

Trabajo y Seguridad Social. CEF

Revista mensual núms. 449-450 | Agosto-Septiembre 2020

ISSN: 1138-9532

**Relaciones colectivas
en el deporte
profesional femenino**

Carmen Sáez Lara

**El «nuevo dardo» (contra la Seguridad Social)
en «la palabra» (del Banco de España)**

Cristóbal Molina Navarrete

**La garantía de indemnidad: un
quiere y (a veces) no puedo en la
doctrina judicial**

Adrián Todolí Signes

**Enfermedad profesional y cuestión
de género. Al hilo de la doctrina
del Tribunal Supremo**

Miguel Arenas Gómez

**¿Se pueden utilizar datos reservados
para instrumentalizar la defensa en
el proceso laboral?**

Francisco Vila Tierno

**La «sospecha genérica» no puede
excepcionar los mecanismos de
reubicación de solicitantes de asilo**

Margarita Miñarro Yanini

**La prohibición de la discriminación
por motivo de la orientación sexual**

José Díaz Lafuente



Tu currículum no dice que

TE SACASTE EL GRADO MIENTRAS CUIDABAS A TU HIJO.

En la UDIMA reconocemos tu esfuerzo. Por eso te ofrecemos una metodología online que encaja con tu ritmo de vida, sea cual sea.

ERES MÁS DE LO QUE SE VE
udima.es

Nuestro equipo de profesionales hace de la UDIMA un lugar donde cumplir tus sueños y objetivos: profesores, tutores personales, asesores y personal de administración y servicios trabajan para que de lo único que tengas que preocuparte sea de estudiar.

GRADOS OFICIALES

Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Ingeniería de Organización Industrial • Ingeniería de Tecnologías y Servicios de Telecomunicación • Ingeniería Informática

Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Magisterio de Educación Infantil • Magisterio de Educación Primaria • Psicología (rama Ciencias de la Salud)

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Administración y Dirección de Empresas • Economía • Empresas y Actividades Turísticas • Marketing

Facultad de Ciencias Jurídicas

Ciencias del Trabajo, Relaciones Laborales y Recursos Humanos • Criminología • Derecho

Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Historia • Periodismo • Publicidad y Relaciones Públicas

MÁSTERES OFICIALES

Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Energías Renovables y Eficiencia Energética

Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Dirección y Gestión de Centros Educativos • Enseñanza del Español como Lengua Extranjera • Formación del Profesorado de Educación Secundaria • Gestión Sanitaria • Psicología General Sanitaria • Psicopedagogía • Tecnología Educativa

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Auditoría de Cuentas • Banca y Asesoría Financiera • Dirección Comercial y Marketing • Dirección de Empresas (MBA) • Dirección de Empresas Hoteleras • Dirección de Negocios Internacionales • Dirección Económico-Financiera • Dirección y Gestión Contable • Marketing Digital y Redes Sociales

Facultad de Ciencias Jurídicas

Análisis e Investigación Criminal • Asesoría de Empresas • Asesoría Fiscal • Asesoría Jurídico-Laboral • Dirección y Gestión de Recursos Humanos • Gestión Integrada de Prevención, Calidad y Medio Ambiente • Práctica de la Abogacía • Prevención de Riesgos Laborales

Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Interuniversitario en Unión Europea y China • Mercado del Arte • Seguridad, Defensa y Geoestrategia • Sociedad y Relaciones de Poder en el Mundo Premoderno

TÍTULOS PROPIOS Y DOCTORADO

(Consultar en www.udima.es)

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Núms. 449-450 | Agosto-Septiembre 2020

Directora editorial

M.^a Aránzazu de las Heras García. Doctora en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Consejo de redacción

Director **Cristóbal Molina Navarrete**. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén

Subdirector **José Antonio Fernández Avilés**. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada

Secretaria **Margarita Miñarro Yanini**. Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I

Consejo asesor

Carlos Alfonso Mellado. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia

Gabriel Álvarez del Egido. Inspector de Trabajo y Seguridad Social

Juan Pablo Borregón Baños. Presidente de AEDIPE y director de Recursos Humanos de SCI

Laura Calafá. Catedrática de Derecho del Trabajo. Università di Verona (Italia)

Heliodoro Carpintero Capell. Catedrático de Psicología Básica. Universidad Complutense de Madrid

Gloria Castaño Collado. Profesora contratada doctora de Psicología Diferencial y Psicología del Trabajo. Universidad Complutense de Madrid

José Antonio Corraliza Rodríguez. Catedrático de Psicología Ambiental. Universidad Autónoma de Madrid

Manuel Fernández Ríos. Catedrático de Psicología. Universidad Autónoma de Madrid

Jordi García Viña. Director del Departamento de Relaciones Laborales de la CEOE

Ana Gómez Hernández. Presidenta de la Asociación Nacional de Laboristas y responsable laboral de Mariscal & Abogados

Vicente González Roma. Catedrático de Psicología del Trabajo y las Organizaciones. Universidad de Valencia

Celia Gutiérrez Valero. PhD, HR Director, Southern Europe & North Africa, de Westcon & Comstor

Gloria Iglesias Jiménez. Gerente de Diversidad y Conciliación de Repsol

Alfonso Jiménez. Socio director de PeopleMatters

Loïc Lerouge. Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Université Montesquieu IV de Bordeaux (Francia)

Lourdes López Cumbre. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Cantabria

Gianni Loy. Catedrático de Derecho del Trabajo. Università degli Studi di Cagliari (Italia)

Nelson Manrích. Presidente da Academia Nacional de Direito do Trabalho (Brasil)

Diego Megino Fernández. Profesor de la Universidad a Distancia de Madrid

Paz Menéndez Sebastián. Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo

Magdalena Nogueira Guastavino. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid

Roberto Pereira Costa. Presidente de Economistas Asesores Laborales

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

Juan Antonio Sagardoy Bengoechea. Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad Complutense de Madrid

Ignacio Sampere. Legal counsel de BDO Abogados

Evaluación externa

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

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

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

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

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

Margarita Isabel Ramos Quintana. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de La Laguna

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

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

Coordinación y edición

Teresa Díez Meriel y Domingo J. Panea Hernando

Centro de Estudios Financieros

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



Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Redacción, administración y suscripciones

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

Suscripción anual (2020) (11 números) **160 €**

Solicitud de números sueltos (cada volumen)

Suscriptores/as **20 €**

No suscriptores/as **25 €**

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

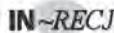
Edita

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

Imprime

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

Indexada en



Acuerdos de colaboración

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

© 2020 CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS

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



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

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

Sumario

Editorial

- El «nuevo dardo» (contra la Seguridad Social) en «la palabra» (del Banco de España):
¿«suficiencia» versus «generosidad»? 5-20
Cristóbal Molina Navarrete

Estudios

- Relaciones colectivas en el deporte profesional femenino 21-56
Collective relations in professional women's sport
Carmen Sáez Lara
- Comentario de redacción. Publicado el primer Convenio colectivo del fútbol femenino
profesional: tensión extraestatutario versus estatutario y derecho de compensación
por formación profesional 57-61
Consejo de redacción
- La aplicación del artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores a la relación laboral
especial de artistas en espectáculos públicos 63-88
*The application of article 15.5 of the Statute Workers to the special employment system
for public entertainers*
Juan Antonio Altés Tárrega y Elena García Testal
- La garantía de indemnidad ante denuncias en la Inspección de Trabajo y Seguridad
Social e internas en la empresa: análisis de un quiero y (a veces) no puedo en la doctrina
judicial 89-114
*The guarantee of indemnity facing complaints at the Labour Inspection or internally in the
company: analysis of the judicial doctrine*
Adrián Todolí Signes

Análisis de actualidad

- Enfermedad profesional y cuestión de género. ¿Cumple el Real Decreto 1299/2006
con el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres? Al hilo de la
doctrina del Tribunal Supremo sobre enfermedades profesionales causadas por
mujeres 115-124
*Occupational disease and gender issue. Does Royal Decree 1299/2006 comply with the
principle of equal treatment for men and women? In line with the doctrine of the Supreme
Court on occupational diseases caused by women*
Miguel Arenas Gómez

Diálogos con la jurisprudencia

- ¿Se pueden utilizar datos reservados o confidenciales para instrumentalizar la defensa en el proceso laboral? Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Málaga 515/2020, de 13 de mayo 125-133
Francisco Vila Tierno
- La «sospecha genérica» no puede excepcionar la aplicación de los mecanismos de reubicación de solicitantes de asilo: el TJUE ante la «patata caliente» de la Unión Europea. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2 de abril de 2020, asuntos acumulados C-715/17, C-718/17 y C-719/17 134-143
Margarita Miñarro Yanini
- Claroscuros en la regulación del salario aplicable al contrato predoctoral. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 642/2020, de 3 de junio 144-151
Fernando Ballester Laguna
- La prohibición de la discriminación por motivo de la orientación sexual de la persona frente a la libertad de expresión en el ámbito laboral. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2020, asunto C-507/18 152-158
José Díaz Lafuente
- ¿El fin de la maternidad como obstáculo en la carrera profesional de las mujeres en la doctrina judicial? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 685/2020, de 5 de junio 159-165
Sergio Martín Guardado

Recursos humanos

- Análisis de los principales estresores en el colectivo del alumnado de las escuelas de vuelo 167-198
Analysis of the main stressors in the flight school student collective
Montserrat Subirats Ferrer y Fernando J. Pons Verdú

Normas de publicación 199-200

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

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

El «nuevo dardo» (contra la Seguridad Social) en «la palabra» (del Banco de España): ¿«suficiencia» versus «generosidad»?

Cristóbal Molina Navarrete

Director

[...] Como resultado de su mentira, les espera una larga caminata hasta el otro lado del Tíber. Tilio respira hondo y dice:

–Publio Virgilio, ¿no querías presentarme a Mecenas? [...].

–[Virgilio contesta] Si confías en tus poemas, házselos llegar tú mismo a Mecenas. Solo el talento puede abrirte las puertas de su círculo.

–[Tilio replica] Publio, no me niegues ese favor [...]. Sin tu ayuda no podré llegar hasta él. No tengo dinero para corromper a los esclavos de su casa y conseguir así un encuentro.

–La amistad de Mecenas es un privilegio, tengo entendido que selecciona con gran cuidado a sus protegidos –afirma Tilio– [...].

I. Vallejo Moreu (VI. «Si algún poder tiene mi canto», en *El silbido del arquero*)

1. Cuando el insigne académico don Fernando Lázaro Carreter publicó, tras el rotundo éxito de su libro *El dardo en la palabra*, la segunda entrega, intitulada *El nuevo dardo en la palabra*, quería denunciar –con fina ironía– tanto un proceso de decadencia (el de la lengua española a causa del mal uso, cuando no maltrato, que la «voz pública» tiende a dar a la lengua de Cervantes, también la nuestra), cuanto la conducta de quienes (personalidades políticas, periodistas, participantes en tertulias), teniendo una especial responsabilidad en frenar-corriger aquel proceso, llevan a cabo conductas que lo agravan, empobreciendo el bien cultural común, un patrimonio común: la lengua (española). Aun sin su fino sentido del humor y privado de su desbordante elocuencia, pero con análoga preocupación humanista frente al utilitarismo, no he podido (sabido) hallar mejor alocución crítica para identificar la carga de profundidad («nuevo dardo») lanzada por el Banco de España contra la línea de flotación del modelo constitucional de Seguridad Social con solo dos palabras, una explícita y otra implícita: el (pretendido) «exceso de generosidad» de la rama de pensiones públicas del sistema ex [artículo 41 de la Constitución española](#) (CE). ¿Por qué sería tan «generoso», para el Banco de España, nuestro sistema público de pensiones?

Antes de responder a esa inquietante cuestión socioeconómica conviene recordar, para situar adecuadamente el debate, que el concepto de «tasa de generosidad» del sistema público de pensiones es sociológico, no tiene ningún referente jurídico y desde luego no tiene amparo constitucional, ni tan siquiera en el polémico [artículo 135 de la CE](#). El concepto jurídico-constitucional que mide la relación entre financiación y prestación es el de «nivel de suficiencia» ([art. 41 CE](#)): los poderes públicos deben mantener (financiar) un sistema de pensiones públicas adecuadas y suficientes para atender las situaciones de necesidad ([arts. 41 y 50 CE](#)). Tampoco el concepto de «generosidad» aparece en el sistema multinivel de protección, donde el derecho a la seguridad social es configurado como un derecho humano social fundamental, de modo que los calificativos que sirven para medir el grado de corrección y sostenibilidad de un sistema estarían vinculados al concepto de «capacidad de satisfacción» de las situaciones de necesidad, elevación progresiva del nivel de protección, etc. (por ejemplo, [art. 12 Carta Social Europea](#), la llamada Constitución Social de Europa; [art. 25 Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales](#)).

Completamente ajeno a esta dimensión institucional y constitucional, el detallado –pero falaz, como se verá– [Informe](#) del Servicio de Estudios del Banco de España sobre la relación entre las contribuciones (cuotas) y las prestaciones («retornos») habría hecho oficial

Por cada 1.000 euros cotizados se recibirían (retorno social) 1.740 euros de pensión

(propia) la «voz económico-financiera crítica» contra el sistema público de pensiones (un año antes, las principales entidades financieras del país, [a través de la Fundación Fedea](#), ya habían alertado sobre el «regalo» que el Estado vendría haciendo a las personas jubiladas de nada menos que 5 años –de media– más de pensión que lo que han aportado), apelando al poder deslumbrante del (grosero y frío) número: 1,74 euros. ¿Qué poder taumatúrgico puede encerrar tan pírrico número? Bastante más de lo que parece.

Ese número sintetizaría el pretendido exceso de pensión que recibiría cada pensionista hoy, de modo que por cada 1.000 euros cotizados (contribución financiera) por él recibiría (retorno social) 1.740 euros de pensión. Por lo tanto, habría un desfase de la contribución de más del 70 %. Si lo medimos en puros términos de rentabilidad financiera interna (análisis económico) del sistema público de pensiones, aparecería otro número aún más delicado para quienes abogan por una reforma profunda de aquel sistema: 3,5 % (puede llegar hasta el 4,2 %). Este porcentaje sería la rentabilidad financiera media anual para las personas pensionistas de las cuotas sociales, una vez descontada la inflación, con una horquilla que eleva tal rendimiento al 4,2 % en el caso de pensiones ordinarias de las cotizaciones más elevadas. ¿Qué hay tras estos números?

2. Nada inocente, por supuesto. Detrás de todo análisis económico-financiero, a pesar de la pretendida neutralidad de los automatismos matemáticos, subyace una intencionalidad política (a menudo más ideológica). Con ese [informe](#), el Banco de España pretende

«calentar» el otoño (por si no lo estuviese ya con la amenaza de la segunda oleada de COVID-19) con el impulso de una reforma del sistema de signo restrictivo retomando el debate en la Mesa del Pacto de Toledo. Con esos números tan rotundos pretende impactar a sus señorías, evidenciándoles que la conocida generosidad española se proyecta también en su sistema de pensiones públicas, pero que, a diferencia de otros ámbitos, aquí la generosidad sería insostenible financieramente, porque no nos las podríamos pagar a medio y largo plazo, salvo condenando a la pobreza a las generaciones más jóvenes. Nuestro PIB, ahora menor que nuestra deuda pública, crecería muy por debajo de lo que lo haría la rentabilidad media anual de las pensiones, con lo que el déficit ya asfixiante que lacra el sistema no haría sino alcanzar niveles abisales, imposibles de mantener.

En consecuencia, no habría más remedio, para la viabilidad del sistema, que o introducir nuevas reformas que contengan el gasto, hoy en porcentajes inferiores a la media europea (11 % del PIB), o reactivar las reformas en tal sentido introducidas por el [Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo](#), y hoy en suspenso (como el denominado factor de sostenibilidad).

En consecuencia, el Banco de España vuelve a sugerir nuevas reformas que contengan el gasto

La solvencia, y no la suficiencia, deberá ser, para el Banco de España, la línea de política de pensiones a impulsar, si se quiere mantener un estado de bienestar sostenible en el tiempo y con equidad intergeneracional. Cubrir el déficit de financiación del sistema por la insuficiencia de cotizaciones con aportaciones fiscales no haría sino desplazar el problema, transfiriéndolo del presupuesto de la Seguridad Social al propio del Estado. Más pronto que tarde habría que hacer una reducción del «coste» de las pensiones, como asume la [Autonomía Independiente de Responsabilidad Fiscal \(AIReF\)](#), en su enfoque de «cal» (primero, cerrar el déficit del sistema con transferencias) y «arena» (luego, contener el incremento de gastos, ampliando la edad de jubilación real y utilizando como referencia para la prestación toda la carrera laboral de la persona, no solo una parte, aun creciente –25 años–).

Ahora bien, por debajo de estos objetivos confesados (sempiterna llamada a reformas de las pensiones del lado de los gastos, dejando siempre en un segundo plano el lado de los ingresos –recuérdese que España tiene un diferencial de más de 7 puntos de recaudación por debajo de la media europea, cuya corrección aportaría mucho a las arcas públicas–) hay otro inconfesado, quizás inconfesable. Bien mirado, la rentabilidad media de la cotización social supera con mucho la rentabilidad media de los planes y fondos de pensiones privados. En esta situación, ¿qué incentivo hay, fuera de la desgravación fiscal, para estimular tal pastel financiero?

Por debajo de estos objetivos confesados hay otro inconfesado: impulsar una política de pensiones que tenga un componente más privado que la actual

Más aún. ¿Con tales datos, se puede minar suficientemente la confianza ciudadana en el sistema público de pensiones? No, claro. Además, se insiste, si se compara con la

rentabilidad de otros productos de «inversión financiera», como la deuda pública, tampoco salen las cuentas para quienes prefieren fomentar el ahorro, la inversión y la pensión privada frente al «gasto social». Precisamente, este impulso a una política de pensiones que tenga un componente más privado que la actual, en línea con lo que sucede en la mayor parte de los países europeos (como, por ejemplo, la «frugal» Holanda, o Alemania, o el Reino Unido, o Francia, o Suecia, etc.), subyace a la propuesta de la corriente crítica del sistema público y que traducen sus «dardos numéricos» y «en la palabra» (exceso de generosidad) en una reducción de la «tasa de reemplazo» en torno al 20 %. Esto es, los estudios a los que da voz el Banco de España proponen para los futuros pensionistas establecer legalmente una tasa de reemplazo del último salario en torno a un 20 % más baja que la actual (situada alrededor del 78 %), por lo que quedaría cerca del 60 % –en el medio plazo, en el 70 % en el corto–. Una tasa de reemplazo que –reafirman– sería suficiente para equipararnos a la media europea, así como a la de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), que se situarían en torno a esa media.

¿Qué significa esta propuesta en términos comprensibles por toda la ciudadanía, no solo por los economistas y los actuarios, así como para las entidades financieras? Sencillamente que quienes cobren un salario –por poner el medio– de 1.700 euros perciban como pensión unos 1.020 euros ($1.700 \text{ €} \times 0,6$). Por supuesto, esto sería así si realmente las bases reguladoras de las pensiones se hicieran coincidir con el salario real percibido por las personas trabajadoras, pero sabemos que no es así, por lo que la pensión media depurada de «generosidad» se situaría en torno a los 1.000 euros. En el caso de la pensión de jubilación, [la media se sitúa hoy en 1.162,97 euros](#).

Por cierto, no está de más recordar la brecha de género. El [salario medio](#) de los hombres sería de unos 1.900 euros, mientras que el de las mujeres estaría en 1.500. Por lo tanto, para las mujeres la «evolución» (realmente involución) sería peor, pues se situaría por debajo del salario mínimo interprofesional (SMI) actual. Por supuesto, ninguno de estos estudios de rentabilidad financiera del sistema contempla jamás esa brecha de género (inequidad sexista del sistema). Tampoco al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) parece interesarle, ya que desautorizó el «complemento de maternidad» [ex artículo 60 de la Ley general de la Seguridad Social \(LGSS\)](#), por tenerlo como discriminación directa contra el sexo masculino (Sentencia del TJUE –[STJUE– de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18 –comentada en el número de abril/2020 de esta revista–; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias/Las Palmas 44/2020, de 20 de enero](#)), aun al precio de crear una discriminación indirecta contra el sexo femenino (quienes más cobran –los hombres– más cobrarán, con el plus añadido).

Pero volviendo a nuestro análisis general, el resultado último de las propuestas como las que defiende el Banco de España, sobre una aparente contundencia económica, termina tan solo defendiendo una rebaja sustancial de las pensiones, sobre todo de jubilación, con relación a los salarios, tanto que su horizonte sería el del SMI. Pero entonces ¿es sostenible económica y socialmente un sistema de pensiones que se dirige a equiparar la

pensión media al SMI? ¿Cabría pensar en una capacidad de consumo suficiente con esas referencias numéricas a la baja para alimentar uno de los componentes fundamentales del crecimiento, por tanto, del PIB, como es la demanda interna, cuando el volumen de población pensionista tiende a crecer en sociedades más envejecidas? ¿Una pensión pública de jubilación por debajo del 70 % del salario último recibido puede tenerse como una pensión suficiente en el sentido constitucional del término?

3. La respuesta negativa a todas esas preguntas parece de evidencia, incluso para quienes preconizan una reforma a la baja. En realidad, en este planteamiento subyace una suerte de «**sistema de triple pilar de previsión social**» en el que el nivel básico se integrara por pensiones públicas mínimas (universal), el nivel intermedio fuese cubierto por un sistema de capitalización, a través de aportaciones obligatorias por empresas y personas trabajadoras, y el tercer nivel fuese de libre previsión individual (fondo de ahorro individual capitalizado). La suma de los dos primeros conformaría el imperativo constitucional –e internacional– de una pensión «suficiente», en particular al final de la «vida mercantil útil», la jubilación, si bien cada vez representaría menos una «muerte laboral» (también «civil»), para fomentar una doble condición, contradictoria, la de «persona jubilada activa» (por ejemplo, haciendo de la excepción de compatibilidad regla general; para las permanentes tensiones entre esta excepción clásica y la evolución expansiva legislativa, *vid.* la Sentencia del Tribunal Supremo –**STS- 650/2020, de 15 de julio**, que desautoriza la posición más «generosa» de la sala de duplicación con respecto a la compatibilidad entre trabajo –autónomo– y jubilación flexible).

El Banco de España alienta un «sistema de triple pilar de previsión social» en el que el nivel básico se integre por pensiones públicas mínimas, el intermedio por fondos de capitalización colectiva y el tercero sea libre individual

Naturalmente, si en un modelo de seguridad social –como el español actual– el primer pilar tiende a cumplir razonablemente la función constitucional de suficiencia –aunque cada vez con mayores restricciones–, solo promoviendo la transferencia de rentas desde el primero –público, de reparto y universal– hacia el segundo –capitalización y contributivo puro– sería posible animar este segundo ámbito, normalmente gestionado por entidades financieras. De ahí, las continuas expectativas de estas, incluida la institución que debería pastorearlas por la buena senda, el Banco de España, en la transición, tan anhelada por ellas como resistente, a diferencia de la tendencia europea. El problema está en que ese rediseño no es libre para la decisión política y el aval económico, está institucionalmente condicionado (garantía institucional).

Nada de esto está presente en el informe del Banco de España, el último lance, por el momento, del sistema financiero contra el sistema constitucional español de Seguridad Social. Muy al contrario, todo el entramado financiero-actuarial se construye sobre un modelo opuesto al vigente, constitucional y legalmente en España. De este modo, el presupuesto institucional

que ha de servir a todo análisis científico, también financiero, serio sobre el sistema de la Seguridad Social muta en «condimento ideológico», que hace del aparente detenido, exhaustivo y creíble estudio financiero-actuarial un auténtico guiso o precocinado político-ideológico y mercantilista, completamente artificioso y falaz, por lo que sus resultados son todo un dislate, pues parte de presupuestos completamente errados –jurídica y económicamente–. Intentemos probarlo, brevemente.

La crítica puede y debe dirigirse desde dos planos, externo al análisis económico hecho por el Banco de España (crítica desde la razón jurídico-institucional del estudio), pero que actúa de condicionante necesario para la credibilidad del estudio, e interno a ese análisis, pues evidencia las aporías tanto de sus planteamientos como de sus resultados (crítica desde la razón económica del estudio). El primer craso error (deliberado) de los analistas de referencia reside en la «lógica de capitalización» con la que conducen todo su estudio. En este se expresa de una forma clara que la rama de pensiones del sistema de Seguridad Social en general, y de jubilación en particular –realmente es la única pensión a la que atienden, como si las demás ramas hubieran desaparecido, se hubiesen esfumado por arte de magia–, sería un «mecanismo de inversión» en el que los participantes (empresas y personas trabajadoras) aportarían una suerte de «fondos» durante su vida activa con objeto de «recibir en el futuro dichos fondos junto con un cierto rendimiento acumulado, en forma de renta vitalicia».

El primer craso error (deliberado) reside en la «lógica de capitalización» con la que conduce todo su estudio el Banco de España

¿Dónde está el error? En que el [artículo 110.1 de la LGSS](#) afirma expresamente que el sistema financiero de todos los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social será «el de reparto, para todas las contingencias y situaciones amparadas por cada uno de ellos, sin perjuicio de lo previsto en el apartado 3» (régimen de capitalización de las indemnizaciones por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales responsabilidad de empresas o mutuas). Eso significa, como todo el mundo que se dedica a estos temas sabe, y en contra del sentir de la mayor parte de la población cuando reivindica su derecho a la pensión digna por la que habría cotizado toda la vida, que no hay ningún fondo acumulado para pagar pensión futura alguna. Lo recaudado hoy se destina directamente a pagar las pensiones actuales, en la confianza, eso sí, que lo recaudado mañana sea suficiente para pagar las pensiones de mañana. El sistema, pues, no puede generar ninguna expectativa de cobrar estrictamente lo aportado con una tasa o plus de rendimiento acumulado, sencillamente porque no tiene ni fondo acumulado ni tasa a tal fin.

Cosa distinta es la posibilidad de establecer fondos de reserva ([art. 117 LGSS](#)), así como fondos de estabilización del sistema, o de excedentes ([art. 119 LGSS](#)). Sin embargo, esta posibilidad –actualizada, con diferentes resultados, como es conocido– en modo alguno obsta la lógica de reparto del entero sistema. ¿Pero no es esto tan elemental como para que especialistas tan reputados de tan afamada institución como el Banco de España

no incurriesen en tan sorprendente error? Sí, pero ya se ha dicho que pesa más el interés político-mercantil que el rigor científico en este análisis, por lo que se ha preferido simular un modelo inexistente, pero posible, con un cambio legislativo profundo, claro.

En efecto, la lógica del fondo acumulado individual con una expectativa de rendimiento anual a percibir al final de la vida activa podría tener encaje en un sistema de reparto, que en los últimos años ha adquirido gran fama, el sistema de cuentas nacionales o de aportación definida. Su celebridad se debe al éxito adquirido en ciertos países (como Suecia), aunque se ignore el estrepitoso fracaso en otros (como Italia, donde se introdujo legalmente, pero no se ha aplicado aún, o Polonia, donde se recibió y se desarrolló, pero que ahora está revertiéndose, por su insuficiencia prestacional). Sin volver sobre su estudio, ni tan siquiera brevemente, para lo que se remite al [análisis realizado en el número de enero/2020 por el profesor José Enrique Devesa](#), bastará aquí recordar que la artificialidad de este modelo va en su propia denominación.

Una cuenta nacional es una «cuenta virtual» (una anotación contable, predeterminada legalmente) donde se recogen las aportaciones individuales de cada persona cotizante y los rendimientos igualmente ficticios que aquellas aportaciones generarían a lo largo de la vida laboral. Además, genera certidumbre sobre la aportación, que es definida (cuota), no sobre la prestación (pensión), a diferencia del sistema actual, pues la prestación (pensión) en aquel sistema es indefinida, incierta, dependiente, mientras que en el nuestro la prestación (pensión) es definida, en cambio, la aportación indefinida. En suma, se valore como se valore, lo cierto es que ese modelo tampoco es el que establece nuestro sistema normativo, por lo que, aun desde esta lógica de reparto nacional, el estudio del Banco de España hace análisis financiero-ficción.

4. El segundo error científico-técnico, pero también jurídico-institucional, en el que incurre el estudio del Banco de España, es el «principio contributivo» puro que asume, según una lógica de estricta proporcionalidad entre lo contribuido (aportado) y lo recibido (pensión). Este tipo de comprensión regresaría a la lógica del seguro, también excluida del sistema vigente actual. ¿Pero no apela el [artículo 2 de la LGSS](#) a esta dimensión contributiva del sistema? Sí, pero solo en parte.

En efecto, junto a la rama contributiva, el sistema reconoce las ramas no contributivas de las pensiones, no solo de otras prestaciones, como desempleo, u, hoy, el ingreso mínimo

La lógica del fondo acumulado individual con una expectativa de rendimiento anual a percibir al final de la vida activa es propia de un sistema de cuentas nacionales

Pero ni el de capitalización ni el de reparto nacional (virtual) son aceptados por nuestro sistema, por lo que el estudio del Banco de España hace análisis financiero-ficción

vital (de momento todo un fracaso en el cobro efectivo, aunque esa es otra historia). Pero, además, también en la conformación estricta de la modalidad contributiva de las pensiones juegan otros principios, como el de solidaridad (entre generaciones –jóvenes y mayores–; entre colectivos –personas ocupadas y desempleadas, empresas y personas trabajadoras, personas sanas y otras enfermas, etc.–), que quiebra la relación estricta de proporcionalidad (relación sinalagmática) entre lo que se cotiza y lo que se percibe. La doctrina constitucional en esto es muy clara y reiterada (por ejemplo, [Sentencia del Tribunal Constitucional 40/2019, de 27 de marzo](#)), por lo que sorprende –fuera de una pretensión estrictamente ideológica, legítima, pero en modo alguno única, menos científicamente– la insistencia del sistema financiero y su doble brazo, institucional (Banco de España) y científico (por ejemplo, Fedea), en atribuir una condición contributiva estricta al sistema que no tiene.

A partir de estos –graves– reduccionismos comprensivos del sistema, el estudio del Banco de España incurre en otros derivados. Así sucedería con el práctico agotamiento de las fuentes financieras del sistema a las cuotas sociales, configurando las transferencias fiscales del Estado como una suerte de formas excepcionales, cuando el [artículo 109.1 y 2 de la LGSS](#) las configura al mismo nivel. O con el acotamiento del estudio financiero a la pensión de jubilación –es típico también de la mayoría de los estudios en el modelo de cuentas nocionales–, como si las demás ramas de pensión –y prestación– no existiesen, cuando el texto constitucional es claro, incluso más allá del desempleo (como reconoce la [STS 645/2020, de 14 de julio](#), que apela a esa vocación garantista para excluir toda interpretación restrictiva del sistema de la Seguridad Social, incluyendo las rentas activas de inserción; aunque no siempre sea coherente, al excluir las parejas de hecho de la unidad familiar para el cómputo de umbrales de renta al no incluirse expresamente en el [art. 215.2 LGSS –STS 505/2020, de 23 de junio–](#)).

A partir de esta confusión, el estudio incurre en diversos reduccionismos derivados, como el práctico agotamiento de las fuentes financieras del sistema a las cuotas sociales

5. También late, en el fondo, la nostalgia por la dimensión contractual típica de la lógica del seguro, primando la cobertura individualista de las personas protegidas sobre la preterminación legal del sistema y su lógica de «caja única». La ley decide cómo se financia una pensión y en qué proporciones. Y, justamente, la tendencia actual en todos los países es la de fomentar una mayor proporción de la financiación vía impuestos, para mejorar el nivel de suficiencia y solidaridad del sistema, sin incrementar las cuotas sociales. Incluso hay regímenes contributivos, cierto que muy especiales, que se financian prevalentemente con impuestos, como sería el régimen de clases pasivas, con aportaciones pírricas de los sujetos protegidos.

También late, en el fondo, la nostalgia por la dimensión contractual típica de la lógica del seguro

Es verdad, se trata –este último– de un régimen a extinguir y, además, está en el ojo del huracán, con la decisión gubernamental de

transferir su gestión desde el Ministerio de Hacienda al Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones ([RDL 15/2020, de 21 de abril](#)). Pero, dejando de lado la enorme polémica, también la extrema suspicacia, creada con este cambio, en principio solo para la gestión, no para las diferencias prestacionales, y sin que tenga nada que ver con la COVID-19, aquí destacamos la plena legitimidad de una decisión legal de seguir manteniendo un sistema –que cubre a más de 700.000 personas– sostenido sobre todo con impuestos (unos 15.500 millones de € anuales). Sus cotizaciones y sus pensiones van a cargo del Estado. Como decide asumir vía retribución íntegra una reducción de jornada del 50 % de una funcionaria por cuidado de hija menor afectada de enfermedad grave (aun sin requerir hospitalización) ex [artículo 49 e\) del Estatuto Básico del Empleado Público](#), cuando la misma contingencia es asumida para el ámbito privado por una prestación contributiva ex [Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio \(STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 641/2020, de 3 de junio\)](#).

En cambio, otra tendencia actual, según la Organización Internacional del Trabajo (OIT), es la reversión de las lógicas de capitalización y privatización de los sistemas de Seguridad Social («[Revertir las privatizaciones de pensiones: la reconstrucción de los sistemas públicos de pensiones en Europa Oriental y América Latina](#)»). La privatización integró los procesos de reestructuración neoliberal de los estados de bienestar promovida por la gobernanza económica (Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional, OCDE, Banco Interamericano de Desarrollo, Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo –USAID–), así como por los sistemas de los servicios financieros, que obtienen el beneficio final. El informe evidencia que privatizar, a través de diferentes formas y con intensidades varias (Chile fue el ejemplo que más notoriedad alcanzó, pero no fue el único), solo proporciona unos extraordinarios beneficios a una reducida élite financiera, reduciendo, en cambio, los ingresos de la mayor parte de las personas trabajadoras jubiladas. De ahí, pues, su efecto regresivo y empobrecedor para la mayoría social.

En cambio, la OIT evidencia el fracaso de las lógicas de capitalización-privatización de los sistemas de pensiones: estas benefician a las élites y empobrecen a la mayoría

Precisamente, en los últimos meses, los fondos de pensiones del país de los tulipanes, hasta hoy los más loados del mundo (y que su primer ministro exhibió orgulloso frente al español cuando le regateaba el Fondo de Reconstrucción de la Unión Europea pos-COVID-19, animándolo a reformar nuestro sistema en la [línea holandesa](#)), están recibiendo un buen número de fundadas críticas. Varios evidencian su insuficiencia para cubrir de forma adecuada las pensiones del futuro, en un país en el que la cuestión social del envejecimiento de la población es muy grave. Por lo tanto, se pone en duda el pilar segundo del sistema, clave para que el sistema público no derive de suficiente (unos 23.000 €/año, media) a mínimo (unos 12.000).

Sí, la autonomía de la voluntad no es totalmente ajena tampoco al sistema. Pero, ni los elementos de voluntariedad del régimen especial de trabajadores autónomos (encuadramiento, elección base de cotización), pese a su carácter marginal, anacrónico e incluso

contraproducente, ni el papel de las acciones de mejora voluntaria prestacional contravienen este desplazamiento de la lógica contractual por la legal (por ejemplo, [STS 128/2020, de 12 de febrero](#), que excluye la legitimidad de una cláusula convencional para privar a las personas trabajadoras temporales de ciertas mejoras voluntarias por discriminatorias). Aunque perpetúa cierta lógica de aseguramiento privado, es muy limitada (por ejemplo, [STS 68/2020, de 28 de enero](#), que prima la lógica del aseguramiento privado sobre el concepto de seguridad social para interpretar una mejora voluntaria por incapacidad permanente). En última instancia, ha de recordarse que el [artículo 41 de la CE](#) no desconoce la existencia de un nivel de previsión social individual y libre, pero es solo meramente complementario, no sustitutivo, debiéndose garantizar desde el nivel público siempre el imperativo de suficiencia prestacional.

6. Estas críticas pueden entenderse estrictamente externas, derivadas de una pura lógica jurídico-institucional (los condicionantes externos a las decisiones políticas y económicas de las políticas de pensiones a partir del sistema multinivel de protección del derecho humano social), vinculantes en todo caso para todas las instituciones, también para el Banco de España, aunque no tenga una responsabilidad política propia, sino económico-financiera. Pero también desde una perspectiva más interna, estrictamente económica, cabe rechazar un análisis tan defectuoso e imprudente como el que ha realizado el Banco de España en términos de estricta lógica contributiva y rentabilidad financiera del sistema de pensiones públicas, en especial de la propia de jubilación. El denunciado enfoque reduccionista y artificioso lo es también en lo económico, porque, como se anticipó, el análisis prescinde de los (reducidos) valores reales de la pensión resultante del actual sistema (público, de reparto, contributivo y solidario, así como de prestación definida).

La interesadamente preconizada –pero inexistente, y en todo caso confusa, por carecer de sustento legal y conceptual– «excesiva generosidad» de nuestro sistema prescindiría de que ni ese coste supone superar la media europea de financiación en términos de PIB, ni de la real relación con la tasa de reemplazo respecto del salario. Pongamos el ejemplo holandés.

El sistema holandés de pensiones, ahora tan preconizado, considerado el mejor sistema de pensiones por un estudio hecho a través de la Universidad de Melbourne con el auspicio –¿imparcial?– de una entidad de asesoramiento en materia de pensiones, que le da nombre al indicador (se trata del denominado «[Melbourne Mercer Global Pension Index –MMGPI–](#)»), lo sería porque garantiza la percepción del salario medio obtenido durante la vida laboral.

El referido indicador (MMGPI) de pretendida calidad del sistema de pensiones (sin que se requiera ya ser público) utilizaría 40 indicadores para dar un valor a cada uno de los tres subíndices tomados como determinantes de aquella calidad: suficiencia, sostenibilidad y

El enfoque reduccionista y artificioso en lo jurídico lo es también en lo económico, porque el estudio prescinde de los (reducidos) valores reales de la pensión actual

buen gobierno/comunicación a la ciudadanía (transparencia). Puesto que la pensión estatal (AOW), a partir de los 65 años, solo ofrece una pensión básica (hasta el 70 % del salario neto mínimo), por mor de la Ley general de vejez (AOW), concretados alrededor de 1.000 euros al mes, 700 si viven en pareja, la garantía de suficiencia de la pensión se asienta en el complemento de pensión que proporcionan los Fondos de Pensiones de Empresa, con un capital de unos 700.000 millones de euros en su conjunto. Con una afiliación del 90 % de las personas empleadas, las empresas pagan contribuciones mensuales a los fondos de pensiones a favor de aquellas. El capital que se va acumulando se invierte y el rendimiento de la inversión paga las pensiones de las personas jubiladas, actuales y futuras. Las personas empleadas pueden elegir qué tipo de plan prefieren tener dentro de su fondo de pensiones –todos los beneficiarios pueden consultar su información sobre la pensión pública y la de empleo en un registro nacional¹.

¿Sería este el caso español? Evidentemente, no. No, no me refiero a que carezcamos de un sistema de planes y fondos de pensiones de empleo –tampoco individual– al estilo holandés, que eso es manifiesto ([apenas superan los 120.000 millones de €](#) –el coste de 1 año de pensiones públicas–). Lo que aquí pretendo recordar es que nuestro sistema de pensiones públicas, ese tenido por pretendidamente «en exceso generoso» (el dato viene porque la tasa de reemplazo o de sustitución supera la media de la OCDE, ignorando deliberadamente la diferente estructura que tienen los sistemas de pensiones en los diversos países europeos, más si se tiene en cuenta el mundo), en modo alguno garantiza el salario medio, ni individual ni social, en España, sino que se sitúa muy por debajo (el salario medio global, sin desagregación de sexo, está en torno a unos 1.700 €/mes, como se dijo, mientras que la pensión media global, sin la debida desagregación de sexo, estaría en torno a los 1.100 €/mes). Más aún. La pensión más frecuente, esto es, la más común en España, la que percibe un mayor número de personas, apenas se sitúa [en torno a los 700 euros hoy](#), muy por debajo del SMI, también, como es lógico, del salario más frecuente en España ([sobre un 23 % más bajo que el salario medio](#)). ¿Con estas –bajas– cuantías medias y más frecuentes de pensiones públicas en España se puede conducir seriamente un estudio que concluya la extrema generosidad del sistema?

Nuestro sistema, ese tenido por «en exceso generoso», garantiza a la mayoría una pensión muy por debajo del salario medio, dificultando la sostenibilidad del consumo

La respuesta negativa parece, una vez más, la más próxima a la verdad científica y social del sistema. Pero dejemos hablar a Eurostat (la agencia estadística de la Unión Europea), que ya el año pasado [desmontó el mito de la presunta generosidad del sistema público de pensiones](#). ¿Cómo? Utilizando un indicador socioeconómico muchísimo más representativo

¹ [Pensions & Retirement age in the Netherlands.](#)

y realista de medición del valor de una pensión pública cual es el riesgo de pobreza relativa que experimentarían las personas pensionistas en España respecto de la media europea. Pues bien, ese riesgo económico y social se sitúa ligerísimamente por debajo de la media europea.

En consecuencia, parece claro que, lejos de ser un sistema tan espléndido, como el sistema financiero viene criticando, y ahora el Banco de España parece dar pábulo, poniéndole nuevos números oficiales, el español es un sistema de pensiones razonablemente eficaz (exitoso) solo para evitar la pobreza objetiva relativa y, en consecuencia, permitir atender con razonable dignidad las necesidades básicas de las personas pensionistas. Corroboraría esta afirmación un [análisis comparado entre la situación del riesgo de pobreza](#) del colectivo en la edad pensionista y los que están fuera de ella, evidenciándose que aquel es superior según nos vamos alejando de aquella edad. Con inclusión de la vivienda –una diferencia notable con el resto de los pensionistas europeos y que se vincula a una idiosincrasia propietaria española menor en otros países europeos–, la tasa de pobreza de las personas pensionistas en España se situaría en torno al 10 %, mientras que se doblaría fuera de ella, para el conjunto de la población española. Un innegable valor para el sistema público de pensiones, ¿no es así?

7. Sí, pero no para todos. Paradójicamente un dato inequívocamente positivo tiende a ser presentado de forma negativa, pues se le imputa una [brecha de pobreza por edades en virtud del sistema de pensiones públicas](#). El sistema blindaría la posición «de favor» de «los viejos» (quienes ya habrían perdido valor o utilidad de mercado) en detrimento de «los jóvenes» (los que mantienen intacto su valor de mercado), por lo que –erre que erre– la denunciada «generosidad» del sistema recaería sobre los jóvenes, actuales y más aún los futuros. El sistema sería, pues, regresivo, insolidario. Difícil hallar mayor perplejidad. En vez de reclamar, como parece racional, del sistema de protección social (tanto de la Seguridad Social como del resto de sistemas de acción social, también a cargo de las comunidades autónomas) una equiparación protectora al alza (equidad protectora), instrumentos eficaces para que todas las personas saliesen por igual del riesgo de pobreza relativa, se piden reformas para que retornen a él los pensionistas (equidad a la baja).

Al margen de lo inaudito de una formulación de este tipo (aun en otro ámbito, respecto de las brechas de género en pensiones basadas en la diferente edad de jubilación, a favor del sexo femenino, el TJUE y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos siempre han reprobado toda reforma legal de equiparación

Por eso, lejos de ser un sistema espléndido, el español es un sistema de pensiones razonablemente suficiente solo para evitar la pobreza objetiva relativa

Esta asociación de la protección de Seguridad Social con la lucha contra la pobreza está en el –todavía ampliamente impagado– ingreso mínimo vital

orientada a la baja –por ejemplo, [STJUE de 7 de octubre de 2019, asunto C-171/18](#)–), por su regresividad, contraria al artículo 12 de la [Carta Social Europea](#), además de a toda luz asentada en la razón, esta constatación pone de manifiesto, de nuevo, el relativo éxito del sistema de pensiones públicas. Justamente, esta asociación de la protección de Seguridad Social con la lucha efectiva contra la pobreza habría estado en la base de la nueva prestación no contributiva del sistema, el referido ingreso mínimo vital, instrumento de lucha contra la pobreza severa, alejado todavía del derecho a una renta básica universal (instrumento de garantía del derecho a una vida ciudadana digna). Una función de lucha contra la pobreza que se atribuye a otras ramas del sistema, como la de desempleo, y que estaría en la base del acuerdo de [diálogo social en ciernes](#) para cubrir otra brecha o fractura del célebre «escudo social anti-COVID-19»: las personas desempleadas que agotaran cualquier tipo de ayuda de este tipo entre el 14 de marzo y el 30 de septiembre de 2020 ([disp. adic. cuarta RDL 24/2020, de 26 de junio](#)).

En la misma perspectiva, cuando los medios de difusión airean que las pensiones medias ya superan un 13 % el salario más frecuente, con ánimo de seguir alimentando un enfoque de conflicto intergeneracional, en detrimento de la solidaridad intergeneracional que presupone el sistema público de pensiones para su sostenibilidad social (principio de confianza legítima), no ya solo económica, no solo comparan parámetros muy heterogéneos –debiera compararse la pensión media con el salario medio–, sino que invierten el verdadero problema económico: no son las pensiones excesivamente generosas, sino los salarios de las personas más jóvenes muy precarios. El centro de los procesos de reforma no debe estar en una nueva devaluación de las pensiones para equipararse con la muy superior devaluación de los salarios, a fin de lograr una equidad en la pobreza –cada vez mayor, de modo que a las personas trabajadoras pobres ahora se sumen las personas pensionistas pobres–, sino, al contrario, en la revaluación de los salarios, para que la equidad se produzca al alza, garantizando al tiempo el componente de demanda del crecimiento (PIB), en otro caso insostenible, social y económicamente. Es irracional anhelar el retorno a los viejos [desequilibrios entre la pensión media y el salario medio](#), más entre pensiones medias y salarios más frecuentes. Lo que hay es que revaluar salarios.

Las necesarias reformas no deben implicar una nueva devaluación de las pensiones para equipararse con la superior devaluación de los salarios, sino, al contrario, la revaluación de los salarios para una equidad progresiva

En suma, por no alargar más esta reflexión, quienes –con el Banco de España a la cabeza– reducen el sistema público de pensiones a mera «inversión financiera» y valoran su evolución solo en términos de relación proporcional entre lo cotizado y lo recibido, mutando el imperativo constitucional de «suficiencia» por un evanescente «juicio de generosidad», no solo desconocen los condicionantes constitucionales del sistema, sino su propia función institucional. Realmente, en esta –injusta e incierta– acusación de «exceso de generosidad» subyace la voluntad de deslizar el sistema desde una garantía de suficiencia prestacional hacia un sistema de pensiones mínimas de evitación de la pobreza severa, dejando

a garantía de suficiencia para un, hoy inexistente, nivel complementario de pensiones privadas, a gestionar por el sistema financiero. Al margen de los efectos de exclusión y mayor desigualdad que provocaría un deslizamiento de este tipo, no solo se enfrentaría de raíz con el modelo constitucional y multinivel de Seguridad Social, sino lisa y llanamente contra la razón.

8. No, no es el Banco de España la única institución económico-financiera oficial que ha vuelto a lanzar sus dañinos dardos contra el sistema público de pensiones. También el Tribunal de Cuentas acaba de alertar sobre los (pretendidos o reales) «desfases significativos» entre los ingresos medios por persona cotizante (que habrían crecido un 1,2 % entre 2016 y 2018) y los gastos (que se habrían incrementado un 18,7 % en esos años). De ahí que proponga, en su último [Informe de fiscalización sobre la evolución económico-financiera, patrimonial y presupuestaria del sistema de la Seguridad Social y su situación a 31 de diciembre de 2018](#), una reforma urgente para contener el gasto, una vez constata que la Seguridad Social adolece de un problema de sostenibilidad financiera de carácter estructural, ocasionado por la actual configuración de su modalidad de protección contributiva y como consecuencia directa de la evolución demográfica y socioeconómica que ha tenido lugar en España. Un impacto que se verá agravado de forma muy intensa por los efectos del escudo social frente a la pandemia de COVID-19: al tiempo que se reducen los ingresos por la menor actividad y empleo, se incrementan los gastos por la misma razón. Precisamente, [también la AIReF](#) (institución económica independiente, antes presidida por el actual ministro de Seguridad Social, que ahora replica que no hay problema alguno de sostenibilidad del sistema, apelando a la garantía institucional indefinida del sistema, pero sin más precisión) llama la atención sobre el problema añadido de sostenibilidad derivado de la crisis sanitaria, que nos anuncia medirá en septiembre-octubre 2020.

Estas instituciones oficiales, con diversa posición y distinta intensidad, no han hecho sino abrir la veda y relanzar la nueva ofensiva del coro crítico de siempre contra la sostenibilidad del sistema público de pensiones sin una reforma que recorte o modere el incremento del gasto. La «economía del miedo sobre las pensiones públicas» cabalga de nuevo, tras el paréntesis o la tregua de lo más dramático de la triple crisis derivada de la pandemia –cuyo fin es incierto, cada vez más sombrío ante el horizonte de una segunda oleada–, ahora a lomos de un brioso corcel, el Banco de España. Esta institución, teóricamente concebida para apoyar la política económica del Gobierno y asesorarlo solvente y prudentemente con estudios e informes serios ([art. 7.2 y Ley 13/1994, de 1 de junio](#)), daría bríos a quienes, cual apocalipsis, auguran que [«habrá recortes en pensiones, con tasa de sustitución del 70 % y sin IPC»](#), porque el IPC será negativo en 2020, con lo que se congelarán (si acaso el 0,25 % comprometido por el actual [art. 58](#)

Estas instituciones oficiales (Banco de España, Tribunal de Cuentas) han relanzado la nueva ofensiva del coro crítico de siempre (sistema financiero y su mediático «brazo científico») [contra el sistema público de pensiones](#)

LGSS que, sin embargo, está suspendido). O, incluso, «que no se pague la paga extra a los pensionistas», o que se suba la edad de jubilación a los 70 años, «algo natural» con la actual esperanza de vida, esto es, todos los males juntos, las «7 plagas» de la maldición bíblica, pero ahora contra las pensiones públicas, por su «pecado de prodigalidad» (generosidad).

Ciertamente, no hay nada nuevo en estas usuales críticas economicistas y en extremo ideologizadas (Fedea, [Analistas Financieros Internacionales –AFI–](#), Instituto Santa Lucía, Instituto Pensiones del BBVA, etc.), encubiertas bajo una pátina de rigor numérico (quien da una cifra se muestra seductor para los amantes del cálculo, hoy dominantes) y que se reproducen periódicamente, pues el objetivo último, siempre oculto, el deslizamiento del nivel público al nivel privado, aun colectivo o de empleo, está muy lejos de conseguirse. Peor aún. [La AIReF habría asestado la puntilla a la única medida que mantenía «viva»](#), aun con respiración asistida, la esperanza del sistema financiero en más componente privado: las desgravaciones fiscales de los planes de pensiones (8.000 €/año como máximo por aportación individual, 1.650 millones de € anuales en su conjunto) serían disfuncionales (no logran el fin de fomentar el ahorro), regresivas (el beneficio fiscal induce un incremento del índice de Gini del 0,38 %), por lo que o bien se reformulan totalmente o se eliminan, cavando su tumba. En este sentido, la AIReF concluye que el objetivo del beneficio es estimular el ahorro previsional a largo plazo, como complemento al sistema público de pensiones. [Su futuro es sombrío, pero se silencia.](#)

Tampoco son nuevas las críticas del Banco de España contra la suficiencia del sistema público de pensiones, proponiendo continuamente reformas legales que rebajen el gasto, nunca que incrementen los ingresos. Pero en esta ocasión hay un elemento de novedad especialmente dañino, agravándose por lo errado del planteamiento seguido para formular su crítica. En vez de mostrar ponderación y prudencia en el ejercicio de su libertad de investigación científica, ha preferido ser osado, más bien temerariamente militante a favor de un modelo de pensiones públicas que no existe en España, por más que sí es proclamado, auspiciado, por el sistema financiero, como es el sistema de cuentas nocionales, para instrumentalizarlo en contra del sistema vigente, desnaturalizando, más bien manipulando, el modelo constitucional. Prescindiendo de su función constitucional de garantía de suficiencia prestacional, ha preferido reprobable su pretendida generosidad, porque no se respetaría la lógica de proporcionalidad, típicamente del sistema de seguro, entre cuotas y pensiones. Con ello no solo olvida que esa lógica está excluida del sistema actual, según el propio Tribunal Constitucional, sino que desembocaría en pensiones de pobreza, por lo que, al final, el modelo sí resultaría insostenible social y económicamente.

En definitiva, la ciencia y la historia evidencian que el sistema de pensiones públicas en España no tiene ningún problema de

Pero, de este modo, ignoran la función constitucional de garantía de suficiencia de la pensión para atribuirle otra ajena, de inversión financiera, exigiéndole una lógica de proporcionalidad típica del desterrado sistema de seguro

exceso de gasto (generosidad), sí de deficientes ingresos. El problema verdadero de sostenibilidad del sistema es de financiación fiscal, no de rebajas. Por supuesto, eso no implica obviar problemas de inequidad (por razón de sexo, por privilegios sostenidos en el tiempo –jubilaciones anticipadas–, etc.), exigiendo reformas correctoras, amén de que el sistema es dinámico y requiere cambios para su consolidación, no para su devaluación. Pero asumir acríticamente –convirtiéndose en adalid del sistema financiero que pugna por él para mutar el modelo– el concepto de «exceso de generosidad» del sistema ignorando la necesidad de suficiencia prestacional y haciendo de un derecho social solo un mecanismo de inversión financiera supone una inaceptable extralimitación funcional del Banco de España.

En suma, si en el plano económico-financiero el Banco de España ha convertido su deber de ofrecer las cuentas claras en apología de cuentos ideológicos (las falaces virtudes de la capitalización frente a los pretendidos vicios del reparto), en el plano jurídico-institucional ignora su vinculación al mandato constitucional-ordinamental (art. 9.1 CE). Se «defraudan» las expectativas de Seguridad Social de muchas formas, la peor es, sí, el delito de fraude, hoy a la orden del día (por ejemplo, STS, Sala de lo Penal, 150/2020, de 18 de mayo), pero el Banco de España, con este aciago informe, a su modo, también muestra «deslealtad» con las legítimas expectativas ciudadanas de una pensión pública de jubilación digna y suficiente (arts. 41 y 50 CE). Este estudio no solo yerra científicamente, sino que su ejemplaridad ético-social deja mucho que desear. Más leña para un otoño que viene –social, económica y políticamente– tan «caliente» o más que el verano ido.

El Banco de España, con este aciago informe, a su modo, también «defrauda» las legítimas expectativas ciudadanas de una pensión pública de jubilación digna

Cómo citar: Molina Navarrete, C. (2020). El «nuevo dardo» (contra la Seguridad Social) en «la palabra» (del Banco de España): ¿«suficiencia» versus «generosidad»? *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 449-450, 5-20.

Relaciones colectivas en el deporte profesional femenino

Carmen Sáez Lara

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

Extracto

Las deportistas profesionales gozan, en relación con sus derechos laborales individuales y colectivos, de una igualdad formal, que oculta una situación de invisibilidad, segregación y discriminación profesional. Hasta la fecha, ni el marco normativo ni las políticas públicas han prestado atención a esta problemática. Han sido los éxitos deportivos de nuestras jugadoras los que han incrementado el interés, el seguimiento mediático y el valor económico de la actividad de las deportistas y, consiguientemente, los que han abierto la puerta de acceso a sus derechos, a través de la acción colectiva. La negociación colectiva y, en ocasiones, el ejercicio del derecho de huelga han sido, efectivamente, los que han permitido a las deportistas acceder a la contratación laboral y a unas condiciones salariales y de trabajo dignas. Esta acción colectiva de las deportistas profesionales es el objeto del presente trabajo, y nos ha llevado a estudiar el asociacionismo deportivo femenino, el derecho de huelga en el deporte y la negociación colectiva, especialmente el Convenio colectivo para el fútbol femenino 2019/2020 y sus precedentes. El objetivo ha sido tratar de avanzar, desde una perspectiva teórica, en el debate jurídico hacia la igualdad de oportunidades de las deportistas y, desde una perspectiva práctica, introducir la perspectiva de género en los derechos laborales de las personas deportistas profesionales.

Palabras clave: deportistas profesionales; igualdad de oportunidades; convenio colectivo; perspectiva de género.

Fecha de entrada: 02-06-2020 / Fecha de aceptación: 08-06-2020

Cómo citar: Sáez Lara, C. (2020). Relaciones colectivas en el deporte profesional femenino. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 449-450, 21-56.



Collective relations in professional women's sport

Carmen Sáez Lara

Abstract

Professional sportswomen have, in relation to their individual and collective labour rights, formal equality, which hides a situation of invisibility, segregation and professional discrimination. To date, neither the regulatory framework nor public policies have been able to pay attention to this situation. It has been the sporting successes of female athletes that have increased the interest, media coverage and economic value of the activity of sportswomen and, consequently, those that have opened the door to access their rights, through collective action. Collective bargaining and, sometimes, the exercise of the right to strike have effectively allowed sportswomen to gain access to employment contracts and decent wage and working conditions. This collective action by professional sportswomen is the subject of this work, and has led us to study women's sports associations, the right to strike in sport and collective bargaining, especially the Collective Bargaining Agreement for Women's Football 2019/2020 and its precedents. The aim has been, from a theoretical perspective, to advance in the legal debate towards equal opportunities for sportsmen and women and, from a practical perspective, to introduce the gender perspective into the labour rights of professional sportsmen and women.

Keywords: professional athletes; equal opportunities; collective agreement; gender perspective.

Citation: Sáez Lara, C. (2020). Collective relations in professional women's sport. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 449-450, 21-56.



Sumario

1. Deporte profesional desde una perspectiva de género
 - 1.1. Deporte profesional y segregación por razón de sexo
 - 1.2. Políticas públicas sobre mujer y deporte
 - 1.3. Cambios en el marco normativo sobre deporte e igualdad de género
 2. Deporte profesional femenino: delimitación y cuantificación
 - 2.1. Deporte autónomo y de alto nivel o rendimiento
 - 2.2. Deporte *amateur* y voluntariado en el deporte base
 - 2.3. Delimitación del deporte profesional femenino: una difícil labor
 - 2.4. Delimitación del deporte femenino y el concepto de competición y deporte profesional
 3. El asociacionismo en el deporte profesional desde la perspectiva de género
 - 3.1. El asociacionismo en el deporte femenino
 - 3.2. Sindicatos profesionales de ámbito nacional para cada modalidad deportiva
 - 3.3. Representación sindical en los clubes/SAD
 4. El derecho de huelga de las deportistas: huelga en el fútbol femenino
 - 4.1. Régimen jurídico del derecho de huelga
 - 4.2. Derecho de huelga en el fútbol femenino y sanciones disciplinarias
 5. La negociación colectiva en el deporte profesional femenino
 - 5.1. Caracteres de los convenios en el deporte profesional femenino
 - 5.2. Los convenios colectivos en las actividades de baloncesto y fútbol sala femeninos
 - 5.3. El Convenio colectivo 2019/2020 para el fútbol femenino
 - 5.3.1. Cláusulas convencionales con perspectiva de género
 - 5.3.2. Desigualdades en materia de jornada y salarios
 - 5.3.3. Protocolo para elecciones a representación del banco social en el fútbol femenino de primera división
 6. Consideraciones conclusivas
- Referencias bibliográficas

1. Deporte profesional desde una perspectiva de género

En el régimen jurídico laboral, las deportistas profesionales gozan, en relación con sus derechos individuales y colectivos, de una igualdad formal, que oculta una situación de invisibilidad, segregación y discriminación profesional. Si hubiera que destacar un rasgo diferenciador de este sector de actividad profesional, desde la perspectiva laboral, este no sería la temporalidad de la relación laboral especial frente a la relación laboral común, o la confluencia de normas laborales y regulaciones deportivas, sino la segregación y discriminación profesional de las mujeres deportistas profesionales.

Ni el marco normativo ni las políticas públicas han sabido hacer frente y ni siquiera han prestado atención a esta situación. El Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, que regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales (RDDP), no contiene referencia alguna al deporte femenino. Tampoco la igualdad entre hombres y mujeres aparece en ningún precepto de la Ley del deporte, de 15 de octubre de 1990 (LD), y, aunque la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres (LOIEMH), contiene un mandato general a los poderes públicos de fomentar la igualdad real y efectiva, en el diseño y ejecución de las políticas deportivas, en su artículo 29¹, este precepto separa deporte y trabajo, creando así «la impresión de que el deporte profesional de la mujer no fuese una forma de trabajo lucrativo» (Martínez y Arufe, 2017, p. 31).

Las políticas públicas no atienden directamente al acceso de la mujer al trabajo deportivo, y han estado referidas a los ámbitos del citado artículo 29 de la LOIEMH, el acceso de las mujeres a las disciplinas deportivas y a los niveles de responsabilidad y decisión. Por ello, es difícil vincular estas políticas con la relativa mejora que, en su situación profesional, han experimentado algunas jugadoras y que ha derivado de su acción colectiva y de la firma de convenios colectivos. Han sido, efectivamente, los éxitos deportivos los que han incrementado el interés, el seguimiento mediático y el valor económico de la actividad de las deportistas profesionales y, consiguientemente, los que han abierto la puerta de acceso a sus derechos laborales y profesionales (en los deportes de equipo) a través de la acción colectiva. Una acción colectiva que es el objeto de este trabajo y que, como podrá comprobarse, se encuentra en el deporte femenino en una fase embrionaria, dirigida a alcanzar la

¹ Así como de promover el deporte femenino y favorecer la efectiva apertura de las disciplinas deportivas a las mujeres, en todos los niveles, incluidos los de responsabilidad y decisión.

contratación laboral y unas condiciones salariales y de trabajo dignas. Además, esta situación de precariedad de las deportistas no es ajena a la propia delimitación conceptual del deporte profesional, en el marco normativo vigente, ni a la débil implantación en el mismo de la perspectiva de género, temas de los que nos ocuparemos, con carácter previo.

En definitiva, la realidad de segregación y discriminación del deporte profesional femenino y la normativa y las políticas públicas sobre igualdad en el deporte aún no se han conectado. Veamos, pues, en primer lugar, ambos temas separadamente, con algo más de detalle.

1.1. Deporte profesional y segregación por razón de sexo

La segregación por razón de sexo es una nota característica del sector de actividad del deporte profesional, que, salvo desde la perspectiva doctrinal (Martínez y Arufe, 2010, 2017; Rodríguez y Gómez, 2019), no ha sido cuestionada en nuestro país. Justificada tal separación sobre la base de diversas explicaciones históricas y diferencias físicas y de valoración económica, la misma determina, en la práctica, que el deporte sea uno de los sectores de actividad económica, donde las discriminaciones profesionales y salariales son más acusadas. En efecto, desde una perspectiva histórica, se ha transitado de la inicial exclusión de las mujeres del mundo del deporte² al momento actual de segregación entre hombre y mujer en las disciplinas deportivas. Como se ha señalado, los roles de género han disuadido a las mujeres de la participación y la competición deportiva; su incorporación ha sido tardía y se ha producido siguiendo unas pautas de segregación por sexo, en las diferentes disciplinas deportivas (European Commission, 2014, p. 6).

En nuestro país, la desigualdad de condiciones de las mujeres deportistas ha sido invisible y no ha determinado debate constitucional o judicial alguno, sin que el tema haya merecido interés, incluso para afirmar la inaplicación del principio de igualdad (Martínez y Arufe, 2010, p. 4). Desde la perspectiva jurídica, sería preciso captar toda la complejidad de la desigualdad de género en el deporte, de los diversos intereses y experiencias y el hecho de la construcción del deporte mismo como una institución de dominio masculino. Una institución que debe integrar el valor de las actividades e intereses deportivos actuales de las mujeres, pues la igualdad en el acceso a los recursos públicos y los lazos entre los deportistas masculinos y femeninos son necesarios, pero no suficientes, para romper las estructuras de dominio masculino en el deporte. El marco normativo debe

² Las mujeres fueron excluidas de los primeros Juegos Olímpicos, celebrados en Atenas en 1896, y compitieron por primera vez en los Juegos de 1900 en París, con apenas 22 mujeres del total de 997 atletas. Hubo que esperar más de un siglo, hasta las Olimpiadas de Londres (2012), para que las mujeres estuvieran presentes en todos los deportes. En Río (2016) participaron aproximadamente 4.700 mujeres, un 45 % del total de atletas. Entre nosotros, puede destacarse que la Federación de Fútbol prohibió el fútbol femenino en sus estadios entre 1921 y 1971.

permitir a las mujeres desarrollar y perseguir, en igualdad de condiciones, sus propios intereses en el deporte.

En otros países, como es el caso de Estados Unidos, la existencia de una normativa antidiscriminatoria por razón de género, en el deporte *amateur*, escolar y universitario, el conocido título IX (*Educational Amendments*, 1972)³, ha determinado la existencia de atención doctrinal y judicial. Esta ley federal establece la prohibición de discriminación por razón de sexo en cualquier programa o actividad educativa financiada con fondos federales. El título IX ha determinado, en ese país, importantes avances para mantener el papel de las instituciones educativas como sujetos responsables en la construcción de una relación diferente de los hombres y las mujeres con el deporte. Su propósito es que los colegios y las universidades ayuden activamente a construir un interés y una experiencia deportiva masculina y femenina (Brake, 2000, p. 145)⁴.

Igualmente, una cuestión que se somete a continuo debate es la discriminación salarial de las deportistas femeninas frente a sus homólogos masculinos. En términos más amplios, las diferencias de ingresos han sido analizadas atendiendo a sus causas, que estarían conectadas tanto con las diferencias a la hora de retribuir los resultados de las competiciones, como con la mínima inversión que reciben las deportistas a nivel publicitario⁵; causas que persisten, pese a la creciente importancia y atención mediática al deporte femenino, por lo que se desvela, cada vez con mayor claridad, la injusta situación de precariedad profesional de las deportistas. En Estados Unidos, se han formulado denuncias, la más conocida, la de futbolistas de la selección norteamericana, sobre la violación del principio de igual salario para trabajos de igual valor, que de momento no ha recibido una respuesta judicial estimatoria⁶. En todo caso, debe recordarse que, con fecha de 26 de mayo de 2016, el Senado dictó una resolución, no vinculante, en la que se instaba a la Federación de Fútbol de Estados Unidos a «eliminar inmediatamente la desigualdad salarial de género y tratar a todos los deportistas con el mismo respeto y dignidad».

³ 20 United States Code, § 1681.

⁴ El título IX va más allá de la limitada perspectiva de la igualdad formal, pues se basa en un análisis más profundo de los prejuicios de género en programas de deporte escolar. En formas sutiles y no tan sutiles, la educación y las instituciones ofrecen oportunidades desiguales en el deporte y crean culturas que son hostiles a las mujeres.

⁵ Por ejemplo, en los grandes torneos de golf, las diferencias económicas entre los ganadores hombres y mujeres superan el millón de dólares. Aunque las hazañas atléticas con la combinación adecuada de publicidad y cobertura mediática despiertan el interés en el deporte femenino, en cuanto a la dotación económica persisten diferencias sustanciales. Ello puede deberse a que los éxitos van seguidos de una atención solo puntual de los medios, por lo que a los anunciantes les cuesta asociarse a una deportista, aunque tenga un curriculum exitoso. Aunque, ante el éxito de la última Copa Mundial Femenina, la FIFA anunciara que, para la próxima de 2023, duplicará el premio total del torneo a 60 millones de dólares, para la Copa Mundial Masculina de 2022 se destinarán 440 millones de dólares en premios.

⁶ Sobre la Sentencia del Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Central de California, de 1 de mayo de 2020 (caso Alex Morgan vs. Federación Soccer de los Estados Unidos, Inc.), *vid.* Conde (2020).

1.2. Políticas públicas sobre mujer y deporte

Pese a la conciencia de los poderes públicos de la potencialidad del deporte en la construcción de una sociedad más igualitaria, el cumplimiento en este sector de actividad del principio de igualdad y de la prohibición de discriminación de las mujeres se encuentra aún muy lejos de ser alcanzado. Además de la incorporación lenta y segregada de las mujeres al deporte, ya destacada, su escasa participación en la toma de decisiones en las organizaciones deportivas, en profesiones como el entrenamiento y el arbitraje deportivo, en el acceso a la condición de deportistas de alto nivel o rendimiento; el menor acceso a los recursos de promoción de la práctica deportiva; en fin, su invisibilidad y la existencia de sesgos discriminatorios en los medios tradicionales de comunicación son los rasgos que vienen marcando los diversos estudios de diagnóstico de la situación de las mujeres en el mundo del deporte⁷. A estos rasgos, además, debemos añadir el dato de la creciente preocupación por la violencia sexista y el acoso por razón de sexo (Mergaert, Arnaut, Vertommen y Lang, 2016).

Solo a partir de la LOIEMH de 2007 existirá en España un mandato normativo general a los poderes públicos de fomentar la igualdad real y efectiva en la práctica deportiva y, en general, en las estructuras del deporte y que estaría contenido en el citado artículo 29. La ausencia de referencia alguna a la igualdad entre hombres y mujeres en la LD de 1990 se vería suplida en algunas leyes autonómicas posteriores, que contemplarían el objetivo de la igualdad como un principio rector de la actuación pública, aunque los términos del desarrollo e implementación de las políticas de este orden no aparecen dibujados en la norma (Palomar, 2015).

Pues bien, diversos análisis señalan avances y mejoras en los datos que reflejan la posición de las mujeres en relación con algunas de las variables señaladas y, efectivamente, podemos apreciar una cierta mejoría, si, por ejemplo, comparamos algunas cifras, en el corto periodo temporal entre los años 2011⁸ y 2019⁹. Otros estudios, sin embargo, también

⁷ Estudios citados por el Instituto Andaluz de la Mujer (2018, pp. 6-8).

⁸ Por ejemplo, en 2011, solo un 20,4 % de las licencias federadas en España fueron de mujeres. En lo que respecta a los órganos de gobierno de las federaciones deportivas españolas, las mujeres tuvieron una presencia de un 10,28 % en las asambleas, un 8,11 % en las comisiones delegadas, un 11 % de participación en las juntas directivas y un 17,84 % en los comités técnicos, y, en cuanto al personal de alta competición de las federaciones, en 2011, un 18,53 % fueron mujeres (Ferro, Azurmendi y Leunda, 2012, p. 9).

⁹ Un estudio elaborado dentro del proyecto europeo «ALL IN: Towards gender balance in sport» (2019), promovido por el Consejo de Europa y la Comisión Europea (que recoge datos de 18 países europeos), concluye que Francia, Finlandia y España son los Estados mejor posicionados en esta materia en el respeto por la igualdad de género en el deporte. Según este trabajo, el 59 % de las federaciones deportivas españolas cuentan con un plan para prevenir y combatir la desigualdad de género y el 41 % de ellas ya han desarrollado actuaciones concretas. Los datos demuestran que el 74 % de las federaciones ya ha tomado medidas para reducir la distancia entre el número de entrenadores masculinos y femeninos en

destacan la ausencia de indicadores homogéneos en la Unión Europea (UE) y la falta de la información adecuada que impediría a las personas responsables de la formulación de las políticas adoptar medidas que reflejen las necesidades diferentes de las mujeres deportistas (Instituto Europeo para la Igualdad de Género, 2015, p. 4)¹⁰.

La mejora de los datos podría estar conectada con la estrategia adoptada por las políticas públicas de promoción de la igualdad de género en el deporte y, más concretamente, con los ámbitos en los que se han centrado sus medidas. Desde el ámbito internacional al de la UE y al nacional, estas políticas han tenido como objetivo predominante el desarrollo de una cultura deportiva que permita y valore la plena participación de las mujeres en todos los aspectos del deporte, su participación en la toma de decisiones en las organizaciones deportivas y, en menor medida, su acceso a la condición de deportista de alto nivel.

A nivel internacional, debemos partir de destacar la Declaración de Brighton, resultante de la 1.ª Conferencia mundial sobre las mujeres y el deporte, celebrada en esta ciudad de Reino Unido en 1994¹¹, y las Declaraciones de Atenas (2004), Berlín (2013) y Kazán (2017)¹², que hacían un llamamiento a medidas específicas y a la promoción de la igualdad de oportunidades en el ámbito del deporte. Por su parte, el Comité Olímpico Internacional (COI), tras celebrar la 5.ª Conferencia mundial sobre mujer y deporte en 2012, realizó, a través de la Declaración de Los Ángeles, un llamamiento para promover la participación de las mujeres en las actividades deportivas y en los puestos de gestión y dirección de los comités olímpicos nacionales y de las federaciones deportivas.

A nivel de la UE, hemos de señalar la Conferencia de la UE sobre igualdad de género en el deporte, celebrada en Vilna el 3 y el 4 de diciembre de 2013, que examinó las posibles medidas estratégicas destinadas a alcanzar la igualdad de género en el deporte en el periodo

sus selecciones y que el 82 % ha implementado medidas para aumentar el porcentaje de mujeres que practican deporte de forma habitual. En España, los datos recabados demuestran que existe un 25 % de mujeres que ocupan puestos en los órganos de dirección de las federaciones.

¹⁰ A escala europea, las mujeres ocupan, por término medio, un 14 % de los puestos de toma de decisiones en las confederaciones continentales de deportes olímpicos en Europa. De las cifras basadas en 7 Estados miembros de la UE se desprende que solo entre un 20 % y un 30 % de todos los entrenadores deportivos de Europa son mujeres. La proporción de mujeres en puestos de máxima responsabilidad en las organizaciones deportivas, en 2015, era solo el 14 % del total de los puestos (desde un 3 % en Polonia hasta un 43 % en Suecia, situándose España en la media del 14 %). Y solamente Alemania, Finlandia, Francia, Reino Unido (Inglaterra) y Suecia han propuesto o han introducido ya objetivos voluntarios para el equilibrio entre los géneros en las estructuras de gobernanza de las federaciones deportivas.

¹¹ Esta conferencia marca un hito histórico, pues la Declaración de Brighton se reconoce como el documento básico de la estrategia sobre igualdad de género en el deporte. Otras conferencias mundiales sobre mujer y deporte se han sucedido cada 4 años, la 7.ª, en 2018, tuvo lugar en Gaborone, Botswana.

¹² Conferencia internacional de ministros y altos funcionarios encargados de la educación física y el deporte (MINEPS) de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, las Ciencias y la Cultura (UNESCO).

2014-2020 e hizo un llamamiento a la Comisión, a los Estados miembros y al movimiento deportivo para desarrollar un plan de acciones estratégicas en este ámbito¹³. Después de la Conferencia de la UE sobre igualdad de género en el deporte celebrada en 2013, se aprobó la Propuesta de acciones estratégicas en relación con la igualdad de género en el deporte 2014-2020¹⁴. Estas políticas han partido de constatar, entre otros datos relevantes, que la representación de las mujeres en muchos ámbitos del deporte es insuficiente; que el número de mujeres que ocupan puestos directivos en las federaciones deportivas o como entrenadoras sigue siendo bajo; y que la violencia de género en el deporte es un problema significativo que requiere de investigación adicional. Sin embargo, los documentos elaborados, sin valor jurídico, establecen meras recomendaciones, que incluso se matizan.

A nivel nacional, el Manifiesto del Consejo Superior de Deportes (CSD) por la igualdad y la participación de la mujer en el deporte, de 29 de enero de 2009, incorpora también nuevas perspectivas a la actuación pública. Como interesa destacar, entre otros objetivos, este documento apelaría a incluir la perspectiva de género en las políticas de gestión de la actividad física y el deporte, para garantizar la plena igualdad de acceso, participación y representación de las mujeres, como practicantes, gestoras, directivos, entrenadoras, técnicas, árbitras, juezas, periodistas e investigadoras. Con estos objetivos se establecieron, de una parte, ayudas a las federaciones deportivas españolas para subvencionar las actuaciones dirigidas a promocionar, facilitar e incrementar la participación femenina en todos los ámbitos del deporte (licencias, formación, alto nivel, cuadros técnicos, dirección, gestión y ayudas sociales, entre otras)¹⁵; y, de otra parte, también se establecieron ayudas a las mujeres deportistas con licencia federativa en vigor que hayan sido madres (deportistas de alto nivel), o que tengan hijos menores de 3 años, a cargo de personal cuidador o en centros educativos infantiles (mujeres deportistas integrantes de las selecciones nacionales), con el fin de facilitar la conciliación de su vida deportiva y personal¹⁶.

En definitiva, puede comprobarse que, en la actividad deportiva, las políticas públicas se han centrado, fundamentalmente, en la promoción del acceso de la mujer a la actividad deportiva; en su incorporación a posiciones de dirección y liderazgo en las organizaciones deportivas; y en el acceso a las profesiones de entrenamiento y arbitraje. Sin embargo, estas políticas públicas de igualdad en el deporte no se refieren al deporte profesional

¹³ Conclusiones del Consejo, de 21 de mayo de 2014, sobre igualdad de género en el deporte (2014/C 183/09).

¹⁴ Solo disponible el texto en inglés (European Commission, 2014).

¹⁵ El programa arranca en 2014 y, por ejemplo, la Resolución de 25 de febrero de 2015, de la Presidencia del CSD, tuvo una dotación de 1.245.000 euros, mientras que en la Resolución de la Presidencia del CSD, por la que se convocan ayudas a las federaciones deportivas españolas, para el Programa Mujer y Deporte, en el año 2020 (BOE de 4 de diciembre de 2019) es de 840.000 euros.

¹⁶ Sin cambios, si comparamos la Resolución de la Presidencia del CSD de 26 de mayo de 2015, por la que se convocan ayudas a mujeres en el año 2015, y la Resolución de la Presidencia del CSD de 13 de marzo de 2019 (BOE de 20 de marzo de 2019).

femenino, ámbito en el que se acusa una total ausencia de promoción de la igualdad en el empleo. Aunque se hable siempre de la gran magnitud de la brecha salarial, y de la precariedad profesional del deporte femenino, faltan datos y cifras sobre la participación de las mujeres en el deporte profesional y cualquier previsión acerca de unas futuras políticas públicas en este sector.

1.3. Cambios en el marco normativo sobre deporte e igualdad de género

Frente a la ausencia de cualquier referencia al principio de igualdad y a la prohibición de discriminación por razón de sexo, así como a la promoción del acceso efectivo de la mujer al deporte, en la LD de 1990, las actualizaciones más recientes de las leyes autonómicas sobre el deporte se han caracterizado por la incorporación de referencias concretas a la necesaria adopción de medidas que garanticen y promuevan la igualdad real, entre hombres y mujeres, en la práctica deportiva¹⁷.

Un marco normativo más avanzado, desde la perspectiva de género, lo representa el Anteproyecto de Ley del deporte de 1 de febrero de 2019 (ALD), que contiene una mención expresa a la igualdad como valor esencial en su artículo 2, y, más específicamente, establece, en su artículo 4, el marco de la igualdad efectiva en los ámbitos del acceso y el desarrollo posterior de la actividad física y el deporte y de la promoción de la integración igualitaria en los órganos de dirección, gobierno y representación de las entidades deportivas previstas. El ALD prevé, como obligaciones para las federaciones deportivas españolas, realizar un informe anual de igualdad (art. 4.5); implantar un protocolo de prevención y actuación, para situaciones de discriminación, abusos y acoso por razón de sexo (art. 4.6); y elaborar un plan específico de conciliación, con medidas concretas de protección, en los casos de maternidad y lactancia, que será aplicable a las entidades deportivas, una obligación que también corresponde a las ligas profesionales (art. 4.8). En términos más amplios, el ALD también afirma que, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 29.2 y 36 a 39 de la LOIEMH, se promoverá una mayor visibilidad de eventos deportivos de categoría femenina en los medios de comunicación (art. 4.7) y que, en cumplimiento también de la citada ley, se garantizará la igualdad de premios entre ambos sexos, siempre que los eventos deportivos se organicen o se encomienden a un tercero por una Administración pública, o se

¹⁷ Por ejemplo, la Ley de la actividad físico-deportiva de Castilla y León (BOCYL de 5 de marzo de 2019) señala, entre sus principios y objetivos, el desarrollo de programas para favorecer la incorporación de la mujer y la equiparación de los premios entre sexos. La Ley 5/2016, de 19 de julio, del deporte de Andalucía (BOJA de 22 de julio de 2016; BOE de 5 de agosto de 2016), establece, en su artículo 6, el principio de igualdad efectiva, es decir, el fomento e integración de la perspectiva de género en las políticas públicas en materia de deporte, la consecución real y efectiva de la igualdad de género y la promoción del deporte femenino.

financien total o parcialmente a través de fondos públicos. De la misma forma, se garantizará que el sistema de dietas otorgadas, cuando las personas deportistas compitan con las selecciones nacionales correspondientes, sea igualitario para hombres y mujeres (art. 4.9).

Ahora bien, la incorporación de las personas deportistas a las políticas de empleo está prevista solamente para después de su vida deportiva (art. 37 ALD). En cuanto a la prohibición de discriminación en las relaciones laborales, solo se encuentra una referencia en el artículo 4.3 y es poco clara, pues apela a desarrollar políticas que «prevengan, identifiquen y sancionen» la merma de derechos o que impliquen situaciones de discriminación que puedan provenir de las entidades deportivas y su vinculación con las personas deportistas en las relaciones laborales que mantengan con las mismas. Además, la prohibición de discriminación solo se establece como derecho de las personas deportistas en el artículo 22.1 a) del ALD. Por el contrario, en el elenco de los derechos y deberes de las personas deportistas profesionales de los artículos 27 y 28, más allá de la adecuación de la norma al lenguaje de género, no existe la perspectiva de género. Finalmente, sí se establece expresamente la obligación de fijar en los estatutos de las federaciones las llamadas «comisiones de género y de deporte inclusivo» (art. 50.5 ALD) y la obligación de presencia equilibrada en los órganos de la entidad (art. 51 ALD), cuyo incumplimiento se tipifica como una infracción muy grave (art. 112.2 k) ALD).

En definitiva, se constata claramente que los avances en la igualdad de género, que ciertamente existen en el ALD, no han alcanzado al régimen jurídico de los derechos de las deportistas profesionales.

2. Deporte profesional femenino: delimitación y cuantificación

En el deporte femenino las relaciones colectivas se encuentran en una fase inicial o embrionaria, dirigida a garantizar unas condiciones salariales y de trabajo mínimas mediante la celebración de contratos de trabajo, de conformidad con el marco normativo laboral. La acción colectiva de las deportistas pretende superar una situación irregular de trabajo deportivo, en ocasiones, sin derechos laborales y, consecuentemente, sin prestaciones sociales. Sobre el problema general de delimitación del ámbito de aplicación del RDDP, en relación con los deportistas profesionales excluidos, ya sea de conformidad con esta norma (deportistas autónomos) o en contravención de la misma (falsos *amateurs*), sobrevuela la cuestión del impacto de género de tales exclusiones. Por ello, abordaremos, antes de estudiar las relaciones colectivas en el deporte profesional femenino, la cuestión previa de su delimitación en el marco normativo vigente.

La delimitación conceptual del trabajo deportivo se efectúa por el RDDP de forma restrictiva, pues no integra a todos los deportistas profesionales, al dejar fuera implícitamente a los autónomos y explícitamente a los deportistas aficionados (así como la actividad prestada

para las selecciones nacionales). De partida, sería precisa una rápida consideración sobre la delimitación de la relación laboral deportiva respecto a las llamadas, tradicionalmente, «zonas grises», que se tornan en el deporte en el calificado «amateurismo marrón», y en las situaciones de los voluntarios en el deporte base. Ya, en otro plano, es necesario abordar el caso de los deportistas autónomos y, singularmente, de los deportistas de alto nivel también desde la perspectiva de género. El deporte femenino arrastra un problema de falta de información acerca del número de deportistas profesionales que trabajan, dentro del ámbito de aplicación del marco normativo laboral. Aunque falten datos, sobre las deportistas con contrato laboral, sí puede comprobarse que las asociaciones de jugadoras denuncian la ausencia de contratación regular y que la acción colectiva se ha dirigido, inicialmente, hacia la regularización de las deportistas sin contrato de trabajo deportivo. Finalmente, también debe señalarse que tales denuncias se han conectado con la propia definición del deporte profesional que establece la vigente LD, proponiéndose reformas al respecto. Veamos todas estas cuestiones con algo más de detalle.

2.1. Deporte autónomo y de alto nivel o rendimiento

Entre los deportistas autónomos figuran los «deportistas de alto nivel» (art. 52 LD) por aparecer en las relaciones elaboradas anualmente por el CSD, en colaboración con las federaciones deportivas españolas y, en su caso, con las comunidades autónomas, y regulados por el Real Decreto (RD) 971/2007, de 13 de julio, sobre deportistas de alto nivel y alto rendimiento. Una cuestión de género que se ha planteado en relación con esta regulación ha sido la del impacto negativo que sobre las deportistas de alto nivel tiene la maternidad, atendiendo a los requisitos necesarios para alcanzar tal condición. En concreto, ha planteado dudas la interpretación del artículo 16.1 del citado RD 971/2007, según el cual la duración de la condición de deportista de alto nivel se suspende durante los periodos de incapacidad temporal. Sin embargo, el precepto no prevé singularidad o medida protectora específica alguna respecto de las deportistas de alto nivel en caso de maternidad, durante el tiempo de duración de dicha circunstancia, y pese a que durante el embarazo, parto y posparto resulta inviable fisiológicamente poder entrenar adecuadamente y competir, con el consiguiente perjuicio para poder renovar su condición, sujeta a la obtención de determinados objetivos deportivos baremables. Pues bien, la Resolución de la Presidencia del CSD de 30 de octubre de 2018 reconocería los supuestos de embarazo, parto y posparto como causas de interrupción de la condición de deportista de alto nivel, al igual que sucede con la incapacidad temporal, expresamente prevista en el citado RD 971/2007, en garantía de los derechos de las madres deportistas de alto nivel. Se trata, pues, de una interpretación que debería ser avalada de forma expresa en una futura reforma normativa estatal¹⁸.

¹⁸ La resolución se basa en la amplia jurisprudencia laboral sobre este tema. La decisión fue desestimatoria de la pretensión de la atleta Isabel Macías, pues, en el caso, no se habría producido tal suspensión, se afirmarían, por no solicitarlo la interesada en el momento del hecho causante. En todo caso, este

Por lo que se refiere a la actividad profesional de las deportistas autónomas, la misma se ajustará, en numerosas ocasiones, a la figura del trabajador autónomo económicamente dependiente, regulada por la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, por lo que, a diferencia de lo que ocurría con anterioridad a la citada ley¹⁹, los órganos jurisdiccionales del orden social serán, en estos casos, los competentes para conocer las pretensiones derivadas del contrato celebrado entre un trabajador autónomo económicamente dependiente y su cliente.

2.2. Deporte *amateur* y voluntariado en el deporte base

Por lo que respecta a la exclusión de los deportistas aficionados o *amateurs*, la doctrina judicial ha acuñado el término de «amateurismo marrón», en el que se camufla la existencia de retribución y, consecuentemente, de una relación laboral (Fernández, 2007, p. 25). Los criterios de delimitación de la laboralidad parten, desde la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 2 de abril de 2009 (rec. 4391/2007), de la irrelevancia del *nomen iuris* utilizado por las partes, de la calificación federativa, de que la deportista compatibilice su trabajo deportivo con otras ocupaciones o de la importancia y la regularidad en el devengo económico. Será relevante, a los efectos de afirmar la existencia de una remuneración y, por tanto, una relación laboral, que la cuantía económica percibida exceda de los gastos realizados, independientemente de la entidad o suficiencia vital de lo percibido²⁰.

Otro ámbito donde pueden suscitarse problemas de delimitación sería el del voluntariado en los clubes deportivos de base. Los conflictos derivados de las reclamaciones de laboralidad no solo afectan a deportistas *amateurs*, entrenadores, técnicos y árbitros, sino que también han proliferado en el ámbito del deporte base. Efectivamente, la litigiosidad en este tema se ha venido suscitando, últimamente, por parte de los voluntarios, en general, y de los voluntarios deportivos, en particular. Ciertamente, en este ámbito, han existido

criterio del CSD, sobre la equiparación de los efectos suspensivos entre la incapacidad temporal y las situaciones de embarazo, parto y maternidad, debe ser adoptado, en su caso, también por los órganos equivalentes de las comunidades autónomas, en lo referente al régimen de los deportistas de alto rendimiento autonómicos.

¹⁹ Con anterioridad, era incompetente la jurisdicción social, como se declaró en la conocida Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de la Comunidad Valenciana de 6 de julio de 2004 (rec. 681/2004), sobre delimitación del deporte autónomo, y que se refería precisamente a una atleta (corredora de los 800 metros lisos), vinculada federativamente a un club.

²⁰ En el conflicto del «amateurismo compensado» frente al «amateurismo marrón», recientemente, la STSJ del País Vasco de 26 de marzo de 2019 (rec. 426/2019) ha declarado en relación con un pelotari la existencia de contrato de trabajo, siendo la remuneración pactada de 150 euros. En relación con reclamaciones de jugadoras de balonmano, las SSTSJ de Cataluña de 23 de noviembre de 2004 (rec. 4750/2004) y de Aragón de 3 de noviembre de 2008 (rec. 841/2008). Y en relación con una jugadora futbolista, la STSJ de Galicia de 18 de marzo de 2010 (rec. 5534/2009).

actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS), al entender que se trataba de eludir la contratación laboral²¹. Finalmente, en ocasiones, las pretensiones de «laboralización» de la ITSS (y, correlativamente, las de regularización por parte de la Tesorería General de la Seguridad Social) quedaron frustradas en los tribunales ante la falta de verificación de la concurrencia de los elementos constitutivos del trabajo por cuenta ajena²². Por todo ello, en el actual marco normativo, con el objeto de evitar que pudiera desvirtuarse la importante función social del voluntariado, existe una clara voluntad de separar la relación de voluntariado de aquellas otras en las que no concurren sus elementos constitutivos (gratuidad, altruismo, solidaridad), poniendo especial énfasis en la nota de la existencia de cualquier contraprestación de orden económico o material. De esta forma, la necesidad de delimitar voluntariado y trabajo asalariado constituye, sin duda, uno de los principales objetivos de la vigente regulación²³, que lo hace con un mayor grado de precisión que la anterior regulación, especialmente, atribuyendo un papel más relevante, a tales efectos, al acuerdo de incorporación.

Pues bien, una vez descritas las cuestiones generales que plantea la delimitación del ámbito de aplicación del RDDP, sería necesario suscitar la cuestión del impacto de género de las relaciones excluidas, tal y como ya ha puesto de manifiesto la doctrina laboral (Martínez y Arufe, 2010; Rodríguez y Gómez, 2019).

2.3. Delimitación del deporte profesional femenino: una difícil labor

Un simple dato estadístico es capaz de alertar del ingente problema que asola a las mujeres deportistas, pues, según la Asociación Mujer y Deporte, de 700.000 deportistas federadas, solo 1.361 son deportistas profesionales (Rodríguez y Gómez, 2019, p. 6). De esta forma, el ámbito de cobertura del contrato de trabajo y del RDDP podría afirmarse que es reducido, y aún inferior sería el ámbito de cobertura por la negociación colectiva, pues solo han existido, y con distinto ámbito de vigencia, tres convenios en el deporte profesional femenino. A mi juicio, el problema radica, además, en la falta de información, por lo que, atendiendo a esas cifras que contrastan la diferencia entre el deporte femenino federado

²¹ En aplicación del Plan del Gobierno de Lucha contra el Empleo Irregular y el Fraude a la Seguridad Social (aprobado el 27 de abril de 2012). Por ello, la disposición adicional decimosexta de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores, instaba al Gobierno a realizar un estudio al respecto, que concluyó reconociendo la necesidad de que, en el ámbito deportivo, se exigiera, de forma más estricta, la concurrencia de todos los elementos que, a tenor de la legislación aplicable, integran la relación de voluntariado.

²² STSJ de Andalucía/Málaga de 8 de noviembre de 2017 (rec. 1180/2017).

²³ Ley 45/2015, de 14 de octubre, de voluntariado, y, por ejemplo, en Andalucía, Ley 4/2018, de 8 de mayo, andaluza del voluntariado.

y el asalariado, el impacto de género de esta exclusión debería, efectivamente, haber sido estudiado por los organismos responsables en materia de deporte en este país. Un indicio a favor del alto número de deportistas excluidas del ámbito de aplicación de la relación laboral especial de deportistas profesionales es que, precisamente, el objetivo asumido inicialmente por la acción colectiva de las asociaciones de jugadoras haya sido conseguir su acceso a la contratación laboral. Así, en el baloncesto, desde que se constituyó la Asociación de Jugadoras Españolas de Baloncesto²⁴ (AJUB), sus esfuerzos se dirigieron a alcanzar un convenio colectivo con los clubes de la liga femenina que regulara la relación laboral de las jugadoras con sus correspondientes equipos, intentando lograr una profesionalización general en todos los clubes, ya que este sindicato afirmaba que, tradicionalmente, habían coexistido algunos con organigramas profesionales con otros (la mayoría) que carecían de los mismos. De esta forma, en el primer Convenio colectivo para la actividad del baloncesto profesional de la liga femenina, de 2008, la disposición transitoria segunda disponía que las entidades deportivas «deberán formalizar con todas las jugadoras profesionales que componen sus plantillas respectivas contratos de trabajo adaptados a lo dispuesto en el RD 1006/1985, de 26 de junio».

Finalmente, ya hemos señalado que esta realidad también se ha conectado con el impacto negativo o efecto adverso que sobre las mujeres deportistas determina el sistema establecido para la delimitación del deporte profesional por la vigente LD, tal y como analizaremos a continuación.

2.4. Delimitación del deporte femenino y el concepto de competición y deporte profesional

La exclusión de las deportistas de la contratación de conformidad con la normativa laboral también se ha conectado con la definición legal de las competiciones profesionales. El artículo 46.2 de la LD establece que serán criterios para la calificación de competiciones de carácter profesional, entre otros, la existencia de vínculos laborales entre clubes y deportistas, y la importancia y dimensión económica de la competición. Ante la inexistencia de competiciones y ligas profesionales en el deporte femenino, la conexión que la LD entabla entre competición, liga profesional y relación laboral de los deportistas de esa liga se afirma que perjudica el acceso de las deportistas a los contratos de trabajo deportivos. Es decir, que la ausencia de ligas profesionales en el deporte femenino determina *de facto* la exclusión de las deportistas de la contratación laboral. Téngase en cuenta que las ligas

²⁴ Cuyo origen se encuentra en el éxito deportivo del baloncesto femenino que, poco a poco, se fue consolidando y alcanzando importantes gestas en el panorama internacional, así como que varias de nuestras jugadoras hayan participado en la Women's National Basketball Association (WNBA), la liga profesional de baloncesto femenino de los Estados Unidos, creada en 1996.

profesionales (junto a las asociaciones sindicales de jugadores) son las protagonistas de las relaciones colectivas y, por tanto, son los sujetos legitimados para la firma de los convenios colectivos, garantes, en definitiva, de los derechos laborales²⁵. Por ello, se habría propuesto la laboralización de las deportistas profesionales al margen de la calificación de profesional de las ligas femeninas (López, 2019, p. 178). Y, en este sentido, es preciso aclarar que, efectivamente, que las ligas no sean profesionales no significa que no puedan y deban ser laborales las relaciones de trabajo de las deportistas que jueguen en ellas, si se cumplen los requisitos definidos por el RDDP. En consecuencia, es necesaria la desvinculación de ambos conceptos.

En este sentido, aunque desde una perspectiva distinta, la de los defectos del modelo del deporte profesional en España, ya se había denunciado la indefinición del concepto de deporte profesional (Palomar, 2010)²⁶. En nuestro ordenamiento, el sistema mixto de reconocimiento del deporte profesional produce una confusión entre dos conceptos, competición profesional y deportista profesional, que deben diferenciarse, y, por lo que nos interesa destacar, desde la perspectiva de nuestro trabajo, determina la existencia de deportistas sin derechos laborales, porque su empleador y su competición no están considerados materialmente como profesionales, cuando la condición de deportista profesional con contrato de trabajo debe referirse al cumplimiento de los requisitos del RDDP, participen en competiciones profesionales o en competiciones que no lo sean. Aunque, desde una perspectiva jurídica, nada impide a un club celebrar un contrato de trabajo, en la práctica, esta definición de las competiciones profesionales, ligada a la laboralidad de los jugadores, estaría representando una barrera que obstaculiza el acceso de las deportistas al contrato de trabajo. En definitiva, no puede ignorarse el impacto negativo sobre el deporte femenino de tal confusión conceptual, pues la identificación o correlación entre contrato de trabajo deportivo y competiciones profesionales está determinando, en la práctica, la exclusión de las deportistas del ámbito de aplicación de la normativa laboral.

Por todo ello, el concepto de deportista profesional del artículo 21 del ALD, desvinculado del carácter profesional o no de la competición, y, en el caso de los deportistas por cuenta ajena, la exigencia del contrato de trabajo para tramitar la licencia deportiva podrían ser una oportunidad para hacer frente al referido impacto de género de la regulación actual.

²⁵ De conformidad con el artículo 41 de la LD, las ligas son asociaciones de clubes que se constituyen, exclusiva y obligatoriamente, cuando existen competiciones oficiales de carácter profesional y ámbito estatal. Se crean en el seno de las estructuras federativas y están integradas, exclusiva e imperativamente, por todos los clubes que participan en competiciones oficiales de carácter profesional.

²⁶ El debate sobre este concepto gira en torno a si la condición de deporte profesional debe enlazarse con el estatuto del deportista o con la competición en la que el mismo participa, pudiendo esgrimirse argumentos a favor y en contra de cualquiera de las dos posiciones y existiendo, de hecho, ejemplos de una y otra forma de organización en el conjunto del deporte profesional o profesionalizado. En nuestro ordenamiento es, actualmente, perceptible un sistema mixto, que no ha sido capaz de nuclear el conjunto de la actividad profesionalizada.

3. El asociacionismo en el deporte profesional desde la perspectiva de género

Una vez planteados los problemas de delimitación del deporte profesional femenino, en el marco de la LD y del RDDP, abordaremos las relaciones colectivas. En primer lugar, las que surgen del desarrollo del derecho de asociación y, posteriormente, las derivadas del ejercicio de los derechos de conflicto y de negociación colectiva.

El asociacionismo de los deportistas ha surgido en tiempos relativamente recientes para la defensa de sus derechos laborales y para denunciar discriminaciones y desigualdades profesionales. En la década de los años setenta del pasado siglo se registran las primeras asociaciones de deportistas profesionales, que, sin prohibir expresamente la presencia de mujeres, incluirían solo a los hombres, pues, en este momento fundacional, no existía «el femenino» en el deporte. En 1972 se registra la Asociación de Golfistas Profesionales (PGA), a la que se asociaron hombres (solo recientemente se han asociado mujeres). En 1977 aparece la Asociación de Ciclistas Profesionales (ACP), que tampoco contaba con mujeres en sus filas. En 1978 nace la Asociación de Futbolistas Españoles (AFE), con exclusividad de afiliación masculina en sus estatutos, que, como es bien conocido, ha protagonizado episodios importantes en la defensa de los derechos laborales individuales y colectivos en el deporte profesional.

La AFE, además, ha tenido un efecto vertebrador del asociacionismo deportivo, en general, pues ha colaborado en el desarrollo de otras asociaciones de los deportistas de otras disciplinas. Otras asociaciones creadas por jugadores son la Asociación de Jugadores de Fútbol Sala (AJFS), la Asociación de Baloncestistas Profesionales (ABP) y la Asociación de Jugadores de Balonmano, que se constituyeron en 1986 y en 1990. Las asociaciones anteriores son todas masculinas y las últimas citadas integran a los jugadores de las ligas profesionales²⁷. En 1992 se creó la Asociación de Atletas de Élite, con carácter mixto, que fue la primera asociación en incluir hombres y mujeres. El asociacionismo de las mujeres deportistas habría de esperar al nuevo milenio.

3.1. El asociacionismo en el deporte femenino

Será, en efecto, en el nuevo milenio, con algún precedente infructuoso²⁸, cuando se inicie el movimiento asociativo sindical en el deporte femenino y serán pioneras las jugadoras

²⁷ La Asociación de Ligas Profesionales integra la Liga Nacional de Fútbol (LaLiga), la Asociación de Clubes de Baloncesto (ACB), la Liga Nacional de Fútbol Sala (LNFS) y la Asociación de Clubes Españoles de Balonmano (ASOBAL).

²⁸ A finales de 1987 se constituiría la primera Asociación de Mujeres Deportistas (AMUDE), pero que estaría, sin apoyo económico y social, abocada al fracaso.

de baloncesto al asociarse creando la AJUB en el año 2000²⁹. A esta asociación siguieron otras de disciplinas deportivas concretas, tal y como hemos visto que ha acontecido en el asociacionismo del deporte masculino. En 2002, la Asociación Mujeres del Balonmano, y en noviembre de 2009, la Asociación de Jugadoras de Fútbol Sala (AJFSF). En 2012 surgiría la Asociación Española de Jugadoras de Fútbol (AEJF)³⁰. En 2016 se crea la Asociación de Jugadores y Jugadoras de Voleibol (AJJV) y la Asociación, también mixta, de Deportes de Agua (ADA). También en 2016, la AEJF se integra en la AFE, que cambia sus estatutos permitiendo la afiliación de las jugadoras de fútbol. Esta integración ha llevado a la reflexión de otras asociaciones, y así se han abierto a la afiliación de mujeres deportistas, en sus respectivas disciplinas, las asociaciones de ciclistas y de golfistas profesionales. La situación de monopolio sindical en el fútbol se rompió, en 2018, con la constitución del sindicato Futbolistas ON.

De esta forma, en este corto trayecto de asociacionismo de las deportistas se ha abierto paso, en los últimos años, una nueva tendencia hacia un asociacionismo mixto, que parece llamada a consolidarse. En definitiva, como ya se ha señalado, el asociacionismo femenino, a diferencia del masculino centrado en la defensa de sus derechos económicos y profesionales, ha tenido un primer objetivo de visibilización del deporte femenino, en general, y de alcanzar la profesionalización y un contrato de trabajo con derechos, en particular (Robles, 2019, p. 185). La tendencia actual hacia asociaciones mixtas, además de las ventajas económicas derivadas de la gestión común de recursos, podría reducir la brecha de género del deporte, si bien se trata de una vía cuyos resultados aún no han sido testados. Por de pronto, la continuación de convenios colectivos diversos, por razón de sexo, seguirá siendo la regla e incluso la existencia misma de convenio en el deporte femenino es una conquista para las deportistas mujeres, al objeto de acceder, en primer lugar, a la contratación laboral y, en segundo lugar, a ciertos derechos laborales, como un salario mínimo, una jornada completa, prestaciones sociales durante la situación de incapacidad y medidas de seguridad y salud en el trabajo.

3.2. Sindicatos profesionales de ámbito nacional para cada modalidad deportiva

En el asociacionismo en el deporte profesional, la regla ha sido, en definitiva, constituir sindicatos por cada modalidad deportiva y de ámbito nacional, como estructuras autónomas

²⁹ En 2004 se crea en el Comité Olímpico Español (COE) la Comisión Mujer y Deporte (hoy Comisión Mujer, Deporte e Igualdad), que se nutrirá con las componentes de la Fundación Mujer y Deporte creada unos años atrás. La creación de dicha comisión se debió a la necesidad de cumplir con las recomendaciones del COE, y uno de sus logros más notorios, junto al Instituto de la Mujer y al CSD, fue la creación de Comisiones Mujer y Deporte en todas las federaciones deportivas de España.

³⁰ Estas asociaciones de deportistas (mujeres) se integrarían en la Asociación de Deportistas Españoles (ADE) que pretendía aglutinar deportistas de élite y asociaciones de deportistas, como las asociaciones (exclusivamente de deportistas varones) AFE, AJFS o ABP, entre otras. La ADE desaparecería en 2016. Como continuación de esta experiencia, hemos de citar la Plataforma de Asociaciones de Deportistas.

y que no están federadas o confederadas a las grandes centrales sindicales representativas del sindicalismo de clase. Sin embargo, en todos ellos se elude el término sindicato y se opta por el término asociación, aunque sus estatutos contienen una referencia inequívoca a la Ley orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical (LOLS), a cuyo amparo se constituyen.

Una segunda característica ha sido la existencia de monopolio sindical en cada modalidad deportiva, configurando esta ausencia de pluralismo sindical una especial singularidad al sindicalismo deportivo, pero que ya no existe, en el ámbito del fútbol, tras la constitución, en 2018, del sindicato Futbolistas ON, que tiene cierta implantación en el fútbol profesional³¹.

Y una tercera característica del asociacionismo sindical en el deporte es que su implantación se verifica a través de su consistencia afiliativa. La inexistencia de elecciones, y de representaciones unitarias de los deportistas profesionales, impide la aplicación de la institución de la mayor y suficientemente representatividad. Ante la inoperancia práctica del modelo legal de representatividad, esta ha de verificarse mediante criterios alternativos (como la consistencia afiliativa) que acrediten la implantación efectiva de los sindicatos en sus ámbitos respectivos. Por extensión, ello impide la aplicación del conjunto de funciones y facultades, vinculadas a la institución de la mayor y suficiente representatividad sindical, singularmente las relativas a la negociación colectiva estatutaria, como luego se verá.

3.3. Representación sindical en los clubes/SAD

Aunque resulta incontrovertible la aplicación en este ámbito de las reglas del Estatuto de los Trabajadores (ET)³², relativas a la representación unitaria (título II), las mismas no se adaptan a los rasgos que de forma estructural caracterizan este ámbito del deporte profesional y, consecuentemente, no han resultado aplicables³³. La flexibilidad del canal sindical diseñado desde la LOLS nos explica que sea el único previsto, siendo además la negociación colectiva en el deporte profesional la que ha determinado su implantación. Así ha

³¹ Pues cuenta con 2.096 futbolistas profesionales en activo, lo que incluiría parte del fútbol femenino y los futbolistas de clubes y sociedades anónimas deportivas (SAD) de segunda división B y gran parte de los de tercera división e incluso de las categorías regionales. Por su parte, la AFE cuenta con un total de 726 afiliados en el colectivo al que se aplica el Convenio colectivo AFE-Liga Nacional de Fútbol Profesional (LNFP), integrado por 456 futbolistas de la primera división y 489 futbolistas de la segunda división A. *Vid.*, Sentencias de la Audiencia Nacional (SSAN) de 16 de julio de 2018 (autos 109/2018 –confirmada por STS 6/2020, de 8 de enero–) y de 26 de diciembre de 2018 (autos 308/2018).

³² 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.

³³ Aunque podamos citar, entre las disfuncionalidades más señaladas, la dimensión de la plantilla o la corta vida laboral de los deportistas, el dato de la heterogeneidad de intereses, entre deportistas y trabajadores comunes del club/SAD, es determinante para desvelar la inadecuación de representaciones conjuntas o unitarias.

ocurrido también en los convenios colectivos del deporte femenino. Desde el primer Convenio colectivo para la actividad de baloncesto profesional de la liga femenina, organizada por la Federación Española de Baloncesto (FEB)³⁴, bajo el título «derechos sindicales» se regularía el derecho de las jugadoras profesionales a desarrollar, en el seno de los clubes a que pertenezcan, la actividad sindical reconocida por la legislación vigente en la materia. A estos efectos, podrán elegir a las componentes de la plantilla que las representen en el club para tratar las materias relacionadas con su régimen laboral y condiciones en que se desarrolla. Las jugadoras profesionales, afiliadas a la AJUB y pertenecientes a las plantillas de los equipos de la ANBF, podrán constituir secciones, en los clubes en que presten sus servicios, representadas a todos los efectos por una delegada sindical³⁵.

En el mismo sentido, el Convenio colectivo para el fútbol sala femenino de 18 de diciembre de 2018, firmado entre un club, el Burela Pescados Rubén, y la AJFSF, en su artículo 28 regula el derecho a desarrollar actividad sindical y a la elección de representantes en el club; la puesta a disposición de las jugadoras de tabloneros sindicales y la entrega de la documentación legalmente prevista a las delegadas sindicales y, en su defecto, a la AJFSF. La regulación de los anteriores convenios se reproduce en el artículo 37 del Convenio colectivo para el fútbol femenino de 2019/2020, al señalar que las futbolistas profesionales tendrán derecho a desarrollar, en el seno de los clubes/SAD a que pertenezcan, la actividad sindical, pudiendo constituir secciones sindicales en los clubes/SAD en que presten sus servicios las futbolistas profesionales, afiliadas a sus sindicatos, pertenecientes a plantillas de equipos de la primera división femenina. Finalmente, los clubes/SAD también deberán poner a disposición de las futbolistas un tablón de anuncios.

4. El derecho de huelga de las deportistas: huelga en el fútbol femenino

La primera huelga en el deporte femenino que tuvo lugar en los días 16 y 17 de noviembre de 2019, en el fútbol de primera división, se convocó en el curso de la negociación colectiva desarrollada para resolver el conflicto existente en la determinación del salario base en

³⁴ Suscrito, con fecha 22 de octubre de 2007, de una parte, por la Asociación Nacional de Baloncesto Femenino (ANBF), en representación de los clubes, entidades deportivas y SAD afectados, y, de otra, por la AJUB, en representación de las jugadoras profesionales de baloncesto (Resolución de la Dirección General de Trabajo –DGT– de 21 de diciembre de 2007 –BOE de 15 de enero de 2008–).

³⁵ El artículo 37, además, indicaba que, antes del 30 de agosto de cada temporada deportiva, la AJUB comunicará a la ANBF su representante en cada club. Este tendrá derecho a asistir a cinco reuniones de la AJUB en lunes, previo acuerdo con el club, que deberá darle autorización. Los clubes deberán poner a disposición de las jugadoras, en los vestuarios, un tablón de anuncios, situado en lugar visible, que podrá ser utilizado por estos para sus comunicados sindicales o de interés para la plantilla. Los clubes tendrán a disposición de las delegadas sindicales, o, en su defecto, de la AJUB, cuantos documentos indique la legislación vigente, en las condiciones y formas que esta determine.

los contratos de trabajo a tiempo parcial. Esta huelga condujo a la firma del primer convenio colectivo en el fútbol femenino, dibujando un camino que guarda cierto paralelismo con el seguido por el fútbol profesional masculino. En efecto, la AFE, bajo cuya organización se convocaría esta huelga, cuenta ya con experiencia de acción colectiva en el deporte, pues protagonizó, entre otras, la primera huelga de deportistas, de 4 de marzo de 1979, y que se ha situado en el origen de la regulación de la relación laboral especial para el deporte profesional, la inclusión de los futbolistas en el régimen de la Seguridad Social y el inicio de la negociación colectiva en el fútbol masculino.

4.1. Régimen jurídico del derecho de huelga

El reconocimiento del derecho de huelga y la aplicación de su régimen jurídico laboral no se cuestiona en el ámbito del deporte profesional, donde ha jugado, como acaba de señalarse, un papel relevante en el desarrollo de los derechos profesionales de los deportistas, que cuentan así con un instrumento de gran poder en la negociación de los convenios colectivos. El régimen jurídico de ejercicio de este derecho fundamental se establece en el Real Decreto-Ley (RDL) 17/1977, de 4 de marzo, de relaciones de trabajo, interpretado de conformidad con la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 11/1981, de 8 de abril. La huelga del fútbol femenino de 2019 fue convocada, mediante asamblea organizada por la AFE, con carácter indefinido y se comunicó a los clubes afectados y a la autoridad laboral. Tras el primer fin de semana de huelga, los sindicatos AFE, UGT y Futbolistas ON y los clubes llegaron a un acuerdo de fin de conflicto. Las partes reunidas en la sede del Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje (SIMA) acordarían, entre otras condiciones, un salario de 16.000 euros anuales brutos para jornada completa, vacaciones de 30 días naturales y una parcialidad del 75 % (a la que le corresponde un salario bruto anual de 12.000 €), que se plasmarían en un futuro convenio colectivo. De partida, no se aprecia, por tanto, vulneración procedimental alguna del régimen jurídico vigente.

El reconocimiento del derecho de huelga y la aplicación de su régimen jurídico laboral, en el ámbito del deporte profesional, nos lleva a señalar que, de una parte, no cabría la imposición de sanciones laborales, o de cualquier otra naturaleza, a las personas deportistas que decidieran ejercer libremente su derecho de huelga. De otra parte, hemos de indicar que, en la medida en que no se trataría de una actividad que pueda ser calificada de servicio esencial para la comunidad, no podrán establecerse limitaciones en su ejercicio, vía fijación de servicios mínimos o, en caso extremo, una eventual suspensión del derecho mismo³⁶. Un tema diverso, que analizaremos a continuación, es el de las posibles sanciones derivadas de la huelga.

³⁶ La regulación sobre estas actividades esenciales, a raíz de la crisis sanitaria del coronavirus, con todas las reservas que pueden formularse (al ser una regulación especial para una crisis sanitaria), habría confirmado la exclusión de la actividad del deporte profesional del ámbito de los servicios esenciales: RD 463/2020, de 14 de marzo (arts. 10.1, 10.4, 14.4, 16, 17 y 18); RDL 10/2020, de 29 de marzo (anexo).

4.2. Derecho de huelga en el fútbol femenino y sanciones disciplinarias

La huelga de las futbolistas, de noviembre de 2019, ha suscitado nuevamente la cuestión de las eventuales sanciones que puedan derivarse del ejercicio de este derecho por parte de los deportistas profesionales. A este respecto, hay que aclarar que el debate no se ha planteado en torno a la imposición de sanciones (laborales o disciplinarias) a las futbolistas, sino de las eventuales sanciones que la Real Federación Española de Fútbol (RFEF) impondría a los clubes, en virtud de lo dispuesto en el código disciplinario. En efecto, haciendo referencia, en primer lugar, al régimen disciplinario, hemos de aclarar que los deportistas profesionales se encuentran sometidos a un doble régimen sancionador, el laboral y el deportivo, produciéndose una confluencia de la normativa laboral, administrativa y de las reglas deportivas. Por lo que respecta al régimen disciplinario laboral (arts. 17 RDDP, 58 ET y convenios colectivos aplicables), la falta de asistencia al trabajo, bastando una sola ausencia cuando se trate de un partido oficial, se tipifica frecuentemente como infracción muy grave, pero siempre que sea o esté «injustificada», por lo que, en caso de ejercicio del derecho de huelga, existiría una causa superior, como es el ejercicio de un derecho fundamental, en cuyo contenido constitucionalmente garantizado se integra la garantía de indemnidad de los trabajadores huelguistas.

Por lo que se refiere a la disciplina deportiva (arts. 1.5 RDDP, 73 a 85 LD y RD 1591/1992, de 23 de diciembre, sobre disciplina deportiva –RDDD–), las infracciones deportivas deben estar tipificadas en la LD o, con las limitaciones inherentes a las exigencias del principio de legalidad, en el RDDD. En cuanto a las infracciones tipificadas por la LD y el citado RDDD, podemos comprobar que solo la incomparecencia «injustificada» del deportista está tipificada como infracción muy grave (arts. 76.1 LD y 14 RDDD). De nuevo, la conclusión no puede ser otra que la ya vista para las sanciones laborales, que la persona deportista no puede ser sancionada por la ausencia motivada por el ejercicio legítimo de su derecho de huelga.

Ahora bien, en segundo lugar y como pieza de cierre del sistema de disciplina deportiva, se prevé que los estatutos y reglamentos de los distintos entes de la organización deportiva puedan fijar, de acuerdo con los principios y criterios generales establecidos en la LD (art. 75) y en el citado RDDD, aquellas conductas que deban constituir infracciones leves, graves y muy graves en función de la especificidad de los distintos deportes y organización (arts. 73.1 LD y 20 RDDD). Y como se ha señalado, la cuestión de las medidas sancionadoras en caso de huelga se ha suscitado en relación con la disciplina deportiva ejercida desde las federaciones y, más concretamente, en el caso de la última huelga de las jugadoras de fútbol, desde la RFEF. La RFEF ejerce, por delegación de la LD, la disciplina deportiva sobre todas las personas que forman parte de su propia estructura orgánica (art. 74.2.3 LD) y el código disciplinario de la RFEF sanciona la incomparecencia de un equipo a un partido oficial con la pérdida de 3 puntos y la segunda incomparecencia con la expulsión de la competición en la actual temporada y el descenso de categoría en la siguiente (art. 77). La cuestión es si podría afirmarse que la eventual aplicación de este precepto, en caso de

incomparecencia por causa de huelga, supone una lesión del derecho fundamental o no podría admitirse tal vulneración de este derecho de los trabajadores, y ello con base en dos argumentos. En primer lugar, porque la RFEF no es la empleadora de las futbolistas y, en segundo lugar, porque la federación impone una sanción a los clubes y no a las jugadoras.

En relación con la primera objeción, la federación no puede lesionar el derecho de huelga, pues no es la empleadora de las deportistas, debemos entenderla superada, pues, en términos generales, el Tribunal Constitucional ha admitido que los derechos fundamentales de un trabajador pueden ser vulnerados por quien no es su empresario en la relación laboral, pero interviene o interactúa con él, en conexión directa con la relación laboral, admitiendo así la posibilidad de vulneraciones indirectas de los derechos fundamentales (STC 75/2010, de 19 de octubre). La Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS), sigue la doctrina constitucional, al atribuir a la jurisdicción social el conocimiento de las lesiones constitucionales imputables a terceros distintos del empresario, pero vinculados a este por un título jurídico, con la exigencia de conexión directa de las lesiones con el trabajo. La jurisdicción social conocería también de las lesiones del derecho de huelga de las trabajadoras, causadas por otras personas, vinculadas por cualquier relación jurídica al empresario de la persona titular del derecho lesionado cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios (art. 177.1 LRJS). En relación con la segunda cuestión, es decir, que no podría entenderse lesionado el derecho de huelga de la jugadora, pues la sanción se impone a los clubes y no a las trabajadoras, tampoco puede admitirse en la medida en que se trata de sanciones que tienen consecuencias profesionales sobre las deportistas, ya sea de disminución de retribuciones, ya sea, incluso, de extinción de su contrato de trabajo deportivo. En definitiva, entendemos que el ejercicio legítimo del derecho de huelga debe ser garantizado frente a cualquier manifestación de la disciplina laboral o deportiva.

5. La negociación colectiva en el deporte profesional femenino

La negociación colectiva está llamada a ser, en términos generales, una pieza angular en la regulación del deporte profesional, al permitir la adaptación de las normas generales previstas en el RDDP a las peculiaridades propias de cada modalidad deportiva. Sin embargo, en la práctica, los convenios colectivos en el deporte profesional femenino han cumplido una función mucho más modesta: garantizar un contrato de trabajo y unas condiciones mínimas vitales de trabajo. Los convenios han llegado tras los éxitos deportivos y las deportistas, solo a través de los convenios, han alcanzado un marco contractual ajustado al RDDP y han logrado, en definitiva, la legalización o regularización laboral de su situación profesional. Se ha comprobado ya que en los convenios se asumen compromisos de celebración de contratos de trabajo con las jugadoras, de conformidad con la normativa laboral. De forma expresa, se encontraba en las reivindicaciones que, en el baloncesto femenino, llevaron a la firma del primer convenio colectivo en el deporte profesional de las mujeres, recogiendo expresamente el clausulado del convenio. Además se trata de una

conquista que no se ha consolidado, pues, tras la no renovación del convenio colectivo en el baloncesto femenino, se ha denunciado un retroceso en materia de contratación laboral, de conformidad con el marco normativo aplicable.

5.1. Caracteres de los convenios en el deporte profesional femenino

En términos generales, la negociación colectiva en el deporte profesional presenta algunas señas de identidad. En cuanto al ámbito de aplicación, la regla es la de convenios colectivos estatales por modalidad deportiva y, en cuanto a su eficacia, se trata de convenios colectivos extraestatutarios. El carácter extraestatutario de los convenios colectivos negociados en el ámbito del deporte profesional trae causa del incumplimiento por las partes negociadoras de los requisitos de legitimación negociadora, contemplados en el título III del ET. Unos requisitos que tienen como presupuesto la celebración de elecciones sindicales, circunstancia ajena al deporte profesional. Como ya se ha destacado, la inexistencia del canal de representación unitaria en el ámbito del deporte profesional determina la inoperancia práctica del modelo legal de representatividad sindical, en torno al cual se articula la negociación colectiva supraempresarial en el ET. Téngase en cuenta que en el sector del deporte profesional solo existen convenios colectivos estatales por modalidad deportiva y que tanto las reglas estatutarias aplicables para la legitimación inicial (art. 87.2 ET), como las relativas a la legitimación complementaria (art. 88.2 ET), tienen como presupuesto la celebración de elecciones sindicales, circunstancia que no concurre en este sector (Correa y Sáez, 2017, p. 245).

En este ámbito, la inoperancia de las reglas sobre la elección de la representación unitaria (título II ET), auténtico eje del modelo de representatividad sindical previsto en nuestro ordenamiento jurídico (arts. 6 y 7 LOLS), impide la aplicación del conjunto de funciones y facultades vinculadas a la institución de la mayor y suficiente representatividad sindical, singularmente las relativas a la negociación colectiva estatutaria. Cualquiera de los sindicatos firmantes de los diversos convenios en el deporte profesional, a pesar de cuáles puedan ser sus altos índices de implantación, medida por el criterio de la consistencia afiliativa, no reuniría *de iure* los requisitos para negociar un convenio de eficacia general, aunque este despliega *de facto* una eficacia personal general. El sistema negociador funciona en la práctica sobre la base del monopolio sindical, por parte de la representación social en el deporte profesional, por lo que la pérdida del monopolio sindical puede sacar a la luz la fragilidad del sistema negociador. Ello aconteció en el fútbol profesional con la constitución del sindicato Futbolistas ON, en 2018, un sindicato que tiene cierta implantación en el fútbol profesional³⁷.

³⁷ Si bien este sindicato no ha acreditado una mínima implantación en el ámbito de aplicación del vigente Convenio colectivo del fútbol profesional (primera y segunda división A del fútbol masculino). SSAN de 16 de julio de 2018 (autos 109/2018) y de 26 de diciembre de 2018 (autos 308/2018).

La cuestión será la legitimación negociadora futura, tras la pérdida del monopolio sindical de la AFE en el fútbol profesional, es decir, la forma en que en la comisión negociadora, para la firma de un nuevo convenio, habrían de distribuirse los votos del banco social (Roqueta, 2018, p. 25). Este problema, que suscita la aparición de otro sindicato en el panorama del fútbol profesional, ha recibido una solución en el convenio colectivo del fútbol femenino, a través de la realización de un procedimiento electoral del banco social para negociar y modificar el convenio colectivo, como después se analizará.

Los caracteres descritos también se aprecian en relación con los convenios colectivos acordados en el deporte profesional femenino. El primer convenio colectivo del baloncesto profesional femenino español, de 2008³⁸, es un convenio estatal por modalidad deportiva y de naturaleza extraestatutaria. El segundo convenio colectivo en el deporte profesional femenino contiene una especialidad en cuanto a su ámbito de aplicación. Se trata de un convenio para el fútbol sala femenino, firmado el 18 de diciembre de 2018, ante la ausencia de una organización empresarial, por un solo club (Burela Pescados Rubén) y la AJFSF. Este convenio es, por tanto, de ámbito empresarial a diferencia de la regla general de convenios sectoriales, pero sí sigue esa regla, en cuanto a su carácter de convenio extraestatutario, atendiendo a los sujetos firmantes. En la negociación del Convenio colectivo para el fútbol femenino 2019/2020, de una parte, ha negociado la AFE, asociación que solo permite la afiliación a las mujeres desde 2016 y que habría sido el sindicato mayoritario en las negociaciones, y, de otra, habrían participado el sindicato Futbolistas ON y UGT. En el banco económico ha negociado la Asociación de Clubes de Fútbol Femenino (ACFF)³⁹, que es ya una asociación empresarial. En la negociación del mismo se ha llevado a cabo la actividad mediadora, al más alto nivel de la Administración laboral y del CSD. En definitiva, se trata de un convenio colectivo estatal por disciplina deportiva y también extraestatutario, tal y como venimos comentando. Analicemos a continuación estos convenios por separado.

5.2. Los convenios colectivos en las actividades de baloncesto y fútbol sala femeninos

El Convenio colectivo para la actividad del baloncesto profesional de la liga femenina organizada por la FEB, suscrito por la AJUB y la ANBF, fue el primer (y único) convenio

³⁸ Resolución de la DGT de 21 de diciembre de 2007 (BOE de 15 de enero de 2008). El convenio ha sido suscrito entre la AJUB y la Asociación Nacional de Baloncesto Femenino (ANBF).

³⁹ Inicialmente, esta asociación se constituyó, con fecha de 20 de mayo de 2006, al amparo de la Ley orgánica 1/2002, de 2 de marzo, reguladora del derecho de asociación. Posteriormente, por Resolución de la DGT publicada en el BOE de 4 de diciembre de 2018, se admite el depósito de la modificación de la mencionada asociación al comprobarse que reúne los requisitos previstos en la Ley 19/1977, de 1 de abril, sobre regulación del derecho de asociación sindical y el RD 416/2015, de 29 de mayo, sobre depósito de estatutos de las organizaciones sindicales y empresariales.

colectivo del baloncesto profesional femenino. Un análisis comparado, entre este convenio y el entonces vigente para el baloncesto profesional masculino, pondría de relieve algunos datos relevantes⁴⁰. Así, una de las peculiaridades que presenta el convenio es que, si bien con carácter general se contempla que las deportistas profesionales sean contratadas a tiempo completo, se prevé la posibilidad de que la contratación lo sea por tiempo parcial en algunos supuestos⁴¹. Otra de las particularidades de este convenio colectivo, en materia de contratación, reside en que, de manera expresa, se regula la posibilidad de que se firme con la trabajadora un contrato para la formación, para aquellas deportistas mayores de 16 y menores de 21 años. Finalmente, también destaca que entre las mejoras sociales introducidas se trate de facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral de las deportistas, medida que no aparece en el baloncesto masculino⁴². Estas cláusulas ponen de relieve una situación de precariedad laboral de las jugadoras, que se corrobora con la cláusula convencional, a mi juicio, más relevante, la ya citada disposición transitoria segunda, relativa a la obligación asumida por las entidades deportivas a quienes resulte de aplicación el convenio de formalizar con todas las jugadoras profesionales que componen sus plantillas respectivas contratos de trabajo adaptados a lo dispuesto en el RDDP (hasta la finalización de la temporada 2007-2008).

La comparativa económica entre convenios también resulta ilustrativa, pues solo referida a salarios base, en el baloncesto masculino, la cantidad percibida oscila entre los 18.000 euros anuales, para jugadores hasta 19 años, y los 60.000 euros, para los jugadores con 26 años; mientras que en el baloncesto femenino se establece un salario mensual de 600 euros para jornada completa, siendo parcial, como se ha indicado, la jornada de las jugadoras menores de 21 años, que compaginen actividad profesional y formación académica.

Finalmente, la situación actual es poco esperanzadora, pues la AJUB ha denunciado que en el baloncesto femenino continúan los problemas de falta de contratación de las deportistas y que, tras no renovarse ese primer convenio, se constata el retroceso en la laboralización del colectivo y en sus derechos de protección social. Una situación que contrasta con el punto de inflexión que, en el baloncesto femenino en Estados Unidos, ha significado el acuerdo al que han llegado la WNBA y la asociación de jugadoras para un

⁴⁰ Por ejemplo, a diferencia de lo que sucede con el baloncesto masculino, los clubes no disponen de la posibilidad de ejercitar el derecho de tanteo, lo que facilita la libre movilidad laboral de las jugadoras, al término de la vigencia pactada (González, 2008, p. 165).

⁴¹ En concreto, siempre que al menos concurra alguno de los siguientes supuestos: jugadoras menores de 21 años, que compaginen la actividad profesional con la académica, salvo que estén en contrato para la formación; a petición de la jugadora, para facilitar la conciliación de la vida familiar y profesional; y para cualquiera de las modalidades previstas en el artículo 12 del ET.

⁴² El artículo 34 recoge el compromiso de los clubes a la financiación, aunque sea en parte, de los costes que pudiera tener una jugadora por la custodia (guardería, asistencia domiciliaria) de un hijo o una hija menor de 8 años o por las cargas que pudiera sufrir por tener que atender a sus progenitores o familiares, facilitándole la posibilidad de contratarla a tiempo parcial.

nuevo convenio colectivo en 2020, con una subida salarial de más del triple, en relación con el convenio anterior⁴³.

El segundo convenio colectivo en el deporte profesional femenino ha sido el del fútbol sala femenino, de 18 de diciembre de 2018, firmado entre el club Burela Pescados Rubén y la AJFSF. Con una duración de 2 años, su artículo 12, relativo al contrato de trabajo, establece la obligación de suscribirlo de conformidad con el RDDP, obligación que alcanzará a todas las jugadoras que presten servicios en el club, cualquiera que sea su contraprestación. Se trata de un artículo que, aunque nos podría mostrar las dificultades de acceso al contrato laboral deportivo de las jugadoras profesionales, hemos de señalar que es idéntico al existente en el convenio colectivo del fútbol sala masculino. De otra parte, el convenio garantiza un salario mínimo mensual de 900 euros, con subida del 2 % anual (art. 18), afirma que el club compartirá derechos de imagen con las jugadoras y contiene previsiones, en su clausulado, sobre seguros de accidentes e invalidez. Asimismo, el acuerdo contempla algunos aspectos característicos de los convenios del deporte femenino, como son las cláusulas relativas a la renovación automática en caso de embarazo, compromiso de vacaciones en fechas señaladas, derecho a 10 días de asuntos propios por cuidado de hijos o mayores y ayudas para conciliación familiar (guarderías, ayuda de libros de texto, etc.), así como derechos de adaptación de jornada para la conciliación (art. 33). En todo caso, hemos de concluir que, tras la comparación con el correspondiente convenio para el fútbol sala masculino⁴⁴, no es posible afirmar una explícita discriminación para las jugadoras⁴⁵.

5.3. El Convenio colectivo 2019/2020 para el fútbol femenino

El primer Convenio colectivo para el fútbol femenino de primera división⁴⁶ ha marcado un punto de inflexión en el deporte femenino. El convenio presenta ciertos rasgos particulares

⁴³ Se afirma que este convenio lleva a otro nivel el baloncesto femenino. Con una duración de 8 años, introduce un aumento del 53 %, en la compensación total en efectivo. En cifras, se habla de más del triple en lo referente a la compensación máxima existente en el convenio anterior, alcanzando por primera vez en la historia de la liga femenina una media salarial de seis cifras (130.000 \$).

⁴⁴ Convenio colectivo del fútbol sala suscrito entre la LNFS en representación de las empresas del sector y la AJFS (Resolución de la Dirección General de Empleo –DGE– de 22 de marzo de 2017).

⁴⁵ El artículo 12 es de idéntico contenido en ambos convenios y el artículo 18 sobre el salario base del convenio garantiza mensualmente, como mínimo, el salario mínimo interprofesional durante el periodo de tiempo que estuviere en vigor el contrato con el club.

⁴⁶ Cuya vigencia se inicia con carácter retroactivo desde el 1 de julio de 2019 y finaliza el 30 de junio de 2020. La Resolución de 11 de agosto de 2020, de la DGT, por la que se registra y publica este convenio colectivo se encuentra en el BOE de 15 de agosto de 2020 (corrección de errores por Resolución de 17 de agosto de 2020 –BOE de 19 de agosto–). Con anterioridad, la SAN 55/2020, de 21 de julio, había declarado la naturaleza extraestatutaria del convenio al no encontrarse publicado en el BOE, por incumplimiento del requisito de validez exigido por el artículo 90 del ET. En todo caso, como ya hemos señalado, la naturaleza no estatutaria de los convenios colectivos deportivos deriva del incumplimiento de los requisitos de legitimación establecidos por el ET.

desde la perspectiva sindical, pues lo habrían negociado la AFE, el sindicato Futbolistas ON y la UGT⁴⁷, y no una asociación de jugadoras de fútbol que, como hemos visto, había sido tradicional en el asociacionismo sindical en el deporte, y en cierta medida es coherente con la destacada nota de la segregación por sexo de las disciplinas deportivas. La AFE solo permite la afiliación a las mujeres desde 2016, el sindicato Futbolistas ON es un sindicato que negocia por primera vez un convenio, aunque, ciertamente, cuenta con alguna representación en el fútbol femenino y la intervención de un sindicato no profesional deportivo, como es la UGT, es la primera vez que ocurre en la negociación colectiva de este sector de actividad⁴⁸.

Este convenio asegura un contrato laboral acorde con la legislación y con una renta base de 16.000 euros al año, una jornada mínima parcial del 75 % y percepciones económicas del 100 % de la retribución durante la situación de incapacidad temporal⁴⁹. Además, el convenio protege los derechos de la futbolista profesional a la maternidad y la conciliación de la vida familiar y profesional, y garantiza reconocimientos médicos, con perspectiva de género y un «programa de recolocación»⁵⁰. De esta forma, se ha dado respuesta a un buen número de las peticiones formuladas durante la negociación del convenio. Las reivindicaciones de las futbolistas estuvieron centradas, efectivamente, en combatir la baja parcialidad de la jornada pactada en los contratos de trabajo, es decir, la existencia generalizada en el sector de fútbol femenino de contratos de trabajo a tiempo parcial (lo que determinaba una desprotección social de las jugadoras) y, más concretamente, se solicitaba el incremento de la jornada ordinaria de trabajo, hasta una jornada mínima del 75 % de la jornada completa⁵¹. Otras reivindicaciones fueron la prestación económica equivalente al 100 % de su remuneración durante las bajas laborales, la exigencia de protección a las embarazadas, el rechazo al acoso y la exigencia de reconocimientos médicos.

⁴⁷ De conformidad con la Resolución de 11 de agosto de 2020, por la que se registra y publica este convenio (BOE de 15 de agosto de 2020). Sin embargo, la SAN 55/2020, de 21 de julio, ya citada, señalaba en su hecho probado segundo, como sujetos firmantes, en representación de los trabajadores, solo a la AFE y al sindicato Futbolistas ON.

⁴⁸ En el banco económico, ha negociado la ACFE, constituida, como dijimos, desde 2006, pero como asociación empresarial desde 2018.

⁴⁹ El artículo 32 establece que la futbolista profesional que durante la vigencia del contrato incurriera en baja por incapacidad temporal, por cualquier causa, tendrá derecho a que el club/SAD le complete la prestación de la Seguridad Social o mutua colaboradora con la Seguridad Social hasta el 100 % de sus retribuciones, desde el primer día de la baja, manteniendo esta situación hasta su alta o finalización del periodo contractual si este fuera anterior. Quedarán excluidas de este complemento aquellas incapacidades temporales producidas por la realización de actividades de riesgo.

⁵⁰ El artículo 41 establece la creación de una comisión paritaria entre los firmantes del convenio que establecerá diversas actuaciones para llevar a cabo este programa, llegando a acuerdos con clubes o diversas entidades con el fin de implementar las medidas necesarias para llevarlo a cabo.

⁵¹ Un incremento económico que estimaban asumible por los clubes atendiendo a sus ingresos, por lo que se solicitaba mayor transparencia económica de los clubes para conocer el destino de ingresos y recursos (subvenciones, patrocinadores de la competición, televisiones, etc.).

En un análisis comparativo entre este convenio y el vigente convenio del fútbol masculino, con el que guarda paralelismos tanto en la ordenación como en el contenido de ciertas regulaciones, podemos señalar que, de una parte, el convenio del fútbol femenino contiene regulaciones específicas y, de otra parte, también concurren diferencias significativas, en relación, por ejemplo, con la jornada, pero, sobre todo, en materia de retribuciones. Finalmente, este convenio introduce un protocolo para la elección de la representación social en la negociación y modificación del convenio, cuya novedad e importancia habrá de ser destacada. Veamos por separado estos contenidos.

5.3.1. Cláusulas convencionales con perspectiva de género

Por lo que respecta a las regulaciones específicas, este convenio colectivo regula la situación de embarazo de la trabajadora y el derecho a la conciliación de la vida familiar y profesional y los reconocimientos médicos, con perspectiva de género⁵². Ambas partes se comprometen a desplegar sus mejores esfuerzos para adoptar medidas acordes para conciliar la vida familiar y profesional de la futbolista. En caso de embarazo durante su última temporada de contrato, la jugadora tendrá el derecho a optar entre renovar o no su contrato por una temporada adicional, en las mismas condiciones que tenía en la última temporada (art. 39).

Una mención especial merece la regulación en materia de violencia de género, pues el artículo 40 establece que ambas partes se comprometen a desplegar sus mejores esfuerzos para adoptar medidas de protección de aquellas futbolistas profesionales que sean víctimas de violencia de género, señalándose, a título meramente enunciativo, las siguientes: adecuación de horario dentro de las posibilidades organizativas del club/SAD, ayuda económica para atención a la víctima y a sus hijas e hijos, apoyo psicológico a través de los servicios médicos del club/SAD o los que estos designen. E igualmente novedosa es la existencia en el anexo II del convenio de un Protocolo de prevención e intervención frente al acoso sexual y/o por razón de sexo en el fútbol femenino de primera división. El protocolo se ajusta al contenido recomendado, pues contiene una declaración de principios, el compromiso de la empresa y los directivos de tolerancia cero con estos comportamientos, la definición de acoso sexual y por razón de sexo (con ejemplos de tales conductas), así como la promoción de la denuncia por parte de las víctimas. El protocolo articula un procedimiento de denuncia donde se garantizará la confidencialidad, la protección de datos, la indemnidad de la denunciante frente a cualquier represalia, además de los principios de información y audiencia, y que se tramitará por una comisión, regulándose las fases de denuncia, investigación y solución. Es de destacar que el protocolo complete estas medidas de denuncia y

⁵² El artículo 12 establece que el reconocimiento médico pondrá especial atención a cualesquiera patologías de incidencia en el deporte por la especificidad de la actividad deportiva y con la perspectiva de género. El artículo 13 prevé un plan de prevención de riesgos laborales en el que se prestará especial atención a las situaciones de previsión de lesiones y todo lo relacionado a la protección de la maternidad de las futbolistas.

gestión del conflicto con prácticas previas de prevención proactiva y de detección temprana de situaciones de riesgo de violencia y de acoso sexual o por razón de sexo en el trabajo. En definitiva, es preciso destacar que la novedad e importancia de estos contenidos conducen a una primera valoración positiva de este convenio colectivo.

5.3.2. Desigualdades en materia de jornada y salarios

En segundo lugar, abordaremos la regulación convencional sobre el contrato, la jornada y la materia salarial, centrandó nuestra atención en aquellos aspectos en los que pueda apreciarse una diferencia sustancial de regulación, en relación con el convenio del fútbol masculino⁵³. El convenio colectivo objeto de nuestra atención establece así que los contratos de trabajo que suscriban las futbolistas profesionales y los clubes/SAD deberán ajustarse a las prescripciones que se establecen en el artículo 3 del RDDP, estableciéndose en el anexo I el modelo de contrato de trabajo. Aunque se trata de una cláusula tipo en muchos convenios ya hemos insistido en la relevancia de estas cláusulas en el deporte femenino, en el que las denuncias sindicales se centran en la ausencia de contratación laboral, de acuerdo con el marco normativo vigente.

Además, debe ser destacada también, dada la situación denunciada por las futbolistas, la regulación sobre el contrato a tiempo parcial, que no existe en el fútbol masculino. Así, en la regulación relativa a la jornada laboral, donde se refleja la distribución del tiempo, el descanso semanal o las vacaciones, resulta destacable que, en el artículo 7, relativo a la jornada, se establece que la jornada de los contratos a tiempo parcial no podrá ser inferior en cómputo global al 75 % de la jornada ordinaria de trabajo efectivo, establecida en el convenio durante la vigencia del mismo. Esta parcialidad del 75 % es una conquista frente a la anterior situación que ha implicado la mejora salarial para muchas futbolistas cuya jornada era inferior al 75 %.

Como bien es sabido, las diferencias fundamentales se encuentran en materia retributiva. Este convenio establece, en su artículo 23, que cada futbolista profesional deberá percibir como mínimo la cantidad bruta anual de 16.000 euros a tiempo completo, o la cantidad proporcional que corresponda en función de la jornada pactada con la futbolista, con los límites establecidos en el artículo 7 del convenio. Además se prevé el incremento salarial para las futbolistas cuyo contrato a tiempo parcial fuera por una jornada inferior al 75 %, que es ahora la jornada mínima permitida por el convenio⁵⁴. En el convenio para el fútbol profesional

⁵³ Convenio colectivo para la actividad de fútbol profesional, suscrito con fecha 9 de octubre de 2015 por la AFE y la LNFP (Resolución de la DGE de 23 de noviembre de 2015 –BOE de 8 de diciembre de 2015–).

⁵⁴ El artículo 23 establece que las futbolistas que estén percibiendo entre 12.000 y 15.999,99 euros, con contrato a tiempo parcial inferior a un 75 % de la jornada ordinaria, pasarán a tener una jornada de al

masculino, el salario base, en la temporada 2016/2017, fue de 6.500 euros mensuales y 155.000 euros anuales, en la primera división, y de 4.000 euros al mes y 77.500 al año, en la segunda división⁵⁵.

La comparación, solo en relación con los salarios base, define una brecha salarial de género que debe ser ya objeto de atención y debate.

5.3.3. Protocolo para elecciones a representación del banco social en el fútbol femenino de primera división

Una última consideración separada debe hacerse al protocolo para la elección de la representación social de la comisión negociadora para la negociación o modificación del convenio colectivo, también suscrito entre las partes, aunque su contenido no haya sido incluido en el texto del convenio publicado en el BOE de 15 de agosto de 2020. De partida, tal vez sea conveniente destacar que el procedimiento electoral no tiene como objeto designar a los representantes de las jugadoras en el club, sino determinar qué sindicatos integrarán la comisión negociadora del convenio, atendiendo a los votos que obtengan en el conjunto de los clubes/SAD, a los que se aplica. Es un procedimiento electoral extraestatutario, establecido *ad hoc*, para negociar, a falta de la adaptación del título III del ET a las particularidades de deporte profesional.

La regulación contenida en el protocolo delimita con precisión a las electoras (jugadoras incluidas en el art. 2 del convenio, así como las jugadoras cedidas a la fecha de la elección), la formación del censo y la constitución de la mesa para la votación. El voto, que es presencial en cuanto a su emisión, solo se considera válido si se designa en la papeleta a uno solo de los sindicatos, que hayan presentado candidatura y cumplan los requisitos formales establecidos. También se regula el escrutinio y reparto de votos y, finalmente, los resultados de la votación. De otra parte, se hace referencia a un laudo arbitral dictado por persona árbitra designada por el SIMA, que resolverá los recursos frente a las impugnaciones que en plazo de 3 días se formulen frente a las resoluciones de la mesa. Una actuación

menos el 75 % de la jornada ordinaria y a percibir un salario de 16.000 euros brutos anuales (o la parte proporcional del mismo en función de la jornada que tuvieran). Las futbolistas que estén percibiendo entre 16.000 y 30.000 euros, con contrato a tiempo parcial inferior a un 75 % de la jornada ordinaria, pasarán a tener una jornada de al menos el 75 % de la jornada ordinaria y a incrementar su salario en 2.000 euros brutos anuales.

⁵⁵ Artículo 24 y anexo II del convenio, una cantidad que se incrementa, en las temporadas siguientes, sobre la base del IPC. En el artículo 31 del convenio de fútbol femenino, el premio de antigüedad de la jugadora, en caso de 9 o más temporadas de antigüedad, es de 3.500 euros, y en el artículo 32 del convenio de fútbol masculino, el premio para el jugador, en el mismo supuesto de 9 o más temporadas de antigüedad, es de 75.000 euros.

arbitral que, sin embargo, no está prevista en la normativa de este sistema de mediación y arbitraje a nivel estatal y que, además, deja fuera los sistemas autonómicos.

El protocolo plantea algunas dudas interpretativas. De una parte, no establece, como sería conveniente de forma explícita, algunos aspectos relevantes del proceso, aunque implícitamente pueda alcanzarse alguna solución al respecto. Por ejemplo, no se regula la convocatoria electoral, aunque se aluda a «sindicatos convocantes», no se especifica expresamente la unidad electoral, aunque se deduzca claramente que será cada club/SAD, tampoco se regulan las candidaturas, aunque el texto presupone solo las candidaturas sindicales, al referirse a las «papeletas de los diferentes sindicatos» y porque no se eligen personas, sino que el voto se da a uno de los sindicatos que concurren al proceso electoral.

Ahora bien, existen otros vacíos de regulación que resultan más difíciles de interpretar. En la proclamación de los resultados definitivos no se concreta si el sistema electoral es mayoritario o proporcional. En concreto, se afirma que la mesa (en singular):

[...] proclamará los resultados definitivos de todas las votaciones realizadas, trasladando a los sindicatos elegidos los resultados, para que el sindicato elegido mayoritariamente o los dos más votados, en caso de empate, procedan conjuntamente a la elevación a público de los resultados conjuntos, mediante acta notarial y den traslado del resultado global agrupado de todas las votaciones incorporado a dicha acta notarial a la ACFF, mediante el traslado de una copia simple.

En principio, la alusión a la mesa suscita alguna duda, pues hasta ese momento solo se ha hecho referencia a la constitución y composición de cada mesa, para la votación en los distintos clubes/SAD. Por lo que solo puede interpretarse que cada mesa proclamará los resultados globales. No queda claro quién lleva a cabo esa totalización de los resultados. Igualmente, sería necesario determinar el sistema de atribución de los resultados conjuntos a los sindicatos participantes.

Finalmente, el texto del protocolo concreta que el reparto de los miembros de la parte social de la comisión negociadora se hará de forma proporcional y con la ponderación del voto que haya correspondido tras el escrutinio final de los votos a cada uno de los sindicatos, siempre que hubieran obtenido un mínimo del 5 % de los votos totales válidos emitidos.

Ello permite deducir que será un determinado porcentaje de votos válidos el que se asigne cuando se totalicen los resultados y, con base en ese porcentaje, se realizará el reparto del número de puestos en la comisión y que serían, finalmente, los sindicatos los que designen a las personas que se integren en la comisión negociadora. En todo caso, tratándose de un proceso de gran trascendencia, sería positivo llevar a cabo una determinación más extensa de los aspectos que hemos identificado.

6. Consideraciones conclusivas

En el deporte femenino, las relaciones colectivas se encuentran en una fase inicial o embrionaria, dirigida a garantizar unas condiciones salariales y de trabajo mínimas mediante la celebración de contratos de trabajo, pues las deportistas profesionales gozan, en relación con sus derechos laborales, de una igualdad formal, que oculta una situación de invisibilidad, segregación y discriminación profesional. Esta realidad de segregación y discriminación del deporte profesional femenino, además, no ha sido atendida por las políticas públicas. El análisis de las políticas de igualdad en el deporte nos ha permitido confirmar que, efectivamente, no se refieren al deporte profesional, ámbito en el que se acusa una total ausencia de promoción de la igualdad en el empleo. Aunque se hable siempre de la gran magnitud de la brecha salarial, y de la precariedad profesional del deporte femenino, faltan datos y cifras sobre la participación de las mujeres en el deporte profesional y cualquier previsión acerca de unas futuras políticas públicas en este sector. Al mismo tiempo, hemos podido constatar que los avances en la igualdad de género, que ciertamente existen en el ALD de 2019, no han alcanzado al régimen jurídico de los derechos de las deportistas profesionales.

Frente a la denunciada situación irregular de trabajo deportivo, sobrevuela la cuestión del impacto de género, en primer lugar, de las exclusiones del ámbito de aplicación del RDDP, ya sea de conformidad con esta norma (deportistas autónomos) o en contravención de la misma (falsos *amateurs*). En segundo lugar, esta denuncia se ha conectado con la propia definición del deporte profesional que establece la vigente LD. En relación con la primera cuestión, a mi juicio, el problema radica, fundamentalmente, en la falta de información, por lo que, atendiendo a las cifras que contrastan una significativa diferencia entre el deporte femenino federado y el asalariado, el impacto de género de las referidas exclusiones debería, efectivamente, haber sido estudiado por los organismos responsables en materia de deporte en este país. En relación con el segundo tema, en nuestro ordenamiento, el sistema mixto de reconocimiento del deporte profesional (art. 46.2 LD) y la definición de las competiciones profesionales, ligada a la laboralidad de los jugadores, estaría representando, efectivamente, en la práctica, una barrera que obstaculiza el acceso de las deportistas al contrato de trabajo. Por tanto, no puede ignorarse el impacto negativo sobre el deporte femenino de tal confusión conceptual, pues la identificación o correlación entre contrato de trabajo deportivo y competiciones profesionales está determinando la exclusión de las deportistas del ámbito de aplicación de la normativa laboral. Por ello, hemos afirmado que el concepto de deportista profesional del artículo 21 del ALD, desvinculado del carácter profesional o no de la competición, podría ser una oportunidad para hacer frente al referido impacto negativo de género de la regulación actual.

Frente a la situación descrita, el asociacionismo de las mujeres deportistas habría de esperar al nuevo milenio y ha tenido un primer objetivo de visibilización del deporte femenino, en general, y de alcanzar la profesionalización y un contrato de trabajo con derechos, en particular. A partir de 2016, se ha abierto paso, en los últimos años, una nueva tendencia hacia un asociacionismo mixto, que parece llamada a consolidarse, si bien se trata de

una vía, creo, cuyos resultados aún no han sido testados. Por lo que respecta a la acción sindical en la empresa, como se sabe, las reglas relativas a la representación unitaria no se adaptan a los rasgos que de forma estructural caracterizan el deporte profesional y, consecuentemente, no han resultado aplicables. La flexibilidad del canal sindical diseñado desde la LOLS nos explica que sea el único previsto, siendo además la negociación colectiva en el deporte profesional la que ha determinado su implantación, también en los convenios colectivos del deporte femenino.

La primera huelga en el deporte femenino, en noviembre de 2019, en el fútbol de primera división, se convocó en el curso de la negociación colectiva y condujo a la firma del primer convenio colectivo en el fútbol femenino, dibujando un camino que guarda cierto paralelismo con el seguido por el fútbol masculino. En su convocatoria y desarrollo, tal y como hemos analizado en este trabajo, no se aprecia vulneración procedimental alguna del régimen jurídico vigente. Esta huelga ha suscitado nuevamente la cuestión de las eventuales sanciones que puedan derivarse del ejercicio de este derecho de los deportistas profesionales. A este respecto, hay que aclarar que el debate no se ha planteado en torno a la imposición de sanciones (laborales o disciplinarias) a las futbolistas, sino de las eventuales sanciones que la RFEF impondría a los clubes en virtud de lo dispuesto en el código disciplinario. Nuestro análisis no conduce a negar la posibilidad de cualquier sanción, pues entendemos que el ejercicio legítimo del derecho de huelga debe ser garantizado frente a cualquier manifestación de la disciplina laboral o deportiva.

Los convenios colectivos en el deporte profesional femenino, solo tres hasta la fecha, han cumplido la función de garantizar un contrato de trabajo y unas condiciones mínimas de trabajo digno. En términos generales han seguido la regla del sector, es decir, se trata de convenios colectivos estatales por modalidad deportiva y que, en cuanto a su eficacia, son convenios colectivos extraestatutarios. Una excepción fue el convenio de ámbito empresarial para el fútbol sala femenino, firmado el 18 de diciembre de 2018, ante la ausencia de una organización empresarial, por un solo club (Burela Pescados Rubén) y la AJFSF. Por lo que se refiere a los contenidos convencionales, en el primer convenio colectivo celebrado en el ámbito del baloncesto femenino, el análisis comparativo con el entonces vigente para el baloncesto masculino muestra una significativa diferencia económica, pues solo referida a salarios base, contrastan los 60.000 euros anuales para los jugadores con 26 años con un salario mensual de 600 euros, para jornada completa, para las jugadoras. Además, la situación actual es poco esperanzadora, pues la AJUB ha denunciado que en el baloncesto femenino continúan los problemas de falta de contratación de las deportistas y que, tras no renovarse ese primer convenio, se constata el retroceso en la laboralización del colectivo y en sus derechos de protección social.

El primer Convenio colectivo para el fútbol femenino de primera división 2019/2020 ha marcado un punto de inflexión en el deporte femenino. El convenio presenta ciertos rasgos particulares desde la perspectiva sindical, pues lo habrían negociado la AFE, el sindicato Futbolistas ON y la UGT; la AFE solo permite la afiliación a las mujeres desde 2016, el sindicato

Futbolistas ON es la primera vez que negocia un convenio, aunque, ciertamente, cuenta con alguna representación en el fútbol femenino y la intervención de un sindicato no profesional deportivo, como es la UGT, es, también, la primera vez que ocurre en la negociación colectiva de este sector de actividad. Una inicial valoración positiva merece el convenio, primero, por la regulación en materia de violencia de género (art. 40) y, segundo, por la existencia, en su anexo II, de un Protocolo de prevención e intervención frente al acoso sexual y/o por razón de sexo en el fútbol femenino. En nuestro análisis hemos detectado aspectos sobre los cuales, dada la trascendencia del proceso electoral, debería llevarse a cabo una determinación más extensa de los mismos. Pero no podemos ignorar diferencias sustanciales, en relación con el vigente convenio para el fútbol masculino. Así, la regulación sobre el contrato a tiempo parcial, que no existe en el fútbol masculino, cuando, para las futbolistas, alcanzar una parcialidad mínima del 75 % ha sido una conquista social; y las diferencias fundamentales en materia retributiva, de una cantidad anual de 16.000 euros a 155.000 euros. La comparación, referida exclusivamente, como es preciso destacar, a los salarios base, define una brecha salarial de género que debe ser ya objeto de atención y debate.

Como afirmábamos en las páginas iniciales de este trabajo, es preciso, desde la perspectiva jurídica, captar toda la complejidad de la desigualdad de género en el deporte y permitir a las mujeres desarrollar y perseguir sus propios intereses, en igualdad de condiciones que los hombres. Pues bien, hemos de concluir señalando que es una tarea posible, ya que no podemos olvidar que la relación del deporte con la masculinidad y la femineidad es una construcción social y existe el potencial dentro del deporte para la transformación. La igualdad en el acceso a los recursos públicos y los lazos entre los deportistas masculinos y femeninos son necesarios, pero no suficientes, para romper las estructuras de dominio masculino en el deporte; cuando la participación deportiva de las mujeres se valora más, a través del aumento de recursos y de un mejor tratamiento por parte de los poderes públicos, la celebración del deporte está menos conectada con la celebración de la masculinidad y el deporte se convierte en una actividad que se valora por igual para ambos géneros.

Referencias bibliográficas

Brake, D. (2000). The Struggle for Sex Equality in Sport and the Theory Behind Title IX. *University of Michigan Journal of Law Reform*, 34, 14-149.

Conde Colmenero, P. (2020). [¿Brecha salarial de género en el fútbol estadounidense? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito](#)

[Central de California, de 1 de mayo de 2020 \(caso Alex Morgan vs. Federación Soccer de los Estados Unidos, Inc.\)](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 448, 191-198.

Correa Carrasco, M. y Sáez Lara, C. (2017). *Los derechos laborales de los deportistas profesionales*. Pamplona: Aranzadi.

- European Commission. (2014). *Gender Equality in Sport. Proposal for Strategic Actions 2014-2020*. Recuperado de <https://ec.europa.eu/assets/eac/sport/events/2013/documents/20131203-gender/final-proposal-1802_en.pdf>.
- Fernández Domínguez, J. J. (2007). «Amateurismo marrón»: los profesionales del deporte encubiertos. *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, 19, 25-33.
- Ferro, S., Azurmendi, A. y Leunda, G. (2012). *Guía para incorporar la igualdad en la gestión de las federaciones deportivas*. Madrid: Consejo Superior de Deportes.
- González del Río, J. M.^a (2008). Análisis del convenio colectivo del baloncesto femenino. *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, 23, 157-165.
- Instituto Andaluz de la Mujer. (2018). *Claves para la evaluación del impacto de género en la normativa en el ámbito del deporte*. Sevilla: Junta de Andalucía.
- Instituto Europeo para la Igualdad de Género. (2015). *La igualdad de género en el deporte*. Recuperado de <<https://eige.europa.eu/sites/default/files/documents/mh0215937esn.pdf>>.
- López González, M.^a J. (2019). Las relaciones laborales en el deporte. En B. Margugán Pintos (Ed.), *El deporte femenino, ese gran desconocido* (pp. 169-178). Getafe: Instituto de Estudios de Género. Universidad Carlos III de Madrid.
- Martínez Girón, J. y Arufe Varela, A. (2010). Mujer y deporte profesional: supuestos significativos y puntos críticos laborales y de Seguridad Social. *Actualidad Laboral*, 17, 1-13.
- Martínez Girón, J. y Arufe Varela, A. (2017). *Deporte profesional de-generado. Un estudio sobre feminismo radical*. Barcelona: Atelier.
- Mergaert, L., Arnaut, C., Vertommen, T. y Lang, M. (2016). *Study on Gender-Based Violence in Sport. Final Report*. Brussels: European Commission.
- Palomar Olmeda, A. (2010). La reforma del deporte profesional: ¿necesidad o capricho? El fútbol como pretexto. *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, 29, 171-195.
- Palomar Olmeda, A. (2015). Las políticas de género en el ámbito de la actividad deportiva. *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, 48, 331-373.
- Robles Fernández, F. (2019). Asociacionismo en el deporte. En B. Margugán Pintos (Ed.), *El deporte femenino, ese gran desconocido* (pp. 179-187). Getafe: Instituto de Estudios de Género. Universidad Carlos III de Madrid.
- Rodríguez Escanciano, S. y Gómez García, F. X. (2019). Mujeres deportistas y relaciones laborales: puntos críticos. *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, 64, 1-13.
- Roqueta Buj, R. (2018). Los derechos colectivos de los deportistas profesionales tras la irrupción en escena del sindicato Futbolistas ON. *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, 61, 1-25.

COMENTARIO DE REDACCIÓN

Publicado el primer Convenio colectivo del fútbol femenino profesional: tensión extraestatutario versus estatutario y derecho de compensación por formación profesional

1. Publicado el primer Convenio colectivo del fútbol femenino en España. Cerrada la edición del magnífico (por completo, actualizado y argumentado) estudio de la profesora, especialista en derecho del trabajo deportivo, Carmen Sáez Lara, que precede las líneas que ahora siguen, se ha publicado en el BOE el primer Convenio colectivo del fútbol femenino en España (I CCFFP), incluido en su número 220, de 15 de agosto (corrección de errores en BOE núm. 223, de 19 de agosto). Su eficacia temporal tiene un carácter retroactivo (1 de julio de 2019-30 de junio de 2020). Cerrado el original de la profesora Sáez Lara, estaba pendiente de publicar esta histórica norma de autorregulación convencional de las relaciones profesionales en el fútbol femenino (jugadoras de los equipos de Primera Iberdrola), caracterizadas por arraigadas segregaciones sexistas respecto de la situación de sus homólogos masculinos. Así se ha podido comprobar en el estudio de referencia aquí aludido. El retraso se ha debido –además de a la pandemia– a la necesidad de resolverse la reclamación que interpuso uno de los sindicatos firmantes, UGT, también algo histórico (es la primera vez que un sindicato de clase firma un convenio de este tipo, habiendo sido firmados los anteriores, como se explica en el artículo referido, solo por asociaciones profesionales del ramo, no solo segregacionistas en sus inicios, sino monopolistas), que impugnó la cláusula relativa a la elección de la representación social de las jugadoras a la hora de negociar o modificar el convenio. Los problemas interpretativos de esta singular cláusula (impuesta por la Asociación de Futbolistas Españoles –AFE–) se han comentado en el estudio.

¿Tiene algo de particular jurídicamente esta publicación, más allá del dato en sí? En principio, sí. Otro de los principales puntos polémicos de este I CCFFP es el artículo 20, relativo a la lista de compensación por derechos de formación, con el que los clubes impusieron recargos de hasta 500.000 euros a las jugadoras sub-23. Este caso sería denunciado por el –nuevo– sindicato Futbolistas ON, reclamando bien su nulidad (medida a la que posteriormente se adhirió el Real Madrid), bien que no fuese aplicable más que a las partes firmantes –jugadoras y clubes–, porque la falta de publicación del convenio impediría que se declarase estatutario el I CCFFP. Por lo tanto, en su condición de extraestatutario solo podría aplicarse a los sujetos firmantes, lo que llevaba a la exclusión de tres importantes clubes –Real Madrid, Barcelona y Athletic de Bilbao–. ¿Cambia su publicación la situación?

2. La Audiencia Nacional (AN) valida la cláusula pactada sobre los derechos compensatorios por formación, pero califica como extraestatutario el I CCFFP, por tanto, de eficacia limitada, al no estar –aún– publicado. La Sentencia de la AN (SAN) 55/2020, de 21 de julio, estimó parcialmente la demanda colectiva del sindicato reclamante, cuya pretensión principal era la declaración de nulidad de la lista de compensación por formación prevista para el año 2019/2020 respecto de las jugadoras menores de 23 años (citado art. 20 I CCFFP¹). Tres razones se esgrimen:

- Forma (haber sido presentada extemporáneamente a la comisión paritaria).
- Procedimiento (no haber sido negociada individualmente con la jugadora afectada, por lo que la determinación unilateral resultaría arbitraria ex art. 1.256 Código Civil).
- Fondo (por resultar algunas de las cantidades absolutamente desproporcionadas).

Pero –seguramente consciente el sindicato de lo débil de sus razonamientos para este tipo de procedimiento– incorporó una pretensión subsidiaria. Así, en previsión del fracaso del argumento principal, incorporó como *petitum* subsidiario que se declara judicialmente el mero carácter de pacto con eficacia extraestatutaria, dada la ausencia de publicación en el BOE, a fin de que resulte aplicable únicamente a los sujetos que lo han firmado (excluiría al Real Madrid Club de Fútbol –antes llamado Club Deportivo Tacón–, al Fútbol Club Barcelona y al Athletic de Bilbao).

Desestimadas por la sala las excepciones procesales (de falta de acción y de inadecuación de procedimiento), hará lo propio con la pretensión principal. Primero, la entiende presentada en plazo por la Asociación de Clubes del Fútbol Femenino (ACFF), sin perjuicio de las situaciones singulares que pudieran producirse en cada caso y que deberán ventilarse a través de acciones individuales. La naturaleza colectiva de la medida impide una valoración singularizada, sin que, además, la sala tenga, en tal caso, competencia. Segundo, el convenio no requiere fijación consensuada de la cantidad por formación, ni se refiere a pacto o convenio alguno. Al contrario, emplea el término «libertad» en la determinación de importes, lo que es sinónimo del carácter unilateral (FJ 6.º). Tampoco considera desproporcionado, en sí mismo, el artículo 20, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sentencia de 16 de marzo de 2010, asunto C-325/08, Olympique Lyonnais).

¹ Este precepto establece que, para el caso de que, tras el cese por expiración del tiempo, la futbolista profesional estipulase un nuevo contrato con otro club, este último deberá abonar al equipo de procedencia la compensación que libremente haya fijado en las listas de compensación. Además, no podrá incluirse a ninguna jugadora de 23 años o menos y, en el caso de que efectivamente se realice el contrato con un nuevo club, la futbolista tendrá derecho a percibir el 15 % de la citada compensación a la finalización del contrato.

Presupuesta la legitimidad del objetivo compensatorio para el fomento de la contratación y la formación de jóvenes jugadoras (en este caso), la eventual desproporción debe valorarse caso a caso y para ello no tiene competencia, insiste, la sala (FJ 7.º).

En cambio, sí se acoge la pretensión subsidiaria, en cuanto se declara probado que, a fecha del juicio, el convenio no había sido objeto de publicación en el BOE, por lo que (FJ 8.º):

- No reunía uno de los requisitos de validez del [artículo 90 del Estatuto de los Trabajadores](#) (ET), la publicidad normativa, con lo que su eficacia en general, y de la lista de compensación en particular, habría de limitarse a los sujetos firmantes (futbolistas y clubes que suscribieron el [I CCFFP](#)), sin que pueda extenderse más allá.
- Tampoco conlleva una suerte de adhesión tácita de los clubes no firmantes del mismo por el hecho de acudir al acto oficial de firma en el Congreso de los Diputados (como pretende la ACFF) o por el hecho de haber incluido jugadoras en la lista de compensación: «pues la adhesión [...] no es un acto que pueda desarrollarse de manera presunta, sino que su procedimiento viene desarrollado en el artículo 92.1 de la norma estatutaria y exige, entre otros requisitos, de la previa comunicación a la autoridad laboral [...]».

3. ¿La publicación del I CCFFP cambia la situación jurídica y obligará a rectificar la decisión de la AN, dotándolo de carácter estatutario, extendiendo los derechos compensatorios por formación profesional de las jugadoras jóvenes a todos los clubes que participan en la Liga Primera Iberdrola? Sin duda, esta es una gran cuestión interpretativa que permanecerá sin una solución específica y que seguramente abocará a un nuevo conflicto jurídico en la materia.

Como se ha mantenido en el [estudio de la profesora Sáez Lara](#), sosteniéndolo con muy buenas razones jurídicas, el [I CCFFP](#) seguiría siendo, pese a sus notables singularidades en orden a los sujetos firmantes (tres sujetos sindicales firmantes: dos asociaciones profesionales con una implantación más que suficiente en el sector y un sindicato de clase más representativo a nivel estatal), extraestatutario, por la falta de cumplimiento por las partes negociadoras de los requisitos de legitimación negociadora, contemplados en el [título III del ET](#), pues su presupuesto esencial (la celebración de elecciones sindicales) es ajeno, *de facto*, al deporte profesional. Ninguno de los sindicatos firmantes, a pesar de sus altos índices de implantación, siguiendo el criterio de la representación afiliativa, así como de la mayor representatividad de UGT, tendría *de iure* –dice la profesora– los requisitos para negociar un convenio de eficacia general, «aunque despliega *de facto* una eficacia personal general». Recuérdese que es una cuestión de orden público, por lo tanto, no disponible para las partes, aunque evidencie una clarísima disfunción del rígido sistema estatutario, pese a que en varias reformas se ha intentado flexibilizar este tipo de exigencias, a fin de promover

la negociación estatutaria en ámbitos de difícil implantación, por diversos motivos, entre ellos, como en el deporte profesional, más en el femenino, por falta de sujetos suficientemente legitimados ex artículos 87 y 88 del ET.

Por supuesto, no es pretensión de este comentario-glosa de redacción, al hilo de los nuevos datos jurídicos aparecidos una vez cerrada la edición del estudio doctrinal expresamente dedicado al tema, entrar a discutir mínimamente los argumentos. Solo dejar constancia de esos datos y de las diversas lecturas que provocan, a fin de que las personas lectoras interesadas estén en disposición de toda la información, útil y más reciente. Al respecto, cabe afirmar, primero, que la eventual carencia de esa eficacia estatutaria no ha sido reparada por el ministerio, siendo publicado como si de estatutario se tratase. Segundo, no faltan comentarios en la doctrina que consideran que, una vez publicado en el BOE, el I CCFFP «gozará de una presunción de ser estatutario y, por consiguiente, estará dotado de eficacia personal general y eficacia jurídica normativa» (arts. 3.1 b) y 82.3 ET)². Esta eficacia normativa hará que se extienda a todas las profesionales y entidades de la competición, siendo indisponible para la autonomía individual, como es bien sabido y sin que haya riesgo real, sí normativo, de que pueda verse, en la práctica, inaplicado, por la vía del artículo 84.2 del ET (convenio de club) o del artículo 83.2 del ET (cláusulas de descuelgue), dada la falta de tradición –y posibilidades reales– de negociación de «empresa»³.

Sin entrar mínimamente en el debate jurídico y doctrinal –se insiste–, sí se evidencia que, de la solución jurídica que se siga, se derivará una solución u otra para los referidos derechos de compensación por formación profesional en caso de transferencia de jugadoras. Aunque el artículo 20 del I CCFFP no es más que una aplicación del artículo 14.1 del Real Decreto 1006/1985, conforme al cual:

Para el caso de que tras la extinción del contrato por expiración del tiempo convenido, el deportista estipulase un nuevo contrato con otro club o entidad deportiva, mediante convenio colectivo se podrá pactar la existencia de una compensación por preparación o formación, correspondiendo al nuevo club su abono al de procedencia.

² Vid. Roqueta Buj, R. (2020). El convenio colectivo de trabajo para el fútbol femenino. *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, 68. Un resumen en <<https://iusport.com/art/105262/el-convenio-colectivo-del-futbol-femenino>>.

³ Precisamente, la disposición final primera del Protocolo para la elección de la representación social en la comisión negociadora prevé:

[...] para solventar las discrepancias que pudieran surgir para la no aplicación de las condiciones de trabajo a que se refiere el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores se seguirán los procedimientos que se establezcan a este respecto en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico conforme a lo dispuesto en tal artículo.

Sabido es que esa restricción legislativa a la libertad de movilidad profesional (libertad poscontractual de las jugadoras, una vez cesadas por una causa contractualmente prevista) se ha interpretado restrictamente, como derecho básico que es, y se exige convenio colectivo estatutario, de eficacia jurídica normativa y personal general. ¿Entonces qué? Pues, como casi siempre, depende. Si se considera que, publicado el [I CCFFP](#), ya se ha subsanado en el único déficit estatutario del convenio, se garantizarán los derechos de los clubes a estos efectos, hayan firmado o no el convenio colectivo, si no, si se entiende que sigue habiendo un déficit de legitimación, la doctrina de la AN seguirá vigente.

Veremos. No solo el «asunto Messi» llama a las puertas del derecho del trabajo para resolver problemas del fútbol contemporáneo, descontrolado económicamente cuando se trata de las «estrellas». También esta nueva dimensión, la creciente presencia de la mujer en el deporte profesional, que hará que la perspectiva de género asuma una creciente relevancia en la valoración jurídica de su –arraigada anómala– situación, como se expuso en el número 448 de esta revista (julio 2020), en el [análisis de pioneras iniciativas en la liga de EE. UU.](#), pero que, sin duda, llegará, más pronto que tarde, a la española. Los cuidados análisis de las profesoras [Carmen Sáez](#) y [Pilar Conde](#) así lo ilustran con sobrada solvencia. El Tribunal Supremo (TS) tendrá más de una oportunidad de fijar una nueva doctrina jurisprudencial en la materia, asumiendo esta perspectiva de género, tal y como ya está haciendo en otros ámbitos, como en el de enfermedades profesionales, e incluso de accidentes, aun no laborales (por ejemplo, [STS 580/2020, de 2 de julio](#)). Un magnífico [análisis jurídico de esta actualidad](#) aparece también en este número, a cargo del abogado, especialista en la materia, Miguel Arenas.

Consejo de redacción



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0



La aplicación del artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores a la relación laboral especial de artistas en espectáculos públicos

Juan Antonio Altés Tárrega

*Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universitat de València*

Elena García Testal

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

Extracto

De unos años a esta parte, la sucesión de contratos temporales en la prestación de servicios artísticos ha sido abordada por los tribunales españoles desde la perspectiva de la aplicación e interpretación de las normas europeas y su trasposición al ordenamiento interno, y, en este sentido, el Tribunal Supremo ha optado por aplicar el artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores a estas relaciones de trabajo. No obstante, el juego del sistema de fuentes en las relaciones especiales y las peculiaridades que estas presentan permiten realizar una revisión crítica a estas interpretaciones judiciales.

Palabras clave: trabajo artístico; contratación temporal; precariedad; fraude de ley.

Fecha de entrada: 18-05-2020 / Fecha de revisión: 08-06-2020 / Fecha de aceptación: 08-06-2020

Cómo citar: Altés Tárrega, J. A. y García Testal, E. (2020). La aplicación del artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores a la relación laboral especial de artistas en espectáculos públicos. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 449-450, 63-88.



The application of article 15.5 of the Statute Workers to the special employment system for public entertainers

Juan Antonio Altés Tárrega

Elena García Testal

Abstract

In recent years, Spanish courts have addressed the succession of temporary contracts in the provision of artistic labour services from the perspective of application and interpretation of European laws and its transposition to national law and, in this regard, the Supreme Court has ruled to implement article 15.5 of the Statute of Workers to these labour relationships. Nevertheless, the way how the sources of law system go in special labour relationships and its peculiarities allows for a critical review of this judicial interpretation.

Keywords: artistic work; temporary contract; precariousness; legal fraud.

Citation: Altés Tárrega, J. A. y García Testal, E. (2020). The application of article 15.5 of the Statute Workers to the special employment system for public entertainers. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 449-450, 63-88.





Sumario

1. Introducción
 2. Fuentes jurídicas de la relación laboral de artistas
 3. El régimen de contratación en el RD 1435/1985
 4. El fraude de ley y la sucesión de contratos temporales de artistas
 5. El Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada y el artículo 15.5 del ET
 - 5.1. La adecuación del régimen jurídico del RD 1435/1985 a la normativa europea
 - 5.2. Estabilidad en el empleo y sucesión de contratos en la relación laboral de artistas
 - 5.2.1. La duración máxima de los contratos temporales como límite en la relación laboral ordinaria
 - 5.2.2. La adquisición de la condición de trabajador fijo por sucesión de contratos temporales de temporada: ¿fijos discontinuos o aplicación del artículo 15.5 del ET?
 - 5.3. Normativa específica en materia de contratación temporal por el INAEM
 6. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

1. Introducción

Desde hace unos años, la doctrina judicial ha venido cuestionando la aplicación del artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores (ET) a la sucesión de contratos formalizados en el ámbito de la relación laboral especial de artistas. En efecto, desde finales de 2013, han ido sucediéndose una serie de sentencias del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Madrid que resuelven sobre la extinción de contratos temporales, tras una cadena de contratación, de bailarines del Instituto Nacional de las Artes Escénicas y de la Música (INAEM) y se plantean la posible aplicabilidad del contenido del artículo 15.5 del ET a la relación laboral especial de artistas, a la luz de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada (Diario Oficial núm. L 175 de 10 de julio de 1999), resolviendo mayoritariamente que dicha norma se aplica a esta relación laboral, pues la directiva comunitaria, jerárquicamente superior al Real Decreto (RD) 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos, no admite la exclusión de los artistas de las medidas de prevención del abuso de la contratación temporal.

La unificación de doctrina ha llegado, tras algunos intentos fallidos –resueltos por los Autos del Tribunal Supremo (TS) de 5 de noviembre de 2013, rec. 1342/2013, y de 30 de marzo de 2017, rec. 3003/2017–, con la Sentencia del TS (STS) 26/2020, de 15 de enero. Esta sentencia resuelve el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra la Sentencia del TSJ (STSJ) de Madrid de 3 de mayo de 2017 (rec. 217/2017), que había desestimado el de suplicación interpuesto por el INAEM que, en reclamación por despido, se había presentado contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 3 de Madrid. La sentencia del Juzgado de lo Social declaró probado que la trabajadora que inicia el procedimiento había suscrito diez contratos de duración determinada, cuyo objeto consistía en la prestación de sus servicios, propios de dicha actividad artística, en las actividades de repertorio del Ballet Nacional de España (hecho probado 1.º), participando en las actividades de repertorio del *ballet*, tanto respecto de las concretas representaciones anuales programadas, como respecto de la actividad relacionada con el mantenimiento, preservación del repertorio tradicional de la danza española y actualización del repertorio, dependiendo de la dirección artística del *ballet* en cada momento, respecto de los ensayos, clases y planes de trabajo establecidos por la misma (hecho probado 2.º).

La sentencia del TS argumenta sobre la aplicación del artículo 15.5 del ET a la relación laboral especial de artistas, sobre la base de la Directiva 1999/70 y el Acuerdo marco que incorpora. Sin embargo, la argumentación final parece centrarse en la inexistencia de causa que justifique la temporalidad de los contratos, por lo que –entendemos– la solución se aborda desde la perspectiva del fraude de ley, cuestión que no había sido debatida previamente.

La falta de concreción del tribunal y las dificultades para determinar la aplicación del artículo 15.5 del ET a las relaciones laborales que cuentan con un régimen propio y específico de contratación, como ocurre en la relación especial de artistas en espectáculos públicos, justifican este estudio, que tiene como intención clarificar algunos aspectos y aportar elementos de juicio sobre esta materia. Intentaremos demostrar que los argumentos que se han manejado para aplicar la normativa sobre sucesión de contratos a la relación laboral de artistas como consecuencia ineludible del cumplimiento de la normativa europea no son verdaderos, que la actual configuración normativa complica su aplicación y que la consecuencia buscada, la conversión en indefinidas de unas prolongadas relaciones de trabajo artístico, se podría haber conseguido aplicando otros mecanismos jurídicos de salvaguarda, en concreto la figura del fraude de ley; y sin que este posicionamiento nos convierta en opositores a una reforma, que entendemos necesaria, del régimen jurídico de los artistas que contemple medidas de este tipo.

Para ello se requiere como premisa previa delimitar las fuentes jurídicas, la regulación de la contratación temporal y el juego del fraude de ley en esta relación laboral especial.

2. Fuentes jurídicas de la relación laboral de artistas

La prestación de una actividad artística en el ámbito de un espectáculo público, realizada con dependencia y ajenidad respecto del ámbito de un organizador del espectáculo, se configura en el sistema español de relaciones laborales como una relación laboral de naturaleza especial, incluida en el listado del artículo 2 del ET, cuya regulación fue desarrollada mediante el RD 1435/1985, de 1 de agosto, que continúa vigente.

La especialidad de la relación se concreta en un régimen jurídico específico que se aparta, en algunas materias, del establecido para la relación laboral común y en el establecimiento de un régimen de fuentes singular.

Así, el artículo 12.1 del RD 1435/1985 determina que:

En lo no regulado por el presente real decreto será de aplicación el Estatuto de los Trabajadores y las demás normas laborales de general aplicación en cuanto sean compatibles con la naturaleza especial de la relación laboral de los artistas en espectáculos públicos.

Por tanto, la normativa laboral común –el ET y demás normas laborales– se aplica supletoriamente y siempre que sea compatible con las especialidades de la relación especial, lo que en algunos casos impedirá claramente esta aplicación supletoria. Nos encontramos ante una supletoriedad condicionada que requerirá de un análisis individualizado y específico sobre la compatibilidad.

Además, debe tenerse en cuenta que el RD 1435/1985, aunque es la norma esencial de aplicación a estos sujetos, establece una regulación específica que en muchos casos resulta insuficiente, lo que hace necesario acudir a los pactos individuales y colectivos para perfeccionar y concretar el contenido de la relación jurídica.

A partir de esta configuración normativa, creemos necesario comprobar la compatibilidad del régimen de contratación temporal instaurado en el RD 1435/1985 y la aplicación supletoria del ET.

3. El régimen de contratación en el RD 1435/1985

La especialidad del contrato de trabajo de artistas se justifica entre otras peculiaridades por la regulación de la duración del contrato de trabajo.

El artículo 5.1 del RD 1435/1985 comienza estableciendo dos opciones de contratación laboral en función de la duración, indefinida o determinada, de forma equivalente al artículo 15 del ET, que también admite ambas formas de contratación. La diferencia entre ambos radica en la delimitación y el régimen jurídico de las causas de contratación temporal. El artículo 5 del RD 1435/1985, a diferencia del artículo 15 del ET, establece una preferencia por la contratación temporal, porque si en el artículo 15 del ET se contiene una enumeración tasada y específica de los supuestos de contratación temporal, en el artículo 5 del RD 1435/1985 se quiebra esta preferencia por el contrato indefinido existente en el régimen común (Alzaga, Baviera y Romeral, 2011, p. 293; Durán, 1986, p. 231; Ruiz de la Cuesta, 2007, p. 234) y, en cierto modo, se descausaliza el acceso a la contratación temporal (Alzaga, 2001, pp. 193-194; López-Tarruella, 1987, p. 293). De esta manera, quiebra el principio de estabilidad en el empleo, lo que genera la duda de si, ante tal descripción de las modalidades de contratación temporal, operaría de forma supletoria el ET, dada la dificultad de dilucidar si esta regulación específica es o no compatible con las normas comunes del ET.

En efecto, la regulación remite directamente a la voluntad de las partes para la concreción de la duración del contrato (Roqueta, 1995, p. 20). En este sentido, la jurisprudencia del TS ha afirmado que:

[...] el artículo 5 del RD invocado rompe la tradicional preferencia de nuestro ordenamiento jurídico a favor del contrato indefinido plasmado en el artículo 15.1 del ET y admite para la relación especial que regula en términos de igualdad tanto la estipulación por tiempo indefinido como la duración temporal del contrato¹.

¹ SSTs de 23 de febrero de 1991 (rec. 854/1990); 24 de julio de 1996 (rec. 3636/1995); 17 de octubre de 1996 (rec. 3635/1995); 30 de octubre de 1996 (rec. 1116/1996); 15 de julio de 2004 (rec. 4443/2003); 17 de mayo de 2005 (rec. 2700/2004); 15 de enero de 2008 (rec. 3643/2006); 16 de julio de 2010

Es preciso recordar que la libertad para establecer la duración del contrato en la relación laboral de artistas se justifica por la propia naturaleza temporal de la actividad realizada (Alzaga, Baviera y Romeral, 2011, p. 293; Roqueta, 1995, p. 46). En este sentido, la doctrina judicial ha señalado que las partes que pactan el contrato de trabajo de un artista son totalmente libres para elegir, entre las cuatro variantes o modalidades de temporalidad que señala el artículo 5.1 del RD 1435/1985, la que les parezca más conveniente, sin que las condiciones y características de tal contrato impongan ningún límite ni restricción a esa libertad². En realidad, en la mayoría de los supuestos, el objeto del contrato determina la necesaria temporalidad de la prestación de servicios: bien porque se ejecute en un solo acto o bolo, bien porque se trate de una actividad de imprevisible duración debido a que está destinada a su consumo por el público, por lo que depende de su aceptación por este (Alzaga, Baviera y Romeral, 2011, p. 294; González, 2008, p. 89; Ruiz de la Cuesta, 2007, p. 232). Como señala la STS de 16 de julio de 2010 (rec. 3391/1999), ello responde «a la particular naturaleza de la actividad artística, que exige no solo la necesaria aptitud del trabajador para desarrollarla en cada momento, sino la aceptación del público ante la que se realiza, que obviamente puede variar»³. Por ello, en la industria del espectáculo, «en [la] que se integran los profesionales de la música, es necesario sustituir y cambiar de cuando en cuando a quienes desarrollan una actividad de esta clase para impedir que decaiga o desaparezca el interés del público»⁴.

Sin embargo, esta flexible interpretación de la contratación temporal en el ámbito del RD 1435/1985 ha sido cuestionada por la doctrina, pues la «necesaria aptitud» es una cualidad propia de todo tipo de trabajo, y el sometimiento de la actividad a la aceptación del público no es más que una concesión al interés empresarial, una libertad total a la hora de contratar que también en la relación laboral ordinaria se viene exigiendo (Valdés, 1998, p. 39). En esta línea crítica se señala que la interpretación que hacen los tribunales del artículo 5.1 del RD 1435/1985 es errónea, pues en su configuración mantiene la estructura del artículo 15.1 del ET: establecimiento de las dos opciones de contratación, «por tiempo indefinido o por una duración determinada»; determinación de una serie de supuestos de contratación temporal –en el RD adaptados a la especialidad de la actividad artística–; y, por último, una mención expresa al fraude de ley como límite a la contratación temporal. Según este paralelismo de preceptos, el RD 1435/1985 no quebraría ni el principio de estabilidad en el empleo, ni el principio de causalidad en la contratación temporal, sino que se estaría limitando a adaptar la regulación sobre la duración del contrato a la actividad artística (González, 2008, p. 90; Valdés, 1998, p. 39).

No obstante, también es posible encontrar argumentos a favor de la inclinación del RD 1435/1985 por la contratación temporal, basados en la naturaleza de la actividad artística,

(rec. 3391/2009); 19 de julio de 2010 (rec. 2830/2009). En este sentido, la STSJ de Madrid de 27 de febrero de 2006 (rec. 5571/2005) determina contundentemente que «la ilicitud de parcelar artificialmente una relación laboral única, mediante sucesivos contratos de obra o servicio determinado [...] se refiere a relaciones laborales ordinarias de carácter técnico; pero nunca artístico».

² STSJ de Cataluña de 9 de febrero de 2009 (rec. 7971/2008).

³ Igualmente, las SSTs de 17 de mayo de 2005 (rec. 2700/2004) y 19 de julio de 2010 (rec. 2830/2009).

⁴ STSJ de Madrid de 5 de mayo de 1993 (rec. 4905/1992).

esencialmente temporal, y que se configurara como la razón objetiva que ampara la separación del régimen de contratación de la relación laboral ordinaria: son las peculiaridades de la actividad del trabajo de los artistas las que justifican que la contratación temporal se configure como regla general, y se admita de forma restrictiva la posibilidad de contratación de artistas fijos discontinuos (STS de 15 de julio de 2004, rec. 4443/2003), o de carácter indefinido ordinario (STS de 17 de mayo de 2005, rec. 2700/2004)⁵. De forma que, como señala la STSJ de Madrid de 9 de abril de 2014 (rec. 1872/2013), si se utiliza la contratación temporal para cubrir necesidades normales y permanentes, no se justifica la causa de temporalidad, por lo que la extinción se considera un despido.

Pues bien, en nuestra opinión, es en el diseño y en la amplitud de las causas de temporalidad, así como en la posibilidad ilimitada de prórrogas, donde encontramos la diferencia con el régimen jurídico del artículo 15 del ET, ya que se sitúa lejos de las limitaciones a las que se ve sometido el contrato temporal por parte del ordenamiento laboral y su conjunto de presunciones (Pérez, 2009).

Y es que la actividad artística, en la mayor parte de las ocasiones, se acomoda a alguno de los supuestos de temporalidad, lo que justificaría el hecho de que el volumen de contratos temporales sea infinitamente mayor que el de contratos indefinidos –que tienen sin duda una presencia residual–, aunque no justificaría que, cuando la actividad artística para la que se contrate tenga carácter permanente, continua o discontinua, se opte por cubrirla mediante fórmulas de trabajo temporales. Y así, dado que la actividad artística está sometida a los vaivenes que genera su finalidad de espectáculo público, el RD 1435/1985 supondría una adaptación del régimen de contratación a las peculiaridades de la actividad artística. Lo que no obsta para que, si se formaliza un contrato temporal para cubrir una actividad que no justifica dicha contratación, el contrato deba reputarse celebrado por tiempo indefinido (González, 2008, pp. 91-92).

Muy brevemente, las distintas modalidades previstas en el RD 1435/1985 son:

- El contrato para una o varias actuaciones. En este caso, el objeto del contrato se delimita en función del número de intervenciones artísticas que se llevarán a cabo y por el tiempo limitado a su ejecución (Altés y García, 2016, p. 277; Alzaga, Baviera y Romeral, 2011, p. 294; Ruiz de la Cuesta, 2007, p. 235). Es lo que se conoce como contratación para la realización de uno o más bolos.

El contrato podrá prorrogarse antes de su término o en el momento mismo de su finalización, contrayendo empresario y artista la obligación de celebrar nuevas fechas de actuación.

⁵ Y, por ello, es posible estimar en ocasiones el carácter indefinido de la prestación artística, incluso en casos de ausencia de pacto al respecto coincidente con dilatada situación de alta en Seguridad Social, continuidad en la prestación de servicios que incluye actuaciones, ensayos, actividades preparatorias, grabaciones y actividades complementarias, con los mismos integrantes de banda o grupo musical, como se aprecia en la STSJ de la Comunidad Valenciana de 7 de febrero de 2013 (rec. 3192/2012).

- El contrato por tiempo cierto. En este caso, las partes fijan de manera específica la duración del contrato, determinando el tiempo durante el cual se desarrolla la actividad artística. Este contrato, como el anterior, puede prorrogarse por mutuo acuerdo antes de la llegada del término o en el momento de la finalización, entendiéndose que, si no se señala un nuevo plazo, será por el mismo periodo anterior al que se prorroga⁶. Dado que no se limita el número de prórrogas, podrán producirse tantas como las partes estimen conveniente, sin que la sucesión de las mismas dé lugar a la conversión del contrato en uno de naturaleza indefinida⁷. De similar manera, si llegado el momento inicialmente pactado no existe denuncia y se mantiene la actividad, habrá que entender que la relación contractual del artista se ha prorrogado, eso sí, de forma temporal, al no existir reglas sobre duración máxima de los contratos⁸.
- El contrato por una temporada. Este contrato se caracteriza por tener fijada la duración en función de la temporada artística propia de cada actividad. También, como los anteriores, admite su prórroga.
- El contrato por el tiempo en que una obra permanezca en cartel. Evidentemente, este tipo de contratos es típico de los espectáculos en directo, pero su virtualidad se extiende igualmente a aquellas actividades artísticas cuya duración se supedita al tiempo durante el cual la actividad sea ofrecida al público, como pudiera ser un programa de televisión (por tanto, no solo actuaciones en directo, sino también actuaciones grabadas para ser emitidas). Este contrato es similar al contrato temporal por obra o servicio determinado que regula el artículo 15.1 a) del ET, en el que la actividad temporal objeto de prestación se sabe que tiene un límite en el tiempo, pero se desconoce cuándo acabará, por lo que la fijación de una fecha como término final no tiene más que una finalidad orientadora⁹. En este sentido, la doctrina, utilizando la terminología del contrato de obra o servicio determinado, señala que:

[...] el objeto queda constituido por unos servicios concretos, de naturaleza artística, que gozan de autonomía propia dentro de la actividad de la empresa, esto es, la obra en cartel, pero cuya ejecución, si bien limitada en el tiempo, resulta en principio de duración incierta, ya que se desconoce de antemano cuál será la acogida del público, y durante cuánto tiempo se mantendrá el interés del mismo (Alzaga, Baviera y Romeral, 2011, p. 295).

De hecho, el personal no artista de estos mismos espectáculos se contrata mediante esta modalidad de contrato temporal.

Obviamente, este contrato no admite prórroga, si bien, como estima la STS de 12 de noviembre de 2012 (rec. 4114/2011), el contrato permanece vigente mientras la

⁶ STSJ de Madrid de 18 de junio de 1992 (rec. 707/1992).

⁷ SSTs de 23 de febrero de 1991 (rec. 854/1990) y 24 de julio de 1996 (rec. 3636/1995).

⁸ SSTSJ de Madrid de 18 de junio de 1992 (rec. 707/1992) y 12 de febrero de 1996 (rec. 4793/1994).

⁹ STS 61/1991, de 31 de enero.

obra permanezca en cartel. Lo cual puede implicar varias temporadas, aunque la representación se suspenda temporalmente, por lo que, si la obra se vuelve a representar tras la interrupción estival, no existe causa lícita para la extinción del contrato, debiendo calificarse el despido como improcedente¹⁰.

4. El fraude de ley y la sucesión de contratos temporales de artistas

El fraude de ley en la contratación temporal implica el uso formal de una modalidad de contrato temporal con el fin de eludir la contratación indefinida¹¹. De acuerdo con el artículo 15.3 del ET, los contratos temporales celebrados en fraude de ley se presumen celebrados por tiempo indefinido.

En la relación laboral de artistas, el artículo 5.1 del RD 1435/1985 determina que «podrán acordarse prórrogas sucesivas de los contratos de duración determinada, salvo que se incurra en fraude de ley». Podría parecer paradójico perseguir la elusión de la normativa sobre contratación indefinida, cuando la propia normativa aplicable permite ampliamente tanto la contratación temporal como sus prórrogas. De hecho, los tribunales han venido aplicando las consecuencias del fraude de ley a la relación laboral común y no a esta relación laboral especial. Por ello, el precepto se ha entendido solo aplicable cuando el régimen de prórrogas contradiga lo dispuesto en convenio colectivo o cuando se utilice para transformar un contrato indefinido en temporal. Literalmente se señala por la doctrina judicial que «su normativa específica suele impedir la apreciación de fraude por la sucesiva concatenación de contratos».

Pese a ello, entendemos que el hecho de que el artículo 5.1 del RD 1435/1985 permita prórrogas sucesivas no entra necesariamente en contradicción con la figura del fraude de ley. Las prórrogas podrán pactarse, sin límite, siempre que subsista la temporalidad de la actividad. Sin embargo, si se utilizan para encubrir una actividad de naturaleza permanente, deberá entrar en juego esta figura y la consiguiente transformación del contrato en uno de carácter indefinido. Si las prórrogas se utilizan para alargar la duración del contrato que continúa siendo temporal, no cabrá objetar nada a las mismas. De esta manera, pese a la gran amplitud con la que se admite la temporalidad en esta relación laboral especial, ello «no evita que pueda producirse fraude de ley cuando se produzca una conducta con apariencia de legalidad que posibilita obtener un resultado o un beneficio no querido ni pretendido por la norma legal a la que se acogió»¹². En este sentido, la STSJ de Madrid de 24 de julio de 2015 (rec. 312/2015), relativa a una cantante del coro del Teatro de la Zarzuela, permite diferenciar

¹⁰ También la STSJ de Madrid de 30 de mayo de 2011 (rec. 149/2011).

¹¹ STS de 6 de mayo de 2003 (rec. 2941/2002).

¹² STSJ de Andalucía/Sevilla de 5 de junio de 2013 (rec. 2129/2012).

ambos supuestos de contratación –temporal e indefinida– en la prestación de servicios de artistas. Así, la sentencia distingue aquellos cantantes que forman parte del coro de forma permanente de aquellos que son contratados para un objeto concreto –obras y fechas determinadas en el contrato– de naturaleza claramente temporal. La diferencia encuentra acomodo en el marco de esta relación especial, pues, como recuerda la sentencia recién citada:

[...] la regulación de esta relación especial viene justificada por el objeto de la prestación, centrado en concretas cualidades o aptitudes artísticas que se van a desarrollar en un espectáculo público que, junto a la naturaleza de la actividad, los cambios e innovaciones en los espectáculos y, en ocasiones, como aquí sucede, la necesidad de desarrollo colectivo de la actividad, hicieron necesaria esa específica y especial regulación.

Cabe también señalar que es posible que se sucedan los contratos temporales de la misma o distinta modalidad, sin que ello implique necesariamente la existencia de fraude de ley¹³. Así se estima, entre otras, en la STSJ de Madrid de 28 de septiembre de 2010 (rec. 2448/2010): se trata de una reclamación de una artista musical contra la Orquesta Sinfónica de Madrid que había venido prestando servicios como contralto desde septiembre de 1999 hasta agosto de 2009, a través de sucesivos contratos de trabajo temporales cuyo objeto se integraba dentro de un convenio de colaboración de la orquesta con el Teatro Real de Madrid. Pues bien, pese a lo dilatado de la prestación de servicios, el tribunal entiende que:

[...] si bien esos servicios constituyen el objeto normal y habitual de la entidad que ha figurado como empleadora de la actora, la Asociación Orquesta Sinfónica de Madrid, no lo es menos que el objeto de aquellos contratos ha sido el atender las necesidades de programación de un tercero, la Fundación Teatro Real, según encargo de esta última, en virtud del contrato de servicios suscrito entre ellas.

La aplicación de esta doctrina judicial se produce de igual forma que en la relación laboral ordinaria, en la que se admite el contrato por obra o servicio determinado vinculado a una contrata, aunque en el régimen actual matizada por los límites temporales que introdujo el legislador en el artículo 15 del ET.

Cuestión distinta es si, como queremos plantear en este trabajo, se aplica el límite temporal al encadenamiento de contratos que establece el artículo 15.5 del ET o a la duración máxima de los contratos de obra o servicio determinado, que se introdujo en el artículo 15.1 a) del ET en la reforma del año 2010 (Ley 35/2010, de 17 de septiembre).

¹³ SSTs de 23 de febrero de 1991 (rec. 854/1990); 24 de julio de 1996 (rec. 3636/1995); y 17 de octubre de 1996 (rec. 3635/1995); y, entre la doctrina judicial, SSTSJ de Madrid de 21 de mayo de 1998 (rec. 1722/1998) y 14 de septiembre de 2001 (rec. 3061/2001), y de Cataluña de 21 de mayo de 2003 (rec. 755/2003).

5. El Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada y el artículo 15.5 del ET

Pues bien, como ya hemos señalado, una serie de sentencias de los TSJ (mayoritariamente, el TSJ de Madrid, pero también otros TSJ han abordado la cuestión¹⁴) y el propio TS abogan por la aplicación del artículo 15.5 del ET, partiendo de la aplicación de la Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada. Así, en el preámbulo del acuerdo marco se reconoce que «los contratos de duración indefinida son, y seguirán siendo, la forma más común de relación laboral entre empresarios y trabajadores», y que «responden, en ciertas circunstancias, a las necesidades de los empresarios y de los trabajadores». Además, el considerando 8 señala que los contratos temporales «son característicos del empleo en algunos sectores, ocupaciones y actividades y que pueden convenir tanto a los empresarios como a los trabajadores». Finalmente, el considerando 10 remite a los Estados miembros y a los interlocutores sociales el establecimiento de principios generales, requisitos y disposiciones mínimas para la adecuación de cada Estado miembro y las circunstancias de algunos sectores y ocupaciones.

Entrando en su contenido, debemos detenernos en la cláusula 1 que fija como objeto del acuerdo marco mejorar la calidad del trabajo temporal, garantizando el principio de no discriminación, y establecer un marco «para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada»; así como en la cláusula 2 que, al delimitar el ámbito de aplicación del acuerdo, posibilita que fruto de la concertación social se establezcan ciertas excepciones en relación con: a) «las relaciones de formación profesional inicial y de aprendizaje»; y b) «los contratos o las relaciones de trabajo concluidas en el marco de un programa específico de formación, inserción y reconversión profesionales, de naturaleza pública o sostenido por los poderes públicos».

Por su parte, la cláusula 3.1 define al trabajador temporal como aquel que concierta un contrato de trabajo o relación laboral directamente con el empresario, cuyo final «viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado». Este amplio concepto engloba las modalidades de contratación de artistas a las que hemos hecho referencia con anterioridad y, puesto que ninguna de las excepciones referidas en la cláusula segunda tiene relación con las prestaciones de servicios de los artistas en espectáculos públicos, deben entenderse incluidas en el ámbito del acuerdo marco el resto de relaciones laborales, incluidas las relaciones laborales de carácter especial.

Por tanto, la primera premisa de la que hemos de partir es que el acuerdo marco se aplica a los artistas que mantienen una relación laboral por cuenta de un organizador de espectáculos públicos.

¹⁴ Así lo hace, por ejemplo, el TSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife en Sentencia de 20 de junio de 2019 (rec. 269/2019).

Ahora bien, la cláusula 5 establece una serie de medidas para prevenir la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada. Se trata, por lo que aquí interesa, de las siguientes:

- Razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales.
- La duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada.
- El número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales.

Así, los Estados miembros deberán incorporar a su legislación una o varias de estas medidas, «previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos», pero teniendo en cuenta, y hay que remarcarlo, «las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores».

Con esta puntualización se podría abrir la puerta a establecer excepciones en cuanto a la aplicación, no del conjunto del acuerdo marco, que ya hemos visto que no sería posible, pero sí de estas concretas medidas en relación con sectores o trabajadores con peculiaridades específicas.

El paso siguiente que debe realizarse es comprobar el sistema español de contratación y su adecuación al acuerdo marco incorporado a la Directiva 1999/70/CE¹⁵. En este sentido, como es sabido, el artículo 15 del ET establece la prioridad de la contratación indefinida y las causas objetivas que justifican la contratación de duración determinada, pero, además, sucesivamente, se han ido incorporando medidas a su texto para evitar la sucesión de contratos temporales. En este sentido, el artículo 15 del ET se modificó mediante la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, para incorporar una breve referencia a la prevención de la sucesión de contratos, remitiendo a los convenios colectivos la

¹⁵ A cuyo efecto, el artículo 2 de la Directiva 1999/70/CE señala que:

Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente directiva a lo más tardar el 10 de julio de 2001 o se asegurarán de que, como máximo en dicha fecha, los interlocutores sociales hayan establecido las disposiciones necesarias mediante acuerdo, adoptando los Estados miembros todas las disposiciones necesarias para poder garantizar en todo momento los resultados fijados por la presente directiva. Informarán inmediatamente de ello a la Comisión.

Los Estados miembros, si fuera necesario para tener en cuenta dificultades particulares o la aplicación mediante convenio colectivo, y tras consultar con los interlocutores sociales, podrán disponer como máximo de 1 año suplementario. Informarán inmediatamente a la Comisión de tales circunstancias.

Cuando los Estados miembros adopten las disposiciones contempladas en el apartado 1, estas harán referencia a la presente directiva o irán acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial. Los Estados miembros establecerán las modalidades de la mencionada referencia.

encomienda de incluir requisitos dirigidos a prevenir los abusos en la utilización sucesiva de la contratación temporal. Posteriormente, el Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo, señaló que el apartado 5 del artículo 15 quedaba redactado en los siguientes términos:

Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 de este artículo, los trabajadores que en un periodo de 30 meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a 24 meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo puesto de trabajo con la misma empresa, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán la condición de trabajadores fijos.

Atendiendo a las peculiaridades de cada actividad y a las características del puesto de trabajo, la negociación colectiva establecerá requisitos dirigidos a prevenir la utilización abusiva de contratos de duración determinada con distintos trabajadores para desempeñar el mismo puesto de trabajo cubierto anteriormente con contratos de ese carácter, con o sin solución de continuidad, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados con empresas de trabajo temporal.

La tramitación parlamentaria del real decreto-ley supuso la aprobación de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, que mantuvo la redacción, pero añadió una excepción, de manera que esta garantía no se aplicaba a los contratos formativos, de relevo e interinidad. Posteriormente, el precepto fue reformado por el Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, y puesto en suspenso temporalmente durante la crisis como una medida de fomento del empleo (RDL 10/2011, de 26 de agosto). En cualquier caso, lo que aquí interesa destacar es que, aunque ni el Real Decreto-Ley 5/2006 ni la Ley 43/2006 hacen referencia a la Directiva 99/70, se viene considerando que el artículo 15.5 del ET constituye la trasposición de su contenido al ordenamiento jurídico español (STS de 24 de mayo de 2011, rec. 2524/2010).

Pues bien, la STS 26/2020, de 15 de enero, partiendo de este régimen jurídico, hace dos tipos de consideraciones. En primer lugar, argumenta que no se puede mantener un régimen excepcional ajeno a la aplicación del acuerdo marco en relación con la contratación temporal de los artistas en espectáculos públicos; lo que lleva, en segundo lugar, a aplicar a dichos contratos el artículo 15.5 del ET como norma específica que, con base en el principio de modernidad, derogarí la posibilidad de encadenar contratos sin límite. A continuación, comprobaremos la veracidad de estos argumentos.

5.1. La adecuación del régimen jurídico del RD 1435/1985 a la normativa europea

Para comprobar si el régimen de contratación temporal de artistas previsto en el RD 1435/1985 constituye un modelo excepcional que conculca el acuerdo marco, es necesario

traer a colación la jurisprudencia ya desarrollada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre el alcance de la cláusula 5 en relación con los trabajadores del sector del espectáculo artístico. El tribunal europeo se ha pronunciado en dos ocasiones, y nuestro TS recoge ambas en la STS 26/2020, de 15 de enero.

La primera vez que se pronunció el TJUE fue en la Sentencia de 26 de febrero de 2015 (Sala 3.^a), asunto C-234/14, caso Comisión Europea contra Gran Ducado de Luxemburgo. En esta sentencia, el TJUE resuelve que la trasposición de la directiva efectuada por el Gran Ducado de Luxemburgo contradice la cláusula 5, pues, aunque limita la duración de los contratos temporales con carácter general a 24 meses, exceptúa dicho régimen para los contratos temporales en el sector del espectáculo, ya que no se establecen elementos objetivos para renovar los contratos temporales, lo que permitiría la contratación para cubrir necesidades permanentes. Respecto de esta sentencia, el TS señala que:

[...] un determinado Estado de la Unión había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de la cláusula 5 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE al mantener excepciones a las medidas que tienen por objeto evitar la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada celebrados con los trabajadores temporales del sector del espectáculo.

Como puede observarse, a juicio del TS, la norma comunitaria estaría estableciendo un régimen jurídico muy contundente que impediría toda excepción. De hecho, interpretado el acuerdo marco de este modo, el régimen jurídico específico que nuestro legislador ha establecido en la disposición adicional quinta del Real Decreto-Ley 2/2018, por el que se modifica el texto refundido de la Ley de propiedad intelectual y por el que se incorporan directivas comunitarias –a las que luego nos referiremos–, realizada precisamente con el objeto de eludir la aplicación del artículo 15.5 del ET a los contratos temporales celebrados por el INAEM, habría que entenderlo contrario al derecho comunitario.

En realidad, la resolución del TJUE no es tan contundente, pues justifica su argumento en la inexistencia de elementos objetivos para la renovación de los contratos temporales, lo que ampararía temporalidad para la cobertura de necesidades permanentes. Y es que, como hemos señalado anteriormente, el establecimiento de criterios objetivos para la renovación de los contratos es otra de las medidas que contempla la cláusula 5, por lo que, de haberse establecido algún tipo de criterio objetivo para la renovación de los contratos, la excepción podría haberse declarado acorde con la directiva.

En dicha sentencia, el TJUE señala que el acuerdo marco fue traspuesto al derecho luxemburgués mediante el artículo L. 122-4 del *Code du Travail*, que establece una duración máxima de 24 meses de duración del contrato en lo que atañe al mismo trabajador; sin embargo, el artículo L. 122-5, apartado 3, de dicha norma permite superar dicho plazo máximo en algunos supuestos, entre los que se encuentran los trabajadores temporales del sector del espectáculo. Esta excepción a la duración máxima no va acompañada de ninguna razón

objetiva que permita evitar la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada. Pues bien, la sentencia del TJUE recuerda que la cláusula 5.1 del acuerdo marco tiene por objeto imponer límites a la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada; que, tomando como referencia el párrafo segundo del preámbulo del acuerdo marco y los puntos 6 y 8 de las consideraciones generales del mismo, la estabilidad en el empleo es un componente primordial de la protección de los trabajadores y que los contratos temporales solo pueden responder simultáneamente a las necesidades de los empleadores y de los trabajadores en ciertas circunstancias (sentencia Mascolo y otros, asuntos C-22/13, C-61/13 a C-63/13 y C-418/13, apdo. 73 y jurisprudencia citada); y que, por tanto:

[...] la cláusula 5, apartado 1, del acuerdo marco impone a los Estados miembros, a efectos de evitar los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, la adopción efectiva y vinculante de una o varias de las medidas que enumera cuando su derecho interno no contemple medidas legales equivalentes. Las tres medidas enumeradas en el punto 1, letras a) a c), de dicha cláusula se refieren, respectivamente, a razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales, a la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada y al número de sus renovaciones (sentencia Mascolo y otros, EU:C:2014:2401, apdo. 74 y jurisprudencia citada).

De este modo, los Estados miembros disponen de capacidad de decisión para incorporar una o varias de las medidas enunciadas en el artículo 5.1 del acuerdo marco o medidas equivalentes, atendiendo, pues, a las necesidades de los sectores o a las categorías de los trabajadores. Sin embargo, el TJUE entiende que los objetivos de la normativa del Gran Ducado de Luxemburgo para procurar flexibilidad y ventajas sociales a sus trabajadores temporales del sector del espectáculo, y la posibilidad de los empresarios de contratarlos de forma recurrente mediante contratos de duración determinada, no hacen que esta normativa sea acorde con la cláusula 5.1, pues, a tenor de la misma, resulta imposible justificar la existencia de circunstancias específicas y concretas que amparen la utilización sucesiva de contratos de duración determinada. En definitiva, existe una obligación de establecer una medida adecuada para evitar o sancionar la utilización sucesiva de contratos de duración determinada.

La segunda vez que el tribunal comunitario abordó esta cuestión fue en la Sentencia del TJUE de 25 de octubre de 2018, asunto C-331/117, caso M. S. contra *Fondazione Teatro dell'Opera di Roma*. En este caso, la intervención del tribunal responde a una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Apelación de Roma. Dicho órgano cuestiona la normativa italiana que efectúa la trasposición de la Directiva 1999/70/CE por concurrir una vulneración de la cláusula 5 de la misma.

Esta trasposición se llevó a cabo en el año 2001 (Decreto legislativo 368/2001, de 6 de septiembre, por el que se traspone la Directiva 1999/70/CE relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada) estableciendo la preferencia

por la contratación laboral indefinida y una limitación causal a la contratación temporal, que solo puede llevarse a cabo por razones de orden técnico relativas a la producción, a la organización o a una sustitución. Además, se limita su prórroga por una vez, con el consentimiento del trabajador, en los supuestos de contratación inicial inferior a 3 años, justificándose la prórroga en razones objetivas y siempre que se refiera a la misma actividad. La prueba de las razones objetivas se atribuye al empresario.

Finalmente, se establece una limitación temporal a la sucesión de contratos, de manera que, cuando la relación laboral globalmente exceda en su duración de los 36 meses, se entiende que esta es de duración indefinida (arts. 4 y 5).

En lo que aquí interesa conviene señalar que el artículo 11, apartado 4, de la norma italiana (Decreto legislativo 368/2001) excluye de la aplicación de estas normas al personal artístico y técnico de las fundaciones de producción musical.

Posteriormente, en relación con las fundaciones sinfónicas y líricas, el Decreto-Ley 64/2010, de 30 de abril (convalidado por la Ley 100/2010, de 30 de junio), mantiene la aplicación del artículo 3 de la Ley 426/1977, de 22 de julio, de medidas extraordinarias de apoyo a las actividades musicales, que considera nulas «las renovaciones de las relaciones laborales que, en virtud de disposiciones legislativas o contractuales, supongan la recalificación de los contratos de duración determinada en contrato de duración indefinida»; y la no aplicación del artículo 1, apartados primero y segundo, del Decreto legislativo 368/2001.

El conflicto se plantea respecto a una bailarina de *ballet* que trabaja para la *Fondazione Teatro dell'Opera di Roma* en virtud de varios contratos de duración determinada prorrogados en el marco de distintas representaciones entre 2007 y 2011. La trabajadora considera que sus funciones son las mismas que las del personal con contrato de duración indefinida, por lo que interpone recurso ante el *Tribunale di Roma*, alegando la inexistencia de exigencias técnicas, de organización o de producción específicas que justifiquen la conclusión de los contratos con duración determinada, y solicitando que se declarara la ilegalidad de los plazos de vigencia de los contratos y se recalificara como relación indefinida. Así pues, la *Corte s'appello di Roma* plantea cuestión acerca de si la protección de los trabajadores que han celebrado con las fundaciones líricas y sinfónicas sucesivos contratos de trabajo de duración determinada por un periodo total superior a 3 años responde a las exigencias del derecho comunitario, ya que considera que la normativa nacional no exige que se indiquen las razones objetivas que justifican la renovación de los contratos, no incluye indicaciones acerca de la duración máxima de los contratos, no precisa el número máximo de renovaciones de esos contratos de duración determinada, no incluye medidas legislativas equivalentes y no limita a la sustitución de personal la celebración de contratos de duración determinada en el sector.

Este régimen jurídico, que el tribunal romano pone en duda, es considerado contrario a la directiva por el TJUE al existir una previsión contraria a la cláusula 5 del acuerdo marco. Como en el caso anterior no se pone el acento en la excepción de la norma sobre

encadenamiento de contratos en el sector, sino en la ausencia de criterios objetivos que determinen la naturaleza temporal de la relación y de sus renovaciones en el sector del espectáculo, es decir, criterios alternativos que permitan evitar y sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada.

Pues bien, si ponemos en relación estas resoluciones judiciales con la normativa española sobre contratación de artistas, observamos que nuestra norma hace prevalecer la contratación temporal sobre la contratación indefinida, pero también que lo hace sobre criterios objetivos, descansando en un principio de causalidad que ampara la temporalidad. Es decir, lo que el RD 1435/1985 prescribe tiene relación con la situación objetiva de actividad en el sector artístico, en el que la mayoría de los contratos tiene naturaleza temporal, mientras que las necesidades empresariales de mano de obra permanente son poco habituales. En este sentido, el RD 1435/1985 no permite, como sí parece hacerlo la normativa de otros Estados miembros examinada por el TJUE, perfeccionar contratos temporales para cubrir actividades permanentes. Es más, como también hemos puesto de relieve, las reglas sobre fraude de ley del artículo 15.3 del ET son aplicables a la contratación de artistas, recogiénolas expresamente el RD 1435/1985, lo que protegería la utilización de la contratación temporal sin causa.

De esta manera, entendemos que el régimen jurídico de contratación temporal establecido en el RD 1435/1985 sí podría superar el canon comunitario, aunque no se aplicara el límite a la sucesión de contratos temporales establecidos en la normativa común, puesto que la norma especial –el RD 1435/1985– ya incluía una concreta medida antifraude de acuerdo con la cláusula 5 de la directiva, lo que permite una interpretación distinta a la que nuestros órganos judiciales han acogido.

5.2. Estabilidad en el empleo y sucesión de contratos en la relación laboral de artistas

Hemos hecho referencia previamente a que el artículo 12 del RD 1435/1985 incorpora un sistema de fuentes para las prestaciones de servicios de los artistas en espectáculos públicos, en el que la normativa laboral común actúa solamente de forma supletoria y solo en aquellos casos en que resulte compatible con las especialidades de la relación laboral especial, lo que en algunos casos puede impedir la mencionada aplicación subsidiaria. Sin embargo, el TS defiende la aplicación del artículo 15.5 del ET, dado que dicho precepto solo excepciona los contratos formativos, de relevo y de interinidad, por lo que resulta aplicable igualmente al régimen de contratación de artistas, «ya que de otra manera se llegaría al resultado inadmisibles de que el Estado español no habría dado cumplimiento a la directiva en cuanto a estos trabajadores temporales». De acuerdo con ello, esta norma derogaría cualquier singularidad derivada del RD 1435/1985, conforme al principio de modernidad.

Pero, claro, esta forma de proceder está basada en un planteamiento que, según hemos advertido en el epígrafe anterior, resulta erróneo, cual es entender que el RD 1435/1985

establece un régimen excepcional no permitido. Por ello, nuestra propuesta es analizar si, efectivamente, los límites establecidos a la duración de la temporalidad son aplicables en relación con el régimen jurídico establecido en el RD 1435/1985. Y para ello nos parece oportuno recordar que en la normativa laboral común existe una preferencia por la contratación indefinida que no se reproduce en el régimen laboral de los artistas en espectáculos públicos. Pero, además, es preciso tomar en consideración que la supletoriedad del ET puede entrar en juego en la relación laboral de artistas y que determinados supuestos de contratación de artistas requieren una protección de la estabilidad en el empleo que se deriva del tipo de actividad realizada (como podría ser, precisamente, el caso analizado por el TS en esta ocasión).

Así, nos disponemos a comprobar la adecuación de los límites que el legislador ha introducido en la relación laboral común con ánimo de proteger la estabilidad en el empleo.

5.2.1. La duración máxima de los contratos temporales como límite en la relación laboral ordinaria

El primero de los límites que pretende la estabilidad en el empleo como protección de los trabajadores es el límite temporal de 3 años para los contratos de obra o servicio determinado que, como hemos advertido, se puede entender que corresponde causalmente con el contrato por el tiempo en que una obra permanezca en cartel propio de la relación laboral de artistas. El artículo 15.1 a) del ET establece que, si el contrato de obra o servicio dura más de 3 años, ampliables en 12 meses más por convenio colectivo sectorial, el trabajador adquirirá la condición de fijo. Se ha afirmado que con esta medida se consigue dar mayor protección y estabilidad a los trabajadores con contratos de obra o servicio de larga duración, pero a costa de desnaturalizar su propia delimitación conceptual (Alfonso, 2010, p. 103). Siendo cierto, en nuestra opinión, hay que señalar que la conversión del contrato no impide su extinción cuando finalice la obra o servicio objeto del contrato, pues, llegado ese momento, cabrá acudir a un despido objetivo. Por tanto, la extinción se resolverá mediante una indemnización de 20 días de salario por año trabajado en lugar de la de 12 días de salario por año trabajado por la finalización de contrato (art. 49.1 c) ET). A nuestro modo de ver, la medida promueve el principio de estabilidad en el empleo propio de la relación común, pero no llega a alterar la naturaleza temporal de la relación, en cuanto que permite la extinción causal de la relación con la llegada a término, al tiempo que dota de mayor protección indemnizatoria al trabajador.

Por estos motivos, el traslado de esta regla a los contratos artísticos por el tiempo en que una obra permanezca en cartel otorgaría mayor protección a los trabajadores y no modificaría su naturaleza esencialmente temporal. Pensemos en un musical exitoso que se mantiene en cartel durante años, hay ejemplos muy llamativos en este sentido, o en un programa de televisión de largo recorrido. ¿Se puede seguir pensando que los profesionales artísticos que lo llevan a cabo son temporales después de 4, 5, 10 o más años? Si, como suele ocurrir, la contratación del personal técnico y auxiliar vinculado al espectáculo se llevara a cabo con contratos de obra y servicio, ¿tiene sentido mantener una distinción entre estos dos tipos de personal en cuanto a estabilidad y protección? Al contrario, parece

lógico pensar que, en estos supuestos, cuando finalice la obra, si la productora del espectáculo no puede reubicar a su personal artístico en otros proyectos, extinga su relación mediante un despido objetivo y no por finalización del contrato.

5.2.2. La adquisición de la condición de trabajador fijo por sucesión de contratos temporales de temporada: ¿fijos discontinuos o aplicación del artículo 15.5 del ET?

Seguramente, la conversión de contratos objetivamente temporales en indefinidos por el mero transcurso del tiempo colisiona con la peculiaridad de la actividad artística en los espectáculos públicos, en los que las relaciones de trabajo son temporales porque tienen una duración esencialmente temporal, es decir, la actividad en la que se prestan servicios es temporal. En el caso de la regla del artículo 15.5 del ET, la finalidad es introducir un criterio objetivo para la sucesión de contratos cuando un trabajador haya formalizado dos o más contratos, no necesariamente sucesivos, con la misma empresa o grupo de empresas, durante 24 meses en un periodo de referencia de 30, que se consideran válidos desde un punto de vista causal, por responder a necesidades temporales de la empresa. Por mucho que las causas de la contratación sean objetivamente lícitas y que, incluso, hayan variado, dando lugar a diversos contratos temporales, si la empresa durante 2 años ha necesitado de los servicios del trabajador, puede entenderse que el trabajo realizado es objetivamente estable y permanente y requiere un contrato indefinido. De hecho, las figuras contractuales que podrían combatir esta afirmación, como la interinidad, están excluidas, por lo que en la relación común solo se tienen en cuenta los contratos de obra y los eventuales.

En el sector del espectáculo, creemos que no se dan los mismos presupuestos como para aplicar el artículo 15.5 del ET. En primer lugar, por la escasa duración de los contratos, que hace realmente difícil que, en relación con algunos tipos contractuales, se alcance la duración establecida para la sucesión de contratos; así ocurre con el contrato para una o varias actuaciones o con el contrato por un tiempo cierto. Además, si se llega a la misma, deberíamos preguntarnos si esos contratos no deberían encontrarse entre los que resultan excluidos del cómputo.

Ahora bien, la regla del artículo 15.5 del ET sí podría ser útil para resolver algunos supuestos de contrataciones sucesivas prolongadas cuya extensión puede generar una precariedad injustificada, por ejemplo, en el caso de contratos de temporada que se repiten anualmente.

Sin embargo, al respecto de la reiteración de temporadas, hay que traer a colación y someter a crítica la doctrina de la STS de 15 de julio de 2004 (rec. 4443/2003), que abordó la posible consideración como fijos discontinuos de los artistas contratados sucesivamente para varias temporadas¹⁶. En la mencionada resolución judicial se llega a afirmar que «no es posible, en forma alguna, calificarlo de contrato fijo discontinuo, aunque se refiera a una

¹⁶ SSTS de 17 de mayo de 2005 (rec. 2700/2004) o 15 de enero de 2008 (rec. 3643/2006).

actividad que pudiera tener carácter cíclico». Y ello simplemente sobre la base de que la regla general en esta relación laboral especial es la temporalidad de la contratación y la excepcionalidad de la contratación fija o indefinida, con carácter continuo o discontinuo¹⁷. Y en esta línea entiende el TS, en su Sentencia de 17 de mayo de 2005 (rec. 2700/2004), que:

[...] no es posible desconocer el legítimo derecho del organizador de espectáculos, cuyo éxito económico, y por ende su supervivencia, dependen de la asistencia y buena acogida del público, a intentar mejorarlos y renovarlos permanentemente –esa es la finalidad de los «castinds» [sic] que la empresa realizó de cara a la nueva temporada– para imponerle la contratación continuada de artistas que pueden ser un obstáculo para conseguir esos objetivos.

Lo determinante es que tanto la doctrina como las resoluciones judiciales consideran que la modalidad contractual correspondiente al trabajo de carácter fijo discontinuo no se impone sobre la decisión de las partes, como ocurre en relación con el contrato ordinario, cuando concurren los elementos que la configuran, remitiendo a la autonomía individual la decisión, de manera que de la interpretación del TS se desprende que las partes «podrán» optar entre un contrato temporal o un contrato de trabajo fijo discontinuo (Alzaga, Baviera y Romeral, 2011, p. 296). En este sentido, la jurisprudencia no contempla la conversión de un contrato temporal en otro de carácter fijo discontinuo por el hecho de que se reitere durante varias temporadas, salvo existencia de pacto expreso¹⁸, en consonancia con la doctrina elaborada al hilo de la temporalidad de la relación, pues «sería absurdo y carente de base y razón permitir la contratación temporal de acuerdo con este precepto en los casos de actividades continuas, y no permitirlo en cambio en las actividades discontinuas»¹⁹.

Pues bien, algo similar ocurre con los encadenamientos de contratos en el INAEM que ahora nos ocupan. Seguramente, el TSJ de Madrid y el propio TS han optado por esta vía para evitar analizar el posible fraude en la contratación que se desprende de muchos de los supuestos enjuiciados²⁰, en los que los contratos temporales en realidad se usan para cubrir

¹⁷ STS de 15 de enero de 2008 (rec. 3643/2006).

¹⁸ SSTS de 15 de julio de 2004 (rec. 4443/2003) y 17 de mayo de 2005 (rec. 2700/2004); STSJ de Madrid de 20 de junio de 2008 (rec. 1834/2008).

¹⁹ STS de 15 de enero de 2008 (rec. 3643/2006).

²⁰ Así, por ejemplo, deberíamos preguntarnos si, cuando se expresa que el objeto del contrato es «la prestación de los servicios propios de la actividad artística del Ballet Nacional de España, en las actividades del repertorio del mismo», estamos ante una actividad temporal o permanente. Ejemplo de la prestación de servicios analizada en la STSJ de Madrid de 22 de enero de 2018 (rec. 1032/2017).

O el hecho de que: «Compañeros del demandante vinculados al INAEM con idénticas condiciones laborales y que también forman parte del *ballet* son trabajadores con relación indefinida en virtud de sentencias firmes de diversos juzgados de lo social», hecho probado en la STSJ de Madrid de 15 de enero de 2018 (rec. 1011/2017).

relaciones permanentes²¹, habitualmente desarrolladas a través de cadena de contrataciones temporales por temporada²². La cuestión que cabe plantearse en estos casos es, pues, si la sucesión válida de contratos de los artistas en espectáculos públicos requiere una atención por la precariedad que supone a estos trabajadores –en cuyo caso se debería extender la regla del art. 15.5 ET–, o si esa cadena de contratación no debe considerarse válida sino fraudulenta, pues pone de manifiesto la, seguramente, permanencia de la necesidad de la empresa. En este sentido llama la atención que algunas resoluciones judiciales, pese a valorar que «la actividad desempeñada por la actora como cantaora es permanente y estructural del INAEM, realizada ininterrumpidamente desde el 1 de septiembre de 2001 hasta el

O la constatación de que:

Las sucesivas contrataciones temporales se realizaron siempre para desempeñar las mismas funciones como bailarines/as, habiendo participado, tanto en concretas representaciones anuales programadas, como en el mantenimiento, preservación del repertorio tradicional de la danza española y actualización del mismo, además de las representaciones de la temporada, dependiendo de la dirección artística del *ballet* en cada momento, respecto de los ensayos, clases y planes de trabajo establecidos por la misma.

O, también, que:

Todos los intérpretes del Ballet Nacional, 42 en total, entre bailarines/as principales, primer/a bailarín/a, solistas, cuerpo de baile, cantaor/a y músicos de escena tienen contratos temporales de 1 año de duración por temporada, suscritos bajo la cobertura del Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos. De dichos 42, 2 de ellos tienen relación laboral indefinida tras ser readmitidos después de que su despido fuera declarado improcedente.

Ambas constataciones extraídas de la STSJ de Madrid de 21 de diciembre de 2017 (rec. 547/2017).

²¹ Así se pone de manifiesto, por ejemplo, en la STSJ de Madrid de 11 de julio de 2018 (rec. 376/2018), cuando acude a las previsiones del convenio colectivo para señalar que:

[...] si bien es cierto que un bailarín no puede permanecer durante toda su vida activa en un *ballet* como el Nacional, por razones obvias, ello ya está previsto en el IX Convenio del Ballet Nacional al que se refiere el abogado del Estado en su recurso, señalando en su artículo 19: «Sin perjuicio de las causas generales de extinción del contrato, según el Estatuto de los Trabajadores, la inadaptación sobrevenida al bailarín será causa de despido cuando la misma sea apreciada en conjunto por un tribunal que, presidido por el director del *ballet* respectivo, estará formado por dos miembros más, seleccionados por el Instituto Nacional de las Artes Escénicas y de la Música, entre directores adjuntos, maestros de baile y repetidores, así como por dos representantes del comité de empresa, que tendrán la condición de bailarín y voz pero no voto».

²² A modo de ejemplo, la STSJ de Madrid de 28 de marzo de 2018 (rec. 508/2017), en la que llega a afirmarse que:

[...] debemos concluir que efectivamente su relación laboral sería indefinida no fija discontinua irregular, pues entendemos que no es posible calificar como temporal una relación laboral que se prolonga durante más de 10 años –11 temporadas, habiendo sido ya contratada también para varias actuaciones de la temporada 2016-2017, 50 días desde 17-08-16 a 11-12-2016–.

Situación que se repite en la mayoría de sentencias del TSJ de Madrid que analizan la situación de los trabajadores del INAEM que son contratados en virtud de contratos temporales que se suceden sin solución de continuidad.

31 de agosto de 2012», acaben considerando que «no existe ruptura con el principio legal de causalidad de la temporalidad, sino una simple modelización y ajuste del mismo a las características propias del trabajo artístico»²³.

Y es precisamente esa valoración de las disposiciones del RD 1435/1985 como permisivas de una contratación temporal sin necesidad de ajustarse a causa estructural de duración la que conduce a la necesidad de entender aplicable el artículo 15.5 del ET, cuando en realidad las circunstancias descritas en los hechos probados de las sentencias analizadas ponen de manifiesto que en esos supuestos se están atendiendo necesidades permanentes con contratos temporales, lo que evidencia un claro fraude de ley en la contratación, que, por otra parte, el artículo 5 del RD 1435/1985 declara expresamente aplicable.

En definitiva, aunque es cierto que el tenor del artículo 5 del RD 1435/1985 reconoce que la contratación temporal es una necesidad habitual del trabajo artístico, también lo es que introduce dos advertencias que no debemos olvidar: en primer lugar, que también se reconoce la existencia de contratación indefinida, y, en segundo lugar, que la temporalidad está limitada por el fraude de ley, lo que supone que no se puede utilizar la contratación temporal para cubrir necesidades permanentes y, si se acredita que se ha realizado, debe aplicarse el artículo 15.3 del ET y la presunción *iuris et de iure* del carácter indefinido de la contratación.

De hecho, el propio TS, pese a la disertación sobre la aplicación del derecho comunitario, en un giro inesperado, acaba por decidir el fallo con base en lo que parece la utilización de contratación temporal en una necesidad permanente, esto es, lo que podría valorarse como un supuesto de fraude en el uso de la contratación temporal (expresamente previsto en el RD 1435/1985, como no podía ser de otra manera). Como ya hemos defendido en otras ocasiones (Altés y García, 2016, p. 277; y García, 2016, p. 88), es posible encontrar un sentido al artículo 5.1 del RD 1435/1985 cuando prevé aplicar el fraude de ley en la contratación temporal de los artistas, ya que el hecho de que este precepto permita prórrogas sucesivas no entra necesariamente en contradicción con la figura del fraude de ley. Las prórrogas podrán pactarse, sin límite, siempre que subsista la temporalidad de la actividad. Sin embargo, si se utilizan para encubrir una actividad de naturaleza permanente, deberá entrar en juego esta figura y la consiguiente transformación del contrato en uno de carácter indefinido.

Así las cosas, no resulta tan obvio que el artículo 15.5 del ET sea de fácil aplicación al sector artístico. La propia configuración normativa de esta relación laboral especial permite exceptuar su aplicación y, dado que, como previamente hemos argumentado, no hay incompatibilidad con el derecho comunitario, no parece que haya de implementarse a toda costa. Con ello no estamos negando la conveniencia de limitar objetivamente situaciones de temporalidad prolongada en las actividades artísticas, sino de establecerla actuando sobre

²³ STSJ de Madrid de 29 de enero de 2018 (rec. 100/2017).

una normativa que, no solo en este punto, requiere ser modificada, actualizada y adaptada a la realidad actual del trabajo artístico. Con ello se evitarían actuaciones legislativas atropelladas como la que últimamente se ha promulgado con tal de frenar las consecuencias de la corriente judicial objeto de este trabajo.

5.3. Normativa específica en materia de contratación temporal por el INAEM

Efectivamente, el Real Decreto-Ley 2/2018, de 13 de abril, por el que se modifica el texto refundido de la Ley de propiedad intelectual y por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, y la Directiva (UE) 2017/1564 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2017, introdujo en la disposición adicional quinta ciertas «normas aplicables a los contratos de duración determinada celebrados por el Instituto Nacional de las Artes Escénicas y de la Música con arreglo a la regulación de la relación laboral de carácter especial de los artistas en espectáculos públicos».

Esta urgente y extraordinaria actuación se justificaba de acuerdo con el preámbulo del mencionado real decreto-ley:

[..] por la circunstancia de que a fecha de 31 de agosto de 2018 finalizaba el periodo de 3 años de duración de los contratos de 34 bailarines de la Compañía Nacional de Danza, cuya ausencia supondría el inmediato cese de la actividad de la compañía y la subsiguiente cancelación de numerosos compromisos de giras nacionales e internacionales, lo cual daría lugar a cuantiosas indemnizaciones económicas y un grave perjuicio para el prestigio de la cultura española.

De acuerdo con el RD 1435/1985, este contrato admite prórroga, por lo que, en principio, estas nefastas consecuencias eran fácilmente eludibles. Ahora bien, siendo precisamente el INAEM sobre el que se ha proyectado la aplicación judicial del artículo 15.5 del ET a los contratos temporales, tanto su prórroga como la realización de un nuevo contrato podían determinar, si se reclamaba judicialmente, un nuevo revés expresado en conversiones de contratos temporales en indefinidos.

Para evitarlo, el legislador actúa y establece en la mencionada disposición adicional quinta que los contratos temporales sometidos a la relación laboral especial de artistas en espectáculos públicos vinculados a un proyecto artístico tendrán «la duración prevista en el plan director aprobado en virtud del estatuto del centro de creación correspondiente» (apdo. 1). Además, se permite contratar de nuevo al trabajador por una única vez para un nuevo proyecto artístico, señalando que «en tal caso, no será de aplicación lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 15 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» (apdo. 2), siendo aplicable en lo no previsto expresamente el resto de normas del ET con carácter supletorio (apdo. 3).

Finalmente, para poder actuar sobre los contratos que finalizaban a fecha 31 de agosto, la disposición transitoria única determina que este régimen jurídico se aplicará a los contratos vigentes en el momento de entrada en vigor del Real Decreto-Ley 2/2018.

El caso es que este ejemplo de norma *ad hoc* para combatir la doctrina judicial imperante fue derogado por la Ley 2/2019, de 1 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de propiedad intelectual, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril, y por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, y la Directiva (UE) 2017/1564 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2017. Pues la disposición derogatoria primera deroga todo el contenido del Real Decreto-Ley 2/2018 sin establecer excepciones o cláusulas de salvamento para algunas partes del mismo. Pese a que de esta extinta norma se puede inferir un cierto reconocimiento legal a la aplicación del artículo 15.5 del ET a los contratos temporales de la relación laboral especial de artistas, la verdad es que carecemos de nuevo de regulación adecuada que resuelva esta situación.

6. Conclusiones

De lo expuesto anteriormente podemos extraer las conclusiones que siguen.

En el régimen de la relación laboral especial de artistas no existe una preferencia por la contratación indefinida y estable dada la naturaleza esencialmente temporal de las actividades en dicho sector.

Creemos que pese a los argumentos de la doctrina judicial y del TS, la regulación que establece el artículo 5 del RD 1435/1985 no conculca el acuerdo marco al incorporar una de las medidas que recoge la cláusula 5 para luchar contra el fraude. Sobre esa base, el artículo 15.5 del ET no puede entenderse como norma posterior de obligada aplicación a fin de trasponer la directiva y su aplicación deberá seguir los cauces establecidos en el artículo 12 del RD 1435/1985.

Además, el artículo 15.5 encuentra dificultades para su aplicación dada la naturaleza eminentemente temporal de las relaciones de trabajo artísticas. Asimismo, la intención de los jueces en estos casos para evitar situaciones prolongadas de contratación temporal se podría haber resuelto en la mayoría de los casos aplicando la figura del fraude de ley, pues el análisis de los hechos probados de las sentencias sí pone de manifiesto ausencia de temporalidad en las contrataciones analizadas.

En este sentido sería lógico implementar una medida de control de límite temporal de los contratos en el sector del espectáculo que tuviera en cuenta las especialidades del sector. Esta medida y sus excepciones se tienen que incorporar en una adecuada reforma del régimen jurídico de estos trabajadores, pues la actualmente vigente ha quedado obsoleta.

Referencias bibliográficas

- Alfonso Mellado, C. L. (2010). Las actuaciones para reducir la temporalidad en los contratos temporales. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 107, 87-122.
- Altés Tárrega, J. A. y García Testal, E. (2016). *Contrato de trabajo y propiedad intelectual de los artistas musicales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Alzaga Ruiz, I. (2001). *La relación laboral de los artistas*. Madrid: Consejo Económico y Social de España.
- Alzaga, I., Baviera, I. y Romeral, J. (2011). La relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos. En A. V. Sempere Navarro y M. Cardenal Carro (Dirs.), *El contrato de trabajo*. Vol. 2: *Relaciones laborales especiales y contratos con particularidades* (pp. 279-318). Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- Durán López, F. (1986). La relación laboral especial de los artistas. *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*.
- García Testal, E. (2016). La finalización del contrato del artista: extinción de contratos temporales e inexecución del contrato. *Revista Información Laboral*, 8, 77-113.
- González Sánchez, J. (2008). Relación laboral de carácter especial de artistas en espectáculos públicos. En A. M. García-Moncó Martínez (Coord.), *Las retribuciones de los artistas, intérpretes y ejecutantes: estudio multidisciplinar* (pp. 49-102). Madrid: Ediciones Cinca.
- López-Tarruella Martínez, F. (1987). Relación especial de trabajo de los artistas en espectáculos públicos. En E. Borrajo Dacruz (Dir.), *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores* (tomo II, vol. 1.º). Madrid: Edersa.
- Pérez Agulla, S. (2009). Especialidades del régimen jurídico laboral de los artistas en espectáculos públicos. *Aranzadi Social. Revista Doctrinal*, 12(2), 49-58.
- Roqueta Buj, R. (1995). *El trabajo de los artistas*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ruiz de la Cuesta Fernández, S. (2007). *El contrato laboral del artista*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Valdés Dal Ré, F. (1998). Jurisprudencia en unificación de doctrina y relaciones laborales especiales; algunos puntos críticos. *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2, 29-39.

La garantía de indemnidad ante denuncias en la Inspección de Trabajo y Seguridad Social e internas en la empresa: análisis de un quiero y (a veces) no puedo en la doctrina judicial

Adrián Todolí Signes

*Profesor ayudante doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Valencia*

Extracto

La garantía de indemnidad, vinculada al derecho fundamental de acceso a los tribunales, ha sufrido una clara evolución hacia su ampliación en las últimas décadas. A pesar de ello, siguen existiendo límites e incógnitas respecto a qué reclamaciones del trabajador –y en qué forma– permiten la activación de la garantía de indemnidad. En el presente trabajo se analiza la doctrina judicial de los últimos años para sintetizar la doctrina asentada. Concretamente, este estudio analiza qué acciones del trabajador activan la garantía de indemnidad, qué indicios son suficientes para la activación de la inversión de la carga de la prueba, las consecuencias de la inversión de la misma y qué actuaciones del empresario eximen de la aplicación de la garantía de indemnidad, en particular, en los casos de los llamados despidos «pluricausales». El trabajo concluye que, a pesar de que el Tribunal Constitucional todavía no se ha pronunciado expresamente sobre la posibilidad de que una reclamación interna en la empresa sin manifestación expresa de recurrir a los tribunales activa la garantía de indemnidad, gran parte de la doctrina judicial sí aplica esta protección cuando el trabajador reclama internamente. De entre las diferentes posibilidades interpretativas, esta última se considera la más adecuada con objeto de garantizar la efectividad del derecho del trabajo. Esta conclusión es sustentada, entre otros argumentos, conforme a la nueva normativa europea sobre los *whistleblowers*.

Palabras clave: garantía de indemnidad; tutela judicial efectiva; denuncia ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social; represalias por reclamación interna; derechos fundamentales; *whistleblowers*.

Fecha de entrada: 21-05-2020 / Fecha de revisión: 13-06-2020 / Fecha de aceptación: 13-06-2020

Cómo citar: Todolí Signes, A. (2020). La garantía de indemnidad ante denuncias en la Inspección de Trabajo y Seguridad Social e internas en la empresa: análisis de un quiero y (a veces) no puedo en la doctrina judicial. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 449-450, 89-114.



The guarantee of indemnity facing complaints at the Labour Inspection or internally in the company: analysis of the judicial doctrine

Adrián Todolí Signes

Abstract

The so-called «indemnity guarantee», linked to the fundamental right of access to the Courts, has undergone a clear evolution towards its extension in recent decades. Despite this, there are still limits and unknowns regarding which claims of the employee –and in what form– allow the activation of the indemnity guarantee. This paper analyzes the judicial doctrine of recent years to synthesize the established doctrine. Specifically, this article analyzes what actions of the worker activate the indemnity guarantee, what indications are sufficient to trigger the reversal of the burden of proof, the consequences of the reversal if the burden of proof and which actions of the employer exempt from the application of the indemnity guarantee, particularly in the cases of the so-called «pluricausal» dismissals. The work concludes that the Constitutional Court has not yet expressly ruled on the possibility of an internal claim in the company without an expression of resorting to the Courts activates the indemnity guarantee. Despite this fact, the judicial doctrine does apply this protection when the worker claims internally. Among the different possibilities, the latter is considered the most adequate in order to guarantee the effectiveness of Labor Law. This conclusion is supported, among other arguments, according to the new European regulation on whistleblowers.

Keywords: indemnity guarantee; effective judicial protection; complaint to the Labor Inspectorate; retaliation for internal claim; fundamental rights; whistleblowers.

Citation: Todolí Signes, A. (2020). The guarantee of indemnity facing complaints at the Labour Inspection or internally in the company: analysis of the judicial doctrine. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 449-450, 89-114.





Sumario

1. Luces y sombras en la garantía de indemnidad
2. Acciones del trabajador que activan la garantía de indemnidad
 - 2.1. Denuncias ante la ITSS y organismos administrativos
 - 2.2. Reclamaciones internas en la empresa
3. Indicios suficientes para la inversión de la carga de la prueba en materia de garantía de indemnidad
4. Consecuencias de la inversión de la carga de la prueba y qué actuaciones del empresario eximen de la aplicación de la garantía de indemnidad
5. Conclusiones

Referencias bibliográficas

1. Luces y sombras en la garantía de indemnidad

La garantía de indemnidad, en un sentido amplio, abarca la prohibición de producir cualquier daño o perjuicio como represalia al ejercicio de un derecho. No obstante, esta concepción fuerte de la tutela de los derechos no es amparada de forma expresa por el ordenamiento laboral.

El máximo intérprete de la Constitución (CE) circunscribe la protección a dos ámbitos. De un lado, la garantía de indemnidad amplia o genérica, referida a la prohibición empresarial de represalia frente al ejercicio de cualquiera de los derechos fundamentales. De otro lado, la garantía de indemnidad en sentido estricto, como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de libertad de acceso a los tribunales. Esta construcción jurisprudencial protege al trabajador de las represalias sufridas, no por el ejercicio de un derecho, sino cuando la acción perjudicial del empresario se realiza frente al acceso –o tentativa de acceso– del trabajador a la justicia para que le reconozca ese derecho (Sentencias del Tribunal Constitucional –SSTC– 7/1993, 14/1993, ambas de 18 de enero, y 54/1995, de 24 de febrero. En la doctrina, Lousada y Cabeza, 2006).

De esta forma, mientras la protección del trabajador frente a represalias por el ejercicio de un derecho fundamental es clara, cuando se sufre una represalia por el ejercicio del resto de derechos, la respuesta del ordenamiento jurídico no es tan nítida ni contundente¹. No obstante, la limitación de la garantía de indemnidad, trazada por el TC, a la reclamación de esos derechos vía judicial ha ido ampliándose con el tiempo (Mella, 2015).

¹ En algunos casos, la ley establece expresamente la garantía de indemnidad de algunos derechos como es en caso de riesgo grave e inminente de la salud –art. 21.4 Ley de prevención de riesgos laborales– o el principio de voluntariedad en el trabajo a tiempo parcial –art. 12.4 e) Estatuto de los Trabajadores (ET)–, así como los derechos de conciliación en los artículos 53.4 y 55.5 del ET, y la protección en las funciones de los representantes de los trabajadores en el artículo 68 c) del mismo texto legal. Especialmente contundente se pronuncia el artículo 17 del ET al establecer que:

Serán igualmente nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación.

No obstante, todas estas manifestaciones, quizá con excepción a la protección del artículo 12.4 e) del ET cuya prohibición proviene de una directiva europea, parecen reconducibles a la protección de los derechos fundamentales brindada directamente por la CE.

Así, ya desde un inicio, la STC 14/1993, de 18 de enero, reconoce que los actos preparatorios o previos necesarios para el ejercicio de la acción judicial entran dentro de la cobertura de la garantía de indemnidad, dado que, en caso contrario:

[...] quien pretenda impedir o dificultar el ejercicio de una reclamación vía judicial [...] le bastaría con actuar en el momento previo. De esta forma, no solo la represalia frente a la presentación de una demanda, sino frente a cualquier acto previo obligatorio –conciliación previa o reclamación administrativa– quedaría encuadrado dentro de la garantía de indemnidad citada.

Posteriormente, también quien testifica en un juicio ha quedado cubierto por la misma. Concretamente, la STC 197/1998, de 13 de octubre, establece que quien cumple con un deber –como es el de testigo– en protección de otro derecho fundamental –art. 24 CE– no puede sufrir represalias por ello (sobre el contenido y desarrollo jurisprudencial del art. 24 CE, *vid.* Rodríguez-Piñero, 2015). No obstante, precisamente por el limitado alcance otorgado a la garantía de indemnidad derivada del artículo 24 de la CE, el TC consideró que la protección del testigo no proviene de la tutela judicial efectiva, sino del derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE) en la vertiente del derecho a comunicar información veraz.

También aclara el TC que la garantía de indemnidad incluye la protección frente a represalias por demandas interpuestas ante el Contencioso-Administrativo (STC 87/2004, de 10 de mayo).

Particularmente interesante es la ampliación realizada por la STC 55/2004, de 19 de abril, que extiende la garantía de indemnidad a las represalias sufridas frente a reclamaciones extrajudiciales voluntarias. En este caso, el despido estuvo vinculado a una carta emitida por el abogado del trabajador, que requería una solución amistosa previa al recurso a los tribunales. El máximo intérprete considera en este caso que, dados los efectos beneficiosos que tienen las soluciones extrajudiciales de conflictos, estas no deben quedar fuera del ámbito de protección de la garantía de indemnidad so pena de reducir su uso. Esta interpretación extensiva, aunque necesaria y coherente, ha provocado no poca inseguridad jurídica.

La diferenciación entre una reclamación interna (en principio, no protegida) y una reclamación extrajudicial (protegida) no es sencilla. En primer lugar, cabe preguntarse si la distinción tiene un alcance objetivo o subjetivo. Esto es, la diferencia entre una reclamación interna que no acabará en los tribunales y una solución extrajudicial previa al acceso a estos debe hallarse en el objetivo final del trabajador (objetiva) o en la percepción del empresario que, subjetivamente, crea que el trabajador puede acabar llevando el asunto a los tribunales y como respuesta a esa toma de conciencia del «peligro» realice la represalia (subjetiva). Esta cuestión no es baladí, dado que, en el primer caso, los comentarios a compañeros sobre la intención de acceder a los tribunales, aunque no llegaran a oídos del empresario, serían relevantes para considerar la vulneración de la garantía, mientras que, en el segundo caso, solamente, se podrá evaluar aquellas manifestaciones de que hubiera tenido conocimiento

el empresario. Por otro lado, la propia diferenciación «material», a efectos de prueba, entre simples manifestaciones o desavenencias entre empresario y trabajador sobre las condiciones laborales o el contrato de trabajo que no implican intención de reclamación judicial y, las segundas, las protegidas, aquellas reclamaciones realizadas por el trabajador con objeto de evitar la judicialización del asunto –si existe tal diferenciación–, tampoco será sencilla. En definitiva, existen multitud de dudas respecto a qué denuncias internas ante el empresario quedan protegidas y cuáles no.

Por otro lado, la existencia de una vertiente colectiva en el ejercicio y reclamación de derechos, cuyas posibles represalias son individuales, ha planteado también conflictos respecto de la garantía de indemnidad. En este sentido, las SSTC 16/2006, de 19 de enero, y 44/2006, de 13 de febrero, otorgan el amparo a trabajadores despedidos como represalia a una demanda presentada, no por ellos mismos ni por sus abogados, sino por una demanda de conflicto colectivo interpuesta por un sindicato autonómico más representativo (en el mismo sentido, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia –STSJ– de Galicia de 20 de abril de 2015, rec. 147/2015).

Asimismo, la STC 120/2006, de 24 de abril, abre la puerta a considerar nulas, por el artículo 24 de la CE, las represalias frente a una denuncia ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS). En este sentido, el tribunal considera que la denuncia ante la ITSS no puede considerarse desconectada del objetivo de preparar, evitar o fortalecer un proceso judicial (Casas, 2006, pp. 713-714). Esto es, se entiende que la denuncia ante la ITSS, en sí misma, no es un acto subsumible en la garantía de indemnidad, pero sí lo es como acto que tiene por objetivo la puesta en marcha de un proceso o su evitación. Ambas cuestiones, claramente ampliatorias de la garantía de indemnidad, también han ocasionado una multitud de supuestos litigiosos. De un lado, habrá que plantearse si la denuncia ante la ITSS es interpuesta por otro distinto al represaliado –compañero o representante de los trabajadores– o si la colaboración con la Inspección –en defensa de intereses propios o ajenos– está incluida. Esto es, si cabe la extensión de la prohibición de represaliar a los testigos en juicio a aquellos que colaboran o prestan declaración ante la ITSS.

Adicionalmente, cabe preguntarse si, en la reclamación interna, el anuncio de denuncia ante la ITSS, sin referencia alguna a una demanda judicial, está protegido por la garantía de indemnidad. También quedaría abierta la posibilidad de proteger a los trabajadores contra represalias ante denuncias interpuestas frente a otros órganos administrativos (policía) o ante represalias sufridas consecuencia de la colaboración con los mismos.

Hasta ahora se ha contemplado qué acciones del trabajador pueden activar la garantía de indemnidad en caso de que estas sean la causa de la represalia. Sin embargo, otra cuestión ha sido objeto de múltiples sentencias del TC (y que difícilmente pueden deslindarse de un análisis como el que se pretende en este trabajo): la prueba de indicios. En efecto, dada la dificultad de conocer la verdadera motivación del empresario y su conexión con las acciones del trabajador con objeto de analizar si dichas acciones resultan lesivas

del derecho fundamental, el TC ha desarrollado el mecanismo de la prueba indiciaria (STC 87/2004, de 10 de mayo). Esta construcción, hoy recogida en los artículos 96 y 181.2 de la Ley reguladora de la jurisdicción social, exige que el trabajador aporte indicios suficientes de conexión entre los actos del empresario y la vulneración del derecho fundamental presuntamente violado y, de haberse llevado el tribunal al convencimiento de que dicha vulneración pudo acontecer, sobre la empresa recaerá la obligación de probar que esto no fue así. En este sentido, en diversas sentencias, el TC² sostiene que el empresario deberá acreditar bien que su decisión no está relacionada con la vulneración alegada, bien que su decisión era razonable, proporcionada y que tenía una justificación objetiva, bien que se hubiera producido en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador de derechos fundamentales (Alegre, 2019, p. 4).

Particularmente interesante en este aspecto es la STC 183/2015, de 10 de septiembre, donde la empresa amortiza el puesto de trabajo de una trabajadora, al amparo del artículo 52 c) del ET, por motivos económicos³. En este caso, el despido de dicha trabajadora se produce 8 días después de llegar a un acuerdo en sede judicial en el que la empresa reconocía haber reducido la jornada a esa trabajadora ilícitamente –tras la oportuna demanda interpuesta por la misma-. Ante esta situación, el TC reconoce que, en atención a la cercanía temporal entre la contienda judicial y el despido, siendo el factor temporal un dato relevante en muchas otras sentencias del mismo tribunal (SSTC 125/2008, de 20 de octubre, o 140/2014, de 11 de septiembre), existe un panorama indiciario suficiente para imponer a la empresa la carga de probar la falta de vinculación entre el despido y la reclamación judicial realizada. Ahora bien, el tribunal finalmente no reconoce la vulneración de la garantía de indemnidad por dos razones. De un lado, porque la empresa, antes de proceder al despido, ofreció a la trabajadora la posibilidad de adoptar una medida de flexibilidad interna (reducción de jornada) que la trabajadora rechazó, lo que para el tribunal es prueba de la falta de intención vulneradora del derecho fundamental de la empresa. Por otro lado, el tribunal excluye la infracción del derecho al existir, además, causa real, que cuenta con entidad suficiente para, por sí misma, explicar objetiva, razonable y proporcionalmente la decisión empresarial cuestionada.

Una vez más, múltiples dudas se plantean ante esta doctrina. Por ejemplo, respecto al criterio temporal entre la acción del trabajador y el acto supuestamente represivo del empresario, se desconocen los márgenes de tiempo, si puede recurrirse a otros factores, además del temporal, como indicios de conexión entre las facultades empresariales usadas y la vulneración del derecho fundamental. También respecto a las posibilidades de acreditación de la existencia de una causa distinta a la vulneración de derechos fundamentales convendría clarificar si es necesario que esa causa sea lícita y suficiente para justificar el despido o

² SSTC 114/2002, de 20 de mayo, 98/2003, de 2 de junio, 74/2008, de 23 de junio, 140/2014, de 11 de septiembre.

³ Un comentario a la misma en García-Perrote y Mercader (2016).

se considerará válida con tal de que exista y sea real. Por otro lado, sigue presente la duda sobre qué se considera suficiente para negar la relación entre la acción del empresario y la vulneración. En el presente caso, dado que el conflicto es principalmente probatorio, difícilmente se pueden establecer principios uniformes de actuación. No obstante, la doctrina judicial, en su aplicación, permite extraer algunas conclusiones.

De esta forma, en materia de garantía de indemnidad, y derivado de los límites de acceso al recurso de amparo y al de casación⁴, existen múltiples sombras sobre su aplicación. En el presente trabajo se pretende, a través del análisis de la doctrina judicial, resolver las cuestiones hasta ahora planteadas con objeto de conocer los perfiles actuales de la garantía de indemnidad derivada del artículo 24 de la CE. El artículo se estructura de la siguiente forma. En el siguiente epígrafe se analizarán las acciones que el trabajador tiene a su disposición, que permiten activar la garantía de indemnidad. En el tercer epígrafe se estudiarán los indicios que se consideran suficientes para la activación de la inversión de la carga de la prueba. El cuarto epígrafe se centrará en las consecuencias de la inversión de la misma y las actuaciones del empresario para eximirse de la aplicación de la garantía de indemnidad, en particular, en el caso del llamado despido «pluricausal». El trabajo finaliza con unas conclusiones.

2. Acciones del trabajador que activan la garantía de indemnidad

Como se ha analizado hasta ahora, no todas las acciones del trabajador encaminadas a reclamar un derecho van a generar el mismo grado de protección. El TC incluye la presentación de demandas, ante el orden social u otro orden jurisdiccional (STC 87/2004, de 10 de mayo), sean estas individuales o colectivas (STC 55/2004, de 19 de abril), la presentación de actos previos obligatorios –conciliación previa y reclamación administrativa previa–

⁴ En múltiples ocasiones, el Tribunal Supremo (TS) ha entendido que no corresponde el mismo al no existir identidad en los hechos, por ejemplo, recientemente la Sentencia del TS (STS) de 23 de octubre de 2019 (rec. 1790/2017) rechaza la casación entre dos sentencias en las que en ambos supuestos tras la reclamación interna del trabajador –un caso de negativa de horas extra y en la otra solicitud de derecho a vacaciones– este es despedido, aplicando en un supuesto la garantía de indemnidad y en el otro no. La razón de la negativa a la casación se basa en que en el primer supuesto el tribunal entiende que la simple manifestación en el seno de la empresa a su negativa a realizar horas extra no es un acto previo al acceso a los tribunales, mientras que el TSJ del segundo caso sí entendió que la solicitud de vacaciones de forma interna a la empresa debe considerarse un acto previo y preparatorio de eventuales acciones judiciales. Así pues, como se ve en este ejemplo claramente, dado que las decisiones de los tribunales en un sentido o en otro vienen determinadas por valoraciones de la prueba y del convencimiento al que llega cada tribunal, difícilmente suele producirse la casación. También, STS de 19 de abril de 2013 (rec. 2255/2012).

(STC 14/1993, de 18 de enero), la declaración como testigo en juicio (STC 197/1998, de 13 de octubre) y la denuncia ante la ITSS (STC 120/2006, de 24 de abril)⁵.

2.1. Denuncias ante la ITSS y organismos administrativos

Respecto al resto de supuestos, el hecho de que no exista un criterio del TC expreso no ha impedido, en muchos casos, reconocer la existencia de vulneración de la garantía de indemnidad. Así, de hecho, la doctrina judicial ha entendido suficiente para activar la garantía de indemnidad como protección frente a la represalia tomada por la empresa solamente el hecho de advertir a la empresa de que se acudiría a la ITSS si no se regularizan las deudas en materia de kilometraje en favor del trabajador (STSJ de Cataluña de 28 de abril de 2003, rec. 580/2003). También cuando se reclama internamente el abono de los pluses de penosidad y toxicidad, establecidos en el convenio, advirtiendo de que, en caso de que no se abone en un breve plazo, no tendrán más alternativa que denunciar las irregularidades ante la ITSS (STSJ de Asturias de 15 de septiembre de 2006, rec. 4554/2005).

En el mismo sentido, la doctrina judicial entiende que es aplicable la garantía de indemnidad cuando no existe denuncia por parte del trabajador, pero sí de otros sujetos. Sería el caso en el que es el delegado sindical quien interpone denuncia ante la ITSS y es despedido uno de los trabajadores afiliados al sindicato al que pertenece tal delegado (SSTSJ de Cataluña de 5 de febrero de 2007, rec. 8168/2006, y 11 de octubre de 2013, rec. 2833/2013).

Así, también se ha otorgado la protección derivada de la garantía de indemnidad frente a represalias en los supuestos en que la Inspección actúa de oficio –no existiendo denuncia– interesando el correcto encuadramiento en la Seguridad Social en el régimen general de quien constaba como autónomo y cuyo contrato es rescindido derivado de esa actuación de oficio (STSJ de Canarias de 28 de abril de 2006, rec. 1485/2005). Por tanto, como se puede apreciar, la doctrina judicial extiende la garantía de indemnidad más allá del derecho al acceso, siquiera en su estado previo o primigenio, a los juzgados por parte del trabajador, con objeto de proteger la validez y eficacia de las actuaciones de la Inspección y, sobre todo, proteger los derechos y la situación jurídica del trabajador aun cuando este no los reclama.

Por último, cabe señalar que la denuncia ante la policía de delitos también se ha considerado como factor habilitante de la garantía de indemnidad cuando la empresa ejerce

⁵ También el TS en Sentencia de 23 de diciembre de 2010 (rec. 4380/2009). Así como en la doctrina judicial en SSTSJ de Andalucía de 25 de julio de 2007 (rec. 2066/2007) y 10 de mayo de 2012 (rec. 1806/2011); Madrid de 23 de mayo de 2006 (rec. 1226/2006); Canarias de 27 de marzo de 2006 (rec. 1236/2005), 27 de febrero de 2006 (rec. 1356/2005) y 10 de diciembre de 2015 (rec. 1018/2015); Aragón de 11 de abril de 2006 (rec. 282/2006); Asturias de 20 de abril de 2012 (rec. 339/2012); Cataluña de 8 de abril de 2003 (rec. 513/2003); y Baleares de 21 de septiembre de 2005 (rec. 323/2005).

su poder de dirección para represaliar tal conducta (STSJ de Andalucía de 22 de enero de 2014, rec. 2268/2013). En este sentido, una vez más, se argumenta que dichas denuncias ante órganos administrativos activan la protección del artículo 24 de la CE, dado que se incluyen entre los actos preparatorios o previos necesarios para el ejercicio de una acción judicial.

Adicionalmente, y en un sentido similar, se ha considerado atentatorio contra la garantía de indemnidad la represalia contra el trabajador que colabora con la ITSS en su actuación. Entiende la sentencia que dicha colaboración no puede considerarse desleal contra la empresa, sino como un obrar lógico y obligado ante las irregularidades de la misma (Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Granada de 17 de septiembre de 2002, proc. 752/2002). En efecto, parece sensato extender la protección otorgada por el TC a los testigos en sede judicial frente a las represalias de la empresa a aquellos que colaboran con la Inspección de Trabajo aportando información y su testimonio, dado que, en ambos casos, la actuación del trabajador se debe estimar como algo socialmente necesario⁶. No obstante, aunque la sentencia del juzgado de lo social citada no lo señala, se debe recordar que, en tal caso, la protección no proviene del artículo 24 de la CE, sino del derecho fundamental a la comunicación de información veraz⁷. Esto tiene inmediatas consecuencias para el trabajador, dado que, mientras que con la denuncia –ante sede judicial o administrativa– estará protegido con independencia del resultado de la misma, en el caso de la protección de los testigos o colaboradores solamente se protegerá cuando el trabajador comunique información veraz (Álvarez, 2005a, p. 47; Rodríguez-Piñero, 2003, p. 650). Lo que excluye la protección en caso de que el trabajador engañe conscientemente en la transmisión de información o lo hace sin la mínima diligencia debida a la hora de verificar las informaciones que transmite (por todas, STC 6/1988, de 21 de enero; en la doctrina, Pazos, 2014).

2.2. Reclamaciones internas en la empresa

Dado que el bien jurídico protegido con la garantía de indemnidad proveniente del artículo 24 de la CE es el acceso, sin interferencias y sin sufrir represalias, a los tribunales, aquellas actuaciones del trabajador que no tengan la calificación de «previas» a una reclamación judicial no podrán, en principio, activar esta protección.

Esto ha llevado, en múltiples ocasiones, a entender que la solicitud de un trabajador en el ámbito interno de la empresa no activa la protección de la garantía de indemnidad (SSTSJ de Cantabria de 26 de junio de 2019, rec. 324/2019, y Aragón de 29 de marzo de 2012, rec. 377/2012). En este sentido, se rechaza que el despido fulminante de un trabajador

⁶ En el caso del testigo en sede judicial, *vid.* Tascón (2004, p. 168). En contra de la aplicación de la protección de la garantía de indemnidad a los testigos en sede judicial, *vid.* Montoya (1999, p. 273).

⁷ Conforme señaló en su momento el TS en Sentencia 197/1998, de 13 de octubre.

tras negarse a realizar horas extra –conforme a derecho– esté protegido por dicha garantía (STSJ de Madrid de 23 de febrero de 2017, rec. 599/2016). En el mismo sentido, la solicitud de abono de las «horas extraordinarias» adeudadas no ha sido considerada suficiente para activarla (STSJ de Andalucía de 8 de mayo de 2013, rec. 625/2013). Por su parte, el desacuerdo manifestado por una trabajadora ante su empresario por el hecho de que este pagara parte de su salario en «B» tampoco se ha considerado suficiente ya que no consta que «la actora en ningún momento anterior a su despido hubiera presentado denuncia alguna al respecto» (STSJ de Cataluña de 15 de julio de 2005, rec. 255/2004).

También se ha entendido excluida de la garantía de indemnidad la reclamación por WhatsApp al empresario en la que solicita dejar de seguir trabajando 45 horas a la semana cuando solamente se le abonan 30 horas. A esta conclusión llega el tribunal a pesar de que el empresario le contestara a la trabajadora que, si no aceptaba esas condiciones, la despediría⁸, lo que efectivamente acabó pasando. El tribunal entiende que, pese a ello, no se aprecia vulneración de la garantía de indemnidad, dado que, para que la misma proteja, la conducta empresarial vulneradora de esta necesariamente ha de ir precedida del ejercicio, por parte de la trabajadora, de una acción judicial o de actos preparatorios o previos o reclamaciones extrajudiciales que, en el supuesto, no se había producido, «pues en ningún momento la trabajadora manifiesta, siquiera, su intención de reclamar o de entablar acciones».

Incluso en algún caso se ha valorado que, en la reclamación de derechos y en contestación a la oferta realizada por la empresa para solucionar el conflicto, el trabajador haya manifestado que «ese canal aumentaría nuestras discrepancias con el riesgo de terminar en los tribunales, cosa que, como sabes, me horroriza y de la que hemos huido siempre» (STSJ de Aragón de 22 de febrero de 2012, rec. 28/2012). Afirmación que se usa para rechazar la aplicación de la garantía de indemnidad al entender el tribunal que dicha declaración deja patente que el trabajador no realizaba la reclamación interna como paso previo a una reclamación judicial⁹.

Por último, que la reclamación –en este caso por acoso laboral– se realice repetidas veces de forma verbal y por escrito ante el jefe y también ante el comité de empresa se ha considerado insuficiente para considerarlo acción positiva previa al ejercicio de acciones judiciales (STSJ de Canarias de 28 de marzo de 2008, rec. 102/2008). El tribunal así lo concluye al entender que admitir las reclamaciones internas como actos previos:

⁸ La sentencia recoge la conversación donde el empresario le dice lo siguiente:

Obviamente no puedo aceptar lo q pides por qué, repito las condiciones ya las sabias de un principio, si no estás de acuerdo ahora (no sé porque) pues t deberías ir tú, pq tú eres la q falta a la palabra, q ya veo q no vale nada. Sino pues t despido y punto [sic].

⁹ En el presente supuesto cabría haber esperado que el tribunal hubiera valorado la posibilidad de que dicha afirmación pudiera, por el contrario, realmente ser una amenaza velada del propio trabajador. Amenaza que no hace expresa o directa precisamente por miedo a ser represaliado.

[...] equivaldría, en la práctica, a permitir que se aseguraran la calificación de despido nulo todos aquellos trabajadores que, previendo la inminente extinción de su vínculo laboral por cualquier causa, formularan la más mínima queja o exteriorizaran algún tipo de desacuerdo frente a la empresa para la que prestan servicios desnaturalizando así hasta límites intolerables el concepto y alcance del derecho a la tutela judicial efectiva y de la garantía de indemnidad.

En este mismo sentido se ha pronunciado el TS (SSTS de 26 de abril de 2018, rec. 2340/2016, y 29 de febrero de 2019, rec. 3941/2016) respecto a un caso muy particular. En el supuesto enjuiciado en unificación de doctrina se trataba de un trabajador que era despedido tras ejercer su derecho a negarse a firmar una novación contractual exigida por la empresa. El TS dictamina que la conducta empresarial, que genere consecuencias perjudiciales para el trabajador, realizada a continuación de una negativa del trabajador a transformar su contrato de trabajo, no supone vulneración de la garantía de indemnidad, ya que, para que se produzca la misma, necesariamente ha de ir precedida del ejercicio por parte del trabajador de una acción judicial o de actos preparatorios o previos o reclamaciones extrajudiciales, lo que no se observa cuando solamente existe una negativa a firmar. Así pues, el TS, en el presente supuesto, no parece negar la posibilidad de que las reclamaciones internas queden incluidas en la garantía de indemnidad, sino solamente aquellas en las que no existe una acción positiva del trabajador encaminada a reclamar un derecho.

Por el contrario, existen multitud de sentencias que consideran que la reclamación interna es, de hecho, un paso previo a la vía judicial o, en cualquier caso, una forma de evitar el conflicto, que merece la protección de la garantía de indemnidad. Estas sentencias se pueden agrupar en dos tipos: una parte de la doctrina judicial considera que la mera reclamación interna de derechos es, en sí misma, una reclamación extrajudicial previa y, por tanto, una manifestación suficiente para activar la garantía de indemnidad frente a represalias; y otra parte de la doctrina judicial admite la activación de la garantía solamente cuando, de la concreta reclamación efectuada por el trabajador, se desprenda externamente que la intención última es acceder a los tribunales si la empresa no satisface sus demandas.

En el primer grupo se encuentra la reclamación interna ante el empresario de salarios adeudados (sin alusión a una posible reclamación judicial), cuya respuesta es el despido «fulminante y sorpresivo» (STSJ de la Comunidad Valenciana de 16 de junio de 2015, rec. 1104/2015), la negativa de los trabajadores despedidos a firmar la baja voluntaria para ser contratados por otra empresa del grupo (STSJ de Canarias de 9 de octubre de 2009, rec. 384/2009), así como la reclamación del abono de las horas extraordinarias impagadas por tres trabajadoras, todas ellas posteriormente despedidas (STSJ del País Vasco de 14 de septiembre de 2004, rec. 1350/2004).

En este último supuesto, el tribunal razona que dicha reclamación debe considerarse un acto previo, puesto que «el ejercicio de un derecho exige dentro de los parámetros de la comunicación social la manifestación de la pretensión, dentro del seno empresarial, como

exigencia de actos de heurística propios de cualquier proceder humano». Concretamente, la sentencia del País Vasco considera que la reclamación interna previa a la judicial entra dentro de la buena fe de las relaciones laborales. De hecho, expresamente señala que la no protección de la reclamación interna obligaría al trabajador a realizar labores de sigilo y ocultación en el desarrollo de la reclamación de sus derechos. Esto es, si la reclamación interna no estuviera protegida por la garantía de indemnidad, el trabajador no tendría más remedio que, con objeto de evitar represalias o perjuicios, sorpresivamente reclamar ante los tribunales.

En un sentido similar, la STSJ de Madrid de 17 de diciembre de 2010 (rec. 4148/2012) entiende aplicable la garantía de indemnidad en un supuesto en el que una trabajadora muestra a su jefa su malestar por realizar más horas de trabajo que las que le corresponden para un proyecto y que solicita que sea compensada con días de descanso. Frente a esta reclamación verbal, la trabajadora se encuentra como respuesta el despido. La sentencia aplica la garantía al entender que la reclamación interna debe considerarse como un acto previo al propio proceso judicial con objeto de evitar el mismo y encontrar una solución armoniosa.

Dentro de este grupo de sentencias que declaran nulo un despido como represalia a una manifestación o queja realizada en el seno de la empresa –sin anuncio expreso de una posible futura reclamación judicial– se encuentran algunas que llegan a la misma solución, no por aplicación de la garantía de indemnidad, sino del derecho a la libertad de expresión. Esto es, estas sentencias entienden que la expresión de un malestar, queja o reclamación en el seno interno de la empresa está amparada por el derecho fundamental a la libertad de expresión, por lo que las represalias de la empresa contra el ejercicio del mismo merecen la calificación de nulas (STSJ del País Vasco de 12 de julio de 2005, rec. 1570/2005; en la doctrina, *vid.* González-Posada, 2006, p. 7). Así, se considera vulnerada la libertad de expresión cuando se despide a un trabajador como represalia a la oposición de este al resultado negativo en una evaluación de rendimiento realizada por la empresa que le reduce el derecho al bonus del trabajador a la mitad. El trabajador, en respuesta a ese informe negativo, critica al evaluador y a los directores de la empresa por no darle ocupación y solicita un cambio de la situación (STSJ de Cantabria de 15 de junio de 2010, rec. 415/2010). También se ha considerado vulnerador de dicho derecho el despido de un trabajador que se opone al planteamiento de la empresa de hacer una bolsa de horas para incrementar la flexibilidad a favor de la empresa y que comunica al resto de trabajadores esa oposición (STSJ de Aragón de 26 de septiembre de 2012, rec. 440/2012). Por último, dentro del ámbito protegido por la libertad de expresión se ha incluido a una trabajadora que redacta y difunde un escrito, entre las compañeras y para la empresa, quejándose del trato que reciben las trabajadoras, que califica de humillante y vejatorio, y es despedida por ello (STSJ de Baleares de 21 de septiembre de 2005, rec. 323/2005).

También el TS, en alguna ocasión (STS de 10 de febrero de 2015, rec. 221/2013), ha considerado el despido nulo cuando se efectúa como respuesta a la negativa del trabajador a renunciar a sus derechos. Concretamente, en la negociación de un expediente de

regulación de empleo (ERE), la empresa ofrecía a los trabajadores no incluirlos en el mismo si renunciaban a las cláusulas contractuales que mejoraban sus indemnizaciones e incluirlos si no lo hacían. Ante estos hechos, el TS considera que, de un lado, la razón para incluirlos en el ERE tenía como objetivo que renunciaran a las cláusulas y, por otro lado, entiende que su inclusión en el ERE no estaba causada propiamente por la pérdida de funcionalidad económica de sus contratos, puesto que se les ofrecía mantener su puesto de trabajo si renunciaban a dicha cláusula¹⁰.

Por otro lado, otra parte de la doctrina judicial llega a la misma conclusión, pero fundamentada en la exteriorización de la intención del trabajador de acudir a los tribunales si no se resuelve internamente la disputa. No obstante, como ahora se verá, en algunas ocasiones, la fundamentación –o la exteriorización– es tan débil que bien podría incluirse en el anterior grupo.

En primer lugar, se encuentran algunas sentencias que, conforme indicó el TC en su momento, entienden que la presencia de un abogado o el hecho de que la comunicación o reclamación interna se haga a través de un abogado –aquí deberíamos incluir graduado social– a favor del trabajador es indicio suficiente de que se está ante una reclamación previa voluntaria previa al acceso a los tribunales (SSTSJ de Madrid de 21 de junio de 2005, rec. 1604/2004; y Castilla y León de 25 de septiembre de 2001, rec. 1637/2001).

También se ha reconocido como activador de la garantía de indemnidad la reclamación interna que, aunque se efectúe sin presencia ni a través de un abogado, contenga una manifestación expresa por parte del trabajador de emprender acciones legales en caso de no ver satisfechas las demandas efectuadas (SSTSJ de Galicia de 17 de diciembre de 2010, rec. 4151/2010, y 4 de marzo de 2011, rec. 5117/2010; Andalucía de 18 de abril de 2007, rec. 179/2007; y Comunidad Valenciana de 27 de abril de 2004, rec. 879/2004, comentada en la doctrina por Alzaga, 2004).

A su vez, en algunas ocasiones se ha entendido que la reclamación que se realice a través del comité de empresa es suficiente para activar la garantía de indemnidad (SSTSJ de Cataluña de 3 de mayo de 2002, rec. 8411/2011; y País Vasco de 17 de enero de 2012, rec. 3095/2011). De hecho, en estos casos, se admite la garantía de indemnidad para el trabajador (o colectivo de trabajadores) represaliado, incluso sin necesidad de demostrar que la iniciativa de la reclamación provino del trabajador, esto es, admitiendo la misma cuando el comité de empresa reclama derechos de los trabajadores «de oficio». Consecuentemente, en este caso parece que lo que se valora por el tribunal no es la manifestación externa de una posible judicialización del asunto –salvo que asumamos que el comité de empresa es inherentemente litigioso, algo que no figura en hechos probados de ninguna de las dos–, sino, probablemente, se considera la seriedad de la reivindicación y la efectividad de los derechos de los trabajadores.

¹⁰ No obstante, cabe decir que el TS, en esta sentencia, no vincula claramente la nulidad con la garantía de indemnidad pasando de puntillas por el tema.

Esto es, de un lado, aunque no se pueda inferir automáticamente que todas las quejas o reclamaciones del comité de empresa no satisfechas acabarán en los tribunales, sí parece posible afirmar que la reclamación realizada por el comité implica una mayor seriedad. El comité representa los intereses colectivos como función institucionalizada por la ley y, además, la toma de decisiones sobre la reclamación efectuada requiere un proceso de reflexión y deliberación interno.

Además, de otro lado, permitir la represalia sobre los trabajadores, cuya situación quieren mejorar los representantes legales, podría provocar la paradoja de que la actividad sindical fuera vista como perjudicial por los propios trabajadores que han acabado en una situación peor de la que se encontraban antes de la intervención del comité¹¹. Algo que parece contrario a la propia libertad sindical.

Por último, cabe apreciar que se ha entendido suficiente para concluir que existe una conexión entre la reclamación interna dentro de la empresa y la futura reclamación judicial que el trabajador, en su escrito reclamando su derecho al descanso entre jornadas, señalara el precepto de la norma infringida (art. 34.3 ET) (STSJ de Baleares de 27 de marzo de 2012, rec. 513/2011). Esto es, de acuerdo con esta sentencia, la mera indicación del precepto legal infringido por la empresa en la reclamación efectuada por el trabajador se entiende indicador apto de conexión con el derecho fundamental de acceso a los tribunales.

De hecho, el TS parece avalar dicho criterio como suficiente. En efecto, el TS, en Sentencia de 19 de abril de 2013 (rec. 255/2012) rechaza un recurso de casación al entender que no existe identidad de hecho entre una sentencia que excluía la aplicación de la garantía de indemnidad en una reclamación interna y esta que ahora se comenta, en la que sí se encuentra conexión derivada de la cita del precepto legal infringido. Así, expresamente el TS confirma que «la mención de un precepto legal real o supuestamente infringido podría entenderse ciertamente [...] como una reclamación previa o preparatoria del ejercicio de una acción judicial».

3. Indicios suficientes para la inversión de la carga de la prueba en materia de garantía de indemnidad

Es bien conocida la doctrina del TC por la cual, dada la dificultad de conocer las verdaderas intenciones de un empresario que usa sus poderes empresariales, con objeto de analizar si estas responden a un motivo vulnerador de un derecho constitucional, se debe aplicar la prueba indiciaria (STC 38/1981, de 23 de noviembre). La finalidad de esta prueba no es sino la de evitar que la imposibilidad de revelar los verdaderos motivos de un acto

¹¹ Algo similar a lo que ocurre cuando la ITSS actúa de oficio como se ha visto anteriormente (STSJ de Canarias de 28 de abril de 2006, rec. 1485/2005).

empresarial impida reconocer que este resulta lesivo del derecho fundamental. Para ello, el trabajador deberá aportar un indicio razonable de que el acto empresarial vulnera el derecho fundamental alegado (STC 38/1986, de 21 de marzo). Un principio de prueba dirigido a poner de manifiesto el motivo oculto de aquel y que no puede consistir en una mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe facilitar que el juzgador crea que existe la posibilidad de dicha vulneración (SSTC 114/1989, de 22 de junio, y 85/1995, de 6 de junio). De esta forma, quien invoque la aplicación de la regla de la inversión de la carga de la prueba debe desarrollar una actividad alegatoria suficientemente precisa y concreta en torno a los indicios de existencia de la misma (STC 125/2008, de 20 de octubre).

Así pues, en la puesta en práctica de esta doctrina, el principal indicio usado para afirmar o descartar la conexión entre el perjuicio causado por la empresa al trabajador y la garantía de indemnidad ha sido el tiempo transcurrido entre el hecho activador de la garantía y el acto del empresario (por ejemplo, despido). Así, como no podía ser de otra manera, se ha considerado indicio suficiente para activar la inversión de la carga de la prueba el hecho de que el despido se produzca el mismo día que la acción del trabajador que activa la garantía de indemnidad (SSTSJ de Aragón de 11 de abril de 2006, rec. 282/2006; y Canarias de 27 de marzo de 2006¹², rec. 1236/2005). También cuando el tiempo transcurrido entre uno y otro ha sido solamente de 2 días (SSTSJ de Castilla y León de 25 de septiembre de 2001, rec. 1637/2001; y Galicia de 17 de diciembre de 2010, rec. 4151/2010), de 4 días (STSJ de Cataluña de 8 de abril de 2003, rec. 513/2003), de 1 semana (STSJ de Aragón de 26 de septiembre de 2012, rec. 440/2012), de 14 días (STSJ de Andalucía de 25 de julio de 2007, rec. 2066/2007), de 20 días (STSJ del País Vasco de 17 de enero de 2012, rec. 3095/2011), de 22 días (STSJ de Canarias de 16 de mayo de 2011, rec. 1520/2010), de 1 mes completo (SSTSJ de Andalucía de 8 de noviembre de 2017, rec. 3462/2016; y Madrid de 21 de junio de 2005, rec. 1604/2005) o de mes y medio (STS de 21 de febrero de 2018, rec. 2609/2015). Incluso se han admitido supuestos en los que se obliga a la inversión de la carga de la prueba cuando entre el hecho activador de la garantía de indemnidad y la represalia del empresario ha transcurrido más tiempo, como puedan ser 3 meses (SSTSJ de Galicia de 17 de octubre de 2019, rec. 3241/2019; Andalucía de 11 de enero de 2018, rec. 809/2017; Madrid de 17 de diciembre de 2010, rec. 4148/2010, y 10 de diciembre de 2015, rec. 1018/2015; Cataluña de 28 de abril de 2003, rec. 580/2003), 5 meses (STSJ de Canarias de 27 de febrero de 2006, rec. 1356/2005), 8 meses (STSJ de Cataluña de 14 de julio de 2011, rec. 2472/2011) o incluso transcurridos 9 meses (STSJ de Cantabria de 15 de junio de 2010, rec. 415/2010).

No obstante, no existe unanimidad en el criterio temporal para la inversión de la carga de la prueba. Así, se ha considerado que el paso de 1 mes entre la denuncia ante la ITSS y el despido priva a esta de la naturaleza de indicio de vulneración de la garantía de indemnidad (STSJ de Asturias de 20 de abril de 2012, rec. 339/2012). No obstante, se debe

¹² Se despide el mismo día de la visita de la ITSS al centro de la empresa cuando el trabajador había realizado la denuncia 13 días antes.

considerar que, en el presente caso, el juzgador entiende que el trabajador, a su vez, había interpuesto la denuncia ante la Inspección como reacción ante una sanción recibida por la empresa de suspensión de empleo y sueldo. Situación que hace que el magistrado de instancia concluya que la denuncia ante la ITSS solo tuvo por objeto «preconstituir la alegación de vulneración de derechos fundamentales» ante un posible despido. Así pues, junto con el paso del tiempo –1 mes–, existen otros factores que inhabilitan la alegación de vulneración. En un sentido similar, y también dentro de un conflicto de más largo alcance, el transcurso de 2 meses entre la denuncia ante la ITSS y el despido se ha considerado insuficiente para considerar vulnerado el derecho fundamental (STSJ de Madrid de 23 de mayo de 2006, rec. 1226/2006).

Por su parte, también se ha rechazado como indicio suficiente para activar la inversión de la carga de la prueba el hecho de que transcurrieran 6 meses entre la denuncia ante la ITSS y el despido (STSJ de Asturias de 25 de octubre de 2013, rec. 1676/2013), el transcurso de 9 meses (STSJ de La Rioja de 21 de diciembre de 2018, rec. 171/2018)¹³, 1 año (STSJ de Galicia de 16 de diciembre de 2011, rec. 4041/2011), año y medio (STS de 22 de enero de 2019, rec. 3701/2016; y STSJ de Madrid de 29 de septiembre de 2017, rec. 603/2017), 2 años (STSJ de Canarias de 9 de octubre de 2009, rec. 384/2009), 3 años (STSJ de Galicia de 14 de diciembre de 2018, rec. 3024/2018) y también de 5 años (STSJ de Galicia de 28 de marzo de 2016, rec. 5109/2015).

Aunque claramente el criterio temporal es el más usado por la doctrina jurisprudencial para determinar si existen indicios suficientes de represalia, también se pueden encontrar otros factores que, junto con el temporal, permiten, a veces, apreciar la vulneración o descartarla. Así, por ejemplo, que fueran tres trabajadoras las que reclamaran y las tres fueran despedidas se ha considerado indicio de vulneración (STSJ del País Vasco de 14 de septiembre de 2004, rec. 1350/2004) o incluso, más evidente, el supuesto en el que, teniendo la empresa tres trabajadores, y realizando la reclamación dos de ellos, solamente estos dos son despedidos y no el trabajador que no firmó la petición (STSJ de Asturias de 15 de septiembre de 2006, rec. 4554/2005). No obstante, cabe subrayar que no siempre se exige el despido de todos los implicados. En algún caso, el despido del trabajador que, sin ser representante legal, actúa como portavoz (o más reivindicativo), aunque la reclamación la realicen todos los trabajadores, también se ha considerado indicio de vulneración –a pesar de que el resto de trabajadores no fueran despedidos– (STSJ de Aragón de 26 de septiembre 2012, rec. 440/2012). En efecto, dada la dificultad de prescindir de todos los trabajadores de la empresa, el despido de unos pocos puede buscar «dar ejemplo» para evitar que el resto de trabajadores continúen con las reclamaciones, siendo esto igualmente vulnerador del derecho fundamental.

¹³ Particularmente, en esta sentencia transcurren solamente 9 meses entre el reconocimiento de la empresa en conciliación de que un primer despido fue nulo –dado que la trabajadora estaba embarazada– y el nuevo despido.

Adicionalmente, como no podría ser de otra manera, se ha considerado indicio de vulneración de la garantía de indemnidad aquella situación en la que el empresario así lo manifiesta a otros compañeros del trabajador despedido. Muchas veces estos comentarios se realizan precisamente con intención de «amaestrar» al resto de trabajadores (SSTSJ de Aragón de 8 de febrero de 2012, rec. 9/2012, y 26 de septiembre de 2012, rec. 440/2012).

En sentido contrario, el hecho de que una reclamación haya sido interpuesta por todos los trabajadores de la empresa y exclusivamente dos de ellos sean despedidos, sin ser siquiera los más reivindicativos ni se haya probado que sean portavoces, se ha usado para descartar que existan indicios suficientes para invertir la carga de la prueba (STSJ de Canarias de 9 de octubre de 2009, rec. 384/2009). Por su parte, que la reclamación que supuestamente activa la garantía de indemnidad se haya resuelto mediante un acuerdo amistoso entre empresa y trabajador previo al despido se ha considerado excluyente de la vulneración (STSJ de Canarias de 13 de febrero de 2015, rec. 1247/2014). También se ha rechazado como indicio suficiente el hecho de que la litigiosidad fuera constante, empezando la primera demanda interpuesta por el trabajador 6 años antes del despido (SSTSJ de Extremadura de 13 de junio de 2019, rec. 314/2019 –comentada en Alegre, 2019–; y Asturias de 16 de diciembre de 2011, rec. 2296/2011 –comentada en Vidal, 2016–).

También se ha rechazado la activación de la garantía de indemnidad en un supuesto en el que el tribunal deduce de los hechos que la trabajadora interpuso la demanda, dado que tenía conocimiento de la próxima finalización definitiva de su contrato (STS de 26 de octubre de 2016, rec. 2913/2014)¹⁴.

4. Consecuencias de la inversión de la carga de la prueba y qué actuaciones del empresario eximen de la aplicación de la garantía de indemnidad

Una vez aportado, por parte del trabajador demandante, un panorama indiciario suficiente, el TC (SSTC 140/2014, de 11 de septiembre, 30/2002, de 11 de febrero, y 98/2003, de 2 de junio) ha asentado una serie de criterios, recogidos también por el TS (STS de 22 de enero de 2019, rec. 3701/2016 –también en la doctrina, *vid.* García-Perrote y Mercader, 2016–), con objeto de que la empresa pueda defenderse de las alegaciones de vulneración. Los criterios son los siguientes: i) no será suficiente para neutralizar el

¹⁴ No obstante, esta sentencia tiene un voto particular apoyado por la anterior STS de 24 de febrero de 2016 (rec. 1097/2014) donde indica que el conocimiento por el trabajador de la finalización de su contrato no obsta a la declaración de que se ha vulnerado la garantía de indemnidad, cuando antes de dicha finalización se ha impuesto la reclamación previa. No obstante, cabe decir que, si realmente la empresa ya había tomado la decisión de rescindir el contrato antes de la interposición de la reclamación –por esa razón la trabajadora la impone–, difícilmente puede hablarse de represalia alguna.

panorama indiciario la genérica invocación a las facultades legales o convencionales; ii) ni tampoco una explicación genérica, por el contrario, será necesario acreditar en el caso concreto que su actuación estaba desconectada de la vulneración alegada; iii) así, lo verdaderamente relevante será que la empresa lleve al juez a la convicción de que las causas que aduce para sustentar su decisión quedan desligadas y son por completo ajenas al derecho fundamental protegido; una vez acreditada la desconexión entre la medida empresarial y el derecho que se dice vulnerado, será ya irrelevante la calificación jurídica que la causa alegada merezca en un prisma de legalidad ordinaria.

Esta doctrina pone fin a un debate hasta ese momento existente sobre si una causa de despido real pero insuficiente para declarar la procedencia del mismo podía ser suficiente para impedir la nulidad. Con estos criterios parece que la respuesta es afirmativa. Esto es, si el empresario consigue probar que su actuación, a pesar de tener suficientes indicios como para invertir la carga de la prueba, está desvinculada de todo móvil o intención discriminatoria (o vulneradora de cualquier derecho fundamental), la calificación final del despido dependerá de la legalidad ordinaria. Así, podrá ser procedente si hay causa y se sigue el procedimiento o improcedente en caso contrario.

Por tanto, parece ahora claro que lo importante no será si se tiene causa para despedir o no, ni tampoco si esta causa es suficiente para que el despido se declare procedente. Lo relevante, en cambio, será si el empresario pudo demostrar que su intención nunca fue vulnerar el derecho fundamental o, dicho de otra manera, en el caso de la garantía de indemnidad, la empresa deberá probar que la medida empresarial se hubiera tomado de la misma manera, aunque el trabajador no hubiera realizado la reclamación judicial o extrajudicial de sus derechos.

De esta forma, la empresa debe centrar sus esfuerzos en destruir el panorama indiciario que ha llevado al juez al convencimiento de la plausibilidad de que el objetivo de la empresa fue represaliar al trabajador. Así, cuanto más fuertes sean los hechos que activaron la garantía de indemnidad (o de los indicios que han llevado a la inversión de la carga de la prueba), mayor despliegue de pruebas deberá realizar la parte empresarial para neutralizar el convencimiento de que ha existido una vulneración de la garantía de indemnidad.

No obstante, la doctrina judicial sigue fundando muchas de sus resoluciones en la inexistencia de causa. Esto es, se entiende que cuando se realiza un despido sin que se consiga acreditar ninguna razón –ni leve ni grave– para el mismo, una vez activada la inversión de la carga de la prueba, implicará la nulidad del mismo, como sucede, por ejemplo, cuando no se consiga acreditar los hechos imputados (SSTSJ de Galicia de 18 de noviembre de 2019, rec. 3995/2019; y Cataluña de 5 de febrero de 2007, rec. 8168/2006, y 11 de octubre de 2013, rec. 2833/2013) o la causa económica alegada (STSJ de la Comunidad Valenciana de 6 de diciembre de 2017, rec. 2739/2017). Igual destino tendrán los despidos en los que se alegue una razón irreal, como, por ejemplo, la finalización de un contrato temporal cuando realmente no existía tal causa de temporalidad (STSJ de Madrid de 10 de febrero de 2017, rec. 1068/2016), la finalización de una contrata que no termina realmente (STSJ de Canarias

de 22 de diciembre de 2005, rec. 206/2005), el fin del periodo de prueba (STSJ de Canarias de 27 de febrero de 2006, rec. 1356/2005) o la alegación por parte de la empresa de que existió una baja voluntaria, cuando se prueba que nunca hubo voluntad del trabajador de dimitir (STSJ de Cataluña de 8 de abril de 2003, rec. 513/2003).

Igual suerte correrán las situaciones en las que la empresa reconozca la improcedencia en la carta de despido (SSTSJ de Aragón de 8 de febrero de 2012, rec. 9/2012; y Comunidad Valenciana de 16 de junio de 2015, rec. 1104/2015, y 7 de febrero de 2006, rec. 4253/2005) o, sencillamente, cuando la carta de despido recoja imputaciones vagas e imprecisas (SSTSJ de Canarias de 13 de febrero de 2015, rec. 1247/2014; Cantabria de 15 de junio de 2010, rec. 415/2010; Madrid de 17 de diciembre de 2010, rec. 4148/2010; y Aragón de 11 de abril de 2006, rec. 282/2006).

La misma calificación merecen las situaciones en las que solamente se alega, para la causa de la extinción, el fin de un contrato administrativo o mercantil simulado (falso autónomo) (STS de 21 de febrero de 2018, rec. 2609/2015). Por supuesto, también cuando en la propia carta de despido se vincula el despido a la reclamación del trabajador (STSJ de Andalucía de 18 de abril de 2007, rec. 179/2007, donde se imputaba una transgresión de la buena fe contractual al trabajador por realizar la reclamación).

Cuando, en cambio, sí existe causa para el despido, y la empresa realiza con éxito un esfuerzo probatorio en este sentido, la exoneración de la nulidad del despido no dependerá de la gravedad o no de las conductas imputadas y acreditadas sobre el trabajador, sino, por el contrario, de que se consiga llevar al juzgador a la convicción de que esos hechos, con independencia de que sean suficientes o no en un plano de legalidad ordinaria, han sido los únicos que han motivado la decisión empresarial, de forma que esta se hubiera producido verosímelmente en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador de los derechos fundamentales. Así, se trata de que el empresario acredite que esas causas explican objetiva, razonable y proporcionalmente por sí mismas su decisión, con independencia de que merezca la calificación de procedente, eliminando toda sospecha de que la misma ocultó un ánimo de represalia (SSTC 38/1981, de 23 de noviembre, y 136/1996, de 23 de julio).

En este sentido, el TS ha entendido que, cuando no existe conexión entre la vulneración de la garantía de indemnidad y las razones del despido, este no será nulo, aunque por incumplimiento de las obligaciones formales pueda declararse improcedente (STS de 22 de enero de 2019, rec. 3701/2016)¹⁵. Siguiendo este planteamiento, se ha considerado suficiente para excluir la vinculación la prueba de que la decisión sobre la extinción contractual fue tomada con anterioridad a la reclamación del trabajador, por ejemplo, si la comunicación de

¹⁵ Tampoco será nulo el despido objetivo cuando existen causas reales, aunque previamente el despido de ese mismo trabajador fuera declarado por sentencia nulo por razones formales (STSJ de Andalucía de 24 de septiembre de 2015, rec. 1064/2015).

la finalización de la contrata realizada por la principal fue previa a la reclamación realizada por el trabajador (STSJ de Galicia de 10 de noviembre de 2017, rec. 3696/2017) o cuando el proceso de selección para sustituir al trabajador despedido se había iniciado antes de la reclamación realizada por este y de forma previa a su despido (STSJ de Asturias de 26 de diciembre de 2019, rec. 2143/2019).

A su vez, la necesidad de desvincular la acción prejudicial de la reclamación realizada por el trabajador permite afirmar que cabe la nulidad del despido cuando la empresa no da explicaciones suficientes que descarten la existencia de un móvil vulnerador de la garantía de indemnidad (SSTSJ de Galicia de 10 de marzo de 2017, rec. 5296/2016; y Canarias de 16 de mayo de 2011, rec. 1520/2010). Particularmente, alguna sentencia ha señalado expresamente que la empresa debió aportar una justificación objetiva y razonable de la coincidencia en el tiempo de las reclamaciones del trabajador y de su cese en el puesto de trabajo y, al no hacerlo, se deduce la vulneración de la indemnidad (STSJ de Canarias de 27 de marzo de 2006, rec. 1236/2005).

También en el caso de despido colectivo, aunque exista causa real y quede esta acreditada, se deberá probar por qué se eligió a esos trabajadores concretamente –que realizaron reclamaciones– y desvincular el criterio de selección de toda motivación vulneradora del derecho fundamental (STS de 17 de febrero de 2015, rec. 891/2014; y SSTSJ de Cataluña de 29 de marzo de 2019, rec. 6841/2018; y Canarias de 30 de noviembre de 2013, rec. 928/2013).

En los casos de despido objetivo, un criterio especialmente relevante al que se ha recurrido por la doctrina judicial para entender vulnerada la garantía de indemnidad ha sido la no amortización de la plaza. De esta forma, se entiende, no sin razón, que, si la plaza no ha sido amortizada, el objetivo era prescindir de ese trabajador concreto por motivos ajenos a los alegados en la carta de despido –económicos, técnicos, organizativos o de producción–. Esto ha llevado a declarar el despido nulo (SSTSJ de Castilla y León de 8 de mayo de 2017, rec. 181/2017; y Aragón de 26 de septiembre de 2012, rec. 440/2012).

En cualquier caso, aunque se prueben los hechos existentes en la carta de despido y estos sean merecedores de la calificación de procedente, no será suficiente para excluir el móvil atentatorio contra un derecho fundamental, si no se consigue acreditar la desvinculación entre el acto empresarial y el derecho fundamental invocado (STC 7/1993, de 18 de enero)¹⁶.

¹⁶ A pesar de esto, alguna sentencia ha entendido que la existencia de una verdadera causa es suficiente para entender excluido el móvil represivo (STSJ de Navarra de 16 de diciembre de 2019, rec. 373/2019). Así, por ejemplo, en el caso de que una trabajadora no tenga idiomas cuando esta es una imposición nueva del ayuntamiento contratante será suficiente para entender desconectado el despido objetivo por ineptitud sobrevenida de las anteriores reclamaciones de la trabajadora (STSJ de Andalucía de 21 de marzo de 2018, rec. 2359/2017). También en el despido disciplinario cuando la conducta del trabajador fuera suficientemente grave para justificar el despido, esto se ha considerado válido para excluir la nulidad y aceptar la procedencia del mismo (STSJ de Galicia de 17 de octubre de 2019, rec. 3241/2019).

5. Conclusiones

La garantía de indemnidad es un instrumento jurídico fundamental para permitir que los trabajadores reclamen sus derechos laborales libremente sin temor a represalias. Esta función esencial la convierte en un medio imprescindible para la eficacia real del derecho del trabajo (Álvarez, 2005a, p. 26, y 2005b, p. 13; Folgoso, 2017, p. 77). Como señala la doctrina, el derecho a la indemnidad tiene un doble carácter, reparador y preventivo (Cavas, 2006, p. 4). Por un lado, se restituye al trabajador en la situación anterior a la conducta represiva del empresario, impidiendo que este sufra perjuicio alguno. De otro lado, también tiene una faceta preventiva, cuyo fin es disuadir al empresario de utilizar sus poderes disciplinarios con objeto de impedir que los trabajadores hagan efectivos sus derechos (Folgo, 2017, p. 78). No se debe olvidar que es precisamente la situación de subordinación y dependencia jurídica existente en la relación laboral la que permite no solo que exista una desigualdad en el plano del poder de negociación que dificulta que el trabajador reclame sus derechos con libertad, sino que la configuración de la estructura jurídica posibilita al empresario una autotutela jurídica, que es precisamente la que le permite un uso torticero, abusivo e ilícito de la misma, hasta el punto de poder utilizar esas facultades de autotutela para impedir al trabajador que reclame sus derechos o los ejerza.

Sumado a lo anterior, cabe decir que las modificaciones normativas de las últimas décadas han hecho cada vez más relevante la garantía de indemnidad. A medida que el despido libre (aún indemnizado) se va extendiendo y la indemnización por despido se reduce, el trabajador tendrá mayor temor a represalias por parte del empresario, lo que coartará su libertad para reclamar o ejercer sus derechos. Ante este fenómeno, la garantía de indemnidad debe diseñarse judicialmente como una respuesta eficaz frente al uso de los poderes empresariales con un objeto ilícito¹⁷.

No obstante, la importancia de este derecho choca con las limitaciones a su aplicación creadas desde algunos ámbitos judiciales. En primer lugar, ni el TC ni el TS parecen haber querido dar el paso para aclarar que las reclamaciones internas en la empresa están también protegidas por la garantía de indemnidad. Por el contrario, el Alto Tribunal sigue exigiendo una prueba de conexión entre la reclamación interna y la judicial. Esto es, se exige acreditar que la reclamación interna realizada en la empresa tenía por objeto preparar el proceso judicial futuro o evitarlo. Esto lleva al absurdo de que, si un trabajador está tan asustado de las posibles represalias que manifiesta expresamente a su empresario que no «piensa» acudir a tribunales, este no queda protegido por la garantía de indemnidad. A su vez, esta interpretación lleva a favorecer a los trabajadores más formados o con mayores conocimientos jurídicos (recuérdese la sentencia que acepta la protección por la garantía de indemnidad porque el trabajador cita el precepto legal violado en su reclamación interna) –lo que lo convierte en un derecho elitista–, cuando los principios del proceso laboral precisamente buscan huir de formalismos para acercarse a todo tipo de trabajadores.

¹⁷ También ello podría realizarse legislativamente a través de una norma jurídica que aclarara la nulidad de los actos empresariales encaminados a impedir que el trabajador reclame sus derechos.

Precisamente estas críticas han llevado a que parte de la doctrina judicial, con objeto de aplicar la garantía de indemnidad, haya realizado una atenuación de la necesidad de probar la conexión entre la reclamación y un juicio futuro, llegando, otra parte de la doctrina judicial, a eliminar tal exigencia.

Así, por ejemplo, cuando la doctrina judicial protege a un trabajador despedido tras una inspección de trabajo realizada de oficio, difícilmente se puede decir que se protege la «acción previa ante los tribunales del trabajador». Lo mismo ocurre cuando se protege a trabajadores afectados por una reclamación impuesta por el delegado sindical o el comité de empresa, sin que la iniciativa sea del trabajador concreto o, incluso, cuando se realiza sin su consentimiento expreso. Se podría decir que, en estos casos, lo que se protege con la garantía de indemnidad es el derecho de acceso a los tribunales de la ITSS o de los representantes legales. Sin embargo, parece mucho menos forzado reconocer que se está protegiendo el derecho reclamado en sí mismo, tenga este o no conexión con el acceso a los tribunales. En efecto, lo que parece repugnar al sentido jurídico es permitir que se despidan a un trabajador cuando lo único que se pretende es que el empresario cumpla la ley.

En el mismo sentido, parte de la doctrina judicial incluye cualquier tipo de reclamación interna en la garantía de indemnidad. Se entiende que toda reclamación o muestra de descontento por parte del trabajador frente a un incumplimiento real y efectivo del empresario tiene por objeto evitar la judicialización del asunto. Y es que, en efecto, el trabajador, frente a un incumplimiento del empresario, solamente tiene una forma lícita y última de hacer cumplir la norma: la judicial. Siendo así, habrá que entender que todo el resto de fórmulas tienen como objetivo evitar llegar a este extremo.

Así, la denuncia ante la Inspección de Trabajo –que ya ha sido calificada como activador de la garantía de indemnidad– tiene por objeto evitar el proceso judicial. De la misma forma, la reclamación interna es siempre una manera de intentar resolver de buena fe el conflicto y sin provocar mayores perjuicios. Se debe recordar que, en una relación jurídica de tracto sucesivo, es vital para su mantenimiento eludir la destrucción de la confianza mutua. Por tanto, de un lado, por miedo a la represalia y, por otro, con objeto de resolver pacíficamente la controversia, es de esperar que el trabajador previamente intente reclamar por vía interna. Lo que no puede el ordenamiento jurídico es dejar desamparado y sin protección a aquel que actúa de buena fe intentando mantener y hacer perdurar el vínculo contractual. Y lo que es todavía menos comprensible es que se proteja más al trabajador que directamente acude a los tribunales actuando con sigilo frente a su empresario que al que sigue los pasos naturales, empezando por la muestra de descontento o reclamación interna¹⁸. Y, por último, también parece que carece de sentido que el despido de un trabajador como represalia a la reclamación de sus derechos laborales quede sin anular solamente porque se hizo de forma suficientemente anticipada.

¹⁸ Sin que esto quiera decir que el trabajador tenga obligación de reclamar primero internamente y luego ante los tribunales. El trabajador debe poder elegir cómo desea reclamar una ilegalidad cometida por el empresario, no obstante, lo que carece de sentido es que el ordenamiento jurídico proteja más una fórmula que otra.

Se podría incluso sostener que el hecho de que el despido por represalia acabe en sede judicial ya es, en sí mismo, una muestra de que la acción judicial en reclamación de los derechos laborales previamente reclamados fue una opción entre las que barajó el trabajador cuando hizo la reclamación interna. Y si no lo anunció expresamente (como exige parte de la doctrina judicial), es posible que fuera por el miedo a las represalias. Un miedo totalmente fundado si finalmente el caso acabó en tribunales derivado del despido del trabajador reclamante.

De esta forma, a mi juicio, para activar la garantía de indemnidad en una reclamación interna, no se debería exigir una manifestación expresa de acudir a los tribunales, dado que, siempre que existe una reclamación interna, se debe asumir que el fin es evitar el proceso judicial. Adicionalmente, la exigencia del anuncio de recurso a la vía judicial puede, de un lado, no haberse realizado por miedo a represalias¹⁹; de otro lado, esa manifestación de acudir a los tribunales puede, en sí misma, dificultar la propia resolución pacífica del conflicto.

Así pues, conforme a este criterio, la cuestión no debería centrarse en si en la reclamación interna hubo manifestación expresa de acudir a los tribunales –carga muy pesada para el trabajador–, sino si realmente hubo represalia frente a esta reclamación de derechos o, por el contrario, las razones fueron distintas. En efecto, cabe recordar que la activación de la garantía de indemnidad no implica automáticamente la nulidad de la actuación empresarial, sino que esta solamente vendrá si el empresario es incapaz de desconectar su medida del propósito vulnerador del derecho.

Esta es una razón más para no ser tan estrictos en la aplicación de la garantía de indemnidad, dado que la misma no excluye toda oportunidad del empresario de defenderse, muy al contrario, la empresa solamente tendrá que probar que el objeto de la medida no era reprimir la reclamación de derechos del trabajador. De hecho, de acuerdo con el TC, la empresa ni siquiera necesita un motivo lícito para el despido (suficiente causa en despidos objetivos o suficiente gravedad de la conducta imputada) para evitar la nulidad, sino que bastará con que demuestre que el mismo se hubiera producido igualmente, aunque el trabajador no hubiese presentado su reclamación.

También resulta interesante la doctrina judicial que llega a la misma conclusión en aplicación del derecho a la libertad de expresión. En este sentido, se mantiene que toda reclamación interna o muestra de malestar es una concreción del mismo, por lo que un despido como represalia a dicho ejercicio deberá considerarse nulo (una vez más, salvo que la empresa acredite la desconexión entre el despido y la reclamación). Como se puede observar, el objetivo es el mismo: activar la garantía de indemnidad sin exigir manifestación expresa de la intención de acudir a los tribunales.

¹⁹ Téngase en cuenta que siempre que se reclame contra un despido por garantía de indemnidad significa que el trabajador tenía razón al temer un despido ya que efectivamente ese despido se produjo y por eso se está dirimiendo el despido de ese trabajador y su derecho a la garantía de indemnidad en fase judicial.

Cabe subrayar, además, que esta doctrina puede vincularse a la nueva normativa europea de protección de *whistleblowers*. En efecto, la Directiva 2019/1937, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del derecho de la Unión, tiene como objeto, entre otros, proteger a los trabajadores que realizan denuncias.

Pues bien, la citada normativa protege indistintamente tanto a aquellos que realizan reclamaciones internas como a aquellos que interponen reclamaciones externas –autoridades competentes, etc.– (arts. 9, 10 y 11 en conjunto con el 19 y 21 directiva). En este sentido, aunque parte de la doctrina (Igartua, 2008) haya establecido que no es equivalente denunciar ilegalidades de forma altruista y en beneficio de terceros que reclamar derechos propios, la realidad es que ambas situaciones parten de un uso de la libertad de expresión para comunicar información veraz. Efectivamente, la directiva europea no distingue, a efectos de protección, si el denunciante estaba o no afectado personalmente por la ilicitud que denuncia (art. 6 directiva). Por el contrario, la única exigencia es la veracidad de la información transmitida –como ya hace nuestro TC–.

En cualquier caso, podría ser oportuno que el legislador español, en la trasposición de la directiva, incluyera en su ámbito de aplicación las denuncias por incumplimientos laborales (en el mismo sentido, Bogoni, 2019). Eso sí, siempre que lo haga sin establecer limitaciones de carácter formal para alcanzar la protección exigida por la directiva.

En fin, conforme se avanza, en la protección de aquellos que denuncian ilegalidades, incluso a nivel europeo, difícilmente se puede sostener que la calificación de improcedente sea suficiente protección para aquel que es despedido solamente por reclamar sus derechos por el mero hecho de hacerlo internamente, so pena de poner en entredicho la propia efectividad del derecho del trabajo.

Referencias bibliográficas

- Alegre Bueno, M. (2019). Indemnidad. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 224, 1-4.
- Álvarez Alonso, D. (2005a). [¿Garantía o garantías de indemnidad? Los diversos cauces de tutela del trabajador frente a represalias del empresario.](#) *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 269-270, 3-74.
- Álvarez Alonso, D. (2005b). *La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales*. Albacete: Bomarzo.
- Alzaga Ruiz, I. (2004). Garantía de indemnidad del trabajador y extinción del contrato de trabajo durante el periodo de prueba. *Aranzadi Social*, 5, 481-485.
- Bogoni, M. (2019). Garantía de indemnidad y tutela antidiscriminatoria. Una propuesta de estudio desde el derecho social europeo. *Revista Galega de Dereito Social*, 9, 229-267.
- Casas Baamonde, M.^a E. (2006). Tutela judicial efectiva y garantía de indemnidad. (El derecho a la garantía de indemnidad en la jurisprudencia constitucional). En M.^a E. Casas, J. Cruz y F. Durán (Coords.), *Las*

- transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución española: estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer* (pp. 695-744). Madrid: La Ley-Actualidad.
- Cavas Martínez, F. (2006). La garantía de indemnidad del trabajador que presenta reclamaciones judiciales o extrajudiciales contra su empresario. *Revista Aranzadi Social*, 4, 1-17.
- Folgoso Olmo, A. (2017). [La garantía de indemnidad y su extensión a las actuaciones no jurisdiccionales de los trabajadores](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 412, 73-92.
- García-Perrote Escartín, I. y Mercader Uguina, J. R. (2016). Limitaciones al alcance de la «garantía de indemnidad»: a propósito de la STC 183/2015, de 10 de septiembre, del Pleno del Tribunal Constitucional. *Revista de Información Laboral*, 3, 7-11.
- González-Posada Martínez, E. (2006). La garantía de indemnidad y sus perfiles. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 11.
- Igartua Miró, M.^a T. (2008). *La garantía de indemnidad en la doctrina social del Tribunal Constitucional*. Madrid: Consejo Económico y Social.
- Lousada Arochena, F. y Cabeza Pereiro, J. (2006). Las últimas elaboraciones constitucionales sobre la garantía de indemnidad del trabajador: el caso de los veterinarios de la Xunta de Galicia. *Revista Aranzadi Social*, 5, 575-586.
- Mella Méndez, L. (2015). Garantía de indemnidad: sentencias clave en la progresiva configuración autónoma de la misma (1999-2010). En A. P. Baylos, J. Cabeza, J. Cruz y F. Valdés (Coords.), *La jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el periodo 1999-2010. Libro homenaje a María Emilia Casas* (pp. 841-873). Madrid: La Ley.
- Montoya Melgar, A. (1999). La declaración testifical como pretendido ejercicio del derecho a la libre comunicación de información veraz; más un par de temas procesales añadidos. En A. Montoya Melgar (Dir.), *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social, Tomo XVI*. Madrid: Civitas.
- Pazos Pérez, A. (2014). *El derecho a la libertad de expresión y el derecho a la libertad de información en el ámbito laboral*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Rodríguez-Piñero Royo, M. (2015). Artículo 24: derecho a la tutela judicial efectiva. En A. P. Baylos, J. Cabeza, J. Cruz y F. Valdés (Coords.), *La jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el periodo 1999-2010. Libro homenaje a María Emilia Casas* (pp. 813-839). Madrid: La Ley.
- Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. (2003). Tutela judicial efectiva, garantía de indemnidad y represalias empresariales. En T. Sala, J. M. Ramírez y E. Borrado (Coords.), *Derecho vivo del trabajo y constitución: estudios en homenaje al profesor doctor Fernando Suárez González* (pp. 635-662). Madrid: La Ley.
- Tascón López, R. (2004). [La garantía de indemnidad del trabajador por el ejercicio de acciones judiciales encaminadas a la defensa de sus derechos. \(Un «nuevo» contenido del derecho a la tutela judicial efectiva imprescindible en el desenvolvimiento de las relaciones laborales\)](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 251, 139-188.
- Vidal López, P. (2016). No toda demanda judicial activa la «garantía de indemnidad». *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 919, 8.



Enfermedad profesional y cuestión de género. ¿Cumple el Real Decreto 1299/2006 con el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres? Al hilo de la doctrina del Tribunal Supremo sobre enfermedades profesionales causadas por mujeres

Miguel Arenas Gómez

*Abogado laboralista, especialista en Seguridad Social y prevención de riesgos laborales
Profesor asociado en el Departament de DTISS de la UAB y profesor colaborador de la UOC
Socio de Col.lectiu Ronda*

Extracto

¿Cumple el Real Decreto 1299/2006 con el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que impone la Ley orgánica 3/2007 de igualdad efectiva? Aunque anterior en el tiempo a dicha norma, el Real Decreto 1299/2006 nace cuando ya formaban parte de nuestro ordenamiento la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, y la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. Una lectura del listado de enfermedades profesionales, puesta en relación con la doctrina actual del Tribunal Supremo en materia de determinación de contingencia para profesiones no incluidas en el listado, nos lleva a concluir que la igualdad efectiva queda lejos, aún, de ser real.

Palabras clave: determinación de contingencia; Tribunal Supremo; enfermedad profesional; igualdad efectiva; discriminación.

Fecha de entrada: 12-07-2020 / Fecha de aceptación: 13-07-2020

Cómo citar: Arenas Gómez, M. (2020). Enfermedad profesional y cuestión de género. ¿Cumple el Real Decreto 1299/2006 con el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres? Al hilo de la doctrina del Tribunal Supremo sobre enfermedades profesionales causadas por mujeres. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 449-450, 115-124.



Occupational disease and gender issue. Does Royal Decree 1299/2006 comply with the principle of equal treatment for men and women?

In line with the doctrine of the Supreme Court on occupational diseases caused by women

Miguel Arenas Gómez

Abstract

Does Royal Decree 1299/2006 comply with the principle of equal treatment between men and women, imposed by Organic Law 3/2007 on effective equality? Royal Decree 1299/2006, prior to the aforementioned Organic Law, was born when Directive 79/7/EEC of the Council, of 19 December 1978, on the progressive application of the principle of equal treatment between men and women in matters of social security, and Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council, of 5 July 2006, on the application of the principle of equal opportunities and equal treatment for men and women in matters of employment and occupation, they were part of our legal system. A reading of the list of occupational diseases, related to the current doctrine of the Supreme Court regarding the determination of contingency for professions not included in the list, leads us to conclude that effective equality is still far from being real.

Keywords: contingency determination; Supreme Court; professional illness; effective equality; discrimination.

Citation: Arenas Gómez, M. (2020). Occupational disease and gender issue. Does Royal Decree 1299/2006 comply with the principle of equal treatment for men and women? In line with the doctrine of the Supreme Court on occupational diseases caused by women. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 449-450, 115-124.





Sumario

1. La Sentencia del Tribunal Supremo 215/2020. Las mujeres también realizan actividades de esfuerzo físico
2. Estadística y casuística
3. El RD 1299/2006. Profesiones y actividades
4. ¿Y qué dice el «nuevo» legislador?
5. A modo de conclusión



Y en todas partes, ellas: obreras, costureras, panaderas, cocineras, floristas, niñeras, limpiadoras, planchadoras, cantineras. El enemigo llamaba «pétroleuses», incendiarias, a estas fogosas que exigían los derechos negados por la sociedad que tantos deberes les exigía.

Eduardo Galeano (*Especiosos*)

1. La Sentencia del Tribunal Supremo 215/2020. Las mujeres también realizan actividades de esfuerzo físico

La reciente Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 215/2020, de 10 de marzo, resuelve el debate sobre el origen, común o profesional, de las dolencias que padece una mujer trabajadora a consecuencia del desarrollo de la profesión de estibadora portuaria. Ya avanzo que el resultado de la sentencia es que nos encontramos ante una verdadera enfermedad profesional, en este caso, una tendinitis calcificante, que tiene acomodo en el epígrafe 2D0101 del Real Decreto (RD) 1299/2006.

Es cierto que no es habitual que nos encontremos en el censo de trabajadores dedicados a la estiba y desestiba portuaria con mujeres –aunque, afortunadamente, ya no es ninguna sorpresa la incorporación de la mujer a sectores de actividad que han sido eminentemente masculinos–, pero, en el supuesto que desarrolla la sentencia dictada en unificación de doctrina, es una trabajadora con la profesión de «estibadora portuaria», lo que le supone la manipulación de mercancías en la carga/descarga, estiba/desestiba, así como otras actividades complementarias, tanto en la bodega como en la cubierta de buques y en toda la zona de servicio del puerto. Las lesiones fueron constitutivas de un proceso de incapacidad temporal, rehusado primero por la mutua colaboradora con la Seguridad Social como contingencia profesional y posteriormente por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, que calificó las dolencias como enfermedad común, y consistían en una tendinopatía del manguito rotador y una tendinitis calcificante, ambas en hombro izquierdo.

El magistrado ponente, Antonio Vicente Sempere Navarro, en la línea didáctica a la que nos tiene acostumbrados en sus resoluciones, nos recuerda cuál es la doctrina de la sala

para que una lesión sea declarada como enfermedad profesional en aplicación del [artículo 157 de la Ley general de la Seguridad Social](#) (LGSS) y el [RD 1299/2006](#), siendo necesario que concurren los tres requisitos de aquel artículo (dolencia, agente y actividad), lo que supone que el trabajador no tenga que probar la relación de causalidad, aplicándose la presunción *iuris et de iure*.

La cuestión es resuelta favorablemente para la trabajadora en la sentencia, ya que, aunque las entidades colaboradora y gestora negaban el origen profesional de la lesión (tendinitis), esta sí aparece en el listado de enfermedades profesionales y en concreto en el epígrafe 2D0101. El argumento de la mutua colaboradora se escudaba en los siguientes motivos: 1) en la ayuda de medios mecánicos para realizar las actividades de estibadora portuaria –rechazada por el magistrado, ya que dice «es indudable el carácter manual y la realización de esfuerzos» y además con movimientos de carácter repetitivo–, y 2) porque la profesión de «peonaje en la estiba» no aparece en el cuadro de enfermedades profesionales. Esta última cuestión, las profesiones del [RD 1299/2006](#), nos recuerda el ponente que es una lista abierta, como ya tuvo ocasión de señalar el TS desde, cito literalmente:

1.^a La STS 5 noviembre 2014 (rcud. 1515/2013) considera enfermedad profesional el síndrome de túnel carpiano bilateral que padece una profesional de la limpieza, aunque el catálogo no mencione expresamente esta profesión como una de las causantes de dicha enfermedad. 2.^a La STS 18 mayo 2015 (rcud. 1643/2014) considera enfermedad profesional el síndrome subacromial derecho diagnosticado a una peluquera, con limitación para tareas que requieran integridad de articulación de hombro derecho, aunque la profesión de peluquera no aparezca expresamente listada. 3.^a La STS 777/2019 de 13 noviembre (rcud. 3482/2017) entiende que es profesional la epicondilitis padecida por gerocultora que presta servicios en residencia de ancianos.

A las anteriores sentencias del TS, en materia de determinación de contingencia por enfermedad profesional (limpiadora, peluquera, gerocultora), podemos añadir la reciente [STS 122/2020, de 11 de febrero](#), de la que es ponente la magistrada Concepción Rosario Ureste García, [comentada en el número 443 de esta revista](#), que ha determinado específicamente que estamos ante una clara enfermedad profesional, en este nuevo caso, un síndrome del túnel carpiano, en razón de la actividad ejercida, y en concreto en la profesión de camarera de pisos (*kelly*), culminando el largo camino que estas trabajadoras han tenido que transitar para el reconocimiento del origen profesional de sus dolencias.

Coincide en las cinco sentencias reseñadas que nos encontramos ante enfermedades de tipo osteomuscular, provocadas por claros factores de riesgo ergonómico, tales como la manipulación manual de cargas, movimientos repetitivos y posturas forzadas a nivel de extremidades superiores; en todos los casos las patologías están incluidas en el listado de enfermedades profesionales del [RD 1299/2006](#) (en el grupo 2); y, sin embargo,

ninguna de las profesiones señaladas aparece en el listado, siendo al menos cuatro de las mismas realizadas mayoritariamente por mujeres. A ninguna de ellas se les declaró la presunción del [artículo 157 de la LGSS](#) y tuvieron que agotar –nunca mejor utilizado el verbo– la vía judicial para que se declarase la etiología profesional de sus lesiones. Y, aunque el Alto Tribunal ha fallado en favor del reconocimiento de la contingencia profesional, es evidente que falta en dichas sentencias una lectura del [RD 1299/2006](#) en clave de género, ya que la doctrina del TS se limita a examinar los requerimientos ergonómicos de las diferentes profesiones analizadas, pero sin entrar a valorar por qué las profesiones femeninas son excluidas sistemáticamente del listado en cuestión.

A la vista de lo expuesto, nos preguntamos: ¿es respetuoso el [RD 1299/2006](#) con el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, cuando parece claro que ha expulsado del mismo las profesiones que realizan mayoritariamente ellas?

2. Estadística y casuística

El actual cuadro de enfermedades profesionales pivota alrededor de seis grupos, recogiendo diversos agentes causantes de enfermedades profesionales, y en concreto los químicos, físicos, biológicos, carcinógenos y, como cláusula de cierre, dos más que son los que causan enfermedades por inhalación de sustancias, así como de la piel, en ambos casos, por agentes no comprendidos en otros apartados¹. El listado, largo y complejo, se elaboró siguiendo la [Recomendación 2003/670/CE de la Comisión Europea](#), y supuso, además, un nuevo sistema de notificación de enfermedades profesionales (CEPROSS), que se contempla en la [Orden TAS/1/2007, de 2 de enero](#), por la que se establece el modelo de parte de enfermedad profesional, se dictan normas para su elaboración y transmisión y se crea el correspondiente fichero de datos personales. Ninguna de las normas que acabo de referenciar realiza ningún análisis con perspectiva de género.

Si nos acercamos a las actuales estadísticas sobre enfermedades profesionales² en nuestro país –y me voy a limitar a los datos recogidos en 2020, de enero a mayo–, se ponen de relieve algunos aspectos interesantes y poco conocidos, que nos permitirán más adelante delimitar la lectura del [RD 1299/2006](#) en clave de género. Son los siguientes:

- De un total de 4.041 partes de enfermedad profesional comunicados, 3.368 pertenecen al grupo 2 del [RD 1299/2006](#), es decir, a agentes físicos. Eso supone que

¹ Muy interesante al respecto es la «[Guía de ayuda para la valoración de las enfermedades profesionales](#)».

² Elaboración propia a través de los datos disponibles en la web del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones: <http://www.mitramiss.gob.es/es/estadisticas/condiciones_trabajo_relac_laborales/EPR/welcome.htm>.

un 83,34 % de las enfermedades profesionales deriva de daños osteomusculares. Y la división entre hombres y mujeres estriba en que ellos sufrieron 1.622 partes frente a los 1.746 de ellas.

- Dentro del grupo 2, de los 3.368 partes comunicados, 2.039 pertenecen al agente D (posturas forzadas, movimientos repetitivos, fatiga e inflamación de las vainas tendinosas) con afectación de hombros, codos, muñecas... Es decir, son más del 50 % de todas las enfermedades profesionales, y dentro del grupo 2, un 60,54 % de las mismas. En cuanto a la afectación por género, hay 893 mujeres afectadas frente a 1.146 hombres.
- También dentro del grupo 2, de los 3.368 partes comunicados, 1.145 pertenecen al agente F (parálisis de los nervios debidas a la compresión, por posturas forzadas y movimientos repetitivos) con afectación de las extremidades superiores. Esto supone algo más del 25 % de todas las enfermedades profesionales, y dentro del grupo 2, un 34 % de las mismas. Aquí, en referencia a la afectación por género, el resultado es de 740 mujeres afectadas frente a 405 hombres.

Cabe destacar tres conclusiones muy claras:

- 1.^a Las enfermedades profesionales que más se producen son las de carácter osteomuscular del grupo 2 por agentes físicos.
- 2.^a Dentro del grupo 2, los agentes D y F son los que suponen, también de forma mayoritaria, el número más importante de lesiones profesionales. Aquí se incluyen los códigos 2D0201, síndrome del túnel carpiano, y 2F0201 al 2F0601, tendinitis, epicondilitis, etc.
- 3.^a El número de hombres y mujeres afectados por las dolencias del grupo 2, en general, y de los agentes D y F, en particular, es muy similar.

Por tanto, a la vista de la estadística oficial, el listado de enfermedades profesionales debería recoger profesiones masculinas, femeninas e indistintas. ¿Es así?

3. El RD 1299/2006. Profesiones y actividades

Vistas las cifras estadísticas del epígrafe anterior, podemos ahora, centrándonos en el grupo 2 y agentes D y F, comprobar cuáles son las profesiones que nuestro legislador ha recogido en el listado y ver si las que allí aparecen tienen en cuenta las diferentes actividades que realizan hombres y mujeres. Ya anticipo que la respuesta es negativa, y que aparece

un claro sesgo masculino en las mismas. Veamos cuáles son a continuación, centrándonos en los dos epígrafes del listado de enfermedades profesionales que mayoritariamente dan lugar a procesos de incapacidad temporal por dicha contingencia.

En el agente D nos encontramos que el código 2D0101 hace referencia expresa a pintores, escayolistas, montadores de estructuras; el 2D0201, a carniceros, pescaderos, curtidores, deportistas, mecánicos, chapistas, caldereros, albañiles; finalmente, el 2D0301 no hace referencia expresa a profesión alguna.

Ya vimos cómo en este agente el número de mujeres afectadas es algo inferior al de hombres, pero muy relevante. Sin embargo, las pocas profesiones recogidas son claramente masculinas, con la única salvedad de los carniceros y pescaderos, que puede ser indistinta. Más relevante aún es que el síndrome del túnel carpiano, enfermedad que padecen las mujeres de forma claramente superior a los hombres, se encuentra en este epígrafe (2D0101) y, sin embargo, como la doctrina del TS –y la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social (DGOSS) a través de una [circular](#)– ha tenido que corregir, no se hace referencia a las dos profesiones que las mujeres realizan de forma prácticamente mayoritaria (limpiadoras) o casi de forma exclusiva (camareras de pisos). Quizás aquí ha perdido una ocasión preciosa el Supremo para haber realizado la integración de profesiones femeninas en una interpretación judicial con perspectiva de género, más que la mera remisión a la configuración de «listado abierto» del [RD 1299/2006](#).

En el agente F aparecen en los diferentes códigos las profesiones de lavaderos, cortadores de tejidos y material plástico y similares, trabajos de montaje (electrónica, mecánica), industria textil, mataderos (carniceros, matarifes), hostelería (camareros, cocineros), soldadores, carpinteros, pulidores, pintores. También se recogen el ordeño de vacas, grabado, talla y pulido de vidrio, burilado, trabajo de zapatería, leñadores, herreros, peleteros, lanzadores de martillo, disco y jabalina. Más adelante, empedradores, soladores, colocadores de parquet, jardineros y similares. Se refieren las profesiones de mozos de mudanzas, empleados de carga y descarga y similares. Y cierran este agente F los conductores de automóviles y trabajos con requerimientos de presión crónica por uso de tijera.

Nos encontramos aquí con un mayor elenco de profesiones y con patologías muy relevantes a nivel de codo –epicondilitis– y de hombro –tendinitis, afectación del manguito rotador–, que, aunque pudiera parecer que afectan por igual a hombres y mujeres, los datos del CEPROSS nos indican que a nivel de enfermedades profesionales son más las mujeres afectadas, y nuevamente brillan por su ausencia las profesiones realizadas por mujeres. Otra ocasión perdida para integrar en el listado, con perspectiva de género, una profesión tan eminentemente femenina como es la de peluquera, nuevamente salvada por el TS aplicando la teoría del listado abierto.

4. ¿Y qué dice el «nuevo» legislador?

Pues de momento poco o nada. Sin embargo, sí es un tema que se ha debatido en el Congreso de los Diputados³, solicitándose expresamente que el listado de enfermedades profesionales «no dé lugar a discriminaciones indirectas por razón de sexo». En la sesión en la que en su día se abordó esta cuestión se indicó que:

Las enfermedades profesionales no incluidas en el cuadro pero que sean ocasionadas por el desempeño del trabajo serán tipificadas como accidentes de trabajo, pero esto implica la necesidad de litigar. Entre ellas se encuentran principalmente las de aquellas profesiones desempeñadas por mujeres, enfermedades profesionales provocadas por posturas forzadas y movimientos repetitivos. El cuadro solo contempla a pintores, escayolistas, montadores de estructuras, mecánicos, chapistas, caldereros. Seguramente haya mujeres que desarrollen estas profesiones, pero mayoritariamente las mujeres desempeñan otras profesiones. Por eso, hoy el Grupo Parlamentario Socialista trae aquí una iniciativa que lo único que persigue es que ante una misma dolencia hombres y mujeres seamos tratados de igual manera.

Una vez en el Gobierno, el Grupo Parlamentario Socialista puede, y debe, realizar la adecuada reforma del cuadro de enfermedades profesionales para evitar la discriminación en que aquel incurre, al no contemplar las profesiones que realizan mayoritariamente las mujeres: gerocultoras, peluqueras, limpiadoras y camareras de pisos. No es de recibo ver el «defecto» y permitir que sea el TS el que tenga que enmendar la plana por la vía interpretativa del listado abierto. Y no, los parches de las circulares de la DGOSS no evitan la litigiosidad a la que tienen que enfrentarse aquellas trabajadoras, todas con salarios humildes.

5. A modo de conclusión

No puedo obviar que el [RD 1299/2006](#) se dictó antes de la entrada en vigor de la [Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo](#), para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, pero tampoco que las directivas europeas ya proscribían con anterioridad cualquier tipo de discriminación entre hombres y mujeres, ya sea directa o indirecta, y la exigencia de garantizar

³ Diario número 463 de Sesiones del Congreso de los Diputados (15 de marzo de 2018). [Proposición no de ley «sobre la modificación del Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social, para que su aplicación no dé lugar a discriminaciones indirectas por razón de sexo»](#), presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, entonces en la oposición (núm. de expediente 161/002283).



en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, y en el acceso a las prestaciones de Seguridad Social.

El TS está sonrojando a nuestro legislador cuando tiene que articular una interpretación de listado abierto para incluir en el mismo a limpiadoras, peluqueras, etc., en el ámbito de protección de la enfermedad profesional. Pero quizás está perdiendo también la ocasión de juzgar con perspectiva de género en esta cuestión. Sin embargo, parece que el compromiso del Alto Tribunal es orientar su actuación hacia una labor interpretadora con perspectiva de género. Ya lo ha hecho con respecto a la denominada «prestación en favor de familiares», recordando la «[...] obligación de jueces y tribunales de incorporar la perspectiva de género en lo que constituye su actuación como Poder del Estado, esto es, en la interpretación y aplicación de las normas» (STS 79/2020, de 29 de enero). Y aún más recientemente, respecto a la contingencia de accidente no laboral, el TS (STS 580/2020, de 2 de julio) ha declarado que las lesiones sufridas en un parto por una mujer deben considerarse accidente no laboral y no enfermedad común, ya que lo ocurrido a la recurrente en el parto solo le pudo suceder por su condición de mujer. La perspectiva de género proclamada por el artículo 4 de la referida Ley orgánica 3/2007 refuerza la interpretación de que el hecho debe considerarse accidente no laboral y no enfermedad común, pues solo las mujeres pueden encontrarse en una situación que no tiene parangón con ningún otro tipo de circunstancia en que se acuda a la atención sanitaria. De ahí, se dice en la sentencia, que la utilización de parámetros neutros, como los que propone la entidad gestora, conduzca a un resultado contrario al principio de igualdad efectiva que nuestro ordenamiento consagra.

En fin, quizás algún día, el artículo 4 de la Ley orgánica 3/2007 deje de ser un principio informador del ordenamiento jurídico y la igualdad de trato y oportunidades entre hombres y mujeres sea una realidad incuestionable. Y no estaría mal empezar incluyendo en el RD 1299/2006 las profesiones eminentemente femeninas que dan lugar a enfermedades profesionales.

¿Se pueden utilizar datos reservados o confidenciales para instrumentalizar la defensa en el proceso laboral?

Comentario a la [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Málaga 515/2020, de 13 de mayo](#)

Francisco Vila Tierno

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Málaga
Of Counsel GVA & Atencia*

1. Marco normativo aplicado

El Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Andalucía, en [Sentencia 515/2020, de 13 de mayo](#), viene a ratificar el fallo de la instancia que califica un despido disciplinario como procedente por la utilización de una trabajadora de datos personales de terceros. O de manera más concreta, por la utilización de datos personales de terceros teniendo firmado un pacto de confidencialidad y transmitirlos fuera del ámbito estrictamente empresarial. Dicho así, podría identificarse rápidamente con una infracción laboral que, en este caso, y al amparo del [artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores](#) (ET), ha sido objeto de sanción disciplinaria optándose por la vía extintiva por la gravedad de los hechos que se plantean en la carta de despido. Sin embargo, es preciso definir de manera más extensa el supuesto de hecho para entender el interés de la resolución y las dudas que plantea la misma. Unas dudas que, dadas las contradicciones existentes con otros pronunciamientos anteriores, justificarían claramente una casación que sirviera para eliminar la situación de inseguridad jurídica creada.

En este sentido, son varios los instrumentos normativos a los que debemos hacer referencia para contextualizar jurídicamente los hechos enjuiciados. De una parte, se sitúa la infracción en el marco del [artículo 54.1 d\) del ET](#), como transgresión de la buena fe contractual. A tal efecto, dos cuestiones se deben señalar en relación con el objeto del debate: de una parte, la muy conocida doctrina gradualista en la valoración de la gravedad de la

Cómo citar: Vila Tierno, F. (2020). ¿Se pueden utilizar datos reservados o confidenciales para instrumentalizar la defensa en el proceso laboral? Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Málaga 515/2020, de 13 de mayo. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 449-450, 125-133.

infracción que exige una aplicación de los criterios de proporcionalidad y adecuación en tal valoración de los hechos, entendiendo que ello se realiza sobre el conjunto de los elementos objetivos y subjetivos en la litis –v. gr., Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 16 de enero de 1990–. De otra parte, deben identificarse los elementos que predeterminan la existencia de la causa que se le imputa a la trabajadora, en este caso, la transgresión de la buena fe contractual, y, para ello, la doctrina viene señalando, al amparo de la doctrina jurisprudencial al respecto, que:

[...] el trabajador haya incurrido en una conducta en la cual concurren los requisitos esgrimidos y que [...] la conducta suponga una vulneración de las pautas de comportamiento que la lealtad exige; que el hecho vulnerador haya sido cometido por el trabajador de manera consciente, voluntaria e inexcusable, y que del hecho se deriven consecuencias gravemente perjudiciales para la empresa.

De manera concreta, se viene a afirmar que:

La sanción de despido, por su trascendencia y gravedad en cuanto supone la expulsión del trabajador de la empresa laboral de la que forma parte, ha de responder a la exigencia de proporcionalidad y adecuación entre el hecho cometido y la sanción impuesta, debiéndose tener en cuenta, además, las circunstancias concurrentes, a fin de individualizar la conducta del trabajador y enjuiciar si la misma ha de calificarse como justa causa de despido (STS de 24 de julio de 1990).

En otro orden, el [Reglamento \(UE\) 2016/679, de 27 de abril](#), y la [Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre](#), de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD), marcan o determinan el uso de datos y tratamiento de los mismos. Entendiéndose por datos personales aquella «información sobre una persona física identificada o identificable», y respecto al tratamiento, entre otros, la recogida, consulta, utilización, comunicación... Con relación a ello, determinan tanto el reglamento como la LOPDGDD la regla general del consentimiento del interesado para la recogida y transmisión de los datos, si bien se incluyen excepciones a esa regla general, como, por ejemplo, la satisfacción de intereses legítimos perseguidos, a lo que se añade en el artículo 9 del [reglamento](#) que, incluso cuando se trate de datos sensibles (entre los que no se incluyen los de naturaleza económica), también se exceptúa dicho consentimiento «cuando el tratamiento sea necesario para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones o cuando los tribunales actúen en ejercicio de su función judicial». Y ya, con carácter previo, la [Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre](#), de protección de datos de carácter personal, contemplaba excepciones al consentimiento del interesado en sus artículos 6 y 11, entre las que también se incluía cuando tenga como destinatario los tribunales de justicia o cuando se trate de datos recogidos de fuentes accesibles al público.

Debiera entenderse, por tanto, dos cosas: a) no es necesario la firma de un pacto de confidencialidad para evitar la transmisión de datos a terceros (sería, incluso, irrelevante); y

b) la conducta sancionable de la trabajadora, para la aplicación de la doctrina gradualista, debería tener presente el destino del uso de los datos.

2. Supuesto de hecho

Vamos a plantear, de manera sucinta, los principales elementos que merecen una reflexión:

- a) La trabajadora, por razón de su puesto, tenía acceso a la referida documentación de manera legítima. Del mismo modo que otra serie de personas trabajadoras o cargos tenían, de igual forma, acceso a dichos datos, como queda acreditado en los hechos probados. Lo esencial, por tanto, es que la trabajadora podía acceder a tal información y que esta no era conocida de manera estricta y restringida por la misma.
- b) Con carácter previo, la citada trabajadora había tenido diferentes enfrentamientos con la empresa, si bien estos no habían terminado en sede judicial, hasta que la misma demanda por un supuesto de discriminación salarial. Menos de 1 mes más tarde, la trabajadora es despedida por transgresión de la buena fe contractual al transmitir datos reservados de personas trabajadoras de la empresa a terceros. Para ello se insiste en que la misma había suscrito un pacto de confidencialidad.
- c) La reclamación judicial por discriminación salarial es resuelta apreciándose la misma. La sentencia recaída en la instancia y ratificada en la sala de suplicación (la misma que resuelve la que ahora es objeto de comentario) se basa en la utilización de los datos que ahora se cuestionan –[Sentencia del TSJ de Andalucía/Málaga 246/2018](#)–. Esto es, la conducta que sirve para demostrar, y con la que se demuestra, la existencia de discriminación salarial (y, por tanto, dirigida exclusivamente a este fin y como único medio posible ante la imposibilidad de solventarse de otra manera) es calificada en esta nueva sentencia como transgresora de la buena fe contractual.
- d) La trabajadora, ante el despido, alega la vulneración del principio de indemnidad y, por tanto, solicita la nulidad de la extinción por la violación de un derecho fundamental.
- e) La transmisión de datos se había producido en los siguientes términos:
 - en el marco estricto de un proceso judicial para la defensa de sus derechos laborales, concretamente, en este caso, de un derecho laboral fundamental inespecífico;
 - se traslada a los letrados que preparan su reclamación judicial;

- se comunica, mediante la papeleta de demanda de conciliación a la propia empresa;
- la referencia a un tercero ajeno a la mercantil se puede corresponder con quien ostenta la máxima responsabilidad en el grupo de empresas. Pues bien, este último extremo es el que finalmente decanta la calificación de procedencia de la sentencia por la sala andaluza del TSJ. Y ello requiere mayor reflexión.

3. Doctrina judicial aplicada y motivos de oposición a la misma

En el fundamento jurídico segundo se procede a rechazar la revisión de hechos probados pretendidos por la parte actora. Ello no resulta intrascendente por varios motivos. Pero basta con centrarnos en varios de ellos. De una parte, se ignora el hecho de que uno de los correos electrónicos a los que se dice mandar datos es el de una letrada de la actora; en segundo término, que no se tiene presente que se valora una conducta que no se corresponde con lo determinado con valor de hecho probado, porque se incluyen elementos de conducta que no aparecen en la carta de despido y que debieron ser tenidos en cuenta para valorar la eventual gravedad de la actuación de la trabajadora (no se imputa como conducta sancionable en la carta de despido remitir información a personas trabajadoras de la empresa, sin embargo no se altera la calificación aun siendo esta menos extensa o grave). De los hechos probados se desprende, sin embargo, que las personas que pudieran tener conocimiento de los datos controvertidos son, de una parte, personal de la empresa que podría acceder a los mismos por sus funciones; de otra, personas que pueden conocer tales datos con base en el contrato de prestación de servicios (gestión de recursos humanos, elaboración de nóminas y asesoría jurídica) que vincula a las dos empresas del grupo; y, por último, a la representación legal de la parte demandante. De ahí que se reconozca un error evidente al calificar el despido de acuerdo a unos hechos que son los reflejados en la instancia y que todo quede resumido al último de los extremos que ahora señalamos.

Finalmente, se identifica como elemento central sobre el que gira la calificación de procedencia la comunicación a un sujeto que se entiende como ajeno a la empresa y sobre este hecho se hace girar toda la gravedad del hecho (y así se refleja en el FJ 4.º).

Y, en este sentido, no podemos coincidir en que una cuestión derivada de la técnica suplicatoria condicione de manera directa el éxito de la defensa de un derecho fundamental. Y ello es así porque el hecho incontrovertido, que nadie ha discutido en la instancia, de la identidad de la persona que recibe la información, se considera ahora como un tercero en la sentencia, insistiéndose por la parte actora en su condición de máximo responsable del grupo de empresa. En este sentido, la transgresión de la buena fe contractual se sustenta no en el hecho irrelevante de un pacto de confidencialidad (que en ningún caso puede ser limitativo del ejercicio de un derecho fundamental) ni en la legítima utilización de esa información

confidencial, sino en el hecho de haberla transmitido a un tercero que sorprendentemente la sentencia de la sala califica como «ajeno» a la organización empresarial por falta de prueba en la instancia. Se obligaría, de este modo, a una prueba diabólica a la trabajadora y que estaría fuera de lugar por las limitaciones propias de la técnica suplicatoria.

Por su parte, en el fundamento jurídico cuarto ya citado, se viene a resolver el recurso planteado con base en los siguientes razonamientos: la trabajadora utiliza la documentación a la que tenía acceso por su cargo, y así:

La demandante, en su condición de responsable de finanzas de la empresa, tenía acceso al fichero denominado de «Recursos Humanos», con nivel de seguridad medio, para la gestión de personal, nóminas y recursos humanos de sus empleados, dándose la circunstancia de que el 7 de julio de 2011 había firmado documento de confidencialidad en el que se comprometía a no aplicar o utilizar los datos de carácter personal a que tuviera acceso con fin distinto al de realizar el trabajo asignado ni a conservarlos en sitio diferente al de su lugar de trabajo ni a comunicarlos a personas ajenas a la empresa. A pesar de ello, tras recopilar la información existente en dicho fichero, incumpliendo la obligación de confidencialidad adquirida, la utilizó para fundar en ella la reclamación a la empresa, basada en discriminación de género, de diferencias salariales respecto de sus compañeros de trabajo de similar categoría.

Llegados a este punto, podría valorarse la colisión de la obligación de confidencialidad con el derecho fundamental de la demandante a la no discriminación. Pues bien, aun admitiendo que la demandante hubiese estado legitimada para utilizar los datos reservados de la empresa a los que había tenido acceso por razón de su trabajo para fundar en ellos su reclamación de diferencias salariales, basada en discriminación de género, en ningún caso esa colisión le habría facultado para notificar esos datos a personas ajenas a la empresa, en concreto a los titulares de las cuentas de correo electrónico expresadas y a don FJMA. Y, frente a lo que se afirma en el recurso de suplicación, no ha quedado probado que los titulares de esas direcciones de correo electrónico ni don FJMA tuviesen conocimiento previo de los datos reservados que figuraban en la papeleta de conciliación, siendo intrascendente a estos efectos que dos de esas direcciones de correo electrónico perteneciesen a personas que trabajan en otra empresa del mismo grupo empresarial que la demandada [...] debiendo resaltarse además que la demandante no había obtenido previamente autorización de sus compañeros de trabajo para la utilización de los datos de sus nóminas. Y la remisión de la papeleta de conciliación a estas personas, sin motivo que lo justifique, es evidente que supone una infracción de lo dispuesto en los artículos 10 y 11 de la Ley orgánica de protección de datos, en relación con el artículo 5 d) del Estatuto de los Trabajadores, infracción que integra la transgresión de la buena fe contractual tipificada en el artículo 54.1 d) del Estatuto de los Trabajadores.

Así que el indicio de vulneración del derecho a la indemnidad de la demandante derivado de la circunstancia de que su despido fuese posterior a la presentación

por ella de papeleta de conciliación en reclamación de diferencias salariales, queda desvirtuado, más que por la reiteración de reclamaciones verbales a lo largo de su relación laboral, por la constatación de la veracidad de los hechos imputados en la carta de despido. En consecuencia, la sentencia recurrida, al desestimar la pretensión formulada en la demanda de que el despido de la demandante violaba su derecho a la indemnidad y concluir que los hechos imputados en la carta de despido y cuya realización ha quedado probada, son constitutivos de un incumplimiento grave y culpable [...].

En síntesis, no se tiene en cuenta que se utilizan los datos como único medio para la defensa de su derecho fundamental a la igualdad retributiva, lo que se acredita en la sentencia de la misma sala de Málaga que así lo reconoce y sin que entonces se pusiera ninguna traba a su conducta, ni en el marco procesal, ni por la propia empresa en sede judicial. Y siendo calificada la conducta como muy grave por la puesta en conocimiento, como conducta imputable, a un tercero que no se ha discutido en la instancia su pertenencia al grupo empresarial y su relación con la mercantil para la que se prestan servicios, obligando a una prueba imposible en suplicación a la parte actora y destruyendo, de forma no razonada, el nexo de unión entre la conducta empresarial como represalia y la reclamación anterior de la trabajadora.

4. Trascendencia de la sentencia e interés casacional

Como es sabido, en los supuestos en los que se invoca un derecho fundamental, la vulneración exige una prueba indiciaria. Y en el caso de la vulneración del derecho de indemnidad, un nexo causal y temporal. Si la trabajadora presenta una demanda por discriminación salarial, que concluye, además, con pronunciamiento favorable ratificado en suplicación; si los datos que utiliza la trabajadora son los mismos que ahora se discuten en relación con el despido; si en aquel pleito no hay tacha procesal ni sustantiva y es en la sede en la que se deberían haber discutido los mismos; si se entiende, por tanto, que hay cosa juzgada respecto a aquellos hechos; si el despido se produce justo a continuación de presentarse la demanda por discriminación, ¿no hay nexo causal y temporal? No parece que sea preciso definir el principio de indemnidad... Debemos, por tanto, discrepar desde un punto de vista estrictamente jurídico.

Si tomamos como referencia la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 16/2006, de 19 de enero, puede afirmarse que:

En el campo de las relaciones laborales la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos, de donde se sigue la consecuencia de que una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción

judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido debe ser calificada como discriminatoria y radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental, ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo [...].

También es preciso tener presente la importancia que en estos supuestos tiene la regla de la distribución de la carga de la prueba. Según reiterada doctrina de este tribunal, cuando se alegue que determinada decisión encubre en realidad una conducta lesiva de derechos fundamentales del afectado, incumbe al autor de la medida probar que obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio a un derecho fundamental. Pero para que opere este desplazamiento al demandado del *onus probandi* no basta que el demandante tilde de discriminatoria la conducta empresarial, sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de semejante alegato y, presente esta prueba indiciaria, el demandado asume la carga de probar que los hechos motivadores de su decisión son legítimos o, aun sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales. No se impone, por tanto, al demandado, la prueba diabólica de un hecho negativo –la no discriminación–, sino la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales (por todas, SSTC 66/2002, de 21 de marzo, F 3; 17/2003, de 30 de enero, F 4; 49/2003, de 17 de marzo, F 4; 171/2003, de 29 de septiembre, F 3; 188/2004, de 2 de noviembre, F 4; y 171/2005, de 20 de junio, F 3).

Siendo así, el [artículo 181.2 de la Ley reguladora de la jurisdicción social](#) dispone que, si prospera la aportación de indicios de discriminación, se invierte la carga de la prueba, de manera que es la empresa la que debe probar que ha desarrollado una conducta al amparo de una justificación objetiva y razonable.

Por su parte, la [STC 138/2006, de 8 de mayo](#), señala que:

[...] el demandante aportó al proceso judicial un principio de prueba suficiente sobre la posibilidad de existencia de una conducta empresarial dirigida a sancionar su actuación al haber accionado [...] frente a la empresa ante el orden jurisdiccional social, deduciéndose [...] la existencia de una cierta animosidad entre las partes y pudiendo, en consecuencia, adivinarse la afectación de la garantía de indemnidad integrante del derecho a la tutela judicial efectiva.

Pues bien, el único argumento que queda vivo para calificar la conducta como grave, y que justifica el despido, sería no respetar un pacto de confidencialidad y trasladar datos a terceros. ¿Y ello es suficientemente grave?

Entendemos que esto debe plantearse al amparo de diferentes circunstancias: a) la existencia de sentencias que, basándose en los mismos datos aportados, acreditan la discriminación salarial; b) se acredita en los hechos probados que en el juzgado de instrucción y en el informe del Ministerio Fiscal en el ámbito del proceso penal que tiene lugar frente a la actora se entiende que esta no incurre en ninguna conducta irregular; c) que los datos son conocidos y utilizados por terceros del grupo de empresas.

Además, cuando existe una reclamación de discriminación por razón de género, debe recordarse que la [Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976](#), ya disponía en su artículo 7 la obligación de establecer «medidas necesarias para proteger a los trabajadores contra cualquier despido que constituya una reacción del empresario a una queja formulada a nivel de empresa, o a una acción judicial encaminada a hacer respetar el principio de igualdad de trato», teniendo como consecuencia la [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de septiembre de 1998, asunto C-185/97 \(Coote\)](#), que entendió que el citado artículo 7 debería ser interpretado de manera amplia, en el sentido de imposibilitar cualquier acto o conducta empresarial que suponga una represalia al ejercicio de la acción de la empleada basada en la impugnación de un acto discriminatorio por razón de sexo.

Finalmente, debemos concluir que, aplicando la [STC 38/2006, de 13 de febrero](#), el despido estaría justificado si se acredita el incumplimiento señalado en la carta de despido, o si se deja sin fundamento la conexión entre los hechos llegados por la actora y la decisión extintiva.

A este respecto, y en síntesis, no podemos compartir que se han utilizado de manera ilegítima los datos personales, comunicándolos a terceros y sin respetar un pacto de confidencialidad, por los siguientes motivos:

- Se hace en estrictos términos de defensa y en el marco de un proceso judicial. En este sentido, cumple los parámetros del reglamento comunitario y es, sin duda, el medio adecuado y menos invasivo.
- No hay, en realidad, terceros ajenos a la empresa y, si los hubiera, ¿ello excluye el uso de los mismos en un proceso judicial para la defensa de derechos fundamentales? Además, en la instancia se incluyen hechos inexistentes en la carta de despido que sirve para calificar la conducta de la trabajadora, de donde se deriva que debe reconsiderarse la actuación empresarial y la gravedad de los hechos realmente imputados.
- Se acredita por la misma sala la existencia de discriminación y, lo más importante, se hace conforme a esos mismos datos a los que otorga plena validez en el proceso para la defensa de derechos fundamentales.
- El dato de la firma de un pacto de confidencialidad es absolutamente irrelevante, puesto que, aunque no existiendo, la trabajadora tendría que respetar la limitación

de uso de dichos datos en la normativa vigente, pero ¿no lo hace? Recordemos que solo los utiliza en el contexto de un proceso judicial para la defensa de unos derechos que se acreditan como vulnerados.

En este marco, ¿se pueden o no utilizar estos datos en un proceso judicial para la defensa de un derecho fundamental? Para la sala sí, cuando en el primer pleito se discute la discriminación salarial, y no, cuando se discute el despido. Realmente es contradictorio y causa, cuanto menos, desazón, por lo que sería conveniente, como hemos sugerido, una casación aclaratoria que determine qué se puede hacer. Pero mientras esta llega, yo me pronuncio: estoy convencido de que sí se pueden utilizar. Que no puede desampararse a una persona trabajadora que los usa en el marco estricto de un proceso judicial para la defensa de derechos fundamentales y que de ninguna manera se justifica despedir a una trabajadora inmediatamente después de haberlos usado en un procedimiento que, a mayor abundamiento, le otorga la razón, puesto que ello se puede identificar claramente como una violación evidente del reiterado principio de indemnidad.

Esperemos que ahora otra limitación procesal (antes era la técnica suplicatoria), como pueda ser la admisión del recurso (requisitos de contradicción y la igualdad sustancial), no impida la satisfacción o un reconocimiento del muy repetido derecho fundamental. Más aún porque, por ejemplo, en la [Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Cantabria 1285/2005, de 14 de diciembre](#), se establece exactamente en un supuesto con los mismos caracteres y se admite, precisamente, el uso de dichos datos, excusando, por tanto, la conducta de las personas trabajadoras, a las que excluye de sanción si la utilización es, como hemos dicho, en un proceso judicial, aun cuando en este supuesto también la información confidencial utilizada por la parte actora para articular demanda contra la empleadora trascendió más allá del ámbito empresarial. Si tenemos en cuenta la flexibilidad que debe considerar el TS cuando se trata de la valoración de derechos fundamentales (SSTS de [20 de abril de 2005 –rec. 6701/2003–](#) o de [15 de junio de 2007 –rec. 1451/2006–](#)), confiamos en una pronta respuesta a la pregunta que aparece como título de este comentario.

La «sospecha genérica» no puede excepcionar la aplicación de los mecanismos de reubicación de solicitantes de asilo: el TJUE ante la «patata caliente» de la Unión Europea

Comentario a la [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2 de abril de 2020, asuntos acumulados C-715/17, C-718/17 y C-719/17](#)

Margarita Miñarro Yanini

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

1. Marco jurídico

La guerra que asola Siria desde el año 2011 ha provocado la salida del país de más de 7.000.000 de personas, produciéndose el momento más crítico en el año 2015. Si bien la gran mayoría ha permanecido en países de la región, otra parte ha llegado a Europa por las costas de Grecia e Italia, por lo que estos Estados han visto desbordados sus sistemas de acogida. Por ello, en el momento álgido de la crisis de refugiados, sendos países solicitaron que se aplicara el mecanismo de reubicación previsto en el artículo 78.3 del [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea](#) (TFUE), a tenor del cual:

Si uno o varios Estados miembros se enfrentan a una situación de emergencia caracterizada por la afluencia repentina de nacionales de terceros países, el Consejo podrá adoptar, a propuesta de la Comisión, medidas provisionales en beneficio de los Estados miembros afectados. El Consejo se pronunciará previa consulta al Parlamento Europeo.

Se excepcionaba, con ello, la aplicación del Reglamento de Dublín ([Reglamento 604/2013](#)) para la determinación del Estado responsable de resolver las solicitudes de protección

Cómo citar: Miñarro Yanini, M. (2020). La «sospecha genérica» no puede excepcionar la aplicación de los mecanismos de reubicación de solicitantes de asilo: el TJUE ante la «patata caliente» de la Unión Europea. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2 de abril de 2020, asuntos acumulados C-715/17, C-718/17 y C-719/17. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 449-450, 134-143.

internacional, puesto que, según las previsiones generales que este establece, tal responsabilidad habría recaído sobre Italia y Grecia, al ser los Estados de entrada.

En desarrollo de esta medida excepcional, se dictaron las Decisiones [2015/1523](#) y [2015/1601](#), de 14 y 22 de septiembre, respectivamente, que, aludiendo directamente al principio de solidaridad y de reparto equitativo de responsabilidades entre los Estados miembros en relación con el asilo y con la inmigración que establece el artículo 80 del [TFUE](#), prevén la reubicación temporal de refugiados desde Italia y Grecia a otros Estados de la Unión Europea (UE). Si bien ambas decisiones tienen un objeto y estructura similar, estableciendo también idéntica cantidad para financiar a los Estados de acogida (6.000 € por persona), se aprecian algunas diferencias entre ellas. Así, mientras que la primera prevé la reubicación de 40.000 personas (24.000 desde Italia, 16.000 desde Grecia) entre los Estados miembros, debiendo estos informar como máximo trimestralmente de cuántas de ellas podrían acoger en su territorio, la segunda establece la reubicación de 120.000 personas desde sendos Estados a través de un procedimiento de reparto que se concreta en la fijación directa de un número de personas solicitantes de protección internacional a acoger por cada uno de los diferentes Estados miembros.

Si bien, como es sabido, las decisiones son instrumentos directamente vinculantes para todos sus destinatarios, las examinadas incorporan la salvedad a su cumplimiento basada en motivos de seguridad u orden público. Esta también es recogida, con algún matiz diferencial y con carácter general, en la Directiva sobre requisitos para el reconocimiento de la protección internacional ([Directiva 2011/95](#)), y que están en línea con el artículo 72 del [TFUE](#), que incide en las competencias de orden público y seguridad interior de los Estados en relación con las disposiciones del título V del tratado –espacio de libertad, seguridad y justicia–. De este modo, ambas decisiones establecen en sus respectivos artículos 5.7 que:

Los Estados miembros solo tendrán derecho a negarse a la reubicación de un solicitante cuando existan motivos razonables para considerar a la persona de que se trate peligrosa para la seguridad nacional o el orden público o cuando existan motivos fundados para aplicar las disposiciones relativas a la exclusión establecidas en los artículos 12 y 17 de la Directiva 2011/95/UE.

En cualquier otro caso, el incumplimiento de esta obligación, al igual que el de cualquier otra derivada de derecho de la UE, puede comportar la activación del procedimiento previsto en el artículo 258 del [TFUE](#), que dispone que:

Si la Comisión estimare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud de los tratados, emitirá un dictamen motivado al respecto, después de haber ofrecido a dicho Estado la posibilidad de presentar sus observaciones.

Si el Estado de que se trate no se atuviere a este dictamen en el plazo determinado por la Comisión, esta podrá recurrir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

2. Breve referencia a los hechos determinantes del proceso

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ([STJUE](#)) de 2 de abril de 2020, examinada, resuelve los asuntos acumulados C-715/17, C-718/17 y C-719/17, que tienen por objeto la resolución de recursos de incumplimiento interpuestos por la Comisión Europea contra Polonia, Hungría y la República Checa, respectivamente, interviniendo en cada uno de ellos los dos Estados que no son parte, junto con el Estado demandado, en condición de coadyuvantes. Los hechos que motivan estas actuaciones de la Comisión son los que siguen.

En virtud de las Decisiones [2015/1523](#) y [2015/1601](#), se estableció la obligación de los Estados miembros de reubicar en sus territorios a solicitantes de asilo llegados a Italia y Grecia, en los términos expuestos. No obstante, los Estados demandados en el proceso que da lugar a la sentencia examinada incumplieron tales obligaciones.

Polonia incumplió las obligaciones derivadas de la [Decisión 2015/1523](#), pues, aunque inicialmente sí manifestó la posibilidad de reubicar en su territorio a 100 personas refugiadas, 65 procedentes de Grecia y 35 de Italia, una vez señaladas estas por los Estados de referencia, no procedió a cumplir su compromiso. Además, desde el 16 de marzo de 2016, no comunicó a intervalos regulares, y, como mínimo, cada 3 meses, un número adecuado de solicitantes de protección, según exige el artículo 5.2 de la [Decisión 2015/1523](#), y, consecuentemente, tampoco cumplió las obligaciones subsiguientes relativas a la reubicación de personas refugiadas previstas en los apartados 4 a 11 del artículo 5 de dicha decisión. Asimismo, no dio cumplimiento a las obligaciones concretas de reubicar un número concreto de personas refugiadas establecidas en la [Decisión 2015/1601](#).

Hungría también incumplió las obligaciones que le imponía el artículo 5.2 de la [Decisión 2015/1601](#), al no haber comunicado a intervalos regulares, y, como mínimo, cada 3 meses, un número adecuado de solicitantes de protección internacional que podía reubicar rápidamente en su territorio y, por consiguiente, ha incumplido también las obligaciones subsiguientes en materia de reubicación en virtud del artículo 5, apartados 4 a 11, de esta misma decisión.

La República Checa, igualmente, incumplió las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 5.2 de las Decisiones [2015/1523](#) y [2015/1601](#), al no haber comunicado, a intervalos regulares, y, como mínimo, cada 3 meses, un número adecuado de solicitantes de protección internacional que podía reubicar rápidamente en su territorio y, en consecuencia, ha incumplido asimismo las correlativas obligaciones en materia de reubicación en virtud del artículo 5, apartados 4 a 11, de ambas decisiones.

En sucesivas comunicaciones e informes sobre reubicación y reasentamiento formulados tras la adopción de las decisiones, la Comisión vino insistiendo en la necesidad de que se cumplieran las obligaciones derivadas de las Decisiones [2015/1523](#) y [2015/1601](#),

destacando en estos instrumentos, asimismo, que se reservaba el derecho a utilizar las prerrogativas que los tratados le atribuyen si los Estados no cumplían con las obligaciones necesarias para dar cumplimiento a los deberes de reubicación establecidos en dichas decisiones. Concretamente, en las comunicaciones de 8 de febrero, 2 de marzo, 12 de abril y 16 de mayo de 2017 –informes noveno, décimo, undécimo y duodécimo sobre reubicación y reasentamiento, al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo, respectivamente–, la Comisión exigió de manera específica que Polonia, Hungría y la República Checa cumplieran sus obligaciones de reubicación derivadas de las Decisiones [2015/1523](#) y [2015/1601](#), indicando, asimismo, que se reservaba la posibilidad de incoar procedimientos sancionadores contra los Estados incumplidores si no procedían al cumplimiento inmediato de sus obligaciones.

Dado que la situación se mantuvo, la Comisión abrió procedimientos de incumplimiento ex artículo 258.1 del [TFUE](#) contra estos Estados, enviando los correspondientes escritos de requerimiento el 15 de junio de 2017 a Hungría y la República Checa, y el 16 de junio de 2017 a Polonia. La respuesta dada por estos no resultó convincente a criterio de la Comisión, razón por la que esta remitió, el 26 de julio, dictamen motivado a cada uno de los Estados implicados, en el que les imputaba los incumplimientos indicados y los invitaba a adoptar las medidas oportunas para cumplir sus obligaciones en el plazo máximo de 4 semanas –hasta el 23 de agosto de 2017–. No obstante, no se produjo el cumplimiento en este periodo, por lo que la Comisión denunció nuevamente la persistente situación de incumplimiento de estos Estados en la comunicación de 6 de septiembre de 2017 –décimo quinto informe de reubicación y reasentamiento–.

Mediante escritos de fecha 19 de septiembre de 2017, dirigidos a cada uno de los tres Estados, la Comisión les reiteraba que la [STJUE de 6 de septiembre de 2017 \(asuntos acumulados C-643/15 y C-647/15\)](#) había confirmado la validez de la [Decisión 2015/1601](#) y los instaba nuevamente a adoptar las medidas precisas para cumplir a la mayor brevedad sus obligaciones de reubicación. Ante la falta de respuesta por parte de los tres Estados, la Comisión inició recursos de incumplimiento solicitando al Tribunal de Justicia que declare los incumplimientos de las Decisiones [2015/1523](#) y [2015/1601](#) por parte de Polonia, Hungría y la República Checa.

3. Claves de la posición del TJUE

Las alegaciones de los Estados parte del proceso determinan que el TJUE se haya de pronunciar sobre dos bloques de cuestiones. Así, por una parte, formulan cuatro excepciones de inadmisibilidad, que fundamentan en los siguientes argumentos:

1. Falta de objeto del proceso, dado que ya expiró el periodo de cumplimiento de las obligaciones impuestas debido a su carácter temporal.

2. Vulneración del principio de igualdad de trato por parte de la Comisión, pues otros Estados no han cumplido plenamente sus obligaciones de reubicación derivadas de las decisiones de referencia.
3. Vulneración del derecho de defensa durante el precedente procedimiento administrativo previo, al concederle el plazo de urgencia de 4 semanas para cumplir sus obligaciones en lugar del general de 2 meses.
4. Falta de precisión o incoherencia de la demanda, debido a que las pretensiones de las demandas formuladas contra la República Checa y contra Hungría omiten la fecha desde la que se produce el incumplimiento de sus obligaciones.

La Comisión refuta todas estas alegaciones y el tribunal se alinea con esta rechazando todas y cada una de las excepciones esgrimidas por los Estados. Así, básicamente, responde a la primera cuestión que es perfectamente adecuado que la Comisión «interpon[ga] los presentes recursos con objeto de que el Tribunal de Justicia declare que se produjeron los incumplimientos alegados». En cuanto a la vulneración del principio de igualdad, señala que «la Comisión dispone de una facultad de apreciación para decidir sobre la oportunidad de actuar contra un Estado miembro». Por lo que respecta a la vulneración del derecho de defensa, arguye que los propios Estados, con su contumaz incumplimiento, fueron «causantes de la urgencia que invocan». Por último, en relación con la falta de coherencia, indica que «de la motivación de la demanda se desprende con la suficiente claridad, extremo que confirma el escrito de réplica, el concreto incumplimiento» denunciado.

Mayor interés presentan los razonamientos del TJUE sobre las alegaciones de los Estados ante la cuestión de fondo en la que la Comisión basa el recurso. Dado que no hay margen de duda acerca de la realidad de los incumplimientos en los que la Comisión fundamenta los tres procedimientos, los esfuerzos de los Estados se dirigen a tratar de justificarlos, lo que llevan a cabo sustancialmente con base en los mismos argumentos. En este sentido, Polonia y Hungría alegan que su inacción obedece al ejercicio de sus responsabilidades en materia de mantenimiento del orden público y de salvaguardia de la seguridad interior, que les permitiría «no dar cumplimiento a las obligaciones de derecho derivado, y por tanto, de rango inferior, dimanantes de la Decisión 2015/1523 y/o 2015/1601», dados «los riesgos que entrañaría la eventual reubicación en su territorio de personas extremistas y peligrosas que podrían llevar a cabo actos violentos, incluso de naturaleza terrorista». La República Checa, además de reiterar estos argumentos, incide en que no se garantizó la seguridad interior debido a:

[...] la falta de información suficiente sobre las personas en cuestión y a la imposibilidad de entrevistarse con ellas a fin de comprobar que los solicitantes de protección internacional en cuestión no constituían una amenaza para la seguridad nacional o el orden público en el Estado miembro de reubicación.

Al respecto, con una argumentación extensa –y en algunos aspectos reiterativa–, el tribunal inicia su respuesta precisando en relación con el artículo 72 del **TFUE** que «no cabe interpretarlo

como si atribuyera a los Estados miembros la facultad de establecer excepciones a las disposiciones del tratado mediante la mera invocación de dichas responsabilidades», sino que:

[...] corresponde al Estado miembro que pretende acogerse a lo dispuesto en el artículo 72 TFUE demostrar la necesidad de recurrir a la excepción contemplada en dicho artículo con objeto de ejercer sus responsabilidades en materia de mantenimiento del orden público y de salvaguardia de la seguridad interior.

Particularmente, en relación con las especificaciones incluidas en los respectivos artículos 5.7 de las Decisiones [2015/1523](#) y [2015/1601](#), indica que se trata de:

[una] norma de excepción, de interpretación estricta y, por tanto, no confiere a los Estados miembros la facultad para establecer excepciones a disposiciones del derecho de la Unión mediante la mera invocación de los intereses relacionados con el mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior, sino que los obliga a probar la necesidad de hacer uso de la excepción prevista en ese artículo a los efectos de ejercer sus responsabilidades en estas materias.

En consecuencia, para acogerse a la excepción, los Estados deben probar la concurrencia de los «motivos razonables» que las normas contemplan como justificantes.

En este punto, el TJUE incide en los matices diferenciales establecidos en los artículos 12 y 17 de la [Directiva 2011/95](#) –a los que directamente remiten en su segundo inciso los arts. 5.7 de las decisiones de referencia– y en el artículo 27.2 de la [Directiva 2004/38](#), en relación con la materia de orden público y salvaguardia de la seguridad interior, a fin de perfilar adecuadamente el alcance de los motivos razonables de excepción previstos en las decisiones de referencia. Así, señala que para que el Estado invoque la causa de exclusión de la condición de refugiado prevista en la [Directiva 2011/95](#) se exige:

[...] la comisión, por parte del solicitante de protección internacional, de un «delito grave», tras haber procedido en cada caso individual a evaluar los hechos concretos de los que ha tenido conocimiento con el fin de determinar si existen motivos fundados para pensar que los actos cometidos por el interesado [...] están comprendidos en esta causa de exclusión, exigiéndose que se realice un examen completo de todas las circunstancias específicas del caso concreto para apreciar la gravedad del delito de que se trate.

Por lo que respecta a la [Directiva 2004/38](#), subraya el tribunal que condiciona la aplicación de limitaciones al derecho de entrada y permanencia por razones de orden público o seguridad pública a «que la conducta del individuo de que se trate constituya una «amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad» del Estado miembro de que se trate».

De este modo, las excepciones recogidas en las directivas exigen una especial gravedad a efectos de orden público o seguridad interior en la conducta de la persona, que no está presente en la incluida en el primer inciso de los artículos 5.7 de las decisiones. No obstante, ello no rebaja, y menos aún elimina, la exigencia de que deba basarse en una fundamentación específica, pues como indica el tribunal:

[...] las autoridades del Estado miembro de reubicación solo pueden invocar los motivos razonables para considerar que el solicitante de protección internacional constituye un peligro para la seguridad nacional o el orden público si existen elementos coherentes, objetivos y precisos para sospechar que constituye tal peligro actual o potencial, y una vez que hayan procedido, respecto de cada solicitante cuya reubicación se haya propuesto, a evaluar los hechos de los que tienen conocimiento al objeto de determinar si, tras un examen global de todas las circunstancias particulares del caso concreto, existen tales motivos razonables.

Continúa el TJUE destacando que esta exigencia de justificación particularizada de la medida:

[...] explica por qué el artículo 5, apartado 2, de las Decisiones 2015/1523 y 2015/1601, que se refería a la primera fase del procedimiento de reubicación y establecía la obligación de los Estados miembros de reubicación de comunicar, como mínimo cada 3 meses, un número de solicitantes de protección internacional que podían reubicarse rápidamente en su territorio, confería carácter incondicional a esta obligación y no preveía la posibilidad de que aquellos invocaran la existencia de un peligro para la seguridad nacional o el orden público en su territorio para justificar la inaplicación de esa disposición. En efecto, la falta de identificación, en ese estadio inicial del referido procedimiento, de los solicitantes susceptibles de ser reubicados en el Estado miembro en cuestión imposibilitaba cualquier análisis individualizado del riesgo que habrían podido constituir para su orden público o su seguridad nacional.

A ello añade que, además, a resultas de los informes octavo, undécimo y duodécimo sobre reubicación y reasentamiento, se establecieron mecanismos de seguridad adicionales consistentes en controles a través de entrevistas.

Por ello, el TJUE declara que Polonia y Hungría:

[...] no pueden invocar el artículo 72 TFUE para justificar su negativa a ejecutar el conjunto de las obligaciones de reubicación que les imponían el artículo 5, apartados 2 y 4, a 11, de la Decisión 2015/1523 y/o el artículo 5, apartados 2 y 4, a 11, de la Decisión 2015/1601.

Por lo que respecta a la República Checa, parte de la misma idea, aduciendo que, dadas «las amenazas para la seguridad pública que entrañaba la reubicación de personas

potencialmente vinculadas al extremismo religioso», debe garantizarse que los Estados puedan protegerse a través del artículo 72 del TFUE. No obstante, añade un argumento adicional, también refutado por la Comisión, para tratar de justificar su incumplimiento, que es la disfuncionalidad y falta de eficacia del mecanismo de reubicación, lo que motiva el examen particularizado del TJUE. Así, este Estado considera que:

[...] el mecanismo de reubicación previsto en estas decisiones resultó ser en gran parte disfuncional e ineficaz, [por lo que] [...] prefirió concentrar sus esfuerzos en medidas de apoyo más eficaces que una medida de reubicación, proporcionando, tanto de manera bilateral como en el marco de la Unión, asistencia financiera, técnica o de personal a los países terceros más afectados y a los Estados miembros situados en la primera línea de la afluencia masiva de personas manifiestamente necesitadas de protección internacional.

El tribunal rechaza tales argumentos, señalando que:

[...] no puede admitirse, salvo que se permita que se menoscaben el objetivo de solidaridad inherente a las Decisiones 2015/1523 y 2015/1601 y el carácter obligatorio de estos actos, que un Estado miembro pueda ampararse, sin por lo demás invocar a tal efecto una base jurídica prevista por los tratados, en su apreciación unilateral de la falta de eficacia alegada, o de la supuesta disfunción del mecanismo de reubicación establecido por dichos actos [...] para sustraerse a cualquier obligación de reubicación que le incumbe en virtud de dichos actos.

Añade, asimismo, que:

[...] la presunta ineficacia o la supuesta disfunción del mecanismo de reubicación no impidió a otros Estados miembros asumir, a intervalos regulares, compromisos de reubicación y efectuar reubicaciones de solicitantes de protección internacional durante la totalidad de los respectivos periodos de aplicación de las Decisiones 2015/1523 y 2015/1601.

Lo que demuestra claramente que las razones aducidas en ningún caso eran óbice al cumplimiento de estas disposiciones. En consecuencia, dado que:

[tales decisiones] tenían carácter obligatorio para la República Checa, este Estado miembro estaba obligado a cumplir las obligaciones de reubicación que les imponían con independencia de que prestasen otros tipos de ayudas a la República Helénica y a la República Italiana, y ello incluso si tales ayudas también tenían por objeto aliviar la presión sobre los sistemas de asilo de estos dos Estados miembros que se hallaban en primera línea. Por lo demás, ha de señalarse que algunas ayudas venían además impuestas por dichas decisiones o por otros actos adoptados a escala de la Unión.

Por consiguiente, «tales ayudas no podían en ningún caso sustituir a la ejecución de las obligaciones dimanantes de las Decisiones 2015/1523 y 2015/1601», por lo que desestima este motivo de defensa.

Así pues, el TJUE declara que la República Checa, Polonia y Hungría han incurrido en los incumplimientos de las Decisiones [2015/1523](#) y [2015/1601](#) denunciados por la Comisión, condenándolas en costas.

4. Consolidación y valoración

La [STJUE de 2 de abril de 2020](#) constituye un importante pronunciamiento sobre el controvertido tema de la reubicación de las personas refugiadas y, más allá, en relación con la obligación de los Estados miembros de cumplir las obligaciones derivadas de derecho comunitario sin reservas unilaterales. Por lo que respecta a su fallo, resulta plenamente coherente con la básica obligación de cumplimiento de las obligaciones establecidas en normas de la UE, así como, en un plano más concreto, con la necesaria interpretación restrictiva de las previsiones excepcionales y con la evidente exigencia de que exista una base objetiva y veraz para su aplicación, no meros prejuicios. En suma, despojadas de cualquier consideración que trascienda del pronunciamiento mismo, las cuestiones jurídicas que en ella se plantean son sencillas y la respuesta dada a estas por el tribunal es la lógica y, por ello, la esperada.

No obstante, examinada desde un prisma más amplio, la sentencia de referencia refleja un problema sumamente complejo al que se enfrenta la UE, como es el de la radical oposición por parte de algunos Estados miembros a las medidas de reubicación de las personas refugiadas establecidas por esta. Ilustra así la posición de los Estados integrantes del «Grupo Visegrado», formado por los tres Estados parte en este proceso más Eslovaquia, que, pese a ser miembros relativamente recientes de la UE, se muestran claramente euroescépticos. Así, aunque esta es la primera sentencia que resuelve recursos de incumplimiento en relación con las obligaciones previstas en las Decisiones [2015/1523](#) y [2015/1601](#), no es la primera vez que el TJUE, impulsado por Estados integrantes de este grupo, ha de pronunciarse sobre este tema. De este modo, el tribunal ya resolvió –en sentido desestimatorio– un recurso de anulación sobre la segunda de estas decisiones, planteado por Hungría y Eslovaquia con el apoyo de Polonia. Este grupo de «Estados disconformes» o directamente «rebeldes» al cumplimiento de las obligaciones en materia de reubicación de personas refugiadas ha hecho bandera de su postura radicalmente contraria a las políticas de asilo y migratorias de la UE, que, además de reportarles beneficios electorales, se está viendo reforzada por el apoyo de otros países centroeuropeos.

Esta posición de rechazo se está evidenciando, asimismo, en las trabas que estos Estados están poniendo a la modificación del [Reglamento de Dublín](#), pues la propuesta prevé la introducción de un mecanismo corrector permanente de reparto en supuestos de gran

afluencia de solicitantes en los Estados fronterizos de la UE que evite la necesidad de adoptar soluciones *ad hoc*, como son las Decisiones [2015/1523](#) y [2015/1601](#). Con todo, esta proyectada regulación tampoco cuenta con el apoyo de los Estados teóricamente beneficiados por ella, que la consideran insolidaria, puesto que, por una parte, prevé que la activación del mecanismo de reparto solo se produzca cuando el Estado de entrada supere el 150 % de su capacidad de acogida, lo que supone no actuar hasta que exista verdadera situación de desbordamiento, y, por otra, porque contempla la posibilidad de que los Estados no participen en la reubicación a cambio del pago de una cantidad económica. En consecuencia, donde unos –Grupo Visegrado– perciben una actuación abusiva y extralimitada por parte de la UE, otros –Estados fronterizos UE– consideran que se trata de una respuesta insuficiente y reclaman mayor solidaridad.

No extraña, por ello, que la política de asilo de la UE, en general, y la reubicación de personas solicitantes, en particular, sea uno de los aspectos más «calientes» de la política de la UE, que además no tiene visos de tomar la senda de la avenencia. Sin duda, también en este tema, son tiempos difíciles para la UE.

Claroscuros en la regulación del salario aplicable al contrato predoctoral

Comentario a la [Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 642/2020, de 3 de junio](#)

Fernando Ballester Laguna

*Catedrático de Escuela Universitaria de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Alicante*

1. Marco normativo

Como es sabido, el contrato predoctoral fue introducido por la [Ley 14/2011, de 1 de junio](#), de la ciencia, la tecnología y la innovación (LCTI), encomendando a su vez al Gobierno la aprobación de un estatuto del personal investigador en formación, que debía incluir las previsiones recogidas en la ley sobre el contrato predoctoral ([disp. adic. segunda](#)). Aunque con mucho retraso respecto de los 2 años inicialmente previstos para ello, tal desarrollo normativo vio la luz por el [Real Decreto 103/2019, de 1 de marzo](#), por el que se aprueba el Estatuto del personal investigador predoctoral en formación (EPIPF). Una norma necesaria desde distintos puntos de vista, entre los cuales interesa destacar ahora la problemática derivada de la escueta ordenación legal del contrato predoctoral; hecho este que hacía muy conveniente un desarrollo reglamentario de aquel que ofreciera una regulación más acabada del contrato y, en la medida de lo posible, solventara también alguno de los problemas que la práctica había revelado y de los cuales ya se tenía plena conciencia merced al tiempo transcurrido entre la puesta en marcha del contrato predoctoral (junio de 2012) y su tardío desarrollo reglamentario (marzo de 2019).

Una de las cuestiones más polémicas y necesitadas de clarificación era la referente al salario. A este respecto, el [artículo 21, letra d\), de la LCTI](#) estableció las retribuciones mínimas del contrato predoctoral, concretándolas en unos porcentajes aplicables sobre el

Cómo citar: Ballester Laguna, F. (2020). Claroscuros en la regulación del salario aplicable al contrato predoctoral. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 642/2020, de 3 de junio. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 449-450, 144-151.

salario fijado para las categorías equivalentes en los convenios colectivos de su ámbito de aplicación. Dichos porcentajes mínimos se cifran en un 56 % durante los 2 primeros años de duración del contrato, un 60 % durante el tercer año y un 75 % durante el cuarto año, sin que en ningún caso se pueda percibir un salario por debajo del mínimo interprofesional fijado anualmente por el Gobierno de conformidad con el [artículo 27 del Estatuto de los Trabajadores](#) (ET). La aplicación de esta norma resultaba especialmente problemática por lo que se refiere a la determinación de la categoría equivalente a la ostentada por el contratado predoctoral a los efectos de aplicar los porcentajes salariales mínimos garantizados. El problema se visualiza muy bien en las universidades públicas, donde han empezado a convivir dos contratos –el (nuevo) predoctoral y el (clásico) de ayudante– de características tan similares que hacen difícilmente sostenible el mantenimiento de retribuciones muy dispares entre ellos. De ahí que los primeros analistas que se refirieron al salario del contrato pusieran en duda que el contrato de ayudante pudiera ser considerado una de las categorías equivalentes al contrato predoctoral y situaran el punto de mira en el contrato de ayudante doctor a tales efectos. Sin embargo, fuera del ámbito universitario público, en los organismos públicos de investigación (OPI) y en las universidades privadas, no existen los contratos de ayudante o ayudante doctor, debiéndose buscar otros referentes para identificar la categoría equivalente al contrato predoctoral. Además, cada una de estas entidades se rige por distintos convenios colectivos. Todo lo cual pone sobre la mesa una gran variedad de situaciones y problemáticas que contrasta con un modelo de financiación externo y, en consecuencia, pretendidamente unitario, en el que los costes salariales y de Seguridad Social del contrato predoctoral son asumidos en la mayoría de los casos por entidades públicas distintas de la entidad contratante.

Partiendo de ello, el [artículo 7.2 del EPIPF](#) trata de arrojar algo de luz sobre el particular, mejorando y simplificando la ordenación legal por la vía de establecer un salario mínimo garantizado, que se calcula aplicando los porcentajes mínimos de la ley a la tabla salarial correspondiente al grupo 1 del Convenio colectivo único del personal laboral de la Administración General del Estado (el actualmente vigente es el IV Convenio, publicado por [Resolución de 13 de mayo de 2019 de la Dirección General de Trabajo](#), BOE de 17 de mayo). De este modo, el EPIPF establece el procedimiento de determinación directa del salario en relación con el grueso de los OPI (al menos mientras estén sujetos al convenio colectivo único al que se ha hecho referencia –art. 1–), concretando la categoría equivalente al contrato predoctoral, que no es otra que la correspondiente al grupo 1 de dicho convenio, el cual aglutina a los titulados superiores¹. Cuando se trate de empleadores no incluidos en el ámbito de aplicación del convenio único (como les ocurre a las universidades públicas o privadas), no es posible sostener que la fuente primigenia de determinación del salario es también aquel convenio colectivo. La [LCTI](#) remite *prima facie* a los convenios colectivos de aplicación a la entidad contratante y en ellos es donde habrá que buscar primero la categoría equivalente

¹ Aunque el artículo 8 del [IV Convenio](#) cambia el sistema de clasificación profesional, la disposición adicional primera establece la equivalencia del grupo 1 con el nuevo grupo M3 de conformidad con el anexo I.

al contrato predoctoral para aplicar los porcentajes correspondientes. Solo en un momento ulterior, en la hipótesis de que el salario así calculado estuviera por debajo del que resultare tomando como referencia el convenio único, operaría esa otra retribución, a modo de garantía salarial mínima.

Así pues, hay que reconocer el indudable avance que ha supuesto el EIPPF en este punto, elevando con carácter general las retribuciones percibidas por el personal contratado predoctoral hasta la fecha y simplificando la regulación. Todo ello mediante el establecimiento de un salario mínimo (directa o indirectamente) garantizado. Sin embargo, el EIPPF también ha creado algún que otro problema en materia de salarios, señaladamente, el referido al significado y alcance del enigmático [apartado 3 del artículo 7 del EIPPF](#), el cual fue introducido en el último momento. Tal es la cuestión que se aborda en la sentencia del Tribunal Supremo (TS) objeto de este comentario.

2. Doctrina judicial

El supuesto de hecho conocido por el TS versa sobre una demanda interpuesta por CC.OO. instando la declaración de nulidad del [apartado 3 del artículo 7 del EIPPF](#), por considerarlo contrario a derecho tanto por razones de forma como de fondo. Las circunstancias que rodearon la interposición de este recurso contencioso-administrativo fueron las siguientes:

1. La total falta de claridad y precisión (la ambigüedad) de la norma cuestionada, a cuyo tenor:

La aplicación de la cantidad anual resultante [se refiere al salario mínimo garantizado en el apartado 2 del propio [artículo 7 del EIPPF](#), al que ya se ha hecho referencia] se podrá también computar al (*sic*) periodo total del contrato predoctoral de 4 años.

Ciertamente, la norma apunta la posibilidad de totalizar los salarios. Pero más allá de esta vaga certeza no existe indicación alguna sobre el modo de proceder para ello.

2. El (entonces llamado) Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades emitió con fecha 22 de marzo de 2019 una nota informativa, a modo de «interpretación auténtica» de la norma, afirmando lo siguiente:

Que es competencia del organismo beneficiario, la universidad o centro de investigación correspondiente, determinar la cantidad anual y que dicha cantidad se podrá también computar al periodo total del contrato

predoctoral de 4 años. Esta segunda opción permite, sumando las retribuciones correspondientes a cada año y dividiéndolas por el número de años del contrato, prorratear la cuantía que percibirán, lo que habilita a los contratados cobrar todos los años idéntica retribución. [...] En todo caso, es necesario destacar que el Real Decreto 103/2019, de 1 de marzo, únicamente señala las cuantías mínimas en concepto de retribución y en cómputo anual.

De este modo, el ministerio del ramo interpretó la norma en cuestión en el sentido de considerar que es posible abonar todos los años la misma retribución, por la vía de totalizar los salarios de los 4 años de duración del contrato predoctoral, abonando una misma cuantía desde el mes 1 al 48. Lo que supondría aplicar un porcentaje fijo del 61,75 %, en lugar del porcentaje progresivo diseñado por la ley (56 % durante los 2 primeros años, 60 % durante el tercer año y 75 % durante el cuarto).

3. El [apartado 3 del artículo 7 del EPIPF](#) se introdujo de forma sorpresiva en la versión final de la norma remitida al BOE para su publicación. Es cierto que en el último borrador de fecha 14 de enero de 2019, remitido al Consejo de Estado para informe, ya aparecía esa misma previsión en lo que entonces era (incomprensiblemente) la disposición transitoria única del EPIPF. Pero cuando el texto de este tercer borrador y la memoria explicativa del mismo se remiten al Consejo de Estado no se menciona que se han modificado los borradores de 16 de julio y de 10 de octubre de 2018 en este punto, ni tampoco se indican las razones que han motivado dicha modificación. En el trámite previo de audiencia a las organizaciones sindicales el texto que se remitió desde el ministerio fue el primer borrador de fecha 16 de julio de 2018, el cual no contenía la controvertida disposición normativa.

En este contexto, CC. OO. defendió el carácter *contra legem* del [apartado 3 del artículo 7 del EPIPF](#). De una parte, por razones formales, argumentando que se había producido una modificación sustancial en la versión definitiva del EPIPF, sin haberse respetado el procedimiento de elaboración de disposiciones generales. Se afirma «[...] que no fue puesto en conocimiento ni negociado ni consultado o informado con dichas organizaciones sindicales, incorporándose en el último borrador de fecha 14 de enero de 2019, remitido al Consejo de Estado», añadiéndose que «cuando el texto y la memoria normativa se remiten al Consejo de Estado no se menciona que se han modificado los dos borradores anteriores [...] ni de las causas que han motivado tal modificación». Por otro lado, se cuestiona también la adecuación a derecho de la norma controvertida por razones de fondo, afirmando que el reglamento no puede cambiar «[...] el sistema de devengo y porcentajes anuales de retribuciones con las repercusiones que ello comporta, en materia de prestaciones de Seguridad Social, de cálculo de indemnizaciones en caso de despido, anticipos salariales, etc.».

Por supuesto el abogado del Estado se opuso al recurso, argumentando lo que sigue. En primer lugar, entendía suficiente el trámite de remisión al Consejo de Estado del último borrador de la norma de fecha 14 de enero de 2019, el cual ya contenía en su disposición transitoria única la misma cláusula que en el texto definitivo remitido al BOE para su publicación había pasado a ser el apartado 3 del artículo 7, obteniéndose un dictamen favorable por parte de aquel, y sin que la modificación producida tuviera el carácter de sustancial como para requerir nueva consulta al Consejo de Estado. En segundo lugar, se afirma que el [apartado 3 del artículo 7 del EPIPF](#) respeta íntegramente la regulación legal, que es completada «dentro del amplio margen de apreciación que la propia ley reserva a la norma reglamentaria»; añadiéndose que: «En el presente caso la norma cuestionada se limita a otorgar a las universidades la opción entre la subida progresiva o el prorrateo, constituyendo, en definitiva, una opción de gestión interna, encomendada a la propia universidad».

El TS dará finalmente la razón al sindicato CC.OO., anulando el [apartado 3 del artículo 7 del EPIPF](#) por resultar contrario a derecho. Para ello centrará su argumentación en el carácter sustancial de la modificación introducida por la norma reglamentaria («la regulación impugnada modifica sustancialmente los porcentajes del salario fijados en la Ley 14/2011, de 1 de junio»). Lo que le permite concluir el carácter *ultra vires* de la norma cuestionada, no solo por razones de fondo («la facultad establecida en la norma reglamentaria contraviene la Ley 14/2011, de 1 de junio, que es la que fija los porcentajes retributivos»), sino también por motivos formales («no se ha respetado el procedimiento de elaboración de disposiciones generales, art. 26 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre del Gobierno», añadiéndose que «[d]e no tener el carácter de modificación sustancial encajaría en las facultades de la administración que no exigen nuevo trámite de audiencia», de conformidad con la jurisprudencia consolidada del tribunal en esta materia; un resumen de esta doctrina se contiene en la [Sentencia del TS de 7 de octubre de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, rec. 73/2007](#)). Por todo lo cual considera infringido el principio de jerarquía normativa recogido en el [artículo 9.3 de la Constitución española](#) (CE).

3. Valoración crítica. La financiación externa de los costes salariales y de Seguridad Social no puede erigirse en un factor más de precarización del contrato predoctoral

Comparto el sentido de la [sentencia del TS comentada](#), por la que se declara la nulidad del [apartado 3 del artículo 7 del EPIPF](#). Es más, considero que la extrema vaguedad de la norma cuestionada da pábulo a las más variadas interpretaciones, comprometiendo seriamente la seguridad jurídica, que es otro principio básico recogido también en el [artículo 9.3 de la CE](#). Es cierto que la exégesis de la norma reglamentaria realizada por el ministerio en su nota informativa de 22 de marzo de 2019 no es la única posible. Pero no lo es menos que dicha interpretación resulta contraria a derecho, como se ha razonado con anterioridad: en suma, no es legalmente posible aplicar un mismo porcentaje todos los años para calcular el

salario del contrato predoctoral. CC.OO. ya apunta en su recurso algunos de los problemas prácticos que plantea esa equívoca interpretación, relacionados con el cálculo de eventuales indemnizaciones por despido o de ciertas prestaciones de la Seguridad Social, que se calculan con arreglo a los salarios más recientes. Se trata de «efectos colaterales» que, por cierto, pueden favorecer o perjudicar al contratado predoctoral, dependiendo del momento cronológico en el que se produzcan tales vicisitudes: si el despido disciplinario (menos probable) o la situación de incapacidad temporal, maternidad o desempleo se producen dentro de los 3 primeros años de vigencia del contrato, los cálculos favorecerán al contratado predoctoral, que estaría percibiendo retribuciones del 61,75 %, por encima de las reconocidas legalmente del 56 % (durante los 2 primeros años), y del 60 % (durante el tercer año); en cambio, si la vicisitud se produce durante el cuarto y último año, el contratado predoctoral resultaría perjudicado al situarse sus retribuciones fijas del 61,75 % por debajo del 75 % legalmente garantizado. Aunque seguramente el principal escollo que plantea este modo de cálculo de los salarios propuesto por el ministerio es de índole teórico, contrariando la finalidad implícita en la escala retributiva legalmente establecida, la cual se ve incrementada a medida que el investigador predoctoral adquiere mayor experiencia por el paso del tiempo y, por ende, se reduce la faceta formativa del contrato, como justificación constitucional y comunitaria de una notablemente menor retribución. Así, la menor retribución del contratado predoctoral puede encontrar explicación en la finalidad formativa del contrato, la cual fue considerada en su día por el Tribunal Constitucional (TC) en relación con el contrato de prácticas como una justificación objetiva y razonable de su diferencia retributiva respecto a la relación laboral común –[Sentencia del TC 136/1987, de 22 de julio](#)–. Por su parte, la [Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio](#), relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada (DOCE de 10 de julio de 1999), autoriza a no aplicar todas o algunas de sus previsiones en relación con las relaciones de formación profesional inicial o aprendizaje (cláusula 2.2, letra a).

Así las cosas, me parece que la nota informativa del ministerio va mucho más allá de un simple prorrateo del porcentaje a aplicar durante toda la duración del contrato predoctoral suponiendo, además, un rechazo a la percepción de las revalorizaciones anuales que pudieran resultar de la revisión de la tabla salarial del convenio colectivo único; seguramente teniendo en cuenta el sistema de financiación normalmente externo de los costes salariales y de Seguridad Social de estos contratos, que exige un cálculo inicial y global de los mismos, tal y como venía ocurriendo tradicionalmente con el ya superado modelo de becas. Este asunto no trasluce en la sentencia comentada; no fue planteado por ninguna de las partes y, por consiguiente, tampoco fue abordado por el TS. Pero lo que me interesa destacar en este momento es que, si tal era la finalidad pretendida con la introducción *in extremis* del [apartado 3 del artículo 7 del EIPF](#), la norma resultaría todavía más censurable si cabe.

La inestabilidad de los fondos con los que suele nutrirse el contrato predoctoral constituye sin duda una singularidad que condiciona algunos aspectos importantes del contrato, señaladamente, el hecho de que exista una menor garantía de continuidad a su término mediante otras fórmulas contractuales. Esta es una circunstancia que diferencia este

contrato de otros, como ocurre con su homólogo de ayudante, que se financia con fondos propios y estables de las universidades públicas. Y aun así considero que este hándicap de partida puede ser superado en la práctica por la vía de garantizar la promoción hacia figuras estables de los mejores, haciendo abstracción de la tipología contractual de partida (predoctoral o ayudante). Pero para lo que no puede servir el modelo de financiación del contrato predoctoral es para justificar la privación de ciertos derechos laborales básicos (art. 4 ET), tales como su inclusión en el ámbito de aplicación de los convenios colectivos y, derivadamente, de las revalorizaciones salariales contenidas en los mismos; tampoco de los incrementos salariales acordados en las leyes de presupuestos a favor de los empleados públicos. El personal contratado predoctoral son personas trabajadoras de los OPI y de las universidades que no pueden ver cercenados los derechos laborales reconocidos al resto de personas trabajadoras de esas mismas entidades con la excusa de la financiación externa del contrato, so pena de incurrir en un supuesto de discriminación (art. 14 CE) y, en ocasiones, en una transgresión del derecho comunitario (Directiva 1999/70 antes citada). Aunque en un supuesto distinto al que ahora nos ocupa, y esgrimiendo distintos fundamentos de derecho, la reciente [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, 251/2020, de 4 de marzo](#), ha resuelto que:

[...] el personal investigador laboral de las universidades públicas de la Comunidad de Madrid tiene el mismo derecho que el resto de empleados públicos (personal de administración y servicios laboral y funcionario y personal docente e investigador laboral y funcionario) a ver actualizadas sus retribuciones en los mismos porcentajes y con los mismos criterios de aplicación que cualquier otro trabajador de dichas universidades².

Retomando de nuevo una idea apuntada al principio de este comentario, sucede que existe una tensión entre la pretendida uniformidad de los salarios del personal contratado predoctoral, consecuencia del modelo de financiación externa del contrato que lleva a una determinación inicial de la totalidad de los costes salariales y de Seguridad Social, y la diversidad real de situaciones que pueden darse entre ellos, derivada de la presencia de distintos empleadores y de diferentes convenios colectivos aplicables cuya regulación, además, puede

² Sintéticamente, las razones que llevaron al tribunal a adoptar su decisión fueron las siguientes: 1) el personal investigador laboral está incluido en el ámbito de aplicación del I Convenio colectivo de personal docente e investigador con vinculación laboral de las universidades públicas de Madrid ([BOCM de 12 de julio de 2003](#)), sin que sea un obstáculo para ello la existencia de una cierta financiación externa a través de proyectos o ayudas, dado que todo sale de los presupuestos de cada universidad, aunque se impute en capítulos diferentes según colectivos; 2) la comunidad autónoma, que es la competente para ello, decidió aplicar el incremento salarial previsto en la [Ley 6/2018](#), de presupuestos generales del Estado para 2018, al personal al servicio del sector público de la Comunidad de Madrid sin acepciones; 3) la autonomía universitaria, que se ejerce de acuerdo con la ley, no puede servir de cobertura para excepcionar la aplicación al personal investigador laboral de ese incremento retributivo so pena de vulnerar el convenio colectivo y las competencias autonómicas en la determinación de las retribuciones.

variar a lo largo del tiempo, especialmente en materia de salarios. Como resultado de este conflicto no parece que la uniformidad salarial del personal contratado predoctoral sea realizable y, mucho menos, a costa de los derechos de este colectivo, ya de por sí precario. Ello nos conduce irremediablemente a un modelo mixto de cofinanciación del contrato. Lo que no asuma la entidad financiadora externa (quien calculará los costes totales del contrato de conformidad con lo previsto en el [art. 7.2 EPIPF](#); probablemente sin contemplar su fijación al alza en previsión de las eventuales revalorizaciones salariales que se pudieran producir en el convenio colectivo único y, mucho menos, los sobrecostes derivados de la existencia de un convenio colectivo más garantista aplicable a la empleadora) lo tendrá que pagar la entidad contratante. Como de hecho ha ocurrido ya con la mejora salarial que supuso la introducción del [artículo 7.2 del EPIPF](#) en relación con los contratos predoctorales suscritos con anterioridad a la entrada en vigor de la norma reglamentaria. Y como va a ocurrir ahora en relación con lo abonado de más por aquellas universidades que siguieron las recomendaciones del ministerio y fijaron una retribución lineal del 61,75 % al contrato predoctoral, las cuales deberán adaptar a los porcentajes legales las nuevas retribuciones que se devenguen a partir de la firmeza de la sentencia del TS por la que se declara la nulidad del [apartado 3 del artículo 7 del EPIPF](#), sin poder compensar los sobrecostes del contrato, tal y como se desprende del [artículo 73 de la Ley 29/1998, de 13 de julio](#), reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, a cuyo tenor:

Las sentencias firmes que anulen un precepto de una disposición general no afectarán por sí mismas a la eficacia de las sentencias o actos administrativos firmes que lo hayan aplicado antes de que la anulación alcanzara efectos generales, salvo en el caso de que la anulación del precepto supusiera la exclusión o la reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente.

La prohibición de la discriminación por motivo de la orientación sexual de la persona frente a la libertad de expresión en el ámbito laboral

Comentario a la [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2020, asunto C-507/18](#)

José Díaz Lafuente

*Profesor investigador posdoctoral de Derecho Constitucional.
Universidad Complutense de Madrid*

1. Marco normativo y jurisprudencial de referencia

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en la reciente [Sentencia de 23 de abril de 2020](#), sobre el asunto N. H. contra la Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI-Rete Lenford (C-507/18), ha estimado que los comentarios homófobos expresados por un abogado en una entrevista realizada en un programa de radio, afirmando que nunca contrataría a personas homosexuales en su despacho de abogados ni haría uso de sus servicios profesionales, son constitutivos de una vulneración del derecho de la Unión Europea (UE), incluso en aquel supuesto de que dicha persona no sea responsable de la contratación o no se encuentre en curso, ni siquiera previsto, proceso de selección de personal alguno en el momento de hacer públicas tales declaraciones.

La complejidad de este asunto radica en que el Tribunal de Luxemburgo ha debido ponderar el peso jurídico de dos derechos fundamentales consagrados por el ordenamiento jurídico de la UE en conflicto, ambos esenciales para el funcionamiento y el avance de las sociedades democráticas que integran la Unión: el derecho a la libertad de expresión, por una parte, frente al derecho a la igualdad y la prohibición de la discriminación por motivo de la orientación sexual de la persona, por otra.

En el derecho primario de la UE, la igualdad es consagrada como uno de los valores que legitiman la propia existencia de la Unión (art. 2 [Tratado de Lisboa](#)). La [Carta de los Derechos](#)

Cómo citar: Díaz Lafuente, J. (2020). La prohibición de la discriminación por motivo de la orientación sexual de la persona frente a la libertad de expresión en el ámbito laboral. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2020, asunto C-507/18. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 449-450, 152-158.

Fundamentales, a su vez, en su artículo 21, prohíbe toda discriminación y, en particular, aquella ejercida por razón de la orientación sexual de la persona, entre otros motivos.

De hecho, debe subrayarse que el **Tratado de la Unión**, en su artículo 3.3, requiere a la Unión que adopte una postura activa en la lucha contra la discriminación homófoba. Del mismo modo, el artículo 10 del **Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea** (TFUE) establece que: «en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual».

En relación con el estudio de la **presente sentencia**, conviene citar, además, el artículo 153 del **TFUE**, que faculta a la Unión para actuar en el ámbito más amplio de la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, así como el artículo 19 del **TFUE**, que contempla la posibilidad de adoptar la legislación necesaria para luchar contra todas las formas de discriminación, incluyéndose la orientación sexual de la persona.

Por otra parte, la libertad de expresión es también reconocida a toda persona como un derecho fundamental en el artículo 11 de la citada **carta**. Del mismo modo, el segundo apartado de dicho artículo establece el respeto a la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo.

A su vez, en el derecho derivado de la UE, la **Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre**, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, introdujo, por primera vez en la UE, la prohibición de discriminación por motivo de la orientación sexual de la persona en el ámbito laboral.

El fundamento de tal prohibición, como establece el propio preámbulo de la norma, radica en que la discriminación en el ámbito laboral implica un riesgo grave para la consecución de los objetivos de la UE, entre ellos, el logro de un alto nivel de empleo y de protección social, el progreso del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social, la solidaridad y la libre circulación de las personas.

Esta es una cuestión sobre la que el TJUE ya se ha pronunciado en una ocasión anterior. En **Sentencia de 25 de abril de 2013**, relativa al asunto C-81/12, *Asociația Accept y Consiliul Național c. Combaterea Discriminării*, el Tribunal de Luxemburgo consideró aplicable la citada directiva sobre igualdad de trato en relación con unos comentarios homofóbicos realizados por el entrenador de un club de fútbol, estimando sobre el entrenador, en consecuencia, la correspondiente carga de la prueba de los hechos discriminatorios.

2. Planteamiento de la cuestión controvertida

El origen del asunto radica en una entrevista que N. H., un abogado italiano, realiza en un programa de radio. En ella, declaró que se negaría rotundamente a contratar y a colaborar

con personas homosexuales en su despacho de abogados. En el momento de la emisión de las declaraciones, su despacho no tenía en curso ni previsto ningún proceso de selección. Sin embargo, las declaraciones se mantienen disponibles *online* tras su primera emisión.

En respuesta a tales comentarios homófobos, la Associazione Avvocatura per i Diritti LGBTI-Rete Lenford, conformada por juristas, abogados y otros operadores jurídicos, cuyo mandato social persigue la promoción y defensa de los derechos de las personas LGBTI ante la justicia, interpuso una demanda indemnizatoria contra N. H. ante el Tribunal de Bérgamo.

Este último estimó que las declaraciones de N. H. eran constitutivas de un supuesto de discriminación directa basada en la orientación sexual de la persona, imponiéndole a N. H. la sanción de indemnizar con 10.000 euros a la citada asociación por daños y perjuicios y ordenando la publicación parcial de la sentencia en un periódico de difusión nacional.

Tras un recurso fallido en segunda instancia ante el Tribunal de Apelación de Brescia, N. H. recurrió ante el Tribunal Supremo de Casación de Italia. Dicho órgano jurisdiccional decidió suspender el procedimiento para plantear dos cuestiones prejudiciales al TJUE relativas a la interpretación de la citada [Directiva 2000/78](#).

En primer lugar, se le preguntó al Tribunal de Luxemburgo sobre la legitimidad de la citada asociación para interponer acciones judiciales en función del artículo 9 de la [Directiva 2000/78](#). En segundo lugar, se le pidió al tribunal que se pronunciase sobre la posible aplicación de las normas de protección contra la discriminación establecidas por la [Directiva 2000/78](#), a la luz de la interpretación exacta de sus artículos 2 y 3, en relación con los hechos del asunto.

3. Claves de la posición jurisprudencial mantenida en la sentencia

En relación con la primera cuestión planteada, en torno a la legitimidad activa de la citada asociación para interponer acciones judiciales por un supuesto de discriminación, el Tribunal de Luxemburgo parte de que, de acuerdo con el artículo 9.2 de la [Directiva 2000/78](#), se reconoce la facultad para iniciar cualquier procedimiento judicial o administrativo previsto para exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la directiva a aquellas asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas que tengan un interés legítimo, «solo en nombre del demandante o en su apoyo, y con su autorización».

Sin embargo, el TJUE entiende, apoyándose en el artículo 8.1 de la [Directiva 2000/78](#), que establece que los Estados miembros pueden adoptar o mantener disposiciones más favorables para la protección del principio de igualdad de trato que las previstas en la citada directiva, que el artículo 9.2 de la [Directiva 2000/78](#) no se opone en modo alguno a que

los Estados miembros reconozcan, en sus respectivos ordenamientos jurídicos, el derecho de las asociaciones que tengan un interés legítimo a iniciar procedimientos judiciales o administrativos sin que sea necesario que actúen en nombre de un demandante determinado o sin que exista un demandante identificable (tal y como ya reconoció en la [Sentencia de 25 de abril de 2013, Asociația Accept, C-81/12](#), apdo. 37).

De este modo, corresponde a los Estados miembros la determinación de si el ánimo de lucro o la falta del mismo debe incidir en la apreciación de su legitimación activa y precisar el alcance de tal acción judicial, en particular en relación con las sanciones que pueden imponerse a raíz de esta, las cuales deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias, incluso cuando no exista una persona perjudicada identificable (apdos. 63 y 64 de la [sentencia](#)).

En relación con la segunda cuestión prejudicial, en primer lugar, el TJUE introduce una interpretación del concepto de «condiciones de acceso al empleo [...] y al ejercicio profesional» regulado en el artículo 3.1 de la [Directiva 2000/78](#), que dispone el ámbito de aplicación material de dicha norma, reconociendo que no existe remisión alguna a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros para definir dicho concepto y, haciendo referencia a su jurisprudencia consolidada, afirmando que:

[...] de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del derecho de la Unión como del principio de igualdad se desprende que el tenor de una disposición del derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto en toda la Unión de una interpretación autónoma y uniforme –véanse, en este sentido, las Sentencias de 18 de octubre de 2016, Nikiforidis, C-135/15, [...], apdo. 28, y de 26 de marzo de 2019, SM (menor sometido a «kafala» argelina), C-129/18, [...], apdo. 50–.

De acuerdo con el Tribunal de Luxemburgo, la interpretación de dicho concepto debe efectuarse «conforme a su sentido habitual en el lenguaje corriente, teniendo también en cuenta el contexto en el que se utiliza y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte» (apdo. 32 de la [sentencia](#)).

El TJUE ya había declarado previamente que la [Directiva 2000/78](#) es aplicable a situaciones relativas, en el ámbito del empleo y de la ocupación, a declaraciones que versan sobre «las condiciones de acceso al empleo [...] y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección», en el sentido del artículo 3.1 a) de la [Directiva 2000/78](#), y que:

[...] el mero hecho de que las declaraciones que sugieren la existencia de una política de contratación homófoba no emanen de quien tiene la capacidad necesaria para definir directamente la política de contratación de personal del empresario de que se trate, o incluso para vincular o representar a ese empresario en materia de contratación de personal, no impide necesariamente que tales declaraciones

puedan estar comprendidas en el ámbito de las condiciones de acceso al empleo y al ejercicio profesional de dicho empresario [...] (véase, en este sentido, la Sentencia de 25 de abril de 2013, Asociația Accept, C-81/12, apdos. 47 a 51).

Siguiendo este criterio jurisprudencial consolidado, el TJUE opta por una interpretación amplia del concepto de condiciones de acceso al empleo y al ejercicio profesional.

En segundo lugar, el Tribunal de Luxemburgo dispone que, para que dicha directiva pueda ser aplicable sobre la emisión de declaraciones homófobas, estas deben estar vinculadas de forma efectiva con la política de selección de personal de una empresa determinada, requiriéndose que dicho vínculo sea efectivo y no hipotético.

Para examinar la efectividad del vínculo de tales declaraciones con las condiciones de acceso al empleo, el tribunal establece tres criterios (apdos. 43 a 45 de la [sentencia](#)):

- En primer lugar, la posición de la persona que efectúa las declaraciones consideradas y la calidad en la que se ha expresado, «que deben acreditar o bien que él mismo es un empleador potencial, o bien que, *de iure* o *de facto*, puede influir de manera determinante en la política de contratación de personal, o en una decisión de contratación, de un empleador potencial o, al menos, puede ser percibido por el público o los círculos interesados como una persona que puede ejercer tal influencia, aun cuando carezca de la capacidad jurídica para definir la política de contratación de personal de la empresa de que se trate o incluso de vincular o de representar a esta última en materia de contratación de personal».
- En segundo lugar, la naturaleza y el contenido de las declaraciones en cuestión. De acuerdo con la sentencia, estas deben referirse a las condiciones de acceso al empleo o al ejercicio profesional respecto al empresario de que se trate y evidenciar la intención de este último de discriminar por razón de alguno de los motivos establecidos por la citada [Directiva 2000/78](#).
- En tercer lugar, el contexto en el que se efectuaron las declaraciones controvertidas, «en particular su carácter público o privado, o incluso el hecho de que se hayan difundido al público, bien a través de los medios de comunicación tradicionales, o por las redes sociales».

En relación con el conflicto planteado entre el derecho fundamental de N. H. a la libertad de expresión y el derecho a la igualdad frente a declaraciones homófobas, el TJUE recuerda que el artículo 52.1 de la [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#) dispone que la libertad de expresión no es un derecho absoluto cuyo ejercicio puede comportar limitaciones, siempre que estén establecidas por la ley y respeten el contenido esencial de dicho derecho y el principio de proporcionalidad, es decir, que sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.

A este efecto, el tribunal confirma la necesidad de las limitaciones al ejercicio de la libertad de expresión derivadas de la [Directiva 2000/78](#) como respuesta al objetivo legítimo de garantizar los derechos en materia de empleo y ocupación de las personas que pertenecen a grupos de personas caracterizadas por los motivos protegidos (entre ellos, la orientación sexual).

Al efecto, el Tribunal de Luxemburgo entiende que:

[...] en particular, si, en contra de la interpretación del concepto de «condiciones de acceso al empleo [...] y al ejercicio profesional», determinadas declaraciones estuvieran excluidas del ámbito de aplicación material de esta directiva por el mero hecho de que se hubieran realizado al margen de un proceso de selección de personal, concretamente en un programa radiofónico de entretenimiento, o por constituir la expresión de una opinión personal de su autor, podría resultar ilusoria la propia esencia de la protección en materia de empleo y de ocupación concedida por la citada directiva (apdo. 54 de la [sentencia](#)).

4. Valoración crítica de la relevancia de la sentencia

La homofobia, la bifobia y la transfobia constituyen uno de los principales desafíos para el pleno reconocimiento igualitario, garantista y efectivo de los derechos fundamentales en la UE. Las personas LGBTI siguen sufriendo discriminación generalizada, violencia y delitos de odio en la UE por el mero hecho de querer ser, sentir y expresar de forma digna y libre su sexualidad y género.

El [Tratado de Ámsterdam](#), firmado en 1997, posibilitó a la UE, por primera vez tras cuatro décadas de existencia, la lucha contra la discriminación sufrida por motivo de la orientación sexual de la persona, convirtiéndose en el primer instrumento jurídico internacional vinculante en prohibir de forma explícita. Más de veinte años después, en un reciente estudio publicado por la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en mayo de 2020, titulado «[Un largo camino por recorrer hacia la igualdad de las personas LGBTI](#)», se manifiesta que un 20 % de las más de 140.000 personas LGBTI encuestadas afirma sufrir discriminación en su puesto de trabajo. Además, más del 60 % afirma que evita manifestar públicamente su orientación sexual y casi el 40 % de las personas encuestadas afirma haber sufrido como mínimo un episodio de acoso durante el 2019, año de realización del estudio.

En un contexto como el actual de «policrisis» política y socioeconómica por el que atraviesa la UE, de graves desacuerdos entre los Estados miembros en cuestiones vinculadas con la defensa de los derechos fundamentales, del consecuente inmovilismo en el seno del Consejo, y del auge de partidos políticos populistas, xenófobos y de extrema derecha,

la promoción efectiva y unánime de la igualdad frente a los elevados índices de discriminación se presenta como un objetivo cardinal para la legitimidad y el progreso del proyecto de integración europea.

La presente [sentencia](#) debe considerarse como un paso más hacia dicha protección efectiva de los derechos fundamentales, cuestión que constituye una dimensión nuclear de la identidad y del funcionamiento de la UE, no solo como elemento fundamental del ADN de la Unión, común a todos sus Estados miembros, sino como requisito previo para el acceso de los países candidatos a la UE, así como factor clave de la identidad exterior de la Unión en cuanto potencia normativa internacional.

Además, consolida la doctrina del tribunal en materia de igualdad y no discriminación en el ámbito laboral. Con esta nueva [sentencia](#), el tribunal va más allá de lo determinado en asuntos previos como en la sentencia del citado [asunto Asociația Accept](#) al afirmar que tales declaraciones homófobas son discriminatorias y que pueden ser objeto de una indemnización a una asociación, incluso en el caso de que ninguna víctima sea identificable y aun cuando no concurra procedimiento de selección alguno.

Al mismo tiempo, mediante este pronunciamiento, el Tribunal de Luxemburgo respalda plenamente el principio de la eficacia jurídica del ordenamiento jurídico de la Unión, fortaleciendo, a su vez, su dimensión horizontal entre particulares (doctrina *Drittwirkung der Grundrechte*). Es este mismo principio el que lo lleva a la conclusión de que no se ha violado el derecho del demandante a su libertad de expresión.

La relevancia de esta sentencia radica en que sus efectos jurídicos pueden ser aplicados, más allá del motivo de la orientación sexual de las personas, a los demás motivos de discriminación prohibidos por la normativa comunitaria en el ámbito laboral. De este modo, el tribunal contribuye a garantizar que el derecho de la UE tenga un impacto real y efectivo en la vida y en el desarrollo sociolaboral de las personas trabajadoras en la Unión, promoviendo la coherencia con los valores, principios y objetivos de los tratados constitutivos y de su legislación antidiscriminatoria.

¿El fin de la maternidad como obstáculo en la carrera profesional de las mujeres en la doctrina judicial?

Comentario a la [Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 685/2020, de 5 de junio](#)

Sergio Martín Guardado

*Investigador en formación en el área de Derecho Constitucional.
Universidad de Salamanca*

1. Marco normativo de referencia

La primera referencia con la que contamos a nivel interno parte del principio (formal), valor y derecho de la igualdad y la prohibición de discriminación por razón de sexo (arts. 1.1 y 14 Constitución española –CE–) que, en el Estado social y democrático de derecho, adquiere un sentido material, elevando la igualdad a función de Estado, en virtud del reconocimiento del principio de igualdad efectiva ([art. 9.2 CE](#)). Ello supone que los poderes públicos deben asegurar el cumplimiento del derecho formalmente proclamado en el [artículo 14 de la CE](#), en el sentido del principio de primacía constitucional y la asegurada eficacia horizontal que proclama la norma fundamental ([art. 9.1 CE](#)), que también vincula a los particulares. Sobre esta base, los derechos fundamentales reconocidos por la carta magna a los ciudadanos y que entre los ciudadanos deben cumplirse, y, en concreto, la igualdad que debe llegar a existir y regir de forma plena entre mujeres y hombres, en todas las facetas propias de la vida humana, como es, una de ellas, el acceso al empleo, donde no cabe imponer o sufrir discriminaciones fundadas en el sexo ([art. 35.1 CE](#)). Específicamente, en el ámbito de la Unión Europea (UE), se reconoce expresamente la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito del empleo y la ocupación (art. 153.1 i) [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea –TFUE–](#)), de tal forma que la Unión también proclama el principio de igualdad material (art. 8 [TFUE](#)) y, además, lo hace en un ámbito concreto, en

Cómo citar: Martín Guardado, S. (2020). ¿El fin de la maternidad como obstáculo en la carrera profesional de las mujeres en la doctrina judicial? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 685/2020, de 5 de junio. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 449-450, 159-165.

consonancia con el marco jurídico-constitucional vigente. Esto es así porque la igualdad entre mujeres y hombres es un valor fundamental de la Unión (arts. 2 y 3.3 [Tratado de la Unión Europea](#)). Ello dota de un contenido supralegal a la igualdad entre hombres y mujeres, que queda establecido como principio y derecho, ampliando y concretando el derecho originario de la Unión las disposiciones de la CE ([art. 10.2 CE](#)) y posibilitando la adopción de medidas, en este sentido, en el marco de la Unión que vinculan a España en tanto Estado miembro de la UE ([art. 93 CE](#)).

Con base en lo inmediatamente expuesto, se han venido adoptando normas de derecho derivado, ya derogadas, que se refunden en la vigente [Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006](#), relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (Directiva). Esta norma asume, como las anteriores, que la discriminación en el acceso al empleo que traiga causa o tenga raíz en la maternidad o el estado gestante de la madre supone una discriminación directa por razón de sexo (considerando 23), en los términos del [artículo 6.1 de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo](#), para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH); de tal forma que ni el nacimiento del hijo y su cuidado ni el embarazo pueden justificar un trato menos favorable a las mujeres, en comparación a los hombres, incluyéndose expresamente, además, la prestación por maternidad como causa de discriminación directa a estos fines (arts. 2.2 c) [Directiva](#) y [8 LOIEMH](#)); lo que está en plena consonancia con la protección constitucional que la norma fundamental ofrece ([art. 39.2 CE](#)). De esta forma se reputa contraria al principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres la interrupción o negación relativa a la adquisición de derechos durante los permisos de maternidad, en tanto causa de discriminación directa o indirecta ([art. 9.1 g\) Directiva](#)); de tal forma que puede aprovecharse de todos los beneficios para el acceso al empleo a los que hubiera tenido derecho durante su ausencia ([art. 15 Directiva](#)).

Por todo lo expuesto, a pesar de que el [Estatuto Básico del Empleado Público \(EBEP\)](#) no se refiera expresamente a estas cuestiones, debemos tener presente como punto de partida que la exigencia del acceso al empleo se rige por los principios de igualdad, mérito y capacidad (arts. [103.3 CE](#) y [55.1 EBEP](#)). Por tanto, al ser la igualdad uno de los principios que rige el acceso a la función pública, haciendo una interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la Constitución, hemos de entender que debe garantizarse por parte de los poderes públicos que la maternidad no suponga, en ningún caso, un obstáculo para acceder al empleo público, por exigencia del principio de igualdad material o efectiva ([art. 9.2 CE](#)).

2. Supuesto de hecho: la falta de cómputo de la maternidad como experiencia docente

Mediante Resolución ficticia del director general de Educación, Cultura y Universidades de las Islas Baleares de 8 de junio de 2015, se deniega a una aspirante a una plaza de

personal funcionario interino el reconocimiento del periodo de baja por maternidad como experiencia docente durante el curso 2013/2014, al no contestarse el recurso de alzada presentado (silencio administrativo) contra la no valoración de este periodo, que concretamente se extendió desde el día 1 de septiembre hasta la fecha de 19 de diciembre de 2013. Posteriormente, mediante Resolución del consejero de Educación y Universidad de 12 de noviembre de 2015, se desestima expresamente el recurso negando a una aspirante el reconocimiento del periodo de baja por maternidad indicado para la adjudicación de plazas de personal funcionario interino para el curso 2014/2015.

La aspirante ocupaba durante el curso 2012/2013 una plaza de profesora interina en un centro público de formación profesional y aspiraba a la adjudicación de una plaza de funcionaria interina docente en el curso 2013/2014, dado que debía participar ante la posibilidad de exclusión de una bolsa de personal funcionario interino. La convocatoria de 17 de junio de 2013 (BOIB núm. 87 de 20 de junio de 2013) prevé que la incorporación a la plaza adjudicada se debía hacer el día 2 de septiembre de 2013. Dicha convocatoria preveía, además, que, en caso de causa justificada, como la maternidad, ya que lo recoge expresamente, se podía renunciar a la incorporación y que se le reserve la plaza adjudicada. En este sentido, procedió la actora para que se efectuara formalmente la renuncia y reserva, en esos términos concretos. Y el día 19 de diciembre se incorporó a su plaza reservada, una vez superado el periodo por maternidad.

La actora solicita el reconocimiento de ese periodo de maternidad para no ser perjudicada en el orden de rotación de la bolsa de personal funcionario interino en la eventual adjudicación de plazas para el curso 2014/2015, con fecha 15 de julio de 2014, y se le deniega el reconocimiento de dicho periodo como experiencia docente. Por tanto, la pretensión de la actora se centra en que se le reconozca el periodo de baja por maternidad con carácter retroactivo, a efectos de antigüedad en la lista de personal interino. Esto es, no se pide la nulidad de la resolución indicada anteriormente, aplicando el recurso a todos los aspirantes, sino que pretende el reconocimiento individual. En la sentencia de apelación se confirma la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Palma de Mallorca que denegó tal reconocimiento, al entenderse como actos consentidos y firmes, como sostiene la Administración autonómica, al no haberse impugnado jurisdiccionalmente en plazo el momento del acto de petición de renuncia a la incorporación, reserva y posterior reincorporación (FJ 3.º Sentencia del Tribunal Superior de Justicia –TSJ– de las Islas Baleares, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 5 de julio de 2017, rec. 341/2016).

Además, se rechaza que exista discriminación por razón de sexo en las sentencias de instancia y de apelación, porque esa falta de cómputo de antigüedad se aplica tanto a hombres como a mujeres, expresando que igualmente sería perjudicado un funcionario interino hombre que lo solicitara habiendo disfrutado el permiso de paternidad o la excedencia por cuidado de hijo. Entiende la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ que no se vulneran los mandatos imperativos de la LOIEMH ni, por ende, el principio de jerarquía normativa. Descartando así cualquier perjuicio fundado en una discriminación por razón de sexo.

Contra la sentencia de apelación se interpone recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo (TS), previo sometimiento a examen de interés casacional ([art. 89.2 Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa –LRJCA–](#)). Así, en el [Auto del TS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 9 de marzo de 2018 \(rec. 4751/2017\)](#), se entiende que la cuestión atenta contra la igualdad entre mujeres y hombres y, en suma, constituye discriminación por razón de género la exclusión de la baremación de la maternidad como experiencia docente en dicho procedimiento de adjudicación. Se entiende que es objetivamente relevante para la formación de jurisprudencia en estas cuestiones, sobre la base de los artículos [8](#), [14](#) y [15](#) de la LOIEMH, aludiendo a la trascendencia constitucional que existe con relación al principio de igualdad material ([art. 9.2 CE](#)), que exige compensar las desventajas que pueda provocar el embarazo (que afecta exclusivamente a las mujeres) y puede provocar perjuicios en los derechos económicos y profesionales de las mujeres (Sentencia del Tribunal Constitucional –[STC– 162/2016](#)). Por ello, se admite el recurso de casación, sobre la base de lo previsto en los artículos [88.1](#) y [90.4](#) de la LRJCA.

La [sentencia que resuelve el recurso de casación](#), que es objeto de comentario, realiza una crítica al formalismo con que la sentencia de apelación resuelve la controversia, al ligar la cuestión al principio de irretroactividad de los actos administrativos cuando se lesionan intereses legítimos de terceros interesados (*vid.* [art. 57.3 de la ya extinta Ley 30/1992](#)), sobre la base de que no se tiene en cuenta la puesta en entredicho de este argumento en la sentencia de instancia. Además, la actora no impugna ni la oposición ni el concurso por completo, con carácter general, sino que exige el reconocimiento individual de sus derechos. Además, dice la Sala Tercera que no se puede dar «atribución de sentido» a un escrito de «renuncia» irreal, intrascendente y anacrónico. Es decir, es intrascendente y anacrónico porque la exigencia del reconocimiento del periodo del permiso se hace *a posteriori*, lo que hace que nada valga en el litigio presente. Lo que se exige es, ciertamente, la vigencia de los mandatos imperativos de la LOIEMH (FJ 3.º).

Entonces, entiende finalmente que la calificación que debe darse a la actuación de la Administración autonómica balear es la concerniente a la calificación jurídica de nulidad de pleno derecho (*vid.* [art. 62.1 a\) Ley 30/1992](#)), dado que se han lesionado derechos y libertades de amparo constitucional. Sobre la base, además, de varias normas de rango legal, como el [artículo 7 del EBEP](#), que llama a la aplicación analógica del Estatuto de los Trabajadores (ET) para lo relativo a los permisos de maternidad (y otras instituciones en materia de conciliación conexas). En concreto, el [artículo 17.1 del ET](#), que reputa nulas las decisiones de índole empresarial que den lugar a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo en asuntos de empleo. Y, sobre todo extremo, el fallo tiene en cuenta las previsiones de la LOIEMH que a continuación se destacan (FJ 5.º) y que quedan fijadas como jurisprudencia vinculante:

- La maternidad es una causa de discriminación que merece un tratamiento especial en el derecho antidiscriminatorio expresado por el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres ([art. 3 LOIEMH](#)).

- La igualdad de oportunidades en tanto expresión legal del principio de igualdad material proclamado constitucionalmente hace que sea un principio informador de todo el ordenamiento jurídico que debe regir la interpretación y aplicación de las normas (art. 4 LOIEMH y considerando 2 [Directiva 2006/54/CE](#)).
- Tales principios, igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, se aplican al empleo privado y al empleo público, en asuntos de empleo y ocupación (art. 5 LOIEMH y considerando 5 [Directiva 2006/54/CE](#); *vid.* arts. 21 y 23 [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#)).
- Constituye discriminación directa por razón de sexo el trato desfavorable que perjudique a las mujeres por causa del embarazo o la maternidad (arts. 8 LOIEMH y 9.1 g) [Directiva 2006/54/CE](#)) y deben reputarse nulos de pleno derecho, al constituir discriminación por razón de sexo, los actos y negocios jurídicos dictados en tal sentido (art. 10 LOIEMH). En este contexto, la reincorporación de la mujer al puesto de trabajo debe producirse en condiciones de igualdad, de tal forma que no resulte menos favorable, y tiene derecho a los beneficios en las condiciones de trabajo a que tuviera derecho durante su ausencia (art. 15 [Directiva 2006/54/CE](#)).

Por todo ello, se concluye que las circunstancias que han colocado a la aspirante a la plaza en condiciones de desventaja se circunscriben a la condición fáctica de su estado gestante y la ausencia durante el permiso por maternidad, no por voluntad propia o actitudes que sean achacables exclusiva e individualmente a la persona aspirante (FJ 6.º). Es decir, la exclusión del periodo de disfrute del permiso por maternidad como experiencia docente constituye una exclusión de méritos fundada en una discriminación por razón de sexo de carácter directo.

3. Revisión valorativa: falta de argumentación en la discriminación directa por razón de sexo

Tanto en la sentencia de instancia como en la sentencia de apelación –se reproduce en el FJ 1.º sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de las Islas Baleares, recurrida en casación– se excluye una consideración que parece, a mi juicio, no haber sido tenida en cuenta, aplicándose erróneamente el principio de igualdad entre mujeres y hombres, cuando desecha la discriminación por razón de sexo; en el sentido de que no se tiene en cuenta la diferente duración de los permisos de maternidad y paternidad, respectivamente, en la regulación vigente a la fecha de los hechos controvertidos. Esta, según la jueza de instancia, no se produce porque no consta que la misma consecuencia se deje de aplicar si la persona interina es un hombre que solicitó el disfrute del permiso de paternidad o una excedencia. Y es que ese planteamiento nos debe llevar a rebatirlo como discriminatorio *per se*.

Si bien es cierto que se ha avalado la constitucionalidad de la diferente regulación de los permisos de paternidad y maternidad, en el sentido de que la duración de unos u otros es una cuestión de política legislativa (SSTC 111/2018 y 75/2011), debería haberse incluido en el debate algo trascendental como es que las consecuencias que se derivan del disfrute de uno u otro permiso no son idénticas, que es cuestión distinta a lo que aquí se acaba de apuntar. Esto es, no puede asumirse el argumento de la juzgadora de instancia, y el aval que hace del mismo la sentencia de apelación, en tanto que no se tiene en cuenta, a la hora de juzgar, la desigual duración de los permisos (que en la fecha de los hechos controvertidos era diferente a la actual y muy distante a la previsible a partir de enero de 2021, con la pretendida igualación en aras de la corresponsabilidad que entrará en vigor, por la reforma que se producirá por las previsiones del RDL 6/2019, que modifica, entre otras normas, el ET, en concreto su art. 48). Es decir, entonces, si la duración de los permisos fuera idéntica, podría hablarse de ausencia de discriminación; sin embargo, en ningún caso, ni con la regulación vigente ni con la que lo era a la fecha de la actuación administrativa, pues las consecuencias son, de todo extremo, discriminatorias, al haber una menor consideración de experiencia docente para las mujeres, ya que el permiso de maternidad tiene una mayor duración que el de paternidad.

Por ello, a pesar de poder preverse, no se tuvo en cuenta, tampoco en el fallo del TS, que ese argumento debería haberse rechazado de plano, al ser manifiestamente menor el permiso de paternidad, que estaba entonces en 4 semanas, frente a las 16 de las mujeres. Ello habría remarcado el carácter discriminatorio y directo de la actuación administrativa, dado que el perjuicio era mayor en las mujeres que eran madres, al perder mayor tiempo de experiencia docente por el disfrute del permiso. Y, como el tratamiento legal no era neutro, sino diferenciado, aunque legítimo según la doctrina del TC, las consecuencias no pueden ser legítimas en ningún caso, al colocar a las mujeres en un trato de desfavor frente a los hombres.

4. Trascendencia del fallo: ¿deja de ser la maternidad un obstáculo en la carrera profesional?

La discriminación por razón de sexo no solo viene dada por la condición biológica, sino que también trae consigo tratamientos normativos peyorativos que se producen por la discriminación que producen circunstancias relacionadas con el sexo de la persona (STC 17/2017), especialmente de las mujeres. El embarazo y la maternidad han supuesto siempre una barrera en la promoción profesional en la carrera de las mujeres trabajadoras e, incluso, han imposibilitado su acceso al empleo.

Con este fallo se abre un precedente que representa el compromiso debido de los poderes públicos, en este caso el judicial, en tanto corrector de los desmanes de la Administración, que permite garantizar la eficacia del derecho de rango constitucional, según la expresión de la LOIEMH, en su artículo 14.1, de la igualdad entre mujeres y hombres. Sobre

todo en el ámbito docente, donde ciertos requisitos, como la experiencia profesional, son necesarios para promocionar o adquirir fijeza en la condición de persona funcionaria, se hace especialmente duro el ser madre y consolidar la carrera profesional al mismo tiempo.

Esta [sentencia](#) reproduce lo ya expresado por la Sala de lo Social del TS, en algunas sentencias, como la [10/2017, de 10 de enero \(rec. 283/2015\)](#), donde asume que el tiempo de baja por maternidad debe computar como efectivamente trabajado. Sobre la base del principio de igualdad material, esto hace que las mujeres no sean más relegadas en su carrera profesional, de tal forma que es una obligación de los empleadores públicos y privados tener la maternidad en cuenta no solo como un hecho biológico que debe desplazar cualquier pretensión discriminatoria, sino, además, hacer lo posible por no discriminar por razón de sexo, en tanto prohibición de derecho necesario absoluto. Por ello, esta [sentencia](#) en el ámbito del empleo público abre la puerta a reconocer, por ejemplo, la no impartición de docencia universitaria si se está de baja por maternidad, a la hora de acreditarse; realizar cursos de formación necesarios para la progresión en la función pública, en respectivos y eventuales concursos de méritos. En definitiva, lo trascendental puede ser el representar un punto de inflexión hacia la consideración de la maternidad como obstáculo en la carrera profesional de las mujeres.

Sin embargo, hubiera sido interesante que el tribunal sentenciador hubiese acudido a la comúnmente llamada «prueba estadística», que consiste en determinar cómo afecta en mayor medida a las mujeres la asunción de la maternidad y otras necesidades conciliatorias, como la reducción de jornada. En estos términos se pronuncia la relevante [STS 79/2020, de 2 de julio](#), en aras de la conciliación de la vida familiar y laboral, pues no relacionar la mayor asunción de responsabilidades familiares de forma empírica con la eventual reducción de derechos laborales hace imposible realizar un análisis serio.

En el caso de la citada sentencia, con relación a la menor retribución de las guardias por ejercitar una reducción de jornada, se produce una discriminación indirecta al acudir las mujeres a los permisos y reducciones de jornada relacionados con la conciliación y la correspondiente merma retributiva; en el caso de la [sentencia que comentamos](#) y la normativa reprochada por la Sala Tercera del TS, se produciría una discriminación indirecta también en relación con la conciliación que no es específicamente maternidad o embarazo. ¿Por qué? Porque una vez igualados los permisos de maternidad y paternidad, en el caso de las reducciones de jornada fuera del nuevo permiso de nacimiento y cuidado del lactante (en la terminología del [RDL 6/2019](#)), también podría producirse una discriminación ya no directa sino indirecta, dado que puede afectar en mayor medida a las mujeres, porque son ellas las que, desgraciadamente, a falta de plena corresponsabilidad, siguen asumiendo las labores de cuidado de hijos y familiares (FF. JJ. 4.º y 5.º [STS 79/2020, de 2 de julio](#)).



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0



Análisis de los principales estresores en el colectivo del alumnado de las escuelas de vuelo

Montserrat Subirats Ferrer

*Profesora asociada en el Departamento de Psicología Social.
Universidad de Valencia
Investigadora del IDOCAL*

Fernando J. Pons Verdú

*Profesor asociado en el Departamento de Psicología Social.
Universidad de Valencia
Investigador del IDOCAL*

Extracto

Según la literatura, el trabajo de piloto y el estrés van de la mano, siendo una de las profesiones más estresantes. Como consecuencia del accidente de Germanwings en marzo de 2015, la EASA (European Aviation Safety Agency) obligará a los operadores aéreos a aplicar programas de apoyo psicológico a las tripulaciones de vuelo a partir de agosto de 2020. La presente investigación tiene como objetivo evaluar el nivel de estrés experimentado por los alumnos que cursan los estudios de piloto comercial, que aprenden a volar en un entorno estresante similar a los pilotos comerciales y que hasta ahora no ha sido analizado desde la literatura. La muestra está conformada por 36 alumnos de vuelo que estudian en una escuela internacional de pilotos, a quienes se les aplicó el instrumento de medición de detonantes de estrés laboral para pilotos (IMDELP) de Aguirre (2015). Los resultados encontrados indican que los alumnos de vuelo experimentan niveles moderados de estrés, sobre todo debido a factores extraorganizacionales y el contenido y demandas laborales, en línea con los estudios empíricos revisados. No obstante, no se observan diferencias estadísticamente significativas en los niveles de estrés en función del género ni en función de la nacionalidad del alumno. En conclusión, los resultados obtenidos justifican la figura del psicólogo en las escuelas de vuelo para tratar problemas de salud mental de los alumnos, llevar a cabo una evaluación regular y desarrollar programas educativos y opciones de intervención. Estas conclusiones son limitadas debido al reducido tamaño de la muestra en general y de alumnos extranjeros y alumnas en particular.

Palabras clave: estrés; piloto; escuelas de vuelo; psicología aeronáutica.

Fecha de entrada: 30-03-2020 / Fecha de aceptación: 11-06-2020

Cómo citar: Subirats Ferrer, M. y Pons Verdú, F. J. (2020). Análisis de los principales estresores en el colectivo del alumnado de las escuelas de vuelo. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 449-450, 167-198.



Analysis of the main stressors in the flight school student collective

Montserrat Subirats Ferrer

Fernando J. Pons Verdú

Abstract

According to the literature, working as a pilot and stress go hand in hand, being one of the most stressful professions with. As a result of the Germanwings accident, that occurred on March 2015, EASA (European Aviation Safety Agency) will require air operators to apply psychological support programs to flight crews as of August 2020. This research aims to assess the level of stress experienced by commercial pilot students that are learning to fly in a stressful environment similar to that experienced by commercial pilots in real life; and that has not been analyzed so far in the literature. The sample in this study is made up of 36 student pilots studying at an international pilot school, to whom the instrument for work stress detonators for pilots (IMDELP) in Aguirre (2015) was applied. The results found indicate that student pilots experience moderate levels of stress, mainly due to extra-organizational factors as well as work content and demands, which are all in line with the empirical studies reviewed. However, there are no statistically significant differences in stress levels based on the sex or the nationality of the student. In conclusion, the results obtained justify the figure of the psychologist in flight schools to treat students' mental health problems, carry out a regular evaluation and develop educational programs and intervention options. These conclusions are limited due to the small sample size in general and of foreign students and female students in particular.

Keywords: stress; pilot; flight schools; aerospace psychology.

Citation: Subirats Ferrer, M. y Pons Verdú, F. J. (2020). Analysis of the main stressors in the flight school student collective. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 449-450, 167-198.





Sumario

1. Introducción
 2. El estrés en el contexto de la aviación
 - 2.1. Causas de estrés en la aviación
 - 2.2. Modelos de análisis del estrés laboral
 - 2.3. Hipótesis
 3. Método
 - 3.1. Participantes y procedimiento
 - 3.2. Instrumento
 - 3.3. Análisis de datos
 4. Resultados
 5. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

1. Introducción

La aviación es una industria que evoluciona rápidamente, y la tecnología aplicada es cada vez más segura y fiable. En aviación civil, una consecuencia de este hecho es que, en la actualidad, el error humano es el principal factor causal de casi todos los incidentes y accidentes aéreos (Shappell y Wiegmann, 1996). Sin embargo, esto no debería desmerecer la vasta mayoría de despegues y aterrizajes de vuelos sin incidentes o accidentes, porque los humanos son también la causa de la seguridad absoluta de cada una de esas operaciones aeronáuticas exitosas (Tomás, 1999). Por tanto, hay una continua necesidad de investigar cómo el personal aeronáutico contribuye a asegurar las operaciones de vuelo e identificar factores que podrían incrementar la probabilidad del error humano, como las condiciones laborales y los estresores, que son únicos para este grupo ocupacional.

Los psicólogos son expertos en el estudio y comprensión de la conducta humana y son claves para ayudar a la industria aeronáutica a maximizar la seguridad. Se pronostica que la demanda del viaje aéreo se duplicará en los próximos 20 años, y la industria aeronáutica necesita invertir en su infraestructura y en el bienestar de su fuerza laboral para hacer frente a esta demanda y garantizar que la seguridad no se ve comprometida. Precisamente, la actual emergencia sanitaria de la COVID-19 está afectando al sector aeronáutico. La seguridad aérea en términos sanitarios va a convertirse a partir de ahora en uno de sus principales objetivos. Al igual que ocurrió tras los atentados del 11-S, las operaciones de vuelo se llevarán a cabo en un escenario distinto, con medidas de seguridad distintas, orientadas a garantizar la seguridad sanitaria. Y la aviación seguirá siendo un pilar muy importante de la logística y de la movilidad global, y el mundo seguirá necesitando pilotos para ello. Resulta de gran importancia enfatizar que la aplicación de la psicología y el uso de psicólogos cualificados deberían ser una parte integral de dicha inversión en seguridad. La industria aeronáutica incluye pilotos, controladores aéreos, tripulantes de cabina de pasajeros, despachadores, agentes de facturación y embarque, agentes de rampa, pasajeros... y alumnos de escuelas de vuelo.

El alumno de vuelo es un individuo, y los individuos difieren notablemente en numerosos aspectos, como la personalidad, las cualidades, las aptitudes de varios tipos (incluida la motora), los valores y los intereses. Sin embargo, a pesar de todas estas diferencias, el alumno de vuelo, además de poseer las aptitudes adecuadas para aprender a volar, debe estar motivado para aprender, tener voluntad de trabajo y consistencia en el sentido de la perseverancia (Tomás, 1999). La enseñanza de vuelo puede verse interferida, dificultada o incluso impedida por barreras que dañan el correcto desempeño de la actividad

de vuelo del alumno, como la fatiga, la ansiedad, el conflicto o el estrés (Tomás, 1999). El estrés genera problemas en la salud de aquellos que lo padecen y, por tanto, se tiene una concepción negativa de este, ya que se relaciona con estados de miedo, excesiva preocupación e irritabilidad. Por ello, durante los últimos años ha sido objeto de estudio (Moscoso, 2010).

Entre las profesiones más estresantes, se puede encontrar la de pilotar aviones, ya que el escenario de trabajo de los pilotos de aeronaves está colmado de potenciales fuentes de estrés (Aguirre, 2015). Además, en la aviación se encuentran otros colectivos, también sometidos a estrés, como es el caso de los alumnos de vuelo, donde el ambiente es arriesgado por los estresores potenciales existentes, como la responsabilidad de llevar personas a bordo (compañeros, amigos, familiares, instructores de vuelo), las comunicaciones, el ruido, la temperatura, la aceleración. Todos estos factores afectan directa o indirectamente a la seguridad del vuelo (Amezcuca, 2011).

Por tanto, se necesita reducir al máximo todas estas variables, que pueden afectar al alumno piloto y que lo pueden conducir a cometer errores durante el vuelo. En este sentido, la práctica de la psicología y de sus profesionales se convierte en un elemento fundamental en el desarrollo de herramientas y estrategias para afrontar el estrés en cabina (Hubbard y Bor, 2016). En conclusión, el objetivo de estudio de este trabajo es conocer los niveles de estrés de los alumnos de vuelo y plantear aplicar posteriormente estrategias e intervenciones psicológicas con el fin de mejorar el bienestar de dichos alumnos.

Tras el desastre de Germanwings en marzo de 2015, la comisión de accidentes concluyó que el piloto fue directamente responsable de la muerte de todos los pasajeros y de toda la tripulación de vuelo (Planas, 2017). El foco de atención en los pilotos es consecuencia del actual cuerpo de evidencia disponible relacionado con la psicología dentro del viaje aéreo, y refleja el inicio del trabajo llevado a cabo por la European Aviation Safety Agency (EASA) tras el accidente de Germanwings. Concretamente, la EASA definió una serie de riesgos para la seguridad aérea y emitió recomendaciones para mitigarlos. La aplicación de esas recomendaciones exige cambios en la normativa, introduciendo, a partir del 14 de agosto de 2020, la aplicación de programas de apoyo a las tripulaciones de vuelo. El programa de apoyo será responsabilidad del operador, el cual debe permitir, facilitar y garantizar el acceso a un programa de apoyo proactivo y no punitivo para asistir y apoyar a las tripulaciones de vuelo en el reconocimiento, tratamiento y resolución de cualquier problema que pueda afectar negativamente a su capacidad para ejercer con seguridad las atribuciones de su licencia.

Aunque el foco de esta normativa se encuentra en los pilotos, no debería olvidarse que el piloto es una parte de un equipo más amplio y de una red de personal aeronáutico; muchos de estos desempeñan roles críticos para la seguridad, donde una conducta inadecuada o una decisión incorrecta puede impactar inmediata o decisivamente en la seguridad física de los pasajeros y la tripulación, y podría, en última instancia, conducir a la pérdida

de vidas o recursos. Estas personas son los tripulantes de cabina de pasajeros, los controladores aéreos, los instructores de vuelo, los examinadores médicos aeronáuticos, los jefes de seguridad, los ingenieros aeronáuticos, el personal de mantenimiento, los agentes de *handling* y los alumnos de escuelas de vuelo. Muchas de las consideraciones de dicha normativa podrían aplicarse a estos colectivos al igual que a los pilotos. Igualmente, como se está desarrollando el viaje espacial comercial y experimental, estas consideraciones y recomendaciones también podrían aplicarse a otro tipo de personal aeroespacial, incluidos los astronautas.

Si efectivamente, como resultado de este estudio, se concluye que los alumnos de vuelo presentan niveles de estrés semejantes a las tripulaciones de vuelo (pilotos y auxiliares de vuelo), sería lícito solicitar a la Agencia Española de Seguridad Aérea (AESA) la aplicación de programas de apoyo a los alumnos de vuelo que estudian en escuelas de pilotos liderados por psicólogos especializados que aporten teoría, métodos y prácticas para explicar y predecir la conducta de los alumnos en su situación de vuelo, la forma en que su desempeño repercute en la seguridad y la influencia que el medio normativo, organizacional y social ejerce sobre su salud y bienestar.

La profesión de piloto de líneas aéreas es la tercera profesión más estresante (según un estudio realizado en 2019 por el portal de empleo estadounidense CareerCast), porque el escenario de trabajo de los pilotos comerciales está cargado de potenciales fuentes de estrés (Aguirre, Vauro y Labarthe, 2015). En este trabajo se pretende alcanzar diferentes objetivos:

- Medir el nivel de estrés a fin de determinar si los alumnos de vuelo lo sufren.
- Determinar si existen diferencias entre los alumnos y las alumnas de vuelo, pues, según la literatura revisada, las mujeres sufren niveles de estrés más elevados que los hombres en el entorno aeronáutico por ser un colectivo minoritario (Moncó, 2018).
- Determinar si existen diferencias entre los alumnos de vuelo españoles y los extranjeros, ya que los alumnos extranjeros residen y vuelan en un entorno desconocido que puede incrementar sus niveles de estrés.

2. El estrés en el contexto de la aviación

¿Por qué estudiar el estrés de los alumnos de vuelo? El estrés es un fenómeno psicológico que afecta negativamente al rendimiento humano (García, 2018). Esta realidad es más acusada cuanto más complejos son los sistemas sociotécnicos en los que la persona interviene. Es posible, por tanto, concluir que el estrés compromete el cumplimiento de los mínimos niveles exigibles de seguridad para el óptimo desarrollo de las operaciones aeronáuticas. Además, se trata de un aspecto psicológico que tiene potentes correlatos a nivel

neurobiofisiológico, lo cual lo convierte tanto en causa como en consecuencia entre ellos mismos. Principalmente, el estrés es un componente con base biológica que dificulta el manejo de sus efectos a voluntad del individuo, a pesar de ser consciente de su aparición (García, 2018). Además, la creencia popular tiende a infravalorar sus capacidades devastadoras para el rendimiento cognitivo, al mismo tiempo que sobrevalora las capacidades propias del individuo para manejarlo. El estrés puede afectar a la propia salud del individuo, y en sentido inverso es posible afirmar que también el estado de salud es un factor determinante en la aparición, efectos y consecuencias relacionados con el estrés (García, 2018). Por tanto, la psicología aeronáutica, a través de la promoción y mantenimiento de la salud del profesional aeronáutico, contribuye a la promoción y mantenimiento de la seguridad aérea (García, 2018).

Trabajar en el sector aeronáutico supone asumir altas responsabilidades respecto a vidas humanas, al manejo de materiales muy costosos y al enorme impacto económico que esta actividad representa para la sociedad. El medio aéreo, fundamentalmente la atmósfera, es altamente cambiante, siendo, en muchas ocasiones, muy difícil de prever su evolución e impacto sobre las operaciones. La gestión del transporte aéreo se organiza con base en el uso de medios técnicos de alta especialización y complejidad, y su fiabilidad es, por tanto, otro factor crítico sobre el cual se apoya el éxito operativo. Las aeronaves comerciales convencionales se desplazan a velocidades cercanas a las del sonido, por lo que el factor tiempo se comprime en el momento de tomar decisiones. Considerando todo lo anterior, el peso de asumir tan altas responsabilidades, en un medio que a su vez es influido por un elevado número de variables, algunas de las cuales escapan al control de la voluntad humana, supone el caldo de cultivo perfecto para que el estrés forme parte inseparable de las vidas de las personas que lo sustentan. Esto ha producido un incremento de la sensibilidad hacia estos temas en la industria aeronáutica (Vine *et al.*, 2015). Por ejemplo, en los últimos años se ha extendido la práctica conocida como CISM (*critical incident stress management*) dentro de las organizaciones responsables de generar seguridad aérea. Un incidente crítico se define como un evento que sucede repentinamente o inesperadamente y que, dependiendo de cada persona, se puede experimentar y ser vivido como extremadamente estresante. El CISM describe el conjunto de medidas y estrategias para afrontar con éxito estos eventos y prevenir las enfermedades y consecuencias negativas en la salud de los mismos (Leonhardt y Vogt, 2012).

El estudio del estrés en el contexto de la aviación se ha desarrollado principalmente durante los últimos 20 años, si bien ha sido recientemente cuando se ha desarrollado con mayor intensidad y logrando los mayores avances (Bintaned, 2012).

Inicialmente, Loewenthal *et al.* (2000) establecieron que los incidentes de vuelo en los pilotos estaban asociados fundamentalmente con el estrés. Así pues, se podía suponer que era la propia reacción emocional a los eventos de la vida y a las dificultades lo que debía atenderse de forma prioritaria, más que la propia existencia de dichos eventos y dificultades. Las evidencias mostraron que los trastornos del sueño relacionados con el estrés y la fatiga podían

ser de gran importancia, considerándolos como factores en incidentes de vuelo, puesto que dichas alteraciones del sueño estaban asociadas con incidentes de tráfico aéreo reportados. La importancia de esto radica en que, más que los trastornos en sí, son los trastornos relacionados con el estrés los que producen accidentes. Los resultados resaltaron la importancia central de la ansiedad. Así pues, las evidencias relacionaron directamente la ansiedad con la generación de trastornos del sueño y que esta también podía causar un mal funcionamiento atencional y, por tanto, un rendimiento deteriorado. Sería de vital importancia distinguir los efectos de la ansiedad de los de la depresión y otras formas de angustia. Tanto la una como la otra (ansiedad y depresión) están asociadas con el sueño y los problemas atencionales, y, dado que ambas suelen presentarse conjuntamente (Loewenthal *et al.*, 2000), se debería prestar especial atención en la evaluación de los síntomas específicos de angustia.

En el entorno militar, origen de la actual aviación civil, Taşbaşı (2002) quiso demostrar que había muchos factores que afectaban a la condición física, psicológica y conductual de los pilotos militares. Uno de ellos era el estrés, y las fuentes de este, y sus remedios variaban con respecto a la variación laboral y las percepciones individuales. La aviación es una de las profesiones que producen estrés severo y continuo, es un factor inevitable en la vida de un piloto. Los pilotos del Ejército están sujetos a estrés dentro y fuera del trabajo, lo que puede interferir con el desempeño laboral y la satisfacción laboral (Taşbaşı, 2002). El objetivo de este estudio era averiguar las principales causas del estrés y sus síntomas en los pilotos militares. Para ello, se desarrolló y administró un test a 121 pilotos de la tripulación aérea de la Escuela de Aviación del Ejército y el Comando del Centro de Entrenamiento. Los resultados mostraron síntomas físicos como: las manifestaciones de estrés crónico en forma de dolor y enfermedad (que se asociaron ligeramente con un trabajo continuo), las relaciones personales, la falta de sentirse valorado y frustraciones con el sistema de apoyo. Para poder disminuir los síntomas físicos, los pilotos debían aumentar su manejo del tiempo y la planificación. En cuanto a los síntomas de comportamiento, los encuestados no mostraron la presencia de un uso adecuado de la gestión del tiempo, el autocuidado y el control de sus propios síntomas comportamentales. Por último, los síntomas emocionales, como la ansiedad y la depresión, se relacionaron con la capacidad de control para gestionar los problemas. Aumentar el autocuidado y el autocontrol brindaría a los encuestados la oportunidad de gestionar los problemas de forma más fácil y, por tanto, de disminuir los síntomas emocionales.

Siguiendo en el ámbito militar, Ahmadi y Alireza (2007) defendieron que el hecho de que el estrés inducía al deterioro del rendimiento suponía un problema relativamente común en los pilotos de aviación militar. Así pues, dicho estudio tuvo como objetivo recopilar datos sobre la relación entre el estrés y la satisfacción laboral entre los pilotos militares, con el fin de descubrir en qué medida los pilotos militares presentaban satisfacción laboral. Se realizó un estudio transversal mediante una encuesta compuesta por 32 ítems sobre el estrés en la aviación, y una versión reducida del test de satisfacción laboral de Minnesota (MSQ), que se suministró a 89 pilotos militares. Los resultados indicaron que el 33,7 % de los pilotos presentaban estrés leve; el 48,3 % de pilotos, estrés moderado; y solo el 13,5 % de pilotos indican estrés alto. Así pues, la clasificación por niveles de estrés en los pilotos

sería: estrés de la vida, estrés organizacional, estrés ambiental de vuelo y estrés basado en tareas. Hoy en día, cuando los pilotos militares tienen menos vuelos y pasan la mayor parte de su tiempo sin hacer nada y sin un horario, puede también aumentar su nivel de estrés. Por lo tanto, es muy importante proporcionarles entrenamiento, información, evaluación y otros servicios psicológicos, especialmente habilidades para la vida y habilidades organizativas. El hecho de atender a los pilotos militares y completar su horario con programas, como, por ejemplo, vuelos con aviones civiles, actividades educativas y de investigación, deportes y entretenimiento, puede disminuir su estrés y aumentar su satisfacción laboral junto a una disminución del cansancio ocupacional (Ahmadi y Alireza, 2007).

Partiendo de los accidentes aéreos, Bearman, Paletz, Orasanu y Brooks (2009) abordaron las posibles formas en que los factores organizacionales podían dañar la seguridad en la aviación en regiones que tienen una alta tasa de accidentes, como, por ejemplo, Alaska, mediante los posibles efectos de las presiones, tanto directas como indirectas, que los pilotos podrían sufrir. En el estudio participaron 28 pilotos que volaron en Alaska, y se midieron sus habilidades mediante el método de los incidentes críticos. Los resultados mostraron que los pilotos en Alaska presentaron normas tanto explícitas como implícitas, y esperaban volar en malas condiciones. Asimismo, los pilotos también presentaron una gran presión producida por la competencia laboral y por la necesidad de generar ingresos para su propia empresa. Se mostró también que algunos pilotos reducían su presión laboral atendiendo las expectativas de sus superiores y enfatizando la seguridad. Así pues, quedó claro que los factores organizacionales generaban presión en los pilotos y contribuían a la alta tasa de accidentes en Alaska. El equilibrar las demandas competitivas de seguridad y productividad puede resultar complicado para pequeños operadores, lo que genera una gran dependencia en la toma de decisiones de las personas. Con esta información, se concluyó que resulta extremadamente importante desarrollar estrategias para mitigar las presiones sobre los pilotos para la seguridad y la productividad de las pequeñas empresas de aviación.

El propósito de un estudio llevado a cabo por Prombumroong, Janwantanakul y Pensri (2011) fue investigar cuál era la prevalencia durante 12 meses del dolor lumbar (LBP *–low back pain–*) para poder identificar factores individuales relacionados con el vuelo y psicosociales asociados con la prevalencia del LBP en pilotos comerciales. Para ello, se realizó una encuesta transversal, mediante un cuestionario autoadministrado, a 708 pilotos de líneas aéreas tailandesas que asistían al Instituto de Medicina de Aviación, Royal Thai Air Force, para sus exámenes médicos regulares. Los resultados mostraron que existía un elevado riesgo de experimentar LBP relacionado con las turbulencias frecuentes, levantar el equipaje, la percepción del ruido en la cabina como demasiado fuerte y la percepción de riesgos laborales evaluados por la versión tailandesa JCQ (*job content questionnaire*). Por otro lado, los factores que redujeron el riesgo de experimentar LBP fueron: realizar ejercicio intenso y tener descansos de 5 horas a 23 horas entre vuelos. Estos autores concluyeron que el LBP es algo común entre los pilotos comerciales, y que las intervenciones dirigidas a reducir la ocurrencia de LBP en pilotos deberían enfocarse en el ajuste de las condiciones de trabajo y el estrés mental.

A un nivel más general, Aguirre (2015) trató de revelar los estresores organizacionales de los pilotos de aeronaves comerciales más comunes. Es fundamental localizarlos, para así poder trabajar en ellos con el fin de minimizar los posibles errores de seguridad operacional que afectan de forma directa a los pilotos de la aeronave en cabina a la hora de tomar decisiones. Los participantes de esta investigación eran trabajadores pertenecientes al campo de la aeronáutica civil, más en concreto, pilotos hispanoamericanos de aeronaves comerciales asociados a IFALPA (International Federation of Air Line Pilots' Associations). Así pues, el instrumento evaluador pretendía validar 4 categorías de estresores laborales, entre los cuales se encontraban: a) los factores organizacionales, como las escasas políticas referidas a la salud ocupacional y la falta de requerimientos preventivos del estrés; b) las relaciones interpersonales en el trabajo, para las cuales se deben desarrollar planes de equipos efectivos con el propósito de convertirlos en protectores del estrés laboral; c) los factores ambientales, como la falta de lugares adecuados para el descanso; y d) los factores extraorganizacionales, como la falta de horas libres.

Estas categorías fueron las responsables de los síntomas psicossomáticos del estrés, el *burnout*, la satisfacción laboral y la propia percepción de desempeño. Así pues, mediante esta información, se tendrían que generar las próximas estrategias para optimizar tanto el funcionamiento interno de las organizaciones aeronáuticas, como su gestión. Posteriormente, Aguirre *et al.* (2015) trataron de identificar cuáles podían ser los principales factores desencadenantes del estrés laboral y su posible relación con la calidad laboral del personal aeronáutico de cabina. Para ello, recolectaron una muestra de 136 individuos que trabajaban como personal aeronáutico de cabina, y les administraron el cuestionario de calidad de vida profesional (CVP-35) de Cabezas (2000) y el instrumento de medición de detonantes de estrés laboral para pilotos (IMDELP) de Aguirre (2015), cuestionario utilizado en el presente trabajo. Los resultados más significativos revelaron que los tripulantes de cabina presentaban un nivel de estrés laboral muy alto, acompañado de una baja calidad de vida laboral. También se mostró una relación significativa entre la satisfacción laboral y los factores estimulantes del estrés de tipo organizacional y extraorganizacional. Cabe destacar que, en este estudio, se apreció una puntuación más elevada en mujeres que en hombres, es decir, las mujeres percibían mayores características del ambiente físico como desencadenantes de estrés. Así pues, concluyeron que la situación en la que se encuentran los tripulantes de cabina en su ambiente de trabajo resultaba hostil, y, junto a los factores anteriormente mencionados, les exponían a condiciones tanto físicas como psicológicas, que podían desembocar en problemas de salud. Así pues, la investigación dejaba en evidencia la necesidad de desarrollar políticas innovadoras que miraran por el bienestar del colectivo de trabajadores. El hecho de trabajar en un ambiente sano es fundamental para aumentar la positividad en la calidad laboral de los trabajadores y como resultado mejorar la productividad, su motivación y el espíritu de trabajo (Aguirre, 2015).

Profundizando un poco más, Hajiyousefi, Asadi y Jafari (2015) trataron de seguir avanzando en el estudio del estrés en la aviación, porque es una realidad cotidiana para los pilotos. Los autores compararon el estrés laboral entre pilotos atletas y no atletas (es decir,

pilotos que practicaban deporte asiduamente y pilotos que no lo practicaban) en 2 aerolíneas iraníes distintas. Tras entrevistar a los expertos en aviación y revisar anteriores investigaciones, se concluyó que existían 33 variables estresantes ocupacionales extraídas del cuestionario de estrés laboral de Spielberger (1984). El cuestionario fue validado por 19 expertos. Así pues, el test fue distribuido entre los pilotos de estas 2 compañías en 4 aeropuertos. Los resultados, tras comparar los factores estresantes entre los pilotos que se encontraban en los 2 tipos de situación (atleta-no atleta), mostraron que entre ambos grupos existía una diferencia significativa en los estresores ocupacionales organizacionales; sin embargo, esa diferencia no fue encontrada en los estresores ocupacionales gerenciales entre los pilotos atletas y no atletas.

En resumen, los estudios empíricos revisados evidencian que el estrés aparece en el sector aeronáutico en relación con el contenido y con la intensidad de las demandas laborales, o con problemas de índole organizacional, y con sus repercusiones en la salud de los profesionales de este ámbito y con la productividad de las compañías aéreas, experimentando vivencias negativas asociadas al contexto laboral (Rodríguez, Roque y Molerio, 2002). En este sentido, estos estudios ponen de manifiesto la necesidad de llevar a cabo un seguimiento y apoyo psicológico a estos profesionales con políticas para la mejora psicológica y la promoción de un óptimo bienestar de este personal laboral.

2.1. Causas de estrés en la aviación

Sin tratar de ser exhaustivos, podemos clasificar las diferentes causas particulares de estrés en la aviación en ambientales, físicas, de organización del trabajo y personales (Holmes y Rahe, 1967). Dentro del grupo de estresores ambientales podemos encontrar el ruido, las vibraciones, la iluminación, la humedad y la altitud (Holmes y Rahe, 1967). Las plantas propulsoras de las aeronaves pueden generar niveles de ruido que en ocasiones superan el umbral del dolor (120 dB). Los sistemas de comunicación entre pilotos y controladores aéreos pueden verse afectados por varios factores orográficos, técnicos y atmosféricos que pueden introducir niveles de ruido e interferencias muy molestas. Por otro lado, las vibraciones pueden generar trastornos musculoesqueléticos, alteraciones vasculares, neurológicas, etc. En casos extremos se podría llegar a sufrir el llamado «mal del transporte» (Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, 2013). Además, tanto en las cabinas de pilotaje como en las torres de control, se pueden producir deslumbramientos por incidencia de la luz solar, reflejos en las pantallas de presentación de datos, etc. Por las características especiales de la cúpula y diseño de cabina, son el piloto militar de combate y el piloto privado quienes sufren habitualmente deslumbramientos importantes al volar en dirección hacia el sol durante sus posiciones más bajas (orto y ocaso solar). De otra parte, la humedad relativa del aire en los aviones varía entre el 2 y el 23 %, cuando la zona de confort para el ser humano se sitúa entre un 30 y un 65 % (Holmes y Rahe, 1967). La escasa humedad ambiental provoca efectos de deshidratación que pueden causar dolores de cabeza, cansancio, fatiga y también sequedad en mucosas y piel. Por último, los sistemas

de presurización de las aeronaves son utilizados para mantener una presión del aire compatible con la vida, no obstante, la presión resultante suele ser inferior a la experimentada en tierra y esto puede generar molestias en el oído, musculares y articulares.

En el segundo grupo, pueden ser agentes potenciadores de estrés las molestias y dolores corporales, la falta de sueño, las alteraciones que en los ritmos circadianos provocan tanto los cambios de husos horarios (vuelos de largo radio) como el propio trabajo a turnos, la fatiga, el padecimiento de enfermedades, la hipoglucemia, la hipoxemia (o disminución del nivel de oxígeno en sangre), etc. (Holmes y Rahe, 1967).

En lo referido a la organización del trabajo, destaca el trabajo a turnos y sus implicaciones físicas, sociales y familiares; la constante necesidad de actualización de conocimientos y habilidades para el desarrollo de las tareas, y el desempeño laboral con carga de trabajo excesivamente alta y expuesto a grandes responsabilidades en la toma de decisiones (Holmes y Rahe, 1967); la falta de control sobre algunos procesos del trabajo, o la falta de procedimientos, o la escasa calidad de los mismos, así como la necesidad de saltárselos para lograr un funcionamiento más eficiente. El sector aeronáutico se encuentra altamente regulado, normativizado y procedimentado, lo que exige a los profesionales del sector no solo la capacidad de conocer, sino de entender las normas aplicables para poder discriminar entre situaciones de aplicación diferentes. La falta de robustez y fiabilidad en los medios técnicos utilizados en aviación, más común en tiempos anteriores que en la actualidad, provoca en los operadores desconfianza en el sistema y requiere de niveles de vigilancia añadidos. Existe una paradoja en cuanto a la carga de trabajo y el estrés, y es que en aviación, tan estresante puede ser una situación de muy alta complejidad, como los momentos de muy baja carga mental; pues estos últimos exigen un sobreesfuerzo a la persona para mantener su nivel de activación y alerta en el nivel adecuado, mientras el nivel de estimulación es muy bajo.

Cómo la persona interpreta, cómo percibe, cómo etiqueta las experiencias y cómo realiza las predicciones sobre el futuro influye a la hora de relajarse o estresarse. En consecuencia, existen innumerables fuentes de estrés de índole personal. Todas ellas se encuentran, a su vez, sujetas a la alta variabilidad del ser humano, de sus circunstancias, y de cómo son vividas por cada persona. Como ya se ha señalado anteriormente, el estrés no solo depende de la intensidad del estímulo, sino también de su perdurabilidad en el tiempo, de la acumulación de diferentes estresores y, en definitiva, de la autopercepción de las capacidades personales de afrontamiento para ejercer un adecuado control sobre todos ellos.

2.2. Modelos de análisis del estrés laboral

A fin de analizar y entender el funcionamiento del estrés en el contexto de la aviación, conviene hacerlo desde la perspectiva más amplia del ámbito laboral. Muchos modelos describen el estrés como resultado de una carencia percibida en el ajuste entre la capacidad del individuo y las demandas de su particular ambiente laboral (Gil, 2010). Esto permite

entender mejor por qué una persona parece crecerse ante ciertas circunstancias, y otra sufrir. Algunos modelos, por su parte, describen cómo un individuo escoge y evalúa sus respuestas a los problemas a los que se encara (Gil, 2010). Algunos modelos incluyen una descripción del impacto de las diferencias individuales (Gil, 2010). Las teorías contemporáneas ofrecen explicaciones bastante detalladas de cómo los pensamientos y conductas de los trabajadores se convierten en retos a la hora de responder a esas demandas laborales (algunos de esos cambios podrían exacerbar su experiencia de estrés, mientras otros podrían reducirla) (Gil, 2010). Gran parte de la investigación del estrés laboral ha estado influida por el modelo transaccional de Lazarus (1966), basándose en la falta de ajuste entre las demandas de la organización y las estrategias del individuo para afrontar dichas demandas. Siguiendo a Gil (2010), han sido 3 los modelos que más han contribuido al desarrollo de esta aproximación al estrés laboral como desajuste entre recursos y demandas, que se exponen a continuación.

El modelo de estrés laboral de Karasek (1979), modificado posteriormente por Johnson y Hall (1988), demuestra que se sufre más presión en aquellos trabajos que requieren altas exigencias para la persona (sobrecarga mental, tareas de alta complejidad, elevada responsabilidad, etc.), que provocan la sensación de poseer escaso control sobre las situaciones (escasa participación en la toma de decisiones, imposibilidad de poner en práctica todas las competencias y capacidades del trabajador, etc.) y con escaso apoyo social (apoyo interno proveniente de compañeros y jefes, ayuda externa por parte de familiares y amigos, etc.). El modelo confirma que el apoyo social recibido mitiga claramente el impacto negativo que las tareas con altas exigencias y escaso control generan.

El modelo de ajuste persona-ambiente de French, Caplan y Van Harrison (1982) propone que los conocimientos, habilidades, capacidades y actitudes de cada empleado necesitan ajustarse a las demandas de su puesto de trabajo. El estrés aparecerá probablemente si existe un desajuste entre la persona y el trabajo, y cuanto mayor sea dicho desajuste, mayor estrés experimentará. Las percepciones subjetivas de los estresores laborales son particularmente importantes en este modelo. El concepto central de la falta de ajuste ha influenciado particularmente en la investigación sobre estrés, en parte porque permite considerar el papel de las habilidades, capacidades, personalidad y otras diferencias individuales en el proceso de estrés.

En España, Peiró (2005) desarrolla el modelo integrador del estrés laboral. El autor integra muchos de los aspectos presentes en la literatura, presentando en el modelo 6 bloques de variables: ambientales (estresores y recursos), personales, de experiencia subjetiva, estrategias de afrontamiento, efectos del estrés y consecuencias del estrés. Estas 6 variables son:

- Variables ambientales (estresores y recursos): las variables agrupadas en este bloque han sido conceptualizadas como aquellas discrepancias o desajustes entre los recursos disponibles y las demandas del medioambiente, moduladas por la importancia que el ser humano concede a dichas discrepancias.

- Las características de la persona: dentro de las variables consideradas en este bloque encontramos a la personalidad de tipo A, el neuroticismo, la autosuficiencia, la personalidad resistente, los estilos cognitivos, el locus de control, los valores y otras características personales, más o menos estables.
- La experiencia subjetiva: aquí se considera el aporte realizado por Lazarus y Folkman (1984) referente al proceso de apreciación que, según dichos autores, se da en 2 etapas: a) la apreciación primaria, donde el sujeto determina el evento como irrelevante, benigno o maligno, y b) la apreciación secundaria, que consiste en la evaluación de los recursos disponibles de afrontamiento.
- Respuesta del individuo (estrategias de afrontamiento): dentro de este bloque se consideran estrategias de afrontamiento que pueden afectar a los determinantes del estrés por medio de 6 vías: a) alterando aspectos del ambiente físico y social del individuo; b) cambiando alguna característica del individuo; c) cuestionando la información social en la que se basa la percepción; d) influyendo en la construcción cognitiva individual de la realidad; e) ajustando los deseos para así minimizar las discrepancias y f) reduciendo la importancia de la discrepancia.
- Los resultados de la experiencia de estrés: esta instancia considera todas aquellas reacciones fisiológicas, cambios en los estados y procesos psicológicos y en el comportamiento producto de la experiencia de estrés.
- Las consecuencias del estrés: considera todas aquellas alteraciones más o menos permanentes sobre la salud del ser humano debidas a experiencias duraderas o intensas de estrés con imposibilidad de afrontamiento adecuado por parte del individuo.

Este modelo ha sido elegido como fundamentación teórica de este trabajo porque considera el estrés como un fenómeno multidimensional que afecta a varias esferas de la vida cotidiana de los sujetos y también porque propone la integración más completa de los diversos elementos, agrupando las diferentes variables que intervienen en varios bloques. El oficio de piloto es peligroso, fatigante y a menudo agotador, lo cual, sumado a potenciales estresores del entorno como el ruido, el frío, menos oxígeno y exceso de radiación, provocaría severos estados de estrés. Las variables organizacionales actúan como fuente de tensión permanente, y la dificultad de los propios sujetos de conjugar la vida laboral con vías de escape y contención efectivas indica que esta profesión, por sus características propias en cuanto a contenidos y demandas del trabajo, y por el medio en el que debe ejecutarse, está sometida a una fuente permanente de estresores laborales.

Específicamente, en torno al estudio de los estresores laborales, Peiró (2000) los define como el conjunto de estímulos que pueden ser causa de tensión y otras consecuencias negativas. La taxonomía de estresores en referencia concreta a la profesión de pilotos de aeronaves comerciales, que es la línea central que guía este trabajo, cuenta como antecedente

con la clasificación de estresores presentada en su obra *Desencadenantes del estrés laboral* (Peiró, 2000). Dicha clasificación se resume en estos 5 factores causantes de estrés:

- Factores organizacionales. Definidos como el sistema de reglas que regulan las interacciones y comportamientos del individuo en el trabajo. Algunos de los estresores que conforman este grupo son:
 - Políticas de salud ocupacional en el interior de las empresas: se refiere al conjunto de políticas de salud laboral que sean o deban ser gestionadas necesariamente como política empresarial, con el fin de preservar la óptima salud de los trabajadores.
 - Reglamentación de cumplimiento del marco regulatorio legal, haciendo referencia a la duración de las jornadas de trabajo (incluyendo los tiempos de descanso), extensión de la jornada, relevo de los turnos, posibilidades de negociación colectiva, derechos de afiliación a sindicato, normas de estabilidad laboral, etc. Resulta de especial interés dentro de este tópico la falta de participación como predictor de tensión y estrés.
 - Políticas de recursos humanos, que pueden suponer una fuente adicional de estrés en el caso de no ser eficientes y de no permitir canalizar las inquietudes de los trabajadores en relación con su cargo. En tal sentido, las políticas de inseguridad laboral generan la posibilidad de ser despedido del trabajo, así como otras consecuencias, tanto de carácter económico como emocional, que pueden repercutir en el trabajador y su rendimiento.
- Factores extraorganizacionales. Están fundamentados en la relación familia-trabajo. La familia se ubica dentro de los llamados factores extraorganizacionales, donde también están la economía, la política nacional e internacional, entre otros factores. De esta forma, a continuación, se describen una serie de situaciones de tensión que podrían llegar a generar estrés entre el ámbito familiar y laboral del trabajador:
 - Relaciones de las experiencias de estrés entre diversos ámbitos de la vida: son procesos relacionados con el rol. El conflicto entre roles hace referencia al conflicto al que se puede ver enfrentado un individuo al resultar incompatible el desempeño de sus roles laboral y familiar.
 - Sobrecarga de rol: sucede debido a la acumulación de demandas de 2 o más roles, superando de esta forma los recursos con los que el individuo cuenta para ofrecer y satisfacer dichos roles.
 - Procesos de desbordamiento o de generalización: dichos procesos hacen referencia a determinadas situaciones o experiencias potentes que se dan exclusivamente en el ámbito familiar, pero que afectan también al ámbito laboral o viceversa, presentándose como potencialmente estresantes.

- Procesos de socialización: la socialización que tiene lugar en el seno familiar no siempre es útil en el ambiente laboral y viceversa, la discordancia de ambos tipos de socialización puede resultar estresante para el individuo.
- Estrés por conflictos trabajo-familia y sus antecedentes: en definitiva, la percepción que el individuo tenga de su trabajo, o la cantidad de horas que le dedica, puede incidir en el tiempo que le dedique a su familia. De la misma forma, el que la pareja o cónyuge también tenga un horario laboral que complique la convivencia puede convertirse en un estresor.
- Contenidos y demandas del trabajo. Esta dimensión se define como una serie de características de la propia actividad laboral que, de estar presentes de forma adecuada, presentan un importante potencial motivador y contribuyen al bienestar psicológico de los trabajadores. Dentro del ámbito de la aeronáutica, entre estos estresores se encuentran:
 - Número de despegues y número de aterrizajes: hace referencia a la cantidad de despegues y aterrizajes que realiza un individuo en un día. Aquí el piloto debe realizar un despliegue técnico de alta complejidad.
 - Cantidad de horas de vuelo: definido como la carga horaria laboral de un piloto en la semana. Esta área requiere una normativa legal vigente en cada país a partir de la cual cada Dirección General de Aeronáutica Civil entregará las respectivas restricciones que permitan asegurar la debida seguridad operacional del vuelo.
 - Complejidad del trabajo: orientado a la percepción que tiene el individuo de la complejidad de su propio trabajo y la cantidad de habilidades que debe ocupar en él. Cuando un trabajo tiene la característica de ser especialmente complejo, al exigir de parte del individuo el uso óptimo de sus habilidades y destrezas, se dan altos niveles de satisfacción y autoestima, pero también puede suponer un aumento en el estrés y presentarse depresión, ansiedad, irritabilidad y síntomas neuróticos, si este proceso se vuelve dificultoso.
 - Oportunidad para el uso de habilidades: cuando las posibilidades que ofrece el trabajo para desarrollar y utilizar las habilidades del individuo son demasiado escasas o, por el contrario, excesivas, pueden tener efectos perjudiciales sobre el bienestar psicológico.
 - La sobrecarga de trabajo, que puede ser cualitativa, cuantitativa o de ambos tipos. De esta forma, la sobrecarga cualitativa tiene relación con la excesiva demanda de las competencias, conocimientos y habilidades del individuo. Mientras que la sobrecarga cuantitativa hace referencia al exceso de actividades a realizar en un determinado periodo de tiempo. La sobrecarga de

trabajo se encuentra relacionada con la conducta de fumar, incremento de ansiedad y disminución de la satisfacción laboral (Peiró, 2000). Otra consecuencia de esta sobrecarga es el mero aumento de horas de trabajo, pues una de las formas de afrontarla es el alargamiento de la jornada laboral. Cuando ambos fenómenos se dan conjuntamente, el individuo puede presentar insatisfacción, tensión laboral y baja autoestima. Sumado a lo anterior, Slipack (1996) añade que la sobrecarga de trabajo también puede ser objetiva o subjetiva, dependiendo de la valoración, las características y el contexto de cada individuo.

- Horarios de trabajo: los individuos expuestos a trabajos por turnos rotativos o jornadas inestables y atípicas se quejan más frecuentemente de fatiga y problemas gastrointestinales que aquellos individuos que trabajan bajo horarios normales y regulares (Peiró, 2000). El hecho de trabajar por turnos o de jornada nocturna tiene efectos biológicos y emocionales, debido a la alteración de los ritmos circadianos, del ciclo de sueño-vigilia, de los patrones de temperatura corporal y hasta del ritmo de secreción de adrenalina.
- Oportunidad para el control: hace referencia al grado en que el individuo, en su entorno laboral, controla o no las actividades a realizar o los eventos que se presentan. Dentro de esta categoría se pueden diferenciar 2 tipos de control: el control extrínseco y el control intrínseco. El control extrínseco se refiere a la percepción de control que tiene el individuo en lo que se refiere a aspectos de sus condiciones de trabajo, como salarios, horarios, políticas de la empresa, entre otras cosas. Este tipo de control es altamente valorado y deseado por los trabajadores, pero su relación con la salud mental no ha sido constatada. El control intrínseco, por su parte, hace referencia a la influencia que el sujeto tiene sobre el contenido de su propio trabajo, existiendo una relación positiva entre el grado de control y la satisfacción laboral. La percepción de falta de control sobre el ambiente laboral, como el excesivo control o responsabilidad sobre el conjunto de tareas a llevar a cabo, pueden llevar a consecuencias negativas tanto para la salud mental del individuo, como para algunos aspectos físicos y somáticos de este.
- Variedad de la tarea: en este caso, se puede determinar la variedad intrínseca y extrínseca de la tarea. La variedad intrínseca hace referencia a la diversidad de actividades en que la persona deba involucrarse para llevar a cabo el trabajo. La falta de variedad intrínseca puede provocar en el individuo mayor irritación, ansiedad y depresión a causa de la monotonía y la repetición. Sin embargo, niveles excesivamente altos de variedad intrínseca pueden resultar estresantes, pues exigen mayor concentración y atención por parte del individuo (Peiró, 2000). En este sentido, Slipack (1996)

plantea que la estimulación lenta y monótona, al estar caracterizada por la falta de estímulos fisiológicos y cognitivos, afecta a la creatividad y al pensamiento independiente, generando distracción, falta de atención y aumento de los accidentes de trabajo. La variedad extrínseca hace referencia a aspectos del trabajo no relacionados con la tarea en sí, sino más bien con aspectos del ambiente laboral, como música ambiental, luz natural y posibilidad de mirar al exterior, entre otras cosas. Se ha comprobado que trabajos aburridos y con falta de estimulación del entorno producen en el individuo sentimientos negativos y tensión laboral (Peiró, 2000).

- *Feedback* de la tarea: se refiere al nivel en que los individuos obtienen información con respecto a la eficiencia y resultados de su trabajo. Cuando existe información suficiente para el individuo, los trabajadores manifiestan mayor satisfacción y motivación intrínseca, además de un menor grado de agotamiento emocional (Peiró, 2000).
- Relaciones interpersonales en el trabajo. Se definen como el tipo de relaciones y contactos establecidos con otras personas en el lugar de trabajo. Es importante la percepción que el individuo tenga sobre el espacio personal y la distancia. En algunos individuos, la densidad social en el lugar de trabajo, al permitir mayor contacto social, es un factor importante a la hora de obtener mejores resultados en sus niveles de satisfacción laboral. Pero para otros esta misma situación les hace sentir agobio y falta de privacidad y espacio personal. En todo caso, la existencia de buenas relaciones entre los miembros de determinados grupos de trabajo potencia la salud personal y organizacional. Del mismo modo, las malas relaciones en el interior de un grupo pueden provocar altos niveles de tensión y estrés entre sus miembros. En tal sentido, se describen a continuación los principales tipos de relaciones que el trabajador puede tener en su trabajo y sus consecuencias (Peiró, 2000):
 - Relaciones con los superiores: buenas y malas relaciones con el superior inmediato pueden provocar en el individuo altos grados de satisfacción o tensión, respectivamente.
 - Relaciones con los compañeros: la falta de apoyo emocional y de comunicación entre los compañeros del entorno de trabajo es una fuente potencial de estrés.
 - Relaciones con los subordinados: la posibilidad de tener personas a cargo implica una responsabilidad, que, a la larga, puede provocar estrés en determinados individuos.
 - Relaciones con los usuarios y clientes: aquellos trabajos que implican el contacto directo con las personas, y especialmente aquellos que tratan con problemas personales o familiares, son una fuente importante de estrés.

Las consecuencias que el individuo puede sufrir son despersonalización del cliente, agotamiento emocional y cinismo.

- Estresores grupales: la falta de cohesión grupal puede provocar consecuencias sobre el bienestar psicológico de los individuos con inseguridad y ansiedad debido a la falta de comunicación y apoyo social presente en los grupos con poca cohesión.
- Factores del ambiente físico. En esta dimensión se incluyen todos aquellos factores ergonómicos, de diseño, y demás características del lugar de trabajo que requieren una adaptación, tanto física como psicológica, por parte del individuo, que pueden afectar a su bienestar psicológico. Algunos estresores de esta dimensión pueden ser:
 - Ruido: el ruido excesivo o intermitente afecta negativamente a la productividad y aumenta la vulnerabilidad a los accidentes; también existen relaciones entre ruido y fatiga, así como otras afecciones físicas como dolores de cabeza, irritabilidad y dificultades para concentrarse. Todo esto lleva a un incremento en la posibilidad de accidentes y reduce la comunicación social en el puesto de trabajo.
 - Vibración: de la misma forma, la exposición a vibraciones puede producir aumento en las catecolaminas, daños a la espina dorsal y alteraciones en el funcionamiento neurológico del individuo.
 - Iluminación: la falta de iluminación, el exceso de esta o simplemente una iluminación inadecuada puede provocar dolores de cabeza, fatiga visual, tensión y frustración en el ambiente laboral.
 - Temperatura: especialmente en trabajos que requieren discriminaciones finas o decisiones críticas, estas se ven habitualmente afectadas negativamente por el exceso de calor. La destreza manual se deteriora en condiciones de baja temperatura, pudiendo ser en ocasiones causa de accidentes.
 - Higiene: deficiencias de higiene, como polvo en el aire, falta de ventilación, inadecuación en las áreas de descanso y las condiciones de mantenimiento de los sanitarios, así como suciedad en general, pueden contribuir al contagio de infecciones, y además producir en el individuo frustración, insatisfacción e irritabilidad a la hora de desempeñar su trabajo.
 - Toxicidad: el manejo de productos tóxicos puede empeorar el rendimiento, aumentando el riesgo de accidentes y la insatisfacción laboral.
 - Condiciones climatológicas: cuando son molestas ya sea por ruido, temperatura u otros motivos, también pueden afectar al bienestar físico, la motivación y aumentar la vulnerabilidad a accidentes.

- Disponibilidad y disposición del espacio físico: el hacinamiento, así como la falta de personas, juegan un papel potencial como estresores, al igual que las oficinas abiertas, pues permiten menor privacidad, condición necesaria para el correcto desempeño de algunos trabajos.
- Exposición a riesgos y peligros: la percepción del individuo respecto a los riesgos puede producir en mayor o menor grado ansiedad, afectando las conductas de seguridad, rendimiento y bienestar psicológico y físico del mismo.

2.3. Hipótesis

En función del análisis realizado y los 3 objetivos señalados se han planteado las siguientes hipótesis:

H₁: Se espera que los alumnos de vuelo experimenten estrés.

Tal y como demuestran los estudios empíricos revisados, el trabajo de piloto y el estrés van de la mano. La profesión de piloto de líneas aéreas es una de las profesiones más estresantes (CareerCast, 2019), porque el escenario de trabajo de los pilotos comerciales está cargado de potenciales fuentes de estrés (Aguirre *et al.*, 2015). No obstante, en la revisión de la literatura realizada no se ha encontrado ningún estudio que contemple a los alumnos de vuelo como muestra de análisis. Los alumnos que cursan los estudios de piloto en una escuela también vuelan, porque tienen que aprender a volar. Por tanto, se espera que experimenten también estrés durante su aprendizaje, al estar expuestos a un entorno similar al de los pilotos comerciales, que se caracteriza por una amplia gama de factores estresantes.

H₂: Se espera que las alumnas de vuelo experimenten más estrés que los alumnos de vuelo.

Aguirre *et al.* (2015) mostraron que los tripulantes de cabina percibían un alto nivel de estrés laboral, y que las mujeres percibían mayores características del ambiente físico como desencadenantes de estrés. Además, existe literatura que demuestra que las mujeres padecen más estrés que los hombres en general. Así, por ejemplo, alrededor de 200.000 hombres reportaron un estrés relacionado con el trabajo en promedio durante los últimos 3 años en comparación con las 272.000 mujeres, según las cifras del HSE (Health and Safety Executive, 2019). Esto indicaría que las mujeres se mostraron 1,4 veces más propensas a sufrir estrés.

H₃: Se espera que los alumnos de vuelo extranjeros presenten más estrés que los alumnos de vuelo españoles.

Esta tercera hipótesis tiene un carácter exploratorio, porque en la revisión bibliográfica realizada, aunque en ocasiones se han utilizado muestras procedentes de distintas nacionalidades

(Irán, Alaska, Sudamérica), no se ha analizado si existen diferencias estadísticamente significativas en función de la nacionalidad de los trabajadores. En esta tercera hipótesis se espera que los alumnos de vuelo extranjeros, al tener que vivir en otro país (España) y aprender a volar en un territorio que les es menos familiar, estarán expuestos a un mayor número de estresores.

3. Método

Hasta este momento, el presente trabajo ha tratado de conceptualizar el constructo de estrés. Para ello, se ha intentado clarificar su significado, sus fuentes, síntomas, consecuencias y tipología. Asimismo, dicho constructo se ha encuadrado en marcos teóricos más amplios, y se han revisado los trabajos encontrados que analizan la relación entre estrés y aviación comercial, con el fin de facilitar su estudio, el establecimiento de hipótesis y la posterior interpretación de resultados. A continuación se describe el planteamiento general de esta investigación.

3.1. Participantes y procedimiento

El presente estudio estaba formado por una muestra de 36 alumnos estudiantes de una escuela internacional de pilotos que estaban aprendiendo a volar. La tasa de respuesta fue del 100 %. El análisis de la muestra reveló las siguientes características: la edad de los participantes osciló entre 19 y 40 años, siendo la edad media de esta muestra de 24,75 años con una desviación típica de 4,81; todos los participantes eran solteros; el 91,7 % fueron hombres y el 8,3 % mujeres; el 94,4 % no tenía hijos y el 83,3 % eran españoles.

Esta escuela era una organización española de formación de aviación autorizada, que ofrecía formación práctica y teórica, de acuerdo con las normas de EASA, válida en todos los países europeos. La escuela fue fundada en 1980 por pilotos de líneas aéreas para formar personal de aviación utilizando las nuevas tecnologías (fue la primera en España en producir enseñanza computerizada de aviación en esos años).

El curso de piloto tenía una duración aproximada de 15 meses, y comprendía una formación teórica (821 horas impartidas en 9 meses aproximadamente) y una formación práctica. El alumno iniciaba su formación con clases teóricas. El horario de estas clases teóricas era de lunes a viernes de 16 h a 20 h en idioma inglés. Era a partir del tercer mes cuando el alumno iniciaba su formación práctica, es decir, cuando empezaba a aprender a volar. Por tanto, durante 6 meses, el alumno compaginaba sus clases teóricas por la tarde con sus vuelos por la mañana. En la siguiente tabla se detalla la estructura y contenidos de la formación teórica.

Tabla 1. Formación teórica curso piloto comercial

Temas	CÓD.	Fase 1 Horas	Fase 2 Horas	Fase 3 Horas	Total
Principles of flight	POF	23	28	25	76
Performance	PER	6	15	15	36
Mass & balance	MBA	8	9	10	27
Flight planning	FPL	8	20	20	48
Systems	SYS	15	12	12	39
Electrics	ELE	4	9	14	27
Powerplant	PWP	7	13	13	33
Instruments	INS	12	18	18	48
Airlaw	ALW	24	29	27	80
Meteorology	MET	29	26	26	81
Navigation	NAV	13	34	26	73
Radionavigation	RNV	10	25	22	57
Operational procedures	OPR	12	18	13	43
Human performance & limitations	HPL	20	26	14	60
Communications VFR	VFR	21	21	0	42
Communications IFR	IFR	0	0	20	20
Type of aircraft	TOA	11	10	10	31
Total		223	313	285	821

Fuente: elaboración propia.

En la siguiente tabla se detalla la estructura de la formación práctica.

Tabla 2. Formación práctica curso piloto comercial

	Flight hours			Simulator hours		MCC Course
	Basic SE	Advanced SE	Multi-engine	OTD	FNPT II	FNPT II
	95:00	45:00	30:00	20:00	40:00	15:00
Total	170:00			60:00		15:00

Fuente: elaboración propia.

Los requisitos mínimos de acceso al curso eran: tener una edad de 17 años, estudios de bachillerato y superar un reconocimiento médico aeronáutico. La escuela iniciaba 2 promociones (cursos) de pilotos al año, una en marzo y otra en septiembre, cada una constaba de 12 alumnos como máximo cumpliendo los requerimientos de la AESA. Los 36 participantes de este estudio pertenecían a 3 promociones distintas de pilotos:

- Promoción 11: inicio septiembre 2018.
- Promoción 12: inicio marzo 2019.
- Promoción 13: inicio septiembre 2019.

Los datos de este estudio se obtuvieron mediante la administración de un cuestionario, que fue cumplimentado por los alumnos en el descanso de sus clases teóricas. Estos alumnos recibían instrucción teórica de lunes a viernes, de 16 h a 20 h. Cada hora el profesor realizaba un descanso que se aprovechó para entrar en clase y rellenar el cuestionario en papel. Los cuestionarios fueron cumplimentados durante el mes de diciembre de 2019. Antes de cumplimentar el cuestionario se les presentó la investigación en la que se enmarcaba este estudio y el propósito de su aplicación, solicitando su cooperación y garantizando la confidencialidad de los datos.

Durante la administración de los cuestionarios se insistió mucho a los participantes sobre la importancia de cumplimentar todos los ítems. Por este motivo no ha sido necesario realizar ningún cribado de datos ni se han encontrado valores perdidos.

3.2. Instrumento

El cuestionario utilizado fue el IMDELP, creado por Aguirre (2015), el cual identificaba desencadenantes de estrés laboral a partir de la percepción de los profesionales pilotos. Este instrumento fue validado en España, México, Colombia, Argentina, Panamá, Uruguay y

Chile. Estaba compuesto por 75 ítems y presentaba un alfa de Cronbach de 0,92. Se agrupaba en 5 factores (véase tabla 3).

Tabla 3. Factores del IMDELP con número y ejemplo de ítems

Factores	Núm. ítems	Ejemplo ítem
Organizacionales	10	«La empresa donde trabajo no valora mi opinión»
Extraorganizaciones	7	«Mi trabajo no me permite planificar mi tiempo libre»
Contenidos y demandas del trabajo	8	«Los vuelos nocturnos me cansan»
Relaciones interpersonales en el trabajo	10	«Siento que tengo buenas relaciones con mis compañeros de trabajo»
Factores del ambiente físico	9	«Durante el vuelo, las vibraciones me molestan»

Fuente: Aguirre (2015).

Además, el IMDELP medía la satisfacción laboral, a través de la satisfacción con la supervisión, con las prestaciones, con el trabajo, con el grado de participación y con el ambiente físico del trabajo (20 ítems). A su vez, este IMDELP evaluaba percepción de estrés y percepción de desempeño laboral (11 ítems). El instrumento contaba con una escala tipo Likert de 5 puntos con las siguientes categorías: 1) muy de acuerdo; 2) de acuerdo; 3) ni de acuerdo ni en desacuerdo; 4) en desacuerdo; y 5) muy en desacuerdo. Como ya se ha comentado, en este estudio únicamente se midieron las 5 subescalas de los estresores laborales, eliminando estos 4 ítems, porque no se ajustaban a la situación que experimentaba un alumno en vuelo (véase tabla 4).

Tabla 4. Ítems eliminados del IMDELP

Subescala	Ítem
Relaciones interpersonales en el trabajo	«Tengo una buena relación con el personal a mi cargo»
	«Me desagrada relacionarme con los pasajeros (me desagrada hablar por el PA)»
	«Tengo buenas relaciones de trabajo con la tripulación de cabina»
Factores del ambiente físico	«El tamaño de los baños del avión es incómodo»

Fuente: Aguirre (2015).

Además, se les aclaraba a los alumnos, mientras cumplimentaban el cuestionario, que debían adaptar el significado de los ítems al contexto de escuela de vuelo, no al contexto de compañía aérea. Asimismo, para que el cuestionario pudiera ser cumplimentado por los alumnos extranjeros, fue traducido al inglés y la traducción verificada por el Servicio de Política Lingüística de la Universidad de Valencia.

3.3. Análisis de datos

Para contrastar las hipótesis planteadas, se realizaron 2 pruebas no paramétricas U de Mann-Whitney utilizando el paquete estadístico SPSS v26. Concretamente, se analizaron las diferencias existentes en los niveles de estrés en función del género y en función de ser alumno español o extranjero. Previamente, se invirtieron todos los ítems del cuestionario a excepción de los 7 ítems que componen el factor relaciones interpersonales y 2 ítems del factor contenidos y demandas del trabajo: I19, «Esta profesión me da la posibilidad de desarrollar y utilizar mis habilidades»; I21, «Me agrada participar en el *briefing* de las tripulaciones». Con dicha inversión de ítems, los resultados arrojados por el SPSS se interpretaron así: «a mayor puntuación obtenida en el cuestionario, mayor nivel de estrés experimentado».

4. Resultados

En primer lugar, con objeto de estudiar si los alumnos de vuelo experimentan estrés, se creó una nueva variable denominada «Total estrés», resultado de promediar las puntuaciones individuales asignadas por los sujetos en las 5 subescalas. Asimismo, se calculó la fiabilidad de la escala global y de cada subescala. Los resultados obtenidos se presentan en la tabla 5 y sugieren unos niveles de fiabilidad adecuados, a excepción de la subescala contenidos y demandas del trabajo, que ofrece una fiabilidad cuestionable (George y Mallery, 2003, p. 231).

Tabla 5. Niveles de estrés y estresores laborales

	Media	DT	Alfa
Relaciones interpersonales	1,99	0,75	,87
Factores del ambiente físico	2,38	0,99	,94
Factores organizacionales	2,48	1,02	,95
Factores extraorganizacionales	2,88	1,02	,88



	Media	DT	Alfa
▶			
Contenidos y demandas del trabajo	2,87	0,54	,59
Total estrés	2,52	0,69	,95
N=36			

Fuente: elaboración propia.

Estos resultados muestran que el nivel de estrés experimentado por los alumnos de vuelo es moderado atendiendo a los valores de la escala de respuesta ($M = 2,52$). En este sentido, los factores extraorganizacionales ($M = 2,88$) y los contenidos y demandas del trabajo ($M = 2,87$) constituyen los factores más estresantes para los alumnos, mientras que las relaciones interpersonales ($M = 1,99$) presentan menos relevancia en cuanto al estrés que experimentan los alumnos de vuelo. Por tanto, los alumnos de vuelo perciben que los conflictos entre el ámbito familiar y laboral están vinculados con la aparición moderada de estrés. Estos resultados confirman parcialmente la hipótesis 1 planteada, porque el nivel de estrés que experimentan los alumnos de vuelo no es alto, es moderado, tanto a nivel general como extraorganizacional.

Para la realización de los análisis de comparación de medias según el género y la nacionalidad, se realizó un análisis no paramétrico mediante la prueba U de Mann-Whitney, al tratarse de muestras independientes y pequeñas, en las que no era posible asegurar la normalidad.

Con el objeto de estudiar si las alumnas de vuelo experimentan más estrés que los alumnos, se llevó a cabo esta prueba no paramétrica. Los resultados obtenidos se presentan en la tabla 6.

Tabla 6. Prueba de Mann-Whitney para las escalas de estrés en función del género

	Relaciones interpersonales	Factores del ambiente físico	Factores organizacionales	Factores extraorganizacionales	Contenidos y demandas del trabajo	Total estrés
U de Mann-Whitney	44,5	40	45	47,5	32	41
Sig. asintótica (bilateral)	,77	,59	,79	,91	,31	,63
N=36						

Fuente: elaboración propia.

Como puede observarse, en ningún caso la probabilidad es inferior a ,05, por tanto, no existen diferencias estadísticamente significativas entre las medias. Concretamente, las mujeres no tienen niveles más elevados de estrés que los hombres, rechazándose así la hipótesis 2.

En tercer lugar, con el objeto de estudiar si los alumnos de vuelo extranjeros experimentan más estrés que los alumnos españoles, se llevó a cabo de nuevo una prueba U de Mann-Whitney. Para ello, la nacionalidad se operacionalizó como una variable categórica con 2 categorías (español-extranjero) y el nivel de estrés y los 5 factores estresores se operacionalizan como variables continuas. Los resultados obtenidos se presentan en la tabla 7.

Tabla 7. Prueba de Mann-Whitney para las escalas de estrés en función de la nacionalidad

	Relaciones interpersonales	Factores del ambiente físico	Factores organizacionales	Factores extraorganizacionales	Contenidos y demandas del trabajo	Total estrés
U de Mann-Whitney	66,5	59	68	77,5	57,5	69
Sig. asintótica (bilateral)	,32	,19	,35	,59	,34	,37

N=36

Fuente: elaboración propia.

Al igual que en el análisis por género, en ningún caso la probabilidad es inferior a ,05, por tanto, no existieron diferencias estadísticamente significativas entre las medias. Concretamente, se puede confirmar que los alumnos de vuelo extranjeros no tienen niveles más elevados de estrés que los alumnos españoles, rechazándose así la hipótesis 3 planteada en el presente trabajo, donde se esperaba que los alumnos de vuelo extranjeros presentarían más estrés que los alumnos de vuelo españoles.

5. Conclusiones

El presente trabajo ha analizado los niveles de estrés de los alumnos de vuelo de una escuela internacional de aviación con el fin de obtener datos relevantes que permitan tomar conocimiento acerca de cuáles son los principales factores desencadenantes percibidos por los alumnos de vuelo como fuentes de estrés. Por otro lado, se han identificado, a partir de los estudios empíricos revisados, una serie de estresores relevantes en el deterioro de

la salud mental de pilotos y auxiliares de vuelo, sobre todo. Por tanto, el estrés laboral se entiende como un problema emergente que puede llevar a absentismos en el trabajo y un deterioro de la salud física, mental y emocional del individuo (Amutio, 2004).

Con relación al primer objetivo, los resultados parecen sugerir que los alumnos de vuelo sufren un nivel moderado de estrés. Este resultado concuerda con el estudio llevado a cabo por Ahmadi y Alireza en 2007, comentado anteriormente, donde el 48,3% de los pilotos militares evaluados presentan un estrés moderado. En línea con los estudios empíricos revisados, el contenido y demandas laborales y el conflicto familia-trabajo (factores extraorganizacionales) parecen ser los estresores más destacables de los alumnos de vuelo. Efectivamente, la profesión de los pilotos y de los auxiliares de vuelo conlleva unos estilos de vida muy rotativos, pasando muchos días fuera del hogar y lejos de la familia. Por ello, en la mayor parte de los estudios empíricos revisados, el conflicto familia-trabajo se identifica como uno de los factores más estresantes, como ocurre en el presente trabajo. Las demandas laborales son estresores basados en la actividad laboral, como el turno de trabajo, la exposición a riesgos o la responsabilidad (Peiró, 2000). Como se ha comentado en la introducción, los pilotos, auxiliares de vuelo y controladores aéreos tienen turnos rotativos, con mucha responsabilidad (pasajeros, procedimientos de vuelo y tierra...) y una exposición al riesgo en condiciones meteorológicas adversas muy grande, ya que cualquier fallo es crucial (Kim y Back, 2011; Suvanto e Ilmarinen, 1989). Por tanto, las demandas laborales junto con el conflicto familia-trabajo se encuentran en las posiciones más altas de estresores en el mundo de la aviación.

En cuanto al segundo objetivo, los resultados obtenidos no muestran diferencias en los niveles de estrés entre los alumnos y las alumnas de vuelo. Estos resultados no coinciden con la revisión de la literatura realizada (Aguirre *et al.*, 2015). Estos autores encuentran que las mujeres tienen una percepción de estrés laboral más alta que los hombres. Esto puede ser debido a la diferencia de roles de género estereotipados que se van adquiriendo (Segura y Pérez, 2016). Sin embargo, este tema habría que explorarlo más a fondo, porque en el presente trabajo los niveles de estrés de los alumnos son en general superiores a los de las alumnas (aunque estas diferencias no han resultado estadísticamente significativas). Quizás a estas edades tan tempranas (la edad media de los alumnos es de 24 años), la diferenciación de roles todavía no ha sido consolidada. Aunque empieza a apreciarse cierta tendencia, porque las alumnas únicamente registran más estrés que los alumnos en los factores extraorganizacionales (conflicto familia-trabajo). Además, el bajo número de mujeres en la muestra dificulta la obtención de conclusiones más robustas sobre este tema.

Por último, respecto al tercer objetivo, los resultados obtenidos no muestran diferencias estadísticamente significativas entre los alumnos de vuelo españoles y los extranjeros. No obstante, se observa que los alumnos extranjeros señalan niveles de estrés más elevados que los españoles, en general y en los 5 estresores. La muestra de este trabajo está compuesta por 30 alumnos españoles y 6 alumnos extranjeros. Quizás si el número de alumnos extranjeros fuera superior, las diferencias podrían resultar estadísticamente significativas.

Como limitaciones del estudio se encuentran factores propios de la metodología. La muestra de estudio es pequeña, 36 sujetos, de los cuales solo 6 son extranjeros y solo 3 son mujeres. El número de pilotos que terminan su formación al año entre todas las escuelas de vuelo españolas es 207 (año 2016). De hecho, la AESA exige un número máximo de 12 alumnos por promoción/curso/aula. En general, todas las escuelas españolas inician 2 cursos al año (uno en marzo y otro en septiembre). Cada curso tiene una duración aproximada de 15 meses, siendo 9 meses teóricos en el aula. Por tanto, para una escuela de aviación es difícil incrementar el tamaño de la muestra. Por otra parte, aunque se trata de una escuela internacional de pilotos donde toda la instrucción (teórica y práctica) se imparte en inglés, la mayoría del alumnado es español. Del mismo modo, la presencia de la mujer en el entorno aeronáutico ha sido tradicionalmente muy baja, es decir, la profesión de piloto sigue siendo de hombres, aunque se aprecia una tendencia a una mayor presencia de la mujer a través de diversos movimientos sociales al respecto (Avilés, 2019). En consecuencia, las conclusiones relativas a las diferencias por género aportan unas evidencias iniciales que deberían incluirse en futuras investigaciones para poder llegar a conclusiones más sólidas. Por último, al tratarse de un estudio en un contexto muy específico y con una muestra limitada, no se pudieron realizar las validaciones estadísticas de la adaptación y la traducción, aunque el instrumento que se utilizó era el más apropiado por haberse desarrollado específicamente para el colectivo de pilotos. Estas situaciones limitan las conclusiones a la hora de generalizar los resultados obtenidos y a la hora de obtener diferencias estadísticamente significativas.

A través de este estudio surgen futuras líneas de investigación sobre este tema. Tal y como ya se ha apuntado anteriormente, la validez de los resultados se limita a la escuela estudiada. Por ello, futuros estudios pueden analizar estas variables en otras escuelas de contextos diferentes, para examinar si los resultados se replican o si, por el contrario, existen variaciones entre escuelas o contextos. Por otra parte, es conveniente aunar esfuerzos por parte de la Administración y el Gobierno para llevar a cabo un estudio conjunto a nivel nacional donde participen todas las escuelas de vuelo españolas, y así trabajar con una muestra más elevada y poder obtener resultados más clarificadores. En este sentido, la recomendación de incluir un servicio de asesoramiento psicológico en las escuelas de vuelo podría comprender, entre otros, los siguientes aspectos en distintas áreas de intervención: selección (*v. gr.*, diseño del perfil del estudiante y de las baterías de test a administrar con el fin de mejorar los procesos de acceso a la escuela), entrenamiento (*v. gr.*, análisis de los factores individuales y grupales que intervienen en la ejecución y seguridad de las operaciones relacionadas con el vuelo), prevención e investigación de accidentes (*v. gr.*, control de los fallos latentes de las organizaciones que producen los accidentes de aviación por factor humano) y atención en crisis (*v. gr.*, gestión del estrés provocado por incidentes críticos para mitigar el trauma sufrido y las posibles consecuencias sobre las aptitudes profesionales). Por otra parte, futuras investigaciones sobre el estrés en alumnos de vuelo deben considerar la posible influencia de otras variables, además de las variables demográficas consideradas en el presente trabajo (edad, género, estado civil, nacionalidad y descendencia). Por ejemplo, la experiencia en vuelo acumulada por el alumno o su nivel de desempeño. Mientras el

alumno vuela con un instructor (en sus primeras fases de aprendizaje), los niveles de estrés no deben ser tan elevados como en otras fases más avanzadas del aprendizaje donde este mismo alumno vuela solo. Igualmente, si el alumno no progresa adecuadamente en vuelo o ha sufrido algún incidente aéreo, su estrés puede incrementarse. Finalmente, futuras investigaciones deben plantear estudios longitudinales que permitan analizar relaciones causales entre el estrés y variables asociadas al alumno de vuelo.

A través de este trabajo se ha tratado de poner de manifiesto la conveniencia de que el alumno de vuelo también sea objeto de estudio por parte de la comunidad científica interesada en los profesionales del mundo aeronáutico y sus niveles de estrés. En este contexto, al revisar la bibliografía existente en esta temática, se observa que la mayoría de las investigaciones se centra en analizar las condiciones laborales estresantes de los pilotos, auxiliares de vuelo, controladores aéreos y personal de tierra, dejando de lado a los alumnos de vuelo, colectivo también presente en el ámbito aeronáutico. Este trabajo demuestra que el alumno de vuelo también se ve afectado por el estrés de forma similar a esos otros profesionales y que, por tanto, debe ser objeto de estudio. Para ello, tal y como se ha apuntado anteriormente, es necesario, en primer lugar, elaborar un cuestionario fiable y válido adaptado a este colectivo que mida específicamente el estrés experimentado por los alumnos de vuelo.

Por otro lado, este trabajo pretende aportar argumentos dirigidos a la AESA y su inminente recomendación a los operadores aéreos de aplicar programas de apoyo a las tripulaciones de vuelo a partir de agosto de 2020 tras el desastre de Germanwings en marzo de 2015. Si bien el instrumento empleado para la medida del estrés no permite interpretar el grado de disfuncionalidad de las puntuaciones obtenidas. Los resultados obtenidos en el presente trabajo sugieren recomendar la presencia de psicólogos que aporten teoría, métodos y prácticas para explicar y predecir la conducta de los alumnos en la escuela, la forma en que su desempeño repercute en la seguridad y la influencia que el medio normativo, organizacional y social ejerce sobre su salud y bienestar.

Con este trabajo se ha analizado la problemática del estrés en el mundo de la aviación con el fin de producir un alejamiento de las líneas más tradicionales de investigación e intentando responder a cuestiones fundamentales dentro del sector de las escuelas de vuelo. Asimismo, este trabajo ha sido guiado por el deseo de favorecer la conexión entre la investigación y la práctica profesional, aunque sin dejar de lado un cuerpo teórico que permita el contraste de hipótesis y la replicabilidad. El afrontamiento de los problemas de investigación llevado a cabo en este trabajo es complementario del estudio más clásico del estrés.

Referencias bibliográficas

- Aguirre Mas, C. (2015). *Estresores laborales y calidad de vida en pilotos hispanoparlantes de aeronaves comerciales* (Tesis doctoral inédita, Universidad de Salamanca). doi: <[10.14201/gredos.127292](https://doi.org/10.14201/gredos.127292)>.
- Aguirre, C., Vauro, R. y Labarthe, J. (2015). Estresores laborales y bienestar en el trabajo en personal aeronáutico de cabina. *Ciencias Psicológicas*, 9(2), 292-308.
- Ahmadi, K. y Alireza, K. (2007). Stress and job satisfaction among air force military pilots. *Journal of Social Sciences*, 3(3), 159-163. doi: <[10.3844/jssp.2007.159.163](https://doi.org/10.3844/jssp.2007.159.163)>.
- Amezcu Pacheco, O. (2011). *Factores humanos en aviación*. Madrid: Semaes.
- Amutio Kareaga, A. (2004). Afrontamiento del estrés en las organizaciones: un programa de manejo a nivel individual/grupal. *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones*, 20(1), 77-93.
- Avilés, R. (19 de noviembre de 2019). Mujeres en la aviación. *El Economista*. Recuperado de <<https://www.economista.com.mx/opinion/Mujeres-en-la-aviacion-2019-1119-0007.html>>.
- Bearman, C., Paletz, S. B., Orasanu, J. y Brooks, B. P. (2009). Organizational pressures and mitigating strategies in small commercial aviation: findings from Alaska. *Aviation, Space and Environmental Medicine*, 80(12), 1.055-1.058. doi: <[10.3357/ASEM.2590.2009](https://doi.org/10.3357/ASEM.2590.2009)>.
- Bintaned Ara, M. (8 de octubre de 2012). Cómo ha avanzado la aviación comercial. *Airline92.com*. Recuperado de <<http://www.airline92.com/2012/10/08/como-ha-avanzado-la-aviacion-comercial/>>.
- Cabezas Peña, C. (2000). La calidad de vida de los profesionales. *FMC*, 7(Supl. 7), 53-68.
- CareerCast. (2019). Most stressful jobs. Recuperado de <<https://www.careercast.com/jobs-rated/most-stressful-jobs-2019>>.
- French, J. R., Caplan, R. D. y Van Harrison, R. (1982). *The mechanisms of job stress and strain* (vol. 7). Chichester: Wiley.
- García Villegas, E. (2018). Estrés, fatiga y su gestión. En S. Tomás Rubio y A. González Marín (Coords.), *Manual de psicología aeronáutica*. Madrid: Editorial AEPA.
- George, D. y Mallery, P. (2003). Alfa de Cronbach. En *SPSS para Windows paso a paso: una guía y referencia simples. 11.0 Actualización*. Boston: Allyn y Bacon.
- Gil Monte, P. R. (2010). Situación actual y perspectiva de futuro en el estudio del estrés laboral: la psicología de la salud ocupacional. *Información Psicológica*, 100, 68-83.
- Hajjiosefi, H., Asadi, H. y Jafari, A. (2015). The analysis of occupational stressors among pilots; exercise, as a strategy to increase flight safety. *International Journal of Sport Studies*, 5(12), 1.263-1.274.
- Health and Safety Executive. (2019). Work-related stress, anxiety or depression statistics in Great Britain, 2019. Recuperado de <<https://www.hse.gov.uk/statistics/causdis/stress.pdf>>.
- Holmes, T. H. y Rahe, R. H. (1967). The social readjustment rating scale. *Journal of Psychosomatic Research*.
- Hubbard, T. y Bor, R. (2016). *Aviation mental health. Psychological implications for air transportation*. Florence: Taylor and Francis. doi: <[10.4324/9781315568560](https://doi.org/10.4324/9781315568560)>.
- Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo. (2013). Nota Técnica de Prevención núm. 963.
- Johnson, J. V. y Hall, E. M. (1988). Job strain, workplace social support, and cardiovascular disease: a cross-sectional study of a random sample of the Swedish working population. *American Journal of Public Health*, 78(10), 1.336-1.342. doi: <[10.2105/AJPH.78.10.1336](https://doi.org/10.2105/AJPH.78.10.1336)>.

- Karasek, R. (1979). Job demands, job decision latitude and mental strain: implications for job redesign. *Administrative Science Quarterly*, 24(2), 285-306. doi: <[10.2307/2392498](https://doi.org/10.2307/2392498)>.
- Kim, Y. y Back, K. J. (2011). Antecedents and consequences of flight attendants' job satisfaction. *The Service Industries Journal*, 32(16), 2.565-2.584. doi: <[10.1080/02642069.2011.593169](https://doi.org/10.1080/02642069.2011.593169)>.
- Lazarus, R. S. (1966). *Psychological stress and the coping process*. Nueva York: Mc Graw-Hill.
- Lazarus, R. S. y Folkman, S. (1984). Coping and adaptation. En W. D. Gentry (Ed.), *The Handbook of Behavioral Medicine* (pp. 282-325). Nueva York: Guilford.
- Leonhardt, J. y Vogt, M. J. (Eds.). (2012). *Critical incident stress management in aviation*. Hampshire, Inglaterra: Ashgate Publishing, Ltd.
- Loewenthal, K. M., Eysenck, M., Harris, D., Lubitz, G., Gorton, T. y Bicknell, H. (2000). Stress, distress and air traffic incidents: job dysfunction and distress in airline pilots in relation to contextually- assessed stress. *Stress Medicine*, 16(3), 179-183. doi: <[10.1002/\(SICI\)1099-1700\(200004\)16:3<179::AID-SMI851>3.0.CO;2-4](https://doi.org/10.1002/(SICI)1099-1700(200004)16:3<179::AID-SMI851>3.0.CO;2-4)>.
- Monc6 Rebollo, B. (2018). Primeras mujeres aviadoras: una construcci6n cultural entre la exclusi6n y la ambigüedad. *Athenea Digital*, 18(1), 365-384.
- Moscoso, M. S. (2010). El estr6s cr6nico y la terapia cognitiva centrada en mindfulness: una nueva dimensi6n en psiconeuro-inmunología. *Persona. Revista de la Facultad de Psicología*, 13, 11-29. doi: <[10.26439/persona2010.n013.262](https://doi.org/10.26439/persona2010.n013.262)>.
- Peir6 Silla, J. M. (2000). *Desencadenantes del estr6s laboral*. Madrid: Pir6mide.
- Planas Bou, C. (9 de enero de 2017). La fiscalía alemana considera a Lubitz único responsable del siniestro del avi6n de Germanwings. *El Peri6dico*. Recuperado de <<https://www.elperiodico.com/es/internacional/20170109/alemania-culpa-a-lubitz-como-unico-responsable-de-la-tragedia-de-germanwings-5732406>>.
- Prombumroong, J., Janwantanakul, P. y Pensri, P. (2011). Prevalence of and biopsychosocial factors associated with low back pain in commercial airline pilots. *Aviation, Space and Environmental Medicine*, 82(9), 879-884. doi: <[10.3357/ASEM.3044.2011](https://doi.org/10.3357/ASEM.3044.2011)>.
- Rodríguez, R., Roque, Y. y Molerio, O. (2002). Estr6s laboral, consideraciones sobre sus características y formas de afrontamiento. *Revista Internacional de Psicología*, 3(01), 1-19. doi: <[10.33670/18181023.v3i01.13](https://doi.org/10.33670/18181023.v3i01.13)>.
- Segura González, R. M. y Pérez Segura, I. (2016). Impacto diferencial del estr6s entre hombres y mujeres: una aproximaci6n desde el g6nero. *Alternativas en Psicología*, 36, 105-120.
- Shappell, S. A. y Wiegmann, D. A. (1996). U. S. naval aviation mishaps 1977-92: differences between single- and dual-piloted aircraft. *Aviation, Space and Environmental Medicine*, 67, 65-69.
- Slipack, O. (1996). *Conceptos de estr6s*. Buenos Aires: Ed. Alcm6on.
- Spielberger, C. D. (1984). *State-trait anxiety inventory: a comprehensive bibliography*. Palo Alto, CA: Consulting Psychologists Press.
- Suvanto, S. e Ilmarinen, J. (1989). Stress and strain in flight attendant work. *Ergonomia*, 12, 85-91.
- Taşbaşı, B. (2002). *Stress management in army aviation and an empirical assessment of aircrew stress* (Doctoral dissertation, Bilkent University).
- Tomás Rubio, S. (1999). *El instructor de vuelo*. Barcelona: Tadair.
- Vine, S. J., Uiga, L., Lavric, A., Moore, L. J., Tsaneva-Atanasova, K. y Wilson, M. R. (2015). Individual reactions to stress predict performance during a critical aviation incident. *Anxiety, Stress & Coping*, 28(4), 467-477. doi: <[10.1080/10615806.2014.986722](https://doi.org/10.1080/10615806.2014.986722)>.

Normas de publicación

La *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF (RTSS.CEF)* editada por el Centro de Estudios Financieros, SL, con ISSN 1138-9532 (en versión impresa) e ISSN-e 2531-212X (en versión electrónica), es una publicación dirigida a las personas interesadas en materias conectadas con el área social del Derecho que pretende ser un medio al servicio de la investigación y opinión, ofreciendo aportaciones a temas controvertidos y de interés.

La revista tiene una periodicidad mensual e incluye tanto estudios de naturaleza académica como artículos que analizan las disposiciones normativas y resoluciones judiciales de actualidad más relevantes de las materias relacionadas con el objeto de la publicación: Trabajo, Seguridad Social y Recursos Humanos. Asimismo, destina un espacio al análisis de cuestiones de controvertida aplicación práctica.

Los contenidos de la revista en versión impresa están también disponibles en versión digital en la página web www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm, vehículo de divulgación y, a su vez, instrumento que permite la difusión de aquellos estudios que por las limitaciones propias del soporte papel verían dificultada su publicación.

Normas para el envío y presentación de originales

1. Los trabajos (redactados en español) deberán ser originales e inéditos y se remitirán por correo electrónico a la dirección revista@cef.es, identificándose el archivo con los apellidos del autor o la autora del trabajo seguidos de un guion y de la abreviatura de la sección de la revista a la que se destina: ED (estudios doctrinales), ARRL (análisis de actualidad de las relaciones laborales), DJ (diálogos con la jurisprudencia), FD (foro de debate), RRHH (estudios doctrinales específicos del área de Recursos Humanos) o CP (caso práctico).

Los trabajos destinados a la sección «Estudios» (incluidos los que con esta consideración se dirijan a la sección «Recursos Humanos») se presentarán anonimizados, indicándose en un archivo independiente los datos de autoría y, en su caso, de la financiación de la investigación.

2. Los trabajos (excepto los dirigidos a la sección «Diálogos con la jurisprudencia») han de estar encabezados por:

- Título en español e inglés.
- Extracto de no más de 20 líneas en español e inglés.
- Lista de palabras clave/descriptores (no menos de 2 ni más de 5) en español e inglés.
- Sumario (debe comenzar en página nueva), que utilizará la numeración arábiga, desarrollándose los subepígrafes secuenciados (dos dígitos: 1.1, 1.2...; tres dígitos: 1.1.1, 1.1.2...).

3. La extensión de los artículos (incluidos título, extracto, palabras clave y sumario), en formato Microsoft Word (Times New Roman, cuerpo 11 e interlineado 1,5 para el texto y cuerpo 10 e interlineado sencillo para las notas a pie de página), será la siguiente:

- Estudios doctrinales: mínimo 20 y máximo 35 páginas.
- Análisis de actualidad de las relaciones laborales: máximo 25 páginas.
- Diálogos con la jurisprudencia: mínimo 3 y máximo 7 páginas.
- Foro de debate: máximo 10 páginas.
- Casos prácticos: máximo 25 páginas.

4. Las notas se numerarán consecutivamente y su texto se recogerá a pie de página y no al final. Se evitarán las que sean simples referencias bibliográficas, en cuyo caso deberán ir integradas en el texto señalando entre paréntesis solo los apellidos del autor o la autora, el año de publicación y, si procede, las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.). La mención completa se incluirá al final en las «Referencias bibliográficas».
5. Las citas de referencias legislativas o jurisprudenciales contendrán todos los datos necesarios para su adecuada localización y serán neutras. Se recomienda el empleo de la base de datos Normacef (www.normacef.es).

Las citas textuales deberán incluirse entre comillas latinas («») y al final de las mismas, entre paréntesis, solo los apellidos del autor o autora, el año de publicación y las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.) de las que se ha extraído dicho texto.

No se utilizará letra cursiva para las citaciones.

Las citas bibliográficas a lo largo del texto se harán citando la autoría solo por los apellidos, año de publicación y, si procede, las páginas (todo entre paréntesis y separado por comas). *Vid.* ejemplos de citas basados en el *Manual de Publicaciones de la American Psychological Association (APA)* en <http://www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm>.

6. Las referencias bibliográficas se limitarán a las que expresamente sustentan la investigación y son citadas en el trabajo.

No ocuparán más de 3 páginas.

Se situarán al final del artículo y se ajustarán a las normas APA (7.^a ed.). *Vid.* ejemplos de lista de referencias basados en el *Manual de Publicaciones de la American Psychological Association (APA)* en <http://www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm>.

7. Los criterios de edición a seguir por los autores y las autoras se contienen detallados en <http://www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm>.

Proceso editorial

- Recepción de artículos. Se acusará su recibo por la editorial, lo que no implicará su aceptación.
- Remisión de originales al Consejo de Redacción. La editorial remitirá el trabajo al Consejo de Redacción de la revista, que lo analizará y decidirá su aceptación, su admisión condicionada a la introducción de cambios o su rechazo. En cualquiera de los casos, la decisión adoptada será comunicada.
- Sistema de revisión por pares. El estudio enviado a evaluación será analizado por dos personas evaluadoras externas, de forma confidencial y anónima (doble ciego), que emitirán un informe sobre la conveniencia o no de su publicación, que será tomado en consideración por el Consejo de Redacción. El trabajo revisado que se considere que puede ser publicado condicionado a la inclusión de modificaciones deberá ser corregido y devuelto por el autor o autora a la revista en el plazo máximo de 1 mes, tanto si se solicitan correcciones menores como mayores.
- Proceso editorial. En los trabajos de investigación, una vez finalizado el proceso de evaluación, se enviará al autor, a la autora o a la persona designada como responsable principal en caso de trabajos colectivos la notificación de aceptación o rechazo para su publicación. Asimismo, serán remitidas, si así se requiere editorialmente, las pruebas de imprenta de su trabajo para su examen y eventual corrección. Terminado el proceso y disponible el artículo, se le hará llegar por correo electrónico.

CEF.- Oposiciones

Desde 1977 gran parte de los funcionarios que en la actualidad ocupan los cargos de mayor responsabilidad en España han pasado por nuestras aulas, tanto presenciales como virtuales. Todos ellos han cumplido su objetivo de **aprobar la oposición con el #MétodoCEF.-** ¡Tú también puedes ser uno de ellos!

Sobre el #MétodoCEF.-

1. Presencial, telepresencial y online

Elige entre preparar tu oposición en nuestros centros, seguir las clases en streaming y en directo o la preparación online

2. Temarios

De elaboración propia y actualizados

3. Equipo preparador

Todos nuestros preparadores han sido opositores

4. Adaptado

Metodología adaptada a cada tipo de ejercicio

Preparamos oposiciones a

Administración General

Administración Local

Banco de España

Comunidades Autónomas

Cuerpos de Informática

Empleo y Seguridad Social

Ministerio de Hacienda

Ministerio de Justicia

Ministerio del Interior

Unión Europea

INICIO
Preparación
en octubre
de 2020

**MATRÍCULA
ABIERTA****MÁSTERES Y CURSOS****MADRID | BARCELONA | VALENCIA | TELEPRESENCIAL | ONLINE**

ÁREAS DE LABORAL Y RECURSOS HUMANOS

Doble Máster en Práctica de la Abogacía y Asesoría Jurídico-Laboral | Máster en Asesoría Jurídico-Laboral | Máster en Dirección y Gestión de Recursos Humanos | Máster en Big Data y Transformación Digital de la Empresa | Curso de Perfeccionamiento y Actualización Laboral | Curso de Gestoría Fiscal, Laboral y Contable | Curso sobre Gestión de Nóminas y Seguros Sociales | Curso sobre Trabajadores Extranjeros y Expatriados (aspectos fiscales, laborales y retributivos) | Curso sobre Práctica en Despidos | Curso de Seguridad Social y Derecho Laboral | Curso Práctico de Derecho Laboral | Curso de Perfeccionamiento y Actualización en Recursos Humanos (RR.HH.) | Curso de Fundamentos de Dirección de Recursos Humanos | Curso Monográfico sobre Retribución y Compensación | Curso de Excel para Recursos Humanos | Curso sobre Planes de Igualdad y Brecha Salarial