

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Revista bimestral núm. 485 | Marzo-Abril 2025

ISSN-e: 2792-8322

**La recuperación de las «causas perdidas»
y otras cuestiones en torno a la nulidad
objetiva del despido**

Margarita Miñarro Yanini

El edadismo de género

Alicia Villalba Sánchez

**Los deportistas profesionales ante los
nuevos riesgos del siglo XXI**

Ángel Guillén Pajuelo

**Libertad sindical y regulación convencional
de la información por medios digitales de
la empresa**

Carolina Martínez Moreno

Empresas contratistas, cesión ilegal y ETT

Magdalena Nogueira Guastavino

**Empleo público y retribución del permiso
parental por cuidado de hijo**

Susana Rodríguez Escanciano

**Prestación por cuidado de menores
afectados por cáncer u otra enfermedad
grave**

Carmen Sánchez Trigueros





PREMIO ESTUDIOS FINANCIEROS



Modalidades

Con el fin de "reconocer y estimular la labor creadora y de investigación, y valorando su carácter práctico", el CEF.- convoca, con carácter nacional, el Premio Estudios Financieros.

La 35.ª edición para las modalidades de:

- **Tributación**
- **Derecho del Trabajo y Seguridad Social**

La 11.ª edición para la modalidad de:

- **Educación y Nuevas Tecnologías**

Estas tres modalidades del Premio Estudios Financieros coinciden con las actividades formativas principales del CEF.-.

Dotaciones económicas

Para cada una de las tres modalidades se establece un primer premio, un segundo premio y los accésits que los respectivos jurados consideren merecedores de reconocimiento:

- Primer premio: 10.000 euros.
- Segundo premio: 1.500 euros.
- Accésits: Reconocimiento del jurado.

Lugar y plazo

Los trabajos deberán estar concluidos antes de la publicación de la convocatoria en el BOE o BOCM en el mes de mayo de 2025, circunstancia esta que se acreditará mediante declaración jurada del participante.

Los trabajos, junto con un sobre cerrado, se remitirán al CEF.- de MADRID:

Centro de Estudios Financieros

Att.: Secretaría

P.º del Gral. Martínez Campos, 5

28010 Madrid

También pueden enviarse por correo certificado o mensajería a la misma dirección.

El plazo de presentación de trabajos finaliza el **20 de mayo de 2025, a las 20 horas.**

📌 Puede consultar las bases del premio en www.cef.es/es/bases-premio

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Núm. 485 | Marzo-Abril 2025

Directora editorial

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

Secretaria

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

Comité científico

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

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

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

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

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

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

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

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

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

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

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

Loïc Lerouge. Director de investigación del Centro Nacional de Investigación Científica. Centro de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social. Université de Bordeaux (Francia)

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

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

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

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

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

Evaluación externa

Estudios jurídico-laborales

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Estudios de recursos humanos

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

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

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

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

Coordinación y edición

Teresa Díez Meriel y Domingo J. Panea Hernando

Centro de Estudios Financieros

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

Indexación y calidad



CARHUS Plus+



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 y administración

P.º Gral. Martínez Campos, 5, 28010 Madrid (España)

Tel. 914 444 920

Correo electrónico: info@cef.es

Edita

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-e: 2792-8322

ISSN: 2792-8314

(último número impreso: n.º 483, noviembre-diciembre 2024)

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

© 2025 CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional.

Sumario

Editorial

| | |
|---|------|
| La recuperación de las «causas perdidas» y otras cuestiones en torno a la nulidad objetiva del despido por circunstancias ligadas al embarazo, maternidad, paternidad y atención de familiares y convivientes | 7-21 |
| Margarita Miñarro Yanini | |

Estudios

| | |
|--|--------|
| El edadismo de género: cartografiado de una discriminación interseccional | 22-52 |
| <i>Gender ageism: mapping intersectional discrimination</i> | |
| Alicia Villalba Sánchez | |
| La protección laboral de los deportistas profesionales ante los nuevos riesgos del siglo XXI | 53-77 |
| <i>The labour protection of professional athletes in the face of the risks of the 21st century</i> | |
| Ángel Guillén Pajuelo | |
| Evolución del derecho francés ante la ausencia de sujetos negociadores en la empresa | 78-107 |
| <i>Developments in French law in the absence of bargaining subjects in the company</i> | |
| Cristina Roldán Maleno | |

Diálogos con la jurisprudencia

Monográfico. La mujer en la ciencia del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: presencia y aportaciones

| | |
|---|---------|
| Presentación | 108-111 |
| Fernando Ballester Laguna | |
| Registro de jornada obligatorio para las personas empleadas al servicio del hogar familiar. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de diciembre de 2024 (asunto C-531/23) | 112-120 |
| <i>Mandatory working time registration for people employed in the service of the family home. Commentary on the Judgment of the Court of Justice of the European Union of 19 December 2024 (case C-531/23)</i> | |
| Olaya Martín Rodríguez | |

| | |
|---|---------|
| <p>Libertad sindical y regulación restrictiva en convenio colectivo del flujo de información sindical a través de los medios digitales de la empresa. ¿Es legítimo un derecho a la censura? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 1339/2024, de 11 de diciembre</p> <p><i>Freedom of association and restrictive regulation in the collective agreement of the flow of union information through the company's digital media. Is a right to censorship legitimate? Commentary on the Ruling of the Supreme Court 1339/2024, of December 11</i></p> <p>Carolina Martínez Moreno</p> | 121-127 |
| <p>Las empresas contratistas no son empresas de trabajo temporal, pero lo pueden ser si incurren en cesión ilegal. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de octubre de 2024 (asunto C-441/23)</p> <p><i>Contracting companies are not temporary employment agencies, but those engaging in illegal labour leasing may be. Commentary on the Ruling of the Court of Justice of the European Union of October 24, 2024 (case C-441/23)</i></p> <p>Magdalena Nogueira Guastavino</p> | 128-138 |
| <p>Derecho de un empleado público a la retribución del permiso parental por cuidado de hijo menor de ocho años. Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Barcelona 299/2024, de 28 de noviembre</p> <p><i>A public employee's right to parental leave pay for caring for a child under eight years of age. Commentary on the Ruling of Barcelona Contentious-Administrative Court No. 1 299/2024, 28 November</i></p> <p>Susana Rodríguez Escanciano</p> | 139-148 |
| <p>Prestación por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave. Interpretación del requisito de ingreso hospitalario de larga duración. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 1308/2024, de 3 de diciembre</p> <p><i>Benefit for caring for minors affected by cancer or another serious illness. Interpretation of the long-term hospital admission requirement. Commentary on Supreme Court Ruling 1308/2024 of 3 December</i></p> <p>Carmen Sánchez Trigueros</p> | 149-158 |

La recuperación de las «causas perdidas» y otras cuestiones en torno a la nulidad objetiva del despido por circunstancias ligadas al embarazo, maternidad, paternidad y atención de familiares y convivientes

Margarita Miñarro Yanini

Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social acreditada como catedrática.

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>*

Pon tu atención en lo que tienes entre manos,
vigila la actividad en curso, el principio idóneo,
el sentido de las palabras.

Marco Aurelio

(Meditaciones)

1. Comenzaba este año con una importante novedad normativa, la Ley orgánica [-LO-1/2025, de 2 de enero](#), de medidas en materia de eficiencia del servicio público de justicia. Esta importante norma procesal, que ha sido objeto ya de numerosos y variados comentarios por parte de la doctrina científica, así como de operadores jurídicos, será examinada próximamente en profundidad en las páginas de esta revista.

Con todo, se aprovecha esta ley para introducir dos modificaciones en el [Estatuto de los Trabajadores](#) (ET) a través de la [disposición final vigesimosexta](#). La primera, en el [artículo 50.1 b\) del ET](#), con objeto de eliminar la absoluta indeterminación normativa que tradicionalmente existía en torno a la delimitación de la causa de rescisión por voluntad de la persona trabajadora basada en la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado, y eliminar o reducir con ello la inseguridad jurídica que motivaba. A tal efecto, se

Comenzaba este año con una importante
novedad normativa, la Ley orgánica
1/2025, de 2 de enero, de medidas en
materia de eficiencia del servicio público
de justicia

establecen dos referentes objetivos necesarios para concretar el supuesto, a saber, cuándo se considera que 1) hay retraso en el pago del salario, cuando se superan 15 días la fecha del abono, y 2) es continuado, cuando alcanza en un año 3 mensualidades completas de salario, o cuando los retrasos alcancen los 6 meses; en ambos casos, aun no consecutivos. En cualquier caso, tal delimitación no excluye otros posibles supuestos que puedan ser identificados por el órgano judicial.

2. La segunda, mucho más relevante a los efectos de este editorial, que se incluye simétricamente en dos preceptos, constituye una novedad solo a medias. En este sentido, tanto el segundo párrafo del [artículo 53.4](#) –extinción por causas objetivas nula– como el del [artículo 55.5](#) –despido disciplinario nulo– introducen en sus apartados b), entre las causas de nulidad vinculadas al embarazo o atención de familiares y convivientes, los supuestos de disfrute del permiso de 5 días por accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario del cónyuge, pareja de hecho o parientes hasta el segundo grado por consanguineidad o afinidad, incluido el familiar consanguíneo de la pareja de hecho, así como de 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 ([art. 37.3b](#)), así como de las adaptaciones de jornada por cuidado de hijas o hijos de menos de 12 años, o de edad superior que no puedan valerse por sí mismos, o de otros familiares hasta segundo grado o de otras personas dependientes que convivan con la persona solicitante ([art. 34.8 ET](#)).

No obstante, como se apuntaba, esta novedad es solo relativa, puesto que la incorporación de estos supuestos en los preceptos de referencia ya se estableció por el extenso y heterogéneo Real Decreto-Ley ([RDL](#)) [5/2023](#), [de 28 de junio](#) (BOE de 29 de junio; entrada en vigor, el 30 de junio). Con todo, la posterior reforma del precepto realizada por la [LO](#)

[2/2024](#), [de 1 de agosto](#) (BOE de 2 de agosto; entrada en vigor, 22 de agosto) al incorporar mediante la [disposición final novena](#) en sendos artículos los supuestos de las personas trabajadoras víctimas de violencia de género o de violencia sexual, por el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva o de los derechos reconocidos en esta ley para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, eliminó la modificación que había introducido el [RDL 5/2023](#). En suma, los supuestos de nulidad preteridos ya habían estado vigentes durante algo más de 1 año, el tiempo que medió entre ambas normas. Era evidente que tal supresión carecía de fundamento y que no era coherente con las directrices políticas desarrolladas, por lo que debía achacarse a un sorprendente error, derivado de haber realizado la modificación sobre un texto no actualizado, previo al [RDL 5/2023](#). Así lo reconoció públicamente en su primera comparecencia en la Comisión del Congreso de los Diputados tras el inicio del curso parlamentario la ministra de Igualdad, que lo calificó como «error técnico» que subsanaría cuando le fuera posible. Así lo hizo al introducir una

Los supuestos de nulidad preteridos ya habían estado vigentes durante algo más de 1 año, el tiempo que medió entre ambas normas

enmienda en el proyecto de LO de medidas en materia de eficiencia del servicio público de justicia, por lo que, tras completar su tramitación parlamentaria, finalmente ha retornado al derecho positivo mediante la [LO 1/2025](#), aunque por el periodo de *vacatio legis* previsto, no tendrá efectos hasta el 3 de abril. De este modo, los supuestos de disfrute del permiso de 5 días de cuidados y de adaptación de jornada, en ambos casos para cuidado de familiares y convivientes referenciado, parecen haber quedado fuera del espectro protector de la nulidad objetiva durante este tiempo, o cuando menos, se han situado en un extraño y oscuro limbo jurídico. En una primera interpretación, podría entenderse que, por mucho que se sepa que la omisión fue producto de un error, los supuestos afectados no se incluyen durante este periodo en la protección que otorgan los segundos párrafos de los artículos [53.4](#) y [55.5](#) del ET. Pero la razón jurídica muchas veces obliga a superar tales lecturas iniciales.

3. De la confusión que esta situación ha generado en este periodo dan idea las muy variadas y diversas respuestas jurídicas que pueden plantearse al respecto. En un razonamiento muy elemental, ya apuntado, podría pensarse que, al considerarlo supuesto no protegido de forma específica, como todos los demás no incluidos en los apartados específicos (a, b, c) del [artículo 55.5 del ET](#), sería susceptible de la triple calificación del despido, por lo tanto, sin descartar la improcedencia. No obstante, también podría ser considerado nulo por vulnerar la garantía de indemnidad, o bien, más ampliamente, por ser discriminatorio o haberse producido con violación de derechos fundamentales y libertades públicas, siempre que la persona demandante presentara indicios que avalaran tal denuncia.

Con todo, en aras de evitar paréntesis aplicativos que implican perturbadores huecos de tutela, máxime siendo perfectamente conocida la involuntariedad con la que se produjo la desaparición de ambos supuestos del artículo 55.5 del ET y habiendo sido anunciado desde un principio el propósito de reintegrarlos en el precepto, se considera que deben plantearse otras soluciones más funcionales y coherentes con la lógica normativa. En este sentido, se considera que la ausencia de referencia a los dos supuestos en el artículo de referencia puede constituir una laguna normativa, es decir, un vacío legal que, a tenor de lo dispuesto en el [artículo 4.1 del Código Civil](#), debe cubrirse acudiendo a la analogía. De este modo, como es evidente que los supuestos de despido de las personas que disfruten del permiso de cuidados de 5 días o de adaptaciones de jornadas para la atención de familiares o convivientes ex artículos [37.3b\)](#) o [34.8](#) del ET son análogos a los incluidos en el artículo 55.5b) del ET –de hecho, de allí salieron y han regresado–, se continuaría aplicando la nulidad objetiva. Se considera que esta

En aras de evitar paréntesis aplicativos que implican perturbadores huecos de tutela, máxime siendo perfectamente conocida la involuntariedad con la que se produjo la desaparición de ambos supuestos del artículo 55.5 del ET y habiendo sido anunciado desde un principio el propósito de reintegrarlos en el precepto, se considera que deben plantearse otras soluciones más funcionales y coherentes con la lógica normativa

no solo es la solución más adecuada para evitar extrañas quiebras aplicativas de la norma, así como la más justa y tuitiva para las personas trabajadoras afectadas, sino que es la que impone la normativa básica en materia de igualdad. Así, el análisis de este problema jurídico desde la perspectiva de género ([art. 4 LO 3/2007](#)) también avalaría esta interpretación. Además, dando un paso más para enlazar con la perspectiva de igualdad transversal, el [artículo 7 de la Ley 15/2022, de 12 de julio](#), integral para la igualdad de trato y la no discriminación, establece que, en caso de que sean posibles varias 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», y en relación con los supuestos preteridos, sin duda, es la aplicación de la nulidad objetiva.

4. Pues bien, una vez reincorporados ambos supuestos nuevamente en los artículos [53.4 b\)](#) y [55.5 b\)](#) del ET tras ese insólito lapso –aun con *vacatio* mediante–, las situaciones preteridas han recuperado el reconocimiento jurídico explícito de la nulidad objetiva, lo que evitará la necesidad de tener que realizar ejercicios interpretativos. A esta –relativa– novedad normativa se suma la reciente publicación de varias sentencias de interés sobre el tema, así como la próxima conmemoración del 8 de marzo, circunstancias todas ellas que determinan que se considere oportuno dedicar este editorial al significado y valor de la nulidad objetiva –dada su conexión con la igualdad de género– y sus principales diferencias frente al despido discriminatorio.

Una vez reincorporados ambos supuestos nuevamente en los artículos [53.4 b\)](#) y [55.5 b\)](#) del ET tras ese insólito lapso –aun con *vacatio* mediante– las situaciones preteridas han recuperado el reconocimiento jurídico explícito de la nulidad objetiva, lo que evitará la necesidad de tener que realizar ejercicios interpretativos

Muy sintéticamente, debe recordarse que los convenios de la Organización Internacional del Trabajo relativos a la maternidad (Convenios núms. [3, 1919](#); [103, 1952](#); y [183, 2000](#)), sobre responsabilidades familiares ([Convenio núm. 156, 1981](#)) y en materia de extinción de la relación de trabajo ([Convenio núm. 158, 1982](#)), establecen la protección frente al despido de la trabajadora embarazada o que se encuentre en periodo de descanso posterior, o de la persona con responsabilidades familiares, cuando este traiga causa en dicha circunstancia.

Con mayor ambición protectora, desde la Unión Europea se han adoptado varias directivas que han incidido de manera directa en la protección de la trabajadora embarazada, la maternidad y paternidad y la conciliación de la vida familiar y laboral. Estas son las Directivas [92/85/CEE](#) –mejora de la seguridad y salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia–, [2006/54/CE](#) –principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de empleo y ocupación– y [2010/18/UE](#) –permiso parental–, derogada y sustituida por la [2019/1158](#) –conciliación de la vida familiar y profesional de progenitores y cuidadores–.

Ha de recordarse que [la primera de estas](#), en su artículo 10, rubricado «prohibición de despido», ordena a los Estados miembros establecer varias medidas de protección frente al despido para las trabajadoras embarazadas, desde el inicio de su embarazo hasta el final del permiso por maternidad. Estas son, por una parte, dado que se trata de una tutela en materia de seguridad y salud en el trabajo, una medida preventiva o garantía *ex ante* consistente en la prohibición de despido «salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo» (apdo. 1) –incumplida por España, según destaca la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ([STJUE de 22 de febrero de 2018 \(asunto C-103/16, Porras Guisado\)](#)–. Por otra parte, la previsión de una correlativa respuesta tuitiva para la trabajadora en caso de despido (apdo. 3) –calificación de nulidad–. Y, por otra, una previsión orientada al control del despido efectuado, que obliga a la empresa, en los supuestos de referencia, a exponer por escrito los motivos que justifican el despido –justificación– (apdo. 2). Complementariamente, el artículo 12 establece la garantía de tutela «por vía jurisdiccional [...] o mediante el recurso a otras instancias competentes» respecto de todos los derechos reconocidos en esta disposición. Este artículo 10 constituye la base de la protección frente al despido de la trabajadora embarazada o que se encuentre disfrutando del permiso por maternidad, sobre la que posteriormente se ha ido extendiendo la tutela frente al despido de otras situaciones vinculadas con la maternidad, paternidad y cuidados.

Por lo que ahora interesa, debe recordarse que el fundamento de la [Directiva 92/85/CEE](#) es la protección de la seguridad y la salud de las trabajadoras a las que refiere –es la décima directiva específica en desarrollo de la [Directiva 89/391/CEE](#) (marco), relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo–. Por lo tanto, la protección frente al despido que dispensa a las trabajadoras a las que se refiere se fundamenta en la protección de su seguridad y salud en el trabajo, lo que resulta relevante a efectos interpretativos y desde una dimensión práctica. Así, la [directiva](#) considera a las trabajadoras embarazadas y que estén disfrutando de su permiso por maternidad «por muchos motivos, un grupo expuesto a riesgos especialmente sensibles», entendiendo, por lo que respecta al mantenimiento de su empleo, que

La protección frente al despido que dispensa a las trabajadoras a las que se refiere se fundamenta en la protección de su seguridad y salud en el trabajo, lo que resulta relevante a efectos interpretativos y desde una dimensión práctica

[...] el riesgo de ser despedida por motivos relacionados con su estado puede tener consecuencias perjudiciales sobre la salud física y psíquica de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia y que es conveniente establecer una prohibición de despido.

5. Como es sabido, esta norma fue transpuesta al ordenamiento jurídico español por la [Ley 39/1999, de 5 de noviembre](#), para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Entre la amplia batería de medidas que establecía, introdujo simétricamente una nueva redacción en los artículos 53.4 y 55.5 del ET, para añadir un segundo párrafo, adicional al relativo a las extinciones y despidos discriminatorios o con vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas, en el que extendía la nulidad a determinados supuestos específicos. Estos, inicialmente, eran, por una parte, los de suspensión por maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción, acogimiento, o cuando el preaviso finalizara en ese periodo (a), el de las trabajadoras embarazadas hasta la fecha de suspensión del contrato, y de los trabajadores solicitantes o que estén disfrutando del permiso de lactancia o reducción por cuidado de hijos o familiares hasta segundo grado, o hayan solicitado o estén disfrutando de la excedencia por cuidado de hijos o familiares hasta segundo grado (b).

Como corolario a esta regulación, se incorporaba en ambos preceptos su último párrafo, de capital importancia, en el que disponía: «Lo establecido en las letras anteriores será de aplicación, salvo que se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados». Esta previsión, que con algún ligero matiz ha llegado hasta nuestros días, constituye la base de la nulidad objetiva de esos y del resto de los supuestos que, paulatinamente, se han ido incorporando en las distintas letras de sendos segundos párrafos de ambos preceptos.

De este modo, esta reforma estableció, en sus líneas básicas, la configuración actual de los artículos 53.4 y 55.5 del ET –sin perjuicio de sus posteriores ampliaciones–, preceptos que entrañan considerable complejidad, pues, aun con indudables conexiones internas, ambos incluyen dos bloques diferenciados en su origen, en la forma en la que están formulados y en el fondo, así como, correlativamente, en la manera en la que opera la nulidad. Se incluyen seguidamente, sin voluntad exhaustiva, las que se consideran que son sus principales similitudes y diferencias.

6. Por lo que respecta a sus conexiones, quedan explicitadas formalmente con su inclusión en un mismo precepto. Por lo que respecta a su contenido, el despido discriminatorio constituye una categoría ligada genéricamente a las causas de discriminación prohibidas o a la vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas, evidenciando la conexión con los supuestos del segundo párrafo, pues entre tales causas de discriminación se encuentra el sexo o las circunstancias familiares. De este modo, el primero tiene un objeto de protección más

El despido discriminatorio constituye una categoría ligada genéricamente a las causas de discriminación prohibidas o a la vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas, evidenciando la conexión con los supuestos del segundo párrafo, pues entre tales causas de discriminación se encuentra el sexo o las circunstancias familiares

amplio y genérico, la no discriminación y los derechos fundamentales y libertades públicas, constituyendo los diversos supuestos del segundo párrafo especificaciones de aquellos, al vincularse con la igualdad, las circunstancias familiares y, más ampliamente, el ejercicio de derechos. De ahí se deriva otra importante conexión, puesto que las situaciones en las que se produzcan despidos relacionados con la maternidad o el cuidado de familiares, pero que no queden contempladas en los diferentes supuestos específicos del segundo apartado, podrán recabar la protección, en virtud del primer párrafo, aduciendo vulneración de los derechos fundamentales subyacentes apuntados. De este modo, el primero actúa de un modo complementario o residual respecto del segundo, puesto que su tutela es más amplia, por lo que llega a situaciones a las que este no alcanza. Desde la perspectiva procesal, la acción en ambos bloques se debe canalizar por la vía del despido o extinción, según sea el caso ([art. 184 Ley reguladora de la jurisdicción social](#) –LRJS–). También es común a ellos el efecto de nulidad que la ley vincula a la medida extintiva, si bien esta afirmación tiene muchos matices, como después se expondrá. Con todo, en tal caso, el efecto de dicha calificación será el mismo en los dos bloques de supuestos –readmisión de la persona trabajadora con el abono de los salarios dejados de percibir–.

7. En cuanto a sus diferencias, desde el punto de vista formal, el despido nulo discriminatorio o con violación de derechos fundamentales y libertades públicas de la persona trabajadora tiene su origen en el ET aprobado por el [Real Decreto legislativo 1/1995](#), mientras que los supuestos del segundo párrafo incluidos en las distintas letras fueron incluidos a partir de 1999, como se ha indicado; el proceso concluyó, por lo que respecta específicamente a los supuestos ligados a la maternidad o la conciliación, con el [RDL 5/2023](#) –con la adición de la «repeca» de las causas perdidas realizada por la [LO 1/2025](#) ya examinada–, y globalmente, con la [LO 2/2024](#). En cuanto a su formulación, el despido discriminatorio o con vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas incluido en el primer párrafo del precepto tiene un patrón genérico, mientras que los supuestos que «también» serán nulos se ubican en un segundo párrafo, definidos de manera precisa y ordenados bajo las letras a), b) y c).

En cuanto a su formulación, el despido discriminatorio o con vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas incluido en el primer párrafo del precepto tiene un patrón genérico, mientras que los supuestos que «también» serán nulos se ubican en un segundo párrafo, definidos de manera precisa y ordenados bajo las letras a), b) y c)

Por lo que respecta al fondo, queda claro que, mientras que el primer párrafo se refiere a los despidos discriminatorios o realizados con vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas de manera genérica, el segundo introduce unos supuestos concretos y específicos que, aunque no están desligados de los primeros, constituyen un bloque diferenciado y homogéneo, cuyo factor común es el embarazo, la maternidad y paternidad, así como el ejercicio de derechos de conciliación de la vida personal y familiar.

8. De particular importancia es la diferencia que va ligada a la manera en que operan las consecuencias jurídicas en uno y otro bloque. Así, aunque, como antes se apuntaba, en ambos se establece que la decisión extintiva o despido será nulo, el último párrafo del precepto introduce una importante precisión que revela que la nulidad opera de manera diversa en uno y otro. Así, al señalar en el tercer párrafo que «lo establecido en las letras anteriores será de aplicación, salvo que, en esos casos, se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados», está reforzando, en relación única y exclusivamente con esos supuestos específicos, la consideración de nulidad del despido. De este modo, automatiza u objetiviza la nulidad cuando los despidos se refieran a las situaciones recogidas en los distintos apartados del segundo párrafo, puesto que esta únicamente puede ceder en favor de la procedencia cuando se pruebe efectivamente que se han producido acciones no relacionadas con la circunstancia protegida que justifiquen el despido o la extinción. Respecto de esta última, se incluye una de las escasas previsiones especiales (art. 53.4 ET, tercer párrafo *in fine*, introducido por [RDL 5/2023](#), con la estela de la exigencia del art. 10.2 [Directiva 92/85/CEE](#) y de la [STJUE de 22 de febrero de 2018](#)), justificada por la diversa forma con la que opera la extinción por causas objetivas, que exige adicionalmente para estimar la procedencia que se acredite suficientemente que la causa extintiva aducida debe afectar necesariamente a la relación laboral de esa concreta persona. En suma, estos despidos o extinciones únicamente pueden ser calificados nulos o procedentes, sin que haya posibilidad de declarar su improcedencia, puesto que, salvo que la empresa logre probar que concurre efectivamente causa justificativa del despido que no guarde relación alguna con la situación protegida, procederá siempre la nulidad.

De este modo, automatiza u objetiviza la nulidad cuando los despidos se refieran a las situaciones recogidas en los distintos apartados del segundo párrafo, puesto que esta únicamente puede ceder en favor de la procedencia cuando se pruebe efectivamente que se han producido acciones no relacionadas con la circunstancia protegida que justifiquen el despido o la extinción

Por lo que respecta al despido discriminatorio o con vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas, ya la tácita exclusión que respecto de ellos realiza esa misma previsión sobre la calificación de los despidos o extinciones del segundo párrafo apunta a la admisión de la posibilidad de que sean también calificados improcedentes. Aunque el [artículo 55.5 del ET](#) guarda silencio al respecto, así lo confirma respecto de la extinción por causas objetivas el párrafo quinto del artículo 53.4 del ET, que indica expresamente que, en sede judicial, estos despidos pueden ser calificados procedentes «cuando se acredite la concurrencia de la causa que fundamentó la decisión extintiva y se hayan cumplido los requisitos establecidos en el apartado 1» o improcedentes «en otro caso», además de nulos, así como, en un plano general, el [artículo 108 de la LRJS](#). Así, si queda probado que la extinción o despido han sido discriminatorios o han vulnerado derechos fundamentales y

libertades públicas, serán nulos, mientras que si se acredita que existe una causa que justifica suficientemente la extinción o despido, serán procedentes. Sin embargo, cuando no se demuestre de manera suficiente la existencia de causa o concurran defectos formales, serán calificados de improcedentes, a diferencia de los del segundo párrafo, que en estos últimos casos también serán nulos.

9. Conexamente, en sede judicial uno y otro bloque tienen diferente dinámica probatoria. En este sentido, la automaticidad con la que actúa la nulidad objetiva determina que, de no probarse que la medida extintiva obedece a una causa justificada que no guarda relación con la situación protegida, la sola existencia de la circunstancia protegida dé lugar a la protección reforzada, sin que deba desarrollarse actividad probatoria alguna dirigida a verificar una intención particular de la empresa, pues la nulidad actúa con independencia de esta. Por ello, el eventual desconocimiento por parte de la empresa de que la persona trabajadora se halla en tales circunstancias –generalmente, estos casos se referirán al embarazo– no constituye óbice alguno para la declaración de nulidad, como después se precisará. Muy diferente es la configuración normativa y judicial de esta fase con relación al despido discriminatorio o con vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas, puesto que en este caso, apreciada por el órgano judicial la concurrencia de indicios de que se ha producido la discriminación o la vulneración de alguno de estos derechos, corresponde a la empresa aportar una justificación objetiva, razonable y suficientemente probada de la proporcionalidad de las medidas adoptadas (art. 181.2 LRJS, superación del juicio de igualdad). En suma, en este caso es muy relevante la motivación subyacente en la decisión de la empresa, sin que opere objetivación alguna favorable a la nulidad.

El eventual desconocimiento por parte de la empresa de que la persona trabajadora se halla en tales circunstancias –generalmente, estos casos se referirán al embarazo– no constituye óbice alguno para la declaración de nulidad

Relacionada con la anterior, otra diferencia, afirmada por el Tribunal Supremo tras una etapa de manifiestas posiciones divergentes en suplicación, es la relativa a las condiciones en que procede la indemnización anudada a la nulidad, cuestión esta que ha sido tratada en las páginas de esta revista (Molina Navarrete, 2018; Alameda Castillo, 2021). Al respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 1148/2023, de 12 de diciembre, señala que el automatismo que se reconoce a la nulidad de las extinciones o despidos en los supuestos del segundo párrafo de los artículos 53.4 y 55.5 del ET no es extensivo a las indemnizaciones por los daños morales. Parece marcar con ello una diferencia respecto del despido

La STS 1148/2023, de 12 de diciembre, señala que el automatismo que se reconoce a la nulidad de las extinciones o despidos en los supuestos del segundo párrafo de los artículos 53.4 y 55.5 del ET no es extensivo a las indemnizaciones por los daños morales

discriminatorio, en el que tal indemnización procede siempre que se estime la nulidad ([art. 183 LRJS](#)), si bien, paradójicamente, en realidad aplica las mismas reglas. De este modo, la nulidad del despido discriminatorio o con vulneración de derechos fundamentales va ligada a la constatación de que se ha producido la violación del derecho denunciada; por tanto, supone que se ha acreditado la voluntad lesiva del derecho de la decisión extintiva. Dado que la nulidad objetiva se produce de manera automática y al margen de motivaciones subyacentes, no puede identificarse en sí misma ese propósito de vulnerar el derecho, salvo, por supuesto, que se aduzca su existencia y se presenten indicios del carácter discriminatorio o lesivo del despido. En suma, afirma el tribunal que el daño moral vinculado al despido o extinción en situaciones de embarazo, maternidad, paternidad y cuidados de familiares y convivientes solo procede en caso de que efectivamente se haya constatado el propósito discriminatorio de la decisión de la empresa. En consecuencia, ello le lleva a excluir el reconocimiento de la indemnización en las situaciones de nulidad objetiva en las que la empresa desconocía el embarazo de la trabajadora en el momento de adoptar la decisión extintiva. Con todo, máxime dada la gran casuística que puede presentarse, se considera que es muy posible que próximos pronunciamientos vayan introduciendo más detalles en relación con esta particular cuestión.

10. En suma, pese a que entre la genérica delimitación que incluye el primer párrafo y los supuestos del párrafo segundo existe una relación género-especie, estos últimos tienen un nexo común de especial relieve, un factor de cohesión de suficiente entidad que determina que no solo se formulen como bloque autónomo, sino que se les dispense una protección reforzada respecto de los previstos en el párrafo anterior. Así, su relación con el embarazo, maternidad, paternidad y cuidados de familiares y convivientes actúa como elemento conglomerante. La razón de este trato especial no solo radica en el interés privado en la atención de estas funciones y deberes, sino que también concurre un interés público en proteger lo que constituye una labor de atención imprescindible e importancia esencial para la sociedad. Esta especial relevancia justifica que se objetive la declaración de nulidad cuando se produzca el despido en estas circunstancias, de no probarse por la empresa que está motivado por causas totalmente ajenas a la situación protegida que sean determinantes de la declaración de procedencia. Opera, en consecuencia, una suerte de automatismo en favor de la nulidad o «nulidad por imperativo legal», que actúa con independencia de otras motivaciones subjetivas, e incluso, en caso del embarazo, al margen de su conocimiento por parte de la empresa, como viene manteniendo una consolidada jurisprudencia, iniciada por la [STS de 17 de octubre de 2008 \(rec. 1957/2007\)](#), cuyo origen se sitúa en la doctrina constitucional (Sentencia del Tribunal Constitucional –STC– 92/2008, de 21 de julio).

Opera, en consecuencia, una suerte de automatismo en favor de la nulidad o «nulidad por imperativo legal», que actúa con independencia de otras motivaciones subjetivas, e incluso, en caso del embarazo, al margen de su conocimiento por parte de la empresa, como viene manteniendo una consolidada jurisprudencia

Estos supuestos del párrafo segundo, por lo tanto, pese a conducir al resultado de la nulidad del despido, con las consecuencias ordinarias –readmisión y abono de los salarios dejados de percibir–, al igual que los del primero, tienen reconocido un tratamiento especial que se justifica en el interés particular y el valor social de las situaciones protegidas, y que implica un refuerzo de su tutela. Este mayor nivel de protección, coherentemente, se extiende –o debería extenderse– a su interpretación judicial. Así, si bien en algunos supuestos, de manera sorpresiva, ha sido necesario agotar las instancias judiciales para superar una interpretación normativa en exceso literal y poco razonable, que contravenía dicha tutela reforzada, como reflejó la [STC 22/2024, de 12 de febrero](#) (examinada precisamente en el [editorial del núm. 480 de esta revista](#)), muchos son los pronunciamientos judiciales que parecen afianzar este refuerzo tuitivo.

11. Como exponentes de ello, con algunos matices, deben traerse a colación varios pronunciamientos recaídos al máximo nivel, uno comunitario y dos internos, que se refieren al ajuste de los momentos y/o actos procesales con los tiempos de la gestación y maternidad.

De este modo, la [STJUE de 27 de junio de 2024 \(asunto C-284/23\)](#) resuelve una cuestión prejudicial planteada por un órgano judicial alemán que cuestiona la conformidad de los artículos 4 y 5 de la Ley de protección frente a los despidos alemana con la protección reforzada establecida por la [Directiva 92/85/CEE](#). En apretada síntesis, el citado artículo 4 establece un plazo de 3 semanas desde la notificación del despido para presentar la demanda por despido, pero prevé el artículo 5 que, si pese a actuar de manera diligente, la persona trabajadora no pudiera interponerla en este periodo, será admitida posteriormente, presentando una solicitud en tal sentido en las 2 semanas siguientes a la desaparición del impedimento para la interposición de la demanda, con el máximo de 6 meses. Según indica de forma expresa la propia norma, esta también es aplicable cuando se trate de una trabajadora que tenga conocimiento de su embarazo finalizado aquel plazo. Las dudas del órgano judicial nacional acerca de la coherencia de este restringido lapso con la tutela judicial efectiva de la trabajadora embarazada son compartidas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que destaca que se trata de un plazo inferior al ordinario e insuficiente para realizar todas las actividades que ha de desarrollar la trabajadora –asesoramiento, redacción y presentación de la solicitud de admisión de la demanda y de la demanda–. Es por ello por lo que considera que dicha normativa no es ajustada a los artículos 10 y 12 de la directiva, pues estos preceptos se oponen a una normativa nacional en virtud de la cual una trabajadora embarazada que solo haya tenido conocimiento de su embarazo una vez expirado el plazo previsto para interponer una demanda contra su despido está obligada, para poder interponer tal demanda, a presentar una solicitud de admisión a trámite de la demanda extemporánea en un plazo de 2 semanas, siempre que la regulación procesal de esa solicitud de admisión, en la medida en que conlleve inconvenientes que puedan hacer excesivamente difícil la aplicación de los derechos que el artículo 10 de esa directiva confiere a las trabajadoras embarazadas, no respete las exigencias del principio de efectividad. En suma, las reglas procesales de los Estados deben permitir una tutela efectiva y eficaz ante

el despido de las trabajadoras embarazadas, lo que implica que tengan en cuenta las particularidades que presenta a estos efectos la situación de embarazo.

12. En el ámbito interno, dos recientes sentencias tratan sobre la flexibilización del *tempus* de alegación del embarazo o parto reciente en el proceso judicial, cuestión también examinada en las páginas de esta revista (Miñarro Yanini, 2023). La importancia de este problema procesal es grande y, como prueba la reiteración de recursos, también se presenta con cierta frecuencia. Así, siendo el embarazo una situación dinámica, que no se conoce de manera instantánea e incluso a veces se presenta de forma sorpresiva para la propia implicada, y teniendo el proceso judicial una duración variable, pero, en cualquier caso, extendida en el tiempo, no es extraño que la situación inicial pueda mutar durante su desarrollo. A ello hay que añadir que la trabajadora que se encuentra en dicha situación no tiene por qué conocer de inicio las diferentes consecuencias jurídicas que tiene el despido en tal situación y puede dudar entre revelarlo o guardar silencio. Todo ello explica que esta cuestión procesal sea de importancia capital en las concretas situaciones protegidas, en particular, durante el embarazo, por no ser su conocimiento inmediato, generalmente, y ser menos controlable y evidente incluso para la propia implicada, al menos en sus primeras fases. Pues bien, el Tribunal Supremo se ha pronunciado respecto de este problema procesal en las Sentencias 1038/2024, de 10 de septiembre, y de 91/2025, de 4 de febrero, en las que ha defendido una interpretación no formalista en aras a la efectividad de la tutela. Las diferencias entre los supuestos examinados en estas sentencias son menores, pues se trata de reclamaciones frente a extinciones de contrato de trabajadoras en las que no se hace referencia al embarazo en la papeleta de conciliación en ninguna de ellas, incluyéndose en un caso en la demanda (STS de 4 de febrero de 2025), mientras que en la otra se suscita en la ampliación de la demanda (STS de 10 de septiembre de 2024). En consecuencia, tienen en común que el embarazo no se plantea en la fase preprocesal, sino con posterioridad, por lo que en ambos casos se ha incumplido la exigencia de congruencia entre la papeleta de conciliación y la demanda, establecida en el artículo 80.1 c) de la LRJS. Ello supone que la solicitud inicial de improcedencia había mutado a la nulidad objetivada ex artículos 53.4 y 55.5, segundos párrafos, del ET.

Las reglas procesales de los Estados deben permitir una tutela efectiva y eficaz ante el despido de las trabajadoras embarazadas, lo que implica que tengan en cuenta las particularidades que presenta a estos efectos la situación de embarazo

Siendo el embarazo una situación dinámica, que no se conoce de manera instantánea e incluso a veces se presenta de forma sorpresiva para la propia implicada, y teniendo el proceso judicial una duración variable, pero, en cualquier caso, extendida en el tiempo, no es extraño que la situación inicial pueda mutar durante su desarrollo

La cuestión esencial en ambos recursos es

[...] determinar si es admisible o no la ampliación de demanda con carácter previo al acto de juicio para adicionar que el fundamento de la nulidad se halla en circunstancias objetivas relacionadas con la maternidad (permisos, reducción de jornada, estado de embarazo a la fecha del despido...), y, por ende, si ello constituye o no una modificación sustancial de la demanda ([FJ 2º.2 STS 1038/2024](#)).

Una y otra sentencia, en consideración a que «la interpretación del artículo 80.1 c) LRJS no debe efectuarse de forma rigorista, debiéndose efectuar una hermenéutica del precepto que conjugue la exigencia del derecho de la demandada a no sufrir indefensión con la adecuada protección de los derechos fundamentales» de la persona trabajadora, y a que «se residencia en el órgano judicial la calificación del despido [...] sin que el órgano judicial esté vinculado por la calificación efectuada por el actor», estiman los recursos, declarando la nulidad de los despidos de las trabajadoras.

13. Con todo, pese a alcanzar el mismo resultado y con los mismos argumentos básicos, se aprecia cierta diferencia entre ambas sentencias en relación con la relevancia que otorgan al embarazo y la maternidad como objeto de tutela. Valga como exponente el dato cuantitativo, pero con importancia cualitativa, de que la [STS de 10 de septiembre de 2024](#) utiliza el término «embarazo» en 6 ocasiones, «maternidad» en 3 y «embarazada» en 2, en todos los casos, en estricta referencia al supuesto examinado. Sin embargo, la [STS de 4 de febrero de 2025](#) utiliza el término «embarazo» en 14, «embarazada» en 8, y «embarazadas» y «maternidad» en 4 ocasiones. La explicación radica en que, mientras que aquella se limita a aplicar reglas procesales generales en relación con la flexibilización de la congruencia en supuestos en los que hay en juego derechos fundamentales, sin apreciar en apariencia especialidad alguna en el concreto supuesto deducido, esta, adicionalmente, trata de vincularlo de manera específica a la particular relevancia de los supuestos concretos protegidos, en particular, del embarazo. De este modo, trae a colación la doctrina constitucional establecida en la célebre y ya citada [STC 92/2008, de 21 de julio](#), que destaca que la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas

[...] constituye una institución directamente vinculada con el derecho a la no discriminación por razón de sexo proclamado en el art. 14 CE, [...] [dirigida] a hacer efectiva la igualdad de las mujeres en el mercado de trabajo. [...] la finalidad esencial de la norma es la de combatir los despidos discriminatorios, los despidos «motivados» por razón de embarazo, lo que constituye [...] uno de los principales desafíos a los que ha de hacer frente el derecho a la no discriminación por razón de sexo en las relaciones laborales [...]. Pero que sea esa la finalidad última no implica que el instrumento elegido por el legislador para su articulación no pueda consistir en una garantía objetiva y automática, que otorgue la protección al margen de cualquier necesidad de prueba del móvil discriminatorio [...]. Se configura así por el legislador un mecanismo de garantía reforzada en la tutela de las trabajadoras embarazadas, reforzamiento que posee, además, una clara relevancia constitucional.

De este modo, y con el telón de fondo constituido por la referencia a esta doctrina constitucional, en [esta sentencia](#) el Tribunal Supremo suma a los argumentos jurisprudenciales sobre la flexibilización genérica de la exigencia de congruencia, cuando se alega la vulneración de derechos fundamentales, los específicos propios de la tutela específica de las trabajadoras embarazadas. Así, señala que

[...] no se puede sostener una interpretación rigorista que, a la postre, deje sin efecto gran parte del sistema jurídico protector de la mujer, especialmente de la mujer embarazada, que la Constitución y el legislador ordinario han ido tejiendo desde la promulgación de la norma fundamental hasta la actualidad. Sostener que el hecho de no haber aludido en la papeleta de conciliación al embarazo de la mujer implica que ya no puede hacerse en la demanda o en una eventual ampliación de la misma, cuando ni se ha perjudicado absolutamente la posibilidad de conciliación y no se ha causado indefensión alguna a la empresa demandada, implicaría desatender –a través de una interpretación rigorista de la norma– el derecho fundamental de la mujer a no ser discriminada en atención a su propia condición de mujer.

14. En cualquier caso, aunque se considera que a efectos de realizar «pedagogía jurídica» estas reflexiones son muy oportunas, lo cierto es que, aun desde un plano genérico y, sorprendentemente, sin hacer reflexión alguna a la tutela reforzada, la [STS de 10 de septiembre de 2024](#) resuelve en el mismo sentido, por lo que el refuerzo de la tutela específica no tiene realmente una operatividad práctica en aquella. Examinando este aspecto con mayor proyección se aprecia que esta irrelevancia práctica de la tutela reforzada que el Alto Tribunal aplica a la flexibilización de los requisitos procesales no es episódica. Así, en otras sentencias hace abstracción de esa especial trascendencia de los supuestos que dan lugar a nulidad objetiva aludida en la [STS de 4 de febrero de 2025](#) al homologarlos en este punto a otras en las que no se da esta circunstancia, admitiéndolas como sentencias de contraste a efectos del recurso de casación para unificación de doctrina (por todas, la reciente [STS 49/2025, de 23 de enero](#)), o bien utiliza esta doctrina establecida en pronunciamientos relativos a la flexibilización de requisitos procesales en sentencias sobre supuestos que carecen de dicha tutela reforzada ([STS 1306/2024, de 2 de diciembre](#), citando doctrina contenida en la [STS 1038/2024, de 10 de septiembre](#)). No se entrará a valorar la oportunidad de la laxitud procesal aplicada en esos otros pronunciamientos, dado que escapa del tema examinado. No obstante, se considera pertinente señalar que, precisamente por esa particular relevancia de los supuestos especialmente protegidos ex segundos párrafos de los artículos 53.4 y 55.5 del ET apuntada por la [STC](#)

Aunque se considera que a efectos de realizar «pedagogía jurídica» estas reflexiones son muy oportunas, lo cierto es que, aun desde un plano genérico y, sorprendentemente, sin hacer reflexión alguna a la tutela reforzada, la STS de 10 de septiembre de 2024 resuelve en el mismo sentido, por lo que el refuerzo de la tutela específica no tiene realmente una operatividad práctica en aquella

92/2008, tendría plena justificación que no se estableciera esa equiparación a estos efectos, admitiéndose la flexibilización exclusivamente en los supuestos de embarazo y otras causas específicas. Ello sería perfectamente coherente con su tutela legal –y judicial– reforzada, así como por las concretas y particulares circunstancias ligadas a estas situaciones, que pueden impedir a la interesada ajustarse al estricto orden procesal, que son precisamente la razón básica que sustenta el rechazo de plazos procesales excesivamente rígidos por la [STJUE de 27 de junio de 2024](#). En suma, se considera que la idiosincrasia de las situaciones determinantes de la tutela reforzada constituida por la nulidad objetiva bien podría, también, justificar otros refuerzos adicionales propios y particulares en sede procesal.

15. El número 485 de esta revista incluye tres magníficos estudios laborales de temática de máxima actualidad e interés. Se abre con el artículo, a cargo de Alicia Villalba Sánchez, titulado «El edadismo de género: cartografiado de una discriminación interseccional». Asimismo, se incluye el estudio de Ángel Guillén Pajuelo titulado «La protección laboral de los deportistas profesionales ante los nuevos riesgos del siglo XXI». También tiene cabida el derecho comparado, con el estudio de Cristina Roldán relativo a la «Evolución del derecho francés ante la ausencia de sujetos negociadores en la empresa». En nuestra sección de actualidad judicial «Diálogos con la jurisprudencia», coordinada y presentada por Fernando Ballester Laguna, contamos con un distinguido y reconocidísimo plantel de comentaristas, que examinan cinco sentencias de sumo interés, a saber, las SSTJUE de [24 de octubre de 2024 \(asunto C-441/23\)](#) y de [19 de diciembre de 2024 \(asunto C-531/23\)](#), la [Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Barcelona 299/2024, de 28 de noviembre](#), y las SSTS [1308/2024, de 3 de diciembre](#) y [1339/2024, de 11 de diciembre](#). Desde estas páginas queremos agradecer a las autoras y autores de estos trabajos su valiosa colaboración y también, por supuesto, a las lectoras y lectores la atención que nos prestan, dando así sentido a nuestro trabajo.

Aunque se considera que a efectos de realizar «pedagogía jurídica» estas reflexiones son muy oportunas, lo cierto es que, aun desde un plano genérico y, sorprendentemente, sin hacer reflexión alguna a la tutela reforzada, la STS de 10 de septiembre de 2024 resuelve en el mismo sentido, por lo que el refuerzo de la tutela específica no tiene realmente una operatividad práctica en aquella

Cómo citar: Miñarro Yanini, M. (2024). La recuperación de las «causas perdidas» y otras cuestiones en torno a la nulidad objetiva del despido por circunstancias ligadas al embarazo, maternidad, paternidad y atención de familiares y convivientes. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 485, 7-21. <https://doi.org/10.51302/rtss.2025.24377>

El edadismo de género: cartografiado de una discriminación interseccional

Alicia Villalba Sánchez

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

Universidad de Santiago de Compostela (España)

alicia.villalba@usc.es | <https://orcid.org/0000-0001-8188-4810>

Extracto

La edad es una característica objetivamente mensurable con fundamento en la cual se ha presumido la mayor o menor vulnerabilidad, capacidad o experiencia de una persona. Sin embargo, esta presunción no siempre ha sido sustentada sobre evidencias científicas, sino sobre el ideal que una sociedad se había forjado. Surge, así, el «edadismo» o diferencia de trato por razón de edad, basada, no en un hecho biológico, sino en un estereotipo. Aunque la Constitución española de 1978 incluyera la edad entre las causas, no de desigualdad, sino de discriminación, los prejuicios asociados a ella condicionan todavía el acceso, la promoción y la conservación del empleo. Y, comoquiera que este prejuicio convive en el imaginario popular con otros muchos, interesa abordarlo en combinación con el que aflige a un mayor número de personas trabajadoras. Procede, por consiguiente, analizar la discriminación derivada de la intersección de dos condiciones, cuales son la edad y el género, considerando la vis atractiva y transformadora de esta última. Ello implica identificar y clasificar sus diversas variantes, para luego cuestionar, con ánimo propositivo, el nuevo marco jurídico llamado a prevenirla, erradicarla y sancionarla.

Palabras clave: edad; género; discriminación interseccional; discriminación por asociación; acceso al empleo; promoción profesional; extinción del contrato; conciliación de la vida laboral y familiar.

Recibido: 28-11-2024 / Revisado: 20-12-2024 / Aceptado: 16-01-2025 / Publicado: 06-03-2025

Cómo citar: Villalba Sánchez, A. (2025). El edadismo de género: cartografiado de una discriminación interseccional. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 485, 22-52. <https://doi.org/10.51302/rtss.2025.24213>

Gender ageism: mapping intersectional discrimination

Alicia Villalba Sánchez

Senior lecturer in Labour and Social Security Law.

University of Santiago de Compostela (Spain)

alicia.villalba@usc.es | <https://orcid.org/0000-0001-8188-4810>

Abstract

Age is an objectively measurable characteristic based on which a person's greater or lesser vulnerability, capacity or experience has been presumed. However, this presumption has not always been supported by scientific evidence, but on the ideal that a society had forged for itself. Thus, "ageism" or difference in treatment on the grounds of age, based not on a biological fact, but on a stereotype, has arisen. Although the Spanish Constitution of 1978 included age among the causes, not of inequality, but of discrimination, the prejudices associated with it still condition access, promotion to and job retention. And, since this prejudice coexists in the popular imagination with many others, it is interesting to address it in combination with the one that affects a greater number of working people. It is therefore necessary to consider the discrimination derived from the intersection of two conditions, age and gender, taking into account the attractive and transforming force of the latter. This implies identifying and classifying its various variants, in order to then question, with a proactive spirit, the new legal framework called upon to prevent, eradicate and punish intersectional discrimination.

Keywords: age; gender; intersectional discrimination; discrimination by association; access to employment; professional promotion; termination of contract; work life balance.

Received: 28-11-2024 / Revised: 20-12-2024 / Accepted: 16-01-2025 / Published: 06-03-2025

Citation: Villalba Sánchez, A. (2025). Gender ageism: mapping intersectional discrimination. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 485, 22-52. <https://doi.org/10.51302/rtss.2025.24213>

Sumario

1. Introducción
 2. La impronta del edadismo en el derecho del trabajo
 3. La vis centrípeta y transformadora del género
 4. De la discriminación múltiple a la discriminación interseccional por razón de edad y género
 5. Taxonomía de la discriminación interseccional por razón de edad y género
 - 5.1. La discriminación interseccional por razón de edad y género *stricto sensu*
 - 5.2. La discriminación interseccional refleja por razón de edad y género
 6. Nuevos remedios para una discriminación añeja
 7. A modo de reflexión
- Referencias bibliográficas

Nota: Esta obra es fruto de los proyectos de investigación financiados por la AEI (Agencia Estatal de Investigación) «Aprendizaje a lo largo de la vida en una sociedad digital: formación y recualificación para las nuevas profesiones del mercado de trabajo global» y «Retos del Estado de Derecho ante la inteligencia artificial: respuestas jurídicas a los desafíos de la economía digital para su sostenibilidad y resiliencia», así como del Grupo de Referencia Competitiva Empresa y Administración.

1. Introducción

Las proyecciones publicadas por el Instituto Nacional de Estadística en el año 2022 cifraron en más de 4 millones de habitantes el aumento de la población española previsto para los siguientes 15 años, superándose los 5, llegado el año 2072. Este incremento, en modo alguno debido a la inversión de un saldo vegetativo que mantendría un signo negativo, obedecería a la inmigración y a una creciente esperanza de vida. Esta, por aquel entonces, alcanzaría los 86 años, en cuanto concierne a los varones, superando, en el caso de las mujeres, los 90. A tenor del mismo estudio, el envejecimiento elevaría la tasa de dependencia referida a la población mayor de 64 años del 30,5 %, correspondiente al año 2021, al 50,8 %, en el año 2051. Una corriente inversa, pero de menor intensidad, rebajaría la tasa de dependencia de los menores de 16 años del 23,0 % actual al 21,4 %. De mantenerse las tendencias demográficas actuales, cabe augurar un mercado laboral compuesto por un nutrido contingente de personas que habrían dejado atrás su juventud, buena parte de las cuales tendrían a su cargo familiares o allegados que, por razón de su edad, necesitarían de sus cuidados.

Así las cosas, la edad reclama, de nuevo, la atención del iuslaboralismo desde múltiples perspectivas. De entre ellas, resulta ineluctable abordar su repercusión en el acceso, en la promoción y en la conservación de un empleo que hoy, como ayer, constituye el principal sustento de buena parte de la ciudadanía. Si hace más de medio siglo se enfatizó la relevancia del derecho del trabajo, en tanto base jurídica sobre la cual buena parte de la población se ganaba la vida (Kahn-Freund, 1983, p. 13), en la actualidad su objeto continúa siendo económicamente necesario, tanto para quien lo recibe, como para quien lo presta. Para este último la obtención y conservación de un empleo se erige, a su vez, en una aspiración social, habida cuenta del aislamiento imperante en las hodiernas sociedades. La inserción en el ámbito de organización y dirección de la empresa permite, por añadidura, instruir y, en cierto modo, amoldar al trabajador a su comunidad (Foucault, 2018, p. 238). Sirvan estas tres facetas para ilustrar la relevancia económica y social del empleo y la penuria económica, pero también moral, que afligiría a quien se viera privado de él por una condición personal¹ cuya toma en consideración fuese odiosa, a ojos del derecho. Dicho calificativo se atribuye la adopción de la edad como factor de diferenciación, pero solo cuando de ella se extraigan consecuencias jurídicas carentes de una justificación objetiva y razonable. La ambivalencia de la edad, bien como factor de desigualdad, bien como factor de discriminación, exige evocar el papel que ha desempeñado en el derecho del trabajo.

¹ Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 62/2008, de 26 de mayo.

2. La impronta del edadismo en el derecho del trabajo

No existe rama alguna del ordenamiento jurídico que haya permanecido insensible a la edad. Sin embargo, el peso que en ellas ha ostentado palidece ante la impronta dejada en el derecho del trabajo, apreciable ya en su etapa embrionaria. Fue esgrimida, a la sazón, para vencer la reticencia de un legislador aferrado al principio *pacta sunt servanda* que permitía la imposición de condiciones leoninas a una parte contractual carente de poder de negociación. Los desmanes a los que condujo su aplicación sin cortapisas en una relación jurídica aquejada de un notable desequilibrio inspiró su conmiseración hasta el punto de dotar a las denominadas «fuerzas medias» de una protección negada entonces al común de las personas trabajadoras (Nielfa Cristóbal, 2003, p. 36). Dio fe de ello la promulgación de la Ley de 24 de julio de 1873, por la que se prohibió el trabajo en fábricas, talleres, fundiciones y minas de los menores de 10 años, limitándose el de las personas jóvenes. Su escasa efectividad (Martínez Girón *et al.*, 2006, p. 67) no empaña su valor, en tanto precedente de un derecho del trabajo cuya edificación fue erigida sobre una edad tomada como hecho a raíz del cual presumir la capacidad para trabajar de la persona trabajadora, la necesidad de modular su protección frente a diversos riesgos o la conveniencia de ofrecerle un retiro pensionado. Dicho en otro giro, el legislador social coligió de la edad una desigualdad fáctica susceptible de justificar un tratamiento jurídico diferenciado.

No obstante, la edad constituye apenas un indicio de una aptitud laboral dimanante de otros muchos factores. De ahí el acierto de quien supo ver en el envejecimiento un juicio social, más que una contingencia biológica (Sontag, 1997, p. 21). Y, comoquiera que el derecho constituye un fiel reflejo de los tópicos comúnmente aceptados por una sociedad en un momento dado, en él encontraron cabida cuantos se asociaron al cumplimiento de una edad que, a su vez, mutaba a medida que evolucionaban los clichés. Prueba de ello es la sorpresa que suscita la ubicación de la mayoría de edad en unos 23 años que hoy quizá se antojen demasiados (art. 320 del texto original del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil –CC–), de intensidad solo parangonable con el estupor que infunde el reconocimiento de la capacidad para contraer matrimonio a quienes actualmente se consideran, a duras penas, pubescentes². Ciertamente, parece desfasada una escala que denotaba cierto oportunismo cuando toleraba el trabajo de quienes contasen con una sola década de vida, si ello era necesario para contener un alza salarial. Basten los anteriores ejemplos para ilustrar la cuestionable categorización que, en función de la edad, ha pergeñado el derecho, en general, y el del trabajo, en particular, basándose en estereotipos convenientemente asociados a una edad y a menudo carentes de una base científica sobre la cual sustentarse.

² Tal sería el caso de las «hembras» que hubieran cumplido los 12 años o de los «varones» que hubieran alcanzado los 14 (art. 83. 1º CC, también en su redacción primigenia).

Por fortuna, tales ejemplos del «edadismo institucional» denunciado por el Informe mundial publicado por la Organización Mundial de la Salud en el año 2021 han caído en desuso. Mejor suerte han sufrido, empero, los del «edadismo interpersonal» surgido, a tenor del antedicho informe, de las interacciones personales propias de una época en la cual se abjura de la vejez. Llegados a este punto, procede traer a colación las palabras de quien evocó, no sin cierta nostalgia, cómo en su generación «gozaban de gran prestigio las maneras de la vejez» (Ortega y Gasset, 1999, p. 83), de manera tal que «el muchacho anhelaba dejar de ser muchacho lo antes posible». Fue en la segunda década de la pasada centuria cuando eclosionó una nueva etapa, en absoluto superada durante el siglo en curso, durante la cual «los chicos y las chicas se [esforzaban] en prolongar su infancia y los mozos en retener y subrayar su juventud» (Ortega y Gasset, 1999, p. 83). Pues bien, el edadismo prendido en aquella generación de entreguerras, para la que «todos y todo lo que no era de la misma edad era considerado como caduco» (Zweig, 2012, p. 379) llegó hasta nuestro tiempo, perennizándose al amparo de un ordenamiento jurídico, ora cómplice, ora indiferente ante ciertas diferenciaciones por razón de edad «históricamente arraigadas que han situado en posiciones no solo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad»³ a amplios sectores de la población.

Emerge, entonces, la «cara peyorativa de la desigualdad» (Casas Baamonde, 2017, p. 6) cuya prohibición consagra la Constitución Española de 1978 (CE), instrumentalizando «en el plano jurídico la vía de supresión de las malformaciones que se [han] ido creando en la sociedad» (Valdés Dal-Ré, 2008a, p. 28). Aunque la edad no figure entre los motivos enumerados en el listado proporcionado por su artículo 14, su carácter abierto ha permitido al sumo intérprete del texto constitucional aplicar «un juicio de irrazonabilidad» (sic.)⁴ a toda diferencia de trato basada en ese factor. Por consiguiente, dicho juicio conllevará la necesidad de emplear un canon más estricto a la hora de fundamentar su legitimidad constitucional, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad. En palabras del propio Tribunal Constitucional, la toma en consideración de alguna causa de discriminación «implica un juicio de irrazonabilidad de diferenciación establecido ya *ex Constitutione*»⁵. Así pues, una interpretación del artículo 14 de la CE conforme con los tratados internacionales ratificados por España en materia de derechos humanos conduce, a su vez, a incluir la edad entre las causas de discriminación⁶, al menos, desde la prohibición contenida en el artículo 21.1 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), elevada a «principio general del Derecho de la Unión» por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)⁷.

³ SSTC 128/1987, de 16 de julio; 19/1989, de 31 de enero, y 176/2008, de 22 de diciembre, entre otras.

⁴ STC 66/2015, de 13 de abril.

⁵ STC 229/1992, de 14 de diciembre.

⁶ STC 66/2015, de 13 de abril.

⁷ Sentencias del TJUE (SSTJUE) de 22 de noviembre de 2005, asunto C-144/04, Mangold, y de 19 de enero de 2010, asunto C-555/07, Küçükdeveci c. Swedex GmbH.

Recogiendo el guante lanzado por el artículo 2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), cuyo texto encomienda a la Unión la lucha contra toda discriminación basada, entre otros motivos, en la edad, 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, concretó ese principio antidiscriminatorio en el ámbito del empleo y la ocupación (Casas Baamonde, 2017, p. 2). Comprendió, a tal efecto, la discriminación llevada a cabo en la fase precontractual, incluyendo las condiciones de acceso al empleo y los criterios de selección, pero también la perpetrada constante la relación laboral, susceptible de lastrar la promoción profesional de quien la padece o de provocar la extinción de su contrato.

Es preciso admitir que la transposición de esta norma no fue trascendental, habida cuenta de la consagración del derecho a no ser objeto de discriminación para el empleo o una vez empleado por razón de edad en el artículo 4.1 c) del texto original del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Lo hubiera sido de haber dado lugar a la promulgación de una norma especial que aglutinara el régimen jurídico aplicable a la discriminación por razón de edad, al menos, en los aspectos regulados por la Directiva 2000/78/CE. De este modo se superaría la dispersión de una regulación contenida en diversos textos dedicados también a otras causas de discriminación, provocando así que la discriminación por razón de edad quedase «totalmente diluida» (Martínez Girón, 2014, p. 2). De igual modo cabría atribuir a la transposición del acervo comunitario un carácter decisivo de haber determinado la consignación en el Estatuto de los Trabajadores (ET) de alguna alusión a unas «discriminaciones múltiples» de las cuales, a tenor del considerando 3.º de la Directiva 2000/78/CE, son víctimas frecuentes las mujeres. Debido a esta admonición parece oportuno analizar el tratamiento jurídico dispensado a la confluencia de la edad con otro factor de discriminación, en modo alguno susceptible de acarrear consecuencias menos nocivas, cual es el género.

3. La vis centrípeta y transformadora del género

Anteriormente se elogió el trabajo «como vehículo de superación de la situación social peyorativa de unos colectivos discriminados»⁸ entre los cuales destaca, tanto en términos cuantitativos como cualitativos, el femenino. Aunque la paulatina incorporación de la mujer al trabajo productivo haya sido considerada como «uno de los cambios sociales más profundos, sino el más profundo, del s. XX» (Casas Baamonde, 2017, p. 1), no ha estado exenta de obstáculos susceptibles de entorpecerle la consecución de un empleo, su conservación o la progresión a otro más apetecido. Lejos de haber sido removidos, aquellos se han metamorfoseado y, si antaño revestían la forma de impedimentos que vetaban a la mujer el acceso a determinadas profesiones, actualmente se ocultan u operan bajo una pátina de neutralidad.

⁸ STC 173/1994, de 7 de junio.

El respeto de los principios de mérito y capacidad en el acceso al empleo público (art. 103.3 CE) ha mitigado el riesgo de padecer una discriminación más frecuente en el ámbito privado, habida cuenta de la libertad de contratación que ostenta la empresa⁹. Desembarazada del «corsé del rigorismo de la total imparcialidad que debe presidir la actuación de la Administración»¹⁰, articula procesos selectivos apenas regulados por la normativa heterónoma y objeto, en menor medida, de la atención de unos interlocutores sociales más preocupados de ordenar una promoción profesional (art. 24 ET) que, al igual que la conservación del contrato, ha sido permeable a unos prejuicios que obran en detrimento de la mujer. Así las cosas, no es de extrañar que la escueta normativa rectora de los estadios previos a la contratación, unida a la imprevisión de la que se ocupa de la promoción y la conservación del empleo, hayan fracasado en su tentativa por evitar la persistencia, hogaño, de criterios y prácticas cuya aplicación, aunque no perjudique a la mujer, en general, sí afecta a ciertas mujeres, en particular.

Se alude a quienes, además de afrontar los inconvenientes asociados a su sexo, reúnan alguna otra condición que, en combinación con aquel, pudiera acarrearles una desventaja cualitativamente distinta y particularmente censurable. En su momento, ya fue advertida la compleja articulación de una posición común para la defensa de los derechos de las mujeres puesto que, a diferencia de los miembros de otros colectivos preteridos, abrazaban intereses divergentes entre sí y, a menudo, coincidentes con el varón de su misma etnia, credo o clase social (Beauvoir, 2018, p. 5). Gracias a ello se comprende que, de entre todas las posibles causas de discriminación, la sufrida por la mujer sea la más antigua en el tiempo, la más extendida en el espacio, «la más versátil en sus manifestaciones» y «la más primaria», habida cuenta de su «capacidad para sumar otras causas de discriminación» (Valdés Dal-Ré, 2008b, p. 143).

Para comprobarlo, baste remontarse de nuevo a la génesis del derecho del trabajo para observar unas normas donde la edad cobraba un significado excluyente solo cuando se presentaba en la mujer, denotando, bien una fragilidad ausente en el varón coetáneo, bien el deber de atender a unas responsabilidades familiares que no se cernían sobre un esposo inmune a las consecuencias derivadas del matrimonio desde el punto de vista laboral. De ellas se deduce, por una parte, la atracción ejercida por el género sobre otras causas de discriminación y, por otra parte, su potencial transformador, capaz de provocar consecuencias específicas en confluencia con aquellas. Sirva una breve retrospectiva para confirmar la vis centrípeta que sobre la edad proyectan los papeles, los comportamientos, las actividades y las atribuciones socialmente conferidos a la mujer. Se alude, con ello, al género asociado al sexo femenino, así definido por el artículo 3 c) del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. Se considera preferible, en adelante,

⁹ SSTC 173/1994, de 7 de junio (cit.) y 41/1999, de 22 de marzo.

¹⁰ Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 marzo 1999 (proc. n.º 52/1998).

aludir a este, en tanto motivo susceptible de acarrear un trato peyorativo, no tanto a quien nace con un sexo biológico, sino a quien debe conducirse de acuerdo con lo que se espera de aquel en un determinado lugar y en un concreto momento histórico.

En la sociedad preindustrial, la mujer permaneció en buena medida ajena a unas labores productivas cuya atribución al hombre dependió de la fortaleza requerida para acometerlas (Engels, 2017, p. 78). Dejando al margen su labor en unos talleres artesanales «donde la autoridad del maestro se confundía con la del padre de familia» (Nielfa Cristóbal, 2003, p. 42), no fue hasta la Primera Revolución Industrial cuando el desarrollo instrumental redujo la relevancia del esfuerzo físico permitiendo la participación de unas fuerzas medias imprescindibles, a su vez, para atender al incremento de una demanda imposible de satisfacer valiéndose en exclusiva de asalariados pertenecientes al sexo masculino (Montoya Melgar, 2000, p. 781). De ambos sumandos resultó la incorporación de las mujeres y de los menores de edad al trabajo productivo, mas no en pie de igualdad con los varones, habida cuenta de un menor poder de negociación derivado, en buena medida, de la traslación al ámbito productivo de los roles tradicionalmente asignados en el seno de la familia y adoptados por el sistema económico como ley natural y, desde la codificación, como ley positiva (Casas Baamonde, 2017, p. 5).

Deudora de ella fue la primigenia legislación obrera, donde se identifican numerosas muestras de este «edadismo de género». A ella cabría reprocharle, en primer lugar, el haberse acomodado a la consideración que de la mujer tenían sus contemporáneos, en tanto ser cuya delicadeza aconsejaba alejarlo de ocupaciones particularmente penosas, instaurándose una exclusión del trabajo convenientemente esgrimida como pretexto para diferir la apremiante mejora de unas condiciones nocivas para el común de las personas trabajadoras. En segundo lugar, el haberse centrado en la mujer potencialmente madre, cuya salud era motivo de preocupación social. Y, en tercer lugar, el haber mostrado una excesiva inquietud por su moralidad, en tanto depositaria de los valores de la familia, cuya salvaguarda suscitó un desasosiego en absoluto parangonable con el originado por la preservación de la de sus compañeros varones. De todo ello derivó un tratamiento jurídico distinto dispensado, no solo a la mujer trabajadora, sino a la mujer trabajadora de determinada edad.

En su momento se avanzaba que este último factor devino determinante en los orígenes de la legislación obrera. Se eludía, no obstante, aclarar que la edad que condicionaba la admisión a ciertos trabajos variaba en función del sexo de la persona trabajadora. Así, aunque el texto de la Ley de 24 de julio de 1873 prohibiera el trabajo de los niños y de las niñas menores de 10 años por igual, instauró una interdicción del trabajo nocturno en los establecimientos en los que se emplearan motores hidráulicos o de vapor que afectó a las jóvenes menores de 17 años, pero solo a los jóvenes menores de 15 (art. 4.º). He aquí cómo la confluencia de los factores sexo y edad arrojaban, a juicio del legislador, un resultado diverso que encuentra explicación en la mayor vulnerabilidad que se presumía en la mujer a una edad llegada la cual el varón se consideraba fuera de peligro. Esta diferenciación encuentra reflejo también en las limitaciones de la jornada laboral que afectaban a las niñas y

a las jóvenes durante un periodo más extenso que a sus compañeros (art. 4.º). En concreto, se prohibió que la jornada de los niños menores de 13 años y de las niñas menores de 14 excediera de 5 horas diarias, sin que la ejecutada por los jóvenes de 13 a 15 años o por las jóvenes de 14 a 17 superara las 8 horas al día (arts. 2.º y 3.º).

La protección de la salud de la mujer trabajadora impulsó también la aprobación del Reglamento de Policía Minera, de 15 de julio de 1879, por el cual se prohibió la entrada al trabajo en el interior de las minas a las mujeres, con independencia de su edad, y a los muchachos de menos de 12 años (art. 33), inaugurando la tendencia a equiparar a la mujer con el menor en tanto sujetos merecedores de una especial tutela. Posteriormente, la Ley de 13 de marzo de 1900, fijando las condiciones de trabajo de las mujeres y de los niños, desterró a los niños menores de 16 años y a las mujeres menores de edad del empleo en «los talleres en los cuales se [confeccionaran] escritos, anuncios, grabados, pinturas, emblemas, estampas y demás objetos que, sin estar bajo la acción de las leyes penales, [fueran] de tal naturaleza que puedan herir su moralidad» (art. 6.º). A la mayor exigencia moral que pesaba sobre el sexo femenino se añadía, entonces, la presunción de vulnerabilidad que evidenció la exclusión del trabajo de los jóvenes y de las mujeres, que no presentaran certificado acreditativo de su vacunación y de no padecer enfermedad contagiosa alguna, certificación de la que estarían exonerados los trabajadores de sexo masculino.

No fue, sin embargo, hasta la entrada en vigor del Real Decreto de 25 de enero de 1908, de industrias y trabajos cuando, equiparando a la mujer con el menor, se incorporó de un modo sistemático la prohibición del trabajo femenino por razones de seguridad y salud en determinadas actividades consideradas especialmente peligrosas o insalubres (García González, 2014, p. 1). En cuanto a los trabajos vetados a la mujer por la amenaza que pudiera entrañar para su salud su ejecución, baste mencionar que el Decreto de 26 de julio de 1957 sobre industrias y trabajos prohibidos a mujeres y menores por peligrosos o insalubres englobó una serie de actividades «sin demasiado fundamento técnico o médico» (Ballester Pastor, 1993, p. 188), a juicio de la doctrina. Ello no evitó que hubiera estado en vigor hasta su derogación expresa por la disposición derogatoria única de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, aunque se haya sostenido su derogación tácita por la CE, dada su contrariedad al principio de igualdad en ella consagrado (Sempere Navarro, 1987, p. 116).

Con la promulgación de la norma por la cual España se constituyó «en un Estado social y democrático de Derecho» que «propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político» (art. 1 CE) se reconoció la igualdad ante la ley de los españoles sin que pudiera prevalecer discriminación alguna por razón de sexo ni, a tenor de la jurisprudencia emanada de su sumo intérprete, por razón de edad (art. 14 CE)¹¹. Lejos de asistirse al reconocimiento de un derecho oponible solo ante

¹¹ Véase la STC 66/2015, de 13 de abril de 2015 (cit.), entre otras.

los poderes públicos, la prohibición de deparar un trato discriminatorio por estas razones se extendió a las relaciones jurídicas entabladas *inter privados*, como evidencia el tenor literal de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores. Allí encontró cabida el derecho de los trabajadores a la no discriminación para el empleo o una vez empleados, tanto por su sexo, como por su edad (art. 4.dos c). Sin embargo, ninguna de las antedichas prohibiciones repara en la posible concurrencia de varias causas de discriminación en una misma persona trabajadora. Fue preciso aguardar hasta la entrada en vigor de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (LITND), norma transversal en cuyo texto se contempló esta situación, avanzando un salto evolutivo que también se hizo esperar a nivel supranacional.

4. De la discriminación múltiple a la discriminación interseccional por razón de edad y género

La vocación económica de las instituciones con las cuales germinó lo que ahora es la Unión Europea explica que el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957 prohibiera, con carácter general, la discriminación por razón de nacionalidad entre los trabajadores de los distintos Estados miembros (art. 48.2). Únicamente se ocupó de la igualdad de trato por razón de sexo donde proclamó el principio de igualdad de remuneración entre trabajadores masculinos y femeninos por el mismo trabajo (art. 119). Fue así como en sus orígenes adoptó, en opinión de la doctrina, una noción economicista del derecho a la no discriminación (Valdés Dal-Ré, 2008a, p. 34). No fue hasta la redacción del Tratado de Ámsterdam, de 1997, cuando se incorporó una mención a la discriminación por razón de sexo y de edad, entre otros motivos, para que, dentro de los límites competenciales de la Comunidad, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, pudiera adoptar medidas adecuadas para combatirla. Con este fundamento fueron aprobadas una serie de directivas, entre las cuales destaca la Directiva 76/207/ CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo, que distinguió entre la discriminación directa y la indirecta, sin tener en cuenta la confluencia de varias causas.

La primera mención a «las discriminaciones múltiples» padecidas por las mujeres se halla en el considerando 14.º de la Directiva 2000/43/CE. No obedece al azar que fuera, precisamente, esa norma la que reparara en esta situación, puesto que fue el origen racial de la mujer el que permitió, a finales de la década de los ochenta del siglo pasado, singularizar una discriminación derivada de la confluencia de varios factores que arrojaban un resultado distinto a la mera acumulación de prejuicios para quien la padecía. Se alude a la discriminación interseccional. La procedencia trasatlántica de este concepto explica que quien lo acuñó (Crenshaw, 1989, p. 142) sustentara su argumentación sobre asuntos como DeGra-

ffenreid vs. General Motors, entablado por cinco mujeres afrodescendientes cuya antigüedad no resultó suficiente para evitar su despido. Adviértase que la empresa no fundamentó la decisión de extinguir sus contratos en su origen racial, sino que se limitó a prescindir de ellas por no haber alcanzado cierta antigüedad. Amén de constituir una discriminación indirecta, camuflada bajo un criterio aparentemente neutro, se diferencia de la que pudieran haber padecido las mujeres blancas, contratadas por la empresa con anterioridad a la entrada en vigor de la *Civil Rights Act*, en 1964, quedando así a resguardo de una decisión que afectó a las trabajadoras afroamericanas, en tanto colectivo particularmente marginado cuyo cartografiado acometió la autora en varios de sus trabajos (Crenshaw, 1991, 1244). Invocó también los casos Moore vs. Hughes Helicopter y Payne vs. Travenol, reveladores de la imposibilidad de sustentar un trato discriminatorio en unos datos estadísticos que solo tenían en cuenta a las mujeres, pero no a las mujeres afroamericanas, frustrando las pretensiones de las demandantes (Crenshaw, 1989, p. 143). Se apreció, de este modo, una modalidad singular de trato discriminatorio dimanante de la interacción de dos causas, cuales eran la raza y el sexo, no aptas para «explicar la discriminación que, en un mismo contexto, no sufriría una mujer blanca o un hombre negro, pero sí puede sufrir una mujer negra» (Lousada Arochena, 2023, p. 18).

Con tales antecedentes se entiende que fuera con ocasión de combatir la discriminación debida al origen racial o étnico cuando el legislador comunitario reparó en la singularidad propia de la confluencia de ambos factores en el sujeto discriminado. No obstante, desperdició una valiosa oportunidad para definir y regular la discriminación interseccional, distinguiéndola de la discriminación múltiple, como advirtió el Dictamen del Comité de las Regiones sobre el tema «no discriminación e igualdad de oportunidades y aplicación del principio de igualdad de trato de las personas» (2009/C 211/12), a fin de «proteger a los grupos e individuos que tienen riesgo de sufrir[la] y atender a sus necesidades». Haciendo caso omiso a dicha sugerencia, la parte dispositiva de la directiva se conformó con prohibir la discriminación, tanto directa como indirecta, por motivos de origen racial o étnico, sin deparar una regla específica a la padecida por la mujer. La condición femenina restó, a la sazón, como una mera circunstancia que el intérprete del derecho pudiera quizá tener en cuenta cuando coincidiera con alguna de las previstas en el texto articulado.

Meses después de la publicación de esta norma, la Directiva 2000/78/CE del Consejo, (cdo. 3.^o), encaminada a la lucha contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual, también incorporó en su parte expositiva una referencia a la discriminación múltiple. No obstante, conviene reparar en su artículo 6.2, cuando descarta que ciertas diferencias de trato por razón de edad relativas al acceso a las prestaciones de jubilación o invalidez sean discriminatorias «siempre que ello no suponga discriminaciones por razón de sexo», recelando así del prejuicio subyacente a la confluencia de ambas características (Ferrando García, 2018, p. 35). A buen seguro, la ausencia de un acto de carácter normativo donde expresamente se contemplase la discriminación interseccional, diferenciándola de la múltiple (Lousada Arochena, 2017, p. 35),

justificó la reticencia del TJUE a admitir la existencia de «una nueva categoría de discriminación resultante de la combinación de algunos de [los motivos contemplados en la directiva] susceptible de concurrir cuando no se [hubiera] constatado una discriminación en razón de dichos motivos considerados por separado»¹².

De este modo, el legislador de la Unión se mantuvo ajeno a una evolución integradora del derecho antidiscriminatorio hasta la aprobación de la Directiva (UE) 2023/970 del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo de 2023, por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento. Con arreglo a lo dispuesto en su artículo 3.2 e), el concepto de discriminación incluirá la discriminación interseccional, «que es la discriminación por razón de sexo combinada con cualquier otro motivo o motivos de discriminación contra los que protegen las Directivas 2000/43/CE o 2000/78/CE». Sin embargo, teniendo en cuenta lo restringido de su ámbito de aplicación, que no alcanza el acceso al empleo, la promoción en el trabajo ni el despido es de esperar un cambio en la jurisprudencia del STJUE. Sobre este extremo, se ha argumentado que, de concurrir el sexo junto con otra causa de discriminación, el artículo 8 del TFUE permitiría «que una discriminación interseccional con componente de género [fuera] judicialmente tutelada sin necesidad de [...] intervención legislativa en orden a reconocer protección al colectivo de mujeres» (Lousada Arochena, 2017, p. 36). De lo contrario, «las directivas sobre raza y sobre otras discriminaciones se [podrían] aplicar sin tomar en consideración el objetivo de conseguir la igualdad de los sexos» (Lousada Arochena, 2017, p. 36). Considérese, pues, esta interpretación, a falta de una modificación normativa que integre, de manera definitiva, la perspectiva de género e interseccional en las políticas de la Unión Europea, como aconseja la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Una Unión de la igualdad: Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025». Integración que, según esta, constituye un presupuesto esencial para afrontar las transiciones verde y digital y el cambio demográfico en una Unión donde la tasa de empleo de las mujeres ha alcanzado cifras sin parangón en periodos precedentes, mientras «muchas de ellas siguen enfrenándose a obstáculos para incorporarse al mercado laboral y permanecer en él» como consecuencia de «la intersección del género con condiciones adicionales».

Por consiguiente, no se debe a la transposición del acervo comunitario la introducción del concepto de discriminación interseccional en el ordenamiento jurídico español. A lo sumo, podría haber inspirado su posterior tipificación por parte del legislador, mérito también atribuible a normas internacionales adoptadas en el seno de la Organización de las Naciones Unidas, como el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. En virtud del mismo, los Estados

¹² STJUE de 24 de noviembre de 2016 (asunto C-443/15), David L. Parris vs. Trinity College Dublin y otros.

signatarios apenas se comprometieron a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos enunciados en su texto (art. 3), entre los cuales figura el de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado (art. 6). No obstante, brilla por su ausencia toda alusión a la discriminación interseccional que, por el contrario, sí ha merecido la atención del Comité de derechos económicos, sociales y culturales. En concreto, su Observación general n.º 20 (2009) hizo notar a los firmantes que «el carácter de la discriminación» que se comprometieron a combatir «varía según el contexto y evoluciona con el tiempo», lo cual les obliga a adoptar una interpretación flexible con base en la cual proporcionar la respuesta adecuada a «una intersección de dos causas prohibidas de discriminación».

Aunque date de una fecha posterior, el texto de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979, tampoco menciona la discriminación interseccional. No obstante, la Recomendación General n.º 26 (2005) del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer alude a las «formas interrelacionadas de discriminación» padecidas por las trabajadoras migratorias. Haciendo gala de mayor precisión, su Recomendación General n.º 28 (2010) aclara que combatirla requiere reconocer la «interseccionalidad», dado que «la discriminación [...] por motivos de sexo y género está unida de manera indivisible a otros factores que afectan a la mujer», entre los cuales cita la edad. En consecuencia, se admite que «la discriminación por motivos de sexo o género puede afectar a las mujeres de algunos grupos en diferente medida o forma que a los hombres», conminando a los signatarios a «reconocer y prohibir en sus instrumentos jurídicos estas formas entrecruzadas de discriminación y su impacto negativo combinado».

Iniciado el siglo XXI, en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, los Estados firmantes reconocen sin ambages que las mujeres y las niñas «están sujetas a múltiples formas de discriminación» (art. 4). De un aserto que parece limitarse a sostener la existencia de variantes discriminatorias dignas de ser consideradas, las observaciones generales emanadas del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad han sabido extraer una alusión a la discriminación exclusivamente originada por la confluencia de dos o más motivos que no operarían en solitario. Así se colige de su Observación general n.º 1 (2014), relativa a la capacidad jurídica. No obstante, la Observación general n.º 3 (2016) ofreció una definición de la discriminación interseccional, en tanto situación en la que «varios motivos interactúan al mismo tiempo de forma que son inseparables». No es ocioso reconocer la relevancia de este texto, en cuanto identifica la interacción y la inseparabilidad de las causas discriminatorias como los elementos que permiten distinguir la concurrencia del presupuesto de la discriminación interseccional de la que da lugar por sí misma a la discriminación múltiple. Asimismo, interesa reparar en la Observación general n.º 8 (2022) sobre el derecho de las personas con discapacidad al trabajo y al empleo, donde se reconoce que

las mujeres [...] las personas mayores y los jóvenes experimentan la intersección de las barreras relacionadas con el sexo, el género, la edad y la discapacidad que limitan las oportunidades de trabajo, afectan su derecho a la igualdad salarial y aumentan el riesgo de violencia y acoso en el lugar de trabajo.

En cuanto atañe al Consejo de Europa, la omisión de la discriminación interseccional en los convenios aprobados en su seno se ha visto paliada, en primer lugar, por la interpretación emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así lo evidencia su Sentencia de 25 de julio de 2017, caso *Carvalho Pinto de Sousa Morais vs. Portugal* (17484/15), a tenor de la cual una resolución portuguesa infravaloró los daños físicos y psíquicos padecidos por una mujer de 50 años a raíz de una mala praxis médica susceptible de incidir en su vida sexual, en atención a la existencia de hijos por parte de la demandante, con relación a otros supuestos, donde las víctimas eran varones. En ellos no se entró a valorar la repercusión reproductiva de tales daños, sino únicamente su impacto físico y moral y el menoscabo de su bienestar. Y, en segundo término, por las recomendaciones de su Comité de Ministros, como la Recomendación CM/Rec (2007)17 sobre las normas y los mecanismos de igualdad entre mujeres y hombres, donde se admitió que «algunos grupos de mujeres se encuentran en una situación particularmente vulnerable, debido a la combinación de su sexo con otros factores». Destaca, también, la Recomendación CM/Rec(2019)1 del Comité de Ministros a los Estados miembros para prevenir y combatir el sexismo, que señala la mayor vulnerabilidad de ciertas trabajadoras frente a actos sexistas, como las mujeres jóvenes, particularmente si trabajan en ámbitos predominantemente masculinos. Por ello se invita a los Gobiernos a tomar en consideración los factores interseccionales, a la hora de elaborar la legislación y las políticas para combatir el sexismo. Por todo lo anterior, su Estrategia de igualdad de género correspondiente al periodo 2018-2023 incluyó la discriminación interseccional por razón de edad y género, haciéndose eco del «cambio que se ha producido en el debate, que ha pasado de centrarse en la discriminación múltiple a agrupar múltiples identidades y la interseccionalidad». Dado que esta última «margina de manera desproporcionada a determinados grupos de mujeres», la propia estrategia propone abordarla como una cuestión transversal en sus objetivos prioritarios, abordaje que fue modificado en la Estrategia de igualdad de género correspondiente al periodo 2024-2029, donde la aproximación interseccional ya se ha considerado digna de ocupar su 6.º Objetivo estratégico.

Cuanto antecede pone de manifiesto que, si bien la discriminación interseccional encontraba cabida en los diversos convenios prohibitivos del trato discriminatorio sin forzar la interpretación de su texto, su singularización data de principios del siglo XXI, siendo quizá la razón por la cual el legislador patrio tardara todavía una década más en regularla. Dada la imprecisión terminológica de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI) aludiendo, ora a la discriminación doble, ora a la discriminación múltiple; y la sola mención del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, a la discriminación múltiple (arts. 7 y

67), la discriminación interseccional, como tal, hizo su aparición en el ordenamiento jurídico español estatal de la mano de la Ley orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Sin embargo, aunque haya sido objeto de mención en diversas normas autonómicas¹³ y forales¹⁴, no fue conceptualizada, a nivel estatal, hasta la promulgación de la LITND, norma no exenta de obscuridad, pero destinada a marcar un punto de inflexión en su tratamiento jurídico.

5. Taxonomía de la discriminación interseccional por razón de edad y género

Con una minuciosidad desconocida hasta el momento, el artículo 6 de la LITND ha clasificado las diversas modalidades de discriminación. En su apartado tercero, define la discriminación múltiple y la discriminación interseccional, considerando que existe la primera «cuando una persona es discriminada de manera simultánea o consecutiva por dos o más causas» de las previstas en la norma. Huelga aclarar que esta es prolija a la hora de desgajarlas, incluyendo entre ellas el sexo y la edad. Sin embargo, solo se dará la segunda cuando concurren o interactúan diversas causas «generando una forma específica» de trato discriminatorio. Yerra, quizá, el legislador, al emplear como sinónimos los verbos concurrir o interactuar, puesto que «concurrir», cuando se predica de cualidades y circunstancias, significa, de acuerdo con la segunda acepción del *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia Española, «coincidir en alguien o en algo». Dado que dicha coincidencia se observa también en la discriminación múltiple, hubiera resultado preferible que el legislador se decantase por unir ambas formas verbales mediante una conjunción copulativa. De este modo, se daría a entender que la concurrencia de dos o más causas de discriminación define la discriminación múltiple simultánea, pero apenas constituye el presupuesto de una discriminación interseccional fruto de su interacción.

Por consiguiente, quien padece una discriminación múltiple acumula, simultánea o sucesivamente, perjuicios derivados de dos causas, de manera tal que, de no haber concurrido una de ellas, hubiera afrontado igualmente el trato discriminatorio derivado de la causa subsistente. No obstante, si de esa concurrencia surge un «efecto cualitativamente diferente [...] que permanece invisible de considerarse separadamente los distintos factores de discriminación que convergen en la víctima» (Ferrando García, 2018, p. 23) desencadenando «un

¹³ Ya en su momento el Decreto Legislativo 3/2002, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de finanzas públicas de Cataluña, obligaba a adjuntar al proyecto de ley de presupuestos «un informe sobre la perspectiva de género interseccional». No obstante, centrando el análisis en las normas con vocación eminentemente antidiscriminatoria, procede remontarse a la derogada Ley 4/2005, de 18 de febrero, de igualdad de mujeres y hombres del País Vasco.

¹⁴ Ley foral 17/2019, de 4 de abril, de igualdad entre mujeres y hombres.

perjuicio con perfil propio» (Lousada Arochena, 2023, p. 19), se asiste a una discriminación interseccional. Es, por tanto, la sinergia de características, y no estas individualmente consideradas, la que da lugar a la discriminación de la persona (Ferrando García, 2018, p. 23).

En resumidas cuentas, la interacción e inseparabilidad de las causas desencadenantes de la discriminación interseccional, a las que hizo referencia la Observación general n.º 3 (2016) del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, configuran la discriminación interseccional como una modalidad autónoma de trato discriminatorio y no una especie perteneciente al género de la discriminación múltiple pues, mientras la primera deriva de una concurrencia accidental de factores, la segunda encuentra su germen en un perjuicio asociado única y exclusivamente a su combinación. La existencia de dicho perjuicio denota el carácter estructural que hace a la discriminación interseccional merecedora de un tratamiento jurídico diferenciado de la discriminación múltiple.

Conviene admitir que el legislador del Estado español no es el único que ha incurrido en el precitado error. Previamente, el catalán consideró existente una discriminación interseccional por la mera concurrencia de diversas causas de discriminación (art. 22 de la Ley 19/2020, de 30 de diciembre, de igualdad de trato y no discriminación de Cataluña). Y, posteriormente, la Directiva (UE) 2023/970 consideró interseccional «la discriminación por razón de sexo combinada con cualquier otro motivo o motivos de discriminación contra los que protegen las Directivas 2000/43/CE o 2000/78/CE». Baste traer a colación esta norma que, por lo demás, excede del objeto de este estudio para confirmar la confusión que todavía reina en la definición de un concepto cuya aprehensión parece más sencilla desde unas relaciones laborales incluidas dentro del ámbito de aplicación de la LITND (art. 3.1 a). A partir de ellas será posible, primeramente, identificar y clasificar las diversas variantes de discriminación interseccional por edad y género.

5.1. La discriminación interseccional por razón de edad y género *stricto sensu*

Se considera discriminación interseccional por razón de edad y género, en sentido estricto, aquella situación en la cual las dos causas que interactúan concurren en la persona discriminada, por contraposición a aquella situación en la cual una de ellas –a saber, la edad– afecta a otro sujeto con el cual quien recibe el trato discriminatorio está relacionada. Resulta tentador calificar de directa esta discriminación interseccional por razón de edad y género, frente a la discriminación interseccional refleja por edad y género, a la que se dedicará el epígrafe siguiente. Conviene, no obstante, descartar ese adjetivo reservado por el artículo 6.1 a) de la LITND para aquella situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga o comparable. Tanto esta última, como la ocasionada por disposiciones, criterios o prácticas aparentemente neutras (art. 6.1 b) LITND) están comprendidas dentro de una

discriminación interseccional por edad y género *stricto sensu*. Esta incide, en particular, en los estadios previos a la celebración del contrato, presididos por una libertad de contratación escasamente contenida por una negociación colectiva y por un texto estatutario centrados, respectivamente, en regular la promoción profesional (art. 26 ET) y la extinción del contrato (arts. 49 y ss. ET).

El contexto que rodea a la candidata es el caldo de cultivo de una discriminación sustentada sobre los estereotipos asociados al binomio edad-género. Los mismos están condicionados por unas circunstancias que, por cuanto aquí interesa, son las propias de quien desea celebrar un contrato de trabajo, negocio jurídico cuya concertación depende, desde el punto de vista de la empresa, de la productividad de la persona trabajadora. De este modo, no es de extrañar que, cuando aquella parezca amenazada por sus condiciones personales, la contratante se encuentre tentada a descartarla en favor de otra persona que no las reúna. La productividad que se pretenda extraer del trabajo constituye, así, el catalizador de un trato discriminatorio cuyo detonante reside, no obstante, en prejuicios que, ora por estar arraigados en la propia empresa, ora por presuponer esta que han enraizado entre una clientela a la que ansía contentar, la inducen a rechazar a la aspirante. La hipótesis consiste, pues, en que la expectativa de entablar una relación jurídico-laboral o su existencia misma obra como detonante de ciertos supuestos de discriminación interseccional que atañen a la mujer. Por consiguiente, no obedece a la casualidad que el mercado laboral sea el ámbito donde la discriminación interseccional aflore con mayor frecuencia (Kantola y Nousiainen, 2009, p. 467).

Llegados a este punto, no es ocioso recordar que las condiciones personales tenidas en cuenta por la empresa diferirán en atención a las funciones desempeñadas. Ocurre en aquellos supuestos donde el atractivo se use a modo de reclamo para la clientela, dado que los rasgos propios de la madurez se juzgan de manera distinta cuando distinguen el aspecto de la mujer y el del hombre. Se aprecia, así, el carácter interseccional de una discriminación directa que, en alguna ocasión fue respaldada en el derecho de la empresa a introducir requisitos de edad, estatura y «buena imagen», puesto que las personas trabajadoras «son quienes de manera constante y habitual proyectan sobre los clientes la imagen de la compañía»; imagen que, «naturalmente, debe ser buena para poder mantenerse [...] en condiciones razonables de igualdad con otras empresas dedicadas a la misma actividad»¹⁵. Pero no solo los puestos de trabajo con una elevada exposición pública son susceptibles de generar un trato discriminatorio interseccional padecido por la mujer de edad madura. La irrupción de las nuevas tecnologías en la práctica totalidad de los puestos de trabajo exige que las empresas busquen candidatos a ocuparlos que las dominen. Puesto que dicho dominio se presupone en los nativos digitales, de nuevo un prejuicio explica la mayor propensión a decantarse por las candidaturas presentadas por las personas jóvenes. Aunque

¹⁵ STS de 27 de diciembre de 1999 (rec. 1959/1999).

esta criba se presente como una vulneración del derecho a la discriminación por razón de edad de la cual pudieran ser víctimas tanto las mujeres como los hombres, el «doble rasero de envejecimiento», en virtud de la cual «las mujeres se consideran mayores cuando dejan de ser muy jóvenes» (Sontag, 1997, p. 20) irrumpe en la intersección provocando el rechazo de la candidatura presentada por una mujer de mediana edad, pero no la de un hombre que, con los mismos años, pudiera parecer juvenil.

Las citadas confluencias de la edad con el género femenino ocasionan una discriminación en el acceso al empleo rara vez apreciable en la oferta. Debido a la aparente concienciación social acerca del respeto del derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación, no proliferan las empresas que confiesen su animadversión por «lo viejo» abogando, sin tapujos, por sustituirlo por «lo nuevo», como hizo en su momento la que dio lugar al litigio resuelto por la Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 42 de Madrid, 495/2021, de 23 de noviembre. Solo cuando existe una causa susceptible de justificar la supeditación del acceso al empleo a la acreditación de una edad y de un género determinados es dable identificar ofertas de empleo donde tales factores se presenten como condicionantes expresos. Sucede cuando las circunstancias personales de algún empleador lo permitan, como aconteció en el caso enjuiciado por la STJUE de 7 de diciembre de 2023 (asunto C-518/22), J. M. P. y AP Assistenzprofis Gmb, donde se buscaba un asistente personal de sexo femenino para ayudar a una persona discapacitada de ese mismo sexo que debía tener, preferiblemente, entre 18 y 30 años. Pese a la concurrencia de ambos factores, el TJUE no apreció discriminación directa, puesto que el artículo 2.5 de la Directiva 2000/78/CE dispone que se aplicará sin perjuicio de las medidas establecidas en la legislación nacional necesarias para la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos. Tal es el ostentado por las personas discapacitadas en orden a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad, consagrado en el artículo 26 de la CDFUE, «en la medida en que parece razonable esperar que una persona perteneciente a la misma franja de edad que la persona con discapacidad se integre más fácilmente en [su] entorno personal, social y universitario».

Por añadidura, la condición femenina expone a la mujer, en función de su juventud, al acoso sexual, así como a otras violencias sexuales a causa de «una sexualización que las perjudica en sus proyectos laborales» (Cardona Rubert y Cabeza Pereiro, 2019, p. 32) frente a las cuales el varón o la mujer madura presentan una menor incidencia. Y, por otra, las mujeres maduras son señaladas como un colectivo susceptible de recibir comentarios y de ser víctimas de comportamientos en los que se traduce la minusvaloración de sus capacidades en mayor medida que los hombres de su misma edad (Cardona Rubert y Cabeza Pereiro, 2019, p. 38), exponiéndolas al acoso discriminatorio. No en vano el Convenio n.º 190 de la Organización Internacional del Trabajo (2019) sobre la violencia y el acoso obliga a abordarlo mediante «un enfoque que tenga en cuenta [...] las formas múltiples e interseccionales de discriminación». Asimismo, la exposición de motivos de la Ley orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, invoca «la intersec-

cionalidad como concepto básico para describir las obligaciones del Estado frente a las discriminaciones y su impacto».

Sirvan los anteriores supuestos para sostener la existencia de una discriminación directa específicamente padecida por la mujer en función de su edad en la obtención de un empleo. A ellos procede sumar cuantos constituyen una discriminación indirecta, más frecuente, habida cuenta de la neutralidad de la que hace gala la disposición, criterio o práctica que la genera. Encaja en esta categoría la situación en la que se hallan las mujeres de edad avanzada que no ostenten una titulación exigida para el acceso al empleo o valorada en el proceso de selección, cuando no resulte indispensable para la ejecución de las funciones propias del puesto para el cual se postulan (Grau Pineda, 2023, p. 40), situación en la cual no se hallarán las mujeres cuya juventud les permitió disfrutar de oportunidades formativas, ni los varones, que pudieron disfrutar de las mismas con anterioridad. A la exigencia o valoración de una titulación, presente en la construcción jurisprudencial de la discriminación indirecta desde el caso *Griggs vs. Duke Power Company*, cabe unir otro detonante, cual es la demanda de unas competencias que no vengan requeridas por las funciones propias del puesto de trabajo.

Sobre el potencial discriminatorio de las nuevas tecnologías en el acceso al empleo de las mujeres maduras, procede hacer alusión no solo a la exigencia y/o valoración de su dominio, sino a su utilización en los procesos selectivos. Ello sucede, por ejemplo, cuando la candidata deba presentar su solicitud mediante un ecosistema digital, o cuando deba entrevistarse con un programa informático, conocido como *chatbot*, que utiliza inteligencia artificial simulando la conversación humana. De este modo, su empleo puede erigir una barrera insuperable para una persona lega en competencias digitales que aspire a ocupar un puesto de trabajo que quizá no las requiera y que algunas mujeres de cierta edad no han adquirido por haber permanecido fuera del mercado laboral durante periodos consagrados a las labores de cuidado.

A ello han de añadirse los riesgos inherentes a la adopción de decisiones automatizadas en los procesos selectivos. Sobre este extremo, conviene traer a colación el Dictamen del Comité económico y social europeo sobre inteligencia artificial. Este aconseja mostrarse cautos ante «los sesgos de los algoritmos, los datos de entrenamiento y [sus] posibles efectos», susceptibles de reflejar «los sesgos de los programadores de los robots-contratadores», dado que «los modelos algorítmicos nunca dejarán de ser más que opiniones revestidas de matemáticas». No en vano el Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (ley de inteligencia artificial) califica de alto riesgo los sistemas de inteligencia artificial destinados a utilizarse para la contratación o selección de personas físicas; riesgo cuya conjura, según el Libro blanco de la Comisión Europea sobre la inteligencia artificial «Un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza», de 19 de febrero de 2020, reclama «la participación de los interlocutores sociales».

En concreto, resulta elocuente la virtualidad discriminatoria de los sistemas de selección basados en la inteligencia artificial cuando son capaces de aprender a raíz de los datos con los cuales son nutridos. Puesto que el aprendizaje adquirido por dichos programas «determina las características idóneas, por repetición» (Alameda Castillo, 2021, p. 13), si se ha alimentado única o principalmente de datos relativos a hombres, por pertenecer a este sexo los candidatos previamente contratados, asumirá que el sexo es un factor determinante excluyendo a las candidatas a ocupar ese puesto. De ahí el acierto de quien sugirió actualizar la tutela frente a la discriminación atendiendo a los yacimientos de donde son extraídos los datos en cuestión (Sáez Lara, 2022, p. 288).

5.2. La discriminación interseccional refleja por razón de edad y género

El perjuicio específico fruto de la discriminación interseccional por razón de edad y género no siempre surge de la confluencia de ambas causas en una misma persona, sino que el género puede concurrir en quien recibe el trato discriminatorio, mientras que la edad afecta a otra persona relacionada con ella. Se trata de una discriminación, ahora contemplada en el artículo 6.2.a) de la LITND como «discriminación por asociación» e identificada, en su momento, por el TJUE en su Sentencia de 17 de julio de 2008 (asunto C-303/06), Coleman. En ella se consideró constitutivo de discriminación directa el trato peyorativo sufrido por una trabajadora debido a la discapacidad que padecía, no ella, sino su hijo, al que prodigaba sus cuidados. Fiel a su posición reacia a considerar la concurrencia interactiva de diversos factores, el TJUE obvió la incidencia del género de la cuidadora. Entendió, sin embargo, que «el principio de igualdad de trato [...] no se aplica a una categoría determinada de personas, sino en función de los motivos contemplados en la Directiva»¹⁶, instaurando una tutela *ratione materiae*, no *ratione personae* (Maneiro Vázquez, 2021, p. 30).

Pues bien, según la Encuesta europea sobre calidad de vida, el 66 % de las mujeres en España consagra más tiempo a los cuidados de la prole que su pareja. Concretamente, ellas declaran reservar 38 horas semanales a esta labor, frente a las 23 dedicadas por sus compañeros. Ello explica que, según el Instituto de la Mujer, 32.578 mujeres disfrutaran de una excedencia para el cuidado sus hijas e hijos durante el año 2022, frente a los 4.434 hombres que ejercieron ese derecho. No es mucho más alentadora la diferencia que media entre la cifra de mujeres que han solicitado una excedencia para el cuidado de otros familiares, de 8.210, en comparación con la de 2.233 varones¹⁷. Ante este panorama, no es de extrañar que, al menos, el 50 % de ellas reconozca la dificultad de conciliar el trabajo con

¹⁶ Apartado 38.

¹⁷ Datos publicados por el Instituto de las Mujeres: <https://www.inmujeres.gob.es/MujerCifras/Conciliacion/ExcedPermisos.htm>

el cuidado de los menores o de los mayores a su cargo. Mayor asombro infunde observar el superior porcentaje de hombres conscientes de ello, que asciende al 52 %. De tales cifras cabe deducir, por una parte, la mayor dedicación femenina a las labores de cuidado y, por otra parte, la menor resignación del trabajador a la hora de afrontar las consecuencias negativas derivadas de tales quehaceres, posición que los lleva a hacer un uso moderado de los derechos destinados a conciliar vida laboral y familiar.

La amenaza que se cierne sobre quien ejerza tales derechos no ha pasado inadvertida para el legislador de la Unión. A fin de conjurarla, conmina a los Estados miembros a adoptar medidas necesarias para prohibir que los trabajadores reciban un trato menos favorable por haber solicitado o disfrutado uno de los permisos contemplados en la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo (art. 11). Elude, empero, aclarar en su texto articulado cuál es la condición personal que acarrea dicho trato, aunque en su Considerando 11.º aluda a «los estereotipos» y a «las diferencias de género en materia laboral y familiar». De este modo, evitó restringir a la mujer esta protección merecida también por el varón que ejercitase tales derechos, matiz en el cual no parece haber reparado el legislador patrio al incluir dentro la discriminación por razón de «sexo» el trato desfavorable dispensado tanto a mujeres u hombres por el ejercicio de los derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral (art. 4.2 c) ET). Sin embargo, el legislador de la Unión parece olvidar la singular posición en la que se ubica la mujer que los ejerce, habida cuenta del papel de cuidadora que tradicionalmente le fue atribuido a ella, pero no al varón. El reparto desigual de las responsabilidades domésticas explica que el ejercicio de los derechos de conciliación por el trabajador pueda reputarse un hecho ocasional, acreedor de un menor rechazo por parte de la empresa que su ejercicio por una mujer, cuyo rol social hace presagiar un recurso habitual susceptible de afectar de manera estructural a la organización productiva.

Así las cosas, la corresponsabilidad que, tanto el legislador de la Unión, como el legislador estatal, han pretendido fomentar mediante la asignación igualitaria de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral no debe encubrir el diferente riesgo al que se expone la mujer, habida cuenta del uso mayoritariamente femenino de los derechos de conciliación¹⁸. Esta propensión estructural de la mujer trabajadora a ser represaliada por su ejercicio permite calificar de interseccional una discriminación que no es padecida con idéntica contundencia por el varón que los ejerza, ni tampoco por una mujer libre de responsabilidades familiares. Es, de nuevo, la encrucijada donde se encuentra el género de la cuidadora con la edad de la persona cuidada, la que genera un perjuicio manifestado, no solo en el acceso al empleo, sino también en su conservación y en la promoción profesional de la mujer trabajadora.

¹⁸ STC 79/2020, de 2 de julio.

Al igual que la discriminación interseccional por razón de edad y género en sentido estricto, esta discriminación interseccional refleja por razón de edad y género conoce dos variantes. Así, por ejemplo, se produce de manera directa cuando una mujer afronta un trato desfavorable por hacer uso de sus derechos de conciliación, consistente en comentarios, decisiones o actitudes susceptibles de generar un entorno hostil, intimidatorio, humillante u ofensivo constitutivo de acoso. Pero también puede manifestarse de manera indirecta. Tal acontece, *v. gr.*, cuando un ascenso se haga depender del seguimiento de una formación programada por la empresa fuera del horario de trabajo ocupando un tiempo que la trabajadora consagra a los cuidados de sus familiares o allegados. O cuando la formación que se le ofrece para evitar el despido por inadaptación a las modificaciones técnicas introducidas en su puesto de trabajo se ubique extramuros del mismo (arts. 23.1 d) y 52 b) ET). Por más que el artículo 23.2 del ET conmine a los interlocutores sociales a pactar el ejercicio de tales derechos de un modo que garantice la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre trabajadores de uno y otro sexo, se echa en falta una mención relativa al deber de programarlas respetando los descansos legalmente establecidos y el derecho a la conciliación de la vida laboral, personal y familiar. Por fortuna, sí ha sido prevista en la disposición adicional vigesimoquinta del ET, relativa a las acciones formativas vinculadas a los expedientes de regulación temporal de empleo.

Justificada la especificidad que permite adjetivar de interseccional la discriminación padecida por la mujer que ejerce sus derechos a conciliar el trabajo con el cuidado de menores y de familiares y allegados de edad avanzada, procede añadir otro elemento digno de ser considerado. Se alude al doble agravio fruto de la interacción entre el rol género femenino y la edad del receptor de cuidados que concurre aquí de manera «refleja» o «transferida»¹⁹. Sobre este extremo, resultan elocuentes las conclusiones formuladas por el Abogado General en el citado asunto Coleman, donde se advierte que, en tales supuestos, «la víctima inmediata de una discriminación no solo sufre personalmente una injusticia, sino que se convierte asimismo en el medio a través del cual se vulnera la dignidad de la persona incluida en una categoría problemática» (apdo. 13). La «forma más sutil» de la discriminación padecida por esta última no es, en modo alguno, menos perjudicial, dado que «socava la capacidad para ejercer su autonomía». En concreto, el Abogado General repara en que

cuando alguien priva a un individuo de opciones válidas en ámbitos de fundamental importancia para la vida por estar [...] vinculado a una persona que tiene una característica problemática también priva a esta última persona de opciones válidas y le impide ejercer su autonomía, [autoexcluyéndose] de un abanico de posibilidades que, de otro modo, habría estado a su disposición.

¹⁹ STS de 29 enero de 2000 (rec. 10097/2019) y STC 71/2020, de 29 de junio.

Tal es el caso en el cual una persona de edad avanzada decide abandonar su hogar para internarse en una residencia con el afán de evitar que su hija sea represaliada por ejercer los derechos que le fueron legalmente conferidos para atenderla. La gravedad de este supuesto clama, pues, por una respuesta específica.

6. Nuevos remedios para una discriminación añeja

Puesto que la LITND impone el despliegue de una tutela preventiva, además de punitiva y resarcitoria (González del Rey Rodríguez, 2023, p. 15) procede analizar la suficiencia de la normativa encaminada a evitar y sancionar la discriminación interseccional, así como a reparar sus consecuencias. Esta norma otorga un notable protagonismo a la negociación colectiva, dejando en manos de los interlocutores sociales el establecimiento de cuantas cortapisas sirvan para evitarla, vetándoles el establecimiento de limitaciones, segregaciones o exclusiones en acceso al empleo, incluidos los criterios de selección, en la formación para el empleo, en la promoción profesional o en el despido, por las causas previstas en la norma. Aunque el amplio margen concedido a los interlocutores sociales permita adaptar esta tutela frente a la discriminación interseccional a las peculiaridades de cada empresa y sector, la escasa atención que le ha sido deparada hasta ahora invita a proponer buenas prácticas susceptibles de ser consideradas en la negociación de futuros textos.

La articulación de una tutela preventiva eficaz frente a la discriminación interseccional requiere, por una parte, desenmascarar los supuestos de discriminación directa y, por otra parte, evitar la neutralidad de las prácticas, disposiciones o criterios que producen la indirecta. Huelga aclarar el rol determinante que los interlocutores sociales están llamados a desempeñar en esta materia, para lo cual deberán calibrar el riesgo de discriminación interseccional que se cierne sobre ciertas actividades. Sucede en ámbitos incardinados en el sector servicios, donde se utiliza la imagen de las personas trabajadoras para atraer a clientela. Sin embargo, la urgente necesidad de reclutar personas dotadas de competencias digitales más o menos especializadas obliga a incluir también todas cuantas empresas pretendan cubrir puestos donde se procure un perfil tecnológico en el cual no parece encajar una mujer cuya edad se antoja avanzada en cuanto deja de presentar los rasgos propios de la juventud.

Dotar de transparencia los procesos de selección de personal exigirá, en primer lugar, identificar los instrumentos que constituyen el caldo de cultivo de la discriminación interseccional. Entre ellos conviven clásicos con otros de nuevo cuño, como los sofisticados sistemas basados en la inteligencia artificial. La obscuridad resulta una característica común a ambos, aunque el legislador únicamente se haya mostrado preocupado por la derivada del uso de algoritmos. En tales casos, reconoce al comité de empresa el derecho a ser informado acerca de los parámetros, reglas e instrucciones en los cuales se haya basado la decisión (64.4 d) ET). De este modo, cualquier decisión que se fundamente en la intersección

edad-género, en perjuicio de la mujer, podrá ser identificada por la representación legal de las personas trabajadoras, que podrá obrar en consecuencia. Idéntica atribución convendría introducir en el convenio, no ya en cuanto atañe a los procesos de selección automatizados, sino a otros basados en instrumentos que no entrañan un menor peligro. Conviene recelar, en concreto de la entrevista de trabajo, cuya elaboración y desarrollo está presidida por cierta opacidad y que da a conocer a la empresa, a primera vista, la imagen de la candidata. Dado que dicha revelación podría reputarse, en sí misma, un indicio suficiente de trato discriminatorio parece conveniente la predeterminación de los extremos dignos de ser valorados, así como de su peso en la decisión final, a fin de justificar de manera objetiva y razonable la diferencia de trato dispensada en un proceso selectivo (art. 96 Ley reguladora de la jurisdicción social –LRJS–).

Dicho de otro modo, procede objetivar, de una vez por todas, los procesos selectivos acudiendo, como no podría ser de otro modo, a las competencias profesionales requeridas para el desempeño de las funciones inherentes al puesto cuya cobertura se pretende; competencias cuya determinación y modo de acreditación debería ser pactado por la negociación colectiva y comprobado por una representación legal con derecho a tomar parte en ellos. Sirva como ejemplo, *mutatis mutandis*, la Ley orgánica 2/2024, de 1 de agosto, de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres. A tenor del texto, cuando la composición del consejo de administración de una empresa no resulte equilibrada, deberán ajustarse los procesos de selección de las personas candidatas mediante un procedimiento que permita la apreciación comparativa de las competencias y capacidades de cada una de ellas, basado en criterios claros, neutrales en su formulación y no ambiguos, elaborados con carácter previo.

En la actualidad, únicamente las empresas obligadas a elaborar un plan de igualdad deberán incluir los procesos de selección entre las materias sobre las cuales resulta preceptivo realizar el diagnóstico (art. 46.2 LOI) y, de acuerdo con la hoja estadística propuesta para su realización en el anexo 2.V del Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo, deberán aclarar: 1) si se incluyen sistemas objetivos de selección de personal; 2) si en dicho proceso participa la representación de las personas trabajadoras o 3) si se prevé que, en idénticas condiciones de idoneidad, se tenga en cuenta a las personas del sexo infrarrepresentado en el grupo profesional o puesto cuya cobertura se pretenda. Se echa en falta la inclusión de una perspectiva interseccional que, por lo demás, ha de ser adoptada por una negociación colectiva que también deberá reforzar el papel de la representación legal de las personas trabajadoras asegurando su participación en el desarrollo mismo de los procesos selectivos. Convendría, al menos, atribuirle el derecho a ser informada sobre el desarrollo de todo el proceso y no solamente acerca de los parámetros, reglas e instrucciones en los cuales se fundamente una decisión automatizada.

Incumbe también a la negociación colectiva afrontar el segundo reto, consistente en detectar para suprimir o modificar las disposiciones, criterios o prácticas cuya neutralidad

diera lugar a una discriminación interseccional indirecta. Ello obligará a reconfigurarlos teniendo en cuenta el impacto adverso susceptible de ser irrogado en la mujer en función de su edad. La toma en consideración de las competencias requeridas para la ejecución de las funciones propias del puesto de trabajo al que se postula la candidata se plantea, de nuevo, como la alternativa destinada a sustituir la exigencia de unas titulaciones, a menudo escasamente ostentadas por las mujeres maduras e innecesarias para desempeñarlas. La remoción de las barreras que alza el empleo de instrumentos de selección digitales encaminados a la provisión de un puesto que no requiera el dominio de competencias en esa materia es otra tarea digna de ser asumida por los interlocutores sociales. Asimismo, deberán acometer la adaptación de las acciones formativas programadas por la empresa, ya sean voluntarias o de obligado seguimiento, a las circunstancias propias de quienes asuman el cuidado de sus familiares de corta o avanzada edad. Ello resulta ineludible, en particular, cuando de su seguimiento dependa la promoción de la persona trabajadora o la conservación de su empleo.

Los anteriores ejemplos no agotan el elenco de buenas prácticas disponibles para la negociación colectiva. No obstante, su introducción se considera indispensable para evitar la discriminación interseccional por razón de género y edad, en sus diversas modalidades. Queda, pues, en manos de los interlocutores sociales incorporar un tratamiento transversal de la igualdad entre mujeres y hombres en todos los contenidos del convenio, tal y como consagra el V Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva en su capítulo XII que, sin embargo, omite cualquier mención a la discriminación interseccional. Olvida, asimismo, mencionar las condiciones de acceso al empleo, incluidos los criterios de selección cuando conmina a los negociadores a «regular criterios para la promoción y ascensos, de forma que no conlleven discriminación indirecta, basándose en elementos objetivos de cualificación y capacidad».

Por último, ante el eventual fracaso de cuantas medidas hubieran sido introducidas para evitar un posible trato discriminatorio, procede reconfigurar una tutela sancionatoria y resarcitoria cuya articulación plantea ciertas dudas. En primer lugar, no se antoja muy afortunada la redacción del artículo 6.3 c) de la LITND cuando señala el deber de motivar la diferencia de trato «en relación con cada uno de los motivos de la discriminación» concurrentes. Dicho precepto equipara la discriminación de la posible discriminación interseccional con la de la discriminación múltiple, obviando que la especificidad que distingue a la primera reside, precisamente, en la indivisibilidad de unos motivos que solo producen un resultado discriminatorio cuando confluyen, aunque sea de manera refleja, en un individuo. Por ello, parece acertada la posición doctrinal que rechaza la necesidad de construir dicha justificación por separado, en relación con cada uno de los motivos de discriminación, técnica únicamente apta para descartar la discriminación múltiple, cumulativa o compuesta (Lousada Arochena, 2017, p. 32), considerando que la justificación del trato susceptible de generar una discriminación interseccional debe guardar «relación con la específica forma de discriminación que se produce» (Lousada Arochena, 2023, p. 19).

Asimismo, se planteó la necesidad de esclarecer si era preciso aportar indicios sobre la existencia de cada uno de los motivos confluyentes en la intersección o si los indicios en cuestión deberían referirse a la propia intersección (Rivas Vallejo, 2009, p. 1), alternativa que parece más conveniente y que pudiera derivarse del empleo de instrumentos susceptibles de permitir la toma en consideración de aspectos tales como la imagen de la persona trabajadora. Así pues, una vez aportados, incumbirá a la empresa justificar que su decisión no obedece a un estereotipo, sino a la mejor cualificación de la otra persona candidata, cuando de acceso al empleo o promoción profesional se tratare, o en la ausencia de competencias necesarias para la conservación del empleo, cuando la decisión cuestionada fuera el despido de la persona trabajadora. En consecuencia, se aboga por exigir una justificación susceptible de refutar el trato peyorativo dispensado en función del estereotipo asociado a la mujer de cierta edad cuando hubieran sido aportados indicios fundados de ese trato discriminatorio específico, propuesta que no agota los interrogantes derivados de esta modalidad discriminatoria. Destaca, entre ellos, la dificultad inherente a la elección del sujeto comparable, que pudiera ser tanto un hombre de la misma edad de la mujer trabajadora, como una mujer de distinta edad. De ahí el acierto de quien ha destacado el «avance dogmático en el tránsito desde una concepción de la igualdad de trato basada en un test de comparación hacia [otra] basada en un test de perjuicio [...] que, adecuadamente utilizado, permitirá mejorar [su] aplicación práctica» (Lousada Arochena, 2017, p. 33).

Tampoco parece satisfactoria la tutela sancionatoria, donde se contemplan unas infracciones graves o muy graves (art. 16 c) y art. 8.12 Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social –LISOS–) inadaptadas, no solo a los nuevos motivos de discriminación previstos en el artículo 2 de la LITND, sino también a las nuevas formas de perpetrarla que contempla. *De lege ferenda*, debería considerarse el carácter interseccional de la discriminación, si no en la configuración del tipo, al menos entre los criterios de graduación de las sanciones. Del mismo modo, provoca cierto desconcierto la omisión de la interseccionalidad en la normativa rectora de los planes de igualdad, habida cuenta de la posibilidad de sustituir las infracciones graves y muy graves por su elaboración, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 46 bis de la LISOS. En concreto, el contenido del plan de igualdad debería ser sensible, tanto en su diagnóstico, como en sus objetivos y las medidas destinadas a alcanzarlos, a la confluencia de la edad con el sexo de la persona trabajadora, de modo tal que la sanción sirviera para prevenir futuras muestras de este edadismo de género.

En último término, conviene reformular la tutela indemnizatoria de quien haya padecido esta variante discriminatoria. Dado que la falta de consentimiento en obligarse impide reconocer el derecho al concierto de una relación laboral (Alzaga Ruiz, 2001, p. 67)²⁰, el deber de reparar el daño moral ocasionado adquiere relevancia, en particular, en la discriminación interseccional por razón de edad y género sufrida en el acceso al empleo. Interesa, pues,

²⁰ STSJ del País Vasco de 30 de enero de 2000 (rec. 3009/2000).

detenerse en la cuantificación de una indemnización cuya valoración se realizará atendiendo «a la concurrencia o interacción de varias causas de discriminación previstas en la ley» (art. 27.1 LITND) y sobre cuya cuantía deberá pronunciarse el juez considerando, además, la finalidad disuasoria que le atribuye el artículo 183 de la LRJS. Comoquiera que el derecho español no contempla los daños punitivos²¹, conviene reconsiderar la adecuación del importe de las sanciones señaladas en la LISOS como criterio orientativo para fijar su cuantía²² en los supuestos de discriminación interseccional (Ferrando García, 2018, p. 50) que hoy opera, en algunos supuestos, como un mínimo de derecho necesario (Lousada Arochena, 2023)²³. Puesto que esta interpretación ha generado cierto recelo entre la doctrina, en la medida en que pugna abiertamente con un derecho de la Unión Europea que exige una indemnización «real y efectiva del perjuicio sufrido» (Ron Latas, 2022, p. 142), la «dimensión agravada» de la discriminación interseccional (Rivas Vallejo, 2009, p. 1) aconseja pergeñar otra, que podría consistir en acudir al baremo como importe mínimo dejando la determinación concreta del daño en manos de un juzgador. De este modo, podrá tenerse en cuenta, en particular, el daño irrogado al receptor de cuidados en los supuestos de discriminación interseccional refleja por razón de edad y género, en el cual reparó el Abogado General en las Conclusiones formuladas en el asunto Coleman.

7. A modo de reflexión

Líneas atrás se había acusado a la relación laboral de ser el elemento detonante de los prejuicios sobre los cuales se asienta el edadismo de género o, para ser exactos, la discriminación interseccional por razón de edad y género. La hipótesis formulada encuentra confirmación, por una parte, en el afloramiento de numerosos supuestos de discriminación directa derivados de la búsqueda de una mayor productividad en la candidata o del deseo de obtener de ella provecho sexual. Y, por otra parte, en la imprevisión de las circunstancias propias de la trabajadora por unas disposiciones, criterios o prácticas en cuya confección no se ha tenido en cuenta al colectivo femenino, en toda su amplitud y diversidad.

Puesto que el contexto laboral, en general, y el propio de ciertas actividades y/o empleadoras, en particular, obra como desencadenante de esta discriminación interseccional, su prevención ha de descansar sobre quienes mejor conocen los entresijos de cada empresa y sector. A ellos compete combatir la discriminación interseccional directa por razón de edad y género arrojando luz sobre unos procesos cuya opacidad cabe erradicar mediante

²¹ STJUE de 17 de diciembre de 2015 (asunto C-407/14), María Auxiliadora Arjona Camacho y Securitas Seguridad España, S.A.

²² STC 247/2006, de 24 de julio y SSTs de 17 diciembre 2013 (rec. 109/2012); de 12 julio 2014 (rec. 361/201) y de 20 abril 2022 (rec. 2391/2019).

²³ STS de 6 de julio de 2023 (rec. 4538/2019).

la participación de la representación legal de las personas trabajadoras. Ella ha de tomar parte en un acceso al empleo condenado a basarse en las competencias acreditadas por quienes se hayan candidatado para la provisión del puesto de trabajo, siempre y cuando su ejecución requiera dominarlas. Por su parte, quebrar la neutralidad generadora de la discriminación indirecta demanda atender a las circunstancias que impiden a la mujer madura acceder al empleo y a la que asume el rol de cuidadora reunir los requisitos de los que se ha hecho depender su promoción y la conservación del contrato de trabajo.

El renovado protagonismo de la negociación colectiva en ambas cuestiones no empuja el papel esencial que el legislador y los tribunales están llamados a desempeñar. El primero, adaptando la regulación del plan de igualdad y, en particular, la tutela sancionatoria otorgándole una virtualidad preventiva de futuras discriminaciones, objetivo que dependerá de la integración de la perspectiva interseccional en la elaboración del plan de igualdad susceptible de sustituir a una sanción. Los segundos, considerando en el resarcimiento moral de los daños la especificidad de los padecidos por la víctima, así como los irrogados a quienes, por razón de su edad, dependen de sus cuidados.

Referencias bibliográficas

- Alameda Castillo, M. T. (2021). Reclutamiento tecnológico. Sobre algoritmos y acceso al empleo. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 159, 11-52.
- Alzaga Ruiz, I. (2001). Los tratos preliminares y el precontrato de trabajo: Un estudio sobre su concepto, las consecuencias derivadas de su incumplimiento y la jurisdicción competente para conocer de los litigios nacidos de las actividades preparatorias del contrato de trabajo. *Documentación Laboral*, 65, 65-92.
- Ballester Pastor, M. A. (1993). Discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo. *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 1, 179-207.
- Beauvoir, S. (2017). *El segundo sexo*. Cátedra.
- Cardona Rubert, B. y Cabeza Pereiro, J. (2019). La discriminación por edad sobre las mujeres mayores. *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 59, 30-39.
- Casas Baamonde, M. E. (2017). ¿Derechos fundamentales específicos de las mujeres? *Derecho de las relaciones laborales*, 1, 1-18.
- Crenshaw, K. (1989). Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics. *University of Chicago Legal Forum*, 1, 139-167. <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclf/vol1989/iss1/8>
- Crenshaw, K. (1991). Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color. *Stanford Law Review*, 43(6), 1241-1299. <https://doi.org/10.2307/1229039>
- Engels, F. (2017). *El origen de la familia, de la propiedad privada y del estado*. Akal.

- Ferrando García, F. M. (2018). La discriminación múltiple e interseccional en el ámbito laboral. *Revista de Trabajo y de Seguridad Social. CEF*, 428, 19-54. <https://doi.org/10.51302/rtss.2018.1482>
- Foucault, M. (2018). *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. Siglo veintiuno.
- García González, G. (2014). Los trabajos prohibidos a la mujer en el Real Decreto de 25 de enero de 1908: la exclusión como instrumento de protección. *IUSLabor*, 2, 1-11. <https://raco.cat/index.php/IUSLabor/article/view/276183>
- González del Rey Rodríguez, I. (2023). Garantías judiciales y administrativas de la igualdad de trato y la no discriminación en el trabajo en la Ley 15/2022. *FEMERIS: Revista multidisciplinar de estudios de género*, 8(2), 9-31. <https://doi.org/10.20318/feremis.2023.7783>
- Grau Pineda, C. (2023). La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación. La inclusión de nuevas causas autónomas de prohibición de discriminación. *FEMERIS: Revista multidisciplinar de estudios de género*, 8(2), 32-51. <https://doi.org/10.20318/feremis.2023.7784>
- Kahn-Freund, O. (1983). *Labour and the Law*. Stevens & Sons.
- Kantola, J. y Nousiainen, K. (2009). Institutionalizing Intersectionality in Europe. *International Feminist Journal of Politics*, 11(4), 459-477. <https://doi.org/10.1080/14616740903237426>
- Lousada Arochena, J. F. (2017). Discriminación múltiple. El estado de la cuestión y algunas reflexiones. *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, 41, 29-40. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6582935.pdf>
- 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>
- Maneiro Vázquez, Y. (2021). La discriminación por asociación desde la doctrina del Tribunal de Justicia hasta la doctrina judicial nacional. Nuevos retos de las ¿nuevas? formas discriminatorias. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 463, 25-62. <https://doi.org/10.51302/rtss.2021.2482>
- Martínez Girón, J., Arufe Varela, A. y Carril Vázquez, X. M. (2006). *Derecho del Trabajo* (2.ª ed.). Netbiblo.
- Martínez Girón, J. (2014). *La discriminación laboral por edad en el Derecho de los Estados Unidos. Un estudio crítico-comparativo desde la perspectiva del Derecho español*. Netbiblo.
- Montoya Melgar, A. (2000). Trabajo de la mujer y prevención de riesgos laborales. *Aranzadi Social*, 13, 779-792.
- Nielfa Cristóbal, G. (2003). Trabajo, legislación y género en la España contemporánea: los orígenes de la legislación laboral. En L. Gálvez Muñoz y C. Sarasúa (Coord. as), *¿Privilegios o eficiencia? Mujeres y hombres en los mercados de trabajo* (pp. 39-56). Universidad de Alicante.
- Ortega y Gasset, J. (1999). *La deshumanización del arte y otros ensayos*. Austral.
- Rivas Vallejo, P. (2009). Delimitación conceptual de la discriminación laboral en el acervo comunitario: los conceptos de discriminación por asociación, por conexión o por intersección y las Directivas antidiscriminación. *Jornades sobre «El Dret del Treball en el segle XXI»*. <http://www.europeanrights.eu/public/commenti/Vallejo.HTM>
- Ron Latas, R. P. (2022). Los principales mecanismos de tutela frente a la discriminación en el ordenamiento jurídico laboral.

- Revista de Derecho Social y Empresa*, 16, 110-144. <https://doi.org/10.18172/redsye.6233>
- Sáez Lara, C. (2022). Gestión algorítmica empresarial y tutela colectiva de los derechos laborales. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 40(2), 283-300. <https://doi.org/10.5209/crla.79417>
- Sempere Navarro, A. V. (1987). Discriminación y trabajo femenino en la minería. *Relaciones Laborales*, 1987, 108-127.
- Sontag, S. (1997). The Double Standard of Aging. En M. Pearsall (Ed.), *The Other Within Us. Feminist Explorations Of Women And Aging*. Routledge (pp. 19-24). Routledge.
- Valdés Dal-Ré, F. (2008a). Del principio de igualdad formal al derecho material de no discriminación. En B. Quintanilla Navarro y F. Valdés Dal-Ré (Dirs.), *Igualdad de género y relaciones laborales* (pp. 19-43). Ministerio de Trabajo e Inmigración.
- Valdés Dal-Ré, F. (2008b). Igualdad y no discriminación por razón de género: una mirada laboral. En E. Gómez Campelo y F. Valbuena González (Coords.), *Igualdad de género. Una visión jurídica plural. Jornadas Igualdad Efectiva. Realidad o ficción. Burgos, 11, 12 y 13 de marzo de 2008* (pp. 129-154). Universidad de Burgos.
- Zweig, S. (2012). *El mundo de ayer: memorias de un europeo*. Acatilado.

Alicia Villalba Sánchez. Licenciada en Derecho con premio extraordinario por la Universidad de Santiago de Compostela. Doctora con premio extraordinario, Mención Internacional y Cum Laude por la misma universidad, tras haber defendido la tesis doctoral titulada *Cláusulas abusivas de extinción del contrato de trabajo*. Secretaria del Centro de Estudios Cooperativos de la Universidad de Santiago de Compostela (CECOOP). Investigadora principal del Proyecto europeo IQUAL_CAMPUS, convocado por la Comisión Europea y orientado a la elaboración de un sistema conjunto de formación transfronteriza en igualdad laboral. Integrante del Grupo de investigación Empresa y Administración, reconocido como Grupo de Referencia Competitiva por la Xunta de Galicia. Miembro del grupo de investigación de los proyectos nacionales de la Agencia Estatal de Investigación «Retos del Estado de Derecho ante la inteligencia artificial» y «Aprendizaje a lo largo de la vida en una sociedad digital: formación y recualificación para las nuevas profesiones del mercado de trabajo global». Miembro del Comité Ejecutivo Técnico de la Red CIELO Laboral. Actualmente es profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Santiago de Compostela. <https://orcid.org/0000-0001-8188-4810>

La protección laboral de los deportistas profesionales ante los nuevos riesgos del siglo XXI

Ángel Guillén Pajuelo

Profesor ayudante doctor del Departamento de Economía Aplicada.

Universidad de Valencia (España)

angel.guillen@uv.es | <https://orcid.org/0000-0003-0226-1661>

Extracto

El mundo del trabajo no es ajeno a la nueva realidad climática que vivimos en el planeta. Fruto de ello son las nuevas regulaciones y medidas que se están arbitrando por parte de los poderes públicos, empresas, patronales u otras instituciones, con la finalidad de proteger y preservar la salud de los trabajadores. Especialmente aquellos trabajadores que desarrollan su prestación de servicios al aire libre y, por tanto, expuestos a las condiciones climáticas. A raíz del calentamiento global como efecto del cambio climático, se están viviendo con más frecuencia episodios de olas de calor que llevan asociadas altas temperaturas durante los meses de verano. Los riesgos laborales para las personas trabajadoras que están al aire libre soportando altas temperaturas durante una jornada laboral prolongada se acentúan sensiblemente.

Un sector donde la mayoría de los profesionales realizan su actividad laboral al aire libre es el deportivo. De forma muy común, los espectáculos deportivos son en recintos exteriores o bien en la naturaleza, teniendo que, necesariamente, convivir con las condiciones meteorológicas que se den en el momento determinado. Además, a ello se le une que las temporadas y competiciones deportivas cada vez se están prolongando más y adelantando su inicio, por lo que, irremediablemente, los deportistas practican su modalidad deportiva en los meses de verano teniendo que tomar medidas que aminoren o minimicen los riesgos laborales derivados de realizar deporte soportando altas temperaturas.

Palabras clave: cambio climático; protección; laboral; deportistas; profesionales; riesgos laborales; salud.

Recibido: 06-02-2025 / Aceptado: 23-02-2025 / Publicado: 06-03-2025

Cómo citar: Guillén Pajuelo, Á. (2025). La protección laboral de los deportistas profesionales ante los nuevos riesgos del siglo XXI. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 485, 53-77. <https://doi.org/10.51302/rtss.2025.24349>



The labour protection of professional athletes in the face of the new risks of the 21st century

Ángel Guillén Pajuelo

Lecturer in Applied Economics.

University of Valencia (Spain)

angel.guillen@uv.es | <https://orcid.org/0000-0003-0226-1661>

Abstract

The world of work is no stranger to the new climate reality that we are experiencing on the planet. The result of this are the new regulations and measures that are being adopted by public powers, companies, employers or other institutions, with the aim of protecting and preserving the health of workers. Especially those workers who carry out their services outdoors and, therefore, exposed to weather conditions. As a result of global warming as an effect of climate change, episodes of heat waves that are associated with high temperatures during the summer months are being experienced more frequently. The occupational risks for workers who are outdoors enduring high temperatures during a long working day are significantly accentuated.

A sector where the majority of professionals carry out their work outdoors is sports. Very commonly, sports events take place outdoors or in nature, necessarily having to coexist with the weather conditions that occur at the given time. Furthermore, added to this is the fact that sports seasons and competitions are becoming increasingly longer and their start is being brought forward, which is why, inevitably, athletes practice their sports in the summer months, having to take measures to reduce or minimize the occupational risks derived from playing sports while enduring high temperatures.

Keywords: climate change; protection; labour; athletes; professional; labour risks; health.

Received: 06-02-2025 / Accepted: 23-02-2025 / Published: 06-03-2025

Citation: Guillén Pajuelo, Á. (2025). The labour protection of professional athletes in the face of the new risks of the 21st century. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 485, 53-77. <https://doi.org/10.51302/rtss.2025.24349>



Sumario

1. Introducción
2. Marco jurídico
 - 2.1. Contexto climático y regulación laboral
 - 2.2. La prevención de riesgos laborales ante condiciones climatológicas
 - 2.3. La protección de la salud de las personas deportistas
3. La especialidad de los deportistas profesionales
4. Riesgos climáticos y protección laboral de los deportistas profesionales: una realidad presente
5. Retos de futuro y conclusiones

Referencias bibliográficas

1. Introducción

Ante el continuado crecimiento de la industria deportiva, la protección del colectivo de trabajadores deportivos, especialmente aquellos que realizan su prestación en días de verano, está siendo objeto de debate. Del mismo modo, la protección de la salud y la prevención de los riesgos laborales derivados de las altas temperaturas, entre otras cuestiones, son algunas de las prioridades para las autoridades deportivas tanto internacionales como nacionales.

Un ejemplo paradigmático de ello es el surgimiento de nuevas competiciones en el fútbol a todos los niveles y, por tanto, deben comprimirse y ajustarse los calendarios para que puedan desarrollarse todas esas competiciones.

En el caso del fútbol español, su inicio está fijado para la segunda semana del mes de agosto con todos los riesgos climáticos que ello conlleva. Debemos tener en consideración, también, que en algunas zonas de nuestro país el clima durante los meses de agosto y buena parte de septiembre como mayo son extremos, alcanzándose temperaturas de hasta los 40°C en muchas ocasiones.

A todo ello se le debe sumar que los equipos profesionales y semiprofesionales comienzan su adaptación y preparación para la temporada durante las seis semanas anteriores al inicio de la competición. Esa preparación implica que los entrenamientos físicos y técnicos al aire libre dan inicio durante las últimas semanas de julio, es decir, en pleno verano, por lo que los entrenamientos suelen fijarse a primeras horas de la mañana o bien se desplazan a países extranjeros con temperaturas más suaves y apropiadas para el entrenamiento físico.

Desde un análisis de su régimen jurídico-laboral y del estudio de los riesgos para la salud de la práctica deportiva, se pueden extraer varias conclusiones de interés sobre las medidas, el desarrollo y los retos de futuro para compaginar el crecimiento del «negocio» deportivo con la seguridad y la prevención de riesgos laborales de los propios deportistas profesionales.

2. Marco jurídico

2.1. Contexto climático y regulación laboral

En efecto, son diversos los factores extrínsecos que afectan a la regulación laboral. A nivel internacional, estamos ante una auténtica (y sempiterna) revolución tecnológica, ahora elevada a su máxima (de momento) potencia, también ante fenómenos migratorios de distin-

tas índoles y a las consecuencias, entre otras cuestiones, del cambio climático y sus efectos para con los trabajadores. Especialmente aquellos que realizan su prestación laboral al aire libre por sufrir los efectos climáticos adversos en primera persona. Pero, también, en aquellos que desarrollan sus funciones en lugares climatizados, véase oficinas, puede tener incidencia el cambio climático; por ejemplo, fomentando nuevas formas de movilidad o regímenes híbridos o de teletrabajo, con el fin de evitar desplazamientos.

Pues, a la par que la transformación demográfica del mercado de trabajo y de la revolución tecnológica que afecta al empleo global, la transición hacia una nueva realidad climática obliga también a repensar características y condiciones de las relaciones laborales comunes que hemos conocido hasta ahora. Todas estas transformaciones están conectadas entre sí y son, por supuesto, interdependientes y, además, interpelan al conjunto de instituciones, no solo laborales, también gubernativas, de diferentes ámbitos: internacional (Organización Internacional del Trabajo –OIT– y Organización de las Naciones Unidas), comunitario (Unión Europea) y a gobiernos nacionales. Por este motivo, se han puesto en marcha diferentes instrumentos y herramientas¹ que tienen como efecto generar esa transición hacia empleos verdes, sostenibles y adaptados al nuevo contexto climático con el que se debe convivir.

La OIT también se suma al conjunto de instituciones supranacionales que apuestan por una transición justa y una economía más sostenible. En este sentido, son dos los principales instrumentos que ha utilizado en los últimos años: por un lado, en 2016, puso en marcha las directrices políticas para una transición justa hacia economías y sociedades sostenibles para todos²; por otro lado, el informe de la propia organización para lograr una transición justa hacia sociedades ambientalmente sostenibles junto con el programa por el empleo verde, del año 2023³. En ambas herramientas se desarrollan distintas medidas de apoyo, coordinación y también se realiza un análisis pertinente de la situación actual. En suma, la finalidad de dicho informe es concienciar y poner a disposición de los actores implicados en las relaciones laborales (gobiernos, empresas, trabajadores y agentes sociales) enseñanzas y aprendizajes para mejorar las condiciones de trabajo, la protección de la salud y aminorar los riesgos climáticos que pudieran sufrir los trabajadores.

¹ Los acuerdos en favor de una transición energética, verde y sostenible, así como los compromisos en materia de reducción de emisiones y gases contaminantes han generado un cierto consenso en los últimos años entre países e instituciones más relevantes a nivel internacional. Sin embargo, en enero de 2025, y por segunda vez, Estados Unidos ha dejado de formar parte del Acuerdo de París que buscaba que el calentamiento global disminuyese en los próximos años. Véase, en este sentido, Planelles (2025).

² <https://www.ilo.org/es/publications/directrices-de-pol%C3%ADtica-para-una-transici%C3%B3n-justa-hacia-econom%C3%ADas-y>

³ https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@relconf/documents/meeting-document/wcms_876569.pdf

Por su parte, la Unión Europea es uno de los *stakeholders* globales más comprometidos con la transición ecológica. Así lo demuestra el *Green New Deal* impulsado por la Comisión Europea en 2019 que desembocó en una de las regulaciones más controvertidas como ha sido el Reglamento 1119/2021⁴. Esta norma, de obligatorio cumplimiento para todos los Estados miembros, así como de incorporación y aplicabilidad inmediata en el ordenamiento jurídico interno, versa sobre los (ambiciosos) objetivos de neutralidad climática para 2050 que afectan tanto a trabajadores como a empresas⁵ no solo en las próximas décadas, también en el presente. En esa misma dirección, se procede a la aprobación de la Directiva 2022/2464⁶ de información corporativa sostenible por parte de las empresas concediéndole un peso importante en la transición ecológica laboral a la responsabilidad social corporativa de las compañías comunitarias.

Para culminar el engranaje jurídico vertical del derecho medioambiental del trabajo⁷ es imprescindible, amén de mandatorio, que los gobiernos nacionales desarrollen su propia legislación medioambiental a nivel estatal. Así, pues, en el Boletín Oficial del Estado (BOE) del 21 de mayo de 2021 se publicó la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética⁸, con notable incidencia en el ámbito laboral, que muestra la innegable interrelación entre ambas cuestiones: cambio climático y regulación laboral. Un ejemplo ilustrativo de ello son las diversas alusiones al mundo del trabajo, de las relaciones laborales, mercado laboral o a los propios trabajadores.

Las medidas o políticas puestas en marcha con alcance laboral que se pueden encontrar en estas herramientas legales son diversas y cuentan también con diferentes finalidades que van desde la formación, adaptación de los puestos de trabajo, políticas activas de empleo o movilidad sostenible. La adaptación laboral a las nuevas condiciones climáticas, especialmente a las altas temperaturas, debe llevar aparejada la implementación de un plan

⁴ Reglamento (UE) 2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 2021 por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32021R1119>

⁵ Así lo establece el propio Reglamento en su considerando 30:

Para dar previsibilidad y confianza a todos los agentes económicos, incluyendo a las empresas, los trabajadores, los inversores y los consumidores, garantizar una reducción gradual de las emisiones de gases de efecto invernadero a lo largo del tiempo y que la transición hacia la neutralidad climática sea irreversible.

⁶ Directiva de 14 de diciembre de 2022. <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2022/2464/oj>

⁷ Sirva de referencia este término, acertadamente acuñado por la profesora Miñarro Yanini (Miñarro Yanini, 2024, p. 14) donde señala:

[...] identificados los pilares normativos del derecho a un medioambiente saludable, y también la necesidad de actuar –entre otros– desde el específico ámbito laboral, procede determinar los objetivos que han de perseguir tales medidas, los instrumentos que deben impulsarlas y si estos pueden constituir un núcleo o rama normativa con significativa sustantividad.

⁸ BOE de 21 de mayo de 2021. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-8447>

de adaptación laboral a la adversidad climática mediante la negociación con los representantes de los trabajadores que recojan todas las características específicas de las prestaciones desarrolladas en la empresa, sector o en un determinado territorio.

Del mismo modo, el refuerzo, en los casos en los que así sea posible, del régimen del teletrabajo como un modelo válido de organización empresarial, permite evitar desplazamientos y, con ello, aminorar la emisión de gases de efecto invernadero en las ciudades. Estrechamente vinculado a las políticas de movilidad sostenible el asunto del teletrabajo, pues en la Estrategia nacional de movilidad sostenible ya se aborda la necesidad de contar con planes empresariales (en compañías de cierta envergadura) de movilidad sostenible para reducir el impacto energético de los traslados de los empleados.

Las políticas activas de empleo y de formación, tal y como se ha señalado con anterioridad, suponen un pilar fundamental en el, ya de por sí, complejo mercado de trabajo. La nueva realidad laboral del siglo XXI ha obligado a las autoridades gubernativas y laborales a adoptar políticas de recualificación profesional y reconversión sectorial habida cuenta, entre otras cuestiones, de la deslocalización empresarial de mano de obra debido a la globalización también productiva. Ese es, principalmente, el fin de la política de formación para una recualificación profesional y la transición verde: la integración del cambio climático en la formación de una forma transversal.

Ahora bien, la auténtica novedad y revolución, en términos de empleo y cambio climático, se da en el marco del diálogo social⁹ y de la negociación colectiva. La introducción de las estrategias de transición justa¹⁰ y convenios de transición justa¹¹ les otorgan una función muy relevante a las representaciones de los trabajadores y de los empresarios en ambas

⁹ Siguiendo las recomendaciones de la Comisión Europea de reforzar el diálogo social en la gestión de transiciones justas: *Reforzar el diálogo social en la Unión Europea: aprovechar plenamente todo su potencial para gestionar transiciones justas*. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52023DC0040>

¹⁰ A destacar dos incisos del artículo 27 de la Ley de cambio climático y transición energética:

La Estrategia de Transición Justa constituye el instrumento de ámbito estatal dirigido a la optimización de las oportunidades en la actividad y el empleo de la transición hacia una economía baja en emisiones de gases de efecto invernadero [...] y el análisis de las oportunidades de creación de actividad económica y empleo vinculadas a la transición energética.

¹¹ En referencia a los convenios de transición justa, el artículo 28.1 y 3 de la Ley de cambio climático y transición energética, en los siguientes términos:

En el marco de la Estrategia de Transición Justa se suscribirán convenios de transición justa con el objeto de fomentar la actividad económica y su modernización, así como la empleabilidad de trabajadores vulnerables y colectivos en riesgo de exclusión en la transición hacia una economía baja en emisiones de carbono, en particular, en casos de cierre o reconversión de instalaciones [y dichos convenios incluirán] medidas fiscales, de financiación, de apoyo a la I+D+i, de digitalización, de emprendimiento, de empleo, de protección social y actividades formativas para incentivar la adaptación de los trabajadores.

acciones. En consecuencia, el Estatuto de los Trabajadores (ET), en su artículo 64 sobre los derechos de información y consulta de los representantes legales de los trabajadores, incorpora las cuestiones medioambientales y derivadas del cambio climático de la siguiente forma:

[...] 2. El comité de empresa tendrá derecho a ser informado trimestralmente: [...] b) Sobre la situación económica de la empresa y la evolución reciente y probable de sus actividades, incluidas las actuaciones medioambientales que tengan repercusión directa en el empleo, así como sobre la producción y ventas, incluido el programa de producción.

Equipara, por tanto, la situación económica de la empresa o las previsiones de crecimiento en cuanto a producción y venta, o sobre las nuevas contrataciones por parte del empleador, a las actuaciones medioambientales, tal y como reza el apartado b) del precepto citado en este mismo párrafo.

A mayor abundamiento, la norma básica de regulación de las relaciones laborales, es decir, el ET, vuelve, en su artículo 85¹², a dotar de un papel esencial a la negociación colectiva en el desarrollo de las políticas laborales de cambio climático a través de las cláusulas convencionales medioambientales o verdes. Si bien es cierto que, todavía en estos momentos, la introducción de las denominadas cláusulas convencionales medioambientales en los convenios colectivos se encuentra en una fase embrionaria y con escaso desarrollo.

2.2. La prevención de riesgos laborales ante condiciones climatológicas

La principal fuente normativa en materia de prevención de riesgos laborales es la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (LPRL)¹³ amén de que existan otros instrumentos accesorios más específicos o concretos para según qué sectores o profesionales. En primer lugar, atendiendo a la especialidad de los deportistas profesionales, es pertinente analizar el ámbito de aplicación de la normativa general de prevención de riesgos laborales. Así, en el artículo 3 establece que:

Esta Ley y sus normas de desarrollo serán de aplicación tanto en el ámbito de las relaciones laborales reguladas en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, como en el de las relaciones de carácter administrativo o estatutario

¹² En el tercer párrafo del apartado primero del artículo 85 del ET: «igualmente, a través de la negociación colectiva se negociarán protocolos de actuación que recojan medidas de prevención de riesgos específicamente referidas a la actuación frente a catástrofes y otros fenómenos meteorológicos adversos».

¹³ BOE de 10 de noviembre 1995. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-24292>

del personal al servicio de las Administraciones Públicas [y en líneas posteriores] sin perjuicio de los derechos y obligaciones que puedan derivarse a los trabajadores autónomos [...].

Por tanto, al ser la relación laboral de los deportistas profesionales de carácter especial, es decir, regulada por normas específicas, entre otras cuestiones, la prevención de riesgos laborales en este ámbito supone, desde hace mucho tiempo, una asignatura pendiente (López González, 2016) que requiere una solución adecuada a las necesidades. A esta singularidad en cuanto a la prevención de riesgos laborales en el deporte profesional le sería de aplicación el derecho supletorio del ET en tanto que no existen referencias a la materia en la norma especial. Desde ese punto de partida, la interpretación en cuanto a la falta de un marco jurídico de prevención de riesgos laborales en los deportistas profesionales debería ser lo más amplia posible incluyendo, en consecuencia, la aplicación de las normas que desarrollan la LPRL.

Una muestra inequívoca de ello, directamente relacionada con la protección laboral de los deportistas ante riesgos climáticos, es el Real Decreto-ley 4/2023, de 11 de mayo¹⁴, por el que se adoptan medidas urgentes en materia agraria y de aguas en respuesta a la sequía y al agravamiento de las condiciones del sector primario derivado del conflicto bélico en Ucrania y de las condiciones climatológicas, así como de promoción del uso del transporte público colectivo terrestre por parte de los jóvenes y prevención de riesgos laborales en episodios de elevadas temperaturas.

De este instrumento normativo, ciertamente heterogéneo, en el cual se aúnan elementos de muy diversa índole, la cuestión principal que atañe al objeto del estudio es la última: la prevención de riesgos laborales en episodios de elevadas temperaturas. En la disposición final primera del real decreto-ley anteriormente citado se lleva a cabo una modificación del Real Decreto 486/1997, de 14 de abril, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo¹⁵, en lo que se refiere a las condiciones ambientales en el trabajo al aire libre. Y lo hace en los siguientes términos:

Quando se desarrollen trabajos al aire libre y en los lugares de trabajo que, por la actividad desarrollada, no puedan quedar cerrados, deberán tomarse medidas adecuadas para la protección de las personas trabajadoras frente a cualquier riesgo relacionado con fenómenos meteorológicos adversos, incluyendo temperaturas extremas.

¹⁴ BOE de 12 de mayo de 2023. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2023-11187>

¹⁵ BOE de 23 de abril de 1997. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1997-8669>

Prosigue, el precepto, advirtiéndole que en caso de que la Agencia Estatal de Meteorología emita una alerta de nivel naranja o rojo, y las medidas preventivas no garanticen la protección de los trabajadores, resultará obligatorio adaptar las condiciones de trabajo, reducir la jornada¹⁶ o bien la suspensión temporal de la tarea que se venía desarrollando. Más allá de la LPRL y el real decreto sobre condiciones de seguridad y salud en el trabajo, se encuentran los convenios colectivos fruto de la negociación colectiva y de la autonomía de las partes. En el sector deportivo profesional, en particular, no existe la cultura de incluir e introducir cláusulas que traten sobre la prevención de riesgos laborales y la protección de la salud de los deportistas profesionales. El convenio del fútbol profesional, por ejemplo, no lo recoge.

Sin embargo, la única excepción es el Convenio colectivo para la actividad del ciclismo profesional, donde dedica el capítulo séptimo a la seguridad y salud en el trabajo. Aun así, dicho capítulo cuenta con dos artículos, uno de ellos que versa sobre los reconocimientos médicos y otro, de manera muy genérica y con constantes remisiones a la LPRL, sobre la salud de los ciclistas profesionales. No en vano, el convenio colectivo encargado de establecer las condiciones laborales de los deportistas aficionados o trabajadores no deportistas profesionales también dedica un capítulo en su totalidad a la salud de los trabajadores.

En ambos casos, las condiciones climáticas adversas, las altas temperaturas o los riesgos derivados de fenómenos meteorológicos extremos solo están referenciados en el anexo I¹⁷ del Convenio colectivo de instalaciones deportivas y gimnasios; eso sí, con la finalidad de determinar la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo.

Se unen la nula importancia que se ha dado a la prevención de riesgos laborales en el deporte, tanto profesional como *amateur*, cosa extraña, en cualquier caso; habida cuenta, además, de la cantidad de lesiones que se producen y la resiliencia (Moo Peña y Solís Bribeño, 2019) que deben adoptar los deportistas, de los posibles choques, caídas o golpes que puedan darse, de incidentes cardiovasculares o, en los casos más extremos, episodios de muerte súbita que hacen perentorio tomar en consideración la cuestión preventiva. Por ahora, la legislación de referencia en materia de protección de la salud de los deportistas data de 2013, con una notable incidencia del dopaje siendo el elemento fundamental en el que pivota la norma. La Ley del deporte también realiza algunas sucintas referencias a la protección de la salud de los deportistas.

¹⁶ Sobre el tiempo de trabajo y el cambio climático y, además, la posible reducción de la jornada laboral debido a condiciones climáticas, véase, a modo de prelude del XXV Congreso de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Rojo Torrecilla (2025).

¹⁷ Aunque solo sea una referencia a la decisión de suspender el contrato de trabajo de una trabajadora embarazada por riesgo durante el embarazo, ya se puede observar un cambio (si cierto que leve) en el comportamiento habitual en la negociación colectiva deportiva: recomendaciones acerca de la semana en que se tendría que dar la baja a la trabajadora, según las actividades que esta desempeñe. «Elementos externos. [...] En condiciones de frío o de calor extremo, con temperaturas inferiores a 0°C, o superiores a 33°C: [a partir de la] semana 0, desde el inicio del embarazo»

Más allá de referencias sueltas y genéricas al ámbito deportivo, es evidente que ante los riesgos climáticos no cuentan los deportistas profesionales con medidas específicas recogidas en un texto legal; cabe, únicamente, interpretar de forma expansiva y amplia las prerrogativas de normas laborales de carácter general y adaptarlas a la práctica deportiva. Al menos, por el momento y durante el futuro próximo.

2.3. La protección de la salud de las personas deportistas

En el año 2013 se arbitró la norma de referencia en términos de protección de la salud del deportista con una clara significancia en la lucha contra el dopaje. De hecho, el mismo título de la norma, ley orgánica, así lo estipula: Ley orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva¹⁸. El artículo 3 del texto legal nos da una definición de qué se considera como protección de la salud del deporte:

Se considera como protección de la salud en el ámbito del deporte el conjunto de acciones que los Poderes Públicos exigen, impulsan o realizan, según su respectivo ámbito de competencias, para conseguir que la práctica deportiva se realice en las mejores condiciones para la salud de los deportistas, así como para que se prevengan las consecuencias perjudiciales que puedan provenir de la actividad deportiva, especialmente, en el deporte de alta competición.

Es una norma que, tal y como se puede observar en la actualidad, hacía hincapié en las cuestiones de dopaje puesto que casi la totalidad de su contenido ha sido derogado. La norma que sustituye las medidas y la organización de la lucha contra el dopaje en el deporte es la Ley orgánica 11/2021, de 28 de diciembre, de lucha contra el dopaje en el deporte¹⁹.

Parece, entonces, que el legislador ha optado por trasladar las cuestiones molares y relevantes en cuanto a la protección de la salud a la Ley del deporte²⁰ (LD) del año 2022, donde sí que se dedican preceptos a tal efecto. Por ejemplo, en el artículo dedicado a las competencias del Consejo Superior de Deportes (art. 14) ya estipula que será este órgano el encargado de «[e]stablecer una política específica de prevención de los riesgos asociados a la práctica deportiva y de las posibles patologías que pudieran aparecer durante o tras la finalización de la práctica deportiva».

¹⁸ BOE de 21 de junio de 2013. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-6732>

¹⁹ BOE de 29 de diciembre de 2021. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-21650>

²⁰ Ley 39/2022, de 30 de diciembre, del deporte. BOE de 31 de diciembre de 2022. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-24430>

Ya fuera del ámbito competencial, uno de los aspectos más controvertidos y novedosos que introdujo la LD ha sido la obligación de que todas las personas deportistas que compitan de forma federada cuenten con un seguro obligatorio que cubra los riesgos para la salud derivados de los riesgos de la práctica deportiva correspondiente. No es del todo una cuestión de prevención de riesgos laborales, sin embargo, la medida obligatoria supone, sin duda, un antes y un después en la protección laboral de los deportistas al tener un seguro obligatorio contratado que cubra tanto los entrenamientos como la competición.

Especial mención merece la ausencia de elementos de protección diseñados específicamente para las deportistas²¹ y la necesaria visión de igualdad y no discriminación en cuanto a la seguridad y salud en el deporte. Debemos tener en cuenta que no todas las personas que practican un deporte lo hacen de forma profesional, como es evidente, y que, por tanto, su principal sustento y fuente de ingresos es otra actividad laboral que puede verse afectada por una lesión durante la práctica deportiva.

La LD dedica un capítulo completo al asunto que se aborda en este epígrafe: capítulo III (del título II), «De la protección de la salud de las personas deportistas», formado por seis artículos. En los preceptos 30 y 31, reconocimientos médicos y seguimiento de la salud, respectivamente, de la LD es donde se concentran las referencias más significativas a la prevención de riesgos laborales y a la protección de la salud de las personas deportistas.

Así, dicho inciso otorga la facultad al Consejo Superior de Deportes de establecer la obligación de realizar reconocimientos médicos a las personas deportistas, previamente a la inscripción federativa, con el objeto de contar con una mejor prevención de los riesgos para la salud de sus practicantes. El artículo 31 especifica que aquellos deportistas considerados de alto nivel deberán llevar un control y seguimiento exhaustivo de su salud con la finalidad de prevenir los riesgos de la práctica deportiva o accidentes. También, el mismo artículo hace, por primera vez, remisión al ámbito laboral de protección, concretamente, a la acción protectora de la Seguridad Social.

En el apartado 4 del artículo 31 se puede advertir la siguiente referencia:

En el marco de la acción protectora del Sistema de la Seguridad Social, las actividades de protección que el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, confiere a las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, cuando a dichas entidades pudiera corresponder la cobertura de deportistas profesionales, deberán con-

²¹ Sobre perspectiva de género y protección laboral en el deporte, sirva de referencia Chacartegui Jávega (2019).

templar el desarrollo de programas específicos orientados a proteger la salud y prevenir los riesgos de accidentes de naturaleza laboral a los que dicho colectivo pueda estar expuesto [...].

Y, en concreta alusión a los deportistas profesionales, el segundo párrafo del mismo inciso 4 del artículo 31, de manera literal, remite, en este caso, a la LPRL y lo hace en los siguientes términos:

Las personas deportistas profesionales, en el ámbito de su relación laboral, tienen derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud en el trabajo, de conformidad con lo establecido en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y su normativa de desarrollo.

Podría darse la circunstancia de que, al tratarse de la norma legal más moderna, la LD, aún a falta de su desarrollo reglamentario sea la más precisa y concisa en cuanto a la prevención de riesgos derivados de la actividad deportiva. Además, ampliando y especificando el ámbito de actuación tanto en el deporte federado (*amateur*) como en el deporte profesional. Teniendo en cuenta la dimensión social²² del deporte, la importancia que otorgan a tal actividad las autoridades públicas para la lucha contra el sedentarismo y la inactividad física²³, más allá del deporte recreativo o saludable, para aquellas personas que lo practican de forma federada, también profesional, sería necesario una mayor consideración²⁴ a la prevención de los riesgos laborales.

²² En este sentido, Britapaz Álvarez y del Valle Díaz (2015).

²³ Por ejemplo, véase la Estrategia nacional de fomento del deporte contra el sedentarismo y la inactividad física 2025-2030 por parte del Ministerio de Educación, Formación Profesional y Deportes. <https://www.csd.gob.es/sites/default/files/media/files/2024-12/ESTRATEGIA%20FOMENTO%20DEPORTE%20Definitiva.pdf>

²⁴ Sirva de ejemplo como análisis de lo que ocurre en la actualidad, pero, también, históricamente en el ámbito deportivo donde apenas se le ha otorgado ni siquiera nimia importancia a la cultura de la prevención de riesgos muy arraigada en otras profesiones. Todo ello siendo el deporte, como se ha mencionado en algunas ocasiones, una práctica de contacto no exenta de riesgos para la integridad física y la salud. Como indica López González, (2016):

[...] la nula presencia en muchos clubes, instituciones de planes preventivos de salud y de riesgos laborales [...] agranda [el problema]. Porque a nadie se le escapa que estamos hablando de un ámbito laboral, aunque haya que reconocer que menos del 20 por ciento de los deportistas que podríamos encuadrar en el profesionalismo, tienen reconocida relación laboral. Es el caos en el que sigue estando sumido el deporte como si fuera un submundo al margen de la legislación [...].

Y, en el mismo sentido, sostiene la autora que:

[...] La pregunta puede ser sencilla, y clarificadora, aunque dura, cuando hemos asistido en este país a la trágica muerte de un futbolista en nuestros campos de fútbol, ¿se ha personado un inspector de trabajo, por cuanto se trata, sin duda alguna, de un accidente laboral?; y, en cambio, lo veríamos lógico y normal, que se personara en un cualquier otro centro de trabajo, por ejemplo, en una obra, si se hubiera producido un accidente. ¿Por qué no es práctica en el deporte?

3. La especialidad de los deportistas profesionales

El proceso de laboralización del deporte profesional se inicia con la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 24 de junio de 1971 sosteniendo como principales argumentos (Bassols Coma, 1980, pp. 208 y ss.) los siguientes: la consideración de un club o entidad deportiva como empresario o empleador, es decir, con capacidad para contratar a trabajadores (futbolistas, por ejemplo) por cuenta ajena, y, por otro lado, la concurrencia de las notas de laboralidad en los futbolistas, especialmente las de ajenidad y dependencia.

El propio preámbulo del Real Decreto (RD) 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales, el principal instrumento normativo en términos jurídico-laborales del deporte profesional, indica que «[a] este respecto el objetivo básico ha sido trasladar el mayor número posible de criterios procedentes de la normativa laboral común al ámbito de esta relación especial, sin olvidar las peculiaridades que se derivan de la práctica deportiva [...]» reconociendo así la especialidad del deporte profesional. Y, cuando se establece su ámbito de aplicación se señala implícitamente la necesidad de concurrencia de las notas de laboralidad:

[...] Son deportistas profesionales, quienes, en virtud de una relación establecida con carácter regular, se dediquen voluntariamente a la práctica del deporte por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de un club o entidad deportiva a cambio de una retribución.

Los aspectos más destacados del marco jurídico de la relación laboral en el deporte profesional y, en particular, en el fútbol en España son aquellos preceptos que recogen, precisamente, las especialidades del fútbol profesional y que no se dan en otros deportes. Sirvan de ejemplo dos cuestiones, una de ellas vinculada a la temporalidad deportiva y otra a la «propiedad» de un jugador por parte de un club. La temporalidad deportiva²⁵ implica necesariamente que la contratación, a diferencia de la normativa laboral común, sea por tiempo determinado²⁶. Así lo indica, sin ningún género de dudas, el artículo 6 del RD 1006/1985 cuando señala que:

²⁵ Especialmente relevante para la temporalidad deportiva (no profesional) resulta el nuevo régimen de la contratación fija discontinua a raíz de la reforma de 2021, véase, por todos, Göerlich Pesset (2022, p. 58).

²⁶ La temporalidad en la contratación de los deportistas tiene que ver con la limitación de la carrera y las características físicas y técnicas relacionadas con la edad, véanse las Sentencias del Tribunal Constitucional de 26 de febrero de 1980 (AS/1091), 23 y 26 de enero de 1981 (AS/362 y 415) y del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 1981 (RJ/3317), 19 de octubre de 1982 (RJ/6195) y 28 de enero de 1983 (RJ/143).

La relación laboral especial de los deportistas profesionales será siempre de duración determinada, pudiendo producirse la contratación por tiempo cierto o para la realización de un número de actuaciones deportivas que constituyan en conjunto una unidad claramente determinable o identificable en el ámbito de la correspondiente práctica deportiva.

Otra de las especialidades del vínculo contractual del fútbol (deporte) profesional y que se diferencia claramente de trabajos ordinarios o de oficinas, es la ordenación del tiempo de trabajo y la jornada. El artículo 9 del RD 1006/1985 establece que:

La jornada del deportista profesional comprenderá la prestación efectiva de sus servicios ante el público y el tiempo en que esté bajo las órdenes directas del club o entidad deportiva a efectos de entrenamiento o preparación física y técnica para la misma [excluyendo del tiempo efectivo de trabajo²⁷] los tiempos de concentración previos a la celebración de competiciones o actuaciones deportivas, ni los empleados en los desplazamientos hasta el lugar de la celebración de las mismas [...].

En relación con las anteriores características mencionadas y estrechamente vinculado a la cuestión de la protección de los deportistas ante los riesgos climáticos, encontramos la especialidad espacial del deporte profesional. Esto es, que los deportistas profesionales, en muchas ocasiones, desarrollan su trabajo al aire libre, tanto en lo consistente a la preparación física y técnica (entrenamientos) como su participación en espectáculos deportivos al aire libre ante el público. De esta forma y, en especial, aquellos deportistas profesionales que desarrollen su labor al aire libre, a causa de la especialidad espacial de los mismos, estarán sometidos a los riesgos climáticos (calor y altas temperaturas) durante las competiciones, cuestión que se ha de tener en cuenta en la prevención y protección de riesgos laborales.

Si bien, en la actualidad la principal discusión es la delimitación del ámbito profesional y del aficionado, teniendo en cuenta la existencia de un nivel intermedio denominado como deporte profesionalizado. Dependiendo, en consecuencia, de la calificación de una competición, partido, torneo o evento deportivo, la protección laboral ante los riesgos climáticos será, sin duda, de mayor nivel.

Sin embargo, el RD 1006/1985 no hace alusión a los deportistas no profesionales que tienen como su *modus vivendi* su relación contractual con un club o entidad deportiva pero que no cumplen con la especialidad del deporte profesional. Es lo que anteriormente se ha señalado como deporte profesionalizado, pues debe haber un término medio entre el de-

²⁷ En este sentido, sobre el tiempo efectivo de trabajo de los deportistas profesionales, por todos, véase Monereo Pérez y Cardenal Carro (2010).

porte profesional y el amateurismo²⁸. En este caso, si mantienen un vínculo laboral dentro del ámbito deportivo pero que no cumple con la especialidad, la lógica sería mirar hacia la normativa laboral común y, por ende, al ET.

La principal cuestión radica en la determinación de salario²⁹ o de compensación de gastos³⁰ por la práctica deportiva. En algunas ocasiones puede camuflarse la retribución en forma de salario como compensación de gastos³¹ y, en consecuencia, dejar fuera del marco laboral y de Seguridad Social (Triguero Martínez, 2014, p. 95) el vínculo entre el deportista y la entidad o club empleador. En definitiva, todos aquellos futbolistas que procedan de clubes iberoamericanos y formen parte de competiciones profesionales (o, incluso, profesionalizadas) deberán ajustarse a este marco jurídico-laboral establecido en el RD 1006/1985 y que recoge el conjunto de especialidades del fútbol profesional.

Al margen ya de la normativa laboral, la nueva LD (Ley 39/2022, de 30 de diciembre) también tiene implicaciones en la materia. Así es como, por ejemplo, una resolución judicial del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Madrid³² con base, entre otras cuestiones, en la LD califica a los árbitros de fútbol profesionales como deportistas profesionales³³.

Es así como las normas de carácter administrativo, e incluso federativo (García Rubio, 2022), inciden en el terreno laboral hasta el punto de que el artículo 21 de la LD señala específicamente que los deportistas profesionales que cumplan los requisitos establecidos en dicho precepto estarán sujetos al RD 1006/1985. Lo hace en los siguientes términos:

²⁸ El Tribunal Supremo determina la diferenciación entre deportistas profesionales y aficionados en la Sentencia de 2 de abril de 2009 (rec. 4391/2007).

²⁹ Presunción de que las cantidades abonadas son salario, correspondiendo al club demostrar que realmente se limitan a compensar los gastos ocasionados por la práctica deportiva. En este sentido, Semper Navarro (2009).

³⁰ Si la entidad deportiva no demuestra que el dinero va destinado a compensar gastos, debe considerarse que lo recibido tiene naturaleza salarial; así lo indica la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Madrid de 21 de mayo de 1991 (AS 1991/2957).

³¹ Sobre la retribución de los deportistas profesionales, sirva de ejemplo, por todos, Pazos Pérez (2016).

³² STSJ de Madrid de 20 de febrero de 2024 (rec. 1058/2023):

Si bien no hay jurisprudencia respecto de los árbitros, su función es perfectamente incardinable en la definición de deportista del artículo 19.1 de la Ley del Deporte, y de deportista profesional, del artículo 21, que, en este caso es indudable, dado que estamos ante una relación establecida con carácter regular, dedicándose el actor voluntariamente a la práctica deportiva por cuenta y dentro del ámbito de organización de una entidad deportiva, como es la RFEF, conforme a lo establecido en el artículo 1 de sus estatutos, transcrito en el hecho probado segundo, y en el 40 de la Ley del Deporte, a cambio de una retribución y, finalmente esta ley se refiere a los árbitros de alto nivel equiparándolos a los técnicos y entrenadores de alto nivel, por lo que hemos de concluir que el demandante es un árbitro, deportista profesional, de alto nivel. (F.J. 10.º).

³³ Compartiendo el criterio del TSJ de Madrid, Guillén Pajuelo (2024) y, por el contrario, el criterio doctrinal que sostiene que los árbitros no son deportistas profesionales, Rubio Sánchez (2023).

Son deportistas profesionales, quienes, en virtud de una relación establecida con carácter regular, se dedican voluntariamente a la práctica deportiva por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de un club o entidad deportiva a cambio de una retribución. [...] Las personas deportistas profesionales a que se refiere este apartado están sujetas a la relación laboral especial prevista en el artículo 2.1.d) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, y en su normativa de desarrollo.

A colación, precisamente, de la reciente STSJ de Madrid, vale la pena recalcar que, dentro del ámbito de aplicación del deporte profesional, es decir, considerados como deportistas profesionales también se encuentran los entrenadores de fútbol y otros técnicos, sometidos y expuestos, aunque no de la misma manera, a los riesgos climáticos en la medida en que desarrollan gran parte de su prestación al aire libre. A medida que el deporte y, en particular, el fútbol a la cabeza se ha ido profesionalizando, también se ha calificado como laboral la naturaleza de la actividad de los entrenadores deportivos³⁴ asimilando esta figura a los propios deportistas que realizan la actividad ante el público.

El artículo 1.2 del RD 1006/1985 relativo al ámbito de aplicación de la relación laboral especial del deportista profesional señala que:

[...] Son deportistas profesionales, quienes, en virtud de una relación establecida con carácter regular, se dediquen voluntariamente a la práctica del deporte por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de un club o entidad deportiva a cambio de una retribución.

La definición anteriormente citada puede ser calificada como amplia, ya que abre la puerta a integrarse en ella a un amplio colectivo de deportistas y, entre ellos, a los entrenadores y técnicos deportivos.

En este sentido, han sido los tribunales los que han ido perfilando la integración de los entrenadores deportivos de distintas modalidades deportivas³⁵ en el régimen jurídico laboral de los deportistas profesionales teniendo presente, además, la dualidad normativa (federativa y laboral) (Sempere Navarro y Cardenal Carro, 2003, p. 51) a la cual se someten. Por tanto, la labor de preparación y entrenamiento de los deportistas para la competición que

³⁴ Sobre la naturaleza laboral de la actividad de los entrenadores deportivos, sirvan estos ejemplos: STSJ de Andalucía de 30 de enero de 2003 (rec. 1992/2002) y su análisis por parte de Rubio Sánchez (2003) y la STSJ de Galicia de 28 de abril de 2015 (rec. 199/2015) y el análisis de De Miguel Pajuelo (2015).

³⁵ Ejemplos de fútbol, baloncesto, balonmano y voleibol, respectivamente, con las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 1988 (RJ/9102), de 5 de diciembre de 1997 (rec. 5142/1992) y de los TSJ de Andalucía de 28 de enero de 1998 (rec. 103/1996) y de Cataluña de 27 de junio de 2003 (rec. 2506/2003).

realizan los entrenadores, aunque no se dediquen propiamente a la práctica del deporte, se califica en virtud de su actividad como un profesional del deporte (Irurzun Ugalde, 1994, p. 225) integrándose en la disciplina y organización de un club (Cardenal Carro, 1998), deslindando con la (posible) frontera (Sala Franco y Roqueta Buj, 1997) de la relación de alta dirección utilizada en el caso de los seleccionadores nacionales³⁶ de las federaciones deportivas en España o bien con la relación laboral común u ordinaria³⁷ de los ojeadores, directores de cantera y algunos directores deportivos³⁸.

Esta perspectiva amplia de inclusión en el ámbito de los deportistas profesionales no ha sido óbice para limitarla, únicamente, a la figura del entrenador, sino que también se han introducido una serie de técnicos «adyacentes» al trabajo de preparación y análisis deportivo que forman parte del cuerpo técnico de un club. Los preparadores físicos, ayudantes, segundos entrenadores y entrenadores de porteros, en tanto que participan activamente en la dinámica de entrenamiento y competición sí que son considerados técnicos deportivos³⁹.

Por todo ello, cuando se hace referencia a la protección ante los riesgos climáticos de los deportistas profesionales debemos tener en cuenta la misma perspectiva amplia de inclusión dentro del término profesional. De este modo, las medidas serán más efectivas y su ámbito de aplicación mucho más completo.

4. Riesgos climáticos y protección laboral de los deportistas profesionales: una realidad presente

La práctica deportiva en condiciones de altas temperaturas puede ser peligrosa si no se toman las medidas adecuadas. Durante el ejercicio, el cuerpo genera calor que debe disipar para evitar un aumento excesivo de la temperatura interna. Cuando el ambiente es caluroso, esta regulación se ve comprometida, lo que incrementa el riesgo de problemas de salud relacionados, principalmente, con las altas temperaturas.

³⁶ Así lo estableció la STSJ de Madrid de 16 de marzo de 1992 relativo al despido del seleccionador de fútbol español Luis Suárez por parte de la Real Federación Española de Fútbol arguyendo el tribunal que «como no podía ser deportista profesional por estar fuera del ámbito de la citada norma, no cabe otra cosa que considerarlo un alto directivo» y así lo refuerza nuestra mejor doctrina citando, como ejemplos, a García Silvero (2010, p. 376) y Villegas Lazo (2006).

³⁷ Sirva como ejemplo, sobre la relación laboral común u ordinaria de los ojeadores, la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 21 de octubre de 2010 (rec. 3843/2009).

³⁸ En el caso de los directores deportivos, téngase en cuenta la dependencia y funciones. Defiende la relación laboral común u ordinaria la STSJ de Cataluña de 20 de noviembre de 2014 (rec. 5023/2014) y, en sentido contrario, aboga por la relación de alta dirección la STSJ del País Vasco de 23 de diciembre de 2008 (rec. 2671/2008).

³⁹ En el caso de los segundos entrenadores y ayudantes: STS de 14 de febrero de 1990 (RJ/1087), y, en el caso de los preparadores físicos: STS de 14 de mayo de 1985 (RJ/2710).

La hidratación en los deportistas es sumamente importante, así como su alimentación, más aún si cabe a nivel profesional. Las condiciones climatológicas de calor y/o humedad favorecen la sudoración excesiva bajo temperaturas elevadas que, a su vez, puede provocar una pérdida significativa de líquidos y electrolitos. Si no se reponen adecuadamente, puede surgir deshidratación, lo que afecta el rendimiento deportivo y puede ocasionar mareos, fatiga extrema e incluso desmayos.

En competiciones celebradas durante los meses de verano, cada vez más frecuentes, por cierto, el riesgo ante un eventual golpe de calor de un deportista profesional es una cuestión grave que se ha de tener en cuenta y que sucede cuando el cuerpo no puede regular su temperatura. En estos casos, la temperatura corporal puede superar los 40 °C, causando confusión, pérdida del conocimiento, daño en órganos vitales. Este riesgo aumenta considerablemente cuando se realizan actividades intensas bajo el sol.

La fatiga muscular de los deportistas profesionales ya es alta en condiciones climatológicas normales, pues la acumulación de competiciones y de entrenamientos físicos hace que estén sometidos a un alto nivel de exigencia física y mental. Cuando se realizan actividades físicas de alta intensidad pueden aparecer los denominados calambres. La pérdida de sales minerales esenciales, como el sodio y el potasio, a través del sudor puede causar calambres musculares dolorosos. Son comunes en deportes de resistencia como el fútbol, ciclismo o el *running*.

Por otro lado, otro de los riesgos asociados a la práctica de actividad física, en este caso, al aire libre, son las quemaduras solares en la piel. La exposición continuada al sol y a sus radiaciones ultravioletas (Moncada Jiménez, 2003) puede provocar quemaduras severas, lo que hace totalmente desaconsejable la práctica de cualquier actividad física durante las horas centrales del día en épocas estivales o especialmente calurosas.

Por consiguiente, los principales riesgos climáticos en la prestación laboral de los deportistas profesionales son los siguientes:

- Condiciones climáticas: humedad elevada que impide la evaporación eficiente del sudor.
- Falta de aclimatación: personas no acostumbradas a entrenar en calor tienen mayor riesgo.
- Ropa inadecuada: usar prendas que no permitan una buena ventilación o absorción del sudor.
- Hidratación insuficiente: falta de ingesta de líquidos antes, durante y después del ejercicio.

Las medidas puestas en marcha por parte de las autoridades deportivas, federaciones, comités olímpicos y ligas profesionales, entre otras, pretenden atender a las recomendaciones realizadas en numerosas ocasiones por las autoridades sanitarias nacionales e internacionales. Ante episodios cada vez más asiduos de olas de calor y de temperaturas extremas, el ámbito del deporte profesional (y también el *amateur*) debe, necesariamente, adaptar su práctica con medidas novedosas.

Destacan, por ejemplo, en el fútbol profesional la conocida como pausa de hidratación⁴⁰ en los minutos 30 y 70 de partido, aproximadamente, y que consiste en parar el partido durante 1 minuto para que los jugadores puedan beber agua, hidratarse y reponer líquidos. De ese modo, se sigue con la recomendación de mantener una hidratación adecuada en todo momento con la finalidad de poder prolongar la actividad deportiva. También en el fútbol, como novedad introducida, si bien otros deportes ya contaban con medidas parecidas, está el aumento del número de cambios o sustituciones permitidas durante los encuentros, pasando de 3 a 5 en total y a 6 sustituciones si hubiera prórroga.

En este sentido, el organismo internacional regulador del fútbol y sus reglas, la FIFA, ha puesto encima de la mesa un cambio sustancial en la manera tradicional de entender el funcionamiento de las sustituciones en el fútbol profesional. El objetivo principal de esta medida es que haya una rotación mayor de deportistas y un reparto de la actividad, no obligando a un número mayor de futbolistas a disputar la totalidad de los minutos que integran un partido completo. En definitiva, se trata de repartir esfuerzos.

Como resulta evidente, las autoridades futbolísticas (y deportivas, en general) evitan durante los meses de verano la fijación de horarios para la práctica deportiva en las horas centrales del día. Por ello, en las competiciones cuyos encuentros se disputan, en parte, durante los meses más calurosos del año, los horarios suelen darse a partir de las 19:00 horas y alargarse hasta las 22:00 horas, como es el caso del fútbol.

Otro de los ejemplos más ilustrativos que se han vivido recientemente fue el episodio de contaminación del río Sena en los Juegos Olímpicos (JJ. OO.) de París en el verano de 2024 (Parra, 2024), en el cual se disputaban distintas pruebas de natación como, por ejemplo, el triatlón o nado en aguas abiertas. Las consecuencias de disputar dichas pruebas en las aguas (demostrado empíricamente) contaminadas del Sena provocó que varios atletas sufrieran riesgos para su salud⁴¹. No solo menoscaba la competición deportiva, pues ello

⁴⁰ Vid. Urdampilleta et al. (2013) sobre el protocolo de hidratación antes, durante y después de la práctica deportiva.

⁴¹ <https://www.20minutos.es/deportes/noticia/5542845/0/una-atleta-belga-lleva-cuatro-dias-ingresada-por-una-bacteria-tras-nadar-sena-prueba-triatlon-los-juegos/>

tuvo como consecuencia la retirada del equipo mixto belga⁴² de triatlón, además supone una clara vulneración de la disposición novena del apartado segundo, relativo a la misión y función del Comité Olímpico Internacional, de la Carta Olímpica cuando establece, precisamente, que una de sus funciones deberá ser la estimulación y el apoyo de medidas que protejan la salud de los atletas.

Las específicas competiciones llevadas a cabo en el Sena no fueron las únicas en suponer un problema para los deportistas y su salud durante la celebración de los JJ. OO. de París; habida cuenta de la cantidad de quejas y declaraciones por parte de deportistas y dirigentes, se convirtió en un problema grave y de repercusión global. El evento, en particular, daba el pistoletazo de salida de forma oficial el 26 de julio en plena ola de calor que asolaba el continente europeo. También aquellas modalidades deportivas que se desarrollan al aire libre, donde la rigidez de horarios y la propia competición⁴³ lleva aparejada la necesidad de realizar la práctica del deporte durante horas cálidas o, incluso, en las horas centrales del día. Deportes como el tenis, el *hockey* hierba, triatlón o *vóley* playa son un ejemplo que ilustra a la perfección tal situación.

Como se ha visto en páginas precedentes, a nivel laboral y con alcance general, en nuestro país, también se han arbitrado medidas de protección de los trabajadores ante riesgos climáticos por temperaturas extremas a través del Real Decreto-ley 4/2023, de 11 de mayo, establece medidas de protección para la población trabajadora expuesta a temperaturas extremas. Se entiende, por consiguiente, que tal y como establece la disposición final primera de dicho real decreto-ley se aplica a todos los lugares de trabajo siempre y cuando las autoridades meteorológicas emitan una alerta naranja o roja. Además, especifica también el texto que será de aplicación a los trabajos al aire libre como, en este caso, se realiza la actividad deportiva (en la mayoría de sus manifestaciones).

En definitiva, realizar deporte, más aún a nivel profesional habida cuenta de su exigencia física, expuesto a altas temperaturas conlleva riesgos asociados serios y que, en ninguno de los casos, deben subestimarse. Es fundamental planificar los entrenamientos, competi-

⁴² El propio comunicado del Comité Olímpico Belga, del 5 de agosto de 2024, reza así:

El BOIC y el Triatlón Belga se ven desgraciadamente obligados a anunciar que los Hammers belgas no participarán mañana en la prueba de Relevos Mixtos de los Juegos de París. Esta decisión, y la comunicación al respecto, se ha tomado en consulta con los atletas y su entorno. Claire Michel, una de las atletas del equipo de relevos mixtos, lamentablemente ha tenido que retirarse de la competición por enfermedad. Michel es miembro de la Comisión de Atletas del BOIC y de la Comisión Mundial de Triatlón. Como representante de los atletas, se compromete a evaluar y mejorar continuamente las condiciones para los atletas. El BOIC y el Triatlón Belga esperan que se aprendan lecciones para futuras competiciones de triatlón. Estamos pensando en días de entrenamiento que puedan garantizarse, días de competición y formatos que estén claros de antemano y circunstancias que no causen incertidumbre entre los atletas, los séquitos y los aficionados.

⁴³ Interesante el análisis realizado por la University of Portsmouth en Tipton y Corbett (2024).

ciones y partidos priorizando la prevención y la salud para evitar consecuencias graves derivadas del calor. Con una correcta preparación, es posible disfrutar de la actividad física y económica que generan los espectáculos deportivos sin comprometer la seguridad de los deportistas profesionales e integrantes del propio espectáculo.

5. Retos de futuro y conclusiones

No es baladí, como se ha reflejado en las páginas anteriores, la protección ante riesgos climáticos derivados del calor en los trabajadores en general y, por supuesto, en aquellos que realizan su trabajo al aire libre. La transición ecológica también debe verse desde la perspectiva jurídico-social y, por ende, considerando la protección de la salud y la prevención de riesgos laborales un asunto de primer orden.

Por otro lado, visto desde un prisma social, donde uno de los pilares del bienestar, de los hábitos de vida saludables y de la promoción de la salud es el deporte, pudiera ser un oxímoron que, precisamente, a los deportistas que se dedican profesionalmente a ello⁴⁴ se les ponga en riesgo. El deporte recreativo o saludable está unánimemente recomendado por parte de las autoridades deportivas⁴⁵ y sanitarias, sin embargo, también es conocido que, especialmente en época estival ante las altas temperaturas, las mismas autoridades públicas sanitarias realizan una serie de recomendaciones para preservar la salud y evitar los riesgos de las altas temperaturas.

Por ello, uno de los retos de futuro, anticipando algunas de las conclusiones, sería el dotar al deporte profesional de un organismo independiente con facultades y potestades ejecutivas para realizar un análisis de los riesgos climáticos ante la celebración de una determinada competición *ex ante* y, a resultados del mismo análisis, tomar una decisión basada en criterios estrictamente científicos sobre la viabilidad o no de la celebración del campeonato en cuestión. Con esto, se asimilaría o equipararía la protección de la salud de la población general ante los riesgos climáticos a los profesionales del deporte. Evidentemente, si los deportistas profesionales, para desarrollar su prestación, debieran de estar exentos de cualquier riesgo meteorológico, parece lógico también que la medida propuesta fuera extrapolable al conjunto del deporte amateur o deporte profesionalizado.

En algunas ocasiones, como el colectivo de trabajadores de los deportistas profesionales tiene una gran repercusión y obtienen unos salarios elevados, se ha venido normalizando tradicionalmente que puedan hacer su trabajo sometidos a temperaturas extremas.

⁴⁴ El ejemplo de las lesiones y el bienestar de los futbolistas (Rivas Garza et al., 2012).

⁴⁵ Un ejemplo interesante y analizado: las federaciones de natación en el fomento de la salud en Pérez Díaz et al. (2018).

En la actualidad, esa concepción ha cambiado y las autoridades han legislado y actuado en favor de la protección de la salud de los trabajadores. Las principales conclusiones que se pueden extraer de la protección de los deportistas ante los riesgos ocasionados por el cambio climático son las siguientes:

- Es imprescindible adaptar la actividad física deportiva a horarios donde las temperaturas sean más suaves durante los meses de verano y más calurosos de las competiciones.
- Deben arbitrase medidas para que, durante el desarrollo de las competiciones y de la actividad física, puedan disminuirse los riesgos asociados a las temperaturas elevadas como, por ejemplo, pausas de hidratación.
- Desarrollar una regulación exhaustiva configurada, únicamente, para el deporte profesional donde se planteen una serie de recomendaciones, obligaciones y también prohibiciones para que la protección de los trabajadores deportistas ante las altas temperaturas quede al libre albedrío de las autoridades deportivas de parte.

Referencias bibliográficas

- Bassols Coma, M. (1980). Justicia deportiva y jurisdicción laboral. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2, 197-216.
- Britapaz Álvarez, L. y Valle Díaz, J. del. (2015). Significado del deporte en la dimensión social de la salud. *Revista Salus*, 19, 28-33. https://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1316-71382015000400006
- Cardenal Carro, M. (1998). El entrenador de un equipo de fútbol, ¿es alto cargo? (Al hilo del caso «Cruyff»). *Relaciones Laborales: revista crítica de teoría y práctica*, 2, 764-784.
- Chacartegui Jávega, C. (2019). Deportistas profesionales y salud laboral: una perspectiva de género. *FairPlay. Revista de Filosofía, Ética y Derecho del Deporte*, 13, 1-26. <https://raco.cat/index.php/FairPlay/article/view/348714>
- García Rubio, M. A. (2022). Incursiones de las normas federativas en las relaciones laborales en el deporte. *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, 74.
- García Silvero, E. A. (2010). Participación en las selecciones nacionales. En M. Cardenal Carro y J. L. Monereo Pérez (Dir.), *Los deportistas profesionales: estudio de su régimen jurídico laboral y de seguridad social* (pp. 376-377). Comares.
- Goerlich Pesset, J. M. (2022). Contrato fijo-discontinuo: ampliación de supuestos y mejora de sus garantías. *LABOS. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, 3, 58-72. <https://doi.org/10.20318/labos.2022.6639>
- Guillén Pajuelo, Á. (2024). ¿Son los árbitros deportistas profesionales? A propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (STSJM 1789/2024). *LABOS. Revista de Derecho del Trabajo y de Protección Social*, 5(2), 145-166. <https://doi.org/10.20318/labos.2024.8743>

- Irurzun Ugalde, K. (1994). La prestación laboral del entrenador. *Revista Española de Derecho Deportivo*, 4, 225-237.
- López González, M. J. (18 de mayo de 2016). Los riesgos laborales en el deporte, una asignatura muy pendiente. *Iusport*. <https://iusport.com/archive/17300/los-riesgos-laborales-en-el-deporte-una-asignatura-muy-pendiente>
- Miguel Pajuelo, F. de. (2015). Naturaleza jurídica de la relación entre un entrenador de fútbol y su club: características de la relación laboral. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 28 de abril de 2015. *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entrenamiento*, 49, 405-420.
- Miñarro Yanini, M. (2024). Nuevas dimensiones jurídicas vinculadas a la transición ecológica justa: el derecho medioambiental del trabajo. *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, 14(2), 1-26. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.11034>
- Moncada Jiménez, J. (2003). La radiación ultravioleta y la piel del deportista. *Revista Educación*, 27(2), 165-172. <https://doi.org/10.15517/revedu.v27i2.3883>
- Moo Peña, J. C. y Solís Briceño, O. B. (2019). Resiliencia y lesiones en deportistas universitarios. *Revista de Psicología de la Salud*, 7(1), 134-151. <https://doi.org/10.21134/pssa.v7i1.867>
- Parra, S. (30 de julio de 2024). La contaminación del río Sena pone en jaque a París 2024. *National Geographic*. https://www.nationalgeographic.com.es/medio-ambiente/contaminacion-rio-sena-obliga-a-suspender-triatlon-masculina_22925
- Pazos Pérez, A. (2016). La retribución de los deportistas profesionales, con especial referencia a los futbolistas. *Revista Documentación Laboral*, 108, 81-107. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/oaiart?codigo=5765372>
- Planelles, M. (21 de enero de 2025). Las claves de la salida de EE. UU. del Acuerdo de París: ¿Qué ocurrirá con la lucha climática ahora? *El País*. <https://elpais.com/clima-y-medio-ambiente/2025-01-21/las-claves-de-la-salida-de-ee-uu-del-acuerdo-de-paris-que-ocurrira-con-la-lucha-climatica-ahora.html>
- Pérez Díaz, C., Cruz Márquez, C. de la, Rico Castro, N. y Cueto Martín, B. (2018). El papel de las federaciones europeas de natación en la protección de la salud de atletas y de la promoción de la salud en la población general. *Revista andaluza de medicina del deporte*, 11(3). <https://ws154.juntadeandalucia.es/ojs/index.php/ramd/article/view/65>
- Rivas Garza, C. A., García Mas, A., Romero Carrasco, A. E., Pérez Llantada, M. C., López de la Llave, A., Portau, M., Molina, I. y González, J. (2012). Bienestar psicológico, salud general, autonomía percibida y lesiones en futbolistas. *Revista de psicología del deporte*, 21(2), 365-371. https://ddd.uab.cat/pub/revpsidep/revpsidep_a2012v21n2/revpsidep_a2012v21n2p365.pdf
- Rojo Torrecilla, E. (5 de febrero de 2025). Duración del tiempo de trabajo y cambio climático. Notas previas para un primer debate. A propósito del XXV Congreso de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. *El blog de Eduardo Rojo*. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2025/02/duracion-del-tiempo-de-trabajo-y-cambio.html?m=1>
- Rubio Sánchez, F. (2003). Naturaleza laboral de la actividad de los entrenadores deportivos. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Málaga, 30 de enero de 2003. *Anuario Andaluz de Derecho Deportivo*, 3, 191-200.
- Sala Franco, T. y Roqueta Buj, R. (1997). La naturaleza jurídica de las relaciones que

- unen a los entrenadores y clubes deportivos (A propósito de la Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 7 de Barcelona de 18 de septiembre de 1996, acerca de la relación que unía a Johan Cruyff con el Fútbol Club Barcelona). *Revista Actualidad laboral*, 1, 39-58.
- Sempere Navarro, A. V. (2009). Tres noticias para el deporte profesional. *Revista actualidad jurídica Aranzadi*, 784.
- Sempere Navarro A. V. y Cardenal Carro, M. (2003). Contratos laborales y federativos de los entrenadores de fútbol: validez y extinción. *Derecho Deportivo*, 3-4, 49-80.
- Tipton, M. y Corbett, J. (2024). *Rings of fire: heat risks at the 2024 Olympic Games*. Basis Frontrunners. <https://basis.org.uk/wp-content/uploads/2024/06/Rings-of-Fire-FINAL.pdf>
- Triguero Martínez, L. A. (2014). Balance y perspectivas de futuro de la seguridad social de los deportistas profesionales. *Revista de información laboral*, 3, 93-114.
- Urdampilleta, A., Martínez Sanz, J. M., Julia Sánchez, S. y Álvarez Herms, J. (2013). Protocolo de hidratación antes, durante y después de la actividad físico-deportiva. *European Journal of Human Movement*, 31, 57-76.
- Villegas Lazo, A. (2006). Temas de estudio en torno a las selecciones nacionales de fútbol. *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, 18, 309-326.

Ángel Guillén Pajuelo. Profesor ayudante doctor del Departamento de Economía Aplicada de la Universidad de Valencia y profesor colaborador de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universitat Oberta de Catalunya (UOC). Es Doctor en Derecho por la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid y autor de diversas publicaciones científicas siendo su principal línea de investigación el deporte profesional y sus implicaciones laborales. <https://orcid.org/0000-0003-0226-1661>



Evolución del derecho francés ante la ausencia de sujetos negociadores en la empresa

Cristina Roldán Maleno

Investigadora posdoctoral de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

Universidad de Almería (España)

roldanmaleno@ual.es | <https://orcid.org/0000-0003-2307-9877>

Extracto

El ordenamiento jurídico francés aloja actualmente variadas opciones para suplir la ausencia de sujeto negociador en representación de las personas trabajadoras. A diferencia de las comisiones *ad hoc* del derecho español, su intervención no se limita a acuerdos causales prefijados por el legislador, sino que su campo de actuación es más amplio y no precisa, necesariamente, de causalidad. Se trata de un ordenamiento, en definitiva, más evolucionado que el propio en esta tendencia. Su configuración se ha desarrollado gradualmente a lo largo de las décadas, experimentando y ensayando continuamente diversas fórmulas. A través de su estudio evolutivo, es posible reflexionar sobre nuestro estado de la cuestión, vislumbrando en la experiencia comparada cómo los supuestos pueden ir ampliándose una vez producida una primera grieta en el sistema.

Palabras clave: sujetos negociadores; sindicato; sujetos subsidiarios; representación; negociación colectiva; comisiones *ad hoc*; legitimación.

Recibido: 22-12-2024 / Aceptado: 27-01-2025 / Publicado: 06-03-2025

Cómo citar: Roldán Maleno, C. (2025). Evolución del derecho francés ante la ausencia de sujetos negociadores en la empresa. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 485, 78-107. <https://doi.org/10.51302/rtss.2025.24267>

Developments in French law in the absence of bargaining subjects in the company

Cristina Roldán Maleno

Postdoctoral Research Associate in Labour and Social Security Law.

University of Almería (Spain)

roldanmaleno@ual.es | <https://orcid.org/0000-0003-2307-9877>

Abstract

The French legal system currently offers various options to make up for the absence of a negotiating body representing the employees. Unlike the ad hoc commissions of Spanish law, their intervention is not limited to causal agreements prefixed by the legislator, but their field of action is broader and does not necessarily require causality. It is a system, in short, more evolved than Spain's own in this tendency. Its configuration has developed gradually over the decades, continually experimenting and testing different formulas. Through its evolutionary study, it is possible to reflect on our state of affairs, glimpsing in comparative experience how the assumptions can be extended once an initial crack in the system has occurred.

Keywords: bargaining subjects; trade union; subsidiary subjects; representation; collective bargaining; *ad hoc* commissions; legal standing.

Received: 22-12-2024 / Accepted: 27-01-2025 / Published: 06-03-2025

Citation: Roldán Maleno, C. (2025). Developments in French law in the absence of bargaining subjects in the company. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 485, 78-107. <https://doi.org/10.51302/rtss.2025.24267>

Sumario

1. Introducción
 2. Síntesis del estado actual de la cuestión
 3. La interpretación de la Cour de Cassation como apertura inicial
 4. Negociaciones en la cumbre en relación con los sujetos alternativos
 5. El convenio sectorial como fuente decisoria de la apertura a nuevos sujetos: un primer paso legislativo y su validación por el Conseil Constitutionnel
 6. El importante ensayo de las leyes Aubry: si la delegación no funciona, la fuente legal retoma el control
 - 6.1. El trabajador mandatario en supuestos de ausencia de regulación convencional: una solución legal subsidiaria
 - 6.2. Sujetos subsidiarios y la irrupción de la técnica refrendaria
 7. La traslación de los sujetos alternativos al ámbito general de la negociación
 8. Una regulación de la materia disponible para las partes
 9. Los «acuerdos de mantenimiento del empleo» y una fórmula equilibrada
 10. La peligrosa apertura a las microempresas y otros ajustes
 11. Menos trabas y más espacios antes de la última gran reforma
 12. Apuntes finales
- Referencias bibliográficas

Nota: Este trabajo se enmarca en un proyecto de investigación financiado por la Universidad de Almería a través del Plan Propio de Investigación y Transferencia 2024-2025.

1. Introducción

El presente estudio trata sobre las respuestas que el derecho francés ha ido dando a la ausencia de sujetos negociadores en el ámbito empresarial en representación del banco social. Se trata de un problema recurrente en diversos países, propiciado, entre otros factores, por la disgregación de masa trabajadora –propia de la terciarización de las economías–, que favorece la individualización de las relaciones de trabajo y desfavorece que pueda germinar la presencia sindical y la organización colectiva. Esta ausencia de sujetos legitimados para la negociación se ha venido mostrando como un obstáculo para la materialización de los objetivos de las reformas legislativas de la negociación colectiva, más inclinadas hacia una negociación de gestión empresarial que hacia la función clásica de instrumento de mejora.

El ordenamiento que será analizado se revela, debido a la amplitud, profundidad y continuidad con la que ha tratado esta materia, como un derecho referencial. Así, a raíz de la introducción de las comisiones *ad hoc* del artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores (ET), en nuestro país se ha venido prestando una cierta atención a lo legislado en Francia (Ysàs Molinero, 2012; Nieto Rojas, 2015). Sin embargo, son muy escasos los estudios que se han ocupado del tema, y aún menos puede hallarse en clave evolutiva (Cialti, 2021). Por ello, se ha considerado que un artículo como el que se propone, sintético, pero con vocación de ofrecer un cuadro completo, puede resultar de mucha utilidad para las y los juristas españoles interesados por la comparación, tanto para quienes abordan por primera vez la materia como para quienes, conociendo en mayor o menor medida el estado actual de la cuestión, quieren profundizar en sus orígenes. Para ello, se partirá de una breve descripción del derecho vigente, adoptando a continuación una perspectiva diacrónica mediante la cual comprender cómo se ha ido conformando la intrincada situación actual. Se abordarán, así, las sucesivas reformas legislativas, ofreciendo un cuadro ordenado y sistemático de la evolución que se ha seguido.

El derecho francés, como se apuntaba, tiene una mayor tradición en cuanto a suplir los vacíos representativos del banco social, cuestión que se remonta a los años noventa, mientras que no aparece en nuestro derecho positivo hasta la reforma laboral de 2010 –y ello de manera localizada–, con la introducción de las comisiones *ad hoc* en el artículo 41.4 del ET. Para ese entonces, el legislador francés ya había recurrido a distintas variantes, que seguirá modelando y apuntalando posteriormente. En la actualidad, esta tendencia ha alcanzado cotas insólitas, especialmente tras los cambios introducidos por la reforma de 2018, donde se han llevado a su punto más extremo determinados aspectos, algunos de ellos muy controvertidos. Se trata de un debate que, como es sabido, resulta muy pertinente en nuestro país.

Este estudio no tiene por objeto, sin embargo, realizar una confrontación con el ordenamiento español –aunque inevitablemente se harán algunas referencias–, ni tampoco analizar en profundidad el derecho francés vigente –que se delinearán de manera breve–, sino evidenciar cómo los elementos esenciales presentes en él ya habían sido ensayados con anterioridad, a menudo inicial y/o aisladamente a través de leyes experimentales o, en cualquier caso, con numerosos vaivenes legislativos que han ido haciendo de banco de pruebas para ir conformando el derecho positivo hodierno. Para ello, se partirá del origen de la ruptura de un sistema donde, a diferencia del nuestro, la premisa era el monopolio sindical en la negociación. Precisamente por esa razón, se parte de la utilidad que puede proporcionar un estudio retrospectivo que proporcione una visión de conjunto mediante la cual reflexionar y contextualizar cómo un derecho que tradicionalmente designaba en exclusiva al sindicato como agente negociador, ha pasado en la actualidad a regirse, muy al contrario, por un cuadro normativo complejo y en muchos pasajes alejado de dicho planteamiento.

2. Síntesis del estado actual de la cuestión

La última gran reforma de la negociación colectiva del derecho francés¹ tuvo entre sus objetivos nucleares que esta pudiese alcanzar a todas las unidades productivas, independientemente de su tamaño o de si cuentan o no con representación estable en la empresa. De este modo, la experiencia acumulada a lo largo de las décadas precedentes se plasmó estableciendo una serie de alternativas en función del tamaño de la empresa, dejando el régimen jurídico de la manera que sintéticamente se expone a continuación. Ha de partirse de que cada una de ellas se hacen posibles únicamente si el sujeto negociador ordinario, los delegados sindicales de los sindicatos representativos, no está presente, siendo su ausencia la que habilita a los sujetos alternativos.

En las empresas de menos de 11 trabajadores² –o de hasta 20 si no se ha conformado la representación unitaria³–, en ausencia de representación, la parte empresarial podrá proponer un «proyecto de acuerdo» (*sic*) –o una revisión– a los trabajadores sobre el conjunto de temas abiertos a la negociación en la empresa⁴. Para que sea considerado formal y materialmente un acuerdo de empresa válido, será necesaria su aprobación por una mayoría de 2/3 del personal, guardando silencio la norma sobre las abstenciones. Es decir, en las unidades más reducidas –alargadas ahora hasta los 20 trabajadores–, se anula formalmente la tradicional lógica de que la negociación precisa de representantes por el lado de los

¹ Ley n.º 2018-217, de 29 de marzo de 2018. Un análisis de esta norma en castellano puede verse en Jeammaud (2017).

² *Vid.* artículos L. 2232-21 a L. 2232-22-1 del *Code du travail* –en adelante, CT–.

³ Artículo L. 2232-23 del CT.

⁴ Tras la comunicación del «proyecto de acuerdo» a cada trabajador –entregando, por lo tanto, una copia–, la consulta será organizada tras un plazo mínimo de 15 días.

trabajadores, tratándose, como se evidencia, de una verdadera ruptura. Este elemento ha sido, sin duda, el más controvertido⁵. No así para el Conseil Constitutionnel, que ha mostrado su conformidad⁶.

En las empresas que alcancen los 11 efectivos, pero no lleguen a 50⁷, los acuerdos de empresa –o centro de trabajo–, que podrán tratar todas las medidas abiertas por la ley a estos niveles de negociación, pueden ser negociados, concluidos, revisados o denunciados por uno o varios trabajadores con mandato expreso de una o varias organizaciones sindicales representativas a nivel sectorial –o, en su defecto, a nivel nacional e interprofesional–. Estos trabajadores podrán ser o no representantes unitarios⁸. O bien podrán negociar uno o varios representantes unitarios, no estableciéndose preferencia negociadora alguna por la norma. Para su validez, si negocia la representación unitaria –con o sin mandato–, los firmantes del acuerdo habrán de representar a la mayoría de los sufragios emitidos de las últimas elecciones⁹. En cambio, si la negociación ha sido llevada a cabo por uno o varios trabajadores no electos, pero con mandato sindical, será necesaria la aprobación de los trabajadores, que habrá de expresarse por mayoría de votos emitidos.

Pasando a las empresas de al menos 50 trabajadores¹⁰, la ley establece, en dicho caso, una prioridad negociadora en favor de la representación unitaria expresamente mandatada de uno o varios sindicatos representativos¹¹, para quien el ámbito material no halla más límites que los del sujeto negociador ordinario. Además, situados en este umbral, el empresario tiene obligación de informar a los sindicatos representativos del sector de la decisión de entablar negociaciones. La validez del acuerdo se subordina a la aprobación de la plantilla en referéndum, por mayoría de votos emitidos. En defecto del referido mandato sindical, los representantes electos pueden igualmente ser sujetos negociadores, pero en este caso el ámbito material de la negociación se restringe¹², y la validez vuelve a obtenerse de que estos sujetos representen a la mayoría de los votos emitidos en favor de los representantes electos en las últimas elecciones. El empresario deberá informar a los representantes unitarios de su intención negociadora, y estos disponen de un plazo de 1 mes para comunicar que desean negociar y, en su caso, comunicar igualmente si disponen de mandato sindical. Una vez finalizado dicho plazo, las negociaciones podrán comenzar,

⁵ El Conseil Constitutionnel, sin embargo, ha mostrado su conformidad.

⁶ Conseil Constitutionnel, n.º 2018-761 DC, de 21 de marzo de 2018.

⁷ *Vid.* artículo L. 2232-23-1 del CT.

⁸ Un mismo sindicato no podrá mandar a más de un trabajador. Sin embargo, un mismo trabajador o representante electo puede ser mandatario de varios sindicatos.

⁹ No respecto del total de votos, sino de aquellos emitidos en favor de los representantes unitarios. Esta opción tiene como efecto debilitar las exigencias de mayoría.

¹⁰ *Vid.* artículos L. 2232-24 a L. 2232-26 del CT.

¹¹ En el nivel sectorial o, en su defecto, a nivel nacional e interprofesional.

¹² A las materias cuya puesta en marcha esté subordinada por la ley a un acuerdo colectivo.

teniendo prioridad los representantes electos que sean mandatarios. Por último, si ningún representante unitario se manifiesta, o, en caso de no haberla, consta acta de carencia que acredite haber intentado la conformación de la representación unitaria¹³, entonces podrán negociar, revisar o denunciar convenios uno o varios trabajadores con mandato sindical, también sin restricciones materiales.

3. La interpretación de la Cour de Cassation como apertura inicial

Las primeras intervenciones orientadas a posibilitar que la carencia de contraparte social legalmente habilitada no supusiera un inconveniente para la negociación descentralizada tienen origen jurisprudencial. La influencia de la jurisprudencia –ordinaria y constitucional– es muy notable en la materia que nos ocupa, no solo porque es en dicha sede donde se produce la apertura, sino por toda la interpretación posterior de apoyo a la progresiva política legislativa desplegada. El punto de partida se sitúa en la trascendental Sentencia de la Cour de Cassation de 25 de enero de 1995 (n.º 90-45.796), que abrió la veda de la negociación de acuerdos colectivos a sujetos no sindicales.

Muy brevemente, el objeto del litigio residía en si, con ocasión de un despido, la fuente de referencia para el cálculo de la indemnización había de ser un acuerdo de empresa firmado por una trabajadora mandataria *ad hoc*¹⁴, como había acaecido, o un reglamento interno que databa de fecha anterior y preveía una mayor cuantía, postura esta sostenida por la demandante aduciendo que el acuerdo de empresa no había sido firmado por un sujeto reconocido legalmente¹⁵. El CD era muy claro al designar al sindicato como sujeto negociador único, recayendo la función negociadora, en el caso de la empresa, en los delegados sindicales¹⁶, de lo que la jurisprudencia venía deduciendo sin fisuras su monopolio. Con la sentencia analizada, se abogó por atenuar esa exclusividad¹⁷, al establecer que en las em-

¹³ Dicha acta acredita documentalmente haber desarrollado un proceso electoral en la empresa que sin embargo ha fracasado, por ausencia de candidatos o bien porque los sindicatos no han alcanzado el porcentaje mínimo de votos exigido. El acta de carencia es cumplimentada por el empresario, que ha de trasladarla a la inspección de trabajo y al centro de tratamiento de las elecciones profesionales, previo conocimiento de los trabajadores (Cialti, 2021, p. 135).

¹⁴ Por el sindicato Confédération française démocratique du travail (CFDT).

¹⁵ A su vez, la demandante alegó vicio del consentimiento, fundamentado en un informe en el cual la trabajadora que había concluido el acuerdo declaraba haber sido presionada por la parte empresarial para que accediese a firmarlo.

¹⁶ *Vid.* artículos L. 132-2 y L. 132-20 CT vigentes en la época. Actualmente, artículos L.2231-1 y L.2232-17 del CT.

¹⁷ Remitiéndose, implícitamente, a las disposiciones comunes a todos los ámbitos de negociación, donde se reconoce el monopolio de los sindicatos representativos para la negociación, pero que prevén diversas fórmulas aplicativas (Amauger-Lattes y Desbarats, 2003). *Vid.* artículo 132-3 del CT, actualmente artículo L. 2231-2 del CT.

presas donde los delegados sindicales legalmente pudiesen designarse, este era el único sujeto habilitado para la negociación, pero en aquellas que «no cumpliesen las condiciones legales para tener delegados sindicales», los acuerdos podían ser válidamente negociados y firmados por trabajadores de la empresa titulares de un mandato otorgado por un sindicato representativo.

Constituyó, pues, un punto de inflexión, respondiendo afirmativamente a una posibilidad deseada y demandada durante mucho tiempo por las organizaciones patronales (Morin, 1997, p. 25), que suscitaba sin embargo interrogantes en cuanto a su alcance. Dada la parquedad del pronunciamiento, surgía la duda de si, al hablar empresas que no reúnen los requisitos para nombrar delegados sindicales, el órgano juzgador se refería a las de menos de 50 trabajadores o apuntaba únicamente a las de menos de 11¹⁸. En cualquier caso, este fallo traía consigo la connatural discusión de si podía hablarse de negociación colectiva respecto a lo pactado por trabajadores inexpertos y desprotegidos jurídicamente, cuestionándose si introducir la flexibilidad por esta vía de aparente acuerdo entre las partes era muy distinto de la imposición unilateral. Así, se sostuvo que, en empresas carentes de representación sindical, la opción de permitir que la negociación la llevasen a cabo representantes sindicales externos habría sido más garante de cara al equilibrio de poderes (Borenfreund, 1995, p. 275¹⁹), discusión que años después llegaría a nuestro ordenamiento. En cualquier caso, la Cour de Cassation, como se decía, abrió la veda, dando calificación y efectos de acuerdo colectivo a lo pactado por un sujeto no previsto por el derecho positivo.

4. Negociaciones en la cumbre en relación con los sujetos alternativos

Algunos meses después de la sentencia reseñada, los interlocutores sociales retomaron la cuestión, pues se trataba de un tema en el cual la patronal tenía particular interés. En efecto, si acudimos al decisivo Acuerdo nacional interprofesional de 1995²⁰, su conte-

¹⁸ El derecho francés prevé que los delegados sindicales se nombren en unidades de al menos 50 trabajadores. Ahora bien, contempla la posibilidad de que donde no se alcancen los 50 efectivos, los sindicatos representativos puedan nombrar «como delegado sindical» a un representante unitario mientras dure su mandato (actualmente art. L. 2143-6 CT).

¹⁹ El autor señala que esta posibilidad había sido rechazada por la propia Cour de Cassation, al interpretar –a su juicio con cierta rigidez– que la legislación excluía, en principio, que miembros sindicales externos a la empresa pudiesen estar presentes en la comisión negociadora –Sentencia de la Cour de Cassation de 19 de octubre de 1994, núm. 91-20.292–.

²⁰ Acuerdo nacional interprofesional de 31 de octubre de 1995 sobre la negociación colectiva –en adelante, ANI–. Este acuerdo fue rechazado por la Confédération Générale du Travail y por Force Ouvrière –en adelante, CGT y FO–, siendo firmantes, por el lado sindical, la Confédération française démocratique du travail –CFDT–, por la Confédération française de l'encadrement –CFE-CGC–, y por la Confédération française des travailleurs chrétiens –CFTC–.

nido estaba atravesado por dos ejes interrelacionados: el primero estaba dedicado a la articulación de los diferentes niveles de negociación (críticamente, Tissandier, 1997; Morin, 1996), mientras que el segundo se ocupaba de la cuestión de los sujetos negociadores en empresas desprovistas de delegados sindicales. Este acuerdo, como expresa su introducción, partía del convencimiento declarado de que la intervención del legislador era excesiva, y su objetivo principal era expandir la negociación colectiva como método regulador preferente. En concreto, apostaba por la negociación colectiva de empresa, considerando que la negociación sectorial podía «no satisfacer exactamente las necesidades de las empresas y trabajadores afectados que, en ausencia de representantes sindicales, no podrán adaptarlas». Es decir, los sindicatos firmantes adoptaban y hacían suya dicha posición, sosteniendo que una mayor penetración de la negociación en estos espacios sería beneficiosa para sus representados. Tal afirmación sería plenamente coherente en un contexto de convenios adquisitivos, pero se vuelve sin embargo cuestionable en lo que a los trabajadores respecta en un contexto de acuerdos de empresa con un perfil de gestión, tendentes a establecer condiciones de trabajo flexibles favorables a los intereses empresariales. ¿Podemos afirmar taxativamente, como hacía el ANI, que a los trabajadores de empresas de tamaño reducido, sin representación sindical, les interesaba que este tipo de negociación colectiva les alcanzase? Nada se proponía, en cambio, para aquellas unidades que, pudiendo tener el sujeto negociador que establece la ley, carecían de ello por falta de proceso electoral.

Centrándonos en la parte relativa a las fórmulas para supuestos de vacíos representativos –la que a continuación sería juridificada–; en primer lugar, debe destacarse que en más de una ocasión se remarcaba que no por buscar sujetos alternativos se ponía en cuestión el rol que la ley destina a las organizaciones sindicales. A su vez, y aunque ello cambiaría con el tiempo, la búsqueda de estos sujetos lo era por el momento para implementar medidas que legalmente estuviesen subordinadas a un acuerdo colectivo, así como en relación con materias autorizadas por la negociación sectorial. Veamos, pues, las dos propuestas que contenía este acuerdo²¹, que variaban en función de si se daba la presencia de representación unitaria.

La primera de ellas planteaba como agente negociador a los miembros electos del personal, propuesta que se rodeaba de ciertas cautelas. Por un lado, los acuerdos así alcanzados, para su entrada en vigor, quedaban sujetos al aval de la comisión paritaria del sector –cuyo funcionamiento definiría el propio convenio sectorial–, que velaría por el respeto a las disposiciones legales y convencionales vigentes. Por otro lado, se preveía el depósito del acuerdo ante la «direction départementale du travail», acompañado de la documentación acreditativa de la conformidad de la comisión paritaria. Cumpliendo dichas exigencias, el texto negociado adquiriría la cualidad jurídica de acuerdo colectivo. Se sostenía que dicha

²¹ *Vid.* apartado 2.3 del ANI.

fórmula abriría la negociación en empresas sin delegado sindical a la vez que se preservaría el papel del sindicato, que ejercería una labor de supervisión establecida en el convenio sectorial, evitando así desvíos indeseables. La segunda propuesta delineaba como sujeto negociador a uno o más trabajadores que fuesen expresamente designados para una determinada negociación por uno o más sindicatos representativos. Es decir, a través del mecanismo del mandato, el sindicato atribuiría una singular capacidad de negociación a uno o varios trabajadores. Su régimen protector, su fórmula exacta y las condiciones de implementación o la determinación de los umbrales en los cuales operaría, se remitían a lo que se pactase en el convenio de rama.

En todo caso, el ANI de 1995 incidía en que correspondía al nivel sectorial definir las reglas y adaptarlas a las especificidades de las empresas, advirtiendo que su naturaleza debía ser, inicialmente, experimental, de la misma forma que el convenio de sector sobre el que reposasen. Se remarcaba la libertad de cada sector para regular estas cuestiones según sus necesidades y particularidades, advirtiendo de la importancia de abordar todas las materias del texto de manera conjunta. Se estableció, debido al mencionado carácter experimental, que lo dispuesto en el ANI respecto a los convenios sectoriales que regularían las fórmulas precisas de sujetos alternativos, así como las propuestas sugeridas, tendrían una duración de 3 años²².

Como se desprende de estas líneas, pese a la discontinuidad que suponía el introducir alternativas en cuanto a los sujetos negociadores por el lado social, se tomaba como premisa que el nivel sectorial había de tener una capacidad reguladora y de control. La anuencia de los niveles de rama se configuraba, pues, como condición necesaria, y en las propuestas se intentaba no tomar demasiada distancia del sindicato, tratando así de evitar o limitar la colisión con la configuración legal y constitucional. Aunque se advertía la influencia de la reciente jurisprudencia de la Cour de Cassation, la vocación de los interlocutores sociales parecía ser la de abarcar cualquier escenario, mientras que el órgano juzgador se había mostrado más restrictivo, al conceder la opción de negociar a trabajadores designados solo en caso de ausencia de delegado sindical por no reunir los criterios legales para ello. Es decir, el Tribunal de Casación establecía un límite, mientras que el ANI, en cambio, hacía referencia de modo genérico a empresas sin representación sindical, de lo que se infiere una posición más extensiva que la mantenida judicialmente, cuya intencionalidad por lo demás resulta clara, pues si la mejora no hallaba obstáculos, la finalidad entonces residía en otra dirección, como se desprende de la propia redacción del acuerdo en determinados apartados. Acuerdo que, por su naturaleza jurídica y contradicción con la legislación vigente, precisaba de su receptación por la fuente legal para poder desplegarse. Y así ocurrió.

²² Pasados los cuales dejarían de tener efecto salvo acuerdo de renovación. *Vid.* apartado 2.5 del acuerdo.

5. El convenio sectorial como fuente decisoria de la apertura a nuevos sujetos: un primer paso legislativo y su validación por el Conseil Constitutionnel

El legislador, impulsado por el ANI, no tardó en dar el siguiente paso, el primero en el derecho positivo. Así, la Ley n.º 96-985, de 12 noviembre 1996, recogía fundamentalmente el contenido del ANI de 1995 en materia de sujetos, constituyendo un típico ejemplo de legislación negociada. El artículo 6 preveía, con carácter experimental²³, que los convenios de sector pudieran establecer excepciones a los preceptos del CT que hacían referencia al sindicato como agente negociador único. El alcance de esta norma era, pues, amplio, ya que apuntaba a cualquier empresa desprovista de delegados sindicales, realidad que trascendía por mucho a las numerosas pequeñas empresas y microempresas²⁴. Adviértase, eso sí, que el ámbito material destinado a los sujetos de nuevo cuño se limitaba, en estos inicios, a las medidas sujetas legalmente a un acuerdo colectivo.

De este modo, la propuesta legislativa se bifurcaba en dos posibles sujetos negociadores ante la ausencia de delegados sindicales en la empresa²⁵ —así como de delegados de personal que actúen como delegados sindicales en empresas de menos de 50 trabajadores—. La norma únicamente los configuraba, dejando su posible intervención, así como la prelación entre ellos, en manos del convenio sectorial. Un sujeto alternativo estaba constituido, como se ha dicho, por los representantes de base electiva²⁶. El otro, por uno o varios trabajadores mandatarios. El mandato había de derivar de uno o varios sindicatos representativos, ceñirse a una negociación específica y determinada, debiendo preverse en el convenio sectorial las condiciones de su ejercicio y las medidas de protección de los trabajadores que lo asumiesen²⁷. Los umbrales de plantilla por debajo de los cuales podían aplicarse las fórmulas derogatorias de negociación quedaban también relegados a lo que estableciera el convenio de sector²⁸. Nótese, se insiste, en que la ley no establecía preferencia por un

²³ Como máximo hasta el 31 de octubre de 1998, es decir, 3 años después de la firma del ANI de 1995.

²⁴ Algunos datos establecían que el 65 % de las empresas con entre 50 y 99 trabajadores carecían de representantes sindicales, y lo mismo ocurría en el 45 % de las empresas con entre 100 y 199 trabajadores (Antonmattei, 1997).

²⁵ Todo el precepto alude a la empresa como unidad negociadora, sin mencionar al centro de trabajo.

²⁶ *Vid.* apartado II del artículo 6 de la Ley n.º 96-985, de 12 de noviembre de 1996. Para que los acuerdos así negociados obtuviesen validez y cualidad de acuerdos colectivos, debían ser validados por la comisión paritaria prevista en el convenio sectorial y presentados a la autoridad administrativa.

²⁷ Incluida la posibilidad expresamente mencionada por la ley de que el despido del trabajador mandatario se tramitase conforme a la modalidad del despido del delegado sindical. *Vid.* apartado III del artículo 6 de la Ley n.º 96-985, de 12 de noviembre de 1996.

²⁸ *Vid.* apartado IV del artículo 6 la Ley n.º 96-985, de 12 de noviembre de 1996.

sujeto u otro, cuestión que delegaba y sobre la que la fuente heterónoma irá presentando, evolutivamente, alteraciones. Repárese, por otra parte, en que no se distinguía entre causas originarias de la ausencia de sujeto sindical (Savatier, 1998).

Con carácter previo a la promulgación de esta norma, el precepto referido fue analizado por el Conseil Constitutionnel, en una sentencia de indudable relevancia. La Decisión n.º 96-383, de 6 de noviembre, validó la postura de la Cour de Cassation, pero sobre todo acogió las posiciones del ANI de 1995, convertido ahora en ley. El Conseil puso en relación los apartados sexto²⁹ y octavo³⁰ del preámbulo de la Constitución de 1946, es decir, la libertad sindical y el principio de participación –que da fundamento constitucional tanto a la negociación colectiva como a la representación electa en el seno de la empresa (Morin, 1997)–. Y decretó que, si bien no cabe duda del papel que la Constitución francesa atribuye a las organizaciones sindicales en la defensa de los derechos e intereses de los trabajadores, en particular mediante la negociación colectiva, no hay rastro de que dicha atribución lo sea con exclusividad. Concluía así que la más alta norma no le otorga al sindicato el monopolio de la representación de los trabajadores en la negociación colectiva. Sobre el fundamento de la ausencia de exclusividad, el Conseil afirmó que los trabajadores designados, sea porque son representantes electos o bien porque se les ha otorgado un mandato que garantice su representatividad, también pueden negociar condiciones colectivas de trabajo. Ello se condiciona a que la intervención de estos sujetos no tenga por objeto ni por efecto obstaculizar a los sindicatos representativos³¹. Es decir, no hay monopolio sindical, pero sí una posición preponderante del sindicato que se deriva del apartado sexto del preámbulo y que no puede desconocerse –puede entreverse aquí el paralelismo con la interpretación sistemática de nuestros arts. 7, 28.1 y 37.1 Constitución española–. Se desprendía, así, que el hasta entonces monopolio sindical es una opción legal, siendo el requisito constitucional la posibilidad de intervención del sindicato en la negociación colectiva. Autorizada doctrina cuestionó esta interpretación por focalizarse en la compatibilidad –que no conformidad– con una dicción constitucional que, dada su vaguedad, se presta a ello, pero que en realidad está desviada de la voluntad del constituyente en un ejercicio excesivo de adaptación a los nuevos tiempos (Lyon-Caen, 1996, p. 480).

El Conseil Constitutionnel, más extensivo que la Cour de Cassation, admitía, mediante el fallo analizado, la referencia legal genérica a «empresas desprovistas de delegados sindicales», carente de limitaciones por arriba y que no especifica qué ocurre con las empresas que, aun superando el umbral legal para nombrar delegados sindicales, no lo hubieran

²⁹ «Tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix».

³⁰ «Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises».

³¹ Si estableció el Conseil una reserva en cuestión de garantías, fijando como requisito indispensable que estos trabajadores tuviesen unas garantías al menos equivalentes a las legales, que les permitiesen ejercer la nueva función con independencia de la parte empresarial.

hecho por falta de iniciativa y/o presencia sindical. Resultaba un tanto paradójico que se validase esa opción al mismo tiempo que establecía que, si bien no hay monopolio sindical en materia de negociación, el sindicato no puede ser obstaculizado o excluido. Esto es, cabe preguntarse si no se estaba incentivando por la vía legal, al menos indirectamente, una elusión del mismo.

Algunas críticas destacaban la posible ruptura de la exigencia de representatividad al introducir a la representación unitaria como potencial sujeto negociador, y ello sobre la base de que en la mayoría de las empresas pequeñas y medianas no había implantación sindical, lo que daba como resultado que en el primer turno de las elecciones profesionales no se presentasen candidatos sindicalizados. Es decir, el temor residía en la falta de sindicalización que estos representantes podían presentar y a menudo presentaban. La exigencia de representatividad, tendente a asegurar un mínimo de independencia frente al empresario, bien puede relativizarse cuando la orientación es de mejora –como ya había hecho la jurisprudencia–, pero no era este el supuesto discutido. Se temía, en definitiva, que abrir la negociación a la representación unitaria significase, en la práctica, la exclusión del sindicato, en particular en las empresas de escaso tamaño (Cialti, 2021, pp. 136-137).

Debe tenerse en cuenta en todo momento que lo que en el derecho español es algo común –que la representación unitaria sea agente negociador–, generaba una gran controversia entre la doctrina gala, pues no era un elemento presente en su tradición jurídica, cuyo esquema establecía una clara separación entre la representación sindical y la unitaria, en la cual la primera adoptaba el rol negociador mientras que la segunda hacía lo propio con el consultivo. La desconfianza era manifiesta, especialmente por su posible falta de sindicalización, y porque la ley validada tenía entre sus principales objetivos potenciar acuerdos peyorativos descentralizados. Por más que la retórica incidiese en que no se pretendía poner en cuestión el papel del sindicato, nada invitaba a concluir que este fuese a salir reforzado. Pese a la confianza que el Conseil depositaba en las condiciones, controles y cautelas que el texto normativo disponía, un sector doctrinal enfatizaba que la Constitución dice que todo trabajador participa, por intermediación de sus delegados, en la determinación colectiva de las condiciones de trabajo, produciéndose una quiebra al sortear a los delegados y poner en su lugar, directamente, a los trabajadores (por todos, Lyon-Caen, 1996, p. 482). Otro sector doctrinal valoraba más positivamente las vías de control del sindicato, viendo en esta ley una oportunidad de experimentación (por todos, Verdier, 1997). La ley analizada venía a significar, en efecto, que la implantación sindical no es necesaria para alcanzar acuerdos colectivos peyorativos³². En la práctica, dicha necesidad podía ser el único estímulo empresarial para abrirse o no ver con malos ojos una sindicalización ya escasa y difícil en este tipo de empresas, haciéndola aún más marginal, toda vez que a partir de aquí era prescindible (Poirier, 1995, p. 313).

³² Los acuerdos atípicos de mejora entre el empresario y el comité de empresa sí habían sido aceptados por la jurisprudencia, calificándolos de pactos unilaterales, no por ello exentos de reglas procedimentales en caso de inaplicación (Savatier, 1995).

6. El importante ensayo de las leyes Aubry: si la delegación no funciona, la fuente legal retoma el control

Poco tiempo después llegaron las leyes Aubry³³, dos textos normativos sobre reducción del tiempo de trabajo que volvían a incidir en el papel que el legislador quería que cumpliera la negociación colectiva descentralizada. Con estas normas, el derecho francés volvía sobre los sujetos sustitutivos de la figura del delegado sindical, previendo una fórmula supletoria en caso de inacción por parte de los niveles sectoriales. Los resultados producidos por la regulación precedente, verdaderamente escasos³⁴, tuvieron por efecto que la fuente legal volviese a intervenir para tratar de reconducirlos. Resulta muy destacable, a este fin, cómo, la segunda de estas leyes hizo de la técnica refrendaria su clave de bóveda, siendo embrionaria del derecho vigente³⁵.

6.1. El trabajador mandatario en supuestos de ausencia de regulación convencional: una solución legal subsidiaria

La Ley n.º 98-461, de 13 de junio de 1998 (Ley Aubry I), abordaba, como otras anteriores, la negociación de acuerdos sobre reducción de tiempo de trabajo, con la finalidad declarada de que de ello se derivase como efecto crear o mantener el empleo. Así, emplazaba a las partes sociales a alcanzar acuerdos en este sentido en el ámbito de la empresa o el centro de trabajo. Se buscaba, a su vez, que los efectos nocivos de la reducción en materia de remuneración (Langlois, 1998³⁶) pudiesen aliviarse a cambio de una mayor flexibilidad en la organización del trabajo u otras contrapartidas (Pelissier, 1998, p. 793). Para la patronal, reducir la jornada era visto como una imposición legal³⁷, a la que solo estaban dispuestos

³³ Así denominadas en alusión a la ministra de Trabajo de la época. La promesa de establecer la jornada laboral en 35 horas semanales era un punto clave del programa con el que ese gobierno concurrió a las elecciones. Posteriormente, se renunció al objetivo anunciado de mantener los salarios.

³⁴ Al parecer, se habían firmado menos de 20 acuerdos sectoriales que incluyesen la posibilidad abierta legalmente (Ray, 1998).

³⁵ Aunque no nos ocuparemos de ello, se produce con la norma referida un giro que crea un precedente muy importante, dando paso a la participación directa de los trabajadores no solo para suplir al sujeto sindical, sino también como método de validación de acuerdos en supuestos de presencia sindical. Así, deviene posible evadir la voluntad sindical y procurar acuerdos que, fracasados en sede negociadora, acaben aplicándose debido a la aceptación de la plantilla. Por lo tanto, se halla aquí el precedente según el cual la implicación de los trabajadores deja de ir ligada exclusivamente a los sujetos subsidiarios para estar presente, también, en la negociación ordinaria llevada a cabo por los sindicatos.

³⁶ El autor expone que el legislador se cuidó de no definir nada sobre tan importante extremo, concluyendo que la reducción del tiempo de trabajo por imperativo legal conlleva una reducción del salario en la mayoría de los supuestos.

³⁷ Esta oposición patronal ha sido relativizada, por ser la clara beneficiaria de estas políticas (De la Fuente Lavín, 2000, p. 39).

a cambio de que esta fuese más flexible y no implicase un aumento de los costes (Ray, 1998). La norma perseguía, en definitiva, que se pactasen en el ámbito empresarial reducciones de tiempo de trabajo, lo que se estimulaba con ayudas estatales a las empresas. Era necesario, pues, que hubiese sujetos negociadores disponibles en cualquier unidad, y había quedado demostrado que, si la cuestión se delegaba en los convenios sectoriales, estos se mostraban reticentes.

Encuadrada su finalidad, en lo que a nuestro estudio se refiere, esta ley se proyectaba con idéntica orientación a las últimas intervenciones de los operadores jurídicos y sociales, esto es, que no quedasen espacios donde la negociación en unidades descentralizadas no fuese posible por falta de interlocutores válidos en representación de los trabajadores. Así, establecía que, en estas unidades, desprovistas de delegado sindical o de representante unitario designado como delegado sindical, en caso de ausencia regulatoria por parte del convenio sectorial, pudiesen celebrar acuerdos colectivos en las empresas o centros de trabajo³⁸ uno o más trabajadores expresamente mandatarios –de una o más organizaciones sindicales representativas³⁹–. La norma precisaba que el trabajador designado podía ser acompañado a las sesiones de negociación por un trabajador de la empresa de su elección. Es decir, se optó por el mandato –nada se decía de la representación unitaria–, rodeado de los requisitos habituales en cuanto a especificación de los términos del mandato y de garantías en caso de despido⁴⁰. El convenio sectorial, de este modo, dejaba de ser imprescindible. Más bien se le invitaba a regular esta cuestión, pero retirándole la capacidad de no desarrollarla.

Como resultado, la mayoría de los acuerdos anticipatorios de reducción del tiempo de trabajo tuvieron lugar en el ámbito de la pequeña y mediana empresa o centro de trabajo⁴¹. En cualquier caso, el impacto en el empleo de esta ley fue igualmente limitado, pese a la suscripción de numerosos convenios de empresa y también, de algunos sectoriales (Bélier, 1999, p. 1014). La cuestión de la legitimidad de estos discutidos acuerdos sería objeto de una segunda norma, ya prevista, por lo demás, en la aquí analizada, al objeto de evaluar los resultados producidos y, en un segundo tiempo, culminar la reforma del derecho positivo.

³⁸ El centro de trabajo, a diferencia de la ley anterior, figura expresamente en esta norma.

³⁹ A nivel nacional o departamental.

⁴⁰ El trabajador designado podrá beneficiarse de la misma protección en caso de despido que si se tratase de un delegado sindical (art. L. 412-18 CT).

⁴¹ Pese a que eran precisamente las que tenían más margen temporal para adaptarse a la nueva duración legal del tiempo de trabajo. En concreto, al parecer, fueron 23.275 los convenios anticipados firmados, la mayoría en pymes, valorando que la atracción de las empresas residía en los incentivos fiscales (Ray, 2000).

6.2. Sujetos subsidiarios y la irrupción de la técnica refrendaria

La Ley n.º 2000-37, de 19 de enero de 2000 (Ley Aubry II), tenía una lógica muy similar, y giraba igualmente en torno a la reducción del tiempo de trabajo vinculada al empleo (De Nieves Nieto, 2000). Era esta una cuestión muy debatida a nivel europeo en este periodo, cuya discusión databa de mucho antes, persistente por lo demás en nuestros días (De la Fuente Lavín y Zubiri Rey, 2016). Debe recordarse que la reducción del tiempo de trabajo en el derecho francés era un imperativo legal que antes o después se iría aplicando a las empresas del sector privado –progresivamente y en función de su tamaño–. La pretensión del legislador era, pues, que los cambios –reducción y flexibilización, afectación del salario, distribución irregular de jornada– se aplicasen sobre una base consensual que sortease la confrontación. Para ello, estimulaba a las empresas a través de incentivos económicos que solo podían obtenerse por la vía de los acuerdos colectivos (Auzero, 1999). Es destacable que en esta ley ya no se hacía referencia porcentual a mínimos de creación o preservación de empleo derivados de la reducción del tiempo de trabajo, bastando para acceder a las ayudas que el convenio determinase qué empleos se iban a crear o a conservar. Y, aunque se siguiese presentando como una ley que tenía el empleo entre sus grandes objetivos, las contrapartidas en este sentido decaían respecto a normas predecesoras. Por lo tanto, el objetivo de estos acuerdos no era implantar una medida que por sí misma resultaba imperativa, sino negociar cómo y en base a qué contrapartidas iba a hacerse. El problema de los efectos que todo ello tendría en el salario se seguía entregando a la negociación colectiva, estimulada a todos los niveles, pero privilegiando al descentralizado.

La clave de bóveda de la norma, en lo que aquí interesa, era el recurso a la técnica refrendaria, «consulta del personal» en la terminología legal. Su uso se iría expandiendo progresivamente, de modo que en la actualidad su peso en el derecho positivo es muy considerable y un rasgo distintivo, encontrándose su germen en la ley analizada (Gauriau, 2000). Veámoslo en relación con los sujetos sustitutivos, limitados al marco de la reducción del tiempo de trabajo, pues, por el momento, no se habían extendido como un método generalizado y estable para negociar acuerdos descentralizados.

Relativo a las empresas o centros de trabajo desprovistos de delegado sindical o de delegado de personal designado como delegado sindical⁴², se confirmaba una preferencia clara por el mandato, previéndose que negociase «un trabajador expresamente mandatado por una organización sindical reconocida representativa en el plano nacional o departamental», silenciándose el papel del convenio supraempresarial en este pasaje. La norma disponía que tales sindicatos fuesen informados por el empresario de su voluntad de entablar negociaciones, y se reforzaba la protección por despido⁴³. Se exigía, como novedad, que

⁴² Vid. artículo 19, apartados VI, VII y VIII.

⁴³ Extendiéndose a 1 año, lo que la equiparaba a la de los sujetos sindicales, distanciándose de la Ley Aubry I, que la prolongaba únicamente 6 meses.

el acuerdo alcanzado por este sujeto fuese aprobado por los trabajadores por mayoría de votos emitidos. Para las empresas de menos de 50 trabajadores, en ausencia de convenio sectorial, y cuando no se hubiere designado a ningún trabajador en el plazo de 2 meses⁴⁴, se volvía a disponer la posibilidad de que pudiesen negociar estos acuerdos los representantes electos. Deberían someterse, igualmente a referéndum, y, además, ser aprobados por una comisión paritaria sectorial nacional o local. La norma, por lo tanto, reforzaba el mandato como opción principal ante la ausencia de sujetos sindicales o asimilados, erigiéndola como preferente frente a la negociación con la representación unitaria, que se rodeaba además de mayores exigencias.

La Ley Aubry II contenía una última novedad cuya traza también resurgirá con el tiempo en el derecho francés. Para las empresas de menos de 11 efectivos, carentes por lo tanto de representación unitaria, en el caso de ausencia de convenio sectorial y si, concluido el plazo, no se hubiese designado a un trabajador mandatario, se diseñó un particular referéndum que posibilitase igualmente los acuerdos. Consistía en que el propio empresario elaborase la propuesta –que la ley denominó «documento»–, bastando para su aprobación que fuese validado por los trabajadores por mayoría de los votos emitidos. En su caso, allí donde existiese, se contemplaba una validación posterior por una comisión paritaria sectorial o local. Este referéndum en las microempresas fue muy criticado, discutiéndose sobre los riesgos de imposición unilateral y la ausencia de naturaleza colectiva de su producto. Acechaba, pues, el peligro de las presiones empresariales, en un contexto favorable dada la escasa implantación sindical (De la Fuente Lavín, 2000, p. 52). Como se vio, esta idea del referéndum para las unidades más reducidas ha emergido, en una versión más desmedida, en el derecho vigente.

Esta norma destacó, en definitiva, por su apuesta inusitada por el mecanismo refrendario como recurso facilitador de acuerdos, y ello en diferentes contextos, pero muy sensible en uno de ellos. Su intencionalidad y la posición en que dejaba al sindicato (Grimaldi D'Esdra, 1994)⁴⁵ –forzado a ocupar posiciones indeseadas– fueron objeto de críticas. Esta técnica como facilitadora de acuerdos de empresa o como modo de consulta de los procesos de negociación –caso este último en el que sí se admitía en algunas materias⁴⁶– había sido discutida en múltiples ocasiones (Gauriau, 1998)⁴⁷, dejando siempre muchos interrogantes.

⁴⁴ Contados a partir de la fecha en que las organizaciones sindicales tuvieron conocimiento de la intencionalidad del empresario de entablar negociaciones.

⁴⁵ En una nota (la n.º 15), el autor ilustra esta idea trayendo a colación el ejemplo de las leyes promulgadas en Reino Unido durante la era Thatcher, que usaron el voto directo con esta finalidad.

⁴⁶ Con anterioridad a esta norma, el referéndum se usaba excepcionalmente en cuestiones puntuales –participación, reparto de beneficios, horarios individualizados y protección social complementaria en materia de jubilación–, siendo su papel, principalmente, de carácter consultivo, sin afectar a la validez de los acuerdos (Barthélémy, 1993).

⁴⁷ El autor cita las palabras del ministro Auroux, quien en un debate parlamentario en 1982 sobre la materia llegó a decir que «el referéndum es la muerte del hecho sindical».

7. La traslación de los sujetos alternativos al ámbito general de la negociación

En el 2004 se produjo una reforma laboral de gran magnitud e indudable trascendencia que se separa, en lo que al tema tratado se refiere, de la legislación acotada y experimental precedente y, tras todos esos ensayos, presenta una primera gran reforma de vocación general. A diferencia de las leyes Aubry, que limitaban su actuación a la reducción del tiempo de trabajo, la Ley n.º 391-2004, de 4 de mayo –conocida como ley Fillon II– trasladaba cuanto se ha venido exponiendo al ámbito general de la negociación colectiva, constituyendo un hito claro en la línea evolutiva.

Antes de pasar a analizar las líneas novedosas de esta norma, quiere resaltarse brevemente la influencia que en ella tuvo, nuevamente, lo pactado con carácter previo por las partes. La Posición común de 16 de julio de 2001⁴⁸ recogía algunas de las ideas en las que venía insistiendo la patronal (sobre la posición patronal, Jacot, 2001; evolutivamente, Woll, 2006), reconducidas todas ellas –incluida la cuestión de los sujetos– a que lo pactado a nivel empresarial fuese preponderante sobre el resto de las fuentes. Dichas organizaciones reivindicaban poder negociar con sujetos distintos al sindical en caso de ausencia de este, pero al mismo tiempo se oponían a la creación de fórmulas de representación estables en las empresas pequeñas (Bérout y Morin, 2015). En sus líneas maestras, este acuerdo era sucesor del ANI de 1995, y sus ideas y propuestas tuvieron una repercusión muy notable en la Ley de 2004 (críticamente, Lyon-Caen, 2001). Se trata de una reforma, pues, muy acorde a las posiciones demandadas desde los espacios patronales, si bien es cierto que no distanciada de lo pactado con los sindicatos en los acuerdos en la cumbre (con perplejidad, Souriac, 2004).

Por último, procede sintéticamente incidir en que esta reforma daba un paso importante en la pretensión de hacer de los niveles descentralizados el punto neurálgico de la negociación. La imperatividad de los convenios supraempresariales se dejaba legalmente en manos de sus propios negociadores (Cialti, 2016, p. 154), siendo el principio general que los convenios o acuerdos de empresa podían distanciarse de lo regulado en ellos, a salvo de las escasas excepciones materiales expresamente previstas por el legislador⁴⁹ (Saramito, 2004). Los niveles supraempresariales podían excluir ese principio general y hacer determinadas materias indisponibles, pero el silencio equivalía a que devenían supletorios (Bonne-

⁴⁸ Los sindicatos que suscribieron este acuerdo fueron CFDT, CGT-FO, CFTC y CFE-CGC. El sindicato CGT lo rechazó.

⁴⁹ *Vid.* artículo L. 132-23 del CT: salarios mínimos, clasificación profesional, protección social complementaria y mutualización de fondos de formación profesional. La restricción sobre el salario mínimo no pesaba sobre el resto de los elementos retributivos, que podrían alterarse desfavorablemente en los niveles empresariales.

chère, 2008, p. 34)⁵⁰. La misma lógica se inscribía en las relaciones entre la ley y el convenio o acuerdo de empresa, para el que se abrían posibilidades «derogatorias»⁵¹ en algunas materias que con anterioridad solo eran alcanzables para el convenio sectorial extendido.

En materia de sujetos alternativos, la reforma de 2004 vuelve a situarse, dado el paso adelante que se produce, en los márgenes del control de los convenios sectoriales o los acuerdos profesionales extendidos. El legislador autorizaba a que, si estaba previsto en estos niveles, pudieran derogarse aquellos preceptos del CT que señalan al delegado sindical como sujeto negociador en la empresa o el centro de trabajo. Los niveles supraempresariales estaban llamados igualmente a fijar las materias objeto de esta modalidad de negociación derogatoria, así como otras cuestiones que se irán exponiendo. La solución no difiere en exceso, como se aprecia, de algunas leyes experimentales previas, y es más cautelosa que las leyes Aubry y sus fórmulas supletorias en caso de inacción en los niveles superiores. El legislador de 2004 parece más bien inspirarse en la Ley n.º 96-985, de 12 de noviembre de 1996, si bien en aquella ocasión no se decantaba por un sujeto u otro, mientras que, como se verá a continuación, sí lo hace ahora. Sin embargo, a pesar de ello, debe tenerse muy presente que dicha cautela –por lo demás efímera– tiene su razón de ser en la envergadura de la reforma, marcada por la tendencia a la derogación *in peius* que se posibilita para la negociación descentralizada, afectando tanto a la fuente convencional –de ámbito superior– como a la heterónoma. Aunque la ley se cuidaba de referirse a «acuerdos» de empresa o de centro de trabajo y no a «convenios», el ámbito material de estos pactos quedaba indeterminado, pues habría de definirse en el nivel sectorial o profesional. En los sucesivos apartados del reformado artículo L. 132-26 del CT, el legislador establecía las dos alternativas que, en su caso, podrían ser usadas en las empresas o centros de trabajo desprovistos de delegado sindical⁵².

En primer lugar, como novedad, se atribuyó preferencia negociadora a los representantes unitarios, alineándose con la Posición común de 2001. Para que los acuerdos así negociados adquiriesen validez, la norma exigía que fuesen aprobados por una comisión paritaria nacional sectorial, cuyas modalidades de funcionamiento y condiciones de control se recogerían en el convenio sectorial o acuerdo profesional extendidos⁵³. Por último, correspondía también al convenio sectorial determinar las condiciones de mayoría exigidas para estos acuerdos.

⁵⁰ Pese a que generalmente se habla de «derogaciones», terminología utilizada por la propia norma, la autora pone el acento en que dicho término se ajusta a la posibilidad de los convenios de empresa de desviarse de la fuente legislativa, mientras que es más discutible en el supuesto que aquí tratamos, que convierte al convenio sectorial en supletorio.

⁵¹ *Vid.* artículo L. 132-26 del CT, modificado por el artículo 47 de la Ley de 2004: «La convention de branche ou l'accord professionnel étendu fixe les thèmes ouverts à ce mode de négociation dérogatoire».

⁵² O de delegados de personal que actúen como delegados sindicales en las empresas de menos de 50 trabajadores.

⁵³ Para su entrada en vigor, el acuerdo y el acta de aprobación de la comisión paritaria habrían de depositarse ante la autoridad administrativa, en los términos previstos en el artículo L. 132-10 del CT.

En segundo lugar, los convenios supraempresariales citados podían prever que si además de la ausencia de delegado sindical, la empresa carecía de representación unitaria –extremo que debería acreditarse debidamente mediante el acta de carencia–, podían negociar acuerdos de empresa o de centro de trabajo uno o varios trabajadores expresamente designados por una o varias organizaciones sindicales representativas a nivel nacional⁵⁴. El mandato debía serlo para una negociación determinada y, para entablarla, el empresario debía comunicar su intención de negociar a los sindicatos a nivel departamental o local. La validez de los acuerdos suscritos por uno o varios trabajadores mandatarios se alcanzaba mediante la aprobación de los trabajadores afectados, por mayoría de los votos emitidos⁵⁵ –nótese que este referéndum ratificador queda con esta norma ligado al mandato, desapareciendo para los acuerdos negociados por los representantes unitarios–. Era exigible, también en este caso, el depósito ante la autoridad administrativa. El precepto analizado contenía, por último, una cláusula final que establecía que los acuerdos concluidos según las modalidades descritas podían ser «renovados, revisados o denunciados» según las modalidades establecidas en dicho artículo, «por el empresario, por los representantes electos o por un trabajador mandatado a tal efecto»⁵⁶.

La preferencia de esta norma por la representación electa revelaba un cambio profundo en un ordenamiento tradicionalmente rígido a la hora de discernir entre representantes sindicales y unitarios. Así, se mezclarían las funciones de negociación y consulta, porosas de por sí en muchas ocasiones, en un modo desconocido en la cultura jurídica francesa. Dadas las características de su tejido productivo, esta vía negociadora corría el riesgo de pasar a ser la principal en un abundante número de empresas. Como ya se ha señalado, no era extraño que en unidades de pocos trabajadores la representación unitaria no estuviese sindicalizada, proliferando los candidatos independientes elegidos en el segundo turno de las elecciones, riesgo de ausencia de toda conexión sindical que no se produce con el mandato. El legislador de 2004, sin embargo, no tuvo a bien prever ningún mecanismo destinado a evitar dicha hipótesis de total ausencia sindical.

¿No contradecía esta configuración al límite marcado por el propio Conseil Constitutionnel, en el sentido de que los sujetos alternativos no tuviesen por objeto ni por efecto obstaculizar al sindicato? (Borenfreund, 2004). Tampoco la figura del trabajador mandatario estaba exenta de dudas (favorablemente, Amauger-Lattes y Desbarats, 2003), pero ligada al sindicato, estas eran más tenues. Aunque la figura del delegado sindical, allí donde estuviese presente, no se cuestionaba, no puede decirse que se estuviese fomentando. Sin embargo, ello no fue examinado por el Conseil Constitutionnel, con ocasión de esta ley, por

⁵⁴ Cada sindicato podría designar únicamente a un trabajador, y no podían ser mandatarios los trabajadores que, en razón del poder detentado, podían asimilarse al empresario, ni tampoco los trabajadores con él emparentados en primer o segundo grado.

⁵⁵ En las condiciones que se fijasen por decreto, si bien respetando los principios del derecho electoral.

⁵⁶ *Vid.* artículo L. 132-26-IV.

lo que esta discusión parecía, de alguna forma, haber perdido presencia en un momento en que la discusión sobre la reforma del sistema de representatividad estaba en el centro de todos los debates. La cuestión de fondo no variaba, residiendo en si estos sujetos tenían la fuerza e independencia mínimas para ser contraparte del empresario, es decir, si garantizaban un mínimo de equilibrio que permitiese poder hablar de negociación real.

8. Una regulación de la materia disponible para las partes

Tan solo 4 años después, en el ordenamiento jurídico francés se acomete una nueva gran reforma a través de la Ley n.º 2008-789, de 20 de agosto. Esta intensidad legislativa se explica, entre otras razones, por los problemas que atravesaba el derecho galo respecto a la medición de la representatividad y su relación con la legitimidad de los acuerdos, aspectos esenciales dadas las «nuevas» funciones encomendadas a la negociación. Es decir, para transitar ese camino, era necesario solucionar deficiencias y problemas en esta materia –nótese, como contraposición, la estabilidad del sistema español–. La reforma de 2004 había dado pasos, pero no resultó satisfactoria desde el punto de vista aplicativo, pues fueron verdaderamente pocos los convenios sectoriales que se acogieron a la posibilidad de abrir la negociación a estos sujetos (Souriac, 2009). Su escasa virtualidad práctica explica en buena parte la norma que nos ocupa, en la que finalmente se abordó en profundidad la cuestión de la representatividad. Alterada radicalmente, se eliminó el viejo sistema de presunción, tomando la audiencia electoral como nuevo elemento central (Borenfreund, 2008)⁵⁷. En relación con la materia tratada, con esta norma se seguían asentando los sujetos alternativos con vocación general y estable en el derecho positivo, pero a diferencia de la reforma de 2004, sin que la negociación supraempresarial tuviera la capacidad de impedirlo o regularlo de otro modo⁵⁸.

La representación unitaria se consolidaba como opción preferente, pero restringiendo esta posibilidad –no así el mandato, como veremos a continuación– a las empresas de menos de 200 trabajadores. En estas unidades –empresas o centros de trabajo–, la carencia de delegado sindical o asimilable harían de la representación electa el sujeto negociador preferencial⁵⁹. En cuanto a la validez de los acuerdos, se subordinaba a

⁵⁷ Como viene siendo habitual, esta norma se elaboró bajo la influencia de la Posición común de 9 de abril de 2008, relativa a la representatividad, el desarrollo del diálogo social y la financiación del sindicalismo. Este texto, elaborado bajo una gran presión de los poderes públicos, fue firmado sindicalmente por CGT y CFDT.

⁵⁸ Artículo 9 de la norma. Tras esta reforma, los preceptos del CT que regulaban las modalidades de negociación en las empresas desprovistas de delegado sindical eran los artículos L. 2232-21 a L. 2232-29. Todo ello no entraba en vigor hasta el 1 de enero de 2010.

⁵⁹ *Vid.* artículo L. 2232-21 del CT. El empresario había de informar a las organizaciones representativas del sector de su intención de entablar negociaciones.

dos condiciones: por un lado, el sujeto negociador debía representar a la mayoría de los votos emitidos en las últimas elecciones profesionales⁶⁰. Por otro, entroncando con la tradición en esta figura, se requería la aprobación de la comisión paritaria del sector⁶¹. Es decir, se trata de una versión muy continuista de la norma anterior, con la importante salvedad de que ahora no se dependía del pacto sectorial. Era novedosa la limitación a empresas de menos de 200 trabajadores, y que la exigencia mayoritaria ahora se determinase legalmente.

Los trabajadores mandatarios⁶² podían ser sujetos negociadores allí donde, no habiéndose constituido la representación unitaria, se acreditase haber llevado a cabo un proceso electoral devenido fallido. De ese modo, las empresas de menos de 11 trabajadores seguían quedando excluidas, cuestión criticada por algunos desde el punto de vista de que ello tendría como efecto crear una desventaja competitiva a estas unidades productivas en favor de las grandes (por todos, Vachet, 2009). No había límites para esta figura, en cambio, por arriba, desapareciendo el tope de 200 trabajadores establecido para cuando negociaba la representación electa. En las empresas que acreditaran lo indicado, los acuerdos de empresa o de centro de trabajo podían ser negociados y concluidos por uno o más trabajadores expresamente mandatarios de uno o más sindicatos representativos en el ámbito sectorial⁶³. Al igual que en la norma precedente, la validez se supeditaba a la aprobación de los trabajadores por mayoría de votos emitidos. Es decir, la ley seguía asociando el referéndum ratificador a los acuerdos negociados por trabajadores mandatarios.

Negociasen representantes electos o trabajadores con mandato (Verdier, 2009⁶⁴), la ley establecía que el ámbito material de estos acuerdos colectivos era el de las medidas cuya aplicación estuviese subordinada por ley a un acuerdo colectivo⁶⁵. Era también una característica compartida que los sindicatos representativos sectoriales habían de ser informados por el empresario de sus intenciones negociadoras y el depósito ante la autoridad admi-

⁶⁰ Rasgo diferencial respecto de la negociación llevada a cabo por el sujeto tradicional, que exigía al menos el 30 % de los votos emitidos en el último proceso electoral y a la ausencia de oposición.

⁶¹ Dicho órgano tenía encomendado el control de legalidad de estos acuerdos.

⁶² *Vid.* artículo L. 2232-24 del CT.

⁶³ En la reforma de 2004, los sindicatos mandantes eran los representativos en el plano nacional.

⁶⁴ El autor trata algunos problemas aplicativos del estatuto jurídico protector de estos sujetos y su interpretación jurisprudencial.

⁶⁵ Con la importante excepción de los acuerdos previstos en el artículo L. 1233-21 del CT. Estos acuerdos podían excepcionar las normas de consulta a las instancias representativas de los trabajadores, así como las modalidades de información y consulta del Comité social y económico y, en su caso, el recurso a un experto por el comité en caso de despidos colectivos. Dicha fórmula ya estaba presente en 1996 (Mazeaud, 2009).

nistrativa⁶⁶. Se autorizaba a estos sujetos firmantes, a su vez, para la renovación, revisión o denuncia de los acuerdos así estipulados⁶⁷.

El problema no dejaba de ser, como puede extraerse, el deslinde del sindicato. Disociar negociación y sindicato, además de evidentes problemas jurídicos de índole constitucional, incita a cuestionar si otros sujetos ostentan suficiente poder de contrapeso frente al empresario, cuando en determinados escenarios ni el propio sindicato lo tiene. La posibilidad de negociación por la representación unitaria seguía presentando el mismo peligro de antaño, la proliferación de convenios negociados por sujetos no sindicalizados, siquiera mínima o indirectamente. En ese sentido, el límite de restringir esta opción a las empresas cuyas plantillas no alcancen los 200 trabajadores, no parecía ser útil para alejar dichos peligros, más bien era un umbral excesivamente generoso, en niveles donde el legislador podría haber buscado fórmulas para potenciar la representación sindical. Se detecta la incursión de sujetos alternativos, en fin, en espacios donde se debería haber antepuesto al sindicato y/o fomentado su presencia.

El nuevo régimen jurídico de la negociación colectiva estaba inspirado, netamente, en las tesis neoliberales que venían imperando. Para su implantación en el mayor número posible de empresas y centros de trabajo era necesario consagrar a los sujetos alternativos, más débiles y más expuestos, sea a la colaboración sea a las represalias empresariales. Aunque la reforma era ciertamente continuista en sus contornos, ello no debe desviar la atención de su verdadera trascendencia, que fue, como se decía, la de fijar a estos sujetos en el ordenamiento jurídico de manera imperativa e indisponible para las partes.

9. Los «acuerdos de mantenimiento del empleo» y una fórmula equilibrada

La Ley n.º 2013-504, de 14 de junio⁶⁸, en materia de sujetos alternativos, mantuvo intacto lo descrito con anterioridad. Sin embargo, creó una fórmula específica para regular la intervención de estos sujetos en unos acuerdos creados por la propia ley, denominados acuerdos de mantenimiento del empleo⁶⁹. La originalidad consistía en combinar los elemen-

⁶⁶ Vid. artículo L. 2232-28 del CT.

⁶⁷ Vid. artículo L. 2232-29 del CT.

⁶⁸ Esta norma tiene su origen en el Acuerdo nacional interprofesional de 11 de enero de 2013, rechazado por CGT y FO. Las partes, emplazadas por el Gobierno, alcanzaron un pacto «para un nuevo modelo económico y social al servicio de la competitividad de las empresas y la seguridad del empleo y de las carreras profesionales». Sobre este Acuerdo, con perspectiva comparada, puede verse Lokiec *et al.* (2013).

⁶⁹ Vid. artículo 17 de la ley, que creaba los artículos L. 5125-1 a L. 5125-7 del CT.

tos definitorios de los dos sujetos alternativos que se habían asentado en este ordenamiento, teniendo como efecto el refuerzo sindical del sujeto negociador. Así, se mantenía a la representación electa como sujeto subsidiario preferente, pero bajo mandato de una organización sindical representativa sectorial o, en su defecto, nacional o interprofesional. En caso de ausencia de representación electa –nada se decía en esta ocasión del acta de carencia–, la negociación podría llevarse a cabo con uno o varios trabajadores expresamente mandatarios a tal efecto. En ambos supuestos, el acuerdo debía ser aprobado por los trabajadores, por mayoría de votos emitidos, y en las condiciones que determinasen las propias partes⁷⁰.

En esta reforma, en línea con la evolución de la materia, la negociación colectiva da un paso más como instrumento de flexibilización y administración empresarial en clave de flexibilidad interna. Ahora bien, al igual que ocurrió con otros envites legislativos y del mismo modo que acaece en otros países, las expectativas no se vieron correspondidas con la aplicación práctica. Pese a la ambición mostrada por el legislador respecto de los acuerdos de mantenimiento del empleo, su uso fue, a decir poco, residual (Antonmattei, 2015), si bien se detectó que los trabajadores estaban cediendo derechos en materia salarial mediante otros acuerdos (Lokiec, 2016). Así, la norma fue alterada y relanzada en 2015. Se modificaron estos acuerdos hasta en dos ocasiones⁷¹, ampliando progresivamente sus límites –duración, ámbito material– y haciéndolos menos garantistas, hasta su derogación por las ordenanzas de 2017, donde se impusieron otros acuerdos similares.

10. La peligrosa apertura a las microempresas y otros ajustes

A continuación, la Ley n.º 994, de 17 de agosto de 2015, sobre el diálogo social y el empleo (una síntesis puede verse en Petit, 2015), rechazada sindicalmente (Lokiec, 2015, p. 1664), entre otras cuestiones muy variadas volvía a poner el foco en los sujetos alternativos, alcanzando incluso a las unidades más reducidas (críticamente, Rennes, 2015). Recordemos brevemente que, tras la reforma de 2008 –pues la ley de 2013 operaba para unos acuerdos muy específicos–, el estado de la cuestión quedó de modo que el sujeto preferente era la representación electa –con mayoría de votos y control de la comisión paritaria sectorial–, opción limitada a las empresas o centros de trabajo de menos de 200 trabajadores, mientras que el trabajador con mandato actuaba si no estaba presente la representación unitaria, precisando sus acuerdos de validación de los trabajadores mediante referéndum. Veamos cuáles son las novedades de la ley analizada en este apartado.

⁷⁰ Vid. artículo L. 5125-4 del CT vigente tras esta ley.

⁷¹ Vid. Ley n.º 2015-990 sobre el crecimiento, la actividad y la igualdad de oportunidades económicas, de 6 de agosto de 2015. Con posterioridad, los acuerdos de mantenimiento del empleo son alterados por el artículo 8 de la Ley n.º 2016-1088, de 8 agosto de 2016.

En primer lugar, el umbral de 200 trabajadores era eliminado⁷², abriéndose la negociación por los representantes unitarios a unidades de mayor tamaño sin limitación alguna. En segundo lugar, extendía al ámbito general el mecanismo novedoso instaurado en 2013 para los acuerdos de mantenimiento del empleo. Así, el sujeto negociador preferente pasa a ser la representación unitaria, pero con mandato sindical de una organización representativa en el sector o, en su defecto, en el plano nacional o interprofesional. Tales acuerdos, productos de la combinación de la representación electa con el mandato sindical, habían de ser aprobados por los trabajadores por mayoría de votos emitidos⁷³. Para este sujeto, pues, la norma se distanciaba de la legislación de 2008. Aspecto muy relevante que ha de tenerse presente es el hecho de que para este sujeto la norma ya no restringía el ámbito material a medidas legalmente subordinadas a un acuerdo colectivo.

En defecto de lo anterior, la representación unitaria podía negociar sin mandato sindical. Pero en este caso el campo material se limitaba, pues sí había de ceñirse a medidas cuya ejecución estuviese subordinada por ley a un acuerdo colectivo. Para su validez se requería que fuesen representativos de la mayoría de los votos emitidos en las últimas elecciones –algo no exigido si la representación electa actúa con mandato– y, adicionalmente, su aprobación por la comisión paritaria del sector⁷⁴.

Por lo que respecta a los trabajadores mandatarios, mantienen su posición y su régimen jurídico presenta algunas modificaciones no sustanciales, pero con una novedad en absoluto menor. Con anterioridad a esta reforma, el CT establecía como requisito para la activación de este sujeto negociador que se presentase un acta de carencia que acreditase haber intentado constituir, sin éxito, la representación unitaria. Esta exigencia no desaparece, pero la nueva redacción establece, además, que este sujeto podrá negociar cuando, tras haber manifestado el empresario su intención de entablar negociaciones según se ha expuesto con anterioridad, ningún representante electo haya manifestado su deseo de negociar. Es decir, si hay representación unitaria pero no se ha prestado a negociar, los acuerdos de empresa o de centro de trabajo podrán ser negociados y concluidos por uno o varios trabajadores mandatarios. Al igual que los acuerdos negociados por representantes electos sin mandato sindical, las posibilidades de estos sujetos sí continúan restringidas a aquellas medidas cuya puesta en marcha esté subordinada a un acuerdo colectivo. Como ya venía ocurriendo, sobre el empresario sigue presente un deber de información a los sindicatos representativos del sector de su intención de entablar negociaciones, a lo que ahora se añade que, en su defecto, se hará lo propio con los sindicatos representativos a nivel

⁷² Vid. artículo 21-I de la ley, que modifica el artículo L. 2232-21 del CT.

⁷³ En las condiciones determinadas por decreto y dentro del respeto de los principios generales del derecho electoral. Vid. artículo L. 2232-21-1 del CT, creado por el artículo 21-II de la ley analizada.

⁷⁴ Vid. artículo L. 2232-22, modificado por el artículo 21-III de la ley analizada.

nacional e interprofesional⁷⁵. Esta previsión, sin duda, se echa en falta en la configuración del régimen jurídico de las comisiones *ad hoc* españolas, y no sería algo difícil de trasladar a nuestro ordenamiento.

En el mismo precepto que regula la figura del trabajador mandatario se halla un elemento muy significativo y novedoso de esta norma, como es la apertura de los sujetos alternativos a las empresas de menos de 11 trabajadores, paso que desde el acotado –temporal y materialmente– ensayo de la Ley Aubry II no se había retomado. En concreto, en esta ley de 2015 se especificó que la posibilidad de negociación por parte de un trabajador mandatario era aplicable también en estas unidades, constituyendo un punto de inflexión que, como viene siendo tendencia, rápidamente se agudizaría en el siguiente paso legislativo.

En síntesis, esta reforma mantiene a la representación unitaria como alternativa preferente, pero priorizándola cuando va de la mano de un mandato sindical. Para ello, otorga un régimen jurídico diferenciado, en el cual se libera el contenido del acuerdo como consecuencia del refuerzo de la cualidad del sujeto. En cuanto al trabajador mandatario, podrá intervenir en tres supuestos: en caso de que no haya representación unitaria y se acredite el intento de constituir la, tal y como estaba establecido con anterioridad a esta reforma. Pero también en el caso de que, aun habiéndola, no hubiese manifestado su disposición para negociar (Gauriau, 2015). Por último, podrá actuar, incluso, en las unidades más pequeñas, por reducidas que sean.

11. Menos trabas y más espacios antes de la última gran reforma

La Ley n.º 2016-1088, de 8 de agosto de 2016, siguió avanzando sobre la base de las líneas ya descritas, es decir, en paralelo al proceso de descentralización de la negociación colectiva, aumentaba el espacio concedido a los sujetos negociadores subsidiarios⁷⁶, eliminando potenciales trabas a su actuación. Esta norma se materializó envuelta en una gran polémica y con un rechazo sindical generalizado⁷⁷ (Freyssinet, 2016; críticamente, Borenfreund y Peskine, 2016; otra posición en Antonmattei y Enjolras, 2016).

En el supuesto de que el sujeto negociador fuesen representantes unitarios sin mandato sindical, se produjeron cambios respecto al papel de la comisión paritaria, ya que la aprobación por este órgano dejó de ser un requisito de validez. Los acuerdos le serían transmitidos a efectos meramente informativos, indicándose expresamente que se trataba de una formalidad cuyo incumplimiento no era impeditivo de la presentación y la entrada en vigor

⁷⁵ Vid. artículo L. 2232-24 del CT, modificado por el artículo 21-VI de la ley analizada.

⁷⁶ Vid. artículo L. 2232-24, modificado por el artículo 21-VI de la ley analizada.

⁷⁷ Con excepción del sindicato CFDT.

de los acuerdos⁷⁸. La consecuencia de dicha modificación era la eliminación del nexo sindical cuando actúa este sujeto, que tiene preferencia negociadora respecto de los trabajadores que actúan bajo mandato de uno o varios sindicatos representativos. De esta forma, a la representación electa le bastará representar la mayoría de los votos emitidos en las últimas elecciones para firmar acuerdos, sin pasar por filtro sindical alguno. De ello se ha dicho que «tal evolución no hace sino destilar que, en el derecho positivo, la idea de que el requisito de mayoría podría prevalecer sobre la calidad jurídica de los agentes de la negociación colectiva, en lugar de sustentarla» (Odoul-Asorey y Peskine, 2016).

El ámbito material de los acuerdos se libera en esta ocasión para los supuestos en que el sujeto negociador sea uno o varios trabajadores con mandato sindical⁷⁹, equiparándose así a la representación electa con mandato sindical, manteniéndose las limitaciones tan solo para los representantes electos que negocien sin mandato.

12. Apuntes finales

La evolución francesa nos muestra cómo la progresiva debilitación del sujeto negociador en la empresa no ha dejado de expandirse en las últimas décadas. En el derecho vigente ello alcanza unas cotas que llevan en algunos supuestos incluso hasta su sustitución por formas de participación directa donde la posición de la parte contratante débil queda muy expuesta y proclive a las presiones empresariales. Esta legislación se despliega en paralelo y estrechamente relacionada con el proceso de descentralización de la estructura de la negociación colectiva, presente, como es sabido, tanto en el derecho francés como en el ordenamiento español. En ambos países, como en otros de occidente, se ha asistido, desde los años ochenta y noventa del pasado siglo, a una progresiva puesta en discusión del papel que ha de ejercer el convenio sectorial. Las numerosas reformas sucedidas a lo largo de la década de los diez resultaron particularmente agresivas en el objetivo de debilitar la eficacia de dicha fuente, cediendo más espacio a lo firmado en los niveles de ámbito empresarial. Fue en este contexto que surgieron, en España, las llamadas comisiones *ad hoc*, siendo muy discutible su variante interna, mientras que la andadura francesa comenzó antes y ha seguido evolucionando durante más tiempo. En sendos países, sin embargo, la fuente legal ha ofrecido alternativas para que la ausencia de representación de las personas trabajadoras no resulte obstructiva para los objetivos de política de derecho. Más allá de las diferencias y similitudes entre figuras y tradiciones, la coincidencia de ambas legislaciones en idear alternativas que suplan a la representación estable de las personas trabajadoras, paralela al proceso de descentralización del epicentro negocial, muestra a dos legisladores con la clara pretensión de facilitar acuerdos y convenios de gestión que den

⁷⁸ Vid. artículo L. 2232-22 del CT tras la entrada en vigor de la ley analizada.

⁷⁹ Vid. artículo L. 2232-24 del CT tras la entrada en vigor de la ley analizada.

respuesta a las necesidades empresariales. Para lograrlo, se llega a dejar a un lado la calidad del sujeto, es decir, su capacidad real de ejercer de contraparte, hallando en la participación directa un recurso de interés prioritario. Desde el punto de vista jurídico, la falla más problemática puede localizarse tanto allí donde se produce la ruptura de la necesidad de representantes por el lado de las trabajadoras y trabajadores, clara exigencia constitucional en ambos países. Como en la posición en la que algunas de estas soluciones dejan al sindicato, sujeto de cuya preeminencia no cabe dudar sin colisionar, nuevamente, con los entramados constitucionales.

Con este artículo se ha pretendido mostrar cómo un derecho como el francés, tradicionalmente caracterizado por el monopolio sindical para la negociación de ámbito empresarial, ha evolucionado en pocas décadas a un escenario muy distante, y a veces opuesto, a dicha concepción. Aunque en nuestro país las comisiones *ad hoc* tan solo han ampliado su incidencia de manera acotada y limitada –en determinadas medidas adoptadas durante la pandemia y en materia de planes de igualdad, dando preferencia/exclusividad a la comisión sindical–, lo cierto es que el anunciado retorno hacia la comisión externa sindicalizada del ET no fue finalmente materializado en la reforma de 2021, quedando su regulación tal como estaba. Producida la primera quiebra, y asentadas en nuestro ordenamiento, podría ser cuestión de oportunidad que se den pasos ulteriores en ese «oscuro sujeto» (Fernández Villazón, 2023) que son las comisiones *ad hoc*.

Referencias bibliográficas

- Amauger-Lattes, M. C. y Desbarats, I. (2003). Pour une réactivation du mandatement dans le système français de négociation collective. *Droit Social*, 4, 2-14.
- Antonmattei, P. H. (1997). À propos du développement de la négociation collective. *Droit Social*, 2, 164.
- Antonmattei, P. H. (2015). Accord de maintien de l'emploi: premier lifting législatif. *Droit Social*, 10, 811.
- Antonmattei, P. H. y Enjolras, L. (2016). Chronique d'actualité du droit de la négociation: commentaire de la loi du 8 août 2016. *Droit Social*, 11, 933-946.
- Auzero, G. (1999). Le dispositif d'allègement des cotisations sociales. *Droit Social*, 12, 3-16.
- Barthélémy, J. (1993). Référendum en droit social. *Droit social*, 1, 89-96.
- Bélier, G. (1999). Les novations dans le droit de la négociation collective, *Droit Social*, 12, 1014-1017.
- Bérout, S. y Morin, M. L. (2015). Quel droit à la participation après la mise en place de la représentation universelle? *Revue de droit du travail*, 10, 2-6.
- Bonnechère, M. (2008). L'organisation de la négociation collective. En G. Borenfreund y M. A. Souriac (Dir.), *Syndicats et Droit du Travail* (pp. 31-46). Dalloz.
- Borenfreund, G. (1995). Accords collectifs. Compétence de salariés mandatés par un syndicat représentatif. Usage. Convention collective. *Droit Social*, 3, 274-275.

- Borenfreund, G. (2004). La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux. *Droit Social*, 6, 8-26.
- Borenfreund, G. (2008). Regards sur la position commune du 9 avril 2008. Syndicats: le défi de l'audience électorale. *Revue de droit du travail*, 6, 360-370.
- Borenfreund, G. y Peskine, E. (2016). Avant-propos. *Revue de droit du travail*, 12, 743-744.
- Cialti, P. H. (2016). Tradición y evolución del paradigma del derecho a la negociación colectiva en Francia. *Revista Derecho del Trabajo*, 11, 139-164.
- Cialti, P. H. (2021). *El banco social del acuerdo o convenio colectivo de trabajo en Francia*. Tirant Lo Blanch.
- Fernández Villazón, L. A. (2023). Las llamadas comisiones *ad hoc*. Ese oscuro sujeto de negociación colectiva. *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 107, 75-98.
- Freyssinet, J. (2016). Les modes de production des normes de la relation d'emploi. *Revue de droit du travail*, 12, 745-747.
- Fuente Lavín, M., de la. (2000). Un comentario a la Ley Aubry II del tiempo de trabajo en Francia. *Sistema: revista de ciencias sociales*, 157, 33-65.
- Fuente Lavín, M. de la. y Zubiri Rey, J. B. (2016). Significado histórico y actualidad de las políticas de reducción del tiempo de trabajo. *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, 34, 19-48. <https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.16554>
- Gauriau, B. (1998). Le référendum, un préalable nécessaire? *Droit Social*, 4, 338-346.
- Gauriau, B. (2000). Le référendum et les accords Aubry II. À propos de l'article 19 de la loi. *Droit Social*, 3, 311-317.
- Gauriau, B. (2015). La négociation dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux. *Droit Social*, 11, 878-881.
- Grimaldi D'Esdra, J. (1994). Nature et régime juridiques du référendum en droit social. *Droit social*, 4, 397-411.
- Jacot, H. (2001). La «refondation sociale» n'est pas un long fleuve tranquille. *Mouvements*, 14, 8-14. <https://doi.org/10.3917/mouv.014.0008>
- Jeammaud, A. (2017). La «Reforma Macron» del Código de Trabajo Francés. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 139, 13-54.
- Langlois, P. (1998). La réduction du temps du travail et la rémunération. *Droit Social*, 9-10, 744-798.
- Lokiec, P. (2015). Le dialogue social à l'épreuve de la loi Rebsamen. À propos de la loi n.º 2015-994 du 17 août 2015. *La semaine juridique*, 39, 1664-1667. https://web.lexisnexis.fr/newsletters/avocats/10_2015/pdf15.pdf
- Lokiec, P. (2016). Le droit du travail à l'épreuve de l'emploi. *Droit Social*, 4, 319-323.
- Lokiec, P., Leclerc, O., Guamán Hernández, A. y Rémy, P. (2013). Regards sur l'ANI. *Revue de Droit du Travail*, 3, 202-223.
- Lyon-Caen, G. (1996). La Constitution française et la négociation collective (commentaire de la décision 96-383 DC du Conseil Constitutionnel par un esprit «non prevenu»). *Droit Ouvrier*, 12, 479-487.
- Lyon-Caen, G. (2001). L'état des sources du droit du travail. Agitations et menaces. *Droit Social*, 12, 1031-1034.
- Mazeaud, A. (2009). La négociation des accords d'entreprise en l'absence de délégué syndical. *Droit Social*, 6, 669-678.
- Morin, M. L. (1996). L'articulation des niveaux de négociation dans l'accord interprofessionnel sur la politique contractuelle du 31 octobre 1995. *Droit Social*, 1, 11-17.
- Morin, M. L. (1997). Le Conseil constitutionnel et le droit à la négociation collective. *Droit Social*, 1, 25-34.

- Nieves Nieto, N. de., (2000). La reducción del tiempo de trabajo en Francia. La segunda Ley Aubry de 19 enero 2000. *Aranzadi social*, 5, 1065-1090.
- Nieto Rojas, P. (2015). Alternativas a la carencia de representaciones legales en el ámbito empresarial. Las soluciones arbitradas en el ordenamiento galo como propuesta de partida. *Derecho de las Relaciones Laborales*, 6, 685-693.
- Odoul-Asorey, I. y Pesquine, E. (2016). L'accord collectif majoritaire: déploiement ou morcellement? *Revue de droit du travail*, 12, 803-808.
- Pelissier, J. (1998). La loi dite «des 35 heures»: constats et perspectives. *Droit Social*, 9-10, 793-798.
- Petit, F. (2015). Loi relative au dialogue social et à l'emploi: entre amélioration et simplification de la représentation collective des salariés. *Droit Social*, 11, 850-852.
- Poirier, M. (1996). Bref propos sur le projet de loi inspiré par l'accord national interprofessionnel du 31 octobre 1995 relatif à la politique contractuelle. *Droit Ouvrier*, 8, 311-316.
- Ray, J. E. (1998). Quelques questions autour de la loi Aubry I. *Droit Social*, 9-10, 764.
- Ray, J. E. (2000). De temps... en temps. *Droit social*, 3, 3-13.
- Rennes, P. (2015). Dialogue social: les moyens et la fin (à propos du projet de loi dit "relatif au dialogue social et à l'emploi"). *Droit Ouvrier*, 6, 348-355.
- Saramito, F. (2004). Le nouveau visage de la négociation collective. *Droit Ouvrier*, 10, 449.
- Savatier, J. (1995). Accord et usage d'entreprise. *Revue de Jurisprudence Sociale*, 4, 231-232.
- Savatier, J. (1998). Les accords collectifs conclus par des salariés expressément mandatés par des organisations syndicales. Loi du 12 novembre 1996. *Droit Social*, 4, 5-15.
- Souriac, M. A. (2004). L'articulation des niveaux de négociation. *Droit Social*, 6, 4-21.
- Souriac, M. A. (2009). Les réformes de la négociation collective. *Revue de droit du travail*, 1, 11-20.
- Tissandier, H. (1997). L'articulation des niveaux de négociation: à la recherche de nouveaux principes. *Droit Social*, 12, 1045-1051.
- Vachet, G. (2009). L'articulation accord d'entreprise, accord de branche: concurrence, complémentarité ou primauté. *Droit Social*, 9-10, 4-8.
- Verdier, J. M. (1997). Négocier la représentation; quels agents, queles pouvoirs, quel statut? *Droit Social*, 12, 1040-1044.
- Verdier, J. M. (2009). Un paradoxe persistant: désignés, élus ou candidats, des représentants des salariés sans protection! *Droit Social*, 9-10, 966-971.
- Woll, C. (2006). La réforme du Medef: chronique des difficultés de l'action collective patronale. *Revue française de science politique*, 56(2), 255-279. <https://doi.org/10.3917/rfsp.562.0255>
- Ysàs Molinero, H. (2012). Representación de los trabajadores en la empresa y negociación colectiva. El caso francés. *Revista de Derecho Social*, 58, 205-220.

Cristina Roldán Maleno. Doctora en Ciencias Económicas, Empresariales y Jurídicas por la Universidad de Almería. Profesora del Área de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de dicha Universidad. <https://orcid.org/0000-0003-2307-9877>

La mujer en la ciencia del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: presencia y aportaciones

En una revista jurídico-laboral como es esta, y en unas fechas como estas en las que se celebra el Día Internacional de la Mujer, me parece oportuno felicitarnos por el hecho de que la presencia de la mujer en la ciencia del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social esté claramente asentada. Consultados los listados que proporciona el ministerio a las universidades para realizar los sorteos de la parte mayoritaria de los miembros de las comisiones de selección de los cuerpos docentes universitarios a los que nos obliga la vigente legislación universitaria se constata que del total de personas funcionarias que hay en nuestra disciplina el 56,62 % son mujeres y el 43,38 % son hombres; distribuidos por cuerpos, la correlación se invierte, dado que el porcentaje de mujeres catedráticas de universidad es del 46,85 %, frente al 53,15 % de los hombres. Pero solo es cuestión de tiempo –en verdad, no mucho– que esta progresión ascendente de las mujeres dé sus frutos también en las cátedras de universidad. Se trata de una imparable realidad que se explica fácilmente si miramos su antesala y reparamos en el alumnado que puebla nuestras facultades de Derecho desde hace algunos años, con una presencia cada vez mayor de mujeres en las aulas (por ejemplo, en la asignatura de Seguridad Social que imparto actualmente en cuarto curso del Grado de Derecho, de un total de 43 personas matriculadas, 29 son alumnas –el 67,4 %– y 14 son alumnos –el 32,56 %–).

Lamentablemente, esto no es así en todas las disciplinas del saber. Si consultamos esos mismos listados del ministerio referidos a otras áreas de conocimiento como la Ingeniería Aeroespacial, la Astronomía y la Astrofísica o la Historia de la Ciencia, se constata que la composición de su profesorado funcionario es predominantemente masculina, en el conjunto del funcionariado (88,73 %, 76,54 % y 63,64 %, respectivamente) y, de una manera todavía más señalada en los dos últimos campos del saber, en relación con el cuerpo de catedráticos y catedráticas de universidad (79,16 %, 82,61 % y 68,75 %). No es de extrañar, por ello, que el día 11 de febrero se celebre el Día Internacional de la Mujer y la Niña en la Ciencia, con el objetivo de visibilizar el trabajo de mujeres científicas e investigadoras, crear referentes y despertar talentos en las nuevas generaciones, especialmente en relación con las disciplinas asociadas a las matemáticas, las ingenierías y la tecnología.

Y más allá de la distribución de efectivos por sexos, debemos ser conscientes de que todavía queda mucho por hacer en orden a facilitar la carrera académica de nuestras compañeras, para que puedan competir en igualdad de condiciones que los hombres, eliminando los obstáculos que dificultan el *fair play*, la mayoría de ellos relacionados con el desigual reparto entre hombres y mujeres de las tareas domésticas y de las obligaciones de cuidado de hijos, hijas y familiares. En esta línea, las agencias (estatal y autonómicas) de las que dependen el reconocimiento de los sexenios y de las acreditaciones ya han adoptado al-

gunas interesantes iniciativas (véase la [Resolución de 28 de febrero de 2024 de la Directora de la ANECA por la que se hacen públicos los criterios para garantizar que la igualdad, la conciliación y la inclusión sean efectivas en las evaluaciones del profesorado universitario y del personal investigador](#)), debiendo las universidades en el ámbito de sus competencias adoptar otras medidas que puedan coadyuvar a la consecución de este desiderátum.

Dicho lo cual, me complace presentar los diálogos con la jurisprudencia de este número de la revista de marzo-abril encargados todos ellos a profesoras de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de distintas universidades españolas, quienes nos ofrecen sus excelentes análisis, acordes con su valía profesional, de un elenco de sentencias recientes sobre temas de gran interés.

Olaya Martín Rodríguez, profesora titular de la Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA), analiza la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ([STJUE de 19 de diciembre de 2024 \(asunto C-531/23\)](#)), en la que se resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) del País Vasco sobre la adecuación al derecho de la Unión Europea de la exclusión de la obligación de registro de la jornada en relación con el personal al servicio del hogar familiar contenida en el [real decreto por el que se regula esta relación laboral de carácter especial](#). El litigio principal abordaba el despido disciplinario de una trabajadora al servicio del hogar familiar, en el que se solicitaba su declaración de improcedencia junto al abono de diferencias salariales motivadas por horas extraordinarias realizadas y no pagadas, así como por días de vacaciones no disfrutados, cuya realidad no se pudo probar en la instancia, entre otras razones, por la inexistencia de un registro diario de la jornada por parte de su empleadora. En este contexto, y haciendo abstracción de las dudas interpretativas que se suscitan a nivel interno sobre el alcance de esta exclusión contenida en la normativa reglamentaria, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea concluirá que los artículos 3, 5 y 6 de la [Directiva 2003/88/CE](#), puestos en relación con el artículo 31.2 de la [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#), se oponen a una normativa nacional como la que es objeto de esta cuestión prejudicial mediante la que se exige a los empleadores y las empleadoras de establecer un sistema que permita computar la jornada laboral diaria de cada persona trabajadora al servicio del hogar familiar, advirtiendo, además, de los posibles riesgos de discriminación indirecta que ello supone en un sector como el del servicio doméstico fuertemente feminizado. Un nuevo revés a la ordenación jurídica interna de la relación laboral al servicio del hogar familiar, que se suma al que ya tuvo lugar en el año 2022 ([asunto C-389/20](#)) en relación con la prestación por desempleo de este colectivo y que, sin duda, obligará también aquí a realizar los ajustes normativos necesarios para cumplir con el derecho de la Unión Europea, tal y como sugiere la profesora Olaya Martín.

La catedrática de la Universidad de Oviedo, **Carolina Martínez Moreno**, bajo el sugerente título «Libertad sindical y regulación restrictiva en convenio colectivo del flujo de información sindical a través de los medios digitales en la empresa. ¿Es legítimo un derecho a la censura?», analiza críticamente, tanto en el fondo como en la forma, la Sentencia del

Tribunal Supremo (STS) 1339/2024, de 11 de diciembre. Sentencia que se pronuncia sobre la adecuación a derecho de las previsiones contenidas en un convenio colectivo sobre el protocolo a seguir para la transmisión de información sindical a través de los medios digitales disponibles en la empresa, en el que se prevén distintas vías a utilizar según el tipo de información de que se trate previa comprobación por parte de la empresa. La autora de este diálogo con la jurisprudencia toma como punto de partida de su análisis el hito que supuso la importante [Sentencia del Tribunal Constitucional 281/2005](#) en relación con esta materia y su aplicación posterior por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo en Sentencias como las de [27 de mayo de 2021](#) y de [25 de abril de 2023](#); doctrina de la cual se aparta ahora el Alto Tribunal en atención a los argumentos que se aportan en la sentencia y que el lector tendrá que valorar de la mano de las incisivas preguntas que se formula –y nos formula– la profesora Carolina Martínez.

Magdalena Nogueira Guastavino, catedrática de la Universidad Autónoma de Madrid, se ocupa de la [STJUE de 24 de octubre de 2024 \(asunto C-441/23\)](#) por la que se resuelve una cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Madrid sobre la aplicabilidad al caso de la [Directiva 2008/104/CE](#) sobre empresas de trabajo temporal (ETT) en un supuesto de despido de una trabajadora producido antes de su reincorporación tras el permiso de maternidad disfrutado y algunos meses después de la finalización de la contrata que tenía suscrita su empresa con Microsoft. Como señala la autora, la sentencia es muy relevante, al señalar que lo determinante para la aplicación de la directiva en cuestión es el hecho de que el poder de dirección efectivo recaiga en la empresa en la que se prestan servicios efectivos, haciendo abstracción de si la empresa que contrató a la persona trabajadora está constituida o no formalmente como una ETT, ensanchándose así el concepto de cesión legal. A partir de esta conclusión ofrecida por la justicia europea, la profesora Nogueira realizará atinadas observaciones sobre la repercusión de esta doctrina en el derecho español, así como sobre los distintos ajustes que es posible implementar (nos ofrece distintas alternativas) para adecuar la normativa española a los requerimientos del derecho de la Unión Europea.

Susana Rodríguez Escanciano, catedrática de la Universidad de León, analiza la [Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Barcelona 299/2024, de 28 de noviembre](#), sobre el eventual derecho de un empleado público a la retribución del permiso parental por cuidado de un hijo o hija menor de ocho años. Como es sabido, la [Directiva \(UE\) 2019/1158](#) reconoce un nuevo permiso parental con una duración mínima de dos meses durante los cuales se garantizará la percepción de un montante pecuniario o una prestación económica de la Seguridad Social, habiendo transcurrido ya el plazo de transposición de la directiva sin que España haya cumplido adecuadamente con esta exigencia. En este contexto, la sentencia objeto de este diálogo reconocerá el carácter retribuido de este permiso en atención a una serie de argumentos que son diseccionados por la profesora Susana Rodríguez Escanciano, quien aboga por la necesidad de que el legislador solucione a la mayor brevedad el problema de inseguridad jurídica que existe sobre esta cuestión, decantándose a su vez por la solución del reconocimiento de una nueva prestación de la Seguridad Social que cubra esta contingencia.

La catedrática de la Universidad de Murcia, **Carmen Sánchez Trigueros**, analiza la reciente [STS 1308/2024, de 3 de diciembre](#), sobre el alcance del supuesto de hecho que justifica la prestación de la Seguridad Social por cuidado de menores afectados por cáncer o por otras enfermedades graves. Tras un minucioso análisis del marco normativo (internacional y nacional) aplicable y de los precedentes jurisprudenciales que han permitido al Tribunal Supremo llegar a la conclusión a la que llega en esta sentencia, la profesora Sánchez Trigueros concluirá con una valoración muy positiva del sentido del fallo, el cual supone un ensanchamiento de los supuestos de hecho que permiten el acceso a la prestación de la Seguridad Social (y también al derecho a la reducción de jornada que le sirve de soporte), superando la literalidad de la normativa que describe este supuesto de hecho por la vía de poner el acento más en el bien jurídico protegido (la necesidad de cuidado directo, permanente y continuo del menor) que en el medio donde se materializan esos cuidados (con o sin ingreso hospitalario de mayor o menor duración).

Espero que disfruten de la lectura de estos cinco diálogos con la jurisprudencia como yo he disfrutado.

Fernando Ballester Laguna

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Alicante (España)

fernando.ballester@ua.es | <https://orcid.org/0000-0002-2456-0630>

Coordinador de la sección Derecho Vivo de la [Revista de Trabajo y Seguridad Social](#). CEF

Cómo citar: Ballester Laguna, F. (2025). La mujer en la ciencia del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: presencia y aportaciones. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 485, 108-111. <https://doi.org/10.51302/rtss.2025.24369>

Registro de jornada obligatorio para las personas empleadas al servicio del hogar familiar

Comentario a la **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de diciembre de 2024 (asunto C-531/23)**

Olaya Martín Rodríguez

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

Universidad a Distancia de Madrid –UDIMA– (España)

olayamr@gmail.com | <https://orcid.org/0000-0002-0075-9426>

Extracto

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de diciembre de 2024 (asunto C-531/23) ha declarado contraria a la Directiva 2003/88/CE la jurisdicción y la práctica administrativa de no fijar la obligación de establecer un sistema de registro de jornada a las personas empleadas al servicio del hogar familiar. Prevalece la regla general de la Directiva 2003/88/CE sobre el derecho interno, que no contempla una disposición específica para las personas empleadas en el hogar familiar que prestan servicio a tiempo completo.

Palabras clave: registro de jornada; personas empleadas al servicio del hogar familiar; Directiva 2003/88/CE; tiempo de trabajo; control del tiempo de trabajo en el empleo doméstico; ordenación del tiempo de trabajo; tiempo de descanso.

Recibido: 22-01-2025 / Aceptado: 23-01-2025 / Publicado: 06-03-2025

Cómo citar: Martín Rodríguez, O. (2025). Registro de jornada obligatorio para las personas empleadas al servicio del hogar familiar. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de diciembre de 2024 (asunto C-531/23). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 485, 112-120. <https://doi.org/10.51302/rtss.2025.24315>

Mandatory working time registration for people employed in the service of the family home

Commentary on the Judgment of the Court of Justice of the European Union of 19 December 2024 (case C-531/23)

Olaya Martín Rodríguez

Senior Lecturer in Labour and Social Security Law.

Universidad a Distancia de Madrid –UDIMA– (Spain)

olayamr@gmail.com | <https://orcid.org/0000-0002-0075-9426>

Abstract

The judgment of the Court of Justice of the European Union of 19 December 2024 (case C-531/23) has declared contrary to Directive 2003/88/EC the jurisdiction and administrative practice of not setting the obligation to establish a system of recording working hours for people employed in the service of the family home. The general rule of Directive 2003/88/EC on domestic law prevails, which does not provide for a specific provision for persons employed in the family home on a full-time basis.

Keywords: registration of working hours; persons employed in the service of the family home; Directive 2003/88/EC; working time; control of working time in domestic employment; organization of working time; rest time.

Received: 22-01-2025 / Accepted: 23-01-2025 / Published: 06-03-2025

Citation: Martín Rodríguez, O. (2025). Mandatory working time registration for people employed in the service of the family home. Commentary on the Judgment of the Court of Justice of the European Union of 19 December 2024 (case C-531/23). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 485, 112-120. <https://doi.org/10.51302/rtss.2025.24315>

1. Marco normativo

La cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Bilbao (Auto de 20 de junio de 2023) y resuelta por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en su [Sentencia de 19 de diciembre de 2024 \(asunto C-531/23\)](#), objeto de este comentario, versa sobre la adecuación de la normativa española en materia de registro de jornada de las personas empleadas en el hogar familiar a la [Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003](#), relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

Las disposiciones del derecho español que son relevantes para esta cuestión prejudicial se encuentran en los artículos [34.9](#) y [35.5](#) del Real Decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET) y el [artículo 9.3 bis del Real Decreto \(RD\) 1620/2011, de 14 de noviembre](#), por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar. El primer artículo mencionado establece la obligación de la empresa de garantizar el registro de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora. Por otro lado, el [artículo 35 del ET](#) establece que la jornada de cada trabajador se registrará día a día y se totalizará en el periodo fijado para el abono de las retribuciones a efectos del cómputo de horas extraordinarias. Y, por su parte, el [artículo 9 del RD 1620/2011](#) excluye la obligación de registro de jornada para las personas trabajadoras contratadas a tiempo parcial en el ámbito del servicio del hogar familiar, por lo que, si esta normativa excluye la obligación de registro de jornada para los contratos a tiempo parcial, sería incoherente considerar que dicha obligación es aplicable a los contratos a tiempo completo.

En relación con el derecho de la Unión Europea (UE), la norma principal que se ve afectada es la [Directiva 2003/88/CE](#), específicamente en sus artículos 3 (descanso diario), 5 (descanso semanal), 6 (duración máxima del tiempo de trabajo semanal), 16 (periodos de referencia), 17.1 b) (excepción a personas trabajadoras en régimen familiar). Asimismo, se menciona, entre otros, el artículo 31.2 de la [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#) (CDFUE) (derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a periodos de descanso diarios, semanales y vacaciones anuales retribuidas). El TJUE descarta que la cuestión planteada entre dentro del ámbito de aplicación de la [Directiva 2000/78/CE](#) (igualdad de trato en el empleo y la ocupación en general) ni la [Directiva 2010/41/UE](#) (trabajadores autónomos).

2. Supuesto de hecho sometido a enjuiciamiento

El litigio principal aborda el despido de una trabajadora del hogar familiar y la posterior demanda en la que se solicita la declaración de improcedencia del despido, así como el pago por horas extraordinarias trabajadas y días de vacaciones no disfrutados. En su demanda, la trabajadora manifiesta que fue contratada a jornada completa con un salario bruto mensual de 2.363,04 euros y que, hasta el día 18 de octubre de 2020, trabajó 46 horas semanales, aumentando a 79 horas semanales a partir del 19 de octubre de 2020.

En primera instancia, se admitió parcialmente la demanda, considerando el despido como improcedente y ordenando a los demandados el pago de 364,39 euros como indemnización y 934,89 euros correspondientes a la liquidación por días de vacaciones no disfrutados y pagas extras. Sin embargo, el tribunal consideró que la demandante no había probado ni la veracidad de las horas trabajadas ni el salario reclamado. Esto se debe a la falta de aportación de los registros horarios del tiempo de trabajo realizado por la trabajadora, dado que el [RD 1620/2011](#) exime a determinados trabajos de tal obligación, entre los que se encuentra el servicio del hogar familiar.

Posteriormente, se interpuso un recurso de suplicación ante el TSJ del País Vasco, que a su vez planteó una cuestión prejudicial al TJUE. Esto surgió de las dudas sobre la compatibilidad de la normativa nacional que regula el régimen especial de los empleados del hogar con el derecho de la UE. En esencia, se argumenta que la trabajadora no se puede incluir dentro de la excepción prevista en el artículo 17.1 b) de la [Directiva 2003/88/CE](#) ni se trata de un caso de actividad caracterizada por el fraccionamiento de trabajo, contemplado en el artículo 17.4 b) de la misma directiva, pues la trabajadora fue contratada a jornada completa.

El órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si los artículos 3, 5 y 6 de la [Directiva 2003/88/CE](#), en relación con las Directivas [2000/78/CE](#), [2006/54/CE](#) y [2010/41/UE](#) y con los artículos 20, 21 y 31, apartado 2 de la [CDFUE](#), deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional en virtud de la cual los empleadores domésticos están exentos de la obligación de establecer un sistema que permita computar la jornada laboral realizada por los empleados de hogar.

3. Cuestiones clave determinantes de la resolución

Antes de abordar el tema, cabe puntualizar que el TJUE dejó claro que la cuestión planteada no se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la [Directiva 2000/78/CE](#), que se refiere a la igualdad de trato en el empleo y la ocupación en general, ni de la [Directiva 2010/41/UE](#), que se aplica a los trabajadores autónomos. A partir de este punto, el TJUE desarrolla su argumentación teniendo en consideración en todo momento la doctrina relacionada con la [Sentencia de 14 de mayo de 2019 \(asunto C-55/18\)](#), así como la normativa

anteriormente aludida y las circunstancias específicas del asunto planteado (empleados en el servicio del hogar familiar).

Recordemos que el derecho de las personas trabajadoras a la limitación de la duración máxima de la jornada laboral y a periodos de descanso diario y semanal se erige como una norma de trascendental importancia dentro del ámbito del derecho social de la UE, hallándose específicamente consagrado en el artículo 31.2 de la [CDFUE](#). En consecuencia, la interpretación de los artículos 3, 5 y 6 de la [Directiva 2003/88/CE](#), que consagran este derecho esencial, debe realizarse a la luz de las garantías proporcionadas por la [CDFUE](#), prohibiéndose cualquier interpretación restrictiva que menoscabe los derechos conferidos por dicha directiva a las personas trabajadoras. En virtud de la función armonizadora que ostentan estas normativas, los Estados miembros tienen la obligación de implementar las medidas necesarias para asegurar el respeto a los periodos mínimos de descanso y para evitar que se exceda de la duración máxima de la jornada laboral semanal. Específicamente, se establece un periodo mínimo de descanso de 11 horas consecutivas en cada intervalo de 24 horas, así como un periodo mínimo de descanso ininterrumpido de 24 horas en cada ciclo de 7 días. Adicionalmente, se establece un límite de 48 horas para la duración media de la jornada semanal, incluyendo horas extraordinarias.

Sin embargo, dado que los artículos mencionados de la directiva no proporcionan criterios precisos para la garantía de estos derechos, los Estados miembros gozan de un margen de apreciación al respecto. Este espacio, no obstante, no debe socavar el efecto útil de las disposiciones, preservando así las garantías mínimas en términos de jornada máxima y descanso.

En relación con el sistema de cómputo y registro de la jornada laboral, los Estados miembros tienen la facultad de determinar su forma, pudiendo incluir particularidades propias de cada sector y especificidades de determinadas empresas, como su tamaño. Asimismo, se les permite establecer excepciones en situaciones donde, debido a las características específicas de la actividad realizada, la jornada laboral no se defina de manera medible o establecida previamente, o cuando dicha jornada pueda ser determinada por las propias personas trabajadoras.

El límite a este margen de apreciación, según el TJUE, se encuentra en el contenido de los derechos consagrados en el artículo 31.2 de la [CDFUE](#) y en los artículos 3, 5 y 6 de la [Directiva 2003/88/CE](#), los cuales no pueden quedar desprovistos de contenido. A este respecto, el TJUE ha observado que la posición de debilidad en la que suelen encontrarse las personas trabajadoras puede disuadirlas de hacer valer sus derechos frente a sus empleadores. Por ello, subraya que:

[...] sin un sistema que permita computar de manera objetiva y fiable tanto el número de horas de trabajo efectuadas por el trabajador y su distribución en el tiempo, como el número de horas realizadas por encima de la jornada ordinaria de traba-

jo que puedan considerarse horas extraordinarias, resulta extremadamente difícil, cuando no imposible en la práctica, que los trabajadores logren que se respeten los derechos que les confieren las disposiciones citadas.

Adicionalmente, el TJUE ha reiterado que:

[...] la posibilidad de que el trabajador utilice otros medios de prueba para aportar indicios de la vulneración de sus derechos y la inversión de la carga de la prueba no pueden suplir la necesidad de un sistema que determine de manera objetiva y fiable el número de horas de trabajo diario y semanal realizadas por el trabajador, ya que este podría mostrarse reticente a declarar contra su empleador por temor a las represalias que este pudiera tomar en detrimento de sus condiciones laborales.

Por lo tanto, el TJUE ha concluido que el derecho de la Unión se opone a una normativa nacional que exima a los empresarios de la obligación de establecer un sistema que permita computar la jornada laboral diaria de cada trabajador.

En lo referente a la argumentación presentada por el Estado español, que sostiene que el [artículo 34.9 del ET](#) impone una obligación de carácter general aplicable a todas las relaciones laborales, incluidas aquellas que se circunscriben al ámbito del empleo del hogar familiar, se precisa que las excepciones contempladas en el RD 1620/2011 ([arts. 9.3 y 9.3 bis](#)) no afectan a la obligación de registro de jornada establecida en el [artículo 34.9 del ET](#), dado que estas excepciones se refieren a la exoneración del cumplimiento de lo dispuesto en el [artículo 35.5 del ET](#) y a las obligaciones de registro de jornada previstas en el [artículo 12.5](#) del mismo cuerpo normativo.

Sin embargo, el TJUE, considerando la posibilidad de que exista una interpretación jurisprudencial o práctica administrativa nacional que contradiga el registro de jornada a pesar del carácter general del [artículo 34.9 del ET](#), ha recordado que:

[...] la obligación de los Estados miembros derivada de una directiva de alcanzar el resultado que esta prevé y el deber de estos, en virtud del artículo 4 [del Tratado de la UE] apartado 3, de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para garantizar el cumplimiento de dicha obligación se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros, incluidas, en el ámbito de sus competencias, las autoridades judiciales.

En este contexto, y subrayando la exigencia de interpretación conforme de los órganos jurisdiccionales y sus implicaciones, el TJUE ha dictaminado que:

[...] la interpretación jurisprudencial de una disposición nacional o una práctica administrativa basada en tal disposición, en virtud de las cuales los empleadores

están exentos de establecer un sistema [de registro] que permita computar la jornada laboral diaria de cada empleado del hogar, y que privan por tanto [a estos] de la posibilidad de determinar de manera objetiva y fiable el número de horas de trabajo realizadas y su distribución en el tiempo, vulnera manifiestamente las disposiciones de la Directiva 2003/88/CE y, más concretamente, los derechos derivados de los artículos 3, 5 y 6 de esta directiva, interpretados a la luz del artículo 31, apartado 2, de la Carta.

Además, el TJUE puntualiza que la obligación general de registro de la jornada laboral no se opone a que una normativa nacional contemple particularidades, ya sea en razón del sector de actividad de que se trate, o en función de las especificidades de determinados empleadores, en particular, por su tamaño, siempre que dicha normativa proporcione a las personas trabajadoras medios efectivos que garanticen el cumplimiento de las normas relativas, en particular, a la duración máxima del tiempo de trabajo semanal.

4. Valoración crítica

La [Sentencia del TJUE, de 19 de diciembre de 2024 \(asunto C-531/23\)](#), establece que los empleadores de hogar deben cumplir con la normativa europea, implementando un sistema de registro de horas laborales, pues cualquier excepción debe garantizar que no vulneren los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, especialmente en un sector con una alta tasa de feminización, donde la falta de registro de horas podría dar lugar a discriminación indirecta por razón de género. A título personal acojo con satisfacción la respuesta proporcionada por el TJUE a la pregunta prejudicial planteada en este caso. En mi opinión, pese a que cabe establecer excepciones al cómputo y registro de jornada en función de las circunstancias específicas, los Estados miembros no pueden soslayar el registro de jornada a fin de garantizar que no se vulneren los periodos de descanso diario y semanal reconocidos no solo en la [Directiva 2003/88/CE](#), sino también en la [CDFUE](#) y, específicamente en nuestra normativa interna ([art. 34.9 ET](#)). Se trata de un colectivo de personas trabajadoras especialmente vulnerable, en porcentaje alto mujeres y migrantes, por lo debe garantizárseles un registro de jornada fiable y objetivo que permita garantizar que sus horas de trabajo se ajustan a lo acordado y puedan reclamar sus derechos.

Con anterioridad a la [Sentencia que ha dictado el TJUE, de 19 de diciembre \(asunto C-531/23\)](#), los tribunales nacionales se han pronunciado en reiteradas ocasiones, entre otras, en la [Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana, de 14 de mayo de 2024 \(rec. 875/2023\)](#), en la cual el órgano juzgador concluyó la inexistencia de la obligación de registrar la jornada laboral de los empleados al servicio del hogar familiar porque esta es una relación laboral de carácter especial que se rige por las normas del [RD 1620/2011](#), y si dicha norma excluye expresamente la obligación de registro de jornada en los contratos a tiempo parcial, sería absurdo considerar que la obligación sí es exigible en los contratos a tiempo completo.

En el mismo sentido se manifiesta la [guía que publicó en su momento el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social sobre la aplicación de la normativa de registro de jornada](#), en la que se indica que el registro de horario se aplicará a la totalidad de las personas trabajadoras, con algunas peculiaridades o excepciones, como las relaciones laborales de carácter especial, en cuyo caso se habrá de estar a lo establecido en su normativa específica y atender tanto la forma y extensión con que esté regulada la jornada de trabajo como a las reglas de supletoriedad establecidas en cada caso.

Sin embargo, en dicha [sentencia](#), la parte recurrente ya puso de manifiesto que, si bien no existe obligación del empleador de llevar un registro horario de las horas de prestación de servicios en los contratos a tiempo parcial, sí que existe dicha obligación de registro de jornada en el caso de las personas trabajadoras a tiempo completo, como era el caso que se estaba enjuiciando. No obstante, tal interpretación no fue compartida por el órgano juzgador al considerar que si precisamente el [artículo 9.3 bis del RD 1620/2011](#) establece que «respecto a los trabajadores contratados a tiempo parcial, no serán de aplicación las obligaciones de registro de la jornada establecidas en el artículo 12.5 h) del Estatuto de los Trabajadores», mucho menos cabe aplicar a las personas trabajadoras a tiempo completo las obligaciones de registro de jornada dispuestas en el [artículo 34.9 del ET](#).

Pues bien, en la [Sentencia del TJUE de 19 de diciembre](#), se vuelve a pronunciar sobre este extremo y se cae en la cuenta de que, del tenor literal de los [artículos 9.3 y 9.3 bis del RD 1620/2011](#), no se desprende que se exceptúe el registro de jornada para los empleados del hogar familiar; esa excepción se circunscribe a las horas extraordinarias y al trabajo a tiempo parcial de los empleados del hogar familiar, pero no al trabajo desarrollado a tiempo completo (si bien, ambas excepciones se deberían revisar para no vaciar de contenido la normativa europea). Por ello, se entiende que prevalece la regla general de la [Directiva 2003/88/CE](#) sobre el derecho interno, que no contempla una disposición específica. Además, el contenido del [artículo 34.9 del ET](#) es una obligación de alcance general y abarca a todas las relaciones, incluidas la relación especial del hogar familiar y el [RD 1620/2011](#); únicamente exonera del registro de horas extraordinarias y de la jornada a tiempo parcial. Por lo tanto, las únicas excepciones previstas en el RD 1620/2011 ([arts. 9.3 y 9.3 bis](#)) no afectan al registro previsto en el [artículo 34.9 del ET](#).

No obstante, y pese a compartir completamente el fallo del TJUE, cierto es que hay que adaptar a la realidad de los empleadores del hogar familiar el sistema de registro teniendo en cuenta sus particularidades y especificidades, pues la implantación de estos sistemas de registro puede suponer grandes desafíos para los empleadores y las propias personas trabajadoras. Será necesario establecer mecanismos o herramientas sencillas, asequibles y accesibles que permitan llevar un control efectivo de las horas trabajadas. Además, será necesario que las Administraciones públicas y los agentes sociales lleven a cabo campañas de información y sensibilización para dar a conocer la nueva obligatoriedad y facilitar su cumplimiento.

Finalmente, el fallo obliga a los Estados miembros a revisar y adaptar sus legislaciones internas a la normativa comunitaria. Esto implica que aquellas normativas que puedan generar desigualdad o desprotección para determinados colectivos de personas trabajadoras deberán adaptarse para cumplir con el marco legal de la UE.

Libertad sindical y regulación restrictiva en convenio colectivo del flujo de información sindical a través de los medios digitales de la empresa. ¿Es legítimo un derecho a la censura?

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Supremo 1339/2024, de 11 de diciembre**

Carolina Martínez Moreno

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Oviedo (España)

cmmoreno@uniovi.es | <https://orcid.org/0000-0003-2755-7485>

Extracto

La circulación fluida de información y la expresión libre de opiniones forman parte del contenido esencial de la libertad sindical. Y el uso de las herramientas digitales disponibles en la empresa como medio de comunicación y transmisión de información de interés es un derecho consolidado desde la Sentencia del Tribunal Constitucional 281/2005. Aunque también resulta constitucionalmente lícito someter ese empleo a ciertas condiciones, como que se trate de un uso inocuo, que no suponga un gravamen para la empresa, y que se respeten las reglas y límites que se hubieran podido establecer. Empresas y negociación colectiva proporcionan códigos, protocolos y reglas de uso. El Tribunal Supremo se ocupa una vez más de intentar dar solución a un caso litigioso.

Palabras clave: libertad sindical; derecho a la información; libertad de expresión; uso sindical del correo electrónico; uso de medios digitales empresariales; poderes empresariales; negociación colectiva.

Recibido: 06-02-2025 / Aceptado: 07-02-2025 / Publicado: 06-03-2025

Cómo citar: Martínez Moreno, C. (2025). Libertad sindical y regulación restrictiva en convenio colectivo del flujo de información sindical a través de los medios digitales de la empresa. ¿Es legítimo un derecho a la censura? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 1339/2024, de 11 de diciembre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 485, 121-127. <https://doi.org/10.51302/rtss.2025.24351>

Freedom of association and restrictive regulation in the collective agreement of the flow of union information through the company's digital media. Is a right to censorship legitimate?

Commentary on the Ruling of the Supreme Court 1339/2024,
of December 11

Carolina Martínez Moreno

Professor of Labour and Social Security Law.

University of Oviedo (Spain)

cmmoreno@uniovi.es | <https://orcid.org/0000-0003-2755-7485>

Abstract

Circulation of information and the free expression of opinions are part of the essential content of freedom of association. And the use of digital tools available in the company as a means of communication and transmission of information of interest is a right stated since Ruling of the Constitutional Court 281/2005. Although it is also constitutionally legal to subject this employment to certain conditions, such as that it is a harmless use, that it does not entail a burden on the company, and that the rules and limits that could have been established are respected. Companies and collective bargaining provide codes, protocols and rules of use. The Supreme Court is once again trying to resolve a contentious case.

Keywords: trade union freedom; right to information; freedom of expression; union use of email; use of business digital media; business powers; collective bargaining.

Received: 06-02-2025 / Accepted: 07-02-2025 / Published: 06-03-2025

Citation: Martínez Moreno, C. (2025). Freedom of association and restrictive regulation in the collective agreement of the flow of union information through the company's digital media. Is a right to censorship legitimate? Commentary on the Ruling of the Supreme Court 1339/2024, of December 11. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 485, 121-127. <https://doi.org/10.51302/rtss.2025.24351>

1. Marco de ordenación del uso sindical del correo electrónico y las herramientas digitales

Pese a que el [Estatuto de los Trabajadores](#) y la [Ley orgánica de libertad sindical](#) siguen refiriéndose al tablón de anuncios como soporte de la información sindical, el uso de las herramientas digitales como medio de comunicación y transmisión de información de interés entre la representación de los trabajadores y las personas integrantes de la plantilla es un derecho que está fuera de toda duda desde el relevante hito doctrinal que representó la Sentencia del Tribunal Constitucional ([STC](#)) [281/2005](#). De conformidad con una consolidada y bien conocida doctrina constitucional, la circulación fluida de información y la expresión libre de opiniones forman parte del contenido esencial de la libertad sindical, son fundamento de la participación en la empresa, permiten el ejercicio cabal de la acción sindical y propician, en fin, el desarrollo de la democracia y el pluralismo sindicales. Y el empleo para ello de los instrumentos, equipos o dispositivos que ya existan en la empresa y puedan ser medios eficientes para la comunicación y transmisión de noticias, comunicados y opiniones con relevancia laboral estaría asimismo amparado por el derecho fundamental reconocido en el [artículo 28.1 de la Constitución española](#). Eso sí, también resulta constitucionalmente lícito someter ese empleo a ciertas condiciones, como que se trate de un uso inocuo o no dañino, que no suponga un gravamen o coste adicional para la empresa, y que se respeten las reglas y límites que, en su caso, se hubieran podido establecer. Prevalenciando, en caso de conflicto, el interés empresarial en defender su capacidad productiva y organizativa. En la práctica, justo a raíz de aquel relevante pronunciamiento constitucional, empresas y negociación colectiva se han ocupado de establecer códigos, protocolos y reglas de uso que clarifiquen los términos, alcance y límites o condicionantes del uso de estos medios como canal de comunicación sindical. Respetando esas condiciones, poner injustificada o arbitrariamente obstáculos o impedimentos al ejercicio fluido, eficiente y actualizado de esas facultades constituiría una conducta lesiva de la libertad sindical.

El Tribunal Supremo ha tenido desde aquel momento numerosas ocasiones de analizar y enjuiciar situaciones de conflicto a propósito del ejercicio de estos derechos y, en concreto, del posible uso de esos medios e instrumentos; que se han resuelto, justamente, en aplicación de esa doctrina, considerando que no existía lesión cuando la negativa u óbice opuesto por la empresa tenía fundamento en dificultades o gravámenes excesivos acreditados (por ejemplo, en las SSTs de [17 de junio de 2010, rec. 68/2009](#), o de [22 de junio de 2011, rec. 153/2010](#)); y, al revés, calificando la conducta, práctica o decisión empresarial

como vulneración de la libertad sindical en el caso contrario. En muchos de esos supuestos, la lesión se produce a resultas de un trato diferente entre sindicatos; por ejemplo, en la [STS de 15 de enero de 2019 \(rec. 220/2017\)](#), donde la empresa bloqueaba, retrasaba u omittía en sus comunicaciones a la plantilla únicamente las notas de una organización sindical. Esta sentencia tiene un singular interés, porque la sala –tal vez sería más correcto decir la ponente– no duda en enviar una llamada de atención a las partes en conflicto, por tratarse de un debate que no hubiera debido llegar al máximo grado jurisdiccional para resolverse, cuando estaba claro que no concurrían circunstancias que pudieran justificar la negativa, habida cuenta de que el resto de sindicatos con presencia en la empresa podían ejercitar su derecho sin problema alguno. En un supuesto similar, y muy poco tiempo después –casi coetáneamente–, la [STS de 21 de febrero de 2019 \(rec. 214/2017\)](#) vuelve a estimar la existencia de lesión de la libertad sindical por una negativa de la empleadora a permitir el uso del correo electrónico, sin causa justificada, a un determinado sindicato. Y más recientemente, en la muy diáfana [STS de 25 de abril de 2023 \(rec. 334/2021\)](#), se resuelve en idéntico sentido en relación con una negativa de la empresa –de nuevo una entidad bancaria– a remitir una circular de un sindicato a las direcciones de correo corporativas de toda la plantilla. Y ello pese a la existencia de un acuerdo alcanzado en conciliación conforme al cual la empresa se había comprometido a permitir a las secciones proceder al envío de comunicaciones al conjunto de trabajadores de la compañía. En esta magníficamente construida y razonada sentencia, la sala recuerda criterios homogéneos mantenidos en pronunciamientos precedentes como la [STS de 26 de abril de 2016 \(rec. 113/2015\)](#), la [STS de 2 de noviembre de 2016 \(rec. 262/2015\)](#) o la [STS de 27 de mayo de 2021 \(rec. 151/2019\)](#), que con claridad expresa que el «control previo» por la empresa del contenido de la información sindical es incompatible, con carácter general, con ese derecho a informar que forma parte de la libertad sindical. Y, en fin, la [STS de 25 de enero de 2023 \(rec. 62/2021\)](#), que compendia la jurisprudencia existente sobre el derecho de las secciones sindicales a que la empresa les facilite una cuenta de correo para poder comunicarse con la totalidad de la plantilla.

2. El supuesto de hecho enjuiciado en este caso

Una primera peculiaridad del asunto sobre el que versa la [STS 1339/2024, de 11 de diciembre](#) –objeto de este comentario–, es que la controversia surge de la impugnación del [I Convenio Colectivo del Grupo Parcial Cepsa \(BOE de 28 de febrero de 2018\)](#), en concreto, de algunos pasajes de su artículo 82.2 que la organización promotora del procedimiento considera lesivos de la libertad sindical y el derecho al secreto de las comunicaciones. La regulación convencional que se cuestiona –y que la sentencia reproduce textualmente de una manera repetitiva y con bastante desorden, que resulta no solo innecesaria, sino que oscurece y dificulta la comprensión– básicamente se refiere a la articulación de una operativa o protocolo para la transmisión de comunicaciones por parte de las secciones sindicales, que, por un lado, da preferencia al uso de otros canales (la intranet, las *newsletters* de recursos humanos y la comunicación corporativa), y reserva el envío de correos masivos para

los supuestos específicos de celebración de procesos electorales y de negociación –que es el caso del supuesto de hecho– o cuando concurran circunstancias excepcionales que lo justifiquen (temas estratégicos de gran impacto y máximo interés, o situaciones de urgencia o crisis en que no pueda utilizarse otro canal). Por otra parte, y de acuerdo con una «práctica habitual» (dice el clausulado del convenio), el envío de la información se canaliza, primero, mediante la remisión de la información que se pretenda publicar a la representación de la empresa, que acusa recibo y gestiona a continuación la publicación en la intranet a través de la unidad de recursos humanos, que es la que, finalmente, autoriza, en su caso, el envío de correos electrónicos masivos en los que se incluye un enlace a la intranet donde aparece el texto del comunicado.

Aunque se impugna el convenio, en realidad el conflicto surge a raíz de una negativa de la empresa a distribuir mediante el correo una comunicación de la federación sindical demandante a propósito de las negociaciones para la prórroga del convenio colectivo por entender que no se cumplían los presupuestos y condiciones pactados, pues se trataba de un comunicado que reiteraba una opinión que ya anteriormente se había manifestado y publicado en la intranet, y no se habían producido cambios ni novedades en el proceso negociador que justificaran un nuevo envío.

3. La clave del fallo

La sala comienza por dirimir una cuestión procesal previa, presupuesto de viabilidad del recurso, consistente en si pudiera estimarse la concurrencia de una pérdida sobrevenida del objeto litigioso, consecuencia de haberse publicado el [II Convenio Colectivo del Grupo Parcial Cepsa \(Resolución de 16 de febrero de 2024, de la Dirección General de Trabajo –BOE 28 de febrero–\)](#), que deroga la versión anterior, que es la impugnada. De nuevo con prolijidad excesiva, y una poco útil o prescindible reproducción textual de las sentencias que contienen la doctrina aplicable (SSTS de [6 de marzo de 2024, rec. 282/2021](#), y de [26 de junio de 2024, rec. 162/2022](#)), se llega a la sencilla conclusión de que el objeto debatido sigue vivo, puesto que el nuevo convenio regula igualmente el uso de la intranet, el portal sindical y el correo electrónico; y, por lo que a la concreta cuestión litigiosa que ha de resolverse atañe, el pasaje del texto problemático se redacta en términos prácticamente idénticos a los del anterior convenio.

Respecto del fondo del asunto, la sala resolverá en sentido desestimatorio el recurso de la organización demandante y confirmará la sentencia de la instancia dictada por la Audiencia Nacional con base en los siguientes argumentos: el primero, que la publicación de las informaciones sindicales en la intranet es imperativa y no se encuentra sometida a autorización previa, control empresarial ni límite alguno; el segundo, que el convenio se limita a establecer unos pasos, un procedimiento, y que en ese camino, el conocimiento por la empresa del contenido de las comunicaciones es «connatural» al medio empleado, la

intranet; y que los presupuestos para el uso del correo –con carácter general, racional y adecuado, y específicamente en el caso, limitado a ciertas circunstancias– no se cumplieran, sobre todo, porque los correos remitían a una comunicación que reiteraba otras ya publicadas con el mismo contenido.

La sala recurre a un argumento que podría considerarse a mayor abundamiento, justificando por qué su solución difiere de la alcanzada en sentencias anteriores, que acogen la doctrina ya conocida, y que la recurrente invoca para fundamentar la infracción denunciada, considerando que las respectivas situaciones litigiosas son disparejas.

4. Valoración crítica

La lectura de esta [sentencia](#) me parece que provoca sentimientos encontrados y deja no pocas preguntas a las que habría que responder. El extracto del razonamiento realizado –que es posible obtener no sin salvar previamente algunos escollos para la cabal comprensión del problema y del hilo argumental de la sala– puede resultar reconfortante. No hay en verdad un serio obstáculo que la empresa haya opuesto para que el mensaje que se trataba de comunicar llegase a los destinatarios. Pero en un plano de mayor abstracción, y pese a que es cierto que la casación ordinaria ha de ceñirse con precisión a la concreta situación litigiosa y sus peculiares circunstancias, la regulación en cuestión, en particular en relación con el uso del correo electrónico, no deja de sembrar alguna duda. Sobre todo, porque es la empresa la que valora y autoriza los envíos masivos, y, como pone de relieve este asunto, se reserva una especie de control previo sobre la oportunidad o pertinencia de llevarlos a cabo. Lo que contraviene frontalmente la doctrina de la propia sala contenida en la ya citada [STS de 27 de mayo de 2021 \(rec. 151/2019\)](#), a la que aludía la posterior de [25 de abril de 2023 \(rec. 334/2021\)](#). Es más, el hecho de que los comunicados vayan preferentemente a la intranet, lo que permite el conocimiento del contenido por la empresa, tampoco resulta muy acorde con los parámetros constitucionales y doctrinales más arriba apuntados. Siguen, por tanto, la incertidumbre y la falta de un criterio claro en relación con esta materia.

En el capítulo de las preguntas, la primera es si acertó la organización demandante en optar por impugnar el convenio y no hubiera sido una mucho mejor estrategia procesal haber promovido una demanda de conflicto colectivo o de tutela de derechos fundamentales contra la estricta decisión de la empresa en ese caso. Aquí acierta de pleno la sala al decir que «si en algún hipotético supuesto, la empresa rechazara la publicación de una información en la intranet, ello podrá denunciarse e impugnarse por las vías y modalidades que procedan [...]», y que, en todo caso, el sindicato recurrente podría haber impugnado la actuación de la empresa en ese concreto episodio, por las modalidades procesales legalmente establecidas.

Desde un punto de vista más psicosociológico, en relación con el desenvolvimiento de las relaciones laborales, podría cernirse otra duda a propósito del modo de interpretar la conducta de la organización que firma una versión del convenio perfectamente coincidente con la del texto cuya validez está cuestionando y combatiendo hasta llegar al más alto grado jurisdiccional. Seguro que tiene alguna explicación, pero no podemos especular sobre ella.

En fin, esto solo como desahogo personal: recuerdo un texto inédito y conversaciones en torno a él con el admirado y añorado Aurelio Desdentado, que versaban sobre el lenguaje judicial y la estructura de las sentencias, que él clasificaba en áticas y asiáticas. Las primeras, expresión del amor a la belleza sencilla, elegante y limpia. Las segundas, de una factura menos amable.

Las empresas contratistas no son empresas de trabajo temporal, pero lo pueden ser si incurren en cesión ilegal

Comentario a la **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de octubre de 2024 (asunto C-441/23)**

Magdalena Nogueira Guastavino

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad Autónoma de Madrid (España)

magdalena.nogueira@uam.es | <https://orcid.org/0000-0002-3195-9332>

Extracto

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de octubre de 2024, en el asunto C-441/23, pone de relieve que nuestra normativa no resulta conforme con la Directiva sobre empresas de trabajo temporal en tanto la exigencia española de autorización administrativa no se contempla en la normativa europea y porque limitar el concepto a dichas empresas impediría una interpretación uniforme de la directiva, limitando su efecto útil. La sentencia obliga al ordenamiento español a plantearse una reforma de la legislación sobre las empresas que ponen a disposición personas trabajadoras de modo temporal y, mientras tanto, considerar que toda empresa contratista que contrate con otra principal debe considerarse una empresa de trabajo temporal solo, y únicamente, cuando pierda el control de su poder de dirección a favor de la principal incurriendo en lo que venimos considerando cesión ilegal.

Palabras clave: empresas de trabajo temporal; autorización administrativa; cesión ilegal; contratas y subcontratas.

Recibido: 30-01-2025 / Aceptado: 31-01-2025 / Publicado: 06-03-2025

Cómo citar: Nogueira Guastavino, M. (2025). Las empresas contratistas no son empresas de trabajo temporal, pero lo pueden ser si incurren en cesión ilegal. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de octubre de 2024 (asunto C-441/23). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 485, 128-138. <https://doi.org/10.51302/rtss.2025.24335>

Contracting companies are not temporary employment agencies, but those engaging in illegal labour leasing may be

Commentary on the Ruling of the Court of Justice of the European Union of October 24, 2024 (case C-441/23)

Magdalena Nogueira Guastavino

Professor of Labour and Social Security Law.

Universidad Autónoma de Madrid (Spain)

magdalena.nogueira@uam.es | <https://orcid.org/0000-0002-3195-9332>

Abstract

The ruling of the Court of Justice of the European Union October 24, 2024, in the case C-441/23, highlights that the Spanish legal framework is not in compliance with the Directive on Temporary Work Agencies (TWA Directive), as the requirement for administrative authorization under Spanish law is not provided for in EU legislation. Furthermore, restricting the concept of TWA solely to authorized entities would hinder a uniform interpretation of the Directive and would undermine the effectiveness of that directive by inordinately and unjustifiably restricting its scope. This judgement obliges the Spanish legal system to consider a reform of the legislation on companies that provide temporary workers. In the meantime, any contracting company that engages in a relationship with a principal company should be considered a TWA only, and exclusively, when it relinquishes control over its managerial authority in favour of the principal company, thus falling within what is currently classified as unlawful worker transfer.

Keywords: temporary work agencies; administrative authorization; unlawful transfer of workers; service contracts and subcontracting agreements.

Received: 30-01-2025 / Accepted: 31-01-2025 / Published: 06-03-2025

Citation: Nogueira Guastavino, M. (2025). Contracting companies are not temporary employment agencies, but those engaging in illegal labour leasing may be. Commentary on the Ruling of the Court of Justice of the European Union of October 24, 2024 (case C-441/23). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 485, 128-138. <https://doi.org/10.51302/rtss.2025.24335>

1. Marco normativo

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 24 de octubre de 2024, en el asunto C-441/23, *Omnitel*, destaca la incompatibilidad de la normativa española con la [Directiva sobre empresas de trabajo temporal](#). En particular, señala que la exigencia de autorización administrativa en España no está prevista en la normativa europea y que restringir el concepto de empresas de trabajo temporal (ETT) a estas empresas dificulta una interpretación uniforme de la directiva y su efecto útil. Para comprender la decisión debe recordarse la normativa aplicable al caso.

Desde la perspectiva del Derecho de la Unión, la [Directiva 2008/104/CE](#) relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal es clave, especialmente en lo relativo a su ámbito de aplicación (arts. 1 y 2), definiciones (art. 3) y el principio de igualdad de trato en las condiciones laborales (art. 5.1). La directiva se aplica a los trabajadores con contrato en una ETT y que son cedidos temporalmente a empresas usuarias bajo su dirección y control (art. 1.1), extendiéndose tanto a empresas privadas como públicas con actividad económica, con o sin ánimo de lucro. Define como:

- ETT: cualquier persona física o jurídica que contrate trabajadores para cederlos temporalmente a empresas usuarias (art. 3.1 b).
- Empresa usuaria: aquella bajo cuya dirección y control trabaja el empleado cedido (art. 3.1 d).
- Misión: el periodo durante el cual el trabajador cedido desempeña su labor en la empresa usuaria (art. 3.1 e).
- Condiciones esenciales de trabajo: incluyen jornada, horas extras, descansos, vacaciones, festivos y remuneración, conforme a la normativa o convenios aplicables en la empresa usuaria (art. 3 f).

El artículo 5 de la [directiva](#) garantiza la igualdad de condiciones entre trabajadores cedidos y empleados directos de la empresa usuaria, incluyendo protección por maternidad y la igualdad de trato entre hombres y mujeres.

En el Derecho español, la regulación se encuentra en el [artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores](#) (ET), que considera ilegal toda cesión de trabajadores que no sea realizada

por una ETT debidamente autorizada. Pero también en la [Ley 14/1994](#), que regula las ETT y establece ciertos requisitos, tales como una estructura organizativa adecuada ([art. 2](#)), responsabilidad en obligaciones salariales y de seguridad social ([art. 12](#)), y el traspaso del poder de dirección a la empresa usuaria durante la misión del trabajador ([art. 15](#)).

Por otro lado, en materia de igualdad y no discriminación, se invoca la [Directiva 2006/54/CE](#), que protege frente a la discriminación por maternidad o embarazo ([art. 2.2](#)) y garantiza la reincorporación tras un permiso de maternidad ([art. 15](#)). En el ámbito nacional, el ET ([arts. 53 y 55](#)) establece la nulidad del despido de trabajadores que se reincorporen tras un permiso por nacimiento y cuidado de menor, dentro de los 12 meses posteriores al nacimiento.

2. Supuesto de hecho sometido a enjuiciamiento

La sentencia se origina en la demanda de una trabajadora (LM), quien solicitó la nulidad de su despido por discriminación de género (maternidad) y la condena solidaria de dos empresas. LM había realizado prácticas en Microsoft hasta junio de 2011 y, durante los 6 años siguientes, firmó contratos con tres empresas distintas, las cuales, a su vez, prestaban servicios a Microsoft. Desde el 1 de agosto de 2017, trabajó para Leadmarket como consultora comercial en el departamento OEM de Microsoft, desempeñando funciones de *marketing* no realizadas por empleados de la compañía. Mientras estaba embarazada, Microsoft comunicó a Leadmarket que no renovarían su contrato de servicios más allá del 30 de septiembre de 2020. El 22 de septiembre de 2020, LM inició una incapacidad temporal y, tras dar a luz, disfrutó de los permisos de maternidad, lactancia y vacaciones. El 29 de abril de 2021, antes de su reincorporación, Leadmarket le notificó la extinción de su contrato por causas objetivas, alegando una reducción de la demanda y de los proyectos previstos.

El juzgado de lo social determinó que la relación entre las empresas no constituía una cesión ilegal de trabajadores, sino una contrata de servicios, rechazando que el salario de la trabajadora debiera equipararse al que habría percibido de haber sido contratada directamente por Microsoft. No obstante, aunque considera que la decisión de despedir se debió a la falta de presupuesto, declaró nulo el despido aplicando el ET, que presume la nulidad del despido producido en periodos posteriores a la baja por nacimiento y cuidado de menor. Por no ser discriminatorio, el tribunal rechazó la pretensión indemnizatoria por vulneración de derechos, pero condenó a Leadmarket a pagar a la trabajadora los salarios pendientes y las vacaciones no disfrutadas.

Ante esta resolución, la trabajadora recurrió en suplicación, alegando que se trataba de una cesión ilegal y que Microsoft debía ser condenada solidariamente, incluyendo su readmisión en el puesto y la equiparación salarial. Además, solicitó una indemnización adicional por la vulneración de sus derechos, responsabilidad que atribuyó a ambas empresas. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid interpone cuestión prejudicial al tener dudas sobre

si es aplicable la [Directiva sobre ETT](#) y si hubo puesta a disposición, pero también respecto a si el despido debe ser considerado nulo por discriminatorio y deben ser condenadas ambas empresas en tanto la nulidad implica el derecho de la trabajadora a retornar a su puesto de trabajo anterior al despido y, al haberse extinguido la relación entre Leadmarket y Microsoft, la readmisión en su puesto de trabajo y funciones anteriores a la maternidad solo podría efectuarse si se reincorporara en Microsoft.

La [STJUE de 24 de octubre de 2024](#), aunque declara inadmisibles varias de las cuestiones prejudiciales planteadas (las relativas al alcance de la readmisión y su conformidad con la [Directiva 2006/54/UE](#)¹), concluye que el artículo 3.1 b) (definición de ETT) debe interpretarse en el sentido de que esta se aplica

a toda persona física o jurídica que celebre un contrato de empleo o que establezca una relación de empleo con un trabajador, con vistas a destinarlo a una empresa usuaria para que trabaje en ella temporalmente bajo la dirección y el control de esta, y que ponga a ese trabajador a disposición de dicha empresa, aun cuando esa persona no esté reconocida por la legislación interna como empresa de trabajo temporal por no disponer de una autorización administrativa como tal.

Asimismo, considera que está comprendida dentro del concepto de trabajo a través de ETT (art. 3.1 letras b) a d):

la situación en la que una empresa cuya actividad es celebrar contratos de empleo o establecer relaciones de empleo con trabajadores, con el fin de ponerlos a disposición de una empresa usuaria por un periodo determinado, pone a un trabajador a disposición de una empresa usuaria, cuando dicho trabajador se encuentra bajo la dirección y el control de esta última empresa y cuando esta, por un lado, le impone las prestaciones que debe realizar, la manera de llevarlas a cabo y la observancia de sus instrucciones y normas internas, y, por otro, ejerce vigilancia y control sobre el modo en el que ese trabajador desempeña sus funciones.

¹ Por considerar el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) que, a pesar de la presunción de pertinencia de las cuestiones y del marco normativo y fáctico planteado por el tribunal nacional, puede abstenerse de pronunciarse

[...] cuando resulte evidente que la interpretación del Derecho de la Unión solicitada no guarda relación alguna ni con la realidad ni con el objeto del litigio principal, cuando el problema sea de naturaleza hipotética o cuando el Tribunal de Justicia no disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para dar una respuesta útil a las cuestiones que se le hayan planteado [...].

En el presente caso, considera que se trata de cuestiones hipotéticas, pues no se ha demostrado que en el caso de autos el empleador de la trabajadora de que se trata en el asunto principal sea una ETT, no se ha dado dato alguno para considerar que en el momento del despido aún existieran entre Microsoft y la trabajadora relaciones de trabajo, y la relación entre las empresas había cesado 2 meses antes del despido.

Por otro lado, considera que el artículo 5.1 de la misma [Directiva de ETT](#)

debe interpretarse en el sentido de que un trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal a una empresa usuaria, a efectos de esta Directiva, debe percibir, durante su misión en ella, un salario al menos igual al que habría percibido si hubiera sido contratado directamente por dicha empresa.

3. Cuestiones clave determinantes de la resolución

La primera cuestión prejudicial aborda si la [Directiva de ETT](#) se aplica a una empresa que, pese a no ser considerada como tal en el ordenamiento interno, cede temporalmente trabajadores a otra empresa. El tribunal determina que la [directiva](#) sí debe aplicarse en estos casos, en tanto la definición comunitaria de ETT no contiene ninguna referencia a la exigencia de una autorización administrativa y solo señala que debe tratarse de una persona física o jurídica que contrate trabajadores para asignarlos temporalmente a empresas usuarias bajo su dirección y control. Respecto a la referencia en el artículo 3.1 b) de la [directiva](#) de que la ETT «que celebre contratos de empleo con trabajadores, con *arreglo al Derecho nacional*, con vistas a destinarlos a empresas usuarias para que trabajen en ellas temporalmente bajo la dirección y control de estas», precisa el tribunal que la remisión solo afecta al procedimiento de celebración de contratos o a la configuración de las relaciones laborales, sin que ello incluya la exigencia de una autorización administrativa (apdos. 33 y 35). Rechaza el TJUE toda interpretación que limite la aplicación de la [directiva](#) solo a empresas con autorización administrativa, pues esto generaría desigualdades entre Estados miembros y dentro de un mismo país, dependiendo de si la empresa tiene o no dicha autorización (apdo. 41). Ello vulneraría los objetivos de la [directiva](#), que busca proteger a los trabajadores cedidos, y permitiría a ciertas empresas eludir su aplicación, dejando a los trabajadores sin protección (apdo. 42). En conclusión, la [directiva](#) se aplica a cualquier entidad que celebre contratos de trabajo con empleados para cederlos de manera temporal a una empresa usuaria, independientemente de que el Derecho interno la reconozca o no como ETT por carecer de autorización administrativa (apdo. 43).

La segunda cuestión consiste en determinar si debe interpretarse que en el concepto de trabajo a través de ETT, a efectos del artículo 3, está incluida una empresa a la que la legislación nacional no reconoce como ETT pero que pone a una de sus empleadas, de la que recibe el informe mensual de actividad y de cuyo tiempo de trabajo y vacaciones y permisos conserva la gestión, a disposición de otra empresa para que esta empleada trabaje diariamente bajo la dirección y el control de otra empresa. Básicamente se plantea el concepto de ETT, de trabajador cedido y de empresa usuaria bajo cuyo control y dirección ejerce funciones el trabajador cedido. Para el tribunal es competencia del órgano de jurisdicción nacional comprobar si el trabajador ejerce sus funciones bajo dirección y control de una empresa usuaria o, por el contrario, del empleador que le contrató y celebró un contra-

to de prestación de servicios con esta última. Es decir, se trata de una cuestión de hecho. No obstante, como es habitual, el propio TJUE ofrecerá al órgano nacional algunos indicios para ayudarle en su decisión.

De este modo, el TJUE aclara que una ETT es aquella que celebra contratos de trabajo con el propósito de ceder trabajadores a empresas usuarias para que desempeñen temporalmente sus funciones bajo su control y dirección. Sin que la [directiva](#) exija que una empresa ceda un número mínimo o porcentaje específico de trabajadores para ser considerada una ETT y sin que sea suficiente con que una empresa ponga ocasionalmente a algunos de sus trabajadores a disposición de otra, ya que en tales casos se trataría de una prestación de servicios entre empresas y no de una cesión de trabajadores (apdo. 52: «prestaciones de servicios de una empresa a otra y no a prestaciones de trabajos realizadas por trabajadores cedidos»). Si el órgano nacional determina que la actividad principal de la empresa es contratar trabajadores para cederlos temporalmente a empresas usuarias bajo su control y dirección, la [directiva](#) debe aplicarse y la empresa debe ser considerada una ETT. Para verificarlo debe recordar que el concepto de «trabajador» tiene un significado propio en el derecho comunitario, basado en la prestación de un servicio bajo la dirección de otro a cambio de una remuneración y que la característica distintiva de la relación laboral en la cesión de trabajadores radica en que la ETT mantiene la relación laboral con el empleado, pero transfiere a la empresa usuaria la dirección y el control, generando así una nueva relación de subordinación. Corresponde al tribunal nacional determinar, según las circunstancias del caso, qué empresa ostenta la dirección y el control del trabajador cedido (apdo. 59).

Sin perjuicio de ello, señala algunos elementos que dicho órgano debería tener en cuenta, como el que la ETT reciba un informe mensual de actividad del trabajador puesto a disposición de la empresa usuaria, remarcando que el hecho de que la ETT apruebe las vacaciones y los permisos del trabajador cedido y fije sus horarios constituye un aspecto que

[...] *a priori*, no es anormal que esa empresa, que sigue siendo el empleador del trabajador, proceda formalmente a esa aprobación y a esa fijación, sin que ello ponga en entredicho la realidad de la dirección y el control del trabajador asumidos por la empresa usuaria en el marco de la puesta a disposición de este último.

Lo fundamental para el TJUE es que la empresa usuaria tenga el poder de dirección y control sobre el trabajador cedido, lo que implica la capacidad de exigirle el cumplimiento de normas internas, establecer métodos de trabajo y ejercer vigilancia sobre la forma en que desarrolla sus funciones. Para evitar confusiones entre la cesión de trabajadores y una simple prestación de servicios entre empresas, el TJUE aclara que la empresa usuaria no puede ser considerada como tal solo por supervisar el trabajo realizado o dar instrucciones generales a los empleados (apdo. 61).

El TJUE concluye que el concepto de trabajo a través de ETT abarca los casos en los que una empresa cuya actividad consiste en contratar trabajadores para cederlos temporalmente a una empresa usuaria lo hace bajo determinadas condiciones. En particular, se considera que hay cesión de trabajadores cuando el empleado desempeña su labor bajo la dirección y el control de la empresa usuaria, que le «impone las prestaciones que debe realizar, la manera de llevarlas a cabo y la observancia de sus instrucciones y normas internas, y, por otro, ejerce vigilancia y control sobre el modo en el que ese trabajador desempeña sus funciones» (apdo. 62).

La tercera y última cuestión abordada por el TJUE, relativa a determinar si el artículo 5.1 de la [Directiva de ETT](#) obliga a que el trabajador cedido perciba durante su misión en la empresa usuaria un salario al menos igual al que habría percibido si hubiese sido contratado directamente por dicha empresa, es contestada de modo afirmativo.

4. Valoración crítica

La [STJUE](#) ha dado lugar a comentarios de diversos laboristas². En alguno se ha sugerido que el régimen jurídico de las contratas ([art. 42 ET](#)) debía someterse a una revisión a partir de esta sentencia europea. Sin embargo, el TJUE no se centra en esta dicotomía, sino en el hecho de que el ordenamiento español podría estar incumpliendo la igualdad de condiciones laborales establecida en la [Directiva de ETT](#), al supeditar su aplicación a una autorización administrativa y a estrictos requisitos formales y materiales. Más que oponer contrata y cesión ilegal, la sentencia amplía el concepto de cesión *legal*, incluyendo no solo la realizada por ETT autorizadas, sino también aquella en la que empresas sin autorización formal llevan a cabo *prestamismo laboral temporal*, pero sin que con este pronunciamiento queden afectadas las verdaderas empresas contratistas de servicios.

Las contratas están salvaguardadas siempre que exista una auténtica prestación de servicios empresarial y la empresa contratante no asuma el control y dirección del personal. Según el TJUE, no se considera cesión temporal de trabajadores si la empresa contratante solo supervisa el trabajo o da instrucciones generales, sin integrar a las personas trabajadoras en su propia organización (apdo. 61). En las contratas no se pone a disposición trabajadores para que los organice y dirija otra empresa, la empresa contratante, sino que lo que se contrata es un servicio que se presta, como tal, en otra empresa, con independencia de que, en muchos casos, ciertos criterios puedan ser fijados por la empresa contratante, o resultar comunes a los de sus propios trabajadores. Se organiza el servicio por parte de la contratante (criterios de tiempo, jornada, instalaciones), precisamente para facilitar la correcta prestación del servicio contratado, pero sin dirigir o modalizar las funciones de cada

² Vid. [Rojo Torrecilla \(2024\)](#); [Beltrán de Heredia Ruiz \(2024\)](#); [Liñán Hernández \(2024\)](#) y, en especial, el clarificador comentario de [Durán López \(2024\)](#).

uno de los trabajadores enviados. En otras palabras, en una contrata legítima, los trabajadores prestan servicios en otra empresa, pero sin que esta última les someta a su dirección y control en cuanto a cómo, cuándo y dónde desempeñan sus tareas individuales para desarrollar el servicio contratado.

A partir de ahora, no basta con identificar una cesión ilegal (ahora «legal puesta a disposición») porque la empresa contratante organice el trabajo y las tareas de los trabajadores (cuestión que sigue siendo clave), sino que será también necesario comprobar si la cesión o puesta a disposición es realizada por una ETT en los términos de la [directiva](#), entendida como

[...] toda persona física o jurídica que celebre contratos de empleo o establezca relaciones de empleo con trabajadores, con arreglo al Derecho nacional, con vistas a destinarlos a empresas usuarias para que trabajen en ellas temporalmente bajo la dirección y control de estas.

Esta definición sugiere que el régimen de la cesión ilegal contenido en el [artículo 43 del ET](#) debiera reformarse mediante su desdoblamiento o eliminación. Me explico. La supresión del [artículo 43 del ET](#) permitiría considerar empleador a quienes reciben la prestación asalarada cuando la empresa cedente tan solo sea un mero testaferro, en cuyo caso la figura del levantamiento del velo resuelve los problemas y otorga los derechos al trabajador cedido como si hubiera sido contratado por la empresa real ([art. 1.2 ET](#)). En tal caso, bastaría con reformar este último precepto para incluir dentro del concepto de empleador a quien recibe la prestación asalarada de las «personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal», sin más (suprimiendo la coletilla actual «legalmente constituidas»). Otra opción sería reformular el [artículo 43.2 del ET](#), diferenciando entre: a) cesión ilegal: cuando no exista relación laboral real con la empresa cedente y se actúe como mera intermediaria, sin «celebrar contratos de empleo ni establecer relaciones de empleo con trabajadores» (por ejemplo, por no haber recibido nunca los servicios asalarados), cuyo régimen jurídico estaría fuera de la [directiva](#); y b) cesión temporal legal cuando una empresa, aunque no esté formalmente reconocida como ETT, pone sus trabajadores a disposición temporal de otra empresa, cediendo a esta el control y dirección de dichos trabajadores, lo que, a partir de ahora, convertiría a la primera en ETT y a la segunda en empresa usuaria conforme a la [directiva](#).

En definitiva, la cesión se considera legal bajo la [directiva](#) cuando hay una puesta a «disposición temporal del trabajador bajo el control y dirección de la empresa usuaria», sin importar si la empresa cedente conserva ciertas facultades (contratación, formación, sanción, etc.), ya que esto también ocurre en las ETT reguladas. Lo determinante es, de un lado, que el trabajador sea cedido temporalmente por una empresa cuya «actividad» consiste en el prestamismo laboral (apdo. 62) y «con la que mantiene una relación laboral», y, de otro lado y como elemento medular, que la empresa cesionaria o usuaria sea la que «dirige y controla» el trabajo de la persona cedida, organizando las tareas a desempeñar (decidiendo

cuándo, dónde y cómo debe desarrollar cada una de sus funciones) en el marco de la propia organización empresarial, es decir, integrando el trabajo asalariado dentro de su propia organización y obteniendo directamente la plusvalía laboral mientras desarrolla la misión. Así parece entenderlo también el primer pronunciamiento conocido sobre esta materia tras la del TJUE que ahora se comenta (*vid.* [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 957/2024, de 4 diciembre](#)).

En todo caso, una atenta lectura de la definición en la [directiva](#) de lo que es una ETT conectada con la afirmación contenida en la [STJUE](#) por la que la remisión al Derecho nacional *no* lo es a la configuración interna de lo que deba ser una ETT, sino tan solo *al tipo de contratos* (apdo. 33: «[...] la exigencia de conformidad con el Derecho nacional se refiere al procedimiento de celebración de los contratos de trabajo o al modo en que se establecen las relaciones laborales»), sugiere que una empresa puede ser considerada ETT si cede («pusieran a disposición») trabajadores en el marco de una *contratación temporal permitida causalmente* por nuestra legislación aunque no se cumpla formalmente con los requisitos formales o administrativos de dicha contratación. Aunque dicho incumplimiento pueda acarrear sanciones, no se altera su calificación como ETT. Cuando una empresa transfiere trabajadores a otra y pierde el control sobre la forma específica en que desempeñan sus funciones porque la empresa usuaria asume su dirección y supervisión, se está ante una ETT. En consecuencia, el trabajador debe recibir las mismas condiciones laborales que los empleados de la empresa donde presta temporalmente sus servicios.

La [STJUE](#) implica que la cesión de trabajadores, tanto legal (mediante ETT) como ilegal según el actual ordenamiento español, debe regirse por la [Directiva de ETT](#), equiparándose en sus consecuencias. En ambos casos, los trabajadores cedidos deben disfrutar de las mismas condiciones laborales que disfrutarían si hubieran sido contratados directamente por la empresa usuaria. Pero, como es sabido, el [artículo 43.4 del ET](#) ya permite al trabajador cedido ilegalmente optar por su fijeza en la empresa cesionaria, garantizándole los mismos derechos que tendría un empleado contratado directamente para el mismo puesto, con antigüedad computada desde el inicio de la cesión. Equiparación que se extiende más allá de la igualdad retributiva, abarcando al conjunto de condiciones laborales y de seguridad social, incluyendo derechos preventivos, recargos en prestaciones, obligaciones salariales y extrasalariales (como indemnizaciones por modificación o extinción del contrato), así como la inclusión del trabajador en los planes de igualdad de la empresa usuaria.

El régimen español de cesión ilegal ofrece, incluso, condiciones más favorables para los trabajadores en comparación con la [Directiva de ETT](#) (art. 9). La principal diferencia radica en que el [artículo 43 del ET](#) permite al trabajador cedido ilegalmente optar por la fijeza en la empresa cesionaria, mientras que en las ETT la cesión es siempre temporal y el trabajador regresa a la ETT al finalizar su misión. Esta temporalidad es un principio clave en la [Directiva de ETT](#). En este sentido, el régimen español es más protector y disuasorio que el europeo, ya que otorga mayor estabilidad laboral en casos de cesión ilegal. Además, cumple con el objetivo clave de la [directiva](#): garantizar la igualdad de condiciones entre trabajado-

res cedidos y empleados directos de la empresa usuaria, e impedir cláusulas que restrinjan la posibilidad de que el trabajador sea contratado por la empresa usuaria una vez finalizada la cesión (art. 6.2 [Directiva de ETT](#)). Pero entonces tendríamos que imponer esta consecuencia al resto de los supuestos de puesta a disposición (pues para el TJUE es la misma figura) o reformar y extender las obligaciones previstas para las ETT a estas empresas no autorizadas que hacen lo mismo (con repercusiones para las empresas multiservicios que operan en este marco normativo).

De este modo, las reformas necesarias parece que se proyectan, además de en la definición de *empleador*, en la normativa sobre ETT. Una opción sería ampliar el concepto de ETT, de modo que, si una empresa es declarada como tal por la Inspección de Trabajo pese a no estar registrada, se le debieran aplicar las mismas obligaciones que a una ETT formalmente considerada como tal. Otra alternativa sería flexibilizar la regulación de las ETT en España, asegurando lo verdaderamente esencial: la equiparación de condiciones laborales entre trabajadores cedidos y la plantilla de la empresa usuaria. Finalmente, se podría mantener el enfoque español actual, que permite al trabajador optar por la fijeza tras una cesión ilegal, dejando intacto el [artículo 43.2 del ET](#) como una mejora más favorable para empresas que no se han declarado como tal y que no han cumplido los requisitos legales a los que se vincula la puesta a disposición general o, incluso, como única regulación para todos los supuestos de puesta a disposición. Con ello se garantizaría la igualdad de condiciones durante la misión y, en su caso, la estabilidad laboral más allá de la misma.

Derecho de un empleado público a la retribución del permiso parental por cuidado de hijo menor de ocho años

Comentario a la **Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Barcelona 299/2024**, de 28 de noviembre

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

Aun cuando la sentencia analizada reconoce en el supuesto de hecho enjuiciado el derecho de un empleado público a recibir una retribución durante el disfrute del permiso parental por cuidado de hijo menor de ocho años coincidente con sus percepciones salariales, lo cierto es que en aras de evitar la inseguridad jurídica que se plantea con carácter general en relación con la compensación económica de tal asueto, es imprescindible que el legislador regule de forma inmediata tal cuestión.

Palabras clave: permiso parental; permiso por cuidado del lactante; menor de 8 años; retribución; empleo público; conciliación de la vida laboral y familiar; corresponsabilidad.

Recibido: 18-02-2025 / Aceptado: 19-02-2025 / Publicado: 06-03-2025

Cómo citar: Rodríguez Escanciano, S. (2025). Derecho de un empleado público a la retribución del permiso parental por cuidado de hijo menor de ocho años. Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Barcelona 299/2024, de 28 de noviembre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 485, 139-148. <https://doi.org/10.51302/rtss.2025.24365>

A public employee's right to parental leave pay for caring for a child under eight years of age

Commentary on the Ruling of Barcelona Contentious-Administrative Court No. 1 299/2024, 28 November

Susana Rodríguez Escanciano

Professor of Labour and Social Security Law.

University of León (Spain)

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

Abstract

Although the Court's judgment recognises in the case the right of a public employee to receive remuneration during parental leave to care for a child under eight years of age, which coincides with his salary, the fact is that in order to eliminate the legal uncertainty that exists in general in relation to the financial compensation for such time off, it is essential that the legislator immediately regulates this question.

Keywords: parental leave; infant care leave; under 8 years old; remuneration; public employment; work-life balance; co-responsibility.

Received: 18-02-2025 / Accepted: 19-02-2025 / Published: 06-03-2025

Citation: Rodríguez Escanciano, S. (2025). A public employee's right to parental leave pay for caring for a child under eight years of age. Commentary on the Ruling of Barcelona Contentious-Administrative Court No. 1 299/2024, 28 November. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 485, 139-148. <https://doi.org/10.51302/rtss.2025.24365>

1. Marco jurídico

La coexistencia de obligaciones profesionales y familiares en la vida de quienes trabajan no siempre tiene natural acomodo, lo que ha generado frecuentemente un ámbito de conflicto capaz de reclamar la intervención de los poderes públicos. La respuesta, tanto de la Unión Europea como de los Estados miembros, ha venido siendo la articulación de medidas de conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras. El objetivo de tales instrumentos consiste, fundamentalmente, en prever soluciones para que aquellas puedan atender tanto su trabajo como su vida doméstica.

Bajo tales premisas, se han afianzado progresivamente las instituciones relacionadas con la maternidad y la paternidad, las reducciones de jornadas, excedencias, suspensiones por riesgo durante el embarazo o lactancia y las denominadas licencias por fuerza mayor familiar. Además, el avance legislativo ha sido notorio, superando la finalidad protectora de las normas cuyo destinatario era la mujer trabajadora en exclusiva, para transitar, por influjo comunitario principalmente, hacia el reconocimiento de derechos de corresponsabilidad familiar a las personas trabajadoras, hombres y mujeres. Es más, la [Directiva 2019/1158, de 20 de junio](#), no solo aboga por el reparto equilibrado de las responsabilidades familiares y laborales, adoptando una perspectiva individualizada para lograr una distribución ecuatoriana de la titularidad de los derechos, sino que establece la obligación de que los Estados miembros configuren mecanismos para que no sufran perjuicio alguno ni trato discriminatorio las personas que ejerzan sus derechos de conciliación.

Entre las múltiples prerrogativas reconocidas en esta norma comunitaria, destaca, por su novedad, la regulación del denominado permiso parental. Recogido en el artículo 5, e inspirado en la cláusula 2 de la anterior [Directiva 2010/18](#), este asueto se aplica de forma neutra a todas las personas trabajadoras, tanto varones como féminas, que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral definida por la legislación, los convenios colectivos o los usos vigentes en cada Estado miembro, incluyendo a los empleados públicos, por el motivo del nacimiento o de la adopción de un hijo, para poder cuidarlo hasta una edad determinada, que puede ser de hasta ocho años. Pese a su posible extensión máxima más amplia, dos meses deberán de ir acompañados de la percepción de un montante pecuniario o una prestación económica de Seguridad Social. Aun cuando la [Directiva 2019/1158](#) no establece la cuantía mínima a percibir, el Estado miembro o los interlocutores sociales fijarán tal importe de manera que se facilite que ambos progenitores puedan disfrutar el permiso parental.

Descendiendo al ordenamiento español, el Real Decreto-Ley (RDL) 5/2023, de 28 de junio, modifica tanto el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), como el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), para regular el permiso parental. Así:

1.º Introduce una nueva causa de suspensión del contrato de trabajo en el artículo 45.1 o) del ET en referencia al «disfrute del permiso parental», cuyo régimen jurídico se desarrolla en el artículo 48 bis del ET bajo los siguientes parámetros: a) Cumpliendo con el principio de corresponsabilidad familiar, se configura como un derecho individual de las personas trabajadoras, hombres o mujeres, sin que pueda transferirse su ejercicio; b) El objeto de este permiso es el cuidado de hijo, hija o menor acogido por tiempo superior a un año; c) El ámbito temporal que posibilita el disfrute del permiso se extiende, al igual que en la Directiva 2019/1158, hasta el momento en que el menor cumpla ocho años; d) La duración del permiso no será superior a ocho semanas, continuas o discontinuas, sin que exista un tope mínimo; e) Las modalidades de disfrutarse podrán ser, bien a tiempo completo, bien en régimen de jornada a tiempo parcial conforme a lo establecido reglamentariamente, pero no se admite una ampliación de la duración en determinados supuestos (discapacidad del hijo o hija, discapacidad de alguno de los progenitores, parto o adopción múltiples, condición de familia numerosa, monoparentalidad...); f) Corresponderá a la persona trabajadora especificar la fecha de inicio y fin del disfrute o, en su caso, de los periodos de disfrute, debiendo comunicarlo a la empresa con una antelación de diez días o la concretada por los convenios colectivos, salvo fuerza mayor, teniendo en cuenta la situación de aquella y las necesidades organizativas de la empresa; g) 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 igual de flexible.

En la práctica, el permiso parental va a implicar la posibilidad de sumar ocho semanas más a la suspensión del contrato por cuidado de hijo o hija, de manera que podrá alcanzar un total de 24 semanas, de las cuales 16 serán atendidas con una prestación de Seguridad Social y las otras ocho, a falta de previsión expresa en materia de protección social, parece que, en una primera aproximación, o bien se configuran como un periodo suspensivo con reserva de puesto no retribuido, o bien serán financiadas por las empresas. Ambas interpretaciones no dejan de ser criticables: la primera por su falta de adecuación a la directiva y la desprotección que conlleva para la persona trabajadora, así como la perpetuación de los sesgos de clase y género que ya se advierte en el uso de excedencias y reducciones de jornada; la segunda por las cargas económicas que puede implicar para las corporaciones de escasas dimensiones, mayoritarias en el tejido empresarial español, tener que asumir el total de los costes salariales. Como tesis ecléctica, cabría entender que, ante la ausencia

de referencia legal alguna y dado que la [Directiva 2019/1158](#) no impone retribución mínima de forma expresa, el convenio colectivo cuenta con libertad absoluta para colmar la laguna, fijando con mayor o menor generosidad la cuantía, con el peligro de que un montante simbólico no fomentaría el disfrute de tales permisos. No cabe olvidar, en cualquier caso y a la espera del pertinente desarrollo reglamentario, que la directiva especifica que la definición de los emolumentos debe hacerse «de manera que facilite el que ambos progenitores puedan disfrutar del permiso parental», lo cual parece apuntar al reconocimiento de una compensación adecuada no muy alejada de los ingresos ordinarios, de ahí la conveniencia de proteger tal asueto desde el sistema de Seguridad Social.

2.º Siguiendo un esquema parecido, incorpora un nuevo [apartado g\) en el artículo 49 del EBEP](#), señalando que el permiso parental está desinado al «cuidado de hijo, hija o menor acogido por tiempo superior a un año, hasta el momento en que el menor cumpla ocho años», teniendo «una duración no superior a ocho semanas, continuas o discontinuas» y pudiendo «disfrutarse a tiempo completo, o en régimen de jornada a tiempo parcial, cuando las necesidades del servicio lo permitan y conforme a los términos que reglamentariamente se establezcan». Aclara igualmente que «este permiso, constituye un derecho individual de las personas progenitoras, adoptantes o acogedoras, hombres o mujeres, sin que pueda transferirse su ejercicio».

En cuanto a la dinámica del permiso, el [EBEP](#) señala que:

Cuando las necesidades del servicio lo permitan, corresponderá a la persona progenitora, adoptante o acogedora especificar la fecha de inicio y fin del disfrute o, en su caso, de los periodos de disfrute, debiendo comunicarlo a la Administración con una antelación de quince días y realizándose por semanas completas. [Además,] [c]uando concurren en ambas personas progenitoras, adoptantes, o acogedoras, por el mismo sujeto y hecho causante, las circunstancias necesarias para tener derecho a este permiso en los que el disfrute del permiso parental en el periodo solicitado altere seriamente el correcto funcionamiento de la unidad de la administración en la que ambas presten servicios, 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.

En fin, el [artículo 49 g\) del EBEP](#) dispone que el término de madre biológica incluye también a las personas trans gestantes. Sin embargo, no aclara si tal asueto es retribuido o se trata de un permiso sin sueldo.

3.º Como previsión común a ambos regímenes, la [disposición final octava del RDL 5/2023](#) señala expresamente que la transposición de la directiva es parcial, habida cuenta que no abarca la retribución del permiso parental, cuestión sobre la que incide posteriormente el [RDL 2/2024](#). Esta última norma de urgencia ha modificado el permiso por lactancia para los

trabajadores por cuenta ajena, cuyo disfrute de forma acumulada ya no queda condicionado a las previsiones de la negociación colectiva o al acuerdo a que llegue con la empresa, sino que todas las posibilidades abiertas (hora de ausencia con posibilidad de división en dos fracciones, reducción de la jornada en media hora o, como ya consta, la acumulación de las horas retribuidas de ausencia) se convierten en un derecho de todas las personas trabajadoras. Con ello, se avanza, según señala el nuevo tenor del [artículo 37.4 del ET](#), en la mejora y se incrementa el nivel de reconocimiento y protección de los permisos de conciliación, «entendiéndose cumplida la exigencia de un permiso parental retribuido», tal y como aparece en el artículo 8.3 en relación con el artículo 20.2 de la [Directiva 2019/1158](#). Ahora bien, pese a este tenor literal, lo cierto es que la retribución del permiso parental solo se extiende al periodo de disfrute acumulado de la lactancia, que suele extenderse aproximadamente a unas dos semanas, quedando el resto (las otras seis) desprotegidas. Como último hito en esta evolución normativa, cabe señalar que la Dirección General de la Seguridad Social ha reconocido que durante dicho permiso la persona ha de estar en situación de alta y cotizando a la Seguridad Social.

No ha habido ningún pronunciamiento en relación con el empleo público.

2. Breve síntesis del supuesto de hecho

La [sentencia objeto de comentario](#) resuelve el recurso presentado en vía judicial frente a la Resolución del Ayuntamiento de Barcelona de 17 de mayo de 2024, que desestima el recurso potestativo de reposición interpuesto por el interesado. Los hechos enjuiciados discurrieron conforme a la siguiente secuencia:

- El recurrente es empleado público del citado Ayuntamiento.
- El 4 de julio de 2023, la Directora General de Función Pública del Departamento de Presidencia de la Generalitat de Catalunya emite una nota informativa sobre las novedades en materia de permisos del personal de la Administración de la Generalitat de Catalunya y el sector público, introducidas por el [RDL 5/2023, de 28 de junio](#), que atribuye carácter retribuido al permiso parental.
- El 10 de julio de 2023, el Gerente de Personas, Organización y Administración Electrónica emite nota informativa sobre las novedades en materia de permisos introducidas por el [RDL 5/2023, de 28 de junio](#), aplicable al Ayuntamiento de Barcelona, que atribuye igualmente carácter retribuido al permiso parental.
- El 25 de julio de 2023 en el acta que recoge el Acuerdo de ampliación de la nota informativa sobre novedades en materia de permisos introducidas por el [RDL 5/2023, de 28 de junio](#), de la Mesa General de Negociación del Ayuntamiento de Barcelona, detalla los criterios de aplicación del permiso parental.

- El 19 de octubre de 2023, la Directora General de Función Pública del Departamento de Presidencia de la Generalitat de Catalunya emite nueva nota informativa sobre novedades en materia de permisos del personal de la Administración de la Generalitat de Cataluña y su sector introducidas por el [RDL 5/2023, de 28 de junio](#), que rectifica la nota de 4 de julio de 2023 y determina el carácter no retribuido del permiso parental.
- El 27 de octubre de 2023 el Ayuntamiento de Barcelona, a través de comunicado interno enviado a los correos corporativos, pone en conocimiento de los empleados públicos la rectificación de la nota informativa de la Dirección General de Función Pública en el sentido de que el permiso parental de ocho semanas para hijos/hijas menores de 8 años deja de ser retribuido.
- El 14 de noviembre de 2023 se envía un *e-mail* al interesado desde la Oficina de la Administración de Recursos Humanos de la Gerencia del Área de Seguridad, Prevención y Convivencia indicándole que se procedería al descuento de las cuantías abonadas durante los periodos disfrutados por el permiso parental.
- El interesado ha disfrutado del permiso parental por reunir los requisitos legalmente establecidos en las siguientes fechas: de 30 de octubre de 2023 a 5 de noviembre de 2023; de 13 de noviembre de 2023 a 19 de noviembre de 2023; de 20 de noviembre de 2023 a 26 de noviembre de 2023; de 27 de noviembre de 2023 a 3 de diciembre de 2023; de 27 de noviembre de 2023 a 3 de diciembre de 2023; de 11 de diciembre de 2023 a 17 de diciembre de 2023, y de 25 de diciembre de 2023 a 31 de diciembre de 2023 (aplazado y no disfrutado).
- El 25 de enero de 2024 el interesado formuló solicitud de permiso parental retribuido establecido en el [artículo 49 g\) del EBEP](#).
- El 31 de enero de 2024 se desestima la solicitud.
- El 18 de abril de 2024 el interesado presentó recurso de reposición que fue desestimado por resolución dictada el 17 de mayo de 2024, objeto de este recurso contencioso-administrativo.

A la luz de estos hechos, pueden resumirse las posiciones de las partes conforme al esquema siguiente.

De un lado, la parte actora, en su escrito de demanda, solicita que se dicte sentencia, mediante la cual se estime íntegramente el recurso de reposición presentado en vía administrativa el 19 de marzo de 2024, se revoque la resolución impugnada y se establezca el carácter retribuido del permiso parental abonando al recurrente la cuantía correspondiente a los días de disfrute efectivo del mismo cuyo importe asciende a 4.000 euros con todos sus efectos legales económicos y administrativos inherentes con expresa imposición de costas a la Administración demandada.

De otro, la Administración demandada solicita en su escrito de contestación a la demanda que se desestime íntegramente el recurso contencioso administrativo y se declare que la resolución impugnada es ajustada a derecho, todo ello con expresa imposición de las costas a la parte demandante.

3. La resolución judicial

Teniendo en cuenta que la cuestión controvertida se ciñe al carácter retribuido o no del permiso parental disfrutado por un empleado público, cuestión no resuelta en la legislación española, procede destacar los siguientes pasajes decisivos recogidos en el texto del pronunciamiento judicial analizado:

1.º El legislador interno tenía de plazo hasta el 2 de agosto de 2024 para transponer los aspectos retributivos del permiso parental cumpliendo las exigencias de la [Directiva 2019/1158](#), cuyo artículo 8.3 establece:

En lo que respecta al permiso parental a que se refiere el artículo 5, apartado 2, el Estado miembro o los interlocutores sociales definirán dicha remuneración o prestación económica, y lo harán de manera que se facilite el que ambos progenitores puedan disfrutar el permiso parental.

2.º La jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el efecto de las directivas no transpuestas o incorporadas erróneamente establece que los justiciables pueden invocar disposiciones incondicionales y suficientemente precisas de una directiva no solo frente a un Estado miembro y a todos los órganos de su Administración, sino también frente a organismos o entidades sometidos a la autoridad o al control del Estado o que dispongan de facultades exorbitantes en relación con las que se deriven de las normas aplicables en las relaciones entre particulares (entre muchas, Sentencias de [6 de septiembre de 2018 –asunto C-17/17, Hampshire–](#) y de [19 de diciembre de 2019 –asunto C-168/18, Pensions-Sicherungs-Verein–](#)). Es más, también pueden asimilarse al Estado los organismos o entidades a los que una autoridad ha encomendado ejercer una misión de interés público y que han sido dotados de facultades exorbitantes a tal fin (entre muchas, [Sentencia de 10 de octubre de 2017 –asunto C-413/15, Farrell–](#)).

3.º Es evidente que las disposiciones de la [Directiva 2019/1158](#) son incondicionales, suficientemente claras y precisas, y atribuyen derechos a los particulares, sin que se haya producido transposición en plazo por el Estado español.

4.º El permiso parental debe ser, por tanto, retribuido, al igual que lo son con carácter general los otros permisos que se incluyen en el [artículo 49 del EBEP](#), permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, por razón de violencia de género

o de violencia sexual y para las víctimas de terrorismo y sus familiares directos, a pesar de que el [artículo 49 g\) del EBEP](#) no establece expresamente tal carácter.

5.º Aun cuando es necesario el desarrollo reglamentario del permiso parental, no en vano el [artículo 49 g\) del EBEP](#) señala que «podrá disfrutarse, cuando las necesidades del servicio lo permitan y conforme a los términos que reglamentariamente se establezcan», lo cierto es que el Estado Español no ha transpuesto en el plazo establecido la directiva que otorga derechos a los particulares.

6.º En el caso concreto aquí enjuiciado, este permiso ha desplegado efectos retributivos por el Ayuntamiento de Barcelona, por lo que el Consistorio no puede ir ahora en contra del carácter retribuido del permiso parental que ha reconocido previamente, frustrando las expectativas legítimas de los empleados públicos del citado Ayuntamiento, causando perjuicios de imposible reparación, especialmente en los casos en los que los menores de ocho años adquieran esa edad de forma inminente.

Por todo lo expuesto, la parte dispositiva de la [sentencia comentada](#) estima íntegramente el recurso contencioso-administrativo reconociendo al demandante el abono de la cuantía retributiva correspondiente a los días de disfrute efectivo de permiso parental, cuyo importe asciende a 4.000 euros, sin imposición de costas la parte demandante.

4. Trascendencia de la doctrina establecida

Aun cuando la [sentencia analizada](#) reconoce en el supuesto de hecho enjuiciado el derecho de un empleado público a recibir una retribución durante el disfrute del permiso parental por cuidado de menor de ocho años coincidente con sus percepciones salariales, lo cierto es que en aras de evitar la inseguridad jurídica que se plantea con carácter general en relación con la compensación económica de tal asueto, es imprescindible que el legislador regule de forma inmediata tal cuestión. Hasta el momento, únicamente el [RDL 2/2024](#) ha reconocido, a través de una fórmula indirecta y harto cuestionable desde el punto de vista de la técnica jurídica, la retribución parcial de este permiso a través de una modificación del régimen jurídico aplicable al cuidado del lactante. Como se sabe, este último permiso es un derecho de carácter individual e intransferible, que se disfruta en caso de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento a las personas trabajadoras para el cuidado del lactante hasta los 9 meses (o 12 meses, cuando ambas personas progenitoras ejerzan este derecho con la misma duración y régimen). Su disfrute puede realizarse de varias formas, entre ellas, mediante la acumulación en jornadas completas, que desde el [RDL 2/2024](#) se pueden llevar a cabo con independencia de que así lo reconozca el convenio colectivo aplicable. Aunque se ha desaprovechado la oportunidad de determinar su exacta duración en caso de optar por esta modalidad acumulada de ejercicio, lo cierto es que su cálculo se hará sobre los días laborales, multiplicando cada día en nueve meses por

una hora y dividiendo por el número de horas diarias de trabajo, arrojando una media de dos semanas. Como no podía ser de otra manera, tal ausencia es retribuida, pero ello no da satisfacción en absoluto a las exigencias mucho más rigurosas de la [Directiva 2019/1158](#) en relación con el permiso parental, cuya duración se extiende a ocho semanas.

A la hora de llevar a cabo la obligatoria transposición, el texto normativo interno ha de dar satisfacción a todos los requisitos que marca la [Directiva 2019/1158](#), esto es:

Ha de aclarar, en primer lugar, si tal permiso debe de ser retribuido o merece ser protegido a través de una prestación de Seguridad Social, opción esta última más acertada al evitar partidas difíciles de asumir por las empresas, singularmente por las de pequeñas dimensiones, mayoritarias en el tejido productivo español.

En segundo término, debe precisar el montante exacto inherente a dicho permiso, pues la directiva utiliza un concepto jurídico indeterminado cual es el de facilitar «que ambos progenitores puedan disfrutar el permiso parental». La literalidad de la norma comunitaria parece llevar a entender que tal cuantía debe ser cercana a los ingresos reales.

En tercer lugar, y en lo que afecta al empleo público, debe señalar expresamente el carácter retribuido del permiso, indicando las partidas retributivas que incluye.

En fin, la demora de la intervención normativa hace que únicamente aquellos progenitores con mayores posibilidades económicas puedan disfrutar del permiso parental, lo cual conllevará además un efecto añadido: al igual que sucede con las excedencias, serán las mujeres, atendiendo a sus menores emolumentos, quienes mayoritariamente soliciten esta ausencia, pues causarán menos perjuicio a la economía familiar.

Prestación por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave. Interpretación del requisito de ingreso hospitalario de larga duración

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Supremo 1308/2024, de 3 de diciembre**

Carmen Sánchez Trigueros

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Murcia (España)

carmenst@um.es | <https://orcid.org/0000-0002-5010-2254>

Extracto

El Tribunal Supremo reconoce a una madre el derecho a la prestación para cuidar a un hijo con una enfermedad grave. El tribunal considera que en este caso el requisito de ingreso hospitalario de larga duración que exige la prestación es equivalente a la atención sanitaria prolongada en centros hospitalarios de día que requiere el tratamiento de la enfermedad del menor.

Palabras clave: prestación económica; menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave; ingreso hospitalario; tiempo de hospitalización; tratamiento continuado de la enfermedad; cuidado durante el tratamiento; mayoría de edad.

Recibido: 17-02-2025 / Aceptado: 18-02-2025 / Publicado: 06-03-2025

Cómo citar: Sánchez Trigueros, C. (2025). Prestación por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave. Interpretación del requisito de ingreso hospitalario de larga duración. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 1308/2024, de 3 de diciembre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 485, 149-158. <https://doi.org/10.51302/rtss.2025.24361>

Benefit for caring for minors affected by cancer or another serious illness. Interpretation of the long-term hospital admission requirement

Commentary on Supreme Court Ruling 1308/2024 of 3 December

Carmen Sánchez Trigueros

Professor of Labour and Social Security Law.

University of Murcia (Spain)

carmenst@um.es | <https://orcid.org/0000-0002-5010-2254>

Abstract

The Supreme Court recognizes a mother's right to benefits to care for a child with a serious illness. The court considers that in this case the requirement of long-term hospital admission required by the benefit is equivalent to the prolonged health care in day hospital centres required for the treatment of the minor's illness.

Keywords: economic benefit; minors affected by cancer or other serious illness; hospital admission; hospitalisation time; continued treatment of the disease; care during treatment; age of majority.

Received: 17-02-2025 / Accepted: 18-02-2025 / Published: 06-03-2025

Citation: Sánchez Trigueros, C. (2025). Benefit for caring for minors affected by cancer or another serious illness. Interpretation of the long-term hospital admission requirement. Commentary on Supreme Court Ruling 1308/2024 of 3 December. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 485, 149-158. <https://doi.org/10.51302/rtss.2025.24361>

1. Marco normativo

Normas protectoras del menor. Para mejor encuadrar el problema resuelto (así como otros precedentes a los que se aludirá), debe recordarse lo siguiente:

- a) El derecho del menor al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud está recogido en el artículo 24 de la [Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas](#), en la que también se proclaman su derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo (art. 6), así como el derecho de los niños impedidos a recibir cuidados especiales (art. 23).
- b) El artículo 39.3 de la [Constitución española](#) prescribe que «Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad [...]».
- c) Asimismo, resulta de obligada consideración el principio consagrado en el [artículo 2.1 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor](#), de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de enjuiciamiento civil, según el cual las medidas relativas a los hijos deben adoptarse siempre bajo su interés y beneficio, que ha de primar sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

[Código Civil](#) (CC). El artículo 92 del CC dispone que «La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con sus hijos» (apdo. 1). Ello significa que ni la ruptura de la convivencia entre los progenitores ni la disolución del matrimonio alteran las responsabilidades sobre los hijos, que siguen teniendo carácter conjunto, aunque la guardia y custodia la ejerza uno de ellos.

Entre el conjunto de deberes inherentes a la patria potestad a ejercitar conjuntamente por los dos progenitores, se encuentra el de velar por ellos ([art. 154.1.º CC](#)), que comprende el de procurar que reciban los cuidados sanitarios adecuados de forma que puedan disfrutar del mejor estado de salud posible durante la infancia y el resto de su vida.

[Estatuto de los Trabajadores](#) (ET). Aunque el litigio versa sobre una prestación de Seguridad Social (subsidio), es imprescindible recordar que uno de sus presupuestos sustantivos radica en que se haya producido una minoración de ingresos derivados de la actividad laboral.

Conforme al artículo 37.6 del ET:

El progenitor, guardador con fines de adopción o acogedor permanente tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario de, al menos, la mitad de la duración de aquella, para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado, del menor a su cargo afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas), o por cualquier otra enfermedad grave, que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente, acreditado por el informe del servicio público de salud u órgano administrativo sanitario de la comunidad autónoma correspondiente y, como máximo, hasta que el hijo o persona que hubiere sido objeto de acogimiento permanente o de guarda con fines de adopción cumpla los 23 años.

Ley general de la Seguridad Social (LGSS). El artículo 190 de la LGSS, igual que el precedente artículo 135 *quater* LGSS/1994, prescribe lo siguiente:

A efectos de la prestación económica por cuidado de hijos o personas sujetas a guarda con fines de adopción o acogida con carácter permanente, menores de 18 años, afectados por cáncer u otra enfermedad grave, se considera situación protegida la reducción de la jornada de trabajo de, al menos, un 50 % que, de acuerdo con lo previsto en el párrafo tercero del artículo 37.6 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, lleven a cabo los progenitores, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente, cuando ambos trabajen, o cuando solo haya un progenitor por tratarse de familias monoparentales, para el cuidado directo, continuo y permanente del menor a su cargo afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas) o por cualquier otra enfermedad grave que requiera ingreso hospitalario de larga duración, durante el tiempo de hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad.

Real Decreto 1148/2011, de 29 julio. El Real Decreto (RD) 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo en el sistema de la Seguridad Social de la referida prestación dedica su [artículo 2.1](#) a delimitar la situación protegida, haciéndolo en los siguientes términos:

A efectos de la prestación por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, se considerará situación protegida la reducción de la jornada de trabajo que, de acuerdo con lo previsto en el párrafo tercero del artículo 37.5 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, lleven a cabo las personas progenitoras, adoptantes y acogedoras de carácter familiar preadoptivo o permanente, cuando ambas trabajen, para el cuidado del menor a su cargo afectado por cáncer u otra enfermedad grave incluida en el listado que figura en el anexo de este real decreto.

El cáncer o enfermedad grave que padezca el menor deberá implicar un ingreso hospitalario de larga duración que requiera su cuidado directo, continuo y permanente, durante la hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad. Se considerará asimismo como ingreso hospitalario de larga duración la continuación del tratamiento médico o el cuidado del menor en domicilio tras el diagnóstico y hospitalización por la enfermedad grave.

El artículo 4 disciplina quiénes son beneficiarios de la prestación y en su número 2 prescribe lo siguiente:

Dentro de cada unidad familiar, ambas personas progenitoras, adoptantes o acogedoras deben acreditar que se encuentran afiliadas y en situación de alta en algún régimen público de Seguridad Social o solo una de ellas, si la otra, en razón del ejercicio de su actividad profesional, está incorporada obligatoriamente a la mutualidad de previsión social establecida por el correspondiente colegio profesional.

El requisito de estar afiliado y en alta se entenderá cumplido en aquellos supuestos en que la persona progenitora, adoptante o acogedora del menor, que no es beneficiaria de la prestación, tenga suscrito un convenio especial en el sistema de la Seguridad Social por realizar su actividad laboral en un país con el que no exista instrumento internacional de Seguridad Social.

Por su parte, el párrafo primero del apartado 4 del mismo artículo 4 previene que:

En los casos de separación judicial, nulidad o divorcio, si ambas personas progenitoras, adoptantes o acogedoras tuvieran derecho al subsidio[,] podrá ser reconocido a favor de la determinada de común acuerdo. A falta de acuerdo y de previsión judicial expresa, se atribuirá la condición de persona beneficiaria del subsidio a aquella a quien se conceda la custodia del menor y si esta fuese compartida[,] a la que lo solicite en primer lugar.

Por otro lado, el apartado 3 del artículo 7, dentro de las reglas referidas a la dinámica de la prestación, señala en su letra c) que el subsidio se extinguirá:

Cuando una de las personas progenitoras, adoptantes o acogedoras del menor cese en su actividad laboral, sin perjuicio de que cuando esta se reanude[,] se pueda reconocer un nuevo subsidio si se acredita por la persona beneficiaria el cumplimiento de los requisitos exigidos y siempre que el menor continúe requiriendo el cuidado directo, continuo y permanente.

Asimismo, señala en su artículo 3: «A efectos del reconocimiento de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, tendrán la

consideración de enfermedades graves las incluidas en el listado que figura en el anexo de este real decreto». En dicho [anexo](#) se incluye entre las enfermedades referenciadas en su apartado V, relativo a determinadas patologías de naturaleza psiquiátrica, «Cualquier otra enfermedad psiquiátrica grave que, por indicación expresa facultativa, como en las anteriores, precise de cuidados permanentes en régimen de ingreso hospitalario u hospitalización a domicilio»¹.

2. Supuesto de hecho sometido a enjuiciamiento

La demandante formuló solicitud de prestación económica por cuidado de menores con cáncer u otras enfermedades graves en relación con su hijo, ahora de 6 años, que nació con una enfermedad grave de origen congénito (parálisis cerebral infantil-hemiparesia espástica derecha), que tuvo entrada en la mutua responsable del pago en enero de 2020.

Siguiendo indicaciones médicas, el niño asiste a sesiones de terapia ocupacional y rehabilitación tres veces al mes, participa en actividades de psicomotricidad dos veces a la semana y recibe tratamiento una vez por semana tanto en el hospital como en su hogar. La madre está presente en todas estas sesiones. Ambos padres trabajan, y ella tiene reconocida una reducción del 50 % de su jornada laboral para el cuidado del hijo.

La mutua dictó resolución (3 de marzo de 2020) denegatoria por:

No cumplir con los requisitos establecidos en el Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, con respecto a la acreditación del ingreso hospitalario[,] así como la necesidad de cuidado directo, continuo y permanente por parte de uno de los progenitores, acogedores, adoptantes o tutores.

Notificada dicha resolución a la trabajadora, por la misma se presentó reclamación previa en vía administrativa, que fue también desestimada (con fecha 9 de junio de 2020). En ese momento la trabajadora reclama judicialmente y el Juzgado de lo Social n.º 13 de Bar-

¹ La citada modificación se efectuó para recoger la propuesta efectuada por el grupo de trabajo constituido por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y la Asociación Española de Pediatría, consistente en

el mantenimiento de todas las enfermedades y/o procedimientos actualmente en vigor, con la incorporación en cada uno de los distintos apartados del listado del anexo de una cláusula abierta, al objeto de poder dar cobertura al resto de enfermedades graves y/o procedimientos quirúrgicos con patologías graves que, por indicación expresa facultativa, precisen de cuidados permanentes en régimen de ingreso hospitalario u hospitalización a domicilio.

celona estima la demanda al considerar que el tratamiento médico y rehabilitador era equivalente a un ingreso hospitalario, ya que requería el cuidado directo, continuo y permanente de los progenitores.

A su vez, la mutua interpuso recurso de suplicación, que fue estimado por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Cataluña (22 de diciembre de 2021). Considera ineludible que el menor haya necesitado un ingreso hospitalario de larga duración, de tal manera que no cabe su reconocimiento.

Por la actora se formalizó recurso de casación para la unificación de doctrina. Invoca como sentencia contradictoria con la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid el 25 de abril de 2016 (rec. 653/2015). Denuncia la infracción del artículo 190 de la LGSS, del [artículo 2 del RD 1148/2011](#) y de la doctrina jurisprudencial que cita.

El Ministerio Fiscal informa en favor de desestimar el recurso, al entender que no concurre el requisito de ingreso hospitalario de larga duración previo al tratamiento continuado en centro de día que requiere la enfermedad del menor. En el mismo sentido se pronuncia la mutua demandada en su extenso y fundamentado escrito de impugnación, para negar en primer lugar la existencia de contradicción, y defender seguidamente que la prestación exige la existencia de un previo ingreso hospitalario de larga duración, al que no debe equiparse el tratamiento médico continuado de carácter rehabilitador que necesita en este caso el menor.

3. Cuestiones clave determinantes de la resolución

La cuestión a resolver reside en determinar si puede causar derecho a la prestación de cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave la madre de un menor con enfermedad grave que no requiere ingreso hospitalario de larga duración, pero está sometido sin embargo a un tratamiento médico continuado de carácter ambulatorio en un centro de día y en su propio domicilio. La [sentencia comentada](#) va a estimar el recurso interpuesto por la trabajadora, lo que comporta casar la de suplicación y confirmar la del juzgado de lo social.

Doctrinas contradictorias. La contradicción pedida por el [artículo 219.1 de la Ley reguladora de la jurisdicción social](#) es apreciada como presupuesto para abordar el problema. La sentencia recurrida no concede la prestación atendiendo a la interpretación literal del artículo 190.1 de la LGSS, que exige una previa hospitalización de larga duración. Por el contrario, la de contraste interpreta de manera más amplia ese requisito y lo hace equivalente a la necesidad de asistencia hospitalaria permanente.

El antecedente de la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 568/2016, de 28 de junio (rec. 80/2015). Las bases doctrinales de la solución ahora acogida ya estaban en este precedente de 8 años antes, muy similar, con la peculiaridad de que aquí la escasa edad del menor hace que ni tan siquiera se encuentre en ese momento escolarizado, con lo que ello supone de mayor e intensa dedicación por parte de su madre, que debe acompañarle a los distintos centros sanitarios y participar de forma directa en las terapias que se le aplican. Aunque allí no se planteaba «frontalmente» la cuestión relativa al «exacto alcance del requisito hospitalario», estaban los cimientos que abocan a una interpretación amplia de dicho requisito, que va más allá de la pura y mera dicción literal que pueda atribuirse al concepto de ingreso hospitalario, al vincularlo con la necesidad de cuidado directo y permanente del menor durante el tratamiento continuado de la enfermedad.

El matiz de la STS 614/2018, de 12 de junio (rec. 1470/2017). Aquí hubo de determinar si la madre divorciada que tiene concedida la guarda y custodia de una hija afectada por una enfermedad grave puede seguir disfrutando la prestación otorgada para su cuidado cuando el otro progenitor causa baja en la Seguridad Social. Considera que la propia definición de la contingencia protegida muestra que uno de los elementos básicos es el de que «ambos progenitores trabajen»; es decir, la construcción normativa presupone que de no trabajar uno de los progenitores, el mismo dispone del tiempo preciso para cuidar y atender directa y personalmente al menor, siendo innecesario que el progenitor ocupado reduzca su jornada a ese mismo fin. El tenor de los preceptos reseñados y su finalidad no dejan margen para entender que en el caso de separación o divorcio quede abierta la posibilidad de que solo trabaje uno de ellos, interpretación con la que se desbordaría el concepto mismo de la situación protegida y la finalidad a la que responde. La acción protectora de la Seguridad Social no entra en funcionamiento cuando quiebra (de manera originaria o sobrevenida) ese presupuesto.

La construcción normativa presupone que de no trabajar uno de los progenitores, el mismo dispone del tiempo preciso para cuidar y atender directa y personalmente al menor, siendo innecesario que el progenitor ocupado reduzca su jornada a ese mismo fin. En este último supuesto, si lo hace voluntariamente, el sistema de Seguridad Social queda al margen de las consecuencias que comporta su libre decisión.

La STS 798/2021, de 20 de julio (rec. 4710/2018). Recapitulación de la doctrina sentada que aparece en esta nueva resolución. De este modo:

- La interpretación teleológica avala la concesión del subsidio cuando el menor ha de acudir con regularidad a un centro sanitario de día para recibir la terapia rehabilitadora que su enfermedad requiere, lo que resulta equiparable a la situación de ingreso hospitalario de larga duración: se trata de cuidados médicos ineludibles para el tratamiento de la enfermedad que se prolongan de manera indefinida en el tiempo. El ya reproducido [artículo 2.1 del RD 1148/2011](#) equipara de forma ex-

presa la asistencia a domicilio con el ingreso hospitalario en estas circunstancias tan extremas, al atribuir esa misma naturaleza a «la continuación del tratamiento médico o el cuidado del menor en domicilio tras el diagnóstico y hospitalización por la enfermedad grave».

- Que el diagnóstico de la enfermedad grave pudiese haberse efectuado sin requerir un previo periodo de ingreso hospitalario de larga duración no puede ser obstáculo para el reconocimiento de la prestación. Se trata de compensar la pérdida de ingresos generada por la necesidad de reducir la jornada de trabajo para atender de manera directa la necesidad de referencia.
- Que la enfermedad pueda calificarse como permanente e incurable no cambia las cosas si es grave, requiere asistencia sanitaria y el cuidado descrito (directo, continuo y permanente, en hospital, centros de día o el propio domicilio familiar). En el caso examinado concurre esa patología, encajable en la cláusula abierta del apartado V del [anexo \(modificado\) del RD 1148/2011](#), pues para su más eficaz tratamiento «no es en modo alguno descartable la hospitalización a domicilio y especialmente necesaria en menores de una edad tan temprana».
- El INSS aprobó un criterio considerando equiparada la hospitalización a los supuestos en que el menor ha de acudir de manera periódica y continuada a un hospital de día para recibir el tratamiento de larga duración prescrito para curar su enfermedad. Ciertamente, no se trata de una interpretación vinculante para la jurisdicción, pero es ilustrativa.

4. Valoración crítica

Se trata de una [sentencia](#) que abunda en el contenido social e interpretación finalista de las normas, en aras de la protección de situaciones fácticas que requieren de una especial protección legal para las personas que sufren cáncer o enfermedades graves.

Queda claro que la prestación posee todo su sentido, y debe abonarse, aunque el diagnóstico de la enfermedad grave pudiese haberse efectuado sin requerir un previo periodo de ingreso hospitalario de larga duración.

En definitiva, aplicando los parámetros hermenéuticos clásicos (teleología, literalidad, sistemática, antecedentes), con esta jurisprudencia unificada da la impresión de que se sintoniza con la regulación del subsidio. Se trata de compensar la pérdida de ingresos que sufren las personas interesadas al tener que reducir su jornada, con la consiguiente disminución de salarios, por la necesidad de cuidar de manera directa, continua y permanente a los hijos menores a su cargo durante el tiempo de hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad fuera del centro hospitalario. También, de forma indirecta, se confirma la

diferencia de supuestos cuando solo existe un progenitor (familia monoparental) y cuando ambos pueden asumir el cuidado del menor pero solo uno de ellos trabaja (aunque haya habido crisis matrimonial).

Llamativo es que la mutua competente actuara desoyendo el criterio del INSS y, sobre todo, la doctrina de la [STS 568/2016](#), aunque la verdad es que también el Ministerio Fiscal se había opuesto a la estimación del recurso.