes razonables que ha de ser «expresa y motivada». Efectuada la reubicación, acreditado que era viable el ajuste razonable, el despido se convirtió, se debió declarar, nulo.

Dicho esto, se añade lo siguiente:

Que la IPT es causa de extinción del contrato de trabajo desde el [ET \(1980\)](#) –art. 49.Cinco–, no se pone en duda ([art. 49.1.e ET](#)), pero ello no quiere decir que opere *per se*, por el contrario, como ha mantenido siempre la doctrina,

requiere de una declaración o manifestación expresa de extinción emanada del empresario y hecha a conocer al trabajador [...] dado que es evidente que, aunque no está obligado a ello, el empresario puede readmitir al trabajador en oficio o puesto distinto al anterior a la incapacidad (Alonso Olea).

Más recientemente, una vez declarada la IPT del trabajador, «el contrato ha de denunciarse por alguna de las partes» (García-Perrote Escartín). En el caso del empresario, no cabe una extinción del contrato de trabajo sin formalidad alguna. Para que produzca los efectos extintivos, debe ser denunciado por él, denuncia que «adoptará normalmente la forma de una negativa a la readmisión tras la declaración de la incapacidad permanente» (Alonso Olea) contra la que podrá accionar el trabajador, siendo este el *quid* de la cuestión.

Efectivamente, según el [artículo 2.1 del RD 1451/1983](#):

Los trabajadores que hubieran cesado en la empresa por haberseles reconocido una incapacidad permanente total o absoluta y después de haber recibido prestaciones de recuperación profesional hubieran recobrado su plena capacidad laboral, tendrán preferencia absoluta para su readmisión en la última empresa en que trabajaron en la primera vacante que se produzca en su categoría o grupo profesional.

Para recobrar esta plena y (preciada) capacidad laboral, se requiere de unas prestaciones recuperadoras cuyo contenido, según establecía el artículo 154 de la [LGSS \(1994\)](#) y desarrollaba la [Orden de 16 de febrero de 1977](#), era: a) el tratamiento sanitario adecuado, especialmente rehabilitación funcional; b) la orientación profesional y c) la formación profesional por readaptación al trabajo habitual anterior o por reeducación para nuevo oficio o profesión. Estas prestaciones recuperadoras forman parte de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social desde que se promulgó la [LGSS \(1974\)](#), actual [artículo 42.1 b\) de la LGSS \(2015\)](#), a cuyo tenor «la acción protectora del sistema de la Seguridad Social comprenderá [...] la recuperación profesional». El problema es que desaparecieron sus preceptos de esta ley magna al derogarse los [artículos 153 a 159 de la LGSS \(1994\)](#) por la [disposición derogatoria única d\) de la Ley 52/2003, de 10 de diciembre](#), de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social.

Apareciendo la recuperación profesional como acción protectora de la Seguridad Social, pero habiendo sido derogadas las prestaciones recuperadoras, la cuestión es qué ha pasado con ellas, dónde están: ¿incardinadas dentro de la cartera común de servicios de salud –en particular la básica– de la [Ley 16/2003, de 28 de mayo](#), de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, sabiendo que la asistencia sanitaria de la Seguridad Social tenía por objeto no solo la prestación de los servicios médicos y farmacéuticos conducentes a conservar o restablecer la salud, sino también la aptitud para el trabajo de su beneficiario, así como la rehabilitación física precisa para la recuperación profesional de los trabajadores?; ¿encomendadas (solo) a las mutuas (solo) para los trabajadores al servicio de sus empresarios asociados –[RD 1630/2011, de 14 de noviembre](#), por el que se regula la prestación de servicios sanitarios y de recuperación por las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social–?; ¿gestionadas por los (seis) Centros de Recuperación de Personas con Discapacidad Física dependientes del Instituto de Mayores y Servicios Sociales, por ser consideradas prestaciones de servicios sociales (capítulo II

de la [Resolución de 18 de enero de 1993](#), en la que se regulan sus ingresos y traslados)? –por cierto, una muestra del rango normativo de estas prestaciones–.

En suma, los ajustes razonables no son solo predicables respecto al empresario, sino que dependen, asimismo, de que el Estado cumpla con sus obligaciones, es decir, procure las prestaciones recuperadoras de la acción protectora del sistema de Seguridad Social ([art. 42.1 b\) LGSS 2015](#)), obligaciones que son también internacionales puesto que la [Convención](#) y la [CDFUE](#) son jurídicamente vinculantes: la [Convención](#) es un tratado internacional ratificado por España y, de conformidad con su artículo 27.1 k), los Estados han de promulgar legislación para «promover programas de rehabilitación vocacional y profesional, mantenimiento del empleo y reincorporación al trabajo dirigidos a personas con discapacidad»; la [CDFUE](#) tiene «el mismo valor jurídico que los tratados» ([art. 6.1 Tratado de la Unión Europea](#)) de los que emana su [Directiva 2000/78](#). De esta forma, las personas con discapacidad no solo serán titulares de derechos –en nuestro caso, al trabajo y a las prestaciones de Seguridad Social–, sino que podrán ejercerlos real y efectivamente.

Mejores salarios como cláusula social en la fase de adjudicación de un contrato público: ¿misión imposible?*

Comentario a la **Resolución 1672/2023, de 28 de diciembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales**

Juan José Fernández Domínguez

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de León (España)

jjferd@unileon.es | <https://orcid.org/0000-0002-5231-7566>

Extracto

Inviabilidad de comparación en el rendimiento del contrato, falta de vinculación al objeto sometido a licitación, discriminación, pérdida de eficiencia y control en el gasto público y hasta comportamiento contrario a la libertad de empresa. Demasiados obstáculos para que quepa introducir, en los pliegos de licitación de un contrato público, una cláusula destinada a favorecer a las empresas que pagan mejores salarios a las personas trabajadoras a su servicio. ¿Podrá ser viable en un futuro esta idea tan asentada entre los poderes adjudicadores?

Palabras clave: contrato administrativo; cláusula social; salario; libertad de empresa; discriminación; gasto público; Unión Europea.

Recibido: 22-02-2024 / Aceptado: 28-02-2024 / Publicado (en avance *online*): 10-04-2024

* Este comentario forma parte de los resultados del proyecto de investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación «Hacia una transición ecológica justa: los empleos verdes como estrategia frente a la despoblación (TEJED)». Referencia: TED 2021-129526b-100, n.º de proyecto: UXXI2022/00217.

Cómo citar: Fernández Domínguez, J. J. (2024). Mejores salarios como cláusula social en la fase de adjudicación de un contrato público: ¿misión imposible? Comentario a la Resolución 1672/2023, de 28 de diciembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 480, 200-207. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.21421>

Better wages as a social clause in the award phase of a public procurement: an impossible mission?

Commentary on Central Administrative Court for Contractual Appeals, Resolution 1672/2023 of 28 December

Juan José Fernández Domínguez

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de León (España)

jjferd@unileon.es | <https://orcid.org/0000-0002-5231-7566>

Abstract

Unfeasibility of comparison in the performance of the contract, lack of linkage to the object submitted for tender, discrimination, loss of efficiency and control of public expenditure and, even, behaviour contrary to the freedom to conduct a business. There are too many obstacles to the introduction, in the tender documents of a public procurement, of a clause aimed at favouring companies that pay better wages to their employees. Will this idea, which is so well established among contracting authorities, be viable in the future?

Keywords: public procurement; social clause; wages; freedom to conduct of enterprise; discrimination; public expenditure; European Union.

Received: 22-02-2024 / Accepted: 28-02-2024 / Published (online preview): 10-04-2024

Citation: Fernández Domínguez, J. J. (2024). Better wages as a social clause in the award phase of a public procurement: an impossible mission? Commentary on Central Administrative Court for Contractual Appeals, Resolution 1672/2023 of 28 December. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 480, 200-207. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.21421>

1. Marco normativo

El volumen económico de los contratos públicos en el mercado interior de Europa es tan importante (superior al 15 % como constante histórica) que, desde muy temprano (Directivas [71/304/CEE](#) y [71/305/CEE](#), así como [Decisión del Consejo de 26 de julio de 1971](#)), existe un interés muy claro en conseguir que las Administraciones nacionales no distorsionen la competencia entre operadores cuando seleccionan la mejor oferta en el mercado. Europeización intensa como solución a la tensión de fondo que late entre la garantía de un buen funcionamiento del mercado (defendida a nivel continental) y el aseguramiento del interés y de la realización de políticas públicas (propio de los Estados) que, sin embargo, durante todo el siglo pasado no conoció pauta normativa alguna –únicamente documentos preparatorios o de planificación– sobre una posible orientación funcional o medioambiental en la licitación pública, asumiendo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el papel de ir trazando las líneas maestras en torno a la capacidad para introducir criterios no económicos cuando quien contrataba era una Administración.

La respuesta en todas las ocasiones fue positiva e incluso cabe apreciar una evolución desde aquel primer momento en el que se consideraban extraordinarios cualesquiera otros factores no vinculados al precio a la hora de valorar las ofertas (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –STJUE– de [20 de septiembre de 1998, C-225/98, asunto *Beentjes*](#), o [STJUE de 26 de septiembre de 2000, C-225/98, asunto *Comisión c. Francia*](#)), a admitir su normalización como dato de calidad ([STJUE de 17 de septiembre de 2002, C-513/99, asunto *Concordia Bus Finland*](#)). Anticipaban, a través de tales pronunciamientos, el desarrollo de la posibilidad de incorporar exigencias sociales y medioambientales como criterios de selección cualitativa, especificaciones técnicas, admisión de variantes, criterios de adjudicación y condiciones de ejecución recogida en las Directivas [2004/17/CE](#) y [2004/18/CE](#). Alternativa que, a pesar del giro copernicano en la jurisprudencia ([SSTJUE de 3 de abril de 2008, C-346/06, asunto *Rüffert*](#), y de [18 de septiembre de 2014, C-549/13, asunto *Bundesdruckerei*](#)), termina obteniendo decidido impulso normativo (Directivas [2014/23/UE](#), [2014/24/UE](#) y [2014/25/UE](#)) y jurisprudencial ([STJUE de 17 de noviembre de 2015, C-115/14, asunto *RegioPost*](#)), hasta el punto de convertir en un eje estratégico de primera línea la utilización por los poderes adjudicadores de criterios innovadores, ecológicos y sociales para obtener una economía más sostenible, inclusiva y competitiva (Considerando 20 y punto 15 de la [Recomendación del Consejo de la Unión Europea de 27 de noviembre de 2023](#)).

Este norte europeo inspira la evolución normativa española, que culmina un camino en paralelo con la aprobación de la [Ley 9/2017, de 8 de noviembre](#), de contratos del sector público (LCSP), donde las cláusulas sociales y medioambientales están presentes en todas las fases de la contratación, tanto en la preparación (consultas preliminares, valoración de la capacidad y solvencia de la empresa y diseño de la prestación a contratar a través de especificaciones técnicas), como en la adjudicación en atención a la relación calidad-precio (también como posible criterio de desempate y elemento para poder rechazar ofertas anormalmente bajas) o en la adjudicación bajo la forma de condiciones especiales.

Su funcionalidad, clave para la [Estrategia Española de Economía Social 2023-2027](#) (eje 4, línea de actuación 15 de la [Resolución de 17 de mayo de 2023](#) de la Secretaría de Empleo y Economía Social), aparece condicionada por esa jurisprudencia anteriormente mencionada al cuádruple requisito que debe acreditar cualquier cláusula social o medioambiental:

- Ha de estar vinculada siempre al objeto del contrato.
- Su exigencia ha de guardar adecuada proporción con los fines sociales y ambientales a conseguir, debiendo asegurar la imparcialidad, no discriminación e igualdad de trato entre quienes licitan.
- En aras de la imprescindible transparencia, tendrá que aparecer expresada en los pliegos de condiciones o en el anuncio de licitación.
- Debe ser suficientemente específica y cuantificable, de modo tal que se reduzca en lo posible el margen de discrecionalidad otorgado a los poderes adjudicadores.

2. Síntesis del supuesto de hecho

La Asociación Española de Empresarios de Servicios Deportivos a las Administraciones Públicas (AEESDAP) impugna los pliegos del procedimiento de contratación convocado por el Patronato Municipal de Toledo para el desarrollo e impartición del programa de actividad deportiva durante el año 2024, por un valor ligeramente superior a los 3 millones y cuarto de euros, en los términos que recoge el anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el día 2 de octubre de 2023. En aquel documento, el órgano de contratación había introducido 3 criterios cualitativos de carácter social en los pliegos referidos a la posible ampliación de la responsabilidad civil en favor de las personas empleadas, una mejora en el uniforme laboral y el precio por hora abonado a quienes asumen las labores docentes. No se acompañaba, sin embargo, ninguna justificación al respecto, pues la remisión a cuanto se había de desarrollar en un punto ulterior suponía el reenvío a un párrafo destinado a reproducir el tenor legal en torno a que los 3 índices suponían un elemento fundamental para alcanzar altos niveles de calidad.

A raíz de la aclaración solicitada por la AEESDAD en torno a determinados aspectos que podrían poner en duda el ajuste de los pliegos a la norma, el órgano de contratación emite, con fecha 31 de octubre de 2023, el informe previsto en el [artículo 56 de la LCSP](#), indicando que ya se habían admitido las alegaciones relativas a los criterios sobre mejora de la póliza de responsabilidad civil y de vestimenta; por el contrario, reiteraba su rechazo a la alegación relativa a la cláusula de mejora salarial.

De este modo, ante el tribunal quedan contrapuestas las posiciones de las partes asentadas sobre los siguientes extremos: de un lado, la asociación empresarial recurrente señala que el criterio de la mejora salarial no cumple con los requisitos establecidos en el [artículo 145 de la LCSP](#), «si bien es cierto que la doctrina [judicial] no es unánime», motivo por el cual procede examinar su vinculación al objeto del contrato, para lo cual se habría de exigir una justificación adecuada que en esta ocasión existe; de otro, el órgano de contratación estima que retribuciones más elevadas quedan recogidas dentro de la referencia contenida en el [artículo 145.2.1.º](#) a «condiciones laborales y salariales» como garantía de la calidad de los contratos, no en vano «los bajos salarios pueden afectar a la calidad del servicio en general».

3. Aspectos clave en la doctrina administrativa sentada

A la hora de considerar si el criterio de adjudicación impugnado, referido al precio/hora ofertados para el pago de docentes, reúne o no los requisitos exigibles para operar como cláusula social en esta fase de la contratación, la resolución fija su atención en 4 datos fundamentales:

En primer lugar, e invocando el contenido de los considerandos 89, 90 y 92 de la [Directiva 2014/24](#), a cuyo tenor los criterios sociales «deben permitir una evaluación comparativa del rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato, tal como se define en las especificaciones técnicas», acude a su precedente (Resolución 235/2019, de 8 de marzo) a la hora de sentar que:

[...] para que sea válido el criterio de adjudicación es necesario que sea objetivo (por recaer sobre el objeto a valorar y depender de factores comprobables apreciables), que permita evaluar el rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato, las obras, los suministros y los servicios, tal y como estén definidos en el pliego de prescripciones técnicas y obtener los que mejor respondan a sus necesidades.

Desde este punto de vista y tomando ahora como referencia el considerando 94 de la [Directiva 2014/24/UE](#), bien cabría considerar como criterio social válido de adjudicación, por ejemplo, la calidad de las personas trabajadoras que van a prestar servicios, porque «la organización, la cualificación y la experiencia del personal» sí están en disposición de influir en el rendimiento del contrato (Resolución 14/2020, de 9 de enero); no, sin embargo, el aquí y ahora enjuiciado.

En segundo término, y ponderando ahora el contenido del considerando 98 de la [norma](#), entiende que las condiciones básicas de trabajo y, en particular, las cuantías del salario mínimo deben seguir situadas al nivel establecido en la ley de cada Estado o en el convenio colectivo de aplicación. Esta vinculación hace que haya ciertas condiciones que reúnen los requisitos exigidos para poder operar como criterios de adjudicación o como condiciones de ejecución, mientras otras únicamente pueden operar como condiciones de ejecución, porque no permitan esa evaluación comparativa de la calidad de las ofertas tal y como se define en las especificaciones técnicas a que alude el considerando 104 de la [directiva](#) (Resolución 235/2019, de 8 de marzo). Esto último sucede cuanto ocurre con las retribuciones, al no ofrecer la necesaria vinculación directa con el objeto del contrato en sentido estricto (en este sentido, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia [-STSJ- de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 7 de junio de 2017 -rec. 318/2016-](#)), con la concreta prestación contratada, que en esta ocasión consiste en la impartición del programa de actividades deportivas programadas por el patrimonio contratante en la medida en la cual

[...] este tribunal no aprecia cómo esas mejoras de las condiciones salariales pueden mejorar el nivel de rendimiento del contrato o de su ejecución, ni cómo por ello pueden afectar de manera significativa a la mejor ejecución del contrato y, en definitiva, al valor económico de la oferta, como se requiere en la Directiva 2014/24, para que un criterio de adjudicación opere como tal y sea admisible.

Una afirmación se impone y constituye doctrina asentada: «no se comparte la hipótesis de que con mejoras salariales se prestarán necesariamente mejores servicios» (Resoluciones 235/2019, de 8 de marzo; 897/2019, de 25 de marzo, o 14/2020, de 9 de enero).

A mayor abundancia, como tercera consideración, la ponderación de este criterio social podría vulnerar el [artículo 14 de la Constitución española](#) (CE), pues, según ya había dicho con anterioridad (Resolución 235/2019, de 8 de marzo),

[...] si una empresa parte desde un principio con unas condiciones salariales mejores que las del convenio respecto de otra empresa, el esfuerzo para mejorar las condiciones salariales según el criterio impugnado será mayor en la oferta de esta última empresa, ya que a aquella le podría bastar con las condiciones que ya aplica como empresa a su personal. Así, si esta última empresa oferta las propias condiciones salariales que ya aplica en su empresa, no efectúa mejora alguna, aunque las condiciones salariales que ya aplica a su personal ya sí son mejores, pero la otra empresa, si parte de unas condiciones salariales peores a las que aplica aquella otra, sí puede esforzarse en mejorar sus condiciones salariales para el contrato licitado; sin embargo, si no supera las condiciones que ya aplica la otra empresa, obtendría menos puntos a pesar de haber mejorado las condiciones salariales que aplicaba sobre convenio. En definitiva, el criterio sería discriminatorio, pues valoraría condiciones de la empresa que ya aplica a todos sus trabajadores en un caso, mientras que en el otro valoraría solo condiciones salariales mejoradas para el personal que vaya a adscribirse a la ejecución del contrato.

Por último, la ponderación de estos salarios por encima de convenio, en la medida en la cual constituyan parte esencial del precio, fomentará la realización de ofertas económicamente más elevadas cuanto mayores sean también los costes salariales y viceversa, «traduciéndose en la presentación de ofertas más caras y menos beneficiosas económicamente para la Administración» (STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 23 de febrero de 2018 –rec. 337/2017–). De este modo, su admisión como cláusula social en la adjudicación hará que la oferta no sea la económicamente más justa y no pueda ser considerada como una forma de prestación «socialmente sostenible y justa» (Resolución 235/2019, de 8 de marzo) al afectar al principio de estabilidad presupuestaria, eficiencia económica y al control del gasto (STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 23 de febrero de 2018 –rec. 337/2017–); también, y no menos importante, parece atentar contra la libertad de empresas (art. 38 CE) al suponer una injerencia indebida en la relación entre la empresa y quienes prestan servicio en su favor.

Así las cosas y en virtud de las 4 razones anteriores, la expresión «socialmente sostenibles y justas», en referencia a las condiciones que figuran en los pliegos de contratación,

se refiere al nivel mínimo establecido por la normativa de aplicación. En el caso de los salarios, al salario mínimo interprofesional, o al fijado en el convenio de empresa o en el convenio colectivo sectorial de aplicación. Estos niveles salariales son los socialmente justos y sostenibles; por debajo de ellos, no lo son.

4. Trascendencia de la resolución y valoración crítica

No fue una evolución sencilla en la jurisprudencia europea la que llevó desde avalar que quien gana la licitación de obra pública puede abonar salarios inferiores a los previstos en convenio (STJUE de 3 de abril de 2008, C-346/06, asunto *Rüffert*) o no respetar el salario mínimo vigente en la ciudad donde se había ofertado el contrato de servicios públicos (STJUE de 18 de septiembre de 2014, C-549/13, asunto *Bundesdruckerei*) a sentar sin ambages que la imposición del salario mínimo previsto en la ley a través de una cláusula específica constituye una consideración de tipo social comparada la norma europea sobre contratación pública.

Este suelo, ahora firme en la práctica administrativa nacional, está sirviendo para asentar una doble virtud en relación con la negociación colectiva: desde un primer plano, y al tomar el salario mínimo del convenio del sector como referencia, corrige los desplazamientos de la negociación colectiva de este ámbito en favor de la empresa (art. 84.2 Estatuto de los Trabajadores –ET–) y penaliza la facilidad para el descuelgue salarial (art. 82.3 ET) al erosionar la capacidad como litigante de quien ha acudido a estas vías de flexibilidad en favor de la empresa; desde un segundo plano, algunos de los contenidos sociales consensuados por las partes del convenio de empresa (o del acuerdo específico que lo complementa) pueden encontrar adecuada recompensa a través de cláusulas destinadas a recoger y premiar tan buen quehacer.

El hecho de tomar el convenio sectorial como marco uniforme para una competencia leal en materia salarial, mientras afirma el primero de los planos, relega al segundo al olvido, al contrario de cuanto ocurre con otros aspectos sociales, medioambientales o innovadores de distinta naturaleza. Por este motivo y en la medida en que las mejoras retributivas tampoco son objeto propio de una condición especial de ejecución (art. 202.3 LCSP), los esfuerzos a nivel empresarial por mejorar directamente la situación económica de las personas empleadas habrán de verse postergados en aras de una igualdad en el plano mercantil que, además, permite a la Administración –en teoría– adjudicar el contrato al mejor precio.

Libre competencia y selección de la oferta económicamente más ventajosa (art. 1.1 LCSP) que relega el factor calidad en su relación con el precio (art. 1.3 LCSP), cuando, en realidad, los 4 postulados sobre los cuales se alza la doctrina asentada (y, en gran medida, la propia jurisprudencia europea) pudieran ser discutidos en una línea de evolución futura más atenta a los fines institucionales de carácter público a los cuales también debe servir la contratación administrativa:

En primer lugar, habiendo admitido que la organización, la calificación y la experiencia del personal pueden influir en el rendimiento del contrato, bien cabría considerar que determinados complementos salariales (llamados a premiar cualidades subjetivas o circunstancias objetivas o funcionales) constituyen factores susceptibles de llevar a ese contraste entre ofertas; vinculándolos, además, a un objeto del contrato que convierte esos datos cualitativos específicamente remunerados en un dato cuantitativo capaz de operar como factor con incidencia en el valor económico de la oferta.

En segundo término, difícil será aludir a una empresa discriminada si el énfasis no se sitúa sobre el esfuerzo que debe realizar quien tendría que mejorar las condiciones retributivas para el personal que vaya a adscribirse a la ejecución del contrato, sino que se hace sobre aquella entidad capaz de haber mejorado el salario con anterioridad y sin las miras puestas en la adjudicación de un concreto contrato administrativo, sino obediente tan solo al afán de beneficiar económicamente a su familia.

En fin, y aun cuando es verdad que, *a priori*, unos salarios más bajos pueden traducirse en una oferta más ventajosa para la Administración, también tal dato habría de resistir, en el caso concreto, la prueba de no acabar materializándose un superior beneficio para el adjudicatario.

Por todo lo cual y frente a una tesis administrativa consolidada (en gran medida a partir de un criterio judicial excesivamente apegado a cánones hermenéuticos clásicos), cabrá observar la práctica repetida en numerosos procedimientos que insisten en ponderar como conviene las mejoras salariales. Hasta ahora misión imposible, pero no cabe perder la esperanza.

Una propuesta configuracional para conectar futuros escenarios del trabajo con modelos de recursos humanos y tendencias en investigación organizacional

Fernando J. Pons Verdú (autor de contacto)

Profesor permanente laboral del Departamento de Psicología Social y del Instituto de Investigación en Psicología de los Recursos Humanos, del Desarrollo Organizacional y de la Calidad de Vida Laboral. Universidad de Valencia (España)

fernando.pons@uv.es | <https://orcid.org/0000-0002-1585-1831>

Amparo Ramos López

Profesora permanente laboral del Departamento de Psicología Social y del Instituto de Investigación en Psicología de los Recursos Humanos, del Desarrollo Organizacional y de la Calidad de Vida Laboral. Universidad de Valencia (España)

amparo.ramos@uv.es | <https://orcid.org/0000-0001-7932-2384>

José Ramos López

Catedrático de Psicología del Trabajo y las Organizaciones del Departamento de Psicología Social y del Instituto de Investigación en Psicología de los Recursos Humanos, del Desarrollo Organizacional y de la Calidad de Vida Laboral. Universidad de Valencia (España)

jose.ramos@uv.es | <https://orcid.org/0000-0003-0821-214X>

Este trabajo ha obtenido el **acceso** 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

La gestión de las personas en las organizaciones ha evolucionado durante los últimos 150 años al albur de los numerosos eventos acontecidos en el entorno. En este periodo, los efectos sistémicos de las sucesivas revoluciones industriales fueron modificando la manera en la que las organizaciones daban respuesta a la necesidad de gestionar a sus recursos humanos (RR. HH). Desde esta perspectiva histórica, el momento actual se presenta como un desafío para la profesión dada la velocidad y profundidad de los cambios respecto a otros momentos anteriores. En este trabajo se analizan cuatro escenarios a los que organizaciones y trabajadores y trabajadoras deben adaptarse, los seis principales modelos de RR. HH. así como las principales tendencias y temas de interés para la investigación. Tras el estudio de estos tres elementos se elabora una propuesta original enmarcada en la tradición configuracional en la que se conectan de acuerdo con un criterio de efectividad competitiva. A continuación, se desarrollan diversas directrices e implicaciones orientadas a estimular una reflexión en los ámbitos académico y profesional que redunde en la mejora de la calidad de las decisiones, algo especialmente relevante en un contexto competitivo que suele penalizar intensamente los errores.

Palabras clave: gestión de personas; tendencias de investigación; escenarios futuros; modelos de RR. HH.; estudio prospectiva; aproximación configuracional; tendencias RR. HH.; efectividad organizacional; desafíos organizacionales.

Recibido: 03-05-2023 / Aceptado: 08-09-2023 / Publicado: 07-05-2024

Cómo citar: Pons Verdú, F. J., Ramos López, A. y Ramos López, J. (2024). Una propuesta configuracional para conectar futuros escenarios del trabajo con modelos de recursos humanos y tendencias en investigación organizacional. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 480, 209-239. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.18889>



A configurational approach to connect future work scenarios with human resources models and organizational research trends

Fernando J. Pons Verdú (contributing author)

Profesor permanente laboral del Departamento de Psicología Social y del Instituto de Investigación en Psicología de los Recursos Humanos, del Desarrollo Organizacional y de la Calidad de Vida Laboral. Universidad de Valencia (España)

fernando.pons@uv.es | <https://orcid.org/0000-0002-1585-1831>

Amparo Ramos López

Profesora permanente laboral del Departamento de Psicología Social y del Instituto de Investigación en Psicología de los Recursos Humanos, del Desarrollo Organizacional y de la Calidad de Vida Laboral. Universidad de Valencia (España)

amparo.ramos@uv.es | <https://orcid.org/0000-0001-7932-2384>

José Ramos López

Catedrático de Psicología del Trabajo y las Organizaciones del Departamento de Psicología Social y del Instituto de Investigación en Psicología de los Recursos Humanos, del Desarrollo Organizacional y de la Calidad de Vida Laboral. Universidad de Valencia (España)

jose.ramos@uv.es | <https://orcid.org/0000-0003-0821-214X>

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

People Management in organizations has evolved over the last 150 years in response to the numerous events that have occurred in the environment. During this period, the systemic effects of successive industrial revolutions have been altering the way organizations respond to the need to manage their HR. From this historical perspective, the current moment is presented as a challenge for the profession given the speed and depth of changes compared to previous times. This paper analyzes four scenarios to which organizations and workers must adapt, the six main HRM models, as well as the main trends and topics of interest for ongoing research. After the study of these three elements, an original proposal is developed within the configurational tradition, connecting them according to competitive effectiveness perspective. Next, various guidelines and implications are developed aimed at stimulating reflection in both academic and professional spheres, resulting in the improvement of the quality of decisions, something particularly relevant in a competitive context that often heavily penalizes mistakes.

Keywords: people management; research trends; future scenarios; HR models; prospective study; configurational approach; HR trends; organizational effectiveness; challenges for organizations.

Received: 03-05-2023 / Accepted: 08-09-2023 / Published: 07-05-2024

Citation: Pons Verdú, F. J., Ramos López, A. y Ramos López, J. (2024). A configurational approach to connect future work scenarios with human resources models and organizational research trends. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 480, 209-239. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.18889>



Sumario

1. Introducción
 2. El entorno presente y futuro del trabajo y las organizaciones
 3. Los modelos de RR.HH.
 4. Tendencias y temas en investigación organizacional
 5. Conectando escenarios, modelos de gestión de personas y temas de investigación
 - 5.1. Escenarios y modelos de gestión de personas
 - 5.2. Escenarios y temas de investigación
 6. Conclusión
- Referencias bibliográficas

1. Introducción

El acrónimo VUCA¹, surgido a finales de los 90 para definir las características del entorno en el que compiten las empresas, parece haber quedado atrás. Se habla ahora de un entorno BANI² para referirse a la creciente dificultad de anticipar la configuración de los factores PESTEL³ y sus implicaciones para la toma de decisiones en las organizaciones. Pandemia, incremento de la inflación (por debajo del 5 % desde 1992) o inteligencia artificial son solo tres ejemplos. A tenor de lo sucedido (y acelerado) en los últimos años (y meses), parece que tiene sentido y da carta de naturaleza a la teoría del cisne negro de Taleb (2012).

La ocurrencia de este tipo de eventos, inesperados y con alto impacto en las organizaciones, ha afectado, necesariamente, a la gestión de las personas. A modo de ejemplo, en los últimos años el sector tecnológico ha sido un motor de empleo y un referente de desarrollo y prosperidad económica. Empresas multinacionales como Amazon, Meta (Facebook) o Salesforce incrementaron su capitalización bursátil hasta sus máximos históricos (hace apenas dos años), llegando a duplicar su plantilla durante la pandemia (e. g., en Amazon, 800k empleados en 2019 vs 1,6m en 2021). Sin embargo, en el último trimestre de 2022 estas mismas empresas fueron noticia por liderar el *ranking* de despidos en el sector tecnológico en los últimos 100 días del año, despidiendo a 18.000, 11.000 y 9.000 personas respectivamente (Lorenzo, 2023).

En este contexto cambiante e incierto, las organizaciones deben tomar decisiones para facilitar su adaptación a estas nuevas exigencias. Y es precisamente en este entorno de alta incertidumbre cuando es más necesario disponer de modelos adecuados para el análisis del entorno y la toma de decisiones (Hax y Wilde, 2003). Parafraseando a Hax: cuando se está en una tormenta en mitad del océano, es cuando más se necesita una brújula.

En el ámbito de la gestión de personas es frecuente encontrar recomendaciones universales derivadas de enfoques o modelos de gestión que se presentan como cosmovisiones basadas en un determinado sentido de la persona en las organizaciones, en ocasiones, independientemente de los factores contextuales que las afectan. Estos modelos suelen asumir un marco de referencia basado en una o una combinación de varias megatendencias de fondo (p. ej., la Agenda 2030 de Naciones Unidas, con objetivos de desarrollo

¹ Del inglés: *volatility, uncertainty, complexity, ambiguity*.

² Del inglés: *brittle, anxious, nonlinear, incomprehensible*.

³ Políticos, económicos, sociales, tecnológicos, ecológicos, legales.

sostenible como la sostenibilidad, la igualdad o la innovación). De este modo, además de los resultados más frecuentemente incluidos en el título de los modelos de RR. HH, como el desempeño, el compromiso y la implicación (Guest, 2022), estos modelos se orientan a desarrollar organizaciones más sostenibles, igualitarias o saludables y personas trabajadoras más felices, resilientes, éticas, etc.

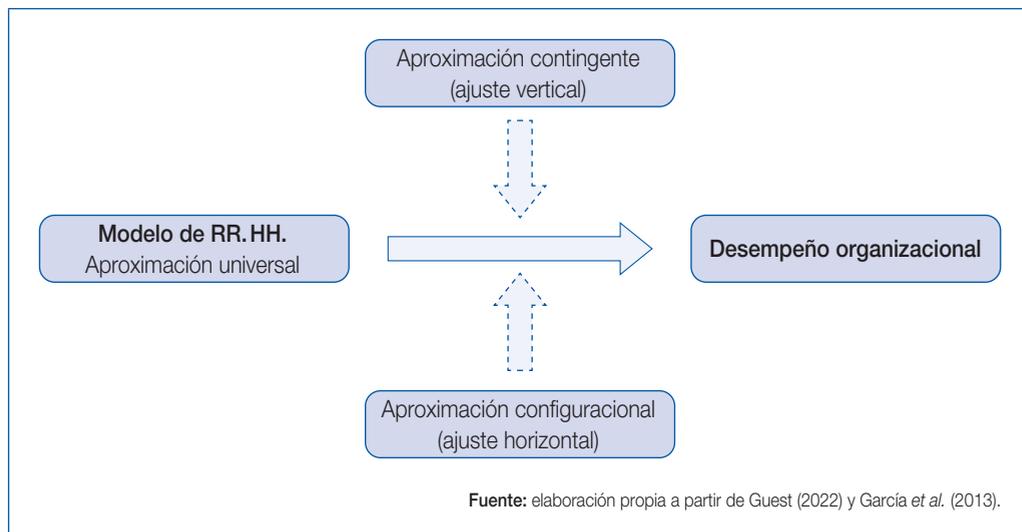
De igual modo, las preocupaciones y tendencias de la investigación en el ámbito de los RR. HH. suelen centrarse en temáticas relacionadas con la sensibilidad desarrollada en cada momento. Por ejemplo, el análisis de las tendencias laborales realizado anualmente por la Sociedad de Psicología Industrial y Organizacional (SIOP) ha identificado como principales tendencias en 2022 y 2023 una mayor sensibilidad por las condiciones del trabajo híbrido y remoto, la atracción y gestión del talento, así como garantizar entornos laborales y culturas inclusivas. Temas estos ampliamente investigados en el contexto pospandémico y que, como se verá posteriormente, han significado un importante número de publicaciones a nivel global en los últimos tres años.

Sin embargo, más allá de la bondad universal del propósito aducido por cada modelo o la pertinencia de los *trending topics* en la investigación, si la elección del modelo de gestión de personas se realiza en términos de competitividad de una organización, se hace difícil que las prácticas y recomendaciones que puedan resultar efectivas para, por ejemplo, una empresa tecnológica multinacional también lo sean para una pequeña organización que gestiona sus RR. HH. en un entorno de *gig economy* (e. g., Galán y Zúñiga, 2021).

Complementariamente a esta apreciación, en lo que se considera una referencia seminal en la perspectiva de la gestión estratégica de los RR. HH., Delery y Dotty (1996) identificaron tres aproximaciones que dirigen su atención a diferentes prácticas de gestión de personas y a su efectividad vinculada al grado de ajuste vertical (con la estrategia organizacional) y horizontal (con el resto de las prácticas y elementos del sistema de RR. HH.). En primer lugar, la aproximación universalista mantiene la existencia de unas mejores prácticas de RR. HH. facilitadoras del desempeño en cualquier situación organizacional. Otras denominaciones de este enfoque presentes en este tipo de modelos incluyen conceptos como: mejores prácticas de RR. HH., sistemas de trabajo de alto rendimiento (STAR), alta implicación o alto compromiso. En segundo lugar, la aproximación contingente mantiene que el impacto de las prácticas de RR. HH. en el desempeño organizacional dependerá del grado de ajuste vertical (congruencia entre ellas y la estrategia de negocio). En este sentido, dos de las tipologías de estrategias más utilizadas en la investigación para contrastar este ajuste han sido las propuestas por Porter (1980) y Miles y Snow (1978). Por último, la aproximación configuracional sostiene la existencia de sistemas ideales o combinaciones de elementos del sistema de RR. HH. más efectivos según la naturaleza de factores como el ambiente, la estrategia, la estructura o la cultura. Así, esta aproximación enfatiza que el impacto de las prácticas de RR. HH. sobre el desempeño organizacional está mediado por el ajuste horizontal, entre las prácticas y el resto de los elementos del sistema de RR. HH.

Estos tres enfoques pueden esquematizarse y considerarse de manera conjunta en un modelo integrador ilustrado en la figura 1.

Figura 1. Aproximaciones a la dirección estratégica de RR. HH.



Según García *et al.* (2013), aunque las tres aproximaciones enfatizan diferentes dimensiones, las conclusiones de las numerosas investigaciones empíricas realizadas durante más de tres décadas son complementarias. Respecto al ajuste vertical, además de la estrategia de negocio, la investigación ha relacionado la efectividad de las prácticas de RR. HH. con diferentes variables relacionadas con el entorno (sector, innovación, tecnología, estructura o tamaño), la organización (estructura, ciclo de vida o tecnología) o el contexto institucional (asociaciones profesionales, sindicatos o acción del gobierno). Por otro lado, la investigación realizada en torno al ajuste horizontal también ha elaborado importantes aportaciones, de modo que el grado de integración entre las políticas del sistema de RR. HH. se relaciona con una mejora de los resultados organizativos a través de las sinergias alcanzadas. Además, muchos de estos trabajos destacan la necesidad de equilibrar el ajuste horizontal con la capacidad del sistema de RR. HH. para responder a las necesidades del negocio y a los requerimientos del entorno. Es decir, conseguir un doble ajuste mediante: (a) modelos de gestión de personas integrados por prácticas internamente consistentes y congruentes con el propósito del modelo y (b) que el modelo elegido sea congruente con la estrategia de negocio, las variables organizativas y el entorno. Esto es, un modelo efectivo para responder a las necesidades competitivas de la organización.

De acuerdo con la aproximación y la literatura configuracional, los diversos modelos de gestión de personas suponen alternativas (políticas y prácticas) entre las que las organizaciones

pueden optar en función de la naturaleza de las variables contingentes. No obstante, los estudios empíricos no siempre han encontrado soporte a la hipótesis de que las empresas con políticas de recursos humanos ajustadas obtengan mejores resultados que las que no lo tienen (Samnani y Singh, 2013). Por lo tanto, parece necesario profundizar en la investigación para comprender mejor los efectos que el doble ajuste tiene sobre los resultados organizativos (García *et al.*, 2013). En este sentido, en este trabajo se plantean los siguientes objetivos:

- Analizar las implicaciones y desafíos de los diferentes escenarios a los que las organizaciones deberán adaptarse en los próximos años.
- Analizar e identificar el/los modelos de RR. HH. más efectivos en cada escenario.
- Analizar e identificar las tendencias y temas de investigación más relevantes y pertinentes en cada escenario.

En síntesis, la anteriormente mencionada brújula de Hax equivale a disponer de un modelo de análisis y decisión efectivo (en sentido *druckeriano*) que permita identificar el entorno en el que se opera, sus exigencias y las estrategias válidas para mantener la competitividad. Y, por otro lado, en relación con la gestión de personas, un modelo que oriente la toma de decisiones hacia aquellas dimensiones más alineadas con las necesidades estratégicas de la organización, más allá de modas y tendencias de gestión pretendidamente válidas en cualquier configuración del entorno.

2. El entorno presente y futuro del trabajo y las organizaciones

Desde una perspectiva general, las líneas de investigación actual en el ámbito de la gestión de personas en las organizaciones se orientan hacia la consecución de tres objetivos: (1) conseguir el mejor ajuste posible entre la persona, su trabajo y la organización; (2) conciliar las necesidades de desempeño y bienestar, es decir, busca lograr los mejores resultados organizacionales cuidando la salud y el bienestar del personal laboral, y (3) lograr el compromiso de las personas con los proyectos organizacionales. Otro aspecto relevante es el hecho de encontrarnos en la denominada cuarta revolución industrial, caracterizada por un elevado ritmo de desarrollo tecnológico, digitalización del trabajo e innovación en el seno de las organizaciones. Esta nueva realidad laboral requiere la búsqueda de respuestas válidas a las reformulaciones de las preguntas tradicionales. Sin embargo, en algunos foros se apunta a que el momento actual responde a un cambio de paradigma, producto de la mencionada cuarta revolución industrial. El inconveniente en estos momentos de tránsito es que el cambio no se produce de manera rápida, ordenada y global. Por el contrario, es más probable que en esos momentos se dé una suerte de «vacío de paradigma» en el que las respuestas y soluciones anteriores resulten claramente insuficientes, pero el nuevo paradigma todavía no se haya aceptado completamente, por lo que las respuestas dadas desde el mismo también generen incertidumbre e incluso rechazo.

Atendiendo a la creciente complejidad que arrecia la tormenta en la metáfora de Hax, en primer lugar, es necesario identificar y ordenar los principales factores que dan forma al entorno en el que operan las organizaciones. Desde la perspectiva PESTEL, señalada anteriormente, un estudio desarrollado conjuntamente entre la consultora PwC y la Universidad de Oxford (Stubbings *et al.*, 2018) sobre el futuro del trabajo identificó cinco megatendencias que, según sus autoras, conformarán el entorno del futuro: (1) innovación disruptiva, (2) cambios demográficos, (3) urbanización creciente, (4) cambios geopolíticos y (5) escasez de recursos derivada del cambio climático.

Algunas de estas megatendencias tienen que ver con las grandes transformaciones que están sufriendo las organizaciones y el entorno en el que operan y que ya fueron sugeridas por Peiró *et al.* (1996) hace casi tres décadas. Estos autores señalaron las principales transformaciones de nuestro entorno socioeconómico y laboral, diferenciando entre cuatro factores externos: (1) la nueva economía derivada de la internacionalización y globalización de los procesos económicos y como consecuencia de ello un incremento de la competitividad entre las organizaciones y una mayor variabilidad de las demandas; (2) el desarrollo e innovación tecnológicos, sobre todo las tecnologías de la información; (3) las transformaciones de carácter social a consecuencia de la desaparición de límites y fronteras, y (4) las transformaciones demográficas relacionadas con la disminución de la tasa de crecimiento de la población y las consecuencias asociadas respecto a la diversidad y heterogeneidad de la población. Acertadamente, Peiró *et al.* (1996) ya anticipaban un futuro muy dinámico, con un mundo laboral muy diferente al de años anteriores, con una mayor variedad de situaciones que requerirían una gran capacidad de adaptación y supondrían profundas diferencias entre diversos grupos sociales. Estos autores destacaban las nuevas formas de producción, con una mayor concentración de la actividad en el sector servicios y la desaparición (por obsoletos) de muchos puestos de trabajo tradicionales, cambios en el nivel de cualificación requerido a las personas trabajadoras y cambios en las relaciones con otros colectivos como usuarios y proveedores. También vislumbraban nuevas configuraciones organizacionales más pequeñas, más flexibles, con estructuras internas más simples e interrelacionadas con otras organizaciones de su entorno; nuevos tipos de trabajo caracterizado por un descenso de la actividad laboral física y el incremento de la actividad mental, trabajo en pequeños grupos, nuevas formas de comunicación tecnológicas y reducción de niveles jerárquicos, entre otros aspectos.

En consecuencia, los cambios económicos están redistribuyendo el poder, la riqueza, la competencia y las oportunidades laborales en todo el mundo. Por ejemplo, pasando de un modelo de empleo «para toda la vida» a multitud de trabajos simultáneos en distintas plataformas; al mismo tiempo que las innovaciones disruptivas, el «pensamiento radical», los nuevos modelos de negocio y la escasez de recursos están afectando a todos los sectores de actividad. En este contexto, las organizaciones necesitan un propósito claro y significativo para atraer, mantener y desarrollar a sus miembros y otros grupos de interés. En el estudio de Stubbings *et al.* (2018) se vaticinan tres etapas relacionadas con el grado de desarrollo tecnológico y su impacto en los factores laborales:

- Actualidad-inteligencia asistida: representada por una automatización repetitiva de tareas estandarizadas. Implica una mayor demanda de habilidades CTIM (ciencia, tecnología, ingeniería y matemáticas) para construir un nuevo ecosistema tecnológico.
- Futuro emergente-inteligencia aumentada: caracterizada por un cambio fundamental en la naturaleza del trabajo. Los seres humanos y las máquinas colaboran para tomar decisiones. Los rasgos exclusivamente humanos (inteligencia emocional, creatividad, persuasión e innovación) se convierten en más valiosos.
- Futuro-inteligencia autónoma: representada por una adaptación continua en la que los sistemas inteligentes se hacen cargo de la toma de decisiones. Se cuestiona el futuro de los seres humanos en el trabajo.

Más allá de una visión única sobre el futuro, como ejercicio de prospectiva basado en la técnica del diseño de escenarios, el estudio de Stubbings *et al.* (2018) resulta especialmente interesante por las diferentes implicaciones laborales y organizacionales que se derivan de cada uno de los cuatro futuros escenarios identificados. Estos escenarios laborales resultan de la combinación de dos dimensiones bipolares (relacionadas con el tipo de oferta y demanda) que ya existen en la actualidad en diferentes contextos: colectivismo vs individualismo y fragmentación organizacional vs integración corporativa. Las situaciones previstas presentan las siguientes características:

- Colectivismo: predomina la justicia y la igualdad, el bien común prevalece sobre el individual (e. g., responsabilidad colectiva por el medio ambiente, el bien social y la «justicia» sobre el interés individual).
- Individualismo: predomina el egoísmo, «yo primero». Foco en los deseos individuales como respuesta a infinitas opciones disponibles.
- Fragmentación organizacional: las grandes organizaciones pierden su dominio a medida que los clientes y usuarios valoran la relevancia de sus decisiones y las organizaciones consideran que el tamaño es más una debilidad que una fortaleza. Los colectivos sociales y agrupaciones por afinidad ganan protagonismo.
- Integración corporativa: las grandes organizaciones lo gobiernan todo, se hacen más grandes, más influyentes y abarcan diferentes facetas de la vida.

Este enfoque para la construcción de escenarios se basa, en esencia, en un método ampliamente utilizado en los estudios de prospectiva consistente en dilucidar los dos extremos en los que puede evolucionar la oferta (integrada-fragmentada) y la demanda (colectivista-individualista) en un determinado contexto. De este modo, el resultado es una matriz de 2×2 en la que cada uno de los cuatro cuadrantes identifica un escenario distinto en el que se combina un determinado tipo de oferta y de demanda. A partir de estas cuatro aproximaciones, en la figura 2 se ilustran los cuatro escenarios laborales identificados por las autoras con diferentes implicaciones para las organizaciones y las personas trabajadoras.

Figura 2. Los cuatro mundos del trabajo en 2030 según PwC.



Es importante señalar que estos cuatro escenarios no son excluyentes en un mismo momento temporal y pueden coexistir en diferentes ámbitos, sectores de actividad y/o contextos geográficos. Esto es, no se trata de una predicción lineal de un único futuro del trabajo, sino de la predicción de cuatro escenarios derivados de la evolución de las megatendencias identificadas.

Por este motivo, estos escenarios plantean numerosos desafíos a la gestión efectiva de personas en las organizaciones. Por ejemplo, atendiendo a esta potencial coexistencia, el principal reto radica en la necesidad de ser flexible para profesionales de la disciplina. Esto es, el o la profesional de la gestión de personas podrá especializarse en alguno de estos escenarios o deberá disponer de la adaptabilidad suficiente como para poder atender a los diversos (y en ocasiones contrapuestos) retos y demandas que cada escenario plantea. En otras palabras, tratar de alcanzar los objetivos señalados anteriormente en los diferentes escenarios apunta a la equifinalidad en el sistema de gestión de RR.HH. y, en consecuencia, a la necesaria flexibilidad para emplear el modelo de gestión de personas más adecuado en cada escenario. Además, la situación provocada por la pandemia de la COVID-19 ha

incrementado estas demandas de adaptación. Por ello, según Spreitzer *et al.* (2017), la flexibilidad laboral y sus consecuencias sobre el personal será en los próximos años una de las temáticas de mayor interés para la investigación y la práctica profesional. En la tabla 1 se analizan brevemente las principales implicaciones en cada uno de los escenarios descritos.

Tabla 1. Implicaciones para el personal trabajador y organizaciones en cada escenario.

	Implicaciones para el personal y las organizaciones	Desafíos organizacionales
Mundo rojo	<ul style="list-style-type: none"> • Se valora la especialización y las personas desarrollan las habilidades más demandadas para obtener mayores ingresos. • Las organizaciones suelen ser simples y ágiles, complementadas por el talento individual externo. • Un pequeño número de personas fundamentales con destacadas habilidades de gestión obtienen grandes ingresos. • Personas con ideas afines colaboran entre sí, con la ayuda de la tecnología, lo que genera burbujas de innovación. • Se trabaja por proyectos que se ejecutan rápidamente, los especialistas pasan rápidamente de uno a otro. 	<ul style="list-style-type: none"> • La velocidad de comercialización es crítica: cualquier jerarquía o proceso de toma de decisiones que retrase la innovación es una barrera para el éxito. • Mientras las ideas florecen, las organizaciones compiten por poseerlas. • La innovación crea un entorno de alto riesgo; el esfuerzo por actualizar la regulación legal provoca impactos desiguales e inesperados. • La fuerza laboral es ágil, pero existe una competencia intensa por adquirir las habilidades críticas.
Mundo azul	<ul style="list-style-type: none"> • Aparte de un grupo central estable de personas de alto rendimiento, el talento se compra dónde y cuándo se necesita. Los contratos de disponibilidad se utilizan para las habilidades poco comunes. • Guerra por el talento: el personal con más talento contrata agentes para negociar y administrar su carrera. • Las organizaciones buscan jóvenes con alto potencial, estableciendo vínculos con escuelas. • El personal, de todos los niveles, asume un papel activo en su propio desarrollo profesional, perfeccionando sus habilidades. • La sociedad se divide entre profesionales con una carrera corporativa y profesionales sin acceso al mismo nivel de beneficios. 	<ul style="list-style-type: none"> • Las necesidades de tamaño y economías de escala incrementan las amenazas externas (e. g., ataques tecnológicos) y dificultan el cambio rápido. • Se incrementa el valor del capital humano en la dirección de las organizaciones, esto presiona al alza la retribución, particularmente de la alta dirección. • Las organizaciones desarrollan modelos y sistemas que permiten negociar a las personas el valor de su capital humano en función de las estrategias personales.



	Implicaciones para el personal y las organizaciones	Desafíos organizacionales
Mundo verde	<ul style="list-style-type: none">• Las personas se sienten atraídas por empresas «verdes» a las que admiran porque sus valores coinciden con los suyos.• Aun así, la competencia por los mejores talentos sigue siendo intensa. La retribución económica sigue siendo importante.• Los incentivos, cada vez más ingeniosos, son una herramienta esencial para atraer y retener a los trabajadores (e. g., permisos retribuidos para colaborar en proyectos sociales).• Se espera que la plantilla refleje los valores de su empleador o empleadora, tanto en el trabajo como fuera de él, a través de promesas organizativas.• Los viajes están estrictamente controlados y monitoreados y existen incentivos para el uso eficiente de los recursos.• La idea de un trabajo de por vida vuelve al léxico del entorno laboral.	<ul style="list-style-type: none">• Comunicar de manera efectiva el propósito y los valores organizacionales a las personas adecuadas es un requisito fundamental.• Es crítico generar y mantener la confianza del personal laboral y de la sociedad en general, especialmente respecto al uso de la automatización.• La marca debe estar protegida en todo momento. La posibilidad de un comportamiento no responsable socialmente dentro de la organización o en cualquier parte de la cadena de suministro conlleva enormes riesgos. La garantía de calidad y la vigilancia son primordiales.• Cumplir con las normas no es suficiente: las organizaciones están presionadas para elevar las exigencias y establecer políticas y prácticas que vayan más allá e incluso se anticipen a los requisitos reglamentarios.• Las organizaciones deben equilibrar los objetivos financieros a corto plazo y el bien social a largo plazo.
Mundo amarillo	<ul style="list-style-type: none">• Personas con ideas afines colaboran entre sí con la ayuda de plataformas tecnológicas.• Las personas se reúnen para colaborar en proyectos o ideas durante el tiempo que sea necesario.• Los gremios o asociaciones ayudan a los y las trabajadoras a generar escalas cuando es necesario y a mantenerse actualizados y generar confianza en sus servicios.• Los gremios brindan a sus componentes un fuerte sentido de identidad: quienes los forman se ven como integrantes de su profesión, identificándose entre sí por sus habilidades, intereses y objetivos particulares.• Los incentivos no económicos se evalúan de manera justa como compensación por una retribución menor.	<ul style="list-style-type: none">• La reputación, la marca y un buen historial ético son esenciales. El riesgo de daños por parte de personas deshonestas debe gestionarse activamente.• Las organizaciones son juzgadas por la confianza y la equidad; el propósito de la organización debe estar claramente articulado y «vívido».• La gestión ética y transparente de la cadena de suministro es fundamental y se aplican sanciones a lo largo de la cadena por incumplimiento.• Las relaciones con los gobiernos y las ONG son vitales y deben gestionarse de cerca.

	Implicaciones para el personal y las organizaciones	Desafíos organizacionales
--	--	---------------------------



Mundo amarillo (cont.)	<ul style="list-style-type: none">El trabajo es a menudo un concepto fluido. Una semana laboral estandarizada de lunes a viernes de 9:00 a 18:00 es rara; las fronteras entre el hogar y el trabajo se difuminan.	
------------------------------	---	--

Fuente: elaboración propia a partir de Stubbings et al. (2018).

Algunos de estos aspectos y tendencias no son realmente nuevos, Katzell (1994) ya señalaba como principales tendencias la mayor complejidad de las teorías y modelos que incrementan el número de variables relevantes sobre un tema; la aplicación de la teoría de sistemas a distintos temas de investigación; el interés por los grupos en el trabajo, su influencia en los individuos y las relaciones entre grupos diferentes; la mayor diversidad en la composición de las organizaciones, y el interés por nuevos resultados organizacionales distintos a los considerados tradicionalmente, como el estrés laboral, *burnout* o salud laboral, entre otros, además de la creciente importancia de la tecnología.

3. Los modelos de RR.HH.

En el apartado anterior se han analizado las diferentes demandas derivadas del escenario particular en el que cada organización desarrollará su actividad. De acuerdo con las aproximaciones contingente y configuracional, a continuación, la organización necesita identificar las alternativas, en forma de modelos de gestión de personas, a efectos de optar por aquel que resulte más efectivo en ese escenario.

La delimitación del alcance y los objetivos del sistema de gestión de personas en una organización depende de los modelos de organización y comportamiento organizacional asumidos. De este modo, en el proceso de dirección de la organización, al elegir un modelo de gestión de personas, se dirige la atención hacia el propósito general de ese modelo y se desarrolla una mayor sensibilidad hacia ciertas dimensiones asociadas, ignorando otras. Es decir, el modelo ejerce de filtro en la recogida de información, determina el contenido y la orientación, operacionalizando variables e instrumentos de gestión. Además, determinan la forma de integrar la información en el análisis y ofrecen un marco teórico donde interpretar los resultados. Y, por último, establecen hipótesis de relaciones que permiten incrementar la calidad de las decisiones tomadas. Así, el modelo teórico, aunque simplifica la realidad, evita sesgos u olvidos peligrosos y no introduce distorsiones esenciales, siendo fundamental para garantizar la calidad del análisis y la toma de decisiones.

Como en otros subsistemas organizacionales, en el contexto de la gestión de personas existen numerosos modelos orientados a diferentes propósitos organizacionales y compuestos por distintas prácticas de gestión de RR.HH. (e. g., Boon *et al.*, 2019; Salanova *et al.*, 2012, o Peiró, 1999).

Como se ha descrito anteriormente, el segundo objetivo de este trabajo es identificar las principales aproximaciones a la gestión de personas que se pueden encontrar con mayor frecuencia en la actualidad. Por este motivo, no se pretende realizar una revisión de modelos particulares sino una aproximación general que permita identificar los principales enfoques de estos. Boxall y Purcell (2016) identifican diez modelos de gestión de personas y advierten que, a menudo, estos modelos pueden coexistir en la misma organización. En la tabla 2 se enumeran y analizan brevemente los diferentes modelos de RR.HH. identificados por Guest (2022) a partir de tres criterios de clasificación: sus objetivos principales, las principales prácticas de gestión de personas incluidas y los resultados pretendidos.

Tabla 2. Modelos de gestión de RR.HH.

	Objetivo	Prácticas	Resultados
Modelo de relaciones industriales	Buenas relaciones industriales	<ul style="list-style-type: none">• Negociación colectiva.• Acuerdos laborales.• Comunicación.	<ul style="list-style-type: none">• Baja conflictividad.• Bajo absentismo.• Comunicación.
Modelo de alto rendimiento o desempeño	Alto desempeño organizacional	<ul style="list-style-type: none">• Selección.• Formación.• Sistemas de incentivos.• Gestión del desempeño.	<ul style="list-style-type: none">• Desempeño organizacional.• Retención de talento.
Modelo de alta implicación	Alta implicación en el puesto	<ul style="list-style-type: none">• Diseño de puestos.• Trabajo en equipo.• Comunicación bidireccional.• Formación para la implicación.	<ul style="list-style-type: none">• Alta motivación.• Alto empoderamiento e innovación.
Modelo de bienestar	Alto bienestar laboral	<ul style="list-style-type: none">• Liderazgo de apoyo.• Diseño de puestos.• Participación/sugerencias del personal (<i>voice</i>).• Justicia organizacional.• Flexibilización del trabajo.	<ul style="list-style-type: none">• Alto bienestar psicológico, físico y social.



	Objetivo	Prácticas	Resultados
Modelo de alta sostenibilidad	Alta sostenibilidad y liderazgo ético	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Compliance</i>. • Retribución digna. • Promoción de diversidad. • Promoción medioambiental. • Promoción de empleabilidad social. 	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Compliance</i> medioambiental, social y comunitario.
Modelo de control	Minimización de costes	<ul style="list-style-type: none"> • Externalización. • Gestión algorítmica. • Contratos de cero horas. • Retribución por incentivos. 	<ul style="list-style-type: none"> • Máxima eficiencia. • Aprovisionamiento suficiente de trabajadores. • Aceptable atención al cliente.

Fuente: elaboración propia a partir de Guest (2022).

En resumen, cada organización prioriza, consciente o inconscientemente, un determinado enfoque en relación con el modo en que gestiona sus RR.HH. Esta asunción de un modelo, más o menos deliberada, implica asumir también los elementos ideológicos y aplicados que fundamentan el marco de referencia del modelo en cuestión que, por otro lado, afectarán a la conducta, el bienestar y el desempeño de sus miembros. Por este motivo, el ajuste entre el entorno, la estrategia y la gestión de personas resulta esencial para facilitar la competitividad de la organización.

4. Tendencias y temas en investigación organizacional

El devenir de la gestión de personas en las organizaciones está estrechamente relacionado con la situación, los cambios y las tendencias que ocurren en diversas ciencias, en las organizaciones y en la sociedad en general. Desde esta perspectiva, existe un amplio consenso en torno a la idea de que en las últimas décadas se han producido importantes cambios en diferentes facetas. Considerando la técnica de análisis estratégico del entorno general (PESTEL), es posible identificar numerosas tendencias y factores de cambio, cada vez con un enfoque más global y de mayor incertidumbre. Por ejemplo, partiendo de una aproximación tecnológica (T), la automatización y la inteligencia artificial están reemplazando diversas tareas y puestos, desarrollados tradicionalmente por seres humanos, y están modificando las habilidades que las organizaciones buscan en el mercado laboral. Estos cambios plantean enormes desafíos organizativos en un momento en el que las organizaciones ya están lidiando con riesgos, disrupciones y perturbaciones políticas (P) y sociales (S) sin precedentes.

Según Cantera (2018), la digitalización no solo es un cambio tecnológico, también es un cambio humano que afecta a la conducta a través de la experiencia personal. De este modo, el futuro de la profesión demanda una evolución desde un rol reactivo (centrado en proporcionar soluciones a los problemas existentes diagnosticados en la organización) a un rol proactivo desde el que, sirviéndose del análisis de *big data* sobre el comportamiento de las personas, se puedan realizar previsiones que permitan intervenir antes del desarrollo de los problemas. En definitiva, ser experto en prevenir además de solucionar. Por otro lado, este «rol expandido» que, además de lo digital, incorpora la gestión de la diversidad (generacional, cultural, competencial, experiencial y de género), la globalización o la terciarización del trabajo, plantea nuevas funciones para la gestión de RR. HH.

Continuando con la perspectiva tecnológica, factores como el análisis de *big data*, la tecnología *blockchain* o la inteligencia artificial obligan a repensar los modelos de organización existentes y a desarrollar nuevas configuraciones organizacionales. En ellas, habrá que rediseñar las interacciones entre los seres humanos y las máquinas, teniendo en cuenta que las relaciones de persona a persona están siendo reemplazadas, cada vez más, por interacciones persona-máquina e incluso máquina-máquina. Desde las perspectivas política (P), económica (E) y social (S), estas (y otras) tecnologías están facilitando la aparición de nuevos modelos de negocio en organizaciones comerciales que generan unas relaciones laborales cada vez más flexibles. Por ejemplo, la denominada *gig economy*, basada en la flexibilidad y las tecnologías de la información, donde, en muchas ocasiones, las personas empleadas han pasado a ser usuarias de una plataforma en la que son dirigidas por un algoritmo. Este modelo afecta, al menos, a las relaciones entre las partes interesadas de la organización, al vínculo entre el trabajador o la trabajadora y la organización, al contrato psicológico entre ambos, etc. Conviene matizar que no se trata solo de una previsión futura, ya que en 2016 este modelo económico y productivo ya afectaba en Estados Unidos a más del 20 % de la población activa (Manyika *et al.*, 2016).

Por otro lado, estas mismas tecnologías han favorecido la aparición (y desaparición de puestos más convencionales) de numerosas ocupaciones y perfiles laborales vinculados a la denominada ciencia de datos y nuevas estructuras organizativas como, por ejemplo, la holocracia. Basada en el concepto de «holarquía», acuñado por Koestler (1967), la holocracia es un modelo de organización en el que no existe un organigrama formalizado y las personas desarrollan su actividad de forma autónoma, de manera que la autoridad y la toma de decisiones se distribuyen horizontalmente en lugar de ser establecidas por un criterio de jerarquía. Este modelo de organización sin puestos jerárquicos se ha multiplicado en los últimos años a lo largo de todo el mundo. Un caso paradigmático de este modelo es la empresa estadounidense de comercio electrónico de calzado Zappos. Fundada en 1999, en 2007 su facturación superó los 1.000 millones de dólares con una plantilla de más de 1.500 personas. A partir de 2013, con intención de estimular la felicidad en el trabajo, se comenzaron a sustituir las jerarquías y los cargos por «círculos», equipos autoadministrados que desarrollaban proyectos y a los que las personas elegían voluntariamente unirse o no. En la práctica, el sistema resultó demasiado ambiguo y confuso para una parte del personal (e. g., por las dificultades para establecer las retribuciones). Como resultado, en 2015 el 29 % de

la plantilla decidió abandonar la empresa. Finalmente, la compañía comenzó a abandonar el sistema holocrático para volver a un sistema jerárquico más convencional (BBC, 2021). Estos factores también están consolidando modelos organizativos que, aun siendo menos novedosos, se apartan del estándar clásico de organización, más o menos jerarquizada, como son las organizaciones en red, las organizaciones proyectizadas o las organizaciones centradas en el cliente (*customer centric*).

Este cambio en el significado de la organización desencadena numerosos temas nuevos para la investigación en el contexto organizacional. Por ejemplo, las nuevas relaciones de empleo (movilidad, mecanismos y programas de recompensas, equidad y justicia en el trabajo, cambios en el significado de variables como el compromiso organizacional), el aprendizaje organizacional y las relaciones entre trabajo y otras esferas de la vida (ocio, comunidad o instituciones sociales de apoyo).

Por su influencia sobre las futuras líneas de trabajo, de manera resumida, se revisan a continuación algunos de los aspectos más relevantes en la investigación y la práctica profesional actual, así como los temas de mayor presencia en el ámbito de la disciplina organizacional.

Desde una perspectiva cognitiva, aunque en los últimos años se han realizado numerosos estudios en torno a las relaciones entre variables de distintos niveles, siguen destacando las temáticas relacionadas con el clima organizacional, el liderazgo, la socialización y la cultura organizacionales.

Otra línea de trabajo reciente se refiere al impacto dramático que la COVID-19 ha tenido en los trabajadores y las trabajadoras y en los entornos organizacionales de todo el mundo. Ante esta situación, se ha trabajado sobre la pérdida del empleo y el afrontamiento del estrés. Por ejemplo, Blustein y Guarino (2020) han explorado el miedo y la ansiedad que estimula el desempleo masivo provocado por la pandemia de la COVID-19 y han sugerido intervenciones sistémicas, apoyo relacional y estrategias de afrontamiento individuales para mitigar el impacto de la pérdida del empleo y su consiguiente sensación de terror. Kniffin *et al.* (2021) han realizado una amplia revisión de las investigaciones desarrolladas en este contexto con el objetivo de analizar las implicaciones de la COVID-19 para el trabajo, el personal, los equipos y las organizaciones. Esta revisión identifica dos temáticas desarrolladas en la literatura reciente: (a) cambios emergentes en las prácticas laborales (e. g., trabajar desde casa o trabajo en equipos virtuales) y (b) cambios emergentes para los trabajadores y las trabajadoras (e. g., distanciamiento social, estrés y desempleo). Además, se examinan los posibles efectos moderadores de variables y características demográficas, diferencias individuales y normativas organizativas, dado que la pandemia provocó efectos dispares en las personas trabajadoras.

También relacionado con el trabajo remoto, intensificado desde la COVID-19, los estudios sobre el conflicto trabajo-familia y las prácticas para lograr la conciliación familiar siguen estando presentes en la investigación actual. Por otra parte, una de las consecuencias

derivadas del confinamiento ha sido el estudio de fenómenos como el trabajo a distancia, el teletrabajo y el trabajo remoto o el presentismo, así como el estudio del impacto de la tecnología en el trabajo y en las organizaciones (Charalampous *et al.*, 2019). Específicamente, la investigación relacionada con la influencia del *big data* y la inteligencia artificial, tanto en los problemas micro como en los problemas macro, se convertirá en temas relevantes tanto para investigadores como para profesionales (Oswald *et al.*, 2020).

En congruencia con lo apuntado anteriormente, la gestión de la diversidad también ha suscitado gran interés en los últimos años. Por ejemplo, analizar la discriminación derivada de la mayor diversidad en la fuerza laboral o analizar la influencia sobre otras variables y resultados organizacionales (Joshi y Neely, 2018).

Otra línea de trabajo analiza fenómenos organizacionales mediante nuevos enfoques metodológicos asumiendo una mayor complejidad de los temas estudiados. En esta línea se encuentran temas como la eficacia en los equipos de trabajo, la innovación, el desempeño, el contrato psicológico o los procesos de selección que incorporan elementos tecnológicos (Dalal *et al.*, 2020; Lee *et al.*, 2020).

También hay una mayor presencia del estudio de los aspectos emocionales en las organizaciones y de las consecuencias que las emociones producen en los entornos laborales (Baker, 2019). Complementariamente, los avances en psicología positiva han impulsado la incorporación de temas relacionados con el bienestar y los aspectos positivos. Por ejemplo, el *engagement* como reverso del *burnout*, la satisfacción con la vida y las prácticas organizacionales que puedan mejorar el bienestar de la plantilla, las prácticas de *Job Crafting* o los resultados de la conducta laboral proactiva (Di Stefano y Gaudiino, 2019; Parker *et al.*, 2019).

La relación entre los cambios en el entorno y el interés por determinados temas de investigación queda patente cuando se analiza desde una perspectiva bibliométrica. A modo de ejemplo, el estado de alarma declarado en España a consecuencia de la COVID-19 hizo que el porcentaje de establecimientos que utilizaba el trabajo a distancia pasara del 14,8 % al 48,8 % y que el porcentaje de plantilla en teletrabajo creciera del 32,1 % al 49,7 % (Fernández, 2021). En este contexto, González y Calderón (2022) han analizado recientemente la evolución de las publicaciones sobre teletrabajo en el periodo 2000-2020. En su revisión han encontrado que el 2019 fue el año con mayor número de publicaciones anuales hasta esa fecha (2000-2019). Aun así, como consecuencia de la necesidad de trabajar de manera remota desde marzo de 2020, ese año supuso un incremento interanual de las publicaciones del 84 % (sobre el máximo en 2019) y concentró el 18 % del total de las publicaciones en el periodo 2000-2020.

Otro ejemplo de esta relación es el incremento del interés por el bienestar y la calidad de vida en la última década, coincidente con la entrada en la madurez de la generación X y la irrupción laboral de la generación Y. En este contexto, temas como la felicidad, el *mindfulness* o la resiliencia, solo por poner tres ejemplos, han sido ampliamente popularizados en

los últimos años. En el ámbito organizacional, la aproximación bibliométrica al estudio de las organizaciones saludables realizada por Acuña *et al.* (2022) evidencia que las publicaciones hasta la década de 1990 fueron escasas, aumentando ligeramente en el primer decenio del siglo XXI. Sin embargo, a partir del año 2013 se produjo un significativo incremento equivalente a más del 60 % de las publicaciones durante el periodo estudiado (1962-2020). De este modo, parece clara la existencia de un «efecto arrastre» de los cambios en las dimensiones PESTEL y cómo estos ejercen de creadores de tendencia, poniendo de moda (no solo en la acepción estadística del término) en la investigación aquellos temas más populares también entre la población general.

5. Conectando escenarios, modelos de gestión de personas y temas de investigación

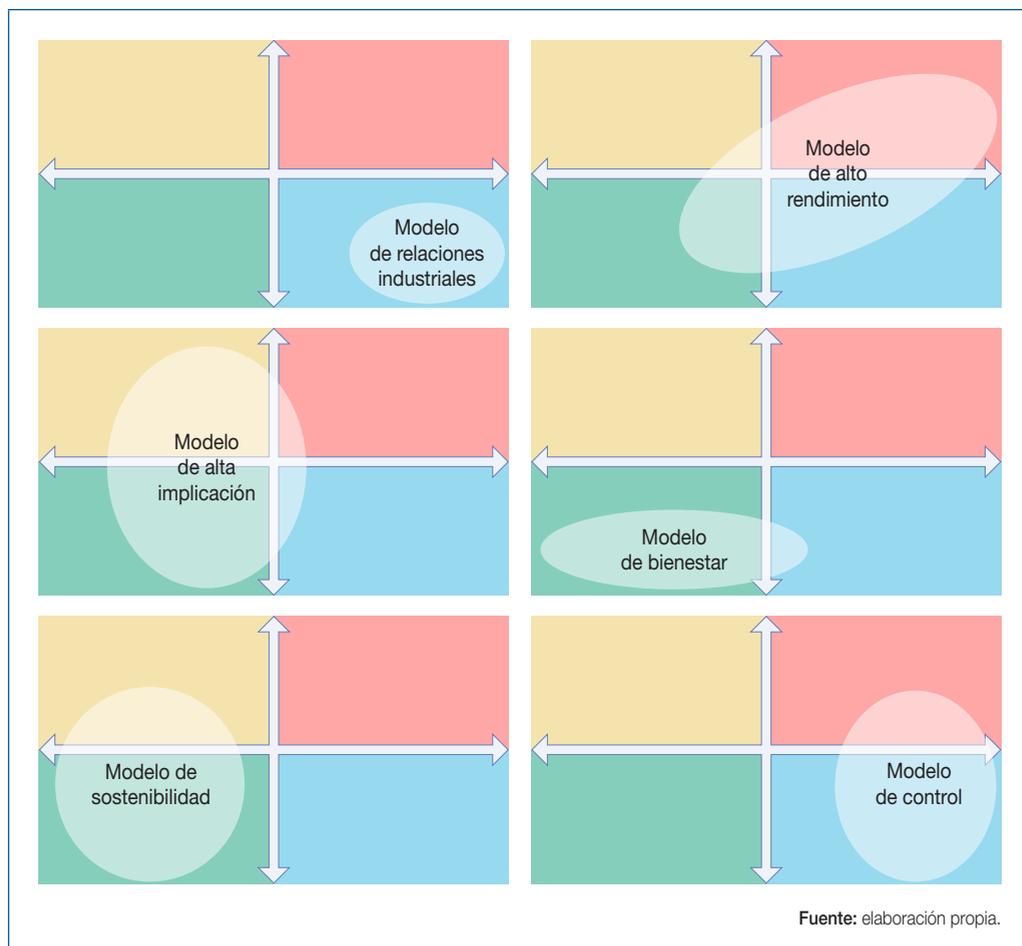
El ajuste entre los modelos de gestión interna y los cambios en las condiciones del entorno ha sido ampliamente estudiado y desarrollado en el contexto de diversos subsistemas organizacionales. Por ejemplo, en el ámbito de la dirección estratégica, el propio sentido y objetivo de la estrategia ha ido evolucionando y poniendo el foco en aspectos diversos según las características y las exigencias del entorno. Así, desde un concepto de «plan» en la década de 1950 (la reconstrucción tras la Segunda Guerra Mundial requería priorizar la planificación financiera y el control presupuestario) o «diversificación» en los años 60, se pasó a un sentido de «diferenciación» en la década de 1980 (centrado en la necesidad de analizar la competencia y la ventaja competitiva derivada de la incipiente globalización) y ya desde los 90 hasta hoy como «innovación», con un énfasis en la «gestión ágil» en los últimos años (por el incremento de la incertidumbre y la velocidad de los cambios en el entorno). Esto no quiere decir que en cada momento solo, y de manera excluyente, la estrategia deba orientarse a la planificación, la diversificación, la diferenciación o la innovación, sino que la dirección efectiva consistirá en balancear y equilibrar en cada momento todos estos enfoques para conseguir el objetivo de la organización, en palabras de Hax y Majluf (2004): garantizar su continuidad vital facilitando, al mismo tiempo, su adaptación a un entorno cambiante. De igual forma, esta evolución del pensamiento estratégico asociado a la competitividad de las organizaciones requiere que, también desde el subsistema psicosocial, los modelos de gestión de personas estén ajustados a los requerimientos del entorno.

Hasta aquí se han tratado de exponer de manera independiente las diversas configuraciones del entorno a las que las organizaciones deben (y deberán) adaptarse, los modelos de gestión de personas más frecuentes en la actualidad y la constelación de temas de investigación más populares en el contexto organizacional. A continuación, se realizará una propuesta de conexión basada en el ajuste entre la demanda de cada escenario y la oferta de cada modelo y tema de investigación. De este modo, un mayor ajuste entre estos elementos permitirá a cada organización poner el foco en aquellos aspectos con una mayor pertinencia competitiva.

5.1. Escenarios y modelos de gestión de personas

En muchas ocasiones los modelos de gestión de personas se solapan compartiendo prácticas y contenidos, conviven en una misma organización y presentan límites difusos entre ellos. No hay que olvidar que los modelos y escenarios, dada su naturaleza teórica, ofrecen la utilidad del «mapa» que facilita el análisis y la toma de decisiones, pero no son (ni pretenden serlo) el «territorio». Por este motivo resultaría difícil, e incorrecto, tratar de delimitar con precisión la frontera donde empieza o acaba un escenario o modelo y asumir correspondencias exactas entre ellos. En consecuencia, en la figura 3 se propone una aproximación al espacio dibujado entre los cuatro escenarios en el que cada modelo ofrece un mayor sentido competitivo en términos de foco, prácticas y resultados pretendidos.

Figura 3. Conexión entre modelos de gestión de personas y escenarios organizacionales.



A continuación, se analiza el posicionamiento propuesto para cada modelo en función de los requerimientos de los escenarios entre los que se ubica.

El **modelo de relaciones industriales**: orientado a mantener unas buenas relaciones laborales, se sitúa fundamentalmente en el extremo integración-individualismo del mundo azul donde las grandes corporaciones necesitan dotarse, por un lado, del talento de un grupo estable de profesionales relacionados con el *core* de la actividad, y por otro, de la paz social necesaria para gestionar la tensión con el resto de profesionales (la mayoría) sin acceso al mismo nivel de beneficios. Con esta suerte de ambivalencia, en este contexto las personas negocian el valor de su capital humano en función de sus intereses personales y las estrategias grupales del colectivo al que pertenecen. Este modelo se encuentra frecuentemente en grandes empresas multinacionales. Por ejemplo, fabricantes del sector de la automoción, empresas comerciales verticalizadas *online* y *offline* o empresas tecnológicas que, tras nacer como *startups* en el mundo rojo, han crecido y se han consolidado en el mundo azul.

El **modelo de alto rendimiento** se ubica principalmente en el espacio definido en torno a la demanda individualista de los mundos rojo y azul y parcialmente en los mundos verde y amarillo. Focalizado en optimizar el desempeño organizacional mediante la atracción del talento, este modelo resulta más efectivo en organizaciones con necesidad de gestionar frecuentes procesos de selección de personal especializado flexible que, minoritariamente, se puede consolidar en un pequeño *core people* que posee el *know how* del negocio y que debe fidelizarse. Es característico de empresas orientadas al rendimiento por la alta presión competitiva, que les obliga a externalizar actividades y asumir diseños organizativos descentralizados como el trébol de Handy. Por ejemplo, empresas tecnológicas proyectizadas que todavía no son corporaciones, firmas de consultoría o *startups*.

El **modelo de alta implicación** se centra principalmente en estimular la participación y el compromiso de los miembros de la organización mediante procesos, inicialmente, de socialización y adoctrinamiento y, posteriormente, de formación, comunicación y trabajo en equipo. Se encuentra en los niveles medios de colectivismo de los mundos verde y amarillo en los que la marca y la reputación de la empresa es uno de los principales factores de diferenciación. En el contexto del mundo amarillo, en muchas ocasiones las fronteras entre la vida laboral y personal llegan a difuminarse. En el mundo verde las empresas esperan que su personal refleje los valores corporativos tanto dentro como fuera del trabajo. Estas empresas valoran, principalmente, la alineación con los valores de la compañía. Por ejemplo, empresas familiares (sobre todo de primera a tercera generación), cooperativas de trabajo asociado con una fuerte cultura asociativa o empresas con modelos B2C⁴ de alto impacto social.

⁴ Business to Costumer.

El **modelo de bienestar** se sitúa en los niveles altos de integración, fundamentalmente en el mundo verde y parcialmente en el azul, donde el tamaño de las organizaciones permite destinar los recursos necesarios para desarrollar los programas de bienestar. Estas empresas están orientadas a diseñar puestos y sistemas de trabajo donde se integra la conciliación y la salud laboral como propuestas de valor hacia la persona empleada. Por otra parte, el diseño como organización saludable en el *back office* suele estar relacionado con una estrategia y propuesta similar en el *front office*. De este modo, este modelo suele encontrarse en empresas similares a las descritas en el modelo de alta implicación en las que la marca y la reputación son factores críticos. Como aspecto diferencial, estas empresas suelen estar sujetas a una menor presión competitiva. Por ejemplo, empresas de elevado tamaño con una posición de dominio en sectores con una fuerte presencia de monopolios y oligopolios.

El **modelo de sostenibilidad** se ubica en los niveles altos de colectivismo, principalmente en el mundo verde y, en menor medida, en el amarillo. La ética juega un papel esencial y se integra en los sistemas de trabajo y la estrategia. Suele encontrarse en empresas de sectores de actividad con un fuerte impacto social y/o medioambiental en los que la presión competitiva no es tan elevada y existe una fuerte regulación legal. También en sectores dominados por oligopolios o sectores de nicho con altas barreras de entrada o poco atractivo para los grandes operadores y *category killers*. Por ejemplo, grandes empresas energéticas del mundo verde o empresas del ecosistema de *startups* de economía circular, gremios de comerciantes (e. g., asociación centro histórico) o empresas locales en el mundo amarillo.

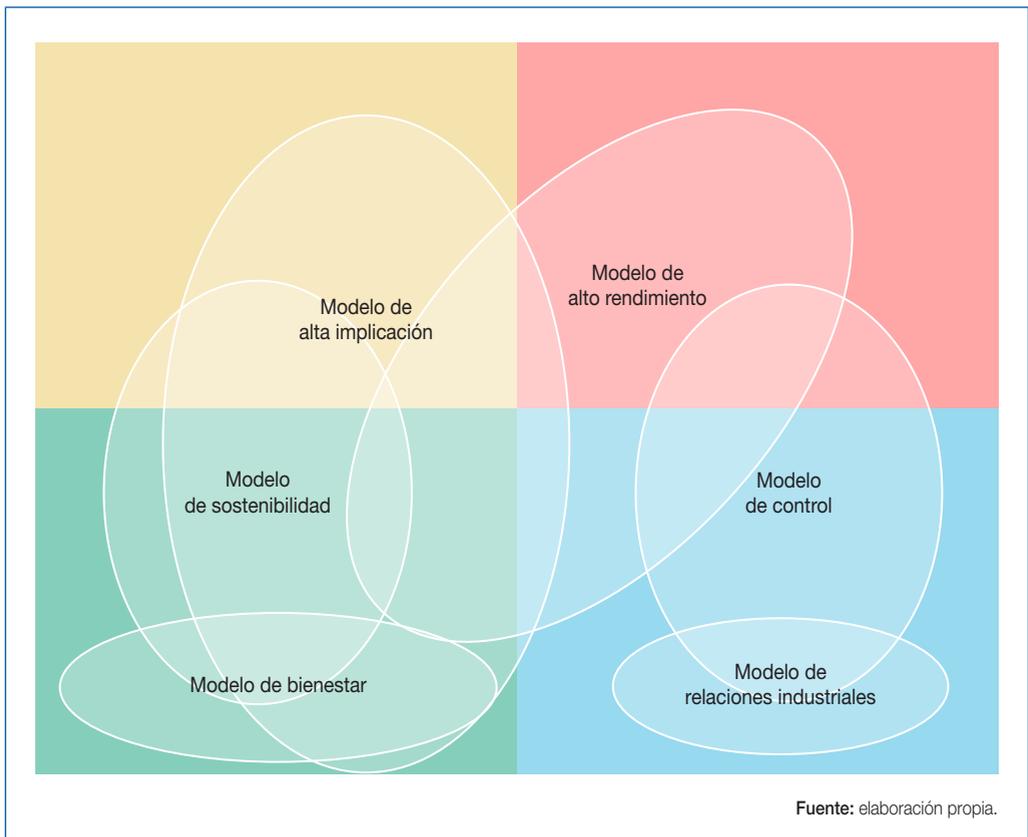
El **modelo de control** se orienta a una mejora constante de la eficiencia en los sistemas de trabajo. Ubicado en los niveles altos del individualismo, en los mundos azul y rojo, este modelo se encuentra en empresas de sectores maduros (tanto B2B⁵ como B2C), donde el precio es un factor competitivo crítico que obliga a una reducción continua de los costes fijos. En este espacio pueden coincidir empresas maduras que no han sabido diferenciarse desarrollando una ventaja competitiva y empresas jóvenes que irrumpen en el sector con diseños organizativos más ágiles y descentralizados basados, generalmente, en soluciones tecnológicas. En estas empresas es frecuente encontrar fórmulas laborales como la subcontratación o el trabajo temporal orientadas a la flexibilización en sus plantillas. Por ejemplo, empresas tradicionales en sectores maduros y globalizados o empresas jóvenes con modelos de negocio basados en plataformas tecnológicas (e. g., transporte de personas o reparto).

De acuerdo con la mencionada advertencia de Boxall y Purcell (2016) sobre la coexistencia de modelos en una organización, la superposición de las áreas propuestas para cada modelo da idea de la complejidad a la que se enfrentan profesionales de los RR. HH. En la figura 4 se muestra la visión global de la superposición de los seis modelos.

⁵ Business to Business.

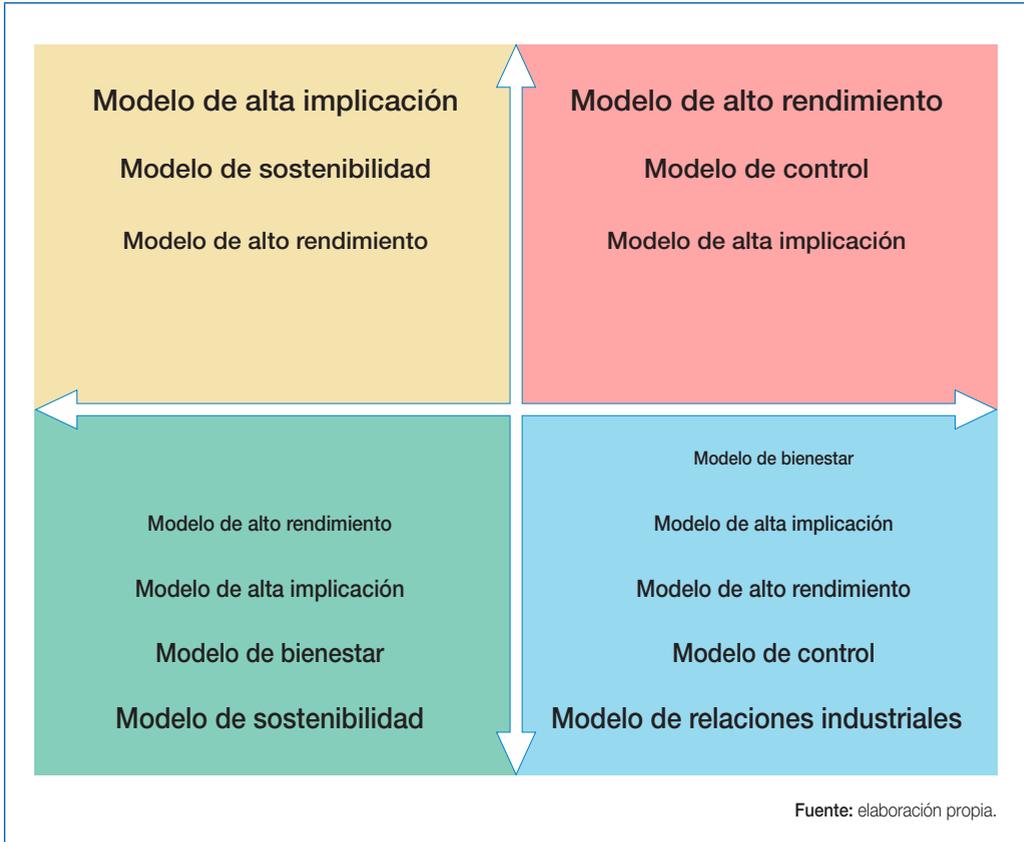
Por ejemplo, en una empresa situada en el centro del mundo verde pueden coexistir al mismo tiempo los modelos de bienestar, sostenibilidad, implicación y rendimiento. Esta cuádruple coincidencia genera un escenario altamente complejo en el que el profesional de la gestión de personas deberá evaluar las necesidades específicas de su organización. Y, a continuación, decidir de manera más o menos consciente entre optar por uno de los cuatro modelos o combinar distintas prácticas incluidas en cada uno de ellos. De manera disfuncional, este contexto puede producir situaciones de «esquizofrenia organizacional» donde las políticas y mensajes emitidos desde el departamento de RR. HH. no siempre se corresponden con las prácticas implementadas. En términos éticos, esta doble moral convierte la cultura ideal en un conjunto de justificaciones formales y frecuentemente forzadas para todo tipo de actividades reales, dando lugar a comportamientos colectivos patológicos (López, 1997). Otro riesgo en este contexto consiste en la aparición de políticas que aparentan responder a modelos con una mejor imagen y aceptación social que, sin embargo, no se corresponden con la realidad (e. g., *greenwashing*).

Figura 4. Visión global del posicionamiento propuesto para los seis modelos de RR. HH.



Para superar estas limitaciones, en la figura 5 se muestra una propuesta integradora donde se sugiere la preferencia (en función del mayor o menor tamaño del texto) por cada uno de los modelos en cada uno de los cuatro escenarios.

Figura 5. Prioridad de los modelos en cada escenario.



5.2. Escenarios y temas de investigación

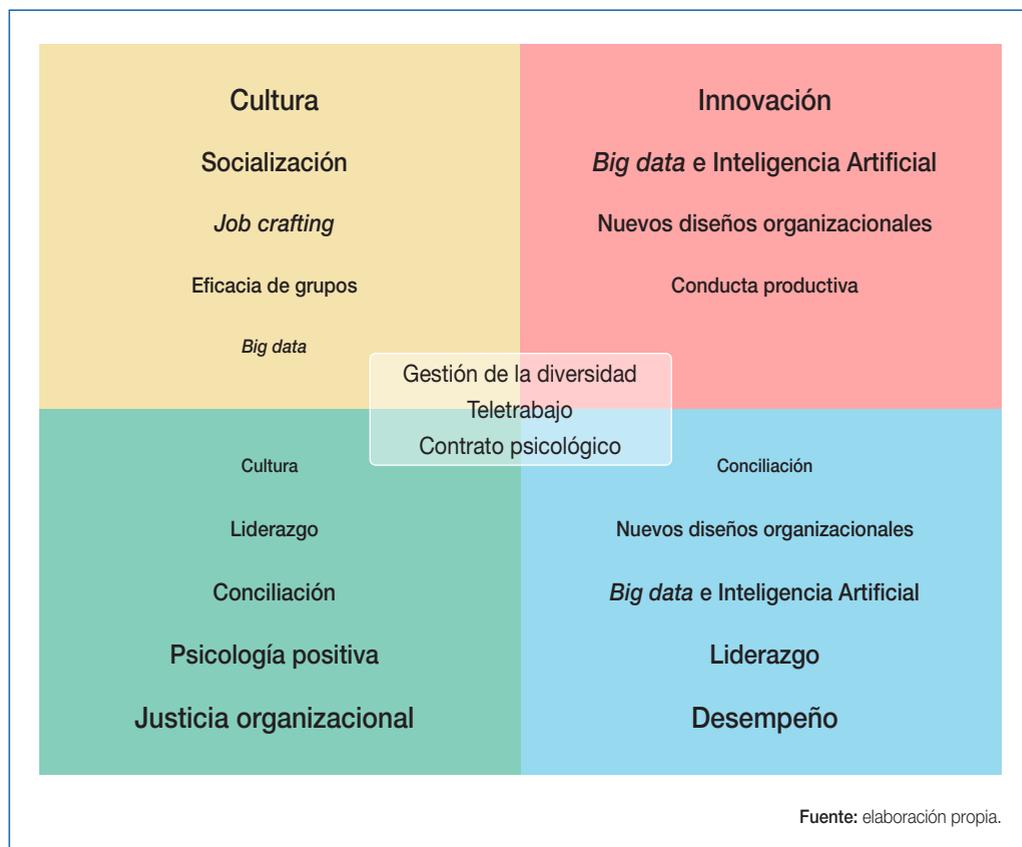
En la medida en que las propias organizaciones se desdibujan, las carreras se vuelven más abiertas, más diversas, menos estructuradas y controladas por los empleadores o empleadoras. Así, cada persona será cada vez más responsable de mantener su empleabilidad a lo largo de toda la vida laboral. A nivel individual, estos cambios también exigen un cambio de mentalidad para afrontar esta nueva realidad laboral. Por ejemplo, redefiniendo la propia identidad laboral, pasando de poner el foco en el puesto (*job*) a ponerlo en el trabajo

(*work*). Como sugieren Stubbings *et al.* (2018) a modo de ejemplo: «Si usted es un excelente contable que ha prosperado construyendo relaciones sólidas con sus clientes, piense cómo puede aplicar en el futuro esa capacidad, sin tener que ser necesariamente contable. Piense en usted mismo como un conjunto de habilidades y capacidades, no como una función o profesión definida» (p. 34). Complementariamente, se recomienda a las organizaciones: (1) identificar y subsanar la brecha entre las competencias actuales y las requeridas en el futuro; (2) fortalecer la creatividad, innovación y la empatía; (3) librar la «batalla por el talento»; (4) estimular la adaptabilidad, las nuevas formas de trabajar y aprender, y (5) rediseñar las políticas y prácticas estándar de gestión de personas hacia nuevos modelos de aprendizaje y desarrollo, carreras profesionales abiertas, modelos de capacidad y el rediseño de puestos de trabajo y marcos globales de compensación.

Del mismo modo que entre los escenarios organizacionales y los modelos de gestión de personas, los límites son difusos y se dan solapamientos a diferentes niveles, los temas de investigación no son exclusivos de un único escenario, ni existe una correspondencia clara entre cada escenario y las temáticas objeto de estudio para responder a sus necesidades futuras. Sin embargo, a pesar de que no hay temáticas exclusivas de un entorno u otro, en cada uno de ellos puede haber unas tendencias más pertinentes que otras. Es decir, en cada escenario convendrá poner el foco de interés en unos temas u otros dependiendo de sus características, sus implicaciones competitivas y el modelo de gestión asumido preferentemente. Los temas de investigación más novedosos coexisten con otras temáticas tradicionales que siguen teniendo un gran interés en la actualidad, en algunas ocasiones (pero no siempre) abordados desde otra perspectiva, con otros niveles de complejidad o con mayor grado de profundidad. Por ello, aunque los temas susceptibles de interés por parte de las organizaciones son muchos y muy variados, se tienen en cuenta las tendencias más relevantes y que gozan de mayor consenso en la literatura para plantear los temas de investigación más pertinentes en cada escenario (sin que ello signifique que un tema no puede ser considerado en ese escenario). A continuación, en la figura 6 se propone una representación de la conexión entre los escenarios organizacionales y las temáticas de investigación analizadas anteriormente. En cada escenario se identifica la prioridad de cada temática en función del tamaño del texto.

El análisis de esta propuesta refleja que existen algunos temas centrales (o con prioridad alta) en los cuatro escenarios: la gestión de la diversidad, el teletrabajo y el contrato psicológico. Así, la gestión de la diversidad de la fuerza laboral o del cliente final (edad, sexo, religión, etc.) es importante en todos los escenarios. El teletrabajo también es un tema prioritario, aunque puede plantearse desde enfoques distintos. Por ejemplo, las grandes corporaciones del mundo azul abordarán este tema centrándose en los equipos virtuales o en la repercusión que pueda tener en los resultados organizaciones, mientras que en el mundo amarillo el foco principal está en la repercusión del teletrabajo en el bienestar de los empleados.

Figura 6. Prioridad de los temas de investigación en cada escenario.



Por otra parte, aparecen temáticas prioritarias diferentes en cada uno de los escenarios, junto con temáticas que se repiten en varios escenarios, pero con una trascendencia o aproximación distinta. Por ejemplo, el liderazgo se sitúa como tema de interés en los mundos verde y azul dado el mayor tamaño organizacional, sin embargo, en el mundo azul interesará especialmente el estilo transaccional, mientras que en el verde será el estilo transformacional el que resulte más efectivo.

En el mundo rojo aparecen diferentes temáticas con un alto grado de relevancia. Temas como la innovación, el *big data* y la inteligencia artificial tienen una alta prioridad en este escenario ya que juegan un papel esencial en un contexto caracterizado por las «burbujas de innovación» y la alta especialización.

En el mundo azul el estudio del desempeño es la temática prioritaria que, en este caso, además, es exclusiva de este escenario. En las grandes corporaciones el estudio del desempeño se ajusta a la estrategia de competitividad y mejora constante. Otros temas

como la conciliación, aunque están presentes, son menos relevantes. En muchos casos, la obligación legal lleva a que las empresas aborden el tema de la conciliación, pero no está entre sus prioridades.

En el **mundo amarillo**, caracterizado por la importancia de los valores organizacionales y la identificación de la plantilla con ellos, los temas relevantes son la cultura y la socialización. En este sentido, el desarrollo y transmisión de una cultura fuerte es un tema de gran importancia en organizaciones con un alto componente ético. Además, aspectos como el *job crafting* y la eficacia de los equipos interesan debido a la alta fragmentación organizacional.

En el **mundo verde** las temáticas relacionadas con la justicia organizacional se alinean con las características de este entorno en las que se destaca la responsabilidad social y la confianza. Aquellos temas que tienen que ver con la psicología positiva relativos a los aspectos emocionales, bienestar o satisfacción con la vida, entre otros, también tienen un grado de interés relevante en este escenario.

6. Conclusión

Identificar las tendencias y factores de cambio que influyen en el entorno permite anticipar las exigencias a las que tanto empresas como trabajadoras y trabajadores tendrán que enfrentarse en el futuro. Este desafío ha sido asumido tanto desde el ámbito académico como el profesional para tratar de anticipar estos futuros escenarios del trabajo. Un buen ejemplo de esta producción académico-profesional es la propuesta de Stubbings *et al.* (2018), en la que se anticipan los cuatro escenarios considerados en este trabajo. En el contexto específico de la gestión de personas en las organizaciones, personal investigador y profesional tampoco ha sido ajeno a esta necesidad. De este modo, en los últimos años las propuestas de modelos teóricos y aplicados de RR.HH. han sido muy numerosas, así como los temas de interés para la investigación organizacional.

Por este motivo, en este trabajo se ha tratado de elaborar una propuesta integradora, enmarcada en la tradición configuracional, en la que se han considerado los distintos enfoques de los modelos de RR.HH. más frecuentes y los temas de investigación emergentes en el ámbito organizacional. Esta relación entre escenarios, modelos y temas de investigación se ha fundamentado en una aproximación configuracional basada en el doble ajuste (vertical/horizontal) y buscando en las propuestas un mayor grado de alineación entre las tres dimensiones.

Conviene remarcar que estas propuestas no pretenden ser exactas ni excluyentes sino dirigir la atención hacia aquellos aspectos más relevantes en cada escenario y estimular el debate y la reflexión en el mundo académico y profesional. Contextualizar los distintos modelos y temas de investigación en función de su pertinencia competitiva en cada escenario

puede ser de interés para el ámbito aplicado y hacer las veces de esa brújula de Hax que se citaba al inicio del trabajo. En el contexto académico, la aproximación configuracional del trabajo puede facilitar la reflexión en torno a las distintas implicaciones que un mismo tema de investigación puede tener en cada escenario.

Respecto a las limitaciones del trabajo, en primer lugar, conviene destacar la potencial subjetividad por la restricción en la cantidad de tendencias y temas de investigación consideradas en la selección de temáticas. Al no ser el objetivo principal del trabajo realizar una revisión exhaustiva, la selección de las temáticas podría ampliarse y actualizarse considerando otras disciplinas afines. En segundo lugar, los modelos de RR. HH. se han entendido en su acepción más extendida. Sin embargo, como apunta Guest (2022), las diferencias entre los distintos modelos no siempre son tan claras. Por último, el ejercicio de prospectiva mediante el que se han considerado los cuatro escenarios se basa en dos variables continuas que admiten numerosos valores en sus dos ejes. Esto implica que un mismo escenario permite la existencia de subescenarios con distintas coordinadas y, consiguientemente, diferentes requerimientos.

Este último aspecto enfatiza, precisamente, la flexibilidad y adaptabilidad requerida en organizaciones y personal laboral para afrontar su futuro. Esta exigencia de anticipar los modelos de gestión y las configuraciones organizacionales más efectivas ante los requerimientos del entorno no es nueva. Sin embargo, el incremento de la intensidad, la velocidad y la impredecibilidad de los cambios han hecho de estas capacidades cuestiones clave para su supervivencia.

Referencias bibliográficas

- Acuña, Á., Ganga, F., Suárez, W. y Pons, O. (2022). Organizaciones saludables: una aproximación desde un estudio bibliométrico. *Interciencia*, 47(10), 456-465.
- Baker, W. E. (2019). Emotional Energy, Relational Energy, and Organizational Energy: Toward a Multilevel Model. *Annual Review of Organizational Psychology and Organizational Behavior*, 6, 373-95. <https://doi.org/10.1146/annurev-orgpsych-012218-015047>
- BBC (2021). *Tony Hsieh: el trágico final del fundador de Zappos, el emprendedor que quiso crear «la compañía más feliz del mundo»*. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-58389111>
- Blustein, D. L. y Guarino, P. A. (2020). Work and unemployment in the time of COVID-19: The existential experience of loss and fear. *Journal of Humanistic Psychology*, 60(5), 702-709. <https://doi.org/10.1177/0022167820934229>

- Boon, C., Den Hartog, D. N. y Lepak, D. P. (2019). A systematic review of human resource management systems and their measurement. *Journal of management*, 45(6), 2.498-2.537. <https://psycnet.apa.org/doi/10.1177/0149206318818718>
- Boxall, P. y Purcell, J. (2016). *Strategy and human resource management* (4.ª ed.). Palgrave Macmillan.
- Cantera, J. (1-3 de marzo de 2018). *Psicología digital del trabajo: del big data comportamental a la neuroergonomía*. II Congreso Internacional de Psicología del Trabajo y los RRHH.
- Charalampous, M., Grant, C. A., Tramontano, C. y Michailidis, E. (2018). Systematically reviewing remote e-workers' well-being at work: a multidimensional approach. *European Journal of Work and Organizational Psychology*, 28(1), 1-23. <http://dx.doi.org/10.1080/1359432X.2018.1541886>
- Dalal, R. S., Alaybek, B. y Lievens, F. (2020). Within-Person Job Performance Variability Over Short Timeframes: Theory, Empirical Research, and Practice. *Annual Review of Organizational Psychology and Organizational Behavior*, 7, 421-449. <https://psycnet.apa.org/doi/10.1146/annurev-orgpsych-012119-045350>
- Delery, J. E. y Doty, D. H. (1996). Modes of theorizing in strategic human resource management: Tests of universalistic, contingency, and configurational performance predictions. *Academy of Management Journal*, 39(4), 802-835. <https://psycnet.apa.org/record/1996-01931-002>
- Di Stefano, G. y Gaudiino, M. (2019). Workaholism and work engagement: How are they similar? How are they different? A systematic review and meta-analysis. *European Journal of Work and Organizational Psychology*, 28(3), 329-347. <https://psycnet.apa.org/doi/10.1080/1359432X.2019.1590337>
- Fernández, M. B. (2021). El teletrabajo en España antes, durante y después del confinamiento domiciliario. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 9(1), 377-409.
- Galán, J. I. y Zúñiga, J. A. (2021). Gig economy: ¿el inicio de una nueva era en la gestión de los recursos humanos? *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 463, 167-197. <https://doi.org/10.51302/rtss.2021.2486>
- García, N., Martín, F. y Sánchez, G. (2013). Una aproximación teórica a la valoración del doble ajuste en el diseño de la estrategia de recursos humanos. *Investigaciones europeas de dirección y economía de la empresa*, 19(2), 112-119.
- González, J. A. y Calderón, M. M. (2022). Teletrabajo y sus impactos: una revisión y análisis bibliométrico. *Aibi revista de investigación, administración e ingeniería*, 10(2), 53-66. <https://doi.org/10.15649/2346030X.2437>
- Guest, D. (15-16 de septiembre de 2022). *Rethinking an old question: What is Human Resource Management?* Congreso Internacional de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones. En honor a José María Peiró.
- Hax, A. y Majluf, N. (2004). *Estrategias para el liderazgo competitivo. De la visión a los resultados*. Granica.
- Hax, A. y Wilde, D. L. (2003). *El proyecto Delta. Estrategias para hacer más rentables las empresas en el mundo de hoy*. Norma.
- Joshi, A. y Neely, B. H. (2018). A Structural-Emergence Model of Diversity in Teams. *Annual Review of Organizational Psychology and Organizational Behavior*, 5, 361-385.

- Katzell, R. A. (1994). Contemporary meta-trends in Industrial and Organizational Psychology. En H. Triandis, M. D. Dunnette y L. M. Hough (Eds.), *Handbook of Industrial and Organizational Psychology* (2.^a ed.), vol. 4 (pp. 1-94). Consulting Psychologists Press.
- Kniffin, K. M., Narayanan, J., Anseel, F., Antonakis, J., Ashford, S. P., Bakker, A. B., Bamberger, P., Bapuji, H., Bhawe, D. P., Choi, V. K., Creary, S. J., Demerouti, E., Flynn, F. J., Gelfand, M. J., Greer, L. L., Johns, G., Kesebir, S., Klein, P. G., Lee, S. Y., Ozcelik, H., Petriglieri, J. L.,... Vugt, M. V. (2021). COVID-19 and the workplace: Implications, issues, and insights for future research and action. *American Psychologist*, 76(1), 63-77. <http://dx.doi.org/10.1037/amp0000716>
- Koestler, A. (1967). *The ghost in the machine*. Hutchinson.
- Lee, A., Legood, A., Hughes, D., Tian, A. W., Newman, A. y Knight, C. (2020). Leadership, creativity and innovation: a meta-analytic review. *European Journal of Work and Organizational Psychology*, 29(1), 1-35. <https://psycnet.apa.org/doi/10.1080/1359432X.2019.1661837>
- López, L. E. (1997). Elementos para la reflexión sobre los problemas éticos en la administración educativa. *Revista de la Universidad de La Salle*, 25, 53-58.
- Lorenzo, A. (10 de enero de 2023). Las tecnológicas han despedido a 81.400 empleados solo en los últimos cien días. *El Economista*. <https://www.economista.es/tecnologia/noticias/12102081/01/23/Las-tecnologicas-han-despedido-a-81400-empleados-solo-en-los-ultimos-cien-dias.html>
- Manyika, J., Lund, S., Bughin, J., Robinson, K., Mischke, J. y Mahajan, D. (10 de octubre de 2016). *Independent work: choice, necessity, and the gig economy*. McKinsey Global Institute.
- Miles, R. E. y Snow, C. C. (1978). *Organizational strategy, structure and process*. McGraw-Hill.
- Oswald, F. L., Behrend, T. S., Putka, D. J. y Sinar, E. (2020). Big Data in Industrial-Organizational Psychology and Human Resource Management: Forward Progress for Organizational Research and Practice. *Annual Review of Organizational Psychology and Organizational Behavior*, 7, 505-33. <https://doi.org/10.1146/annurev-orgpsych-032117-104553>
- Parker, S. K, Wang, Y. y Liao, J. (2019). When Is Proactivity Wise? A Review of Factors That Influence the Individual Outcomes of Proactive Behavior. *Annual Review of Organizational Psychology and Organizational Behavior*, 6, 221-248. <http://dx.doi.org/10.1146/annurev-orgpsych-012218-015302>
- Peiró, J. M. (1999). El modelo «amigo»: marco contextualizador del desarrollo y la gestión de recursos humanos en las organizaciones. *Papeles del psicólogo*, 72, 3-15.
- Peiró, J. M., Prieto, F. y Roe, R. A (1996). La aproximación psicológica al trabajo en un entorno laboral cambiante. En J. M. Peiró y F. Prieto (Eds.), *Tratado de Psicología del Trabajo*, vol. 1, (pp. 15-36). Editorial Síntesis.
- Porter, M. E. (1980). *Competitive Strategy: Techniques for Analyzing Industries and Competitors*. Free Press.
- Salanova, M., Llorens, S., Cifre, E. y Martínez, I. M. (2012). We need a hero! Toward a validation of the HEalthy and Resilient Organization (HERO) model. *Group & Organization Management*, 37(6), 785-822. <https://psycnet.apa.org/doi/10.1177/1059601112470405>
- Samnani, A.-K. y Singh, P. (2013). Exploring the fit perspective: An ethnographic approach. *Human Resource Management*,

- 52(1), pp. 123-144. <https://doi.org/10.1002/hrm.21516>
- Schneider, B. (2021). People management in work organizations: Fifty years of learnings. *Organizational Dynamics*, 50(4), pp. 1-10.
- Spreitzer, G. M., Cameron, L. y Garrett, L. (2017). Alternative Work Arrangements: Two Images of the New World of Work. *Annual Review of Organizational Psychology and Organizational Behavior*, 4, 473-499. <https://doi.org/10.1146/annurev-orgpsych-032516-113332>
- Stubbings, C., Williams, J., Brown, J., Gosling, T., Sethi, B., Sheppard, B., Sviokla, J. y Zarubina, D. (2018). Workforce of the future: The competing forces shaping 2030. Price Waterhouse Coopers report.
- Taleb, N. N. (2012). *El cisne negro*. Paidós.

Fernando J. Pons Verdú. Profesor permanente laboral del Departamento de Psicología Social y el Instituto de Investigación IDOCAL (Universidad de Valencia). Anteriormente, ha sido profesor en el ámbito de los RR.HH. en diferentes universidades privadas. Complementariamente, ha desarrollado una trayectoria como consultor organizacional y profesional de RR.HH. en diferentes empresas y asociaciones. <https://orcid.org/0000-0002-1585-1831>

Amparo Ramos López. Profesora permanente laboral del Departamento de Psicología Social y el Instituto de Investigación IDOCAL (Universidad de Valencia). Ha sido profesora en el Departamento de Psicología de la Salud de la Universidad Miguel Hernández de Elche, en la que fue vicedecana de la Facultad de Ciencias Sociosanitarias. Es profesora en distintos másteres de RR.HH. Anteriormente trabajó en el Departamento de RR.HH. en una entidad financiera. <https://orcid.org/0000-0001-7932-2384>

José Ramos López. Catedrático de Psicología del Trabajo y las Organizaciones en la Universidad de Valencia. Miembro del Instituto de Investigación IDOCAL (Universidad de Valencia) e IME. Coordinador del International Joint Master of Research in Work and Organizational Psychology (Maastricht University, Leuphana University at Luneburg, University of Valencia). Decano de la Facultad de Psicología (2006-2012) y director del Departamento de Psicología Social (2015-2021) en la Universidad de Valencia. Miembro del Comité Ejecutivo de la EAWOP (2015-2019). Actualmente es miembro de la junta directiva de la SCEPS. <https://orcid.org/0000-0003-0821-214X>

Contribución del autor. Todos los autores han contribuido en un mismo porcentaje a la realización de este trabajo.



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

GRADOS OFICIALES

Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Ingeniería de Organización Industrial - Ingeniería de Tecnologías y Servicios de Telecomunicación - Ingeniería Informática

Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Magisterio de Educación Infantil - Magisterio de Educación Primaria - Psicología (rama Ciencias de la Salud)

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Administración y Dirección de Empresas - Economía - Empresa y Tecnología - Empresas y Actividades Turísticas - Marketing

Facultad de Ciencias Jurídicas

Ciencias del Trabajo, Relaciones Laborales y Recursos Humanos - Criminología - Derecho

Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Historia - Periodismo - Publicidad y Relaciones Públicas

TÍTULOS PROPIOS Y DOCTORADOS

(Consultar en www.udima.es)

MÁSTERES OFICIALES

Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Energías Renovables y Eficiencia Energética

Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Dirección y Gestión de Centros Educativos - Educación Inclusiva y Personalizada - Educación y Recursos Digitales - Formación del Profesorado de Educación Secundaria - Psicología General Sanitaria - Psicopedagogía - Tecnología Educativa

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Auditoría de Cuentas - Dirección Comercial y Marketing - Dirección Económico-Financiera - Dirección y Administración de Empresas (MBA) - Dirección y Gestión Contable - Marketing Digital y Redes Sociales

Facultad de Ciencias Jurídicas

Análisis e Investigación Criminal - Asesoría Fiscal - Asesoría Jurídica de Empresas - Asesoría Jurídico-Laboral - Dirección y Gestión de Recursos Humanos - Interuniversitario en Estudios Avanzados de Derecho Financiero y Tributario - Práctica de la Abogacía y la Procura - Prevención de Riesgos Laborales

Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Enseñanza Bilingüe - Enseñanza del Español como Lengua Extranjera - Interuniversitario en Unión Europea y China - Seguridad, Defensa y Geoestrategia



Si necesitas volar,
SOMOS TUS ALAS
Contigo, somos uno.