

Trabajo y Seguridad Social. CEF

Revista mensual núm. 443 | Febrero 2020

ISSN: 1138-9532

La formación profesional dual como mecanismo de creación de empleo juvenil

Jordi García Viña

El difícil camino para el reconocimiento de la enfermedad profesional

Miguel Arenas Gómez

Huelga de las futbolistas por la firma del convenio: el «despertar colectivo»

Pilar Conde Colmenero

Responsabilidad civil por daños culposos: tendencias judiciales

La suerte del «baremo civil de daños» en el orden social: descifrando el enigma

María del Mar Sánchez Reyes

Fragmentación de la acción de resarcimiento: ¿la cosa juzgada como barrera o como garantía?

Óscar González Prieto

¿Un nuevo motivo para la desaparición del recargo de prestaciones?

Francisco José Villar del Moral

Concesiones de realismo laboral en la minicontrarreforma: «dos almas, una virtud»

Cristóbal Molina Navarrete



**MATRÍCULA
ABIERTA**

MÁSTERES Y CURSOS

MADRID | BARCELONA | VALENCIA | ONLINE

ÁREAS DE LABORAL Y RR. HH.

Asesoría Jurídico-Laboral | Control del Tiempo de Trabajo | Dirección y Gestión de Recursos Humanos | Excel para Recursos Humanos | Gestión de Nóminas y Seguros Sociales | Gestoría Fiscal, Laboral y Contable | Planes de Igualdad y Brecha Salarial | Práctica en Derecho Procesal-Laboral | Práctica en Despidos | Práctico de Derecho Laboral | Práctico de People Analytics (Big Data aplicado a RR. HH.) | Retribución y Compensación | Seguridad Social y Derecho Laboral | Selección y Desarrollo del Talento | Trabajadores Extranjeros y Expatriados (aspectos fiscales, laborales y retributivos)

Consulta nuestra oferta formativa completa en www.cef.es

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Núm. 443 | Febrero 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 Manrriich. Presidente da Academia Nacional de Direito do Trabalho (Brasil)

Diego Megino Fernández. Profesor de la Universidad de Burgos

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

Evaluadores externos

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 20 €

No suscriptores 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 periodo 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.

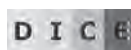
Edita

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

- Baños (concesiones) de realismo jurídico-laboral en la antesala de una minicontra-reforma: dos almas (en duelo), una (sola) virtud (justo equilibrio) 5-22
Cristóbal Molina Navarrete

Estudios

- La formación profesional dual en España como mecanismo de creación de empleo para los jóvenes 23-63
Dual vocation training as a job creation mechanism for young people in Spain
Finalista del Premio Estudios Financieros 2019
Jordi García Viña
- La cosa juzgada en el proceso especial de despido colectivo y su encaje en el derecho de la Unión Europea 65-96
Res iudicata in collective redundancies and the European Union law
Yolanda Maneiro Vázquez

Análisis de actualidad

- Determinación de contingencia. El difícil camino para el reconocimiento de la enfermedad profesional. Al hilo del criterio de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social sobre enfermedades profesionales de las *kellys* 97-108
The labour calification of illnesses or accidents. The difficult way for the recognition of occupational disease. In line with the criteria of the General Directorate of Social Security Management of occupational diseases of kellys
Miguel Arenas Gómez
- Juzgando con perspectiva de género, y del niño/a, las prestaciones por riesgo durante la lactancia natural. A propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias 1339/2019, de 17 de diciembre 109-119
Judge from a gender perspective, and with a child's perspective, risk benefits during breastfeeding. Judgment of the High Court of Justice of the Canary Islands 1339/2019, of 17 December
Glòria Poyatos i Matas
- Huelga de las futbolistas por la firma del convenio: el «despertar» a las relaciones laborales colectivas 121-136
Female football players' strike on their labor agreement: the «awakening» of the collective working relationships
Pilar Conde Colmenero

Diálogos con la jurisprudencia

Monográfico: Responsabilidad civil por daños derivados de daños profesionales culposos: tendencias en la reciente experiencia judicial

- Estudio preliminar. La responsabilidad civil por daño (culposo) profesional: el estado del arte judicial entre «conservación» y «progreso» 137-150
Cristóbal Molina Navarrete
- La suerte del «baremo civil de daños viales» en el orden social: descifrando el enigma (de los perjuicios excepcionales). Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias 155/2019, de 19 de febrero 151-155
María del Mar Sánchez Reyes
- Fragmentación de la acción de resarcimiento íntegro del daño profesional culposo: ¿la cosa juzgada como barrera o como garantía? Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 2888/2019, de 28 de junio 156-163
Óscar González Prieto
- ¿Un motivo más para la desaparición en nuestro derecho de la institución del recargo de prestaciones? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 149/2019, de 28 de febrero 164-174
Francisco José Villar del Moral
- Situación actual en la indemnización del daño por incumplimiento preventivo psicossocial: hacia un derecho social de daños pleno. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 2324/2019, de 17 de diciembre 175-180
Juan Ignacio Marcos González
- ¿La integridad del resarcimiento del daño profesional socializado, puerta a la ingeniería biónica?: cuando la «regresividad jurisprudencial» se viste de «progreso social» (pero solo para algunos –«privilegiados»–). Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 705/2019, de 10 de octubre 181-191
Cristóbal Molina Navarrete

Recursos humanos

- Mindfulness*: un programa para su implementación en el entorno laboral 193-214
Mindfulness: a program for its implementation in the working sphere
Ana Barrera Picón
- Normas de publicación 215-216

Las opiniones vertidas por los autores son responsabilidad única y exclusiva de los mismos. 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.

Quincenalmente, los suscriptores reciben por correo electrónico 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>>.

Baños (concesiones) de realismo jurídico-laboral en la antesala de una minicontrarreforma: dos almas (en duelo), una (sola) virtud (justo equilibrio)

Cristóbal Molina Navarrete

Director

1. ¿Frente al pesimismo de la razón, el optimismo de la voluntad? Siempre en mi memoria, por sus imperecederas enseñanzas, ahora que ha hecho poco más de un año de la orfandad de magisterio que nos dejara el profesor Vida Soria, la «más rabiosa» actualidad política y jurídico-social me ha traído a la mente una de las anécdotas con las que gustaba mostrarnos la permanente tensión ínsita en la célebre frase de Gramsci: «El pesimismo es un asunto de la inteligencia; el optimismo, de la voluntad». Insigne diputado por el PSOE, a cuyas ideas socialdemócratas, no así a sus coetáneos líderes, siempre se mantuvo leal, el maestro Vida recordaba con frecuencia, para criticar la pérdida constante de garantías laborales, lo que le espetaban al Gobierno de entonces los socialistas, como él, al aprobar el proyecto de Ley del Estatuto de los Trabajadores (1980), con una vocación de liberalismo económico contraria a su ideario social: «Cuando lleguemos al Gobierno, os cambiaremos el Estatuto». Como todos conocíamos que aquella sentencia nunca se cumplió, o se cumplió en sentido opuesto al reforzamiento de las garantías que era de esperar (se sabe que la primera reforma socialista fue parcial, en 1984, para alentar la temporalidad y la parcialidad –gérmenes de la precariedad de hoy–, y la segunda gran intervención fue en 1994, unilateral y para introducir más flexibilidad aún), con ironía y su saber único para reírse de sí mismo, también con su finura jurídica sin par, nos hacía ver cuánto dista, en el derecho en general, y en el derecho del trabajo en particular, entre «lo ideal» (el voluntarismo) y «lo posible» (razón práctica).

Difícil resistirse a la tentación de rememorar esta magnífica enseñanza (no es la primera vez –seguramente tampoco la última– que la traigo a estas páginas), cuando volvemos a vivir la intensa pugna político-jurídica y socioeconómica no ya únicamente por una nueva –la enésima– reforma laboral, aun con el sentido de contrarreforma anunciada, según algunos, sino nada menos que por algo tan serio como un «nuevo Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI». A otro (menor) nivel que en el pasado, desde luego, hoy se reactualizaría aquel duelo dialéctico entre almas jurídico-laborales (social –persona– y liberal –mercado–) en dos

Hoy se reactualizaría aquel duelo dialéctico entre almas jurídico-laborales (social –persona– y liberal –mercado–) en dos voces institucionales

voces institucionales: la de la máxima autoridad laboral y la de la máxima autoridad patronal, ambas con trascendencia constitucional (las organizaciones patronales, como los sindicatos, lo son ex [art. 7 Constitución española](#) –CE–). La primera hacía valer el acuerdo de gobierno de coalición [PSOE-Unidas Podemos](#) y espetaba –algo parecido a lo de mi maestro y sus compañeros socialistas en el Congreso de los Diputados de 1980–: cuando gobernemos, os derogaremos la reforma laboral (punto 1.3) y haremos un nuevo Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI (punto 1.2), donde reine la calidad en el empleo y se destierre la precariedad. A ello se sumaba el incremento del salario mínimo interprofesional (SMI), partiendo de los 1.000 euros en 2020 para avanzar de forma progresiva «al 60 % del salario medio en España tal y como recomienda la Carta social europea» (punto 1.4).

En el lado opuesto, la «autoridad patronal» (entrevista al presidente de la Confederación Española de Organizaciones Empresariales –CEOE–) dejaba bien claro que: «[Si a la empresa se le complica una norma laboral, igual no contrata a nadie. Eso es así](#)». Y alertaba sobre los eventuales perjuicios a la economía del programa del nuevo Gobierno, enfrentado de forma radical el factor ideal (ideológico, más bien) con lo real o la razón pragmática de la gestión económica diaria: «La realidad es la que es. Todos tenemos ideales, también los empresarios, pero luego hay que gestionar la realidad. En economía dos y dos son cuatro». De este modo, y por concretar su posición de resistencia crítica al cambio disruptivo que alentaba la voz de la autoridad público-laboral, no consideraba ni que se pudiera, de un lado, derogar sin más el «despido por absentismo», como se anuncia a modo de bandera del giro garantista copernicano, pues está desde hace 40 años consagrado en el Estatuto de los Trabajadores (ET), incluyendo, a su juicio, la reforma laboral de 2012 «una mayor garantía para el trabajador», y responde a necesidades de defensa de la productividad por las empresas, en un contexto de elevado «fraude en el absentismo [...], que perjudica a empresas y a los demás trabajadores, pero de eso parece que no quieren hablar»; ni, de otro subir el SMI a 1.000 euros, porque «perjudicaría a los trabajadores más débiles de las comunidades más pobres» y «generaría un problema gravísimo en toda la negociación colectiva en España».

2. Idealismo versus realismo jurídico.

Consciente el presidente del Gobierno de las alertas que este contraste de posiciones podía crear en la zona de las razones de la economía de mercado por antonomasia y de la gobernanza económica mundial privada, ese teatro de exhibición económica

mundial que es el Foro de Davos (Foro Económico Mundial), raudo corrió a desfilarse prometiéndolo que [de lo anunciado y temido habría bastante menos](#), domesticando la «fiera social» inherente al factor idealista de su socio de Gobierno. El nuevo Gobierno español, pues, ni fue ni es ni será razón de inquietud para las razones de mercado, que, por cierto, sigue

El nuevo Gobierno español ni fue ni es ni será razón de inquietud para las razones de mercado

siendo el contexto económico del Estado social (y democrático de derecho) ex [artículo 38 de la CE](#). Esta no solo reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (al igual que el art. 6 [Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea](#) –CDFUE–), sino que todos los poderes públicos –por lo tanto, por lo que luego se dirá, también los judiciales– garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad. Eso sí, naturalmente, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación, por lo que la obligada defensa de la economía de mercado no tiene por qué hacerse desde un plano liberal, aun menos si es a ultranza, sino que puede, y debe serlo también, desde el alma social. Así se reflejará también, tras un significativo, aun no lineal ni acabado, proceso de convergencia, en el ámbito de ese guardián superior inclemente de las esencias de mercado (interior), como es la Unión Europea (arts. 4 y 151 [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea](#) –TFUE–).

Y, una vez más, el factor ideal (lo que se desea que la «cosa laboral» sea por cada sector de opinión e influencia) en el derecho del trabajo (la norma laboral sería un arma principalmente dirigida a la defensa de los derechos de las personas trabajadoras) cede terreno al realismo jurídico (lo que la «cosa laboral» es en realidad, en su existencia, que recordara también el gran maestro Vida Soria, en línea con otros grandes maestros de nuestra disciplina a nivel mundial). La vida cotidiana, y una sana mirada a la historia, nos recuerdan que las cosas en el mundo sociolaboral han de contemplarse en su más auténtica complejidad y atendiendo a todas sus dimensiones, sin que sea positivo dejarse seducir o engañar por señuelos o cantos de sirena. El objetivo compartido debería ser, pues, situar de forma adecuada el punto de mira de la evolución o progreso en el derecho del trabajo, que no es otro que mantener o (cuando se ha perdido, como sucedió parcialmente en 2012) recuperar el justo equilibrio entre las razones en conflicto, entre la llamada «escuela humanista» o romántica de la norma laboral (y de su ciencia) y la «escuela económica» o mercantil de esa misma norma laboral (y de su ciencia), sin perjuicio de la legitimidad de defender, por las vías que se consideren más adecuadas, lo que se querría que fuese (para cada cual).

Y, una vez más, el factor ideal en el derecho del trabajo cede terreno al realismo jurídico

3. ¿La reforma laboral no es técnicamente derogable? Y ese dominio (histórico) del realismo jurídico-laboral sobre el idealismo (que tiene un sentido de ida y vuelta, garantista cuando se quiere –por la voluntad legislativa– una norma liberal en extremo –algo que, dicho sea incidentalmente, no han calibrado bien las empresas de trabajo en plataforma digital, sorprendidas por el realismo judicial; últimamente la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia [STSJ] de Madrid 40/2020, de 17 de enero: hace laborales a centenares de personas «ideadas» por Deliveroo como autónomas–) no ha tardado en llegar. Y por partida doble. Primero fue la (idealista) promesa escrita en el pacto político de la pretendida

derogación de la reforma laboral de 2012. Ahora parece caminar (de manera más realista) hacia una minicontrarreforma laboral, donde solo los aspectos más lesivos se corregirán y en el ámbito del diálogo social, que es su instrumento natural para realizar la virtud del justo equilibrio, la transacción entre lógicas y razones.

Por supuesto, el giro debía vestirse. Se acude a tal fin a un debate nominalista. La máxima autoridad laboral razona ahora que «**técnicamente no es derogable toda la reforma laboral, sería irresponsable**» (pesimismo –¿realismo?– de la razón jurídica). Naturalmente, se es consciente del choque con el idealismo popular («Esto que en las militancias a veces es difícil de explicar» –de nuevo la ilusión del optimismo de la voluntad política–), pero, claro, la razón técnico-jurídica manda y se insiste: «técnicamente, no es posible», por lo que no cabe más que legislar y negociar. La conclusión no puede ser más correcta. Pero, entonces, ¿por qué no se escribe así en el pacto, minusvalorando la madurez e inteligencia de la ciudadanía –militante o no, votante o no– afectada? Veremos sucintamente cuáles son los principales puntos afectados y cuál su estado del arte interpretativo y práctico en cada uno. A ver en qué dirección apunta lo anunciado.

4. ¿Quién pierde y/o quién gana con el triunfo del realismo jurídico frente al factor del idealismo unilateral? La experiencia (realista) del acuerdo sobre SMI. Este baño (concesión) de realismo jurídico-laboral no ha tardado en llegar de forma concreta. Así, en segundo lugar, la inicialmente innegociable (voluntaristamente) subida del SMI, situándose en 1.000 euros, se ha quedado, mediante el –necesario y conveniente– acuerdo social, en 950. Para otro momento queda su progresión hacia el 60 % del salario medio. Aquí hallamos una doble concesión a la razón de los mercados –económicos y de empleo–, intensamente críticos, aunque no haya evidencias científicas de su nocividad, sí de lo contrario, como recuerda el nobel J. Stiglitz.

Este baño (concesión) de realismo jurídico-laboral no ha tardado en llegar de forma concreta: la innegociable subida del SMI se ha quedado en 950 euros

De un lado, la razón normativa superior cede a la inferior, reduciéndose el «deber ser» al «ser». Al respecto, se recordará que la **Carta social europea** (CSE) y la doctrina –vinculante– del Comité europeo de derechos sociales ya comprometería tal cantidad superior –1.200 €–, que, cierto, el propio pacto situaba como referente final de la actual legislatura. Entonces, ¿si es esto lo que garantiza la **CSE**, no sería más fácil hacer efectiva la norma social constitucional europea que ya reconoce como norma aplicable ese deseo comunitario, máxime cuando también están en el pacto político la esperada ratificación de la **CSE revisada (1996)** y del protocolo de reclamaciones sindicales? De otro, para ilustrar este continuo pulso entre idealismo y realismo (en ambos casos de signo opuesto), no es ocioso (tampoco políticamente correcto) recordar que los sujetos que acaban de pactar una subida para

2020 de 50 euros en el SMI (en torno al 5%), en 2018, y con el horizonte final del año 2020, firmaron el [IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva](#).

En él se establece que el «salario mínimo profesional (SMP) o convencional» sería de 1.000 euros al mes (14.000 € año/14 pagas mensuales = 1.000 €). ¿Acaso confundimos de este modo SMI y SMP? Espero que no; tampoco la máxima autoridad empresarial española, que, como se recordará, expresamente se lamentaba de las continuas subidas del SMI por su (pretendida negativa) influencia en la dinámica convencional colectiva, que no es ajena a la institución, más bien todo lo contrario. Obviamente, el banco empresarial en las unidades de negociación tendrá ahora una menor presión para alcanzar esos acuerdos de SMP, por lo que queda igualmente claro que el realismo económico se ha impuesto, dejando en manos de cada sector, unidad y situación fáctica avanzar o no este año hacia una senda de retribución profesional mínima que, sin embargo, ya se había pactado. En suma, al controlar o minimizar los daños de la anunciada unilateral contrarreforma laboral garantista mediante el pacto, la patronal consigue desviar la atención y dejar en silencio este compromiso.

Pero este conflicto entre idealismo-realismo, entre reformas de imposición unilateral (por ley o, peor, por real decreto-ley), no solo se vive en España, también en la Unión Europea. Como es igualmente conocido, se ha anunciado (optimistamente) la voluntad de establecer en un futuro próximo un marco normativo comunitario para el deseado (por unos –entre los que me encuentro–, denostado por otros) «salario mínimo europeo». Pero si alguien olvida ese presente «*legal realism*», los países nórdicos ya le han recordado a la nueva presidenta de la Comisión (que había comprometido tal progreso social en el mercado interior a cambio de ser investida, pues no le salían las cuentas solo con «los suyos») que ese camino no será ni fácil ni seguro. ¿Por qué? [Porque temen que dinamite su modelo de negociación colectiva](#).

Este conflicto entre idealismo-realismo se vive también en la Unión Europea

Sea como fuere, al margen de la capacidad de resistencia de los países nórdicos, cuna europea del «realismo jurídico» –cuentan ya en los mentideros bruselenses que han logrado el compromiso de que se incluya una cláusula de exención para los países de «altos salarios»–, lo cierto es que, aun triunfando, el resultado sería muy realista, nada temerario: el referido 60% del salario medio nacional, esto es, lo que ya se establece, como recordamos anteriormente, en la [CSE](#). En suma, la Comisión ilusiona con un noble sueño de progreso, que no se da por cierto, que se antoja, al contrario, todo un camino espinoso, casi una pesadilla, para luego llegar, sin embargo, y en el mejor de los casos al punto de partida, al propio de la otra cara de la luna (normativa) europea: el Consejo de Europa.

Realismo encubierto en promesas de idealismo jurídico, haciéndonos creer que harán real lo que las cosas deberían ser para ellos, en vez de lo que las cosas son por sí mismas,

enfrentando el «deber ser» al «ser». Pero la historia demuestra que ambas orientaciones han sido, son y –me temo– serán irreductibles, porque la norma laboral, con su institucionalización contractual, no solo nació, sino que se ha desarrollado en todo tiempo, pese a ese ideal internacional de que el trabajo no es una mercancía (pero se aprecia en el mercado como factor productivo), con una impronta de conservación mercantilista. La seguridad en el trabajo trae subordinación a la lógica del poder de dirección y a las exigencias o razones de mercado del mismo, hasta tales dimensiones que no solo las reglas convencionales emergen como estándares prohibitivos de la competencia desleal en un sector de actividad (desarraiga el modelo de ventaja competitiva fundada en ofertas basadas en la progresiva reducción de los costes laborales), sino que en su realización efectiva las razones empresariales hallaban la colaboración sindical.

Desde esta perspectiva, los cambios jurídico-sociales (la idea de reforma) deseables (el recurrente optimismo de la voluntad) deben hacer las cuentas con el devenir real de esas mismas cosas (relaciones de trabajo, mercados), en el que hallamos (so pena de que se abran camino de forma más abrupta: unilateral –imposición de poder por la «ley del más fuerte»; extrema y costosa conflictividad social– o encubierta –economía sumergida–, etc.) una vida mucho más dialéctica, aunque por ello más incierta y menos ilusionante (el pesimismo de la razón). En la norma laboral, los opuestos pugnan por imponerse y su óptima vía de salida solo puede ser la «justa ponderación de concesiones-sacrificios». Pero ¿qué ideal de justicia social-laboral debe mover los hilos del cambio jurídico?

5. El «justo equilibrio» (reflejo de la virtud aristotélica del punto medio) como ideal de justicia para el realismo jurídico: sin transiciones justas no hay genuino paraíso (ni «asalto a los cielos»). Por más que se puedan –y se deban– puntualizar los excesos del realismo jurídico-laboral (la razón de existencia sobre el ideal de la esencia, que diría nuestro añorado maestro –*vid.* el [editorial del número de marzo/2019](#) de esta revista–), recordando que tanto el sistema como la experiencia jurídicos han de ponerse al servicio de un ideal de justicia social ([art. 1.1](#) en relación con los arts. [9.2](#) y [10](#) CE), ese ideal de justicia no puede ser sectario o partidista: ni el de la «ley del más fuerte» ni el de la «ley del más débil», conforme al ideal garantista jurídico. Al contrario, será aquel, quizás más decepcionante o frustrante, pero más práctico, de componer o recomponer los equilibrios entre las dos razones, las dos almas de la norma laboral, con vuelos y recaídas, la social (humanista) y económica (mercantil). Ambas requieren del arte del equilibrio, aun inestable, y desde luego difícil, sea de la ley, sea, sobre todo, del pacto (acuerdo colectivo), sea de la balanza ponderativa judicial.

La norma laboral no solo nació,
sino que se ha desarrollado, con una
impronta de conservación mercantilista.
En ella, los opuestos pugnan y la
salida solo puede-debe ser la justa
ponderación de concesiones-sacrificios

En definitiva, tanto el avance como el sacrificio de cada una de las razones deben ser debidamente ponderados, lo que a menudo no sucede (por ejemplo, reforma de 2012), rompiéndose las reglas de juego, en una dirección u otra y, con ello, arriesgándose el éxito de la propia razón de ser de la norma laboral. Este ideal de justicia, tanto transicional (dinamismo de la norma laboral para la optimización del rendimiento de mercado) cuanto transaccional (condiciones jurídicas que la hagan socialmente sostenible: conciliación de las dos almas en duelo, económica y social), se plasma en la Comunicación «Una Europa social fuerte para transiciones justas» (Bruselas, 14 de enero de 2020: cuenta con un anexo en el que se desarrolla con detalle cuáles son los ámbitos de actuación social y económica a tales fines). De este modo, el concepto de «transición justa» va más allá del ámbito del cambio climático y la «transición energética» (por ejemplo, [Propuesta de Reglamento por el que se establece el fondo de transición justa](#)).

La búsqueda –o recuperación– del modelo de regulación de los mercados y relaciones de trabajo más transaccional y equilibrado no residiría solo en los fines, la hallaríamos también en el instrumento elegido para la puesta en práctica de la primera iniciativa, ya referida. En efecto, en el primer trimestre de este año se pondrá en marcha la primera fase de consulta a los interlocutores sociales sobre el salario mínimo europeo, por lo que la Comisión habría elegido poner en valor el diálogo social ex artículo 154 del [TFUE](#). Frente a las imposiciones unilaterales, y dada la pugna de modelos (nórdicos, sureños, de Europa central) y experiencias históricas y culturales, la gobernanza económica europea fiaría –una parte de– la social al diálogo social.

Frente a las imposiciones unilaterales, la gobernanza económica europea fiaría la social al diálogo social

6. «Cuando lleguemos al Gobierno, derogaremos el despido por absentismo, pese a que lleva 40 años en el Estatuto de los Trabajadores, porque la salud no se negocia»: ¿no hay transacción equilibrada entre tutelar la salud y la defensa de la productividad? ¿Esta llamada al equilibrio transaccional entre las dos razones en conflicto (social –de la persona– y económica –de mercado–) y al diálogo como el instrumento principal para llevarla a cabo sirve para la primera contrarreforma programada con «urgencia absoluta», hoy en el ojo del huracán sindical y mediático, a raíz de una sentencia constitucional muy polémica de marcado enfoque «*business friendly*» o proempresa? Por lo que se anuncia, no parece. En este aspecto, el nuevo Gobierno fía la credibilidad del nuevo tiempo de garantía para los derechos de las personas trabajadoras que pretende instaurar (no solo restablecer respecto del pasado –por cierto, menos halagüeño de lo que hoy se idealiza con el tópico de «derogación de la reforma laboral», que sabemos no es posible técnicamente en su totalidad, pero que sí parecería de forma parcial o puntual).

Está así escrito –y así se pretende hacer cumplir–: «[Derogaremos la posibilidad de despido por absentismo causado por bajas por enfermedad](#)».

El acuerdo político parece levantar acta de defunción contra un precepto arraigado en la regulación estatutaria desde sus orígenes, si bien con algunas modificaciones de alcance, como la de 2012 (eliminación del umbral de absentismo colectivo en la empresa). Con ello no se apuntaría tanto a poner fin a una institución jurídico-laboral tradicional, cuanto más bien a desautorizar de forma frontal la posición (política) de la doctrina constitucional mayoritaria, que avaló, como se sabe, la regulación vigente ([Sentencia del Tribunal Constitucional 118/2019, de 16 de octubre](#), con un fundado voto particular). Aquí la contrarreforma tendría un inequívoco sentido de «golpe de autoridad legislativa» (o gubernamental, si al final se hiciera por real decreto-ley, como parece, para dar mayor sentido de autoridad político-jurídica) rectificadora de una doctrina constitucional que se valora injusta.

El acuerdo político parece levantar acta de defunción contra un precepto arraigado en la regulación estatutaria, el artículo 52 d) del ET

Siendo extraordinariamente discutible la posición constitucional mayoritaria, que no formula reproche de ningún tipo a ciertos defectos de regulación que tiene el [artículo 52 d\) del ET](#), en los que ahora no podemos entrar, llama también la atención la radicalidad del anuncio político-jurídico de la coalición de gobierno, que silencia no solo el escaso uso de la figura en estos años –porque está plagado igualmente de trampas jurídicas, que hacen que la mayoría de estas decisiones fuesen declaradas improcedentes–, sino también su aceptación incuestionada por la doctrina judicial y la jurisprudencia. Cuando se cuestionó, se hizo, como se sabe, por una razón diferente, como era –es– la disconformidad que mantiene con las exigencias de la razón comunitaria de protección de las personas con discapacidad o enfermedades asimilables.

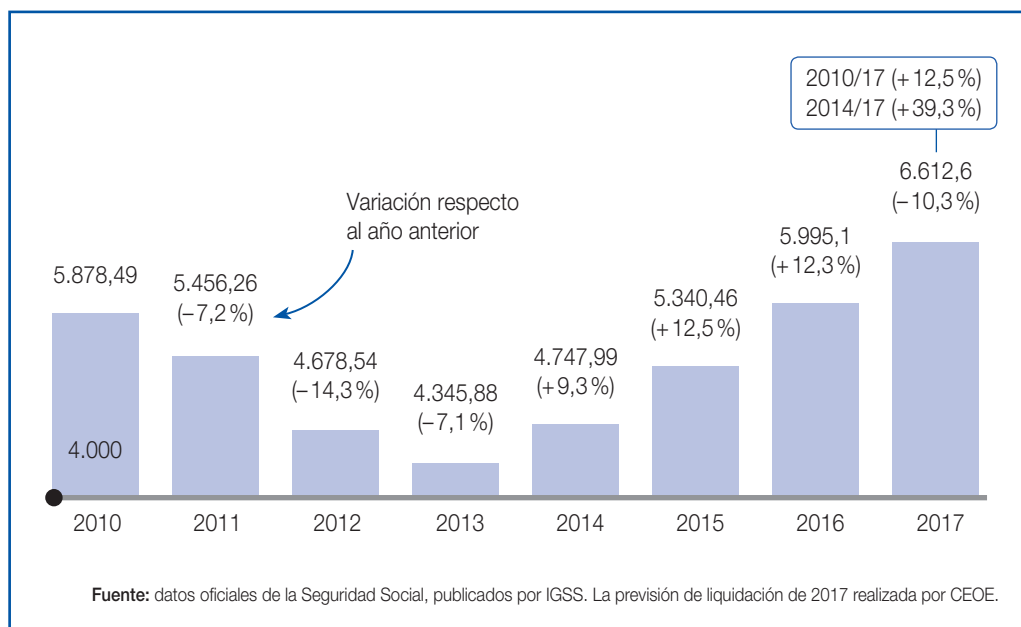
Justamente, la Sentencia del Juzgado de lo Social (SJS) número 33 de Barcelona 309/2019, de 4 de noviembre, ha estimado la demanda contra la empresa multinacional Nobel Plásticos, declarando el despido nulo a causa de discriminación indirecta por discapacidad (una mujer especialmente sensible a determinadas actividades laborales, sin adaptación razonable de puesto –[art. 25 Ley de prevención de riesgos laborales](#)–, es víctima de despido objetivo, por la pérdida de rendimiento, también a raíz de su mayor absentismo). La condena conlleva una indemnización adicional de 25.000 euros, con la que se busca incidir en prácticas de gestión empresarial del factor trabajo que busquen la ventaja competitiva no sobre la base de la reducción de costes, incluido el despido, sino de un modo socialmente más sostenible o equilibrado entre las razones de la persona y de la empresa. En consecuencia, acoge una lectura garantista de las dos posibilidades que –ambiguamente– le ofrecía, al respecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ([STJUE de 11 de noviembre de 2019, asunto C-397/18](#)).

Cierto, en la presión empresarial al legislador, y a los medios de comunicación, contra el absentismo, incluso el justificado (cuando las bajas están respaldadas por los diferentes partes

médicos), a fin de crear alarma (hemos visto que en la [entrevista al presidente de la CEOE](#) se volvía a poner de relieve), hay una parte de realidad y otra de puro mito (ideología). Se exhiben por doquier informes que evidencian un notabilísimo incremento del absentismo laboral tras la recuperación económica, pues en las épocas de crisis baja notablemente. Esto es así, los datos lo confirman plenamente ([gráfico 1](#)).

En la presión empresarial hay una parte de realidad y otra de puro mito

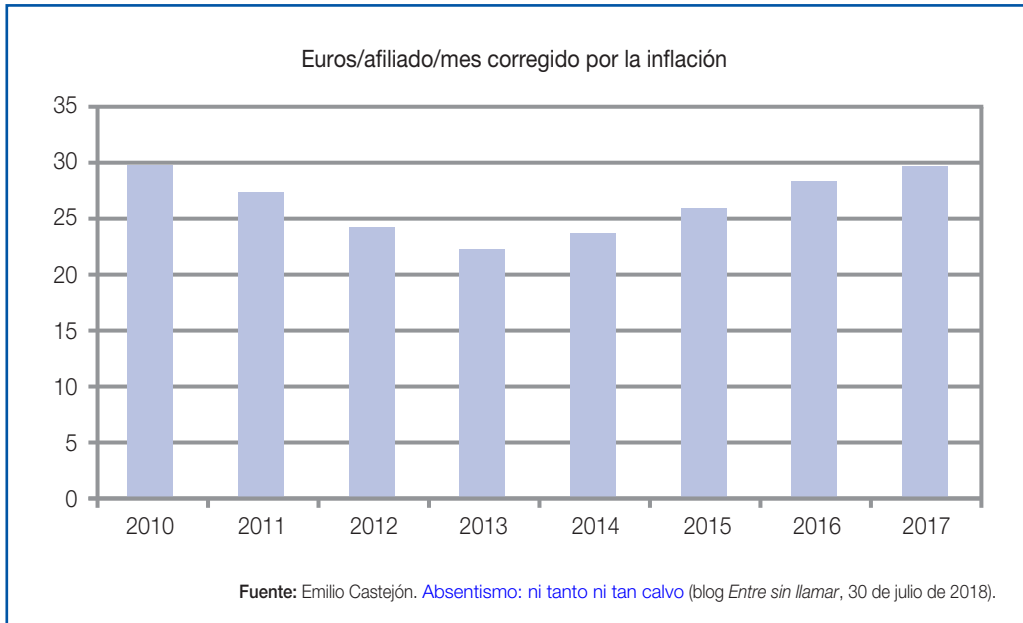
Gráfico 1. Evolución del gasto por incapacidad temporal por contingencias comunes



¿Triunfa el pesimismo de la razón (estadística y económica) sobre el optimismo de la voluntad (política)? No, al menos no necesariamente y sin matices. La realidad del aumento es irrefutable, lo que ocurre es que se ofrece tendenciosamente, pues no se presenta de una forma corregida, sino «bruta»: ni se pondera el crecimiento de la población activa en tal tiempo (por lo tanto, la reducción del desempleo) ni los efectos de la inflación. Con ambas debidas correcciones (datos de afiliación y de inflación), los resultados divergen.

El gasto social del absentismo justificado, atendiendo básicamente a la causa más frecuente, la baja por incapacidad temporal (recuérdese que los primeros 15 días van a cargo del empleador), se «normaliza» (en términos numéricos) de forma significativa, siendo análogo el de 2010 con el de 2017 (gráfico 2).

Gráfico 2. Gasto de la Seguridad Social en incapacidad temporal por contingencias comunes



Por supuesto, no hay que asumir sin más esta «normalidad» (a corto y largo plazo) de este estado de cosas (realismo laboral), pues revela un problema, aun no tan alarmante como se nos quiere hacer ver, que exige atención adecuada por el legislador y por los sujetos de las relaciones de trabajo. Ahora bien, teniendo en cuenta que el decrecimiento en época de crisis no lo es solo porque hay menos personas trabajando, sino porque las que conservan el empleo tienen más miedo a perderlo, lo que se fomentaría es el denominado «presentismo» (acudir al trabajo aun estando enfermos, lo contrario que el absentismo injustificado –no ir al trabajo pese a estar en condiciones–). Que a esa autopresión se añade la presión de terceros, como las entidades gestoras (mutuas), e incluso servicios de prevención, es también conocido, y en fechas muy recientes constatado por la doctrina judicial (por ejemplo, SJS núm. 33 de Barcelona 284/2019, de 27 de junio, que declara el despido por ineptitud sobrevenida nulo, por represalia sindical).

Seguramente, para progresar en la solución del problema del absentismo laboral no es el despido la mejor solución, ni para las razones de las personas trabajadoras, claro, ni siquiera para las razones de empresa. No obstante, tampoco parece muy razonable su eliminación, ni, más claramente, parece posible una abrupta desaparición de nuestro

Seguramente, para progresar en la solución del problema del absentismo laboral no es el despido la mejor solución. No obstante, tampoco parece muy razonable su eliminación abrupta

ordenamiento jurídico. Ni constitucionalmente puede estar prohibida toda regulación de esta figura en atención a la protección del bien de la salud (arts. 15, 40 y 43 CE), como el propio voto particular expresa, ni es una exigencia de la normativa internacional, porque el artículo 6 del [Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo](#) (OIT) no incluye la causa de la salud dentro de las realmente prohibidas (arts. 4 y 5 [Convenio 158 OIT](#)), estableciendo la posibilidad de que pueda extinguirse si se prevé una «indemnización adecuada» (art. 10 [Convenio 158 OIT](#)).

Asimismo, la jurisprudencia comunitaria, siempre ambigua, máxima expresión de la defensa de la concepción ambivalente de la norma laboral y de la conciliación de justo equilibrio entre sus dos almas (social y de mercado), ratifica que el derecho de la Unión Europea (considerando 17 [Directiva 2000/78/CE](#)):

[...] no obliga a [...] mantener en un puesto de trabajo a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate, sin perjuicio de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad ([STJUE de 11 de septiembre de 2019, asunto C-397/18](#), apdo. 74).

Una vez más, pues, emerge la llamada a la virtud del «justo equilibrio» inherente a las normas laborales. Aquí técnicamente se expresa en forma de estándar de razonabilidad de los ajustes. La obligación empresarial de protección frente a la condición de vulnerabilidad especial de ciertas personas trabajadoras (con discapacidad propiamente o con enfermedades asimilables) debe ser conciliable con la prohibición de carga desproporcionada, que requiere de la norma laboral –y del juez– un nuevo «balance entre los costes de la adaptación y la disponibilidad de fondos públicos a tal fin» ([STJUE de 11 de septiembre de 2019, asunto C-397/18](#), apdo. 65; art. 5 [Directiva 2000/78/CE](#); art. 40 [RDleg. 1/2013](#)). Un estándar de ponderación técnicamente articulado en forma de razonabilidad (equilibrio entre la función productivo-competitiva y la distributiva de la norma laboral) que tiene continuas proyecciones en el ámbito social-laboral, también en el marco normativo de la seguridad y salud en el trabajo, como enseñan los [Convenios 155 y 190](#) de la OIT y ha recordado la Sentencia del Tribunal Supremo ([STS](#)) [149/2019, de 28 de febrero](#) ([comentada](#) en el monográfico de diálogos con la jurisprudencia de este número dedicado al estado del arte interpretativo sobre responsabilidad civil en materia de daños profesionales, ámbito típico, por cierto, de la histórica conciliación entre las razones de la persona trabajadora y las razones de la empresa –el origen del sistema de aseguramiento público de tal responsabilidad es articular legislativamente un sistema de concesiones mutuas–).

Una vez más, emerge la llamada a la virtud del «justo equilibrio» inherente a las normas laborales. Aquí técnicamente se expresa en forma de estándar de razonabilidad de los ajustes

7. Réquiem por la prioridad aplicativa del convenio de empresa: ¿garantía de defensa de la competencia leal más allá de los «mercados de compra pública»? Además de corregir el modelo de ultraactividad temporal (error de la reforma de 2012, por la incertidumbre jurídica creada –también para los empleadores– sin aportación de ventaja en términos de racionalidad económica ni de creación de empleo), tornando al tradicional (clásico) de vigencia indefinida de los convenios, al menos de sus cláusulas normativas, en tanto no se apruebe uno nuevo, la siguiente medida amenazada de derogación inmediata en la minicontrarreforma anunciada está en el [artículo 84.2 del ET](#): «Derogaremos la prioridad aplicativa de los convenios de empresa sobre los convenios sectoriales».

Es evidente que aquí no hay ningún problema técnico para su derogación plena, si bien se planteará la opción de eliminar la actual prioridad absoluta del convenio de empresa, en las materias seleccionadas legalmente, sin más, o volver al modelo de preferencia potestativa para los convenios sectoriales estatales previsto en la reforma «socialista» (2010/2011). En lo que a este análisis concierne, conviene precisar el sentido real de la reforma, más allá de todas las proclamas político-ideológicas.

En primer lugar, la observación sociológica de la norma laboral vigente nos advierte que, salvo en relación con las polémicas empresas multiservicios (muchos de sus convenios anulados-neutralizados por la jurisprudencia), apenas habría tenido impacto esta prioridad del convenio de empresa en la estructura real de negociación colectiva. De un lado, el crecimiento de los convenios de empresa ha sido limitado, sin que el número de personas trabajadoras cubierto por ellos sea muy significativo respecto del pasado. De otro, no han supuesto realmente una importante reducción salarial en relación con los sectoriales.

Esta constatación cuantitativa nos lleva a la segunda observación, que tiene que ver, precisamente, con una medida de reforma que ha coadyuvado a la devaluación laboral y que, sin embargo, no emerge en el documento político de coalición para un «gobierno progresista». A la presión normativa «por abajo» frente al convenio sectorial provincial, la reforma laboral, pero no solo la «popular» de 2012, sino también la «socialista» (2011), sumó la presión «por arriba», impulsando un intenso proceso de centralización del sistema convencional, constatado judicialmente. Esta recentralización convencional no es inocente en el plano cualitativo, pues no solo pretende una mayor racionalización del sistema, beneficio asociado a ella, sin duda, sino que responde a una convicción económica subyacente: los convenios de sector estatal son más eficientes económicamente, al igual que los más descentralizados, siendo los provinciales bastante más distorsionadores de las reglas de mercado y de su gobernanza colectiva. ¿Volverá la contrarreforma a la descentralización provincial, con salarios más elevados por lo general, pero también más «distorsionadores» por su dimensión «político-sindical»?

No hay ningún problema técnico para su derogación plena, si bien se planteará la opción de eliminar la actual prioridad absoluta del convenio de empresa o volver al modelo de preferencia potestativa para los convenios sectoriales estatales previsto en la reforma «socialista»

En tercer lugar, más allá del ruido político-mediático, la medida de contrarreforma no suscita problema jurídico-económico de distorsión ni del mercado de trabajo ni del sistema de relaciones laborales ni tampoco de los mercados económicos. Al contrario, vendría exigida por la función productivo-competitiva de la norma laboral, no solo distributiva (alma social). En realidad, siguiendo su función eco-

nómica originaria (nacidos como «acuerdos tarifarios», fijan el precio del factor trabajo para garantizar una competencia leal), confirmada en el marco normativo de «mercado de compra pública» (arts. 101.2.3.º, 102.3.2.º, 122.2, 149.4.5.º y 202.3 Ley 9/2017, de contratos del sector público –LCSP–), la preferencia sectorial actúa como cláusula social de seguridad económica para prevenir el riesgo de *dumping* social. Por eso, la mayoría de los órganos de garantía de la libre y leal competencia en la contratación pública saludaron con agrado esta corrección –cierto confusamente, en el plano técnico– legislativa, para este sector, de la prioridad convencional empresarial. Con ello se pone en valor una nueva íntima conexión entre la regla laboral y la norma de contratación pública (por ejemplo, [Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales –TACRC– 1090/2019, de 30 de septiembre](#)), medie o no subrogación empresarial ex [artículo 44 del ET](#) (en relación con el [art. 130 LCSP](#)).

La medida de contrarreforma no suscita problema jurídico-económico de distorsión ni del mercado de trabajo ni del sistema de relaciones laborales ni tampoco de los mercados económicos

Cierto, en algún caso (órgano administrativo de recursos contractuales del País Vasco –Euskadi–), estos «guardianes de la esencia competitiva» han cuestionado ante el TJUE estos condicionamientos sociales. Valoran que una condición especial de ejecución ([art. 122.2 LCSP](#)) que convierte en vinculante, para la contratista, un convenio del que puede liberarse ex [artículo 84.2 del ET](#) vulneraría la [Directiva 2014/24/UE \(asunto C-635/19: CC. OO. Euskadi contra los pliegos del contrato «Servicio de ayuda a domicilio» del Ayuntamiento de Arrigorriaga\)](#). Puesto que esta cuestión prejudicial ha decaído al desistir el poder adjudicador ([Resolución 181/2019, de 30 de octubre](#)), nos hemos quedado sin conocer la posición del gran pretor comunitario en tan sugerente materia, que enfrenta la función distributiva con la función competitiva de las normas, no solo laborales, sino también de las reguladoras de la compra pública socialmente orientada. Aunque la contrarreforma laboral hará perder la actualidad del sentido práctico del debate teórico, no dejará de confirmarse esa inherencia de la regulación de mercado a toda norma, sin que por ello lo distorsione, antes bien, lo ordene, frente a prácticas de competencia desleal, más allá de mejorar la transparencia informativa y su seguridad jurídica ([Resolución de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, expediente 61/2019](#)).

No obstante, tendremos una nueva oportunidad de conocer la opinión del TJUE sobre los límites del legislador y de los convenios colectivos en la instrumentación de la regla laboral al servicio de la defensa de la competencia leal, aun en detrimento de la libertad contractual de las empresas. Ahora con ocasión del cuestionamiento de las reglas que, en aras de la mayor estabilidad en el empleo (típica cláusula de seguridad ocupacional en el mercado), regulan la subrogación obligatoria de las empresas en el sector de la estiba cuando ejerzan el derecho

a la separación de la Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios (IV Convenio sectorial estatal y [art. 4 RDL 9/2019, de 29 de marzo](#)) por la combativa Comisión Nacional del Mercado y de la Competencia (CNMC), otro gran guardián de las esencias de las libertades económicas frente a cualquier restricción, legal o convencional, incluso laboral. Se trata de la muy sugerente [cuestión prejudicial C-462/19, asunto Asoport](#).

La CNMC, arrogándose la condición de «órgano jurisdiccional» ex artículo 267 del TFUE, solicita aval comunitario no solo para dejar inaplicada la ley que cubre al convenio, sino para imponer sanciones a todos los interlocutores sociales que han osado desafiar sus reglas (asunto C-462/19)

En ella, la CNMC, arrogándose la condición de «órgano jurisdiccional» ex artículo 267 del TFUE, solicita aval del máximo pretor comunitario no solo para dejar inaplicada la ley que cubre al convenio, sino para imponer fuertes sanciones económicas a todos los interlocutores sociales que han osado desafiar sus reglas (aunque la proporción de las mismas también cae dentro de las libertades económicas –por ejemplo, [STJUE de 13 de noviembre de 2018, asunto C-33/17](#)–). Sigue, a tal fin, la doctrina Albany ([Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 21 de septiembre de 1999, asunto C-67/96](#)) y su larga secuencia (por ejemplo, [STJUE de 3 de marzo de 2011, asunto C-437/09](#)), relativa a la garantía de una inmunidad solo relativa del convenio colectivo de sector (único que puede establecerla) frente a la libertad de contratación laboral, contenido esencial de la libertad de empresa (ex art. 101 TFUE, en relación con el art. 16 CDFUE). La CNMC, reforzada con tal condición, exhibe su convicción de que tal regulación convencional iría «más allá de lo laboral para realizar realmente una auténtica «armonización de condiciones comerciales»». No es momento de hacer un análisis más detenido –tiempo habrá, pues lo merece, cuando se pronuncie el TJUE–. Pero sí conviene hacer algunas observaciones con relación al hilo conductor de este editorial.

Primero, estas cláusulas son garantía de efecto útil de la [Directiva 2001/23/CE \(STJUE de 11 de julio de 2018, asunto C-60/17, Somoza Hermo\)](#). Segundo, la regla de subrogación se revela más una garantía de prevención de distorsiones de la competencia, al mantener una posición de igualdad para todas las empresas, que de afectación nociva. Tercero, la regla convencional corrige modelos de ventaja competitiva basados en la liberación de las cargas laborales que corresponden, para evitar posiciones de ventaja comercial injustificada y desproporcionada para las demás competidoras, pues verían incrementada la suya. Consecuentemente, lo que la CNMC reclama más bien supondría lo contrario de lo que postula: hacer de la liberación de cargas laborales un motor de competencia libre, a costa de ser desleal.

Finalmente, profundizando en esta ambivalente función de los convenios colectivos, productiva y distributiva, y volviendo al papel de las reglas de preferencia convencional en la fijación de los «precios normalizados de gestión leal del factor trabajo», conviene llamar la atención sobre un dato que a menudo se pasa por alto en el fragor de la contienda político-ideológica. En efecto, el problema real no estaría tanto en el instrumento convencional a dar preferencia, sino en el sentido de mejora o devaluación de aquel. Parece claro que la garantía

del convenio colectivo sectorial solo puede hacerse en cuanto sus condiciones –sobre todo la relación retribución/jornada– sean más favorables que los de empresa, debiéndose invertir en otro caso (por ejemplo, [Resolución del TACRC 862/2019, de 25 de julio](#)). Recuérdese que la recentralización del sistema convencional no busca solo un fin político (gobernanza estatal del sistema), sino también económico (los convenios estatales son más eficientes en precios de la mano de obra que los sectoriales provinciales). Pero esta cuestión llevaría a una reflexión compleja y amplia, que entiendo quedará para la otra fase de reforma, la del «Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI»: mientras que nuestro sistema normativo convencional asegura el principio de modernidad ([art. 82.4 ET](#)), la CSE requiere la plasmación del principio de progresividad de las condiciones de empleo y de trabajo, vinculante no solo para el legislador, también para los sujetos convencionales. Pero esta es ya otra historia.

El problema real no estaría tanto en el instrumento convencional a dar preferencia, sino en el sentido de mejora o devaluación de aquel. La recentralización del sistema convencional no busca solo un fin político, sino también económico

8. Límites a la descentralización productiva: ¿prohibición o restricción por los convenios de las oportunidades de negocio de terceras empresas basadas en la reducción de costes y a favor, en cambio, del principio de igualdad retributiva? Otro aspecto de minicontrarreforma que se vislumbra inmediato o «de urgencia» (dejamos para cuando se concreten en norma las correcciones comprometidas, también en la primera fase de minicontrarreforma, relativas a la reducción de la flexibilidad interna del empleador, individual –[art. 41 ET](#): limitación del poder de novación unilateral de las condiciones de trabajo– y colectiva –[art. 82.3 ET](#): cláusulas de inaplicación, orientándolas «a descuelgue salarial vinculado a causas económicas graves») es el relativo a los límites a la (generalizada) externalización de la actividad productiva. El giro de política del derecho que ha comprometido el pacto de gobierno progresista plantea modificar el [artículo 42 del ET](#) en el sentido de: «limitar la subcontratación a servicios especializados ajenos a la actividad principal de las empresas». No cabe duda de que, de materializarse técnicamente en estos términos, supondría un cambio profundo en nuestro sistema normativo y en la vigente, y, cierto, abusiva, experiencia de triangulación de relaciones laborales en interminables cadenas, redes o marañas de contratación y subcontratación, optando por un modelo prohibitivo.

Si algo es constante en la jurisprudencia es la inclusión de la opción empresarial por un modelo integrado o descentralizado de organización y gestión de la actividad dentro de la libertad de empresa ex [artículo 38 de la CE](#). Ciertamente, no faltan experiencias normativas que, reservando a la ley únicamente la potestad de limitar tal facultad empresarial constitucionalizada, también introducen restricciones significativas, como la [Ley 32/2006](#), sobre subcontratación en el sector de la construcción, justificadas por la presencia de un interés general y social superior: la seguridad en el trabajo. Como tampoco faltan experiencias convencionales, más limitadas en su alcance, aunque quizás puedan tener efectos más contundentes,

si generalizadas, en las que se introducen restricciones a tales libertades empresariales, que buscan favorecer formas de gestión internalizadas en detrimento de las externalizadas. Pese a sus dudas de legalidad, así como de sus efectos lesivos en los intereses de las empresas que compiten en virtud de las crecientes oportunidades de negocio debidas a la externalización –por sus menores costes, aun con su menor calidad también de empleo–, los tribunales de orden social parecen proclives a aceptarlas.

Sería el caso, por ejemplo, de la mediática [STSJ de Cataluña 11/2019, de 18 de julio](#). En ella se da legitimidad al artículo 60 del Convenio colectivo interprovincial del sector de la industria de hostelería y turismo de Cataluña, en cuya virtud se obliga a las empresas contratistas de ciertos servicios a aplicar a sus trabajadores el salario y la jornada previstos en el citado convenio. A su entender, el artículo 60

Esta técnica de evitación del ejercicio antisocial de una libertad de mercado reconocida al empleador se fundamentaría en el principio de trato igual para trabajos de igual valor

respondería a una técnica de control convencional preventivo del riesgo de abuso que, en la práctica, se habría acreditado que deriva de la libertad de externalizar parte de la actividad de empresa, en línea con lo previsto legalmente para las empresas de trabajo temporal (ETT). Esta técnica de evitación del ejercicio antisocial de una libertad de mercado reconocida al empleador se fundamentaría en el principio de trato igual para trabajos de igual valor, derivado tanto del artículo 23.3 de la [Declaración de Derechos Humanos](#), como del [artículo 14 de la CE](#) (el trabajo en la misma actividad y haciendo lo mismo exige un salario igual). En suma, la norma convencional de garantía de equiparación retributiva no actuaría como una regla inclusiva de empresas de otro sector (limpieza) en el propio, sino que regula de forma uniforme la prestación de servicios realizada dentro de su estricto ámbito, aun por terceras empresas contratadas por las incluidas en su ámbito funcional. Aunque no es el momento tampoco de profundizar en tan interesante doctrina, que sin duda abre importantes frentes a la crítica jurídica y presenta más de una debilidad argumental, aquí bastará con poner de relieve que también esta doctrina puede sostenerse sobre fundamentos comunitarios ([STJUE de 17 de noviembre de 2016, asunto C-216/15](#)), en especial si tal abuso de la subcontratación se hace a través de empresas multiservicios, auténtica competencia desleal de las ETT.

Precisamente, también la [STSJ de Galicia de 26 de diciembre de 2019 \(rec. 30/2019\)](#), esta sí con especial invocación de una doctrina comunitaria que deja un amplio margen a los Estados para introducir restricciones en el recurso a las ETT ([STJUE de 17 de marzo de 2015, asunto C-533/13](#)), ha validado prácticas convencionales que limitan –incluso con prohibiciones– el mercado propio de las ETT. En este supuesto, se avala que el artículo 35 del Convenio colectivo del sector provincial de limpieza de A Coruña prohíba a las empresas bajo su ámbito funcional contratar de forma eventual mediante ETT (uno de los principales sectores de contratación temporal, como es sabido, junto con el de obra o servicio determinado). Para la sala gallega de suplicación social, la entidad patronal demandante (Asempleo) ni habría acreditado legitimación para impugnarlo por ilegalidad ni tampoco

habría acreditado el carácter lesivo del convenio para sus intereses económicos, pese a reconocer que la cláusula convencional restringe notablemente las oportunidades ofrecidas a las empresas que representa –ETT– para actuar en ese mercado. La doctrina comunitaria, pues, no obligaría a cambiar de doctrina precedente, aunque también asume plenamente que hay posiciones de doctrina científica contrarias a tal inamovilidad.

En todo caso, recuerda que el problema ha sido más de prueba que de fundamento. Si las normas deben interpretarse conforme a la realidad social del tiempo ([art. 3.1 Código Civil](#)), reprocha a la parte demandante que, mientras los sindicatos han podido esgrimir un informe, que han sacado de internet, relativo a una prevalencia de siniestralidad laboral en el seno de este tipo de empresas, Asembleo no habría acreditado que se produce un daño real con la cláusula del convenio prohibitiva de su negocio respecto del contrato eventual. No obstante, parece darle una nueva opción de futuro:

[...] en relación con la legalidad de la restricción a la contratación [...], la asociación actora podría haber aportado informes sobre contrataciones realizadas en el sector de limpieza de la provincia [...] mediante la [...] contratación temporal restringida [...] a los efectos de que la sala pudiera valorar la realidad de ese daño y [...] la gravedad del mismo [...]. No basta al efecto la mera alegación [...] de que el contrato eventual [...] es el más utilizado en las contrataciones temporales de este sector, máxime si tenemos en cuenta que los sindicatos codemandados han objetado tal afirmación por falta de acreditación (FJ 5.º, *in fine*).

Aviso a navegantes, pues. Una prohibición radical de la subcontratación de la actividad principal, aun proviniendo de la ley, abre un margen significativo de incertidumbre en torno a su constitucionalidad, incluso en relación con su conformidad al derecho de la Unión. Además, no parece mejorar la seguridad interpretativa, pues cambiaría un concepto indeterminado, «la propia actividad», por otro que no dejará de suscitar significativos problemas interpretativos, aun superados los de validez (si bien estos podrían empantanar años la cuestión): actividades «especializadas ajenas» a la actividad principal. ¿Cuáles son, cuánto de ajenas?

Una vez más, ¿no conviene armar técnicamente la garantía desde la virtud clásica de la norma laboral y los imperativos de las normas superiores, al margen de la voluntad política de cada tiempo? En concreto, ¿no sería bastante más adecuado, por equilibrado y eficaz, fijar por ley en vez de reglas prohibitivas reglas análogas a las vigentes para las ETT, además de reforzar la negociación colectiva, para que sean las partes las que, sobre bases legales renovadas (el principio de igualdad retributiva a trabajos de igual valor en el mismo lugar), autogobiernen las relaciones de trabajo conforme al mayor y mejor «justo equilibrio»? La experiencia debe servir de algo.

Una prohibición radical de la subcontratación de la actividad principal, aun proviniendo de la ley, abre un margen significativo de incertidumbre en torno a su constitucionalidad, incluso en relación con su conformidad al derecho de la Unión

Como ilustra la dialéctica entre las ETT y las empresas multiservicios, cuando la ley y la negociación colectiva ordenaron más racionalmente (más garantías) el mercado de empleo temporal de aquellas, las empresas buscaron otras opciones organizativas, creando situaciones aún peores de precariedad que las criticadas bajo el predominio

de las ETT. No suelen ser las reglas de prohibición las más eficaces, sino las que regulan con mayor precisión los complejos conflictos en juego, articulando entre la ley y el convenio un marco más favorable para hacer ese balance de «justo equilibrio».

No suelen ser las reglas de prohibición las más eficaces, sino las que regulan con mayor precisión los complejos conflictos en juego para hacer ese balance de «justo equilibrio»

9. ¿Frente al (iluso) optimismo de la voluntad (política), el (eficaz) realismo de la razón jurídico-laboral ambivalente y de «justo equilibrio»? ¿El Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI es solo importante, y por eso cabe retrasarlo, o es realmente más urgente que una minicontrarreforma laboral? Es hora de terminar esta aproximación al tiempo previo de la anunciada minicontrarreforma laboral. La nueva intervención legislativa (quizás gubernamental, con el omnipresente real decreto-ley, norma autoritaria por hurtar el debate parlamentario que no se excusa por la finalidad «progresista»), con giro copernicano inmediatamente rebajado por el realismo, propicia científicamente (al margen de lo inapropiado que pudiera parecer en el plano de lo políticamente correcto) recordar e ilustrar un dato de cultura jurídico-laboral a menudo olvidado, en una dirección u otra: la norma laboral tiene en su código genético no solo servir al equilibrio entre razones de las personas y razones de mercado, sino también dinamizar la fuente colectiva de gobierno y regulación de las relaciones de trabajo. Si en precedentes editoriales he querido evidenciar la necesidad de revalorizar el lado humano de las relaciones de trabajo, relegado tras las reformas de 2012 y en cierta jurisprudencia (como creo que sucede en la reciente [STS 840/2019, de 5 de diciembre](#), con voto particular muy sólido, en la que se justifican dilaciones extremas de contratos de interinidad sobre la base que le prestarían vaporosas razones presupuestarias –alma económica– que pierden de vista la necesidad de corregir tales abusos), en este me ha parecido más oportuno recordar, cuando la «voluntad política» parece proponer cambios irreflexivos, que «el lado económico» de la norma laboral es también una razón imperiosa que le es propia. Justamente, su principal función constitucional es equilibrarlos: justicia social en una economía de mercado productiva.

Cómo citar: Molina Navarrete, C. (2020). Baños (concesiones) de realismo jurídico-laboral en la antesala de una minicontrarreforma: dos almas (en duelo), una (sola) virtud (justo equilibrio). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 443, 5-22.



La formación profesional dual en España como mecanismo de creación de empleo para los jóvenes

Jordi García Viña

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Barcelona*

Este trabajo ha sido finalista del **Premio Estudios Financieros 2019** en la modalidad de Trabajo y Seguridad Social.

El jurado ha estado compuesto por: don Antonio Bernal Pérez-Herrera, don Gonzalo Giménez Coloma, don Agustín González Hermosilla, don Miguel Ángel Luelmo Millán, doña Margarita Miñarro Yanini y doña Ana de la Puebla Pinilla.

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

Extracto

El desempleo juvenil en el mundo es uno de los principales problemas. En Europa, y especialmente en España, las tasas son muy altas y existe, desde hace mucho tiempo, una situación de total desajuste entre el sistema educativo y el mercado de trabajo. Para poder solventar esta cuestión, es necesario apostar, según el cuarto objetivo de desarrollo sostenible, por el aprendizaje permanente, que en nuestro país tiene como principal herramienta la formación profesional dual.

El análisis de la formación profesional dual, su evolución y situación actual, la comparación con otros sistemas europeos, el contrato para la formación y aprendizaje como mecanismo de inserción en el mercado de trabajo, los aspectos formativos y las cuestiones relativas a la Seguridad Social forman parte de este análisis que concluye con unas propuestas.

Palabras clave: formación profesional dual; empleo; jóvenes.

Fecha de entrada: 03-05-2019 / Fecha de aceptación: 15-07-2019

Cómo citar: García Viña, J. (2020). La formación profesional dual en España como mecanismo de creación de empleo para los jóvenes. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 443, 23-63.



Dual vocation training as a job creation mechanism for young people in Spain

Jordi García Viña

Abstract

Youth unemployment is one of the main problems in the world. In Europe, and especially in Spain, the rates are very high and there has been, for a long time, a situation of total mismatch between the education system and the labor market. In order to solve this issue, it is necessary to bet, according to the fourth goal of sustainable development, for lifelong learning, which the dual vocational training is the main tool in our country.

This analysis includes the dual vocational training, its evolution and current situation, the comparison with other European systems, the apprenticeship or vocational training contract as a mechanism for insertion into the labor market, the training aspects and some issues related to Social Security. Furthermore, some proposals are included.

Keywords: dual vocation training; employment; young people.

Citation: García Viña, J. (2020). Dual vocation training as a job creation mechanism for young people in Spain. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 443, 23-63.





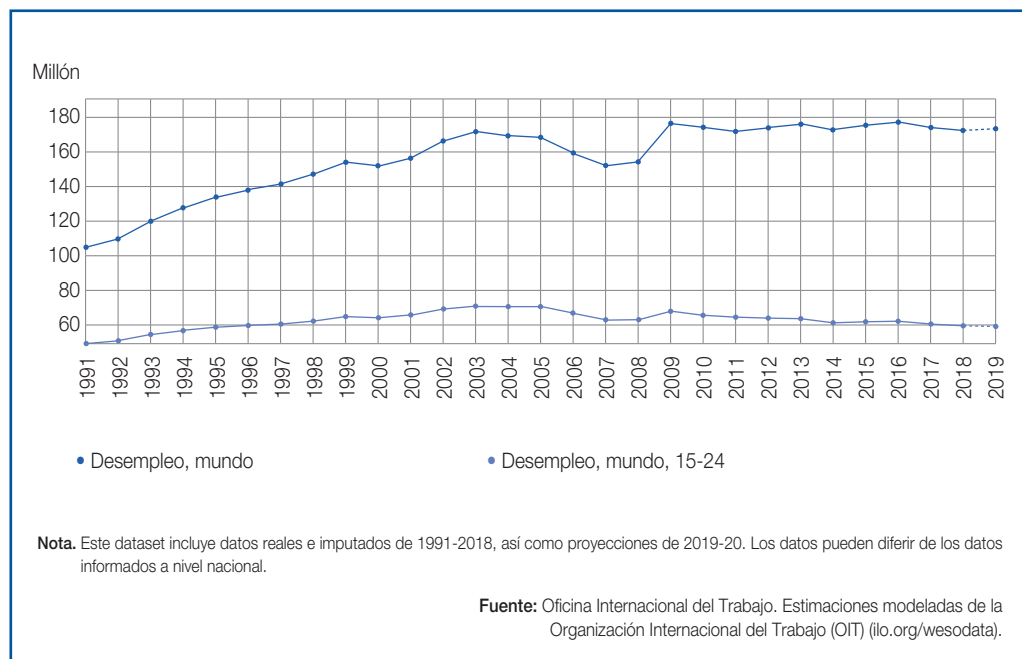
Sumario

1. Uno de los principales problemas mundiales: el desempleo juvenil
 2. El desempleo juvenil en Europa y los datos de España
 3. ¿Cuáles son las causas de estos altos índices de desempleo juvenil?
 4. De la formación profesional a la formación profesional dual
 5. La estructura actual de la formación profesional en España
 6. El modelo actual de formación profesional dual en España
 7. El contrato para la formación y aprendizaje como elemento de laboralización
 8. Los aspectos formativos en este contrato
 9. La formación profesional dual en el sistema educativo
 10. Régimen de Seguridad Social de estas personas
 11. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

1. Uno de los principales problemas mundiales: el desempleo juvenil

El desempleo de los jóvenes es un gran problema en muchos países del mundo y continúa en crecimiento, como se puede observar, si se analizan medias mundiales respecto al volumen total de desempleo y se tiene en cuenta el envejecimiento de la población trabajadora, especialmente en momentos en los que se aprecian claras ralentizaciones de la economía (Fondo Monetario Internacional –FMI–, 2019).

Gráfico 1. Desempleo total y desempleo juvenil



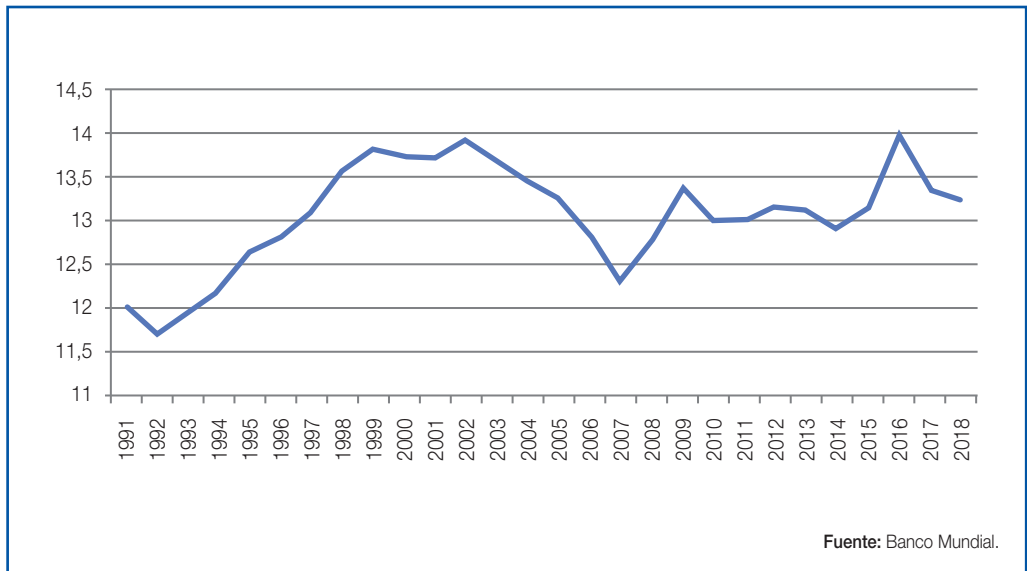
Por esta razón, el objetivo clave a nivel mundial ha de ser la reducción del desempleo juvenil por medio de la mejora del acceso a las oportunidades de trabajo.

La tasa de desempleo de los jóvenes fue del 11,8 % en 2018, viniendo del 12,9 % en 2015, después de los moderados signos de mejora registrados entre 2013 y 2015 (OIT, 2019).

Estos datos suponen que en 2018 había aproximadamente 70 millones de jóvenes desempleados en todo el mundo, medio millón más que el año anterior. Además, se calcula que alrededor de 156 millones de jóvenes ocupados, o sea, el 37,7 % de los trabajadores jóvenes, vivían en una situación de pobreza extrema (con menos de 1,9 dólares por día) o moderada (entre 1,9 y 3,1 dólares por día).

Además, si se analizan los datos históricos, aparece una tendencia en los últimos 25 años de índices de desempleo juvenil entre el 12 y el 14 % del total del colectivo, el doble que para el desempleo general.

Gráfico 2. Desempleo juvenil. Total



La cuestión fundamental es corregir la tendencia del desempleo juvenil para los próximos años, en los que se espera que mantenga niveles altos en términos globales, a pesar de continuar su tendencia a la baja, teniendo en cuenta, además, que los índices de desempleo juveniles de las mujeres siempre están 2 puntos por encima de la media.

Sin perjuicio de este descenso, se comprueban diferencias en cuanto a la evolución del desempleo juvenil si se analizan los países en los dos grupos típicos de estudio: países emergentes y en desarrollo.

La tasa de desempleo de los jóvenes en los países emergentes ha pasado de un nivel de 13,3 % en 2015 hasta alcanzar el 13,6 % en 2016 y el 13,7 % en 2017, lo que supone un aumento de 600.000 jóvenes desempleados en comparación con 2015.

En cambio, en los países en desarrollo, los datos van desde el 9,4 % en 2015, con un ascenso al 9,5 % en 2016 y un retroceso hasta el 9,4 % en 2017. Sin embargo, dada la creciente cohorte de jóvenes que ingresan al mercado de trabajo anualmente, el número de jóvenes desempleados ha aumentado en medio millón entre los años 2015 y 2017.

Ahora bien, el hecho de que las tasas de desempleo juvenil en los países emergentes y en desarrollo sean más bajas que las tasas correspondientes en los países desarrollados no supone que las condiciones del mercado de trabajo sean más favorables en estas regiones. El significado es radicalmente diferente, ya que los jóvenes de estos países deben trabajar con mayor frecuencia en trabajos de peor calidad y con menor remuneración, para poder conseguir las necesidades básicas de la vida para ellos y para sus familias (OIT, 2015).

Por tanto, el desafío fundamental en estos países es mejorar el trabajo disponible para la mayoría de los jóvenes que ya están trabajando, pero están subempleados o en trabajos informales. Así, las estimaciones disponibles apuntan que en los próximos años más del 40 % de la población activa mundial va a estar desempleada o vivir en situaciones de pobreza a pesar de tener empleo.

Además, también hay que tener en cuenta que los periodos de desempleo de los trabajadores jóvenes son cada vez más largos, sobre todo en los países desarrollados. Por ejemplo, en los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), más de dos de cada diez jóvenes en situación de desempleo en 2017 lo estaban desde hacía por lo menos 1 año, siendo en los países de la Unión Europea (UE-28), casi un tercio de los jóvenes (Eurofound, 2017).

Esta realidad tiene efectos adversos a largo plazo, especialmente en la disminución de la empleabilidad y el deterioro de las competencias que dificultan la posibilidad de obtener la experiencia pertinente en el mercado de trabajo y generan cada vez más desaliento, sobre todo entre los jóvenes que buscan su primer empleo, además de en la capacidad de obtener ingresos en un futuro, como en la productividad y el crecimiento económico agregados.

2. El desempleo juvenil en Europa y los datos de España

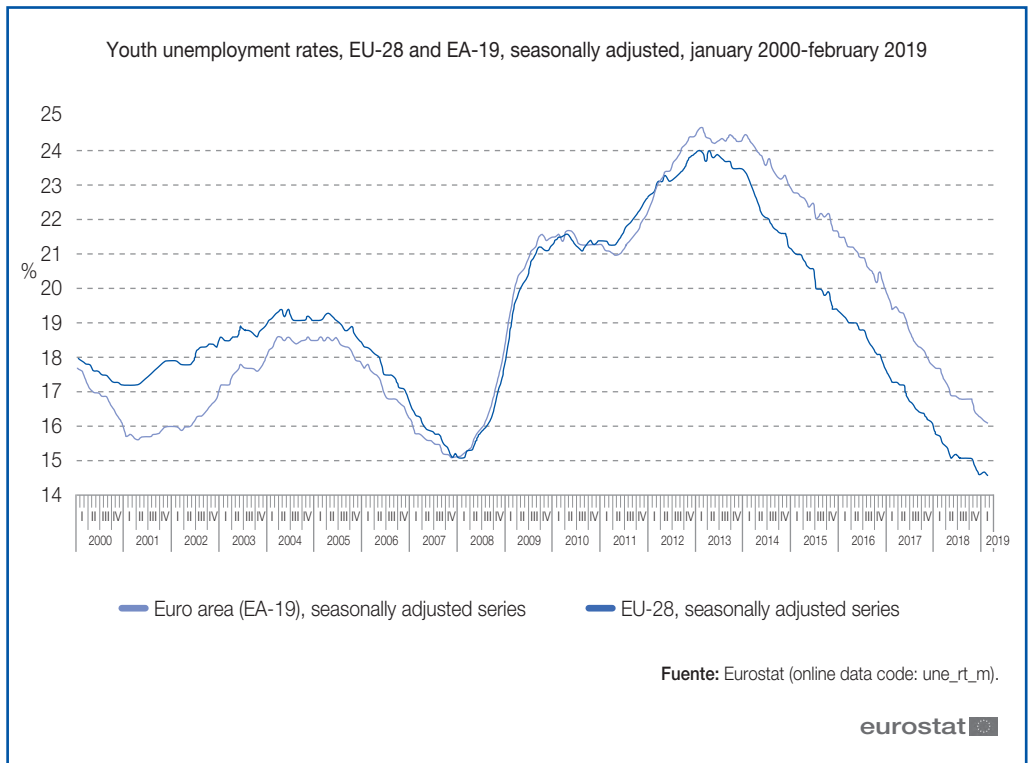
La misma problemática se observa en los jóvenes europeos. Según datos de la OCDE correspondientes a febrero de 2019, 3,3 millones de jóvenes (menores de 25 años) estaban desempleados en la UE-28, de los cuales 2,3 millones se encontraban en la zona euro, siendo la tasa de desempleo juvenil del 14,6 % en comparación con el 15,7 % en febrero de 2018¹ y habiendo disminuido en 222.000 personas. Todo ello, teniendo en cuenta que

¹ <<https://data.oecd.org/unemp/youth-unemployment-rate.htm>>.

estos datos habían tenido un máximo en 2013 del 24 %. En cuanto a los jóvenes sin ocupación y que no cursan estudios (ninis), han pasado del 13,2 % en 2012 al 10,2 % en el cuarto trimestre de 2018.

En cuanto a la evolución en los últimos años, la media de la UE-28 se inicia en el año 2000 con un 19,8 %, que se mantiene hasta principios de 2005 cuando empieza a descender hasta alcanzar en abril de 2008 el 15 %, porcentaje menor de la serie (2000-2017). A partir de este momento, comienza a ascender alcanzando el 20,1 % (marzo de 2009), el 22,3 % (febrero de 2010) y 24,9 % (febrero de 2012, porcentaje máximo de la serie). Desde este punto, comienza un descenso que se sitúa en el 14,6 % (febrero de 2019).

Gráfico 3. Porcentaje de desempleo juvenil



La evolución de los datos, tanto en la media de la UE, como en diferentes países, está siendo de clara reducción del desempleo juvenil. Concretamente, con datos de febrero de 2019, las tasas más bajas se encuentran en Alemania (5,6 %), República Checa (6 %) y los Países Bajos (6,4 %), mientras que las más altas se registraron en Grecia (39,5 %, diciembre de 2018), Italia (32,8 %) y España (32,4 %).

Cuadro 1. Evolución de desempleo juvenil por países

	UE-28	Alemania	Grecia	España	Francia	Italia	Países Bajos	Gran Bretaña	Estados Unidos	Japón
2013	23,7%	7,8%	58,3%	55,5%	24,9%	40%	13,2%	20,7%	15,5%	6,8%
2014	22,2%	7,7%	52,4%	53,2%	24,2%	42,7%	12,7%	16,9%	13,4%	6,3%
2015	21,9%	6,4%	46,2%	46,2%	25,9%	39,9%	11,1%	13,1%	10,4%	4,9%
2016	18,7%	7%	47,4%	44,5%	24,6%	37,8%	10,8%	13%	10,4%	5,2%
2017	16,9%	6,8%	43,6%	38,7%	22,3%	34,8%	8,8%	12,1%	9,2%	4,7%
2018	14,6%	6,2%	39,8%	34,3%	20,7%	32,2%	7,2%	11,3%	8,9%	3,4%

Fuente: Eurostat. Unemployment statistics.

Similar situación se observa con el desempleo juvenil en España, con algunos aspectos que muestran una especial preocupación por su larga tradición².

Según datos de la Encuesta de población activa, primer trimestre de 2019, las personas jóvenes (entre 16 y 24 años) son el 6,4 % del total de la población activa y, en cuanto a porcentaje de desempleados, el grupo de 16 a 19 años representa el 3,7 %, mientras que el colectivo de 20 a 24 años es del 11,5 %, siendo en ambos casos el porcentaje menor para las mujeres (en el primer grupo, 3,5 % frente al 3,9 % y, en relación con el segundo grupo, 10,6 % frente al 12,5 %). Además, la incidencia del paro de larga duración entre los jóvenes es menor que en los adultos y ha descendido en el último año en 3,6 puntos.

El porcentaje de asalariados jóvenes es del 5,7 % del total, de estos solo el 5,72 % tienen un contrato indefinido y mantienen una incidencia de la involuntariedad del tiempo parcial inferior a la que presenta el conjunto de la población.

Finalmente, en relación con la tasa de ninis, si bien el número mayor se registró en el tercer trimestre de 2009, cuando se alcanzaron los 1,9 millones, en el último periodo, su número descendió un 6,1 % hasta los 1,03 millones. Además, hay que tener en cuenta que, si antes de la crisis económica se registraban más mujeres ninis que hombres, durante la crisis se invirtió, y desde entonces vuelven a ser las mujeres las más numerosas.

² <<http://www.sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/comunicacion-institucional/publicaciones/publicaciones-oficiales/listado-pub-mercado-trabajo/informe-mercadotrabajo-estatal-jovenes.html>>.

3. ¿Cuáles son las causas de estos altos índices de desempleo juvenil?

Las causas de la situación de desempleo juvenil en España han de buscarse tanto en las deficiencias del sistema educativo como del mercado de trabajo, así como en la relación entre ambos. El desajuste entre las oportunidades laborales y las competencias de mano de obra juvenil ha dificultado su incorporación al mercado de trabajo, agravada por el alto porcentaje de abandono escolar temprano y de jóvenes españoles sin empleo que no cursan educación ni formación alguna.

Las cifras de abandono de la educación o la formación en España duplican las de la media de la UE, problema que existe desde hace tiempo, pese a su tendencia a la baja en los últimos años (se ha pasado del 32 % en 2008 al 19 % en la actualidad, pero aún sigue siendo muy superior a la media de la UE, que escasamente supera el 10 %). Además, España presenta un estancamiento en relación con la generación de capital humano básico en comparación con la inmensa mayoría de países de la UE, ya que el 35 % de jóvenes entre 25 y 34 años no alcanza el nivel de educación secundaria superior, que es el nivel de formación con interés creciente para el mercado de empleo.

De la misma manera, puede observarse una elevada polarización de la educación en España asociada a la reducida apuesta de los jóvenes españoles por la formación técnica y vocacional que se adquiere a través de la formación profesional. Esta realidad se traduce en el mercado laboral en una falta de oferta de perfiles técnicos de menor cualificación, que a su vez provoca que sean las personas con estudios universitarios las que acepten esos puestos de trabajo para los que están sobrecualificados, lo que produce niveles de frustración laboral a medio plazo.

La inadecuación de las cualificaciones en España, según datos de la OCDE, sigue siendo alta y hay considerables desequilibrios en lo relativo a las capacidades. En 2015, el 41,2 % de la población se encuentra trabajando en puestos inadecuados desde el punto de vista de las cualificaciones adquiridas, mientras que en la UE esta proporción es del 33,5 %. La inadecuación es superior porque el diferencial con Europa es mayor en el caso de la sobrecualificación, mientras que la proporción de trabajadores infracualificados es similar. Además, en España, un 33,7 % ocupaban puestos de trabajo inadecuados, proporción que es similar a la de los trabajadores europeos³.

Para intentar resolver este tema, la propia OCDE sugiere una serie de políticas para evitar la inadecuación de las capacidades, que aborden la inversión y el desarrollo de las capacidades, entre las que destacan el aprendizaje en el propio trabajo, así como la implicación

³ <<https://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=MISMATCH>>.

de las empresas en la formación profesional dual (OECD, 2017). En el ámbito de la UE, este problema trata de ser resuelto por medio del Programa de garantía juvenil.

Ante esta realidad, la formación es la mejor alternativa para hacer frente a este grave problema del desempleo juvenil⁴. Si se analizan los modelos más efectivos para incrementar la empleabilidad de los jóvenes y reducir sus tasas de paro, destacan los modelos compuestos escuela-empresa, frente a los centrados preferentemente en la escuela. De esta manera, la formación en el lugar de trabajo afecta al acompañamiento y a la transmisión de conocimiento, teniendo esta alternancia un carácter integrador (OECD, 2015).

Resulta fundamental facilitar la transición de la educación al empleo garantizando alternativas para evitar el abandono escolar temprano, promover la excelencia educativa en la formación profesional, potenciar la formación profesional dual (OECD, 2018a), establecer un programa nacional de información y orientación profesional integral, intensificar los vínculos entre educación y empresa especialmente en el ámbito de la formación profesional⁵, incrementar la reputación social de este tipo de estudios⁶, así como apostar por el aprendizaje permanente (objetivo número 4. Educación de calidad. Objetivos de desarrollo sostenible. Agenda 2030⁷).

4. De la formación profesional a la formación profesional dual

Determinar el origen de la formación profesional es muy difícil, pero existe una idea común de situar estos inicios a raíz de la Revolución Industrial en el siglo XIX, como origen de los actuales sistemas (Greinert, 2004, p. 20). En aquellos momentos se pueden identificar tres modelos diferentes: el mercado liberal del modelo inglés (la organización la determinaba el mercado, el coste lo asumía quien recibía la formación y no existían mecanismos de supervisión), el modelo francés de regulación por el Estado (la organización la determinaba el Estado, que a su vez supervisaba y recaudaba fondos con los que pagaba dicha formación) y el modelo corporativo y dual alemán (la organización la determinaban las cámaras de comercio realizándose una formación alterna y por medio de una financiación esencialmente asumida por las empresas). En general, se trataba de dar solución a las necesidades

⁴ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Refuerzo de la identidad europea a través de la educación y la cultura. Contribución de la Comisión Europea a la reunión de dirigentes en Gotemburgo el 17 de noviembre de 2017.

⁵ Este es uno de los objetivos del Marco estratégico Educación y Formación 2020.

⁶ Fundae. (2018). *Cedefop opinion survey on vocational education and training in Europe: Spain*. Cedefop ReferNet thematic perspectives series.

⁷ <<https://www.agenda2030.gob.es/es/objetivos/objetivo-4-educacion-de-calidad>>.

del nuevo sistema industrial con la aparición de las máquinas en un contexto donde los trabajadores tenían un nivel de educación general y de profesionalización muy elemental.

En España, este proceso de implantación de la formación profesional fue mucho más lento, ya que los principales focos de industrialización aparecieron mucho más tarde (ya en el siglo XX, como, por ejemplo, la Escuela del Trabajo de Barcelona, fundada en 1913⁸) y de una manera muy autosuficiente, con carácter privado y benévolo, ya que los avatares políticos y sociales de aquella época no permitieron ningún tipo de estructura formal (De Madariaga, 1933, pp. 18-20 y 30-32; Gómez, 1992; Novo, 1933, p. 23).

Las primeras regulaciones surgen con el Estatuto de la Enseñanza Industrial (1924), que tenía por objeto «la formación del personal obrero, de los jefes de taller y de fábrica y de técnicos, directores e ingenieros para la industria fabril y manufacturera y para toda clase de instalaciones mecánicas, químicas y eléctricas», así como el Estatuto de Formación Profesional (1928) (Rico, 2013).

Sin embargo, y sin perjuicio de la promulgación de la Ley de 16 de julio de 1949, de bases de Enseñanza Media y Profesional (Lorenzo, 1998), no será hasta la Ley de 20 de julio de 1955, sobre «Formación Profesional Industrial», que pretendía «la adecuada preparación del trabajador cualificado en las diversas actividades laborales de la industria», cuando aparezca el primer diseño completo (Martínez, 2015, pp. 107-111).

Posteriormente, por medio del Plan de desarrollo económico y social, aprobado por la Ley 194/1963, de 28 de diciembre⁹, se procedió a una modernización del sistema, estructurada en una formación larga, práctica, que combinaba materias técnicas con temas generales de desarrollo personal y que fue valorada muy positivamente tanto por las empresas como por los propios trabajadores.

En aplicación de los diferentes planes de desarrollo, se propuso una reforma educativa, que también afectó a la formación profesional, por medio de la Ley general de educación de 1970, incorporando los planteamientos del Libro Blanco de 1969 (Riaz, 1969, pp. 268 y ss.; Vega, 1997), y, especialmente, el Decreto 995/1974, de 14 de marzo, sobre ordenación de la formación profesional (Grande, 1997; Merino, 2005). Este sistema tenía como objetivo preparar a los jóvenes que salían de diferentes niveles del sistema educativo para incorporarse al mercado de trabajo con una formación especializada y adaptada a las necesidades de las empresas. Sin embargo, el resultado, por diversos motivos, fue negativo y tuvo como principal efecto el desprestigio de este sistema (Homs, 2008, p. 23).

⁸ <<http://www.escoladeltreball.org/es/escola/aspectes-historics>>. Vid. Alberdi y Giralt (1980), Lozano (2007, pp. 133-134) y Novo (1933, p. 23). Sobre la evolución en un periodo más dilatado, *vid.* Fernández y González (1975).

⁹ <<http://www.educacionyfp.gob.es/revista-de-educacion/dam/jcr:d61b34a4-3a24-4615-8877-1bbacae07e12/1963re158ensenanza-pdf.pdf>>.

La Ley orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de ordenación general del sistema educativo (LOGSE), supuso una profunda reforma estableciendo pasarelas entre la educación general y el mercado de trabajo (Prats y Raventós, 2005), integrando la formación profesional en los institutos de educación secundaria o introduciendo las prácticas en empresas como contenido obligatorio para todos los ciclos formativos.

Posteriormente, la Ley orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación (LOE), introdujo escasas modificaciones en relación con los ciclos formativos, así como en su acceso, sin titulación de referencia; si bien estableció que el currículo de las enseñanzas de formación profesional incluyera una fase de formación práctica en los centros de trabajo.

Finalmente, la Ley orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa (LOMCE), ha incorporado la formación profesional básica como un nivel que sustituye a los programas de cualificación profesional inicial regulados en la LOE, pero con una titulación propia, y permite el acceso a los ciclos formativos de grado medio (Sarceda, Santos y Sanjuán, 2017).

5. La estructura actual de la formación profesional en España

El sistema de formación profesional está regulado en la Ley orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las cualificaciones y de la formación profesional, que define el Sistema nacional de cualificaciones y formación profesional como el:

[...] conjunto de instrumentos y acciones necesarios para promover y desarrollar la integración de las ofertas de la formación profesional, a través del Catálogo nacional de cualificaciones profesionales, así como la evaluación y acreditación de las correspondientes competencias profesionales, de forma que se favorezca el desarrollo profesional y social de las personas y se cubran las necesidades del sistema productivo, [...] [cuyo principal objetivo es] promover y desarrollar la integración de las ofertas de la formación profesional, a través de un Catálogo nacional de cualificaciones profesionales, así como la evaluación y acreditación de las correspondientes competencias profesionales.

Los 150 ciclos formativos actuales están organizados en 26 familias profesionales desarrolladas por el Catálogo nacional de cualificaciones profesionales, regulado por el Real Decreto 1128/2003, de 5 de septiembre, siendo el Instituto Nacional de las Cualificaciones (INCUAL) responsable de definir, elaborar y mantener actualizado este catálogo, así como el Catálogo modular de formación profesional¹⁰.

¹⁰ Sobre los sistemas de formación profesional en los distintos países de la UE, *vid.* <<http://mavoieproeurope.onisep.fr/la-voie-pro-en-europe/>>.

A pesar de esta aparente extensión, en la actualidad es precisa una actualización de las cualificaciones profesionales adecuándolas a las necesidades de las empresas, ya que existen sectores y subsectores económicos que no encuentran entre las opciones actuales unos contenidos que sean asimilables a la formación requerida para trabajar, ni la presente ni la que se precisará en un futuro inmediato, que necesariamente ha de responder a la digitalización y automatización de procesos¹¹.

Precisamente, con la finalidad de evitar estas disfunciones, son diversos los países de la UE que realizan informes anuales sobre estas necesidades (Alemania, Dinamarca o Suiza) e incluso en algunos (Noruega, Países Bajos o Austria) tienen organismos específicos.

Este sistema ha sido desarrollado por medio de dos normas que regulan los dos subsectores:

- Real Decreto 1147/2011, de 29 de julio, por el que se establece la ordenación general de la formación profesional del sistema educativo.
- Real Decreto 694/2017, de 3 de julio, por el que se desarrolla la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral.

En concreto, el subsistema de formación profesional del sistema educativo se compone de tres tipos de ciclos formativos de formación profesional (Echeverría y Martínez, 2019):

- Básicos: dan lugar a la obtención del título de profesional básico correspondiente y son enseñanzas de oferta obligatoria y gratuita.
- Grado medio: dan lugar a la obtención de una titulación de técnico de la profesión correspondiente y están integrados en la educación secundaria posobligatoria.
- Grado superior: dan lugar a la obtención de una titulación de técnico superior y están encuadrados dentro de la educación superior no universitaria.

Los contenidos curriculares de estos ciclos formativos están estructurados en dos tipos de módulos:

- Módulos profesionales teórico-prácticos: desarrollan una serie de competencias profesionales que han sido definidas en relación con determinados puestos de trabajo.

¹¹ Decisión (UE) 2018/646 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de abril de 2018, relativa a un marco común para prestar mejores servicios en materia de capacidades y cualificaciones (Europass) y por la que se deroga la Decisión 2241/2004/CE (texto pertinente a efectos del EEE).

- Módulos formativos prácticos: se suelen realizar mediante prácticas en una empresa.

Esto significa que todos los currículos de los ciclos formativos incluyen un módulo profesional de formación en centros de trabajo (FCT), cuya superación es requisito imprescindible para obtener el título, aunque puede solicitarse su exención si el alumnado acredita una experiencia laboral mínima de 1 año relacionada con el ciclo formativo en el que esté matriculado.

Este módulo tiene carácter formativo, por lo que no supone una relación laboral, es necesaria la firma de un acuerdo de colaboración entre el centro educativo y la entidad colaboradora, debe cursarse una vez alcanzada la evaluación positiva en todos los módulos profesionales realizados en el centro educativo y supone un 25 % del tiempo de enseñanza de dicho ciclo.

La duración del módulo depende de cada ciclo, siendo de 240 horas en el caso de formación profesional básica y de 400 horas, como regla general, tanto en grado medio como en grado superior, en cuyo caso se desarrollan en el primer semestre del año del segundo curso escolar, generalmente entre marzo y junio. La jornada diaria en el centro de trabajo debe ser igual o cercana al horario laboral de la empresa y debe realizarse atendiendo al calendario laboral vigente en la misma.

Las condiciones económicas dependen de cada comunidad autónoma¹², siendo cubierto por un seguro de responsabilidad civil y accidentes suscrito por cada Administración educativa a tal efecto, aunque lo más común es una ayuda económica del transporte para el alumno.

La evaluación de este módulo tiene por objeto determinar que el alumno ha adquirido la competencia general del título, a partir de la superación de los resultados de aprendizaje del módulo y la realiza el profesor que ha llevado a cabo el seguimiento con la colaboración del tutor designado por la empresa.

En todo caso, este módulo se puede realizar en cualquier país de la UE por medio de convenios regulados por las Administraciones autonómicas y sus centros educativos y dentro del marco del Servicio Español para la Internalización de la Educación (SEPIE) a través del programa Erasmus+¹³, que está dentro de la Movilidad de las personas por motivos de aprendizaje (KA1)¹⁴.

¹² <<http://todofp.es/sobre-fp/empleadores/formacion-centros-trabajo/webs-fct-ccaa.html>>.

¹³ <<http://sepie.es/formacion-profesional/index.html>>.

¹⁴ <<http://todofp.es/orientacion-profesional/itinerarios-formativos-profesionales/movilidad/programas/oportunidades-estudiantes-becarios-aprendices.html>>.

De hecho, según la Recomendación del Consejo de 15 de marzo de 2018, relativa al Marco europeo para una formación de aprendices de calidad y eficaz (2018/C153/01), una parte sustancial de la formación de aprendiz, es decir, al menos la mitad de ella, debería realizarse en el lugar de trabajo con, si fuera posible, la oportunidad de adquirir parte de esa experiencia profesional en el extranjero.

6. El modelo actual de formación profesional dual en España

La primera regulación de la formación profesional dual en España, intentando establecer un sistema similar a los existentes en diversos países de la UE, aparece en el Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre, en el que se define este concepto como el conjunto de las acciones e iniciativas formativas, mixtas de empleo y formación, que tienen por objeto la cualificación profesional de los trabajadores en un régimen de alternancia de actividad laboral en una empresa con la actividad formativa recibida en el marco del sistema de formación profesional para el empleo o del sistema educativo (Sotomayor, 2017).

En este concepto se incluyen tanto la actividad formativa inherente a los contratos para la formación y el aprendizaje, como los proyectos desarrollados en el ámbito del sistema educativo, de manera que se garantiza a los jóvenes trabajadores una cualificación y/o competencia profesional que es objeto de acreditación oficial mediante un título de formación profesional (Ministerio de Educación y Formación Profesional) o un certificado de profesionalidad o acreditación parcial acumulable (Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social).

Este sistema es una clara apuesta por solucionar, a corto y medio plazo, dos graves problemas de la sociedad en España: la elevada tasa de desempleo juvenil y el abandono escolar temprano¹⁵. Para conseguir estos objetivos, la formación profesional dual tiene que ser atractiva para todos los agentes implicados y regularse de manera clara y flexible, teniendo en cuenta que la gran parte del tejido productivo en nuestro país está formado por pymes¹⁶.

Esta formación se puede impartir en alguna de las siguientes modalidades¹⁷:

- Formación exclusiva en centro formativo. Compatibiliza y alterna la formación que se adquiere en el centro de formación y la actividad laboral que se lleva a cabo en la empresa.

¹⁵ Sobre las ventajas de cursar este tipo de formación, *vid.* Bentolila, Cabrales y Jansen (s. f.).

¹⁶ Con la finalidad de resolver estos problemas, *vid.* <<https://www.camara.es/formacion-y-empleo/programa-de-formacion-profesional-dual-en-la-empresa>>.

¹⁷ <<https://fundacion.atresmedia.com/documents/2018/11/15/43EAB5B8-F281-4F64-A7BB-ADEC9BB77809/claves-fp-dual-centros.pdf>>.

- Formación con participación de la empresa. Las empresas facilitan a los centros de formación los espacios, las instalaciones o los expertos para impartir total o parcialmente determinados módulos profesionales o módulos formativos.
- Formación en empresa autorizada o acreditada y en centro de formación. La impartición de determinados módulos profesionales o módulos formativos se realiza en la empresa, complementariamente a los que se impartan en el centro de formación.
- Formación compartida entre el centro de formación y la empresa. Coparticipan en distinta proporción en los procesos de enseñanza y aprendizaje en la empresa y en el centro de formación. La empresa debe disponer de autorización de la Administración educativa y/o de la acreditación de la Administración laboral correspondiente para impartir este tipo de formación, y estar adscrita al centro con el que comparta la formación.
- Formación exclusiva en la empresa. La formación se imparte en su totalidad en la empresa.

En Europa, la formación profesional dual cuenta con una larga e intensa tradición e implantación en países como Alemania¹⁸, Austria¹⁹, Dinamarca²⁰, Países Bajos²¹ y Suiza²², donde entre el 40 % y el 70 % de los jóvenes optan por esta vía de transición al mercado laboral²³.

En el siguiente cuadro se muestra una comparación de los principales elementos que configuran la formación profesional dual en Alemania, Dinamarca, Holanda y Suiza²⁴.

¹⁸ <<https://www.bmbf.de/en/the-german-vocational-training-system-2129.html>>.

¹⁹ <https://www.dualvet.eu/docs/productos/1_The%20Dual%20VET%20system.pdf>.

²⁰ <<http://eng.uvm.dk/upper-secondary-education/vocational-education-and-training-in-denmark>>.

²¹ <<https://www.nuffic.nl/en/subjects/vocational-education-and-training/>>.

²² <<https://swisseducation.educa.ch/en/vocational-education-and-training-0>>.

²³ Sobre los orígenes de esta formación, que los autores sitúan en Alemania entre 1800 y 1850, *vid.* Gessler y Peters (2017).

²⁴ *Vid.* un estudio más detallado realizado por la Fundación Bertelsmann en <<https://www.alianzafpdual.es/fp-dual-en-otros-paises>>. Otro estudio realizado por Pin, Roig, Susaeta y Apascaritei (2014) en <<https://media.iese.edu/research/pdfs/ST-0362.pdf>>.



Cuadro 2. Modelos comparados de formación dual

	Alemania	Dinamarca	Holanda	Suiza
Duración	2 a 3,5 años	3 a 3,5 años	0,5 a 4 años (depende del nivel de especialización)	3 a 4 años
Tiempo de formación en la empresa	70% del ciclo formativo	Dos itinerarios: entre 50-70% de la formación o la totalidad de la formación	Dos tipos: enseñanza en la escuela: entre 29-59% de la formación, o en el centro de trabajo: mínimo 60%	75% del ciclo formativo
Instrumento de formalización	Contrato específico dual expedido y registrado por las cámaras de comercio	Contrato específico dual entre empresa y aprendiz	Contrato específico dual entre empresa y aprendiz	Contrato específico dual aprobado por las autoridades cantonales (regionales)
Salario	Entre 400-1.000 € mensuales (según profesión)	Entre 40-80% del salario mínimo danés	Definido por contrato, pactado entre la empresa y el aprendiz	Entre 1.000-1.500 € mensuales
Formación del tutor	Formación específica acreditada por las cámaras de comercio	Formación específica acreditada por los comités comerciales locales	Formación específica acreditada por los centros de expertos sectoriales de I+D públicos (KBB)	Formación específica acreditada por el Instituto Federal Universitario de Formación Profesional (IFFP)
Gobernanza	Cámaras de comercio: definen, supervisan y controlan la formación dual (contratos de aprendizaje, calidad de la enseñanza en las empresas, examen final de alumnos, expedición del título, etc.) Instituto Federal de Formación Profesional (BIBB): establece las condiciones, marcos legales y los recursos materiales y económicos. Interlocutores sociales: asesoran y negocian la retribución del aprendiz. Länder (regiones): elaboran borradores legislativos, proporcionan recursos materiales y supervisan a las cámaras	Comités comerciales locales: determinan la duración, la estructura, el contenido, etc. Consejo local: asesora y gestiona los programas formativos	Centros KBB: compuestos por empresarios, representantes de los trabajadores, en el ámbito de una rama productiva concreta. Son el nexo de unión entre la planificación educativa y el mercado de trabajo. Controlan la calidad y la mejora continua	IFFP: se ocupa de la capacitación y formación continua de los profesores, así como de impulsar la investigación y la innovación en el ámbito de la formación profesional. Agencia SERFI: es la encargada de investigar e innovar en la formación profesional. Organizaciones del mundo laboral. Cantones (regiones): en cada cantón existe una oficina de formación profesional que estimula la creación de puestos de aprendizaje y facilita el contacto entre alumno y empresa

Fuente: elaboración propia.

El establecimiento de la formación profesional dual, como modalidad educativa, en la oferta de las enseñanzas de formación profesional, depende de cada comunidad autónoma y la normativa estatal deja mucho margen de maniobra a las mismas. Esta realidad ha supuesto que en la práctica exista una gran disparidad en la implantación en los diferentes territorios²⁵, con importantes diferencias y una gran desigualdad, determinando una mayor ineficiencia del sistema. Tal es el caso, por ejemplo, del tratamiento de la estructura de las prácticas, de forma que pueden desarrollarse en alternancia con la formación teórica o concentrarse durante un periodo único, o el hecho de que se puedan realizar en una sola empresa o rotar por varias empresas, o del uso del contrato o de la beca²⁶.

En cambio, en países de clara organización federal, como Suiza o Alemania, existe un único marco regulatorio, y, en este último país, el Instituto Federal de Formación Profesional depende del Ministerio de Educación, aunque están representados de manera equitativa los diferentes niveles de la Administración, así como empresas y sindicatos.

Los datos que existen sobre la formación profesional dual en España corresponden al curso 2016-2017 y permiten constatar una evolución general favorable, pero con crecimientos desiguales entre las comunidades autónomas, que pueden ser debidos, entre otras causas, a las diferentes regulaciones y peculiaridades de los proyectos formativos o a las características de los territorios, ya que algunos son más rurales, otros más industriales y presentan distintos tipos de empresas²⁷.

En todo caso, como rasgo distintivo, las comunidades autónomas que mejores resultados han obtenido son, por un lado, aquellas que colaboran y cooperan con las empresas, realizando adaptaciones curriculares de los títulos profesionales y desarrollando los programas formativos según las necesidades empresariales, y, por otro lado, las que trabajan de forma conjunta con las consejerías competentes en educación, formación y empleo creando sinergias.

En relación con el alumnado, en 2013, España contaba con 4.292 alumnos en este sistema. Esta cifra experimentó un incremento superior al 100 % durante el año siguiente, alcanzando a 9.801 alumnos y, desde entonces, ha tenido una tendencia creciente en casi todas las comunidades autónomas, salvo en el curso 2015-2016 cuando sufre una leve caída en términos globales y más acusada en algunos territorios. Este significativo aumento supone

²⁵ <<http://todofp.es/sobre-fp/informacion-general/formacion-profesional-dual/proyectos-fp-dual-espana.html>>.

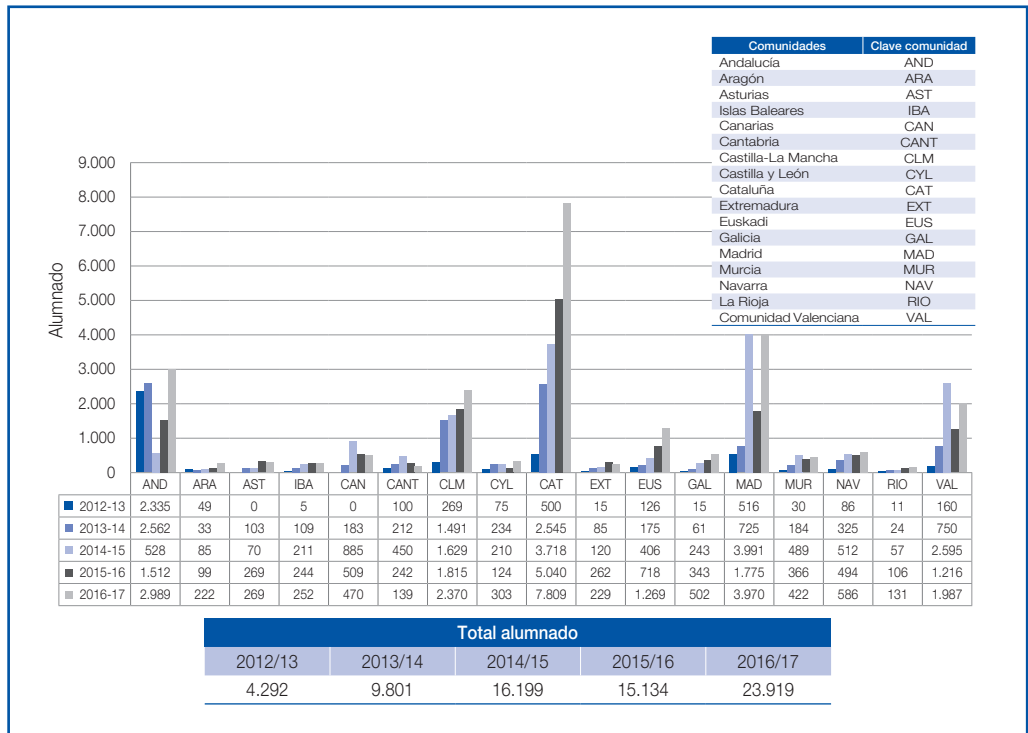
²⁶ Sobre el régimen jurídico de la beca como remuneración, *vid.*, entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo (SSTS) de 29 de mayo de 2008 (rec. 4247/2006), 22 de noviembre de 2005 (rec. 4752/2004) y 4 de abril de 2006 (rec. 856/2005).

²⁷ <<http://estadisticas.mecd.gob.es/EducaDynPx/educabase/index.htm?type=pcaxis&path=/Educacion/Alumnado/FP/2016-2017RD/Dual&file=pcaxis&l=s0>>.

que en 5 años se haya multiplicado por más de cinco el número de estudiantes en esta enseñanza dual, alcanzando en 2017 los 23.919 alumnos matriculados.

En datos correspondientes a 2017, de los 23.919 alumnos, el 61,19 % son hombres y el 38,81 % mujeres; el 70,51 % estudian en centros públicos y el 29,49 % en centros privados; y el 2,03 % cursan estudios de formación profesional básica, el 36,45 % son estudiantes de formación profesional de grado medio (63,55 % son hombres y 36,45 % son mujeres) y el 61,52 % restante son estudiantes de grado superior (59,1 % son hombres y 40,9 % son mujeres).

Gráfico 4. Evolución del alumnado en formación profesional dual por comunidades autónomas



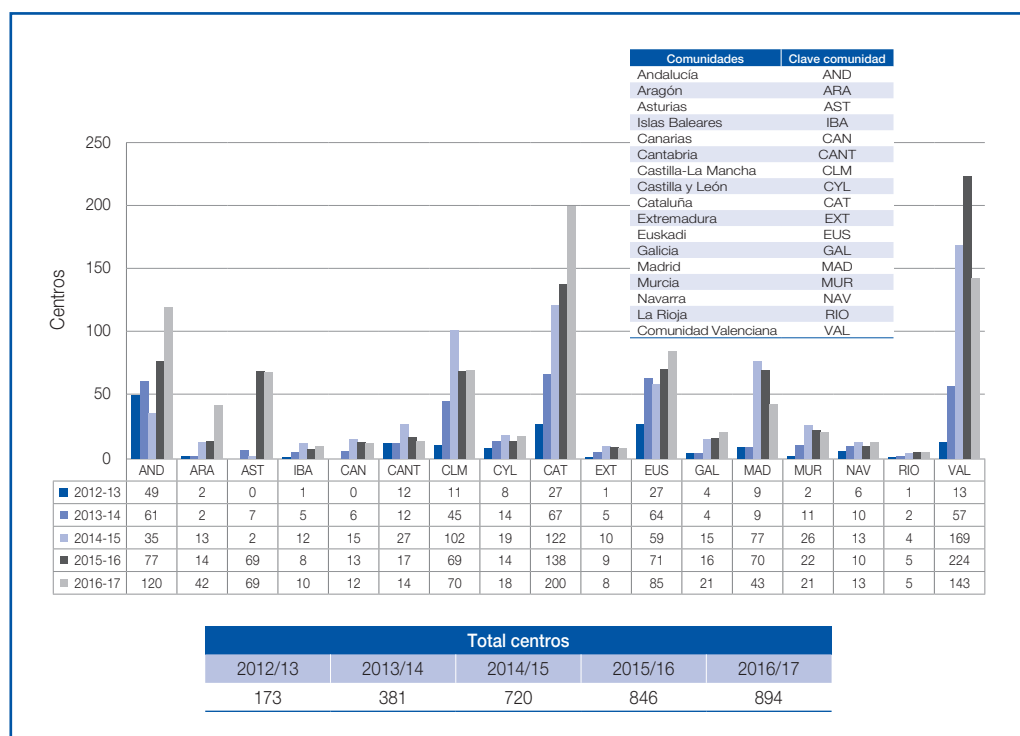
En cuanto a los ciclos formativos cursados, ya sean en grado medio o superior, los alumnos masculinos superan el 90 % en electricidad y electrónica, fabricación mecánica, informática y comunicaciones e instalación y mantenimiento; mientras que las mujeres son muy mayoritarias en imagen personal, sanidad y servicios socioculturales y a la comunidad.

En cuanto a los centros que imparten formación profesional dual, en paralelo al crecimiento del número de matriculados, también aumentó el número de centros, pasando de

173 centros en 2013 a 894 en 2017, distribuidos en todas las comunidades autónomas, de los cuales el 71,82 % son de titularidad pública, frente al 28,18 % de centros privados²⁸.

En 2013, en Canarias y Asturias no se había implantado esta modalidad y en las Islas Baleares, Extremadura y La Rioja tan solo había 1 centro. En el año 2017, Cataluña fue la comunidad autónoma con más centros (200), seguida de la Comunidad Valenciana (143) y Andalucía (120). Comunidades autónomas como Madrid, Castilla-La Mancha y Murcia han experimentado una disminución en el número de centros en los últimos cursos.

Gráfico 5. Evolución de centros que participan en formación profesional dual por comunidades autónomas

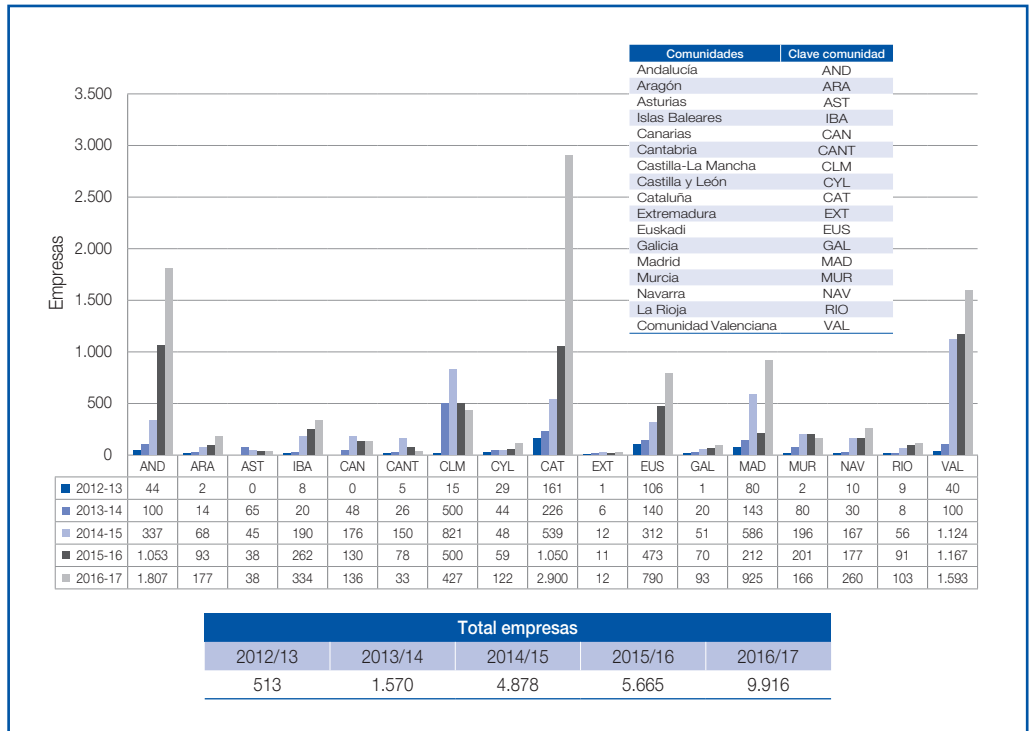


Finalmente, en relación con las empresas participantes en este sistema, varían en función de las comunidades, de los centros implicados y de los proyectos formativos, pero su número ha crecido durante los últimos años, pasando de 513 empresas en el año 2013 a 9.916 empresas en 2017.

²⁸ Sobre la perspectiva de los profesionales en este tema, *vid.* Marhuenda, Chisvert y Palomares (2016). Igualmente, Pineda, Ciraso y Arnau (2019).

Pese a que la mayoría de las comunidades autónomas experimentan un aumento, siendo destacable en Cataluña, Andalucía y Comunidad Valenciana, en algunas como Asturias, Canarias, Cantabria, Castilla-La Mancha o Murcia se registra un descenso en el número de empresas en 2016 y 2017.

Gráfico 6. Evolución de empresas que participan en formación profesional dual por comunidades autónomas



7. El contrato para la formación y aprendizaje como elemento de laboralización

El contrato para la formación y el aprendizaje se puede celebrar con trabajadores que cumplan con los siguientes requisitos objetivos y subjetivos exigidos por la normativa laboral, teniendo en cuenta que desde 2012 no existe número máximo de estos contratos que pueden celebrarse en una empresa²⁹, por lo que por convenio colectivo no se puede

²⁹ Sobre este tema, *vid.*, entre otros, Apilluelo (2014, p. 105), Cabeza (2011, pp. 15 y ss.) y Gómez-Millán (2013, pp. 137 y ss.).

establecer una limitación, pero sí puede regularse la exclusión de determinados puestos de trabajo para esta modalidad, siempre y cuando esté justificada³⁰.

En primer lugar, en relación con la edad, han de ser mayores de 16 y menores de 25 años³¹, aunque este límite máximo de edad no se aplica cuando el contrato se concierta con personas con discapacidad ni en situación de exclusión social, en los casos en que sean contratados por parte de empresas de inserción. En todo caso, esta regulación no puede ser alterada por convenio colectivo³².

En segundo lugar, han de carecer de la cualificación profesional obtenida y reconocida por el sistema de formación profesional para el empleo³³ o del sistema educativo requerido, para concertar un contrato en prácticas para el puesto de trabajo u ocupación objeto del contrato³⁴; ahora bien, no se considera fraudulento si la empresa desconocía que el trabajador tenía una determinada titulación³⁵.

Finalmente, han de ser contratados para la ocupación de un puesto de trabajo que no requiera un determinado nivel de cualificación³⁶, pero cuyo desempeño requiera una determinada formación, porque, en caso contrario, este contrato no es el adecuado, por ejemplo,

³⁰ STS de 20 de noviembre de 2018 (rec. 221/2017). *Vid.* el comentario a esta sentencia en Moreno (2019). En el mismo sentido, Sentencia de la Audiencia Nacional 91/2017, de 21 de junio. Igualmente, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Castilla-La Mancha de 9 de mayo de 2014 (rec. 891/2013).

³¹ SSTSJ de Andalucía/Granada de 18 de octubre de 2018 (rec. 416/2018), Andalucía/Sevilla de 23 de noviembre de 2017 (rec. 3574/2016) y Castilla y León/Valladolid de 4 de septiembre de 2001 (rec. 1589/2001).

³² STSJ de la Comunidad Valenciana de 14 de diciembre de 2011 (rec. 2744/2010). *A sensu contrario*, STSJ de Castilla-La Mancha de 24 de enero de 2006 (rec. 1650/2005).

³³ *Vid.* STSJ de Madrid de 23 de mayo de 2016 (rec. 135/2016), en un supuesto de persona adscrita a un programa de inserción laboral para personas desempleadas de larga duración que hayan agotado prestaciones de desempleo. Igualmente, STSJ de Madrid de 9 de marzo de 2000 (rec. 5344/1999). Si ya tenía un certificado, STSJ de Cataluña de 12 de septiembre de 2005 (rec. 4112/2005).

³⁴ Según la STS de 18 de diciembre de 2000 (rec. 456/2000), si se celebra con quien tiene esta titulación y/o conocimientos, el efecto es la conversión en indefinido por fraude de ley. En el mismo sentido, SSTSJ de Asturias de 2 de mayo de 2018 (rec. 69/2018), Extremadura de 10 de octubre de 2017 (rec. 462/2017), Cataluña de 12 de septiembre de 2005 (rec. 4112/2005), País Vasco de 14 de enero de 2003 (rec. 2541/2002), Comunidad Valenciana de 26 de julio de 2002 (rec. 1396/2002) y Castilla y León/Valladolid de 29 de julio de 1996 (rec. 267/1996). Diferente es cuando el trabajador tiene un título que no tiene relación con la actividad a realizar, según la STSJ de Andalucía/Granada de 5 de noviembre de 2000 (rec. 2515/1998).

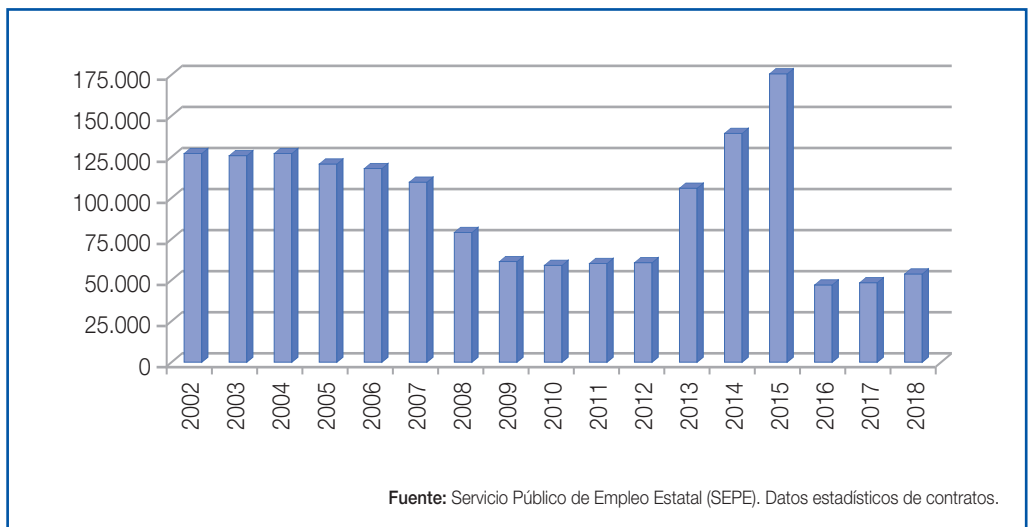
³⁵ STSJ de Madrid de 25 de octubre de 2005 (rec. 3991/2005).

³⁶ SSTSJ de Cataluña de 15 de diciembre de 2009 (rec. 6297/2009), Galicia de 6 de junio de 2008 (rec. 1934/2008), Cataluña de 23 de septiembre de 2004 (rec. 713/2003), Madrid de 19 de noviembre de 1998 (rec. 5918/1998) y Andalucía/Granada de 31 de mayo de 1995 (rec. 111/1995).

cuando el puesto de trabajo consiste en la venta de palomitas, refrescos y golosinas en un cine³⁷ o en actividades de limpieza³⁸.

En cuanto al número de contratos celebrados, se observa que tienen una presencia limitada en relación con el total de contratos, que sufrieron también la crisis económica y que las reformas normativas de los últimos años han tenido efectos muy negativos, aunque se van recuperando.

Gráfico 7. Contratos para la formación y el aprendizaje



Los contratos y los anexos relativos a la actividad formativa deben formalizarse por escrito en los modelos oficiales establecidos por el SEPE³⁹, y debe comunicarse su formalización y finalización al servicio público de empleo correspondiente, en el plazo de 10 días desde la fecha de formalización o finalización.

Estos contratos no pueden celebrarse a tiempo parcial y los trabajadores no pueden realizar horas extraordinarias, ni trabajos nocturnos⁴⁰, ni trabajos a turnos⁴¹. Sin embargo,

³⁷ STSJ de Castilla-La Mancha de 27 de abril de 2006 (rec. 2095/2005).

³⁸ STSJ de Castilla-La Mancha de 23 de noviembre de 2004 (rec. 867/2004).

³⁹ <<https://www.sepe.es/HomeSepe/empresas/Contratos-de-trabajo/modelos-contrato.html>>. SSTSJ de Galicia de 2 de abril de 2004 (rec. 1174/2004) y Cataluña de 5 de octubre de 1999 (rec. 390/1998).

⁴⁰ STSJ de Navarra de 20 de enero de 2017 (rec. 562/2016).

⁴¹ STSJ de Galicia de 10 de mayo de 2017 (rec. 277/2017).

hay que tener en cuenta que esto supone una limitación clara en determinados procesos productivos.

Respecto al periodo de prueba, se está a lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores (ET)⁴²; ahora bien, si al término del contrato el trabajador continuase en la empresa, no puede concertarse un nuevo periodo de prueba, computándose la duración a efectos de antigüedad en la empresa⁴³.

El tiempo de trabajo efectivo, que ha de ser compatible con el tiempo dedicado a las actividades formativas, no puede ser superior al 75 % durante el primer año, o al 85 % durante el segundo y tercer año, de la jornada máxima prevista en el convenio colectivo o de la jornada máxima legal⁴⁴. Para el cálculo del tiempo dedicado a la actividad formativa, se ha de tomar como referencia la jornada anual, no computándose los días de vacaciones, y se permite concentrar esta actividad en determinados periodos de tiempo, siempre que se haga constar expresamente en el acuerdo para la actividad formativa.

En los supuestos en que la jornada diaria de trabajo incluya tanto tiempo de trabajo efectivo como actividad formativa, los desplazamientos necesarios para asistir al centro de formación deben computar como tiempo de trabajo efectivo no retribuido.

En cuanto a la retribución, es la establecida en convenio colectivo, fijada conforme a lo dispuesto en el ET⁴⁵, y no puede ser, en ningún caso, inferior al salario mínimo interprofesional en proporción al tiempo de trabajo efectivo⁴⁶.

La duración mínima del contrato es de 1 año y la máxima de 3. No obstante, mediante convenio colectivo pueden establecerse distintas duraciones en función de las necesidades organizativas o productivas de las empresas, sin que la duración mínima pueda ser inferior a 6 meses, teniendo en cuenta que la estancia de los alumnos en la empresa suele ser inferior al año, ni la máxima superior a 3 años⁴⁷. La empresa debe informar a la representación legal de los trabajadores sobre las prórrogas suscritas.

⁴² STSJ de la Comunidad Valenciana de 1 de diciembre de 2015 (rec. 2817/2015).

⁴³ SSTS de 4 de mayo de 1994 (rec. 3311/1993) y 5 de noviembre de 2014 (rec. 195/2013). Igualmente, SSTSJ de Castilla-La Mancha de 5 de diciembre de 2018 (rec. 1377/2017) y Madrid de 24 de julio de 2017 (rec. 2/2017).

⁴⁴ SSTSJ de Galicia de 20 de enero de 2005 (rec. 5878/2004), País Vasco de 9 de noviembre de 2004 (rec. 2132/2004) y Castilla-La Mancha de 20 de febrero de 2003 (rec. 63/2003).

⁴⁵ Sobre la importancia del salario en este tipo de relaciones, *vid.* OECD (2018b, pp. 59 y ss.).

⁴⁶ SSTSJ de Madrid de 16 de mayo de 2018 (rec. 451/2017), Asturias de 2 de febrero de 2007 (rec. 149/2006), País Vasco de 2 de noviembre de 2005 (rec. 1447/2005) y Galicia de 4 de octubre de 2002 (rec. 4469/2002).

⁴⁷ STS de 11 de abril de 2006 (rec. 22/2003).

En caso de que el contrato se hubiera concertado por una duración inferior a la máxima legal o convencionalmente establecida, puede prorrogarse mediante acuerdo de las partes hasta por dos veces, sin que la duración de cada prórroga pueda ser inferior a 6 meses y sin que la duración total del contrato pueda exceder la duración máxima de 3 años⁴⁸.

Las situaciones de incapacidad temporal, nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia y violencia de género interrumpen el cómputo de la duración del contrato⁴⁹.

Estos contratos deben considerarse prorrogados tácitamente por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal de la prestación, si el trabajador continuara prestando servicios tras haberse agotado la duración máxima del contrato y no hubiera mediado denuncia expresa⁵⁰.

Además, expirada la duración del contrato, el trabajador no puede ser contratado bajo esta modalidad por la misma o distinta empresa, salvo que la formación inherente al nuevo contrato tenga por objeto la obtención de distinta cualificación profesional. Además, no se podrán celebrar estos contratos cuando el puesto de trabajo correspondiente al contrato haya sido desempeñado con anterioridad por el trabajador en la misma empresa por tiempo superior a 12 meses.

Estos contratos se extinguen por cualquiera de las causas del ET⁵¹. Ahora bien, cuando la causa sea la expiración del tiempo convenido, requiere previa denuncia de alguna de las partes⁵², sin que el trabajador tenga derecho a la indemnización prevista para otros contratos temporales. La parte que formule la denuncia debe notificar a la otra la terminación del contrato con una antelación mínima de 15 días a su terminación. El incumplimiento por la empresa de este plazo da lugar a una indemnización equivalente al salario correspondiente a los días en que dicho plazo se haya incumplido.

⁴⁸ STSJ de Extremadura de 18 de julio de 1996 (rec. 448/1996).

⁴⁹ En aplicación de anteriores regulaciones, según la STSJ de las Islas Baleares de 1 de octubre de 2010 (rec. 353/2010), la situación de incapacidad temporal no permite la ampliación de la duración.

⁵⁰ STSJ de Andalucía/Granada de 12 de mayo de 2010 (rec. 796/2010).

⁵¹ La STS de 28 de abril de 2010 (rec. 1113/2009) entiende que la incidencia en un contrato de formación:

[...] de la declaración de nulidad de un despido, producido durante la vigencia del contrato, no puede llegar a convertir a aquel en indefinido, ni siquiera a prolongar su duración más allá del momento en que, ajustadamente a su propia naturaleza y a las normas que regulan su extinción debiera darse por concluso.

Vid. STSJ de Asturias de 28 de mayo de 2004 (rec. 4077/2003), en un supuesto de discriminación porque se extinguió el contrato a la trabajadora, que estaba enferma, mientras que al resto de trabajadores en su misma situación se les prorrogaron sus contratos.

⁵² SSTSJ de Madrid de 8 de febrero de 2016 (rec. 726/2015) y 3 de octubre de 2012 (rec. 1361/2012), Galicia de 15 de diciembre de 2005 (rec. 5172/2005) y Murcia de 24 de marzo de 2003 (rec. 358/2003).

Asimismo, hay que tener en cuenta que se presumen celebrados por tiempo indefinido y a jornada completa estos contratos en los siguientes supuestos:

- Cuando no se hubiesen observado las exigencias de formalización escrita, salvo prueba en contrario que acredite su naturaleza temporal⁵³.
- Cuando no hubieran sido dados de alta en la Seguridad Social, una vez transcurrido un plazo igual al fijado para el periodo de prueba, salvo que de la propia naturaleza de las actividades o de los servicios contratados se deduzca claramente la duración temporal de los mismos.
- Cuando se celebren en fraude de ley, especialmente por temas relacionados con la formación, ya sea por no haberla realizado en absoluto⁵⁴ o por no haber recibido la parte teórica⁵⁵ o la parte práctica⁵⁶. En cambio, otro tipo de situaciones menores no tiene el mismo efecto, por ejemplo, si la formación se impartió, pero a través de un centro a distancia no autorizado⁵⁷, si el incumplimiento fue parcial⁵⁸ o si hubo falta de aprovechamiento por parte del trabajador de la formación puesta a su disposición⁵⁹.

⁵³ El incumplimiento de esta obligación se considera como infracción grave en el orden social, según el artículo 7 del texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social. Sobre estos aspectos formales, *vid.* SSTSJ de Asturias de 27 de julio de 2017 (rec. 1535/2017) y Canarias/Las Palmas de 21 de julio de 2010 (rec. 2312/2009).

⁵⁴ SSTs de 30 de junio de 1998 (rec. 3675/1997) y 31 de mayo de 2007 (rec. 401/2006). Igualmente, SSTSJ de Andalucía/Málaga de 16 de mayo de 2018 (rec. 2339/2017), Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 23 de febrero de 2018 (rec. 744/2017), Cataluña de 24 de noviembre de 2017 (rec. 5186/2017), Extremadura de 26 de abril de 2012 (rec. 133/2012), Andalucía/Málaga de 28 de abril de 2005 (rec. 554/2005) y País Vasco de 5 de abril de 2005 (rec. 130/2005). En un supuesto de modalidad a distancia en el que había una mera entrega del material didáctico, sin ningún tipo de seguimiento, SSTSJ del País Vasco de 5 de abril de 2011 (rec. 474/2011), Castilla y León/Valladolid de 29 de octubre de 2008 (rec. 991/2008), Galicia de 18 de octubre de 2005 (rec. 4347/2005), Canarias/Las Palmas de 13 de octubre de 2005 (rec. 270/2005), Andalucía/Sevilla de 24 de junio de 2004 (rec. 1850/2004), Asturias de 26 de marzo de 2004 (rec. 2792/2002) y Cantabria de 19 de febrero de 2003 (rec. 129/2003).

⁵⁵ SSTSJ de Madrid de 28 de octubre de 2015 (rec. 532/2015), Cataluña de 6 de octubre de 2014 (rec. 3857/2014), Comunidad Valenciana de 23 de septiembre de 2014 (rec. 1860/2014), Andalucía/Sevilla de 24 de noviembre de 2009 (rec. 1475/2009) y Andalucía/Granada de 19 de noviembre de 2003 (rec. 1623/2002).

⁵⁶ STS de 19 de febrero de 1996 (rec. 2906/1995). Igualmente, STSJ de Madrid de 27 de marzo de 2006 (rec. 566/2006).

⁵⁷ STS de 10 de febrero de 2003 (rec. 2355/2002).

⁵⁸ SSTSJ de Madrid de 19 de marzo de 2007 (rec. 5899/2006) y Asturias de 29 de septiembre de 2006 (rec. 1941/2006).

⁵⁹ SSTSJ de Galicia de 2 de diciembre de 2005 (rec. 5018/2005), Castilla y León/Valladolid de 18 de octubre de 2004 (rec. 1925/2004) y Cataluña de 18 de febrero de 2003 (rec. 7834/2002).

La empresa puede recabar por escrito, antes de celebrar el contrato, un certificado del servicio público de empleo competente en el que conste el tiempo que el trabajador ha estado contratado mediante un contrato para la formación y el aprendizaje con anterioridad a la contratación que se pretende realizar y la actividad laboral u ocupación objeto de la cualificación profesional asociada al contrato⁶⁰.

El servicio público de empleo competente debe emitirlo en el plazo de 10 días desde la fecha de solicitud. En caso de que en el transcurso de dicho plazo no se emita, la empresa queda exenta de responsabilidad por la celebración del contrato incumpliendo los requisitos de duración máxima del contrato para la misma actividad laboral y ocupación, salvo que hubiera tenido conocimiento, por el trabajador o por otras vías de información suficiente, de que dicha celebración pudiera suponer incurrir en el mencionado incumplimiento.

Finalmente, estos contratos presentan los siguientes incentivos, sin perjuicio de otro tipo de ayudas previstas en las comunidades autónomas.

En primer lugar, en supuestos de contratación inicial, cuando se celebren con un trabajador desempleado, inscrito como demandante de empleo, las empresas tienen derecho, durante toda la vigencia del contrato, a una reducción del 100 % de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, así como las correspondientes a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, desempleo, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional, correspondientes a dichos contratos, si el contrato se realiza por empresas cuya plantilla sea inferior a 250 personas, o del 75 %, en el supuesto de que la empresa tenga una plantilla igual o superior a esa cifra. La bonificación es del 100 %, siendo el resto del régimen igual, si el trabajador estaba inscrito en el Sistema nacional de garantía juvenil.

En segundo lugar, estos contratos, si se transforman en indefinidos a la finalización de su duración inicial o prorrogada, cualquiera que sea la fecha de celebración, tienen derecho a una reducción en la cuota empresarial a la Seguridad Social de 1.500 euros/año o 1.800 euros/año, si se contrata a una mujer, durante 3 años.

Además, las personas que tengan la condición de beneficiarios de la ayuda económica de acompañamiento a jóvenes inscritos en el Sistema nacional de garantía juvenil que suscriban este contrato pueden percibirla hasta la finalización del contrato al que está vinculada su concesión, según la disposición transitoria octava del Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre. Igualmente, pueden percibirla las personas que antes del 1 de enero de 2019 hubieran celebrado este tipo de contratos y, reuniendo los requisitos necesarios, la soliciten a partir de esta fecha.

⁶⁰ SSTSJ de Castilla-La Mancha de 2 de febrero de 2017 (rec. 1693/2016), Comunidad Valenciana de 8 de abril de 2005 (rec. 2987/2004), Madrid de 22 de abril de 2004 (rec. 1851/2004), Castilla y León/Valladolid de 15 de mayo de 2000 (rec. 448/2000) y Comunidad Valenciana de 12 de marzo de 1993 (rec. 1523/1992).

8. Los aspectos formativos en este contrato

La actividad formativa inherente a este contrato, que tiene como objetivo la cualificación profesional de los trabajadores en un régimen de alternancia con la actividad laboral retribuida en una empresa, es la necesaria para la obtención de un título de formación profesional de grado medio o superior o de un certificado de profesionalidad o, en su caso, certificación académica o acreditación parcial acumulable.

En cuanto a los certificados de profesionalidad, están regulados en el Real Decreto 34/2008, de 18 de enero, desarrollado por la Orden ESS/1897/2013, de 10 de octubre, así como en los reglamentos que desarrollan cada uno de ellos, y son el instrumento de acreditación oficial de las cualificaciones profesionales en el ámbito de la Administración laboral⁶¹.

El actual sistema de certificaciones presenta importantes rigideces, de manera que muchas empresas no ven reflejadas sus necesidades, teniendo en cuenta que la especificidad de los requerimientos de cada sector se compadece mal con la excesiva horizontalidad del actual sistema de certificados (Homs, 2016, p. 20). Por este motivo, es necesario establecer sistemas ágiles de modificación tanto de contenidos como de duración y de requisitos de instalaciones, ya que el proceso de revisión de estos certificados es excesivamente largo.

Además, ha de ser posible concretar los itinerarios formativos a través de la negociación colectiva, posibilitando como parte de los itinerarios formativos vinculados a cada ocupación la inclusión de formación en competencias clave, especialmente en aquellas ocupaciones que no tienen vinculados certificados de nivel 1 y tiene que resolverse la cuestión relativa a las ocupaciones cuya formación se vincula con certificados cuya duración no llega a cubrir el mínimo de horas exigidas en formación.

Estos certificados presentan un módulo de prácticas que los alumnos han de realizar obligatoriamente para completar la formación en un entorno real de trabajo, cuyo contenido y duración se fija en cada una de las normas de creación de los correspondientes títulos, aunque generalmente tienen una duración de entre 40 y 160 horas, dependiendo del tipo de módulo.

Respecto a la formación complementaria asociada a esos certificados, que solo se incluye en caso de que el certificado no llegue a cubrir las horas estipuladas en el itinerario formativo, se debe incluir la formación vinculada al puesto de trabajo o las circunstancias del mercado, como son la formación en idiomas o competencias digitales. Por otro lado, deben admitirse como formación complementaria las especialidades incluidas en el catálogo de formación de oferta del SEPE⁶².

⁶¹ <<https://www.sepe.es/HomeSepe/Personas/formacion/certificados-profesionalidad.html>>.

⁶² <<https://www.sepe.es/HomeSepe/Personas/formacion/ofertas-formativas.html>>.

En todo caso, la empresa está obligada a proporcionar al trabajador un trabajo efectivo relacionado con el perfil profesional del título de formación profesional o del certificado de profesionalidad y a garantizar las condiciones que permitan su asistencia a los programas formativos determinados en el acuerdo para la actividad formativa anexo al contrato⁶³. Por su parte, el trabajador está obligado a prestar el trabajo efectivo y a participar de manera efectiva en la actividad formativa relacionada. Las faltas de puntualidad o de asistencia no justificadas a las actividades formativas pueden ser calificadas como faltas al trabajo⁶⁴.

La actividad formativa debe estar relacionada con la actividad desempeñada en el puesto de trabajo por el trabajador, el cual debe reunir los requisitos de acceso para cursar las enseñanzas de dicha actividad.

Previamente a la formalización del contrato de trabajo, la empresa debe verificar que, para el trabajo efectivo a realizar, existe una actividad formativa relacionada con el mismo que se corresponde con un título de formación profesional o con un certificado de profesionalidad y que puede constituir la actividad formativa inherente al contrato.

Las empresas deben recabar de los servicios públicos de empleo las actuaciones de información y orientación para conocer la oferta de centros de formación disponibles para impartir esta formación.

Los trabajadores están exentos totalmente de realizar el módulo de formación práctica de los certificados de profesionalidad. Cuando la formación inherente se dirija a la obtención de títulos de formación profesional, están exentos total o parcialmente de realizar el módulo profesional de FCT de los títulos de formación profesional. En ambos supuestos, los citados módulos se entienden realizados por el trabajo en alternancia.

Para la exención total del módulo profesional de FCT de los títulos de formación profesional, la duración del contrato inicial y sus prórrogas debe ser como mínimo de 1 año.

La actividad laboral debe estar relacionada con el contenido formativo del módulo de formación práctica del correspondiente certificado de profesionalidad o del módulo de FCT del título que corresponda.

Entre las actividades formativas se puede incluir formación no referida al Catálogo nacional de cualificaciones profesionales, para dar respuesta tanto a las necesidades de los trabajadores como a las de las empresas. Esta formación debe ser autorizada por el servicio público de empleo competente y no se considera como trabajo efectivo.

⁶³ SSTSJ de Andalucía/Sevilla de 19 de julio de 2018 (rec. 2565/2017), Andalucía/Málaga de 13 de septiembre de 2017 (rec. 1043/2017), Madrid de 16 de diciembre de 2015 (rec. 848/2015), Galicia de 16 de abril de 2010 (rec. 4411/2006) y País Vasco de 28 de enero de 2003 (rec. 2851/2002).

⁶⁴ Según la STSJ de Galicia de 6 de abril de 2016 (rec. 456/2016), han de ser graves.

La actividad formativa del contrato ha de ser autorizada previamente a su inicio por el servicio público de empleo competente y, a estos efectos, la empresa debe presentar el correspondiente acuerdo para la actividad formativa⁶⁵. Estas autorizaciones deben ser resueltas en el plazo de 1 mes desde la fecha de presentación del acuerdo para la actividad formativa y la no resolución en dicho plazo legitima a los interesados para entender estimada su solicitud por silencio administrativo.

En este tema, es necesario agilizar estos trámites y acortar el plazo actual para el silencio administrativo positivo, dado que produce disfunciones tanto para las empresas como para los alumnos, que pueden encontrar otras oportunidades de trabajo y abandonar antes de comenzar el contrato.

Con el fin de facilitar su adecuación al régimen de alternancia con la actividad laboral en la empresa, las actividades formativas se pueden ofertar e impartir, en el ámbito de la formación profesional para el empleo, en las modalidades presencial, teleformación o mixta, y en el ámbito educativo, en régimen presencial o a distancia, de acuerdo, en cada caso, con lo dispuesto en la normativa reguladora de la formación profesional de los certificados de profesionalidad o del sistema educativo. Asimismo, dichas actividades formativas pueden concentrarse, en los términos que acuerden de forma expresa las partes, en determinados periodos de tiempo respecto a la actividad laboral durante la vigencia del contrato.

Las actividades formativas pueden organizarse con una distribución temporal flexible que en todo caso debe garantizar que el trabajador pueda cursar los módulos profesionales del ciclo formativo o los módulos formativos del certificado de profesionalidad.

La formación debe ser impartida directamente por un centro de formación profesional, según el régimen regulado en la Ley orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las cualificaciones y de la formación profesional.

Los servicios públicos de empleo deben incluir en los registros correspondientes los centros acreditados para poder impartir la formación o hacer constar esta condición de acreditados en los centros ya incluidos en dicho registro. En todo caso, estos centros deben cumplir los requisitos establecidos para su acreditación en la normativa reguladora de los certificados de profesionalidad, entre los que se incluyen los centros de referencia nacional, regulados en el Real Decreto 229/2008, de 15 de febrero⁶⁶.

La formación también se puede impartir en la propia empresa cuando disponga de instalaciones adecuadas y personal con formación técnica y didáctica adecuada a los efectos

⁶⁵ <https://sede.sepe.gob.es/contenidosSede/generico.do?pagina=/proce_dual/index.html>. Sobre esta cuestión, *vid.* Sentencia del Tribunal Constitucional 27/2014, de 13 de febrero.

⁶⁶ <<https://sede.sepe.gob.es/especialidadesformativas/RXBuscadorEFRED/InicioBusquedaTipoCentro.do>>.

de la acreditación de la competencia o cualificación profesional, sin perjuicio de la necesidad, en su caso, de realización de periodos de formación complementaria en los centros docentes. En todo caso, la empresa debe estar autorizada para ofertar la formación de ciclos formativos y/o acreditada como centro para impartir la formación dirigida a la obtención de certificados de profesionalidad, para lo cual debe reunir los requisitos establecidos en la normativa de aplicación⁶⁷.

La duración de la actividad debe ser, al menos, la necesaria para la obtención del título de formación profesional, del certificado de profesionalidad o de la certificación académica o acreditación parcial acumulable, debe especificarse en el acuerdo para la actividad formativa anexo al contrato y el periodo de formación debe desarrollarse durante la vigencia del contrato. Además, se debe respetar la duración de la formación asociada establecida para cada uno de los módulos profesionales que constituyen las enseñanzas de los títulos o la duración de los módulos formativos de los certificados de profesionalidad.

El empresario debe tutelar el desarrollo de la actividad laboral, ya sea asumiendo personalmente dicha función, cuando desarrolle su actividad profesional en la empresa, ya sea designando, entre su plantilla, a un tutor, siempre que, en ambos casos, posea la cualificación o experiencia profesional adecuada⁶⁸.

El tutor es el responsable del seguimiento del acuerdo para la actividad formativa anexo al contrato, de la coordinación de la actividad laboral con la actividad formativa y de la comunicación con el centro de formación; además, debe elaborar, al finalizar la actividad laboral, un informe sobre el desempeño del puesto de trabajo.

El centro formativo debe designar un tutor responsable de la programación y seguimiento de la formación, así como de la coordinación de la evaluación con los profesores y/o tutores que intervienen. Asimismo, esta persona es la interlocutora con la empresa para el desarrollo de la actividad formativa y laboral establecida en el contrato.

En la línea de otros países de Europa, es necesario que las personas que ejercen funciones de tutor sean acreditadas mediante procesos de evaluación.

Las empresas que celebren estos contratos deben suscribir simultáneamente un acuerdo con el centro de formación u órgano designado por la Administración educativa o laboral que imparta la formación y con el trabajador, que debe anexarse al contrato de trabajo, con el siguiente contenido mínimo:

⁶⁷ Si la empresa no está habilitada o acreditada para impartir formación y tampoco la escuela de cocina donde desarrollaba el trabajador su estudio para direccionar las prácticas y concertarlas, el contrato se entiende en fraude de ley, según la STSJ del País Vasco de 3 de julio de 2018 (rec. 1203/2018).

⁶⁸ SSTSJ de Andalucía/Granada de 17 de diciembre de 2015 (rec. 2527/2015), Castilla y León/Valladolid de 25 de octubre de 2004 (rec. 1745/2004) y País Vasco de 7 de septiembre de 2004 (rec. 840/2004).

- Identificación de la persona que representa al centro formativo, de la que representa a la empresa y del trabajador que suscriben el acuerdo.
- Identificación de las personas que ejercen la tutoría de la empresa y del centro formativo.
- Expresión detallada del título de formación profesional, certificado de profesionalidad o certificación académica o acreditación parcial acumulable objeto del contrato y expresión detallada de la formación complementaria asociada a las necesidades de la empresa o del trabajador, cuando así se contemple.
- Indicación de la modalidad de impartición de la formación: presencial, a distancia⁶⁹, teleformación o mixta.
- Indicación de la correspondiente modalidad de desarrollo de la formación.
- Contenido del programa de formación, con expresión de las actividades que se desarrollan en la empresa y en el centro formativo, profesorado y forma y criterios de evaluación.
- Calendario, jornada, programación y horarios en los que el trabajador va a realizar su actividad laboral en la empresa y su actividad formativa⁷⁰.
- Criterios para la conciliación de las vacaciones y de los periodos no lectivos en el centro de formación.

La empresa debe informar a la representación legal de los trabajadores sobre los acuerdos suscritos, indicando, al menos, las personas contratadas para la formación y el aprendizaje, el puesto de trabajo a desempeñar y el contenido de la actividad formativa.

En el supuesto de que la formación se imparta en la propia empresa, el acuerdo debe suscribirse entre la empresa y el trabajador, adecuándose su contenido a los requisitos generales.

Corresponde a los servicios públicos de empleo, en colaboración con las Administraciones educativas, en sus respectivos ámbitos de competencias, informar y orientar a empresas y trabajadores de las posibilidades de esta contratación y de las posibilidades de formación, así como orientarlos para facilitar un adecuado ajuste entre las características del puesto de trabajo ofertado por la empresa y los centros de formación disponibles para

⁶⁹ SSTSJ de Madrid de 14 de junio de 2002 (rec. 1716/2002) e Islas Baleares de 4 de diciembre de 1999 (rec. 657/1999).

⁷⁰ SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 7 de marzo de 2001 (rec. 303/2001), Madrid de 11 de marzo de 1996 (rec. 6341/1994) y Murcia de 23 de febrero de 1993 (rec. 98/1993). Según la STSJ de Andalucía/Málaga de 9 de septiembre de 2004 (rec. 1466/2004), el contrato no es fraudulento si la formación se imparte en horario flexible y distinto a lo pactado.

impartir la formación, facilitando información que ayude a relacionar dicho puesto de trabajo y la plaza de formación vinculada al mismo.

A estos efectos, deben establecer los medios específicos para garantizar estos servicios de información y orientación, coordinar la información relativa a las empresas que demandan celebrar contratos para la formación y el aprendizaje y a los centros formativos reconocidos para impartir la formación vinculada a estos contratos. La prestación de estos servicios se puede realizar directamente en una sede física, a través de una página web o de cualquier otro medio que garantice su difusión.

Asimismo, los servicios públicos de empleo, en colaboración con las Administraciones educativas, en sus respectivos ámbitos de competencias, deben coordinar la información sobre los puestos de trabajo ofertados por las empresas, los centros de formación disponibles, las posibilidades de formación en todo el territorio nacional y la igualdad en el acceso a la información.

La cualificación o competencia profesional adquirida a través del contrato para la formación y el aprendizaje debe ser objeto de acreditación. En esta línea, cuando la actividad formativa incluya formación complementaria impartida por la empresa, esta puede ser objeto de reconocimiento de acuerdo con el procedimiento establecido en el Real Decreto 1224/2009, de 17 de julio, de reconocimiento de las competencias profesionales adquiridas por la experiencia laboral, y las cualificaciones o competencias profesionales adquiridas a través del contrato para la formación y el aprendizaje deben quedar recogidas en el Sistema de información de los servicios públicos de empleo.

Las empresas pueden financiar el coste de esta formación mediante bonificaciones en las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social. La cuantía máxima de estas bonificaciones es la que resulte de multiplicar el correspondiente módulo económico (8 € en modalidad presencial o 5 € en modalidad a distancia o teleformación) por el número de horas de formación.

Además, existe una bonificación adicional por tutorización de una cuantía máxima de 1,5 euros por alumno y hora de tutoría, con un máximo de 40 horas por mes y alumno, aunque, en empresas de menos de 5 trabajadores, el importe es de 2 euros por alumno y hora.

La cuantía máxima de las bonificaciones que puede aplicarse la empresa es la correspondiente a un número de horas equivalente al 25 % de la jornada durante el primer año y al 15 % de la misma durante el segundo y tercer año.

Cuando la formación sea impartida por un centro de formación acreditado o autorizado, de titularidad privada, la empresa ha de abonar mensualmente al centro el coste de la formación y se puede aplicar las correspondientes bonificaciones en las cotizaciones a la Seguridad Social.

En este caso, el centro debe emitir a la empresa una factura mensualmente, especificando: nombre del centro, representante del mismo, datos de los participantes, formación realizada, número de horas de formación del mes liquidado y fecha de la factura. Asimismo, el centro o la empresa, en su caso, deben comunicar al SEPE, mediante el Registro Electrónico, todos los datos incluidos en la factura, periódicamente según se va facturando, o dentro del mes siguiente a la terminación del ejercicio presupuestario.

La gestión de la actividad formativa, incluyendo su autorización, seguimiento y evaluación, corresponde a los servicios públicos de empleo de las comunidades autónomas y al SEPE, en sus respectivos ámbitos de gestión. En todo caso, el control de las bonificaciones corresponde al SEPE y el incumplimiento por el empresario de las obligaciones derivadas de la actividad formativa conlleva el reintegro de las bonificaciones aplicadas.

Los servicios públicos de empleo, en el marco del seguimiento de la actividad formativa de este contrato, deben garantizar el desarrollo de procesos de evaluación que aseguren los resultados de aprendizaje definidos en las capacidades y criterios de evaluación de cada uno de los módulos formativos que incluyen los certificados de profesionalidad. Además, deben realizar el seguimiento y control de la formación para la obtención de los certificados de profesionalidad vinculada a estos contratos.

9. La formación profesional dual en el sistema educativo

Además de la formación profesional dual vinculada a un contrato de formación, se pueden establecer proyectos de formación profesional dual en el sistema educativo, con la coparticipación de los centros educativos y las empresas, que tienen como finalidad conseguir los siguientes objetivos⁷¹:

- Incrementar el número de personas con título de enseñanza secundaria posobligatoria a través de las enseñanzas de formación profesional.
- Conseguir una mayor motivación en el alumnado disminuyendo el abandono escolar temprano.
- Facilitar la inserción laboral como consecuencia de un mayor contacto con las empresas.
- Incrementar la vinculación y corresponsabilidad de las empresas con la formación profesional.

⁷¹ Vid. este documento en relación con propuestas formuladas, pero no implementadas: <<https://www.magisnet.com/wp-content/uploads/2018/11/bases-dual.pdf>>.

- Potenciar la relación del profesorado de formación profesional con las empresas del sector y favorecer la transferencia de conocimientos.
- Obtener datos cualitativos y cuantitativos que permitan la toma de decisiones en relación con la mejora de la calidad de la formación profesional.

Pueden participar en estos proyectos los centros docentes autorizados para impartir ciclos formativos de formación profesional y que establezcan convenios de colaboración con empresas del sector correspondiente, de acuerdo con lo que determine cada una de las diferentes normas autonómicas⁷².

El proyecto de formación profesional dual debe formalizarse a través de un convenio con la empresa colaboradora, que debe contemplar, como mínimo, los siguientes aspectos:

- El programa de formación.
- El número de alumnos participantes.
- El régimen de becas.
- La jornada y horario en el centro y en la empresa.
- Las condiciones que deben cumplir empresas, alumnos, profesores y tutores.
- Los seguros necesarios para el alumnado y el profesorado para la cobertura de la formación.

El programa de formación ha de incluir la programación para cada uno de los módulos profesionales, las actividades a realizar en el centro y en la empresa, su duración y los criterios para su evaluación y calificación. Todo ello, teniendo en cuenta que ha de permitir la adquisición de los resultados de aprendizaje establecidos y que debe ser autorizado por la Administración educativa correspondiente.

Se debe establecer un mínimo del 33 % de las horas de formación establecidas en el título con participación de la empresa, aunque este porcentaje puede ampliarse en función de las características de cada módulo profesional y de la empresa participante. La duración del ciclo formativo puede ampliarse hasta 3 años, sin perjuicio de que el alumno debe cursar previamente la formación necesaria que garantice el desarrollo de la formación en la empresa. En todo caso, es deseable que la alternancia pueda darse en todos los años, con mayor intensidad en el centro educativo en el primero y en la empresa en el segundo y tercer año, en su caso.

La actividad formativa en la empresa y en el centro educativo debe coordinarse mediante reuniones mensuales de control en las que se hará seguimiento de cada uno de los alumnos.

⁷² <<https://www.educaweb.com/contenidos/educativos/formacion-profesional-fp/fp-dual/>>.

La evaluación del alumnado es responsabilidad de los profesores de los módulos profesionales del centro educativo de adscripción, teniendo en cuenta las aportaciones de los formadores de la empresa y el resultado de las actividades desarrolladas en la misma.

Los estudiantes tienen derecho a la adecuada información y orientación sobre los proyectos en los que participen, pueden estar becados por las empresas, instituciones, fundaciones, etc., y/o por las Administraciones, en la forma que se determine para cada proyecto, deben adoptar el compromiso de cumplir las condiciones del proyecto y de la empresa participante establecidas en el convenio y tienen la obligación de cumplir con el calendario, la jornada y el horario establecidos en el programa.

Finalmente, en el caso de que los alumnos no superen alguno de los módulos profesionales, las Administraciones educativas deben establecer las medidas necesarias para facilitarles la obtención del título; entre otras, la ampliación de la duración del proyecto, el traslado de centro o la finalización del programa formativo en un centro educativo.

10. Régimen de Seguridad Social de estas personas

En esta materia, también hay que diferenciar las personas contratadas por medio de un contrato para la formación y el aprendizaje y aquellas que participan en estos programas sin vínculo laboral.

En primer lugar, la acción protectora de la Seguridad Social del trabajador contratado para la formación y el aprendizaje comprende todas las contingencias, situaciones protegibles y prestaciones⁷³, incluido el desempleo⁷⁴ y la cobertura del Fondo de Garantía Salarial⁷⁵.

⁷³ Sobre la base reguladora en incapacidad temporal, *vid.* SSTSJ de Andalucía/Sevilla de 19 de abril de 2017 (rec. 1320/2016), Galicia de 29 de mayo de 2002 (rec. 3945/1999), Cataluña de 11 de julio de 2001 (rec. 7687/2000), Asturias de 10 de noviembre de 2000 (rec. 3020/1999) y Andalucía/Sevilla de 31 de enero de 2000 (rec. 2355/1998). En un caso de mejoras voluntarias, *vid.* STSJ de Andalucía/Sevilla de 28 de noviembre de 2013 (rec. 2001/2012). Sobre un accidente *in itinere*, *vid.* STSJ de Galicia de 3 de febrero de 2012 (rec. 1624/2008). En un caso de incapacidad permanente total, *vid.* STSJ de Madrid de 8 de marzo de 2004 (rec. 6116/2003).

⁷⁴ STSJ de Andalucía/Granada de 28 de septiembre de 2011 (rec. 1470/2011). Igualmente, SSTSJ de Castilla y León/Valladolid de 28 de noviembre de 2007 (rec. 1073/2007), Castilla y León/Burgos de 24 de noviembre de 2005 (rec. 406/2005), País Vasco de 1 de marzo de 2005 (rec. 91/2005), Castilla-La Mancha de 15 de septiembre de 2004 (rec. 2063/2003) y Comunidad Valenciana de 13 de noviembre de 2001 (rec. 3552/1998).

⁷⁵ En aplicación de anteriores regulaciones, *vid.* STSJ de Madrid de 20 de septiembre de 1995 (rec. 393/1994).

En todo caso, la cotización debe efectuarse en la forma y cuantía que se determinen en la Ley de presupuestos generales del Estado. En el año 2019, la base de cotización mensual es de 1.050 euros o de 35 euros diarios y las cuantías correspondientes a las diferentes contingencias son las siguientes, teniendo en cuenta que la disposición final segunda del Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, modifica el artículo 249 de la Ley general de la Seguridad Social y excluye la obligación de cotizar por formación profesional:

Concepto	Empresa	Trabajador	Total
Contingencias comunes	42,56	8,49	51,05
Contingencias profesionales IT	3,27	–	3,27
Contingencias profesionales IMS	2,58	–	2,58
Fondo de Garantía Salarial	3,23	–	3,23
Desempleo	57,75	16,28	74,03
Total	109,39	24,77	134,16

En segundo lugar, las personas que, estando en estos programas de formación, no tengan una relación laboral deben ser incluidas en el sistema de la Seguridad Social, aunque las prácticas que realicen no tengan carácter remunerado, según la disposición adicional quinta del Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre. Estas quedarán comprendidas en el régimen general de la Seguridad Social, como asimiladas a trabajadores por cuenta ajena, con exclusión de la protección por desempleo⁷⁶.

El cumplimiento de las obligaciones en materia de Seguridad Social concierne, si existe remuneración, a quien corresponda de acuerdo con la normativa aplicable en cada caso y, si no son remuneradas, a la empresa, institución o entidad en la que se desarrollen, salvo que en el convenio o acuerdo de cooperación que, en su caso, se suscriba para su realización se disponga que tales obligaciones corresponden al centro educativo en el que los alumnos cursen sus estudios.

La cotización a la Seguridad Social debe efectuarse, en todo caso, aplicando las reglas de cotización correspondientes a los contratos para la formación y el aprendizaje, sin que exista obligación de cotizar por las contingencias de desempleo, ni al Fondo de Garantía Salarial, ni por formación profesional.

⁷⁶ Sobre esta cuestión, Guindo y Ortega (2019, pp. 375 y ss.). Igualmente, aunque en relación con situaciones anteriores, *vid.* Fernández (2012, p. 30), Rodríguez (2012, pp. 80 y ss.), Sempere (2013, p. 118) y Todolí (2015, pp. 70 y ss.).

11. Conclusiones

1. Es necesaria una profunda reforma del sistema actual español de formación profesional dual, teniendo en cuenta los modelos y las buenas prácticas existentes, alineada con la Propuesta de Recomendación del Consejo de la Unión Europea relativa al Marco europeo para una formación de aprendices de calidad y eficaz, COM (2017) 563 final, Bruselas, 5 de octubre de 2017.
2. Los puestos de trabajo en el futuro se van a concentrar en posiciones de técnicos y profesionales, muy vinculados a competencias digitales o al emprendimiento, donde la formación profesional dual ha de jugar un papel estratégico. Para ello hay que introducir mecanismos de flexibilidad y capacidad para adaptarse al cambio, ajustar la transición entre itinerarios educativos e incorporar nuevos títulos para dar respuesta a las necesidades emergentes del mercado laboral.
3. Se debe mejorar la imagen social que se tiene de la formación profesional dual, para lo cual deben desarrollarse actuaciones de orientación profesional en los últimos cursos de Educación Secundaria Obligatoria y Bachillerato, que expliquen las modalidades, las diferentes familias de estudio y los mejores resultados de empleabilidad.
4. Es preciso contar con una regulación nacional que dote de unidad al sistema, evitando la dispersión actual, pero que, a su vez, dote de cierta flexibilidad para que cada territorio pueda adaptar la norma a su realidad empresarial, es decir, a las necesidades de cada sector y de las empresas, según su tamaño y características.
5. Se han de aplicar mecanismos de apoyo y acompañamiento para una mayor implicación de las empresas, especialmente las pymes, que les permitan impulsar la coordinación y cooperación mancomunando servicios.
6. Debe determinarse el papel y la responsabilidad de los agentes implicados en la formación profesional dual, especialmente cámaras de comercio, asociaciones empresariales y sindicatos, creando un órgano con funciones específicas de asesoramiento y supervisión.
7. Es necesario promover la igualdad efectiva en la participación de hombres y mujeres mediante la mejora de sus capacidades y competencias, reduciendo las desigualdades de género.
8. Hay que mejorar los niveles de inversión y financiación del sistema para situarlos en los que presentan los países europeos de referencia.
9. Es imprescindible replantear las dos modalidades de la formación profesional dual actual creando una única formulación o introduciendo modificaciones que permitan el máximo de aspectos comunes.

10. En conclusión, la formación profesional dual ha de dar respuesta al reto que plantean las actuales cifras de desempleo juvenil en España, que permita combinar la retención de talento de los jóvenes y el impulso de la competitividad de las empresas españolas.

Referencias bibliográficas

- Alberdi, R. y Giralte i Raventós, E. (1980). *La formación profesional en Barcelona: política, pensamiento, instituciones: 1875-1923*. Barcelona: Don Bosco.
- Apilluelo Martín, M. (2014). *El contrato para la formación y el aprendizaje: la cualificación profesional como clave*. Albacete: Bomarzo.
- Bentolilla, S., Cabrales, A. y Jansen, M. (s. f.). El impacto de la FP dual sobre la inserción laboral de los jóvenes: evidencia para la Comunidad de Madrid. Recuperado de <http://nsaw.fedea.net/descargas/NSAW05es_fp_dual_madrid.pdf>.
- Cabeza Pereiro, J. (2011). Sobre los contratos formativos a la vista de la reforma de 2010. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 24.
- Echeverría Samanes, B. y Martínez Clares, P. (2019). Diagnóstico de la investigación sobre la Formación Profesional Inicial en España (2005-2017). Recuperado de <<https://www.dualizabankia.com/recursos/doc/portal/2019/07/08/diagnostico-investigacion-fpi.pdf>>.
- Eurofound. (2017). Long-term unemployed youth: Characteristics and policy responses. Recuperado de <<https://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2017/long-term-unemployed-youth-characteristics-and-policy-responses>>.
- Fernández de Pedro, S. y González de la Fuente, A. (1975). Apuntes para una historia de la Formación Profesional en España. *Revista de Educación*, 239, 81-87.
- Fernández Orrico, F. J. (2012). La Seguridad Social de quienes participan en programas de formación, y otras tres figuras cercanas. *Revista de Información Laboral*, 9, 7-36.
- FMI. (2019). Perspectivas de la economía mundial. Abril de 2019. Recuperado de <<https://www.imf.org/es/Publications/WEO/Issues/2019/03/28/world-economic-outlook-april-2019>>.
- Gessler, M. y Peters, S. (2017). Implementation of Dual Training Programmes through the Development of Boundary Objects: A Case Study. *Educar*, 2(53), 309-331.
- Gómez-Millán Herencia, M. J. (2013). Aspectos novedosos del contrato para la formación y el aprendizaje tras las últimas reformas. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 119, 119-156.
- Gómez Rodríguez de Castro, F. (1992). La formación profesional en España: del Estatuto de 1928 a la LOGSE. *Revista Española de Pedagogía*, 192(50), 341-352.
- Grande Rodríguez, M. (1997). La formación profesional. De la Ley General de Educación a la LOGSE. *Historia de la Educación. Revista Interuniversitaria*, 16, 373-386.

- Greinert, W. D. (2004). European vocational training systems-some thoughts on the theoretical context of their historical development. *European Journal. Vocational Training*, 32, 18-25.
- Guindo Morales, S. y Ortega Lozano, P. G. (2019). El régimen jurídico de Seguridad Social de las prácticas remuneradas y de las prácticas no remuneradas: la nueva obligación de cotizar en ambos regímenes como sujetos asimilados a trabajadores por cuenta ajena. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 52, 358-393.
- Homs Ferret, O. (2008). *La formación profesional en España. Hacia la sociedad del conocimiento*. Colección Estudios Laborales, 25. Barcelona: Obra Social, Fundación «la Caixa». Recuperado de <http://www.oriolhoms.net/wp-content/uploads/2013/03/vol25_es.pdf>.
- Homs Ferret, O. (2016). La implantación en España de la formación profesional dual: perspectivas. *Revista Internacional de Organizaciones*, 17, 7-20.
- Lorenzo Vicente, J. A. (1998). La enseñanza media en España (1938-1953): el modelo establecido en la Ley de 20 de septiembre de 1938 y la alternativa del anteproyecto de 1947. *Historia de la Educación*, 17, 71-88.
- Lozano López de Medrano, C. (2007). *Ideología, política y realidad económica en la formación profesional industrial española (1857-1936)*. Barcelona: Milenio.
- Madariaga, C. de. (1933). *La formación profesional de los trabajadores*. Madrid: Aguilar.
- Marhuenda, F., Chisvert, M. J. y Palomares, D. (2016). La formación profesional dual en España. Consideraciones sobre los centros que la implementan. *Revista Internacional de Organizaciones*, 17, 43-63.
- Martínez Usarralde, M. J. (2015). Consideraciones a una ley paradigmática de la formación profesional española: la Ley de Formación Profesional Industrial (FPI) de 1955. *Participación Educativa*, 6(4), 107-112.
- Merino Pareja, R. (2005). Apuntes de historia de la formación profesional reglada en España. *Témpora. Revista de Historia y Sociología de la Educación*, 8, 211-236.
- Moreno Gené, J. (2019). La nulidad de las cláusulas convencionales limitativas del número de contratos para la formación y el aprendizaje. A propósito de la STS de 20 de noviembre de 2018. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 52, 435-456.
- Novo de Miguel, L. (1933). *La enseñanza profesional obrera y técnico-industrial en España*. Barcelona: Aribau.
- OECD. (2015). *Skills Outlook 2015: Youth, Skills and Employability*. Paris: OECD Publishing.
- OECD. (2017). *Getting Skills Right: Skills for Jobs Indicators*. Paris: OECD Publishing.
- OECD. (2018a). *Education Policy Outlook 2018: Putting Student Learning at the Centre*. Paris: OECD Publishing.
- OECD. (2018b). *Seven Questions about Apprenticeships: Answers from International Experience*. Paris: OECD Publishing.
- OIT. (2015). *Toward Solutions for Youth Employment. A 2015 Baseline Report*. Recuperado de <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/documents/publication/wcms_413826.pdf>.
- OIT. (2019). *World Employment Social Outlook. Trends 2019*. Recuperado de <<https://www.ilo.org/global/research/global-reports/weso/2019/lang--en/index.htm>>.
- Pin, J. R., Roig, M., Susaeta, L. y Apascaritei, P. (2014). *La Formación Profesional Dual como reto nacional*. Navarra: IESE Business School. Universidad de Navarra.

- Pineda, P., Ciraso, A. y Arnau, L. (2019). La FP dual desde la perspectiva del profesorado: elementos que condicionan su implementación en los centros. *Educación XX1*, 1(22), 15-43.
- Prats, J. y Raventós Santamaría, F. (2005). *Els sistemes educatius europeus. ¿Crisi o transformació?* Barcelona: Fundació «la Caixa».
- Riaz Hochleitner, R. (1969). El Libro Blanco. La educación en España. Bases para una política educativa (síntesis). *Escuela Española*, año XXIX, 1.707.
- Rico Gómez, M. L. (2013). Adiestrando a la juventud obrera: la política de formación técnica-industrial de la dictadura primoriverista. *Pasado y Memoria. Revista de Historia Contemporánea*, 12, 109-137.
- Rodríguez Cardo, I. A. (2012). La inclusión en el sistema de Seguridad Social de los becarios que desarrollan práctica en empresa: los RRDD 1493/2011 y 1543/2011. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 99, 45-86.
- Sarceda, M. C., Santos, M. C. y Sanjuán, M. M. (2017). La formación profesional básica: ¿alternativa al fracaso escolar? *Revista de Educación*, 378, 78-102.
- Sempere Navarro, A. V. (2013). La seguridad social de los becarios tras la anulación del RD 1707/2012. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 5, 111-121.
- Sotomayor Vázquez, A. (2017). Implantación y evolución de la formación profesional dual española. *Revista de Estudios e Investigación en Psicología y Educación*, N. E. 7, 58-61.
- Todolí Signes, A. (2015). La compleja e insatisfactoria regulación de las prácticas y las becas de trabajo. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 6, 61-80.
- Vega Gil, L. (1997). La reforma educativa en España (1970-1990). *Educar en Revista*, 13.



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



La cosa juzgada en el proceso especial de despido colectivo y su encaje en el derecho de la Unión Europea

Yolanda Maneiro Vázquez

*Profesora contratada doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Santiago de Compostela*

Extracto

A pesar de tratarse de una de las instituciones procesales más clásicas, la cosa juzgada sigue siendo fuente de numerosos debates en el ámbito del proceso laboral. Entre ellos, destacan los derivados de la eficacia de la sentencia que resuelve el despido colectivo impugnado por los representantes legales o sindicales de los trabajadores sobre los posteriores litigios individuales (art. 124.13 b) Ley reguladora de la jurisdicción social –LRJS–) y sus problemas de articulación con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del trabajador demandante, que carece de legitimación para impugnar dicho despido o adherirse siquiera a la demanda colectiva.

La posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del trabajador por el artículo 124.13 b) de la LRJS trasciende el ámbito de la regulación nacional (art. 24.1 Constitución española) y alcanza la protección de este derecho fundamental por el derecho de la Unión Europea, en particular, el artículo 47 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. La crítica jurisprudencial a esta situación ha conducido, incluso, al planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, que fue inadmitida por la sentencia Colino Sigüenza a través de una muy pobre y discutible argumentación, que no ha acallado las críticas jurisprudenciales internas. En este trabajo se pretende dar cuenta de esta nueva visión de la cosa juzgada desde el punto de vista de su integración en el derecho de la Unión Europea, cuya garantía procede, precisamente, de limitar su regulación por los derechos nacionales cuando esta le impone excesivas restricciones que podrían limitar la efectividad de derecho.

Palabras clave: cosa juzgada; derecho de la Unión Europea; seguridad jurídica; despido colectivo.

Fecha de entrada: 17-12-2019 / Fecha de aceptación: 24-12-2019

Cómo citar: Maneiro Vázquez, Y. (2020). La cosa juzgada en el proceso especial de despido colectivo y su encaje en el derecho de la Unión Europea. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 443, 65-96.



***Res iudicata* in collective redundancies and the European Union law**

Yolanda Maneiro Vázquez

Abstract

Despite being one of the most classical procedural institutions, *res iudicata* continues to be the source of numerous debates in the field of the labour process. Among them, those that stand out are those derived from the effectiveness of the sentence that resolves the collective dismissal challenged by the legal or union representatives of the workers on subsequent individual litigation (art. 124.13 b) LRJS) and its problems of articulation with the fundamental right to effective judicial protection of the plaintiff worker, who lacks the legitimacy to challenge said dismissal or even adhere to the collective demand.

The possible infringement of the worker's right to effective judicial protection by article 124.13 b) LRJS goes beyond the scope of national regulation (art. 24.1 EC) and extends to the protection of this fundamental right by European Union law, in particular article 47 of the European Charter of Fundamental Rights. Jurisprudential criticism of this situation has even led to the submission of a preliminary question to the Court of Justice, which was inadmissible by the Colino Sigüenza judgment through a very poor and questionable argument, which has not silenced the internal jurisprudential criticisms. The aim of this work is to give an account of this new vision of *res iudicata* from the point of view of its integration into European Union law, the guarantee of which comes precisely from limiting its regulation by national laws when this imposes excessive restrictions which could limit the effectiveness of the law.

Keywords: *res iudicata*; European Union law; legal certainty; collective redundancy.

Citation: Maneiro Vázquez, Y. (2020). *Res iudicata* in collective redundancies and the European Union law. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 443, 65-96.



Sumario

1. Una nueva vuelta de tuerca a la cosa juzgada en el proceso laboral
2. La difícil coordinación de la cosa juzgada en la impugnación por los trabajadores de la extinción de su contrato de trabajo derivada del despido colectivo
 - 2.1. La previa impugnación del despido colectivo por el empleador a través de la acción de jactancia del empresario
 - 2.2. La inexistencia de previa impugnación por los representantes de los trabajadores (art. 124.13 a) LRJS)
 - 2.3. La impugnación individual tras la previa impugnación por los representantes de los trabajadores (art. 124.13 b) LRJS)
3. La tutela judicial efectiva como derecho fundamental reconocido en la CDFUE y su posible contradicción con la cosa juzgada (art. 124 LRJS)
 - 3.1. La Sentencia del Tribunal de Justicia Colino Sigüenza
 - 3.2. El derecho a la tutela judicial efectiva previsto en la CDFUE
 - 3.3. Los estrictos límites impuestos a la tutela judicial efectiva del trabajador individual por la regulación de la cosa juzgada en el artículo 124.13 b) de la LRJS

4. A modo de conclusión

Referencias bibliográficas

Nota: este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades: «Retos del Derecho del Trabajo español ante la doctrina del Tribunal de Justicia en materia de política social y derechos fundamentales», con referencia RTI2018-097917-B-100.

1. Una nueva vuelta de tuerca a la cosa juzgada en el proceso laboral

Aun siendo un tema clásico en el ámbito procesal, en general, y en el proceso laboral, en particular, son innumerables las ocasiones en las que el Tribunal Supremo (TS) ha «debido ocuparse de aquilatar el llamado efecto positivo de la cosa juzgada»¹.

La regulación de la cosa juzgada ofrecida por la Ley de enjuiciamiento civil (LEC), aunque de aplicación supletoria al proceso laboral, no refleja las variadas e importantes especialidades de la cosa juzgada en el orden social, especialmente en cuanto a la incidencia de los procesos de naturaleza colectiva sobre los procesos individuales². Así, por ejemplo, el artículo 160.5 de la Ley reguladora de la jurisdicción social (LRJS) contiene para la modalidad especial de conflictos colectivos «la regulación de una modalidad singular de la proyección que en el proceso laboral haya de tener la cosa juzgada material establecida con carácter general» en el artículo 222 de la LEC³. La ausencia de una regulación específica y completa de esta figura en el ámbito procesal laboral se ha señalado como una de las causas principales de su conflictividad, en la medida en la que la LRJS solo ofrece un tratamiento puntual y específico de la cosa juzgada en determinadas situaciones (Menéndez, 2019, p. 27). Así sucede en materia de legitimación procesal para recurrir (art. 17.1 LRJS) la eficacia de la cosa juzgada en el proceso monitorio (art. 101 LRJS) y su influencia en procesos colectivos como los de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo (art. 138.4 LRJS), despido colectivo (art. 124 LRJS), conflictos colectivos (art. 160.5 LRJS) e impugnación de convenios colectivos (art. 166 LRJS).

Dentro de todos ellos, destacan los efectos de «prejudicialidad normativa» de la cosa juzgada derivada del proceso de conflictos colectivos, en la medida en que la sentencia dictada en el proceso de conflicto colectivo disfruta de:

[...] un efecto especial de carácter regulador o [...] normativo en la medida en que define el sentido en el que ha de interpretarse la norma discutida y por ello participa de alguna manera en el alcance y efectos propios de las normas extendiéndose su aplicación a los afectados por el conflicto⁴.

¹ Así lo reconoce la reciente Sentencia del TS (STS) de 25 de octubre de 2018 (rec. 203/2017).

² Un completo estudio de la cosa juzgada en el proceso social en Menéndez (2019).

³ STS de 25 de octubre de 2018 (rec. 203/2017).

⁴ STS de 11 de julio de 2012 (rec. 2176/2011).

No obstante, esta extensión lo hace «con categoría de norma, para que cada uno, tomando tal sentencia en su declaración de *premisa iuris*, pueda ejercer las acciones individuales de condena bajo el amparo de aquella sentencia que puso fin al proceso colectivo»⁵.

A su vez, el artículo 124 de la LRJS, regulador de la modalidad especial de impugnación del despido colectivo, comparte buena parte de su naturaleza con el proceso de conflictos colectivos, pero presenta importantes especialidades en materia de cosa juzgada que merecen una atención especial, sobre todo a la hora de valorar su integración y respeto al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del trabajador afectado por el despido. El citado artículo 124 de la LRJS regula varios supuestos en los que la sentencia resultante ejerce, por imperativo legal, fuerza de cosa juzgada sobre los procesos individuales que pudieran presentar los trabajadores afectados por el despido colectivo para impugnar la extinción de su propio contrato de trabajo. Las sucesivas modificaciones sufridas por este extenso y complejo artículo, fruto, a su vez, de continuas reformas laborales ocurridas durante el periodo 2012-2015, han provocado una redacción no excesivamente cuidada, que ha ocasionado numerosos problemas interpretativos, especialmente en relación con el alcance de la cosa juzgada en los procesos individuales.

Cuatro son las vías que ofrece la LRJS para la impugnación de un despido colectivo en función de la identidad de quien lo impugne. Las tres primeras tienen carácter colectivo, al igual que también lo tiene la sentencia que resulte de ellas. Es el caso de la impugnación por los representantes legales o sindicales de los trabajadores (art. 124.1 y 2 LRJS), la denominada «acción de jactancia» del empresario (art. 124.3) y el proceso de oficio iniciado por la autoridad laboral (art. 148 b). Por tal motivo, las causas de impugnación que se aleguen en estas vías procesales afectan a la validez misma del despido colectivo. La última vía de impugnación, en cambio, tiene carácter individual, pues permite a los trabajadores individuales afectados por el despido colectivo impugnar la extinción de su contrato de trabajo (arts. 120 a 123 y 124.13 LRJS) y, en consecuencia, la sentencia resultante limitará sus efectos a la concreta situación del trabajador demandante⁶.

Así las cosas, el procedimiento previsto en los artículos 120 a 123 de la LRJS, a través del cual el trabajador individual afectado por un despido colectivo puede impugnar la extinción de su contrato de trabajo, está dotado de diversas especialidades en materia de plazos, legitimación pasiva, contenido de la impugnación y eficacia de la sentencia.

⁵ STS de 11 de septiembre de 2019 (rec. 1650/2017).

⁶ En palabras de la STS de 20 de septiembre de 2013 (rec. 30/2013):

La diferenciación de las vías procesales del artículo 124 LRJS se apoya en último término en la distinción de los respectivos objetos de las acciones correspondientes. La acción del artículo 124.1 LRJS [...] tiene por objeto la decisión extintiva colectiva («despido colectivo»). La acción del actual artículo 124.13 [...] LRJS tiene por objeto los actos subsiguientes de despido formalizados por carta que se comunican a los trabajadores despedidos.

Estas especialidades dependerán, a su vez, de que el despido colectivo en el que se integra la extinción individual hubiera sido también impugnado por los representantes legales o sindicales del trabajador (art. 124.13 b) LRJS) o, por el contrario, no lo hubiera sido (art. 124.13 a) LRJS).

El trabajador individual carece, pues, de legitimación activa para impugnar un despido colectivo con eficacia general⁷. Se ha entendido que esta situación no vulnera su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, desde el momento en el que a dicho trabajador se le permite la impugnación individual⁸. No obstante, no puede ignorarse que, en determinadas situaciones, el trabajador podrá cuestionar la legalidad de su despido, no solo por las causas propias del despido objetivo (art. 52 Estatuto de los Trabajadores –ET–), sino también por la inexistencia, insuficiencia o ilicitud de la previa decisión de despido colectivo. En tal caso, la licitud de la decisión colectiva «constituye una cuestión previa determinante de la legalidad del despido individual que, como tal cuestión previa puede ser abordada en el litigio individual salvo en aquellos casos [...] en que haya sido objeto de un pronunciamiento judicial firme»⁹.

Esta vía no está exenta de dificultades sustantivas y, especialmente, procesales. El resultado de la impugnación colectiva será una sentencia con efectos de cosa juzgada positiva sobre las impugnaciones individuales que estuvieran pendientes de resolución o que puedan presentarse en el futuro. Como consecuencia, el trabajador no podrá plantear determinadas causas de nulidad del despido colectivo para fundamentar la nulidad de su extinción individual cuando dichas causas ya se hubieran planteado en un proceso colectivo anterior y hubieran sido resueltas por sentencia firme. Incluso se veta el acceso del trabajador

⁷ Ello es debido a que «la acción para impugnar el despido colectivo corresponde únicamente a los representantes legales o sindicales y solo podía activarse en el momento en el que se superaron los umbrales legales para la concurrencia del despido colectivo» (Sentencia de la Audiencia Nacional –SAN– de 27 de julio de 2012, proc. 127/2012).

⁸ Así, para Desdentado (2015, p. 289):

La entrada en un proceso colectivo –como es el de la impugnación del despido colectivo– está vedada de forma completa a los sujetos individuales, los cuales tienen para combatir el despido el cauce de impugnación individual del número 13 del artículo 124.

⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Castilla y León/Valladolid de 19 de noviembre de 2018 (rec. 231/2016):

Pero además de por la ilicitud de la decisión de despido colectivo, el despido individual puede ser cuestionado por otra serie de razones, incluida la insuficiencia o inexistencia de la decisión colectiva. Para ello pueden invocarse hechos anteriores al despido colectivo, pero también posteriores al mismo, siempre y cuando sean anteriores a la decisión de despido individual. En concreto hemos de pensar que la decisión colectiva puede resultar insuficiente para justificar un despido individual cuando después de producida la primera sobrevengan hechos nuevos que dejen sin contenido la decisión colectiva [como puede ser la desaparición de la causa que había justificado el despido colectivo].

a la impugnación de dichas causas cuando se hubiera alcanzado acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores en periodo de consultas y dicho acuerdo no hubiera sido impugnado por los representantes¹⁰.

Las reglas de coordinación entre los procesos en juego que ofrece el artículo 124 de la LRJS muestran una insuficiencia manifiesta ante las diferentes opciones que abre el propio precepto, sin llegar a resolverlas completamente. Así, la norma no contempla algunos de los distintos y complejos supuestos que pueden llegar a derivarse de la compatibilidad entre la impugnación colectiva y la individual. Uno de estos supuestos afecta, precisamente, al juego de la cosa juzgada entre ambos tipos de procesos. La confusa regulación legal ha merecido constantes respuestas de la doctrina judicial, que han tratado de ofrecer las pautas interpretativas necesarias para su correcto funcionamiento. Con todo, particularmente en esta cuestión, no se ha alcanzado un consenso definitivo y la propia doctrina judicial, como habrá ocasión de analizar, ha mostrado sus dudas sobre la compatibilidad entre el alcance de la cosa juzgada modulada por el artículo 124.13 de la LRJS y el derecho a la tutela judicial efectiva del trabajador individual, no solo a nivel interno (art. 24 Constitución española –CE–), sino también en el marco del derecho de la Unión Europea, que expresamente lo reconoce y lo garantiza en el artículo 47 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (CDFUE).

2. La difícil coordinación de la cosa juzgada en la impugnación por los trabajadores de la extinción de su contrato de trabajo derivada del despido colectivo

Como ya se ha analizado, la cosa juzgada juega un importante efecto en la modalidad procesal de despido colectivo, hasta el punto de que el artículo 124 de la LRJS contiene disposiciones específicas para regular sus efectos en otros procesos. Entre ellos, prevé la suspensión de las demandas individuales, así como de la demanda de oficio, tan pronto como se presente una demanda colectiva por los representantes legales o sindicales de los trabajadores. A estos efectos, el TS quiso señalar la litispendencia como antecedente lógico y temporal de la cosa juzgada, también en el ámbito del proceso de impugnación de despido colectivo frente a las demandas individuales que puedan presentarse¹¹.

¹⁰ STS de 2 de julio de 2018 (rec. 2250/2016). Recuérdese que esta sentencia, dictada por el Pleno de la sala, mereció un extenso voto particular presentado por seis magistrados, que defendieron la legitimación del trabajador individual para solicitar en su demanda la revisión de las causas del despido que no ha sido impugnado colectivamente.

¹¹ Para Menéndez (2019, p. 56): «Se trata de una prejudicialidad suspensiva –que no litispendencia porque no media la triple identidad que funciona en esta excepción procesal–, encaminada a evitar que una misma cuestión litigiosa se resuelva de modo diverso o contradictorio».

Así, lo ha indicado, en atención a tres elementos principales¹²: la demanda colectiva vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en él aparezca la colectiva como «anterior lógico» de lo que sea su objeto; la litispendencia requiere las tres identidades características de la cosa juzgada: objetiva, subjetiva y causal; y el objetivo de la litispendencia es también el de garantizar la seguridad jurídica e impedir la existencia de decisiones contradictorias.

Pero la naturaleza de la cosa juzgada no es idéntica en todos los supuestos previstos en el artículo 124 de la LRJS. En concreto, es posible encontrar tres referencias en este artículo a la cosa juzgada, en tres supuestos diferentes. En primer lugar, la sentencia firme que resuelva la acción de jactancia, esto es, la impugnación del despido por el empresario. Solo cuando el despido no haya sido previamente impugnado por los representantes de los trabajadores, la sentencia que resuelva la acción de jactancia empresarial producirá efectos de cosa juzgada positiva sobre las demandas individuales que pudieran plantear los trabajadores (art. 124.3 LRJS). En segundo lugar, la sentencia firme que resuelva la impugnación del despido planteada por los representantes legales o sindicales de los trabajadores producirá efectos de cosa juzgada sobre el proceso de oficio pendiente de resolución (art. 124.7 LRJS), así como, en tercer lugar, sobre los procesos individuales que pudieran presentar los trabajadores para impugnar su propia extinción contractual (art. 124.13 LRJS).

Como se ha indicado, los trabajadores individuales afectados por el despido colectivo están legitimados para impugnarlo judicialmente, a través de la modalidad especial regulada en los artículos 120 a 123 de la LRJS. Mediante esta vía procesal, los trabajadores podrán basar su pretensión en el incumplimiento de los requisitos formales de la extinción de su contrato (entre otros, falta de comunicación escrita de la extinción, o falta de puesta a disposición del trabajador de la indemnización correspondiente) y solicitar su improcedencia¹³. También podrán impugnar el incumplimiento de otras medidas de acompañamiento asumidas por el empresario en la negociación del despido colectivo, si bien, en este caso, la modalidad procesal que habrán de emplear para tal impugnación dependerá de la reclamación concreta que se presente.

Sea cual fuere el carácter de la impugnación individual, el artículo 124 de la LRJS prevé diversas especialidades en el juego de la cosa juzgada sobre los procesos individuales. Estos efectos serán más intensos en el caso de que el despido colectivo hubiera sido previamente impugnado por los representantes legales o sindicales de los trabajadores.

¹² STS de 2 de octubre de 2018 (rec. 3696/2017).

¹³ Entre otras, STS de 12 de mayo de 2015 (rec. 1731/2014).

2.1. La previa impugnación del despido colectivo por el empleador a través de la acción de jactancia del empresario

La acción de jactancia, regulada en el artículo 124.3 de la LRJS, permite al empresario impugnar su propia decisión extintiva en el caso de que los representantes legales o sindicales no la hubieran impugnado colectivamente en plazo de caducidad de 20 días del que disponen a estos efectos, desde la efectividad del despido.

Con todo, esta impugnación empresarial tiene un objeto muy limitado, pues el empresario solo podrá presentar la demanda «con la finalidad de que se declare ajustada a derecho su decisión extintiva». El empleador, en consecuencia, no podrá solicitar que el despido sea declarado nulo o no ajustado a derecho, aunque, como es obvio, la sentencia sí podrá contener una declaración de este tipo en el caso de que no sea estimada la pretensión empresarial.

La sentencia resultante, una vez firme, producirá efectos de cosa juzgada sobre los pleitos individuales que o bien ya hubieran planteado los trabajadores individuales, o bien puedan plantearse posteriormente, con independencia de la fase en la que se encuentren estos procesos. Para facilitar la eficacia de cosa juzgada, el artículo 124.3 de la LRJS ordena que se suspenda el cómputo del plazo de caducidad de los procesos individuales de despido, en la fase en la que se encontrasen, hasta la resolución de la acción de jactancia. Esta suspensión tiene la particularidad de aplicarse en cualquier momento en el que pudiera encontrarse el proceso individual, con la única excepción de que este ya hubiera sido resuelto por sentencia firme, ya sea pendiente de recurso de suplicación, de casación o de casación para la unificación de doctrina e, «incluso aunque en el recurso de casación unificadora no se hubiera invocado aquella como sentencia contradictoria». En particular, la incidencia de esta sentencia en el recurso de casación para la unificación de doctrina es tal que el TS ha dispensado el requisito de la contradicción (art. 219.1 LRJS), ante la preferencia de la cosa juzgada del pleito colectivo sobre el individual con el mismo objeto (art. 160.5 LRJS)¹⁴.

El efecto de cosa juzgada sobre las acciones individuales al que se refiere el artículo 124.3 y, por remisión, el artículo 160.5 de la LRJS es el positivo, de manera que la suspensión de la tramitación de las acciones individuales permite evitar que las mismas cuestiones se resuelvan de forma diversa o contradictoria¹⁵. Así lo indica el artículo 124 de la LRJS, que se remite expresamente a los términos indicados en el artículo 160.5 de la LRJS y, por lo tanto, requiere del cumplimiento de una condición: que los procesos individuales versen sobre idéntico objeto o guarden relación de directa conexidad con la pretensión que compone la acción de jactancia, que no es otra que la declaración de adecuación a derecho del despido colectivo.

¹⁴ En este sentido, *vid.* SSTS de 28 de noviembre de 2015 (rec. 428/2016), 17 de junio de 2015 (rec. 601/2014), 16 de junio de 2015 (rec. 608/2014) y 8 de febrero de 2018 (rec. 426/2016).

¹⁵ STS de 24 de julio de 2000 (rec. 2845/1999).

2.2. La inexistencia de previa impugnación por los representantes de los trabajadores (art. 124.13 a) LRJS)

La ausencia de impugnación del despido colectivo por los representantes de los trabajadores permite que el objeto del pleito individual pueda resultar mucho más amplio que en el supuesto contrario. Ante la falta de una decisión previa sobre la validez del despido colectivo, el trabajador individual podrá cuestionar en su demanda aspectos relativos a este, tales como la concurrencia o la validez de la causa, o el cumplimiento de sus requisitos formales. Precisamente para evitar que dicha impugnación colectiva pueda tener lugar con posterioridad y que sobre el mismo despido colectivo puedan recaer sentencias contradictorias, el artículo 124.13 a) 1.ª de la LRJS obliga a los trabajadores individuales a esperar durante los 20 días siguientes a la efectividad del despido, con el fin de permitir que, durante este plazo, puedan actuar los representantes legales o sindicales.

Así pues, en su demanda individual, el trabajador podrá impugnar el despido colectivo, entre otras cuestiones, porque no ha respetado el orden de preferencia atribuido a determinados trabajadores (art. 124.13 a) 2.ª LRJS) por las leyes, convenios colectivos o acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas (art. 124.13 a) 4.ª LRJS). También podrá impugnar el despido, solicitando su nulidad, por cualquiera de las causas de nulidad previstas en el artículo 122.2 de la LRJS, si el empresario no realizó el periodo de consultas, no hubiera entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del ET, no hubiera respetado el procedimiento establecido en el artículo 51.7 del ET o, en fin, no se hubiera obtenido la autorización del juez del concurso cuando esta fuese necesaria (art. 124.13 a) 3.ª LRJS). Cualquiera de estas cuestiones permitirá que en el proceso individual se conozcan y resuelvan aspectos propios y determinantes del despido colectivo, para cuya impugnación directa no está legitimado el trabajador individual, sin perder de vista que la sentencia dictada no afectará a la validez misma del despido colectivo y solo producirá efectos para el trabajador demandante.

Sin embargo, mucho más controvertida ha resultado la posible exclusión de la revisión de la causa del despido colectivo en el proceso individual, cuando dicho despido fuese el resultado de un previo acuerdo alcanzado en el periodo de consultas entre el empleador y los representantes legales o sindicales, o incluso la comisión *ad hoc* negociadora del despido. En este caso, la STS de 2 de octubre de 2018 extendió a dicho acuerdo la eficacia de la cosa juzgada, otorgándole el mismo valor que una sentencia judicial, puesto que el acuerdo alcanzado, que no ha sido sometido a ningún control judicial, impide que el trabajador pueda cuestionar en el pleito individual la existencia o veracidad de las causas del despido pactadas. Para la sala, sin embargo, esta interpretación se sustenta en dos pilares esenciales:

[...] la defensa y protección del acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores como la herramienta más adecuada para la resolución de estas situaciones de crisis, y la paralela prevalencia del proceso colectivo sobre el individual en la resolución de las discrepancias sobre aquellos aspectos que inciden por igual en todos los trabajadores afectados.

Ambas circunstancias llevan a la sala a considerar que «todo el sistema descansa en la consideración de que en el proceso individual únicamente cabe abordar las cuestiones estrictamente individuales atinentes singularmente a cada uno de los trabajadores demandantes».

Dicha sentencia fue objeto, sin embargo, de un amplio voto particular, en el que seis magistrados hicieron constar su discrepancia con la interpretación mayoritaria de la sala. En dicho voto particular se advierte de los desproporcionados efectos que, con la interpretación mayoritaria, se concede al acuerdo entre las partes. Al prohibir la revisión judicial de la causa legal del despido colectivo pactada se está creando una presunción *iuris et de iure* respecto de la existencia de la causa. El objetivo de asegurar una interpretación homogénea y de evitar sentencias contradictorias no justifica, para los magistrados discrepantes, el alcance concedido a esta interpretación que, afirman, afecta claramente a dos preceptos constitucionales. Por una parte, ocasiona la infraprotección del derecho al trabajo (art. 35 CE) ante la ausencia de una revisión judicial de la causa alegada¹⁶. Y, por otra, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del trabajador (art. 24.1 CE), ya que «la defensa de la tutela judicial efectiva del empleador no puede conducir a la negación de similar derecho a quien ha venido trabajando bajo su dependencia», especialmente cuando el artículo 124.13 a) de la LRJS sí permite tratar otras cuestiones de dimensión colectiva en el proceso individual, como es la nulidad por falta de periodo de consultas o por la falta de entrega de la documentación a los trabajadores.

2.3. La impugnación individual tras la previa impugnación por los representantes de los trabajadores (art. 124.13 b) LRJS)

Este es, sin duda, el supuesto más complejo en cuanto al juego de la cosa juzgada respecto de la sentencia colectiva sobre el pleito individual. De acuerdo con el artículo 124.13 b) 2.^a de la LRJS:

La sentencia firme o el acuerdo de conciliación judicial tendrán eficacia de cosa juzgada sobre los procesos individuales, por lo que el objeto de dichos procesos quedará limitado a aquellas cuestiones de carácter individual que no hayan sido objeto de la demanda formulada a través del proceso regulado en los apartados anteriores.

Es cierto que, en este supuesto, la sentencia colectiva no da lugar a un efecto de cosa juzgada positiva en sentido estricto, puesto que no llega a producirse un pronunciamiento judicial individual (Menéndez, 2019, p. 56). Este efecto se producirá respecto de las

¹⁶ Para los magistrados discrepantes con la sentencia, «una cosa es la carga probatoria sobre la vacuidad de la causa extintiva y otra la inadmisión de todo medio probatorio tendente a cuestionar el pacto sobre su robustez».

cuestiones resueltas en la sentencia colectiva (o por conciliación judicial), pero no de aquellas que, aunque pudieran haber sido objeto del proceso colectivo, no se hubieran tratado en él. Es el caso de los hechos nuevos sucedidos después del pronunciamiento en la sentencia sobre la decisión de despido colectivo, aunque anteriores al despido individual. Este hecho nuevo «sí puede llevar a la declaración de ilicitud del despido individual cuando implique la desconexión causal entre el despido individual y la previa decisión de despido colectivo». Obviamente, esta circunstancia solo afectará a la legalidad del despido individual, no a la primera decisión de despido colectivo, y, como habrá ocasión de comprobar, no supondrá una vulneración de la cosa juzgada positiva derivada de esta sentencia colectiva, porque en ella no hubo ocasión de tratar estas nuevas circunstancias sucedidas con posterioridad y, por lo tanto, estas no quedan afectadas por el efecto positivo de la cosa juzgada¹⁷.

La confusa redacción del artículo 124 de la LRJS, especialmente de su apartado 13, es producto de las sucesivas modificaciones de los años 2011 y 2012, que han ido reflejando el deseo del legislador de introducir especialidades en el tratamiento de la cosa juzgada en la modalidad especial de despido colectivo. La versión original de 2011 aún no incluía la modalidad especial de impugnación de despido colectivo¹⁸, debido a que la nueva regulación de este procedimiento se incorporó más tarde a la norma procesal, como consecuencia de su modificación por el artículo 23.5 del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero. En esta nueva versión del artículo 124 de la LRJS, se incorporó un apartado 11, en el que se reguló la posible impugnación individual de las extinciones contractuales derivadas del despido colectivo. Esta impugnación se remitió al procedimiento de despido por causas objetivas, regulado en los artículos 120 a 123 de la LRJS. Además, en el caso de que el despido colectivo hubiera sido impugnado por los representantes de los trabajadores, tras ordenar la suspensión de la demanda individual hasta la resolución de la colectiva por sentencia firme, se ordenó que esta «una vez firme tendrá eficacia de cosa juzgada sobre el proceso individual en los términos del apartado 3 del artículo 160» (que, posteriormente, pasaría a ser el apartado 5 de dicho precepto). Así las cosas, en ese momento, los términos de la eficacia de la cosa juzgada en el proceso especial de despido colectivo guardaban

¹⁷ En esta línea, las SSTs de 12 de marzo y 24 de septiembre de 2014 (recls. 673/2013 y 271/2013, respectivamente) ya habían señalado la pérdida de vigencia de la decisión empresarial colectiva por razón del cambio de circunstancias que afecten a la causa económica, técnica, organizativa o productiva que justificó la decisión colectiva.

¹⁸ El artículo 124 de la LRJS de 2011, titulado «Nulidad de la extinción colectiva de contratos», solo constaba del siguiente contenido:

El órgano judicial declarará nula, de oficio o a instancia de parte, la decisión empresarial de extinción colectiva de contratos de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, fuerza mayor o extinción de la personalidad jurídica del empresario, si no se hubiese tramitado la previa autorización administrativa u obtenido la autorización judicial del juez del concurso, en los supuestos en que esté legalmente prevista, así como cuando la medida empresarial se haya efectuado en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas. En tales casos la condena a imponer será la que establece el artículo 113.

directa relación con el funcionamiento de la cosa juzgada en el marco de los procesos especiales de conflicto colectivo¹⁹.

Fue la modificación efectuada por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, la que trasladó la impugnación individual de las extinciones derivadas del despido colectivo a su ubicación actual, en el apartado 13 del artículo 124 de la LRJS. Esta modificación no supuso un cambio esencial en cuanto a los efectos de la cosa juzgada. La modificación de mayor calado vino de la mano del Real Decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto, que introdujo la distinción entre el supuesto en el que el despido colectivo hubiera sido impugnado, o no lo hubiera sido, por los representantes de los trabajadores, manteniéndose esta misma redacción en la última modificación realizada por el artículo 11.1 de la Ley 1/2014, de 28 de febrero.

A la vista de esta evolución, los tribunales han apreciado que «la legislación procesal laboral contiene una previsión de mayor alcance en el artículo 124 de la Ley de jurisdicción social en relación con los despidos colectivos» respecto del tratamiento de la cosa juzgada ofrecida en el artículo 222 de la LEC. Es por esto por lo que la regulación procesal laboral en este ámbito se califica como:

[...] de naturaleza exorbitante y excede con mucho la previsión del régimen procesal ordinario civil, puesto que extiende la vinculación por el efecto de cosa juzgada a quienes ni fueron parte en el primer proceso ni pudieron serlo, como son los trabajadores individuales despedidos²⁰.

Además de lo anterior, también el legislador parece querer fortalecer los efectos de cosa juzgada propios del proceso de despido colectivo, respecto de los propios del proceso de conflictos colectivos, a los que en principio se remitía. Bien es cierto que se ha llegado a identificar absolutamente el tratamiento de la cosa juzgada en los artículos 124 y 160.5 de la LRJS²¹. Sin embargo, la fuerza de la cosa juzgada derivada de la sentencia de despido colectivo sobre los individuales parece ser aún mayor, si se atiende a los siguientes elementos:

¹⁹ Que, a su vez, bajo la denominación de «Celebración de juicio y sentencia», se regulaba en los siguientes términos:

De ser estimatoria de una pretensión de condena susceptible de ejecución individual, deberá contener, en su caso, la concreción de los datos, características y requisitos precisos para una posterior individualización de los afectados por el objeto del conflicto y beneficiados por la condena y especificar la repercusión directa sobre los mismos del pronunciamiento dictado. Asimismo deberá contener, en su caso, la declaración de que la condena ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente.

²⁰ Por todas, STSJ de Castilla y León/Valladolid de 19 de noviembre de 2018, citada.

²¹ Por todas, STS de 2 de octubre de 2018, citada:

[...] el efecto de cosa juzgada de la sentencia recaída en el procedimiento del artículo 124 de la Ley de la jurisdicción social es idéntico al que producen las sentencias recaídas en procedimiento de conflicto colectivo al amparo del artículo 160.5 de la misma ley.

a) La expresión empleada por el artículo 124.13 de la LRJS resulta mucho más rotunda que la derivada del artículo 160.5 de la LRJS. Aquel establece que las sentencias dictadas en los procesos de despido colectivo «tendrán eficacia de cosa juzgada sobre los procesos individuales», así como que el objeto de estos «quedará limitado» a las cuestiones no tratadas en el de despido colectivo. En cambio, el artículo 160.5 de la LRJS no resulta tan imperativo desde el momento en el que matiza los efectos de cosa juzgada de la sentencia colectiva sobre los procesos individuales «que versen sobre idéntico objeto o en relación de directa conexidad con aquel». Por lo tanto, abre un margen para evitar los efectos de la cosa juzgada cuando se acredite que el objeto de los pleitos no es idéntico o no guardan entre ellos directa conexidad.

Además, el artículo 160.5 de la LRJS no se restringe al objeto de la pretensión individual, ni lo limita a cuestiones que no hubieran sido tratadas en el proceso colectivo. Cuando establece que «el objeto de dichos procesos quedará limitado a aquellas cuestiones de carácter individual que no hayan sido objeto de la demanda formulada a través del proceso regulado en los apartados anteriores», no parece impedir que en la demanda individual puedan incluirse cuestiones colectivas (Bohigues, 2018, pp. 86-87). Simplemente excluye aquellas que sí fueron planteadas y resueltas por sentencia firme derivada del proceso de conflicto colectivo iniciado por los representantes legales o sindicales de los trabajadores. Inicialmente, sin embargo, la doctrina judicial sobre esta confusa expresión impidió que se cuestionasen en la demanda individual las causas del despido colectivo, «por razones de seguridad jurídica y de garantía de la eficacia de los mecanismos legales establecidos para la adopción de este tipo de medidas»²². Nótese que esta exclusión no guarda relación con una supuesta falta de legitimación del trabajador individual para plantear en su demanda cuestiones propias del despido colectivo. Esta opción la disfruta el trabajador en el supuesto de que el despido colectivo no hubiera sido impugnado por los representantes legales o sindicales (art. 124.13 a) LRJS) y la pierde en el caso contrario.

b) El artículo 124.13 b) de la LRJS es el único precepto en el que la ley, expresamente, reconoce eficacia de cosa juzgada a lo acordado en conciliación judicial. En este punto, la LRJS rompe con la tradicional tendencia de atribuir eficacia de cosa juzgada exclusivamente a lo resuelto por sentencia firme e, incluso, a la restrictiva interpretación que limitaba dicha eficacia de cosa juzgada a lo resuelto en el fallo, negándose a aquellas cuestiones que, aun habiendo sido parte del pleito, no fueron integradas en el fallo de la sentencia²³.

El acuerdo conciliatorio que produce efectos de cosa juzgada es, como no podía ser de otra manera, exclusivamente el que pudiera alcanzarse a través de la conciliación judicial, regulada en el artículo 84 de la LRJS. No se refiere, en cambio, a la conciliación administra-

²² STSJ de la Comunidad Valenciana de 15 de enero de 2014 (rec. 2563/2013), confirmada por Auto del TS de 2 de febrero de 2016 (rec. 1144/2014).

²³ Por todas, STS de 25 de octubre de 2018 (rec. 203/2017): «la firmeza de la sentencia no afecta solo a su pronunciamiento, sino también a todo lo que en ella se narra».

tiva previa al proceso, pues este trámite está excluido de este requisito por el artículo 64 de la LRJS y, además, dicho acuerdo, en el caso de que se produjese, carecería de todo control judicial. Por otra parte, ha de tenerse presente que la LRJS permite alcanzar acuerdos conciliatorios durante varios momentos a lo largo de la tramitación del proceso. Si bien la primera oportunidad es aquella en la que la conciliación judicial se lleva a cabo ante el letrado de la Administración de Justicia, con carácter previo a la celebración de la vista, eso no impide que tenga la misma eficacia que el acuerdo posterior, que pudieran alcanzar las partes ante el órgano judicial, en cualquier momento anterior a que se dicte sentencia e, incluso, durante la fase de ejecución de esta. El acuerdo habría de aprobarse directamente por la sala ante la que se estuviera celebrando el juicio por despido colectivo «mediante resolución oral o escrita documentada en el propio acuerdo» (art. 84.3 LRJS) y de él se extenderá la correspondiente acta (art. 84.4 LRJS). Ninguno de dichos acuerdos precisará de homologación judicial, sino que podrá ejecutarse por los trámites de ejecución de sentencias (art. 124.5 LRJS). Por supuesto, las partes legitimadas para alcanzar dicho acuerdo son las mismas que disfrutaban de legitimación activa y pasiva en la modalidad especial de impugnación del despido colectivo por los representantes legales y sindicales de los trabajadores. De nuevo, ha de entenderse incluida la legitimación de la comisión *ad hoc*, negociadora del despido colectivo, en el caso de inexistencia de dichos representantes y totalmente excluida la intervención en dicho acuerdo de los trabajadores individuales.

c) Al igual sucede con la sentencia dictada en el proceso colectivo, el acuerdo alcanzado en conciliación judicial producirá efectos de cosa juzgada cuando adquiera firmeza. Recuérdese que el acuerdo es impugnabile, en un plazo de caducidad de 20 días desde su celebración, tanto por quienes lo hubieran alcanzado, como por los terceros perjudicados por él, que, en este caso, podrían ser los trabajadores afectados por el despido colectivo²⁴. En consecuencia, no adquirirá firmeza y, por lo tanto, no producirá efectos de cosa juzgada, hasta que no transcurra el plazo de caducidad ofrecido para su impugnación, o hasta que esta no se resuelva, si se hubiera producido. En este segundo supuesto, la impugnación habría de llevarse a cabo por el procedimiento ordinario, con la dilación temporal que ello supone.

d) Como sucede en el proceso especial de conflictos colectivos en el que se basa e inspira, el artículo 124 de la LRJS permite a los representantes legales y sindicales que tengan «implantación suficiente en el ámbito del despido colectivo» asumir la defensa de todos los afectados por el despido colectivo, en virtud de la específica capacidad y poder de representación que les concede la propia ley. De acuerdo con esta particular sustitución procesal, la demanda presentada por un sujeto colectivo legalmente legitimado para ello extiende sus efectos, no solo a los afiliados, sino también a la totalidad de los trabajadores afectados por el despido colectivo y a los que la sentencia resultante pueda afectar posteriormente. No hay que olvidar que, además de los representantes legales o sindicales, se ha reconocido legitimación activa para la impugnación colectiva del despido a las comisiones *ad hoc*,

²⁴ De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 84.6 de la LRJS, la impugnación del acuerdo por «[...] los terceros perjudicados podrá fundamentarse en ilegalidad o lesividad».

en la medida en que no tendría sentido que se les reconociese la capacidad para extinguir contratos, pero no para impugnar de modo colectivo la decisión empresarial extintiva²⁵.

A través de esta representación procesal, los trabajadores individuales, que carecen de legitimación activa para presentar la demanda, acceden a los tribunales y adquieren una peculiar condición de parte, que permite preservar su derecho a la tutela judicial efectiva. Así las cosas, a los efectos de la cosa juzgada que produce la sentencia de despido colectivo, «el elemento subjetivo no viene constituido por la parte directamente interviniente, sino por los trabajadores representados»²⁶, como también sucede en el proceso de conflicto colectivo (art. 160 LRJS).

A su vez, para impugnar judicialmente el despido colectivo, los representantes legales o sindicales podrán emplear cualquiera de los motivos que, de forma tasada, ofrece el artículo 124.2 de la LRJS. Ahora bien, el ámbito objetivo que caracteriza a la modalidad colectiva y a la individual genera una doble y mutua limitación entre ambos. Así, el carácter colectivo de este proceso impide que puedan ser tratadas en él «en ningún caso» cuestiones de naturaleza individual, señaladamente «las pretensiones relativas a la inaplicación de las reglas de prioridad de permanencia previstas legal o convencionalmente o establecidas en el acuerdo adoptado en el periodo de consultas» (art. 124.2 LRJS). Estas cuestiones habrán de ser alegadas por los trabajadores afectados a través de la vía prevista por el artículo 124.13 de la LRJS.

A su vez, el objeto de las demandas presentadas por los trabajadores individualmente afectados por el despido quedará limitado a aquellas cuestiones de carácter individual que no hayan sido objeto de la demanda colectiva formulada por los representantes legales o sindicales (art. 124.13 b) 2.ª LRJS).

En este punto la norma es clara, al establecer tajantemente que «la sentencia firme o el acuerdo de conciliación judicial tendrán eficacia de cosa juzgada sobre los procesos individuales» (art. 124.13 b) 2.ª LRJS). La eficacia de la cosa juzgada sobre las demandas individuales posteriores o sobre las que estuvieran pendientes de tramitación es, pues, un efecto generado por la sentencia colectiva. Pero también, ha de añadirse, por el acuerdo alcanzado en conciliación judicial, de ser el caso. Como ya avanzaron algunos tribunales: «Si la conciliación por disposición legal puede sustituir a la sentencia, aquella producirá los mismos efectos sobre los procesos individuales porque [...] la demanda también se puede resolver por la conciliación judicial»²⁷.

²⁵ En este sentido, STS de 21 de abril de 2015 (rec. 311/2014).

²⁶ STSJ de Galicia de 13 de mayo de 2015 (rec. 4884/2014).

²⁷ STSJ de Galicia de 13 de mayo de 2015, citada. Para la sentencia, las reglas de coordinación entre la impugnación colectiva y la individual:

[...] no se ven alteradas porque se haya producido una conciliación judicial, es decir, por el hecho de que el proceso haya terminado o el conflicto se haya resuelto por un contrato homologado judicialmente: este, como contrato que es, podrá ser analizado e interpretado en el proceso individual de despido para ver en qué medida es aplicable al sujeto individual y, al mismo tiempo, coordinado con los parámetros específicos y diferentes del proceso individual que no pudieron ser tenidos en

En consecuencia, si una vez impugnado el despido colectivo por alguna de las causas indicadas en el artículo 124.2 de la LRJS los representantes de los trabajadores y el empresario alcanzasen un acuerdo transaccional sobre estos extremos, dicho acuerdo determinará la amplitud de la demanda individual que pudieran presentar los trabajadores afectados. Con todo, cabe preguntarse cuál es el alcance de la vinculación de estos acuerdos sobre el ámbito objetivo de las demandas individuales. En el caso de que el objeto del acuerdo fuese la concurrencia de las causas de despido, el trabajador individual quedará vinculado por dicho acuerdo, que le impedirá cuestionar la realidad de la causa pactada. No sucederá lo mismo respecto de otras cuestiones que pudieran contenerse en el acuerdo, pero que hubieran quedado fuera del ámbito del proceso colectivo²⁸. La doctrina judicial ha reconocido expresamente la posibilidad de cuestionar estas cuestiones en la demanda individual, como pueden ser:

[...] las bases de cálculo de la indemnización (antigüedad, cuantía del salario, módulo indemnizatorio...), la aplicabilidad al sujeto concreto, la procedencia de la extinción individual específica y en general todas aquellas cuestiones que a título individual solo se pueden plantear en demanda también individual.

De otro modo, se estaría concediendo al acuerdo «una eficacia superior (en extensión y tipo de efectos) a la de la sentencia que eventualmente se hubiera podido dictar»²⁹.

Nada impide que el acuerdo alcanzado en conciliación judicial pueda ser analizado e interpretado en el proceso individual, para determinar en qué medida resulta aplicable al trabajador y coordinar su aplicación con los parámetros específicos del proceso individual que no pudieron ser tenidos en cuenta en el colectivo. Entre ellos, por ejemplo, la concurrencia de:

[...] una causa de nulidad personal o la específica indemnización que correspondía a cada trabajador afectado tanto en la antigüedad, el salario o en relación con la existencia de un pacto que con fuerza de convenio colectivo vinculara a ese trabajador con su empresa; por otro, porque puede ser preciso comprobar si el acuerdo que contempla extremos que no podían ser objeto de la demanda colectiva respeta completamente los límites legales o convencionales, por ejemplo, en cuanto al mínimo de indemnización³⁰.

cuenta en el proceso colectivo porque, por un lado, la demanda en este proceso no podía versar sobre, por ejemplo, una causa de nulidad personal o la específica indemnización que correspondía a cada trabajador afectado tanto con relación a la antigüedad, al salario, o con relación a la existencia de un pacto que con fuerza de convenio vinculara a ese trabajador con su empresa; por otro, porque puede ser preciso comprobar si el acuerdo que contempla extremos que no podían ser objeto de la demanda colectiva respeta completamente los límites legales o convencionales, por ejemplo, en cuanto al mínimo de indemnización.

²⁸ En este sentido, la STSJ de Galicia de 13 de mayo de 2015, citada.

²⁹ STSJ de Galicia de 13 de mayo de 2015, citada.

³⁰ STSJ de Galicia de 13 de mayo de 2015, citada.

Desde la óptica contraria, la sentencia que declare el carácter injustificado o nulo de la extinción tendrá importante repercusión en el proceso de despido colectivo (Maneiro, 2016, pp. 554 y ss.). Conforme a recientes criterios jurisprudenciales, los despidos disciplinarios reconocidos como improcedentes por la empresa, o bien las extinciones por causas no imputables al trabajador, computan efectivamente para el cálculo de los umbrales del despido colectivo³¹. Además, esa conclusión no puede hacerse depender de la posible suscripción de finiquitos por los trabajadores afectados por el despido colectivo o de que estos hubieran evitado impugnar individualmente sus despidos. En esta línea, los tribunales han indicado que para que un despido inicialmente no computable en términos de despido colectivo «pase a ser computable, ha de calificarse dicha extinción como despido improcedente o nulo»³². Y dicha calificación podrá obtenerse por tres vías: por acuerdo entre la empresa y el trabajador, por posterior sentencia judicial, o como cuestión previa ante el mismo tribunal que está conociendo del despido colectivo.

En el caso de que se presente como cuestión previa, la sala habría de analizar «caso a caso cada uno de los despidos y extinciones conflictivos para incluirlos o excluirlos del cómputo». La sala podrá conocer de estas cuestiones previas tanto si el despido individual hubiera sido pactado entre el empresario y el trabajador, como en el caso de que hubiera un proceso judicial abierto aún no concluido por sentencia firme. En el primer caso, ni el pacto individual entre el empresario y el trabajador, ni la posible conciliación extrajudicial respecto de los despidos individuales constituyen cosa juzgada respecto de la demanda de despido colectivo³³, ya que, entre otras razones, no es fruto de una sentencia firme.

3. La tutela judicial efectiva como derecho fundamental reconocido en la CDFUE y su posible contradicción con la cosa juzgada (art. 124 LRJS)

3.1. La Sentencia del Tribunal de Justicia Colino Sigüenza³⁴

La compatibilidad entre la restrictiva regulación de la cosa juzgada en los procesos colectivos laborales, particularmente en el caso del proceso especial de despido colectivo, y el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 47 de la CDFUE no ha llegado

³¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 2015, Christian Pujante Rivera contra Gestora Clubs Dir, SL, y Fondo de Garantía Salarial, asunto C-422/14.

³² SAN de 14 de mayo de 2014 (proc. 66/2014).

³³ SAN de 27 de julio de 2012 (proc. 127/2012).

³⁴ Sentencia de 7 de agosto de 2018, Jorge Luis Colino Sigüenza contra Ayuntamiento de Valladolid y otros, asunto C-472/16.

a ser analizada por el Tribunal de Justicia³⁵, que se mostró «escurridizo» (Gárate, 2018, p. 32) sobre la cuestión, en la única ocasión en la que fue cuestionado sobre ello: la sentencia Colino Sigüenza, de 7 de agosto de 2018. Esta sentencia tuvo su origen en una cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León/Valladolid, en el marco de una transmisión de empresas entre el Ayuntamiento de Valladolid y dos empresas privadas dedicadas a la gestión y explotación de la escuela de música de esta ciudad. La particularidad de este caso reside en que la contrata se perdió antes de que la Administración asignara la explotación de la actividad, 5 meses más tarde, a otra empresa. Por la complejidad del supuesto de hecho y su trascendencia para la comprensión del papel de la cosa juzgada en estos supuestos, procede resumir brevemente el origen del conflicto³⁶.

Unos meses después de la extinción colectiva y sin que se hubiera reanudado la actividad, el ayuntamiento adjudicó el contrato a una nueva empresa. Aunque esta inició la actividad transcurridos unos meses y la mantuvo durante tres cursos académicos, no contrató a ninguno de los trabajadores que fueron despedidos por la contratista anterior. Ante esta situación, los trabajadores impugnaron sus despidos ante el Juzgado de lo Social, que desestimó su impugnación amparándose en los efectos de cosa juzgada producidos por la anterior sentencia sobre despido colectivo del TSJ de Castilla y León/Valladolid de 19 de junio de 2013 sobre las demandas individuales que pudieran presentar todos los trabajadores afectados por este.

Ante esta situación, la Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León/Valladolid presentó una interesantísima cuestión prejudicial, que puso en cuestión el acomodo a la Directiva 2001/23/CE y al artículo 47 de la CDFUE de una interpretación del artículo 124 de la

³⁵ En dicha sentencia se indicó que «el auto de remisión no contiene suficiente información sobre el marco jurídico nacional aplicable» puesto que «el tribunal remitente no aporta información alguna sobre la aplicación del principio de eficacia de cosa juzgada, en el sentido de lo dispuesto» en el artículo 124.13 b) de la LRJS. Además, indica:

[...] el artículo 160, apartado 5, de esta ley, al que remite su artículo 124, apartado 13, letra b), dispone que los efectos de cosa juzgada se limitan al objeto del procedimiento [y] el auto de remisión no contiene información alguna sobre el artículo 160, apartado 5, de dicha ley y, por otra parte, como señaló en la vista el Gobierno español, para examinar si el objeto del procedimiento es idéntico, en el caso de autos, debido a la naturaleza colectiva tanto del despido como del traslado, que afectan a toda la plantilla, deberían tomarse también en consideración otras disposiciones del derecho procesal español.

³⁶ El señor Colino Sigüenza trabajó como profesor de música durante los años 1996 y 1997 por cuenta del Ayuntamiento de Valladolid y pasó, en 1997, a prestar servicios para la contratista, que asumió a parte de los trabajadores del ayuntamiento. Por causa de la disminución de alumnos, en febrero de 2013, la contratista solicitó la resolución del contrato de adjudicación del servicio por incumplimiento del ayuntamiento y, en marzo, inició un periodo de consultas para extinguir los contratos y cesar en su actividad que finalizó sin acuerdo y con declaración de concurso en julio de ese año. Los representantes legales de los trabajadores, por su parte, presentaron demanda ante el TSJ de Castilla y León/Valladolid, que fue desestimada por Sentencia de 19 de junio de 2013, al igual que también lo fue el recurso de casación ante el TS.

LRJS, según la cual el efecto de cosa juzgada de la sentencia firme (o del acuerdo de conciliación judicial) que resuelva la impugnación del despido colectivo llevada a cabo por los representantes de los trabajadores impide que órgano judicial pueda pronunciarse en el posterior proceso individual de impugnación que pueda instar cada uno de los trabajadores afectados.

Como se ha indicado, aunque el Tribunal de Justicia declaró inadmisibile esta cuestión prejudicial, argumentando que:

[...] el tribunal remitente no aporta información alguna sobre la aplicación del principio de eficacia de cosa juzgada, en el sentido de lo dispuesto en el artículo 124, apartado 13, letra b), de la Ley reguladora de la jurisdicción social.

Añadió a ello que:

[...] el artículo 160, apartado 5, de esta ley, al que remite su artículo 124, apartado 13, letra b), dispone que los efectos de cosa juzgada se limitan al objeto del procedimiento. Pues bien, por una parte, el auto de remisión no contiene información alguna sobre el artículo 160, apartado 5, de dicha ley y, por otra parte, como señaló en la vista el Gobierno español, para examinar si el objeto del procedimiento es idéntico, en el caso de autos, debido a la naturaleza colectiva tanto del despido como del traslado, que afectan a toda la plantilla, deberían tomarse también en consideración otras disposiciones del derecho procesal español.

La adecuación de la cosa juzgada a la normativa comunitaria sí se analiza brevemente en las Conclusiones presentadas por el abogado general, señor Evgeni Tanchev. Como él mismo indica, solo aborda esta cuestión incidentalmente, para el supuesto, nada probable, de que el resultado de las dos cuestiones anteriores, que sí fueron admitidas, fuera positivo. En sus Conclusiones, el abogado general destaca que:

El litigio principal tiene por objeto hechos que acaecieron con posterioridad y con otro posible cesionario. [...] Los hechos acaecidos en una fecha posterior no pudieron ser discutidos en el procedimiento colectivo que, según la explicación del tribunal remitente en su auto de remisión, se limitó a los hechos tal y como se presentaban en el momento en que se celebró el juicio oral en el procedimiento colectivo, es decir, el 22 de mayo de 2013. Por consiguiente, la reanudación de la escuela en septiembre de 2013 por parte de In-pulso no formó parte del objeto del procedimiento colectivo.

Por tanto, el efecto de cosa juzgada no excluiría una posterior declaración de existencia de una transmisión en el procedimiento individual, conforme al derecho español, puesto que el anterior procedimiento colectivo no abordó la cuestión de una transmisión a In-pulso. Esto no solo ha sido confirmado por el Gobierno

español y la Comisión, sino también, como acertadamente ha señalado la Comisión, por el órgano jurisdiccional de primera instancia en el asunto principal (el Juzgado de lo Social núm. 4 de Valladolid), que no basó su apreciación respecto a la transmisión a In-pulso en consideraciones de cosa juzgada, sino que resolvió la cuestión en cuanto al fondo declarando que, a su juicio, una fase de inactividad de 5 meses era demasiado prolongada como para declarar que se había producido una transmisión.

Es especialmente destacable el párrafo en el que el abogado general resalta de modo expreso que:

[...] el tribunal remitente no ha preguntado al Tribunal de Justicia si el hecho de que en su resolución sobre el despido individual se hallara vinculado por la apreciación de la existencia de razones económicas de la anterior sentencia en el procedimiento colectivo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 19 de junio de 2013 infringía el artículo 47 de la Carta, sino que ha limitado su cuestión al aspecto relativo a una transmisión.

Frente a esta situación, y dentro del gran número de sentencias dictadas por el indicado TSJ en respuesta a las abundantes demandas presentadas, resultan especialmente relevantes dos sentencias. La primera de ellas es la STSJ de Castilla y León/Valladolid de 19 de noviembre de 2018 (rec. 231/2016), por haber sido dictada en directa aplicación de la sentencia Colino Sigüenza. En ella, la sala aborda el efecto de la cosa juzgada en relación con la sucesión empresarial, cuando los hechos relativos a esta solo aparecen completos en el momento de la vista del despido individual, pero no existían cuando se produjo el despido colectivo y estaban solamente en una fase muy inicial en el momento de la vista de proceso de impugnación de dicho despido.

La segunda sentencia, más relevante a los efectos de determinar la eficacia de la cosa juzgada derivada de la sentencia colectiva sobre la impugnación individual del trabajador, es la dictada por el mismo TSJ de Castilla y León/Valladolid de 21 de noviembre de 2018 (rec. 627/2016). El trabajador recurrió en suplicación a la sala, argumentando que los efectos de la sentencia colectiva no podían afectarle directamente, en la medida en la que él carecía de legitimación para iniciar el procedimiento de despido colectivo. Esta sentencia se queja abiertamente de la falta de comprensión del Tribunal de Justicia sobre el alcance de la pregunta planteada. Argumenta la sala que:

[...] en ningún momento preguntó al tribunal europeo sobre el alcance e interpretación del principio de cosa juzgada en el derecho español, ni hubiera sido competencia de dicho tribunal, sino de los órganos judiciales españoles (en última instancia del Tribunal Supremo unificando doctrina y fijando jurisprudencia), la interpretación de la cosa juzgada prevista en la legislación española.

Por el contrario, lo que la sala pretendió cuestionar no era otra cosa que:

[...] si en el caso de interpretarse que el tribunal que debe resolver el litigio de despido individual tiene prohibido apartarse de la sentencia firme anterior recaída en el proceso colectivo ello era incompatible con el derecho de tutela judicial efectiva de la Carta.

La sala insiste en reiterar las dudas que alberga sobre la compatibilidad de la regulación de la cosa juzgada en el artículo 124.13 de la LRJS con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 47 de la CDFUE. La incompatibilidad advertida por la Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León surge respecto de la cosa juzgada material prevista por el artículo 124.13 b) 2.ª de la LRJS, que ordena que se vincule irremisiblemente el objeto del proceso individual a lo resuelto en la sentencia del proceso colectivo o, incluso, a lo acordado en conciliación judicial. Esta vinculación afectará también a quien no fue parte en el proceso colectivo.

Sin perjuicio de acudir, como aquí ha sucedido, al planteamiento de cuestiones prejudiciales, el tribunal tiene la potestad de plantear, de oficio o a instancia de parte, al Tribunal Constitucional (TC) la posibilidad de que una norma con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, de conformidad con lo establecido en los artículos 165 de la CE y 35 de la Ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC), cuyo planteamiento producirá la suspensión de las actuaciones hasta que el TC se pronuncie sobre su admisión y resuelva definitivamente sobre la cuestión.

Igualmente, el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) faculta a cualquier órgano jurisdiccional para presentar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea peticiones de decisión prejudicial sobre la interpretación de los tratados o sobre la validez o interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo y resolver el litigio que esté conociendo. En ambos casos, la llamada prejudicialidad constitucional y comunitaria debe atender a disposiciones legales. A través de ella, en cambio, no se podrán calificar hechos ni tomar decisiones sobre relaciones jurídicas controvertidas.

3.2. El derecho a la tutela judicial efectiva previsto en la CDFUE

Bajo el título «Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial», el artículo 47 de la CDFUE establece lo siguiente:

Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo.

Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar.

Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia.

El derecho a la tutela judicial efectiva, tal y como se enuncia en este artículo, beneficia a toda persona «cuyos derechos y libertades garantizados por el derecho de la Unión» hubieran sido vulnerados. Ha de tenerse en cuenta que, especialmente desde las convulsiones jurisprudenciales iniciadas por la actividad del Tribunal de Justicia desde el año 2015, la regulación del despido colectivo dista mucho de ser una cuestión estrictamente legal y nacional. Así pues, el trabajador afectado por un despido colectivo y que desee impugnarlo judicialmente ha de tener en cuenta la regulación de esta cuestión en el artículo 51 del ET, pero también diversos elementos que no están necesariamente comprendidos en dicho artículo y que son el resultado de una compleja evolución legislativa y jurisprudencial derivada, en buena parte, de las sucesivas reformas laborales ocurridas desde 2012 y de la adecuación de la legislación nacional a la normativa de la Unión Europea.

En primer lugar, el artículo 51 del ET, en su versión resultante de la reforma laboral de 2012, es fruto de la incorporación al derecho interno de dos directivas: la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, y la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad. A este acervo legislativo ha de sumarse la importantísima trascendencia que, sobre la interpretación de este artículo, se ha derivado de las sentencias del Tribunal de Justicia dictadas en los últimos años³⁷. Señaladamente, las sentencias Rabal Cañas³⁸ y Pujante Rivera³⁹ han modificado asentados criterios interpretativos existentes hasta el momento y han obligado a reinterpretar el artículo 51 del ET a la luz de la normativa europea, hasta el punto de convertir al órgano judicial en un seudolegislador, que suple la duradera inactividad de este (Maneiro, 2018).

En consecuencia, parece claro el cumplimiento de la primera premisa del artículo 47 de la CDFUE, que condiciona el derecho a la tutela judicial efectiva a la lesión de derechos

³⁷ Sobre esta cuestión, un completísimo análisis en Molina (2017, pp. 339 y ss.).

³⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de mayo de 2015, Andrés Rabal Cañas contra Nexea Gestión Documental, SA, y Fondo de Garantía Salarial, asunto C-392/13.

³⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 2015, Christian Pujante Rivera contra Gestora Clubs Dir, SL, y Fondo de Garantía Salarial, asunto C-422/14.

y libertades garantizados por el derecho de la Unión Europea. Como bien hizo constar la referida STSJ de Castilla y León/Valladolid de 19 de noviembre de 2018, dicho artículo 47 forma parte de aquellos derechos fundamentales reconocidos de forma plena e incondicionada por los ordenamientos nacionales, como así lo hace el artículo 24 de la CE⁴⁰, que no ha precisado de desarrollo normativo, ni por parte de la Unión Europea ni tampoco del ordenamiento interno⁴¹.

Esta circunstancia conduce a dos consecuencias relevantes. En primer lugar, en su condición de derecho originario, el derecho a la tutela judicial efectiva resulta de aplicación directa a todos los sujetos públicos y privados. Y como tal derecho fundamental derivado de la CDFUE, puede ser invocado en cualquier pleito nacional entre sujetos públicos y privados relativo a una situación cubierta por el derecho de la Unión Europea y comprendido en el ámbito de aplicación de la CDFUE. La segunda consecuencia, no menos importante, afecta al contenido del derecho. En tanto que directamente aplicable, este derecho fundamental no precisa desarrollo normativo por los Estados. Esto no impide, sin embargo, que, como sucede en el caso español, los Estados puedan dictar normas que modulen su ejercicio. Ahora bien, cualquier limitación que pretenda imponerse al derecho a la tutela judicial efectiva, en su condición de derecho fundamental reconocido por la CDFUE:

[...] deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, solo podrán introducirse limitaciones cuando 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 (art. 52.1 CDFUE).

A la vista de las limitaciones que el artículo 124.13 b) 2.^a de la LRJS impone al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, la STSJ de Castilla y León/Valladolid de 19 de noviembre de 2018 ha calificado su regulación como «manifiestamente contraria a la Carta». Es en este punto donde la actuación del TSJ, si bien comprensible, no puede dejar de calificarse como excesivamente cautelosa. A estas alturas del razonamiento jurídico, y una vez asumida la restricción que el artículo 124 de la LRJS impone al derecho fundamental indicado, la sala habría tenido la posibilidad de inaplicarlo, incluso de oficio, sin necesidad de solicitarlo

⁴⁰ Al respecto, el artículo 52.4 de la CDFUE establece que: «En la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones».

⁴¹ Es diferente la situación de otros derechos fundamentales, también reconocidos en la CDFUE, que requieran de desarrollo normativo por el derecho de la Unión o por los derechos de los Estados. En ausencia de tal desarrollo, estos derechos no pueden ser directamente aplicados. Así lo ha indicado, entre otras, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de enero de 2014, *Association de médiation sociale* contra *Union locale des syndicats CGT* y otros, asunto C-176/12.

previamente ni de esperar su derogación, ya fuese por el legislador o a través de cualquier otro procedimiento constitucional⁴², como el recurso de inconstitucionalidad.

La exigencia de una interpretación conforme del derecho nacional es inherente al régimen del tratado en la medida en que permite al órgano jurisdiccional nacional garantizar, en el marco de sus competencias, la plena efectividad del derecho de la Unión cuando resuelve el litigio de que conoce⁴³.

Por ello, corresponde a los jueces nacionales garantizar, en el marco de su competencia, la protección jurídica que confiere el derecho de la Unión a los justiciables y la eficacia plena de los principios fundamentales del derecho de la Unión, dejando si es preciso sin aplicación cualesquiera disposiciones de la normativa nacional contrarias a aquellos⁴⁴. La facultad así reconocida al juez nacional por el segundo párrafo del artículo 267 del TFUE, de solicitar una interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia antes de dejar sin aplicación la disposición nacional contraria al derecho de la Unión, no puede, sin embargo, entenderse como una obligación, salvo en el caso de los órganos contra cuyas decisiones no quepa recurso. En efecto, en virtud del principio de primacía del derecho de la Unión, una normativa nacional contraria que esté comprendida dentro del ámbito de aplicación del derecho de la Unión debe dejarse sin aplicación⁴⁵. Y ello aun cuando su derecho interno, como sucede en el derecho español, no permita al juez abstenerse de aplicar una disposición nacional que estime contraria a la Constitución sin que dicha disposición haya sido previamente declarada inconstitucional por el TC.

No existía, por lo tanto, obligación alguna para el TSJ de Castilla y León de plantear ni una cuestión de inconstitucionalidad ante el TC que declarase que el artículo 124 de la LRJS vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva, ni tampoco una cuestión prejudicial por la que el Tribunal de Justicia pudiera entender la oposición del referido artículo al artículo 47 de la CDFUE, al ser recurrible en casación para la unificación de doctrina la sentencia dictada por el TSJ. Por lo tanto, tal clara convicción de que la regulación de la cosa juzgada contenida en el artículo 124 de la LRJS vulneraba el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva hubiera permitido a la sala la directa inaplicación de este precepto. Pese a ello, el TSJ optó por la prudencia, y planteó una cuestión prejudicial en este sentido que, sin embargo, no obtuvo respuesta por parte del Tribunal de Justicia.

⁴² Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de enero de 2010, Seda Küçükdeveci contra Swedex GmbH & Co. KG., asunto C-555/07.

⁴³ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 5 de octubre de 2004, Bernhard Pfeiffer, asunto C-397/01.

⁴⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de noviembre de 2005, Werner Mangold contra Rüdiger Helm, asunto C-144/04.

⁴⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de noviembre de 2005, Werner Mangold, citada.

El TSJ de Castilla y León hizo gala, de nuevo, de prudencia en un segundo momento, en su Sentencia de 21 de noviembre de 2018 (rec. 627/2016) cuando, una vez inadmitida la cuestión prejudicial, hubo de decidir, por segunda vez, entre inaplicar directamente la regulación legal de la cosa juzgada del artículo 124 de la LRJS, o bien, como finalmente hizo, tratar de encontrar una solución alternativa que evitase este problema. Pese a haber elegido esta segunda opción, la sala quiso reiterar:

[...] [sus] serias dudas sobre la compatibilidad con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en la Carta europea de una aplicación del efecto positivo de la cosa juzgada material que implique vincular irremisiblemente a lo resuelto en la sentencia del proceso colectivo a quien no fue parte en el mismo, salvo que se acreditase que consintió en su representación colectiva en aquel litigio (lo que en este caso es probable, pero no consta).

Sin embargo, optó por salvar «tal problema» a través de otra interpretación, fundamentada en los hechos posteriores ocurridos tras el despido colectivo, que hizo innecesario un pronunciamiento respecto a tan relevante cuestión.

3.3. Los estrictos límites impuestos a la tutela judicial efectiva del trabajador individual por la regulación de la cosa juzgada en el artículo 124.13 b) de la LRJS

La Sentencia de 21 de noviembre de 2018 no deja de plantear interesantes cuestiones sobre la adecuación de la regulación nacional de la tutela judicial efectiva en el artículo 124.13 b) de la LRJS a los requisitos exigidos por el artículo 47 de la CDFUE. Así sucede que la regulación laboral contenida en dicho artículo resulta ser considerablemente más restrictiva que la tradicional regulación de la cosa juzgada en el proceso civil. Mientras que esta última requiere de la existencia de una identidad objetiva, subjetiva y causal –más intensa en el efecto negativo de la cosa juzgada que en el positivo– entre los dos procesos (art. 222 LEC), esta identidad objetiva y subjetiva no se exige por el artículo 124.13 b) de la LRJS para que el proceso colectivo produzca efectos de cosa juzgada sobre los individuales.

La identidad subjetiva gira «sobre la condición de parte efectiva en el proceso»⁴⁶. El TS ha declarado que la ausencia de identidad subjetiva entre los procesos no excluye directamente la existencia de litispendencia o cosa juzgada, ya que es necesario comprobar que la falta de identidad tiene suficiente interés en el resultado del proceso. Se trata, pues, de un requisito

⁴⁶ Sentencia del TC (STC) 5/2009, de 12 de enero.

real y no simplemente formal⁴⁷. Dicha identidad subjetiva desaparece desde el momento en el que se le otorga a los representantes legales o sindicales de los trabajadores (Nogueira, 2001, pp. 704 y ss.) e, incluso, a la comisión *ad hoc* que hubiera negociado el despido colectivo la «representación exorbitante» que no requiere, siquiera, de autorización expresa por parte de los trabajadores representados. La modificación sufrida por la redacción del artículo 124 de la LRJS en sus sucesivas reformas ha eliminado la legitimación del trabajador individual para iniciar el proceso destinado a impugnar el acto administrativo que autorizaba el despido colectivo y, en todo caso, para comparecer en el proceso iniciado por otro. En expresión empleada por la STSJ de Castilla y León/Valladolid de 21 de noviembre de 2018:

[...] ningún problema se suscitaba desde el punto de vista de la tutela judicial efectiva del mismo. Cada uno de los procesos (el de impugnación del acto administrativo autorizador y el de impugnación del despido individual) tenía un objeto separado y en ambos podía personarse y ejercitar pretensiones el trabajador individual.

Esta situación solo se mantiene ahora para la impugnación de los despidos colectivos por fuerza mayor, al ser los únicos que todavía requieren autorización administrativa. En el resto de los despidos colectivos, el trabajador individual tiene vetada su intervención como parte en el proceso judicial, a pesar de resultar plenamente afectado por la sentencia que se dicte:

[...] sin haber podido articular sus propios argumentos y su defensa, sometido a la actuación procesal de un sujeto colectivo (sindicato, representación legal de los trabajadores o asociación patronal) con la que puede discrepar y de la que puede pensar que fue deficiente o insuficiente⁴⁸.

Y no ha de olvidarse que la actuación de estos representantes afecta al núcleo esencial de los derechos del trabajador, como es la pervivencia de su contrato de trabajo, de la que dependen el resto de sus derechos laborales.

Para la referida sentencia, el hecho de que la presunción de representación de los sujetos colectivos que contiene el artículo 124.13 b) de la LRJS exceda, incluso, el carácter *ius tantum* que a tal representación le concede el artículo 20 de la LRJS⁴⁹:

⁴⁷ STS de 11 de julio de 2019 (rec. 77/2018).

⁴⁸ STSJ de Castilla y León/Valladolid de 21 de noviembre de 2018, citada.

⁴⁹ El artículo 20.2 de la LRJS dispone lo siguiente:

En la demanda, el sindicato habrá de acreditar la condición de afiliado del trabajador o empleado y la existencia de la comunicación al afiliado de su voluntad de iniciar el proceso. La autorización se presumirá concedida salvo declaración en contrario del afiliado. En el caso de que no se hubiese otorgado esta autorización, el trabajador o empleado podrá exigir al sindicato la responsabilidad que proceda, que habrá de decidirse en proceso social independiente.

[...] resulta exorbitante y extraño a un sistema procesal compatible con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva [...] es una representación obligatoria en favor de cualesquiera sujetos colectivos (incluyendo hasta los representantes *ad hoc*), permitiendo incluso que un sindicato con una mínima implantación lleve adelante un proceso vinculando a todos los trabajadores, hasta a sus no afiliados, y además esa representación sea impuesta de manera obligatoria, incluso en contra de la voluntad de los trabajadores individuales, cuando son sus propios derechos individuales los que se ventilan en el proceso.

En este punto, merece la pena añadir la clara discordancia que se produce entre la amplitud de los efectos de la cosa juzgada regulada por el artículo 124.13 b) 2.^a de la LRJS y los artículos 47 de la CDFUE («Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar») y 17.5 de la LRJS⁵⁰, que reconoce el derecho al recurso para todo aquel que sufra «directamente gravamen o perjuicio [...] o por la posible eficacia de cosa juzgada del pronunciamiento sobre otros procesos ulteriores». Este derecho al recurso que concede el artículo 17.5 de la LRJS no aparece garantizado en modo alguno para el trabajador individual que hubiera resultado perjudicado por la sentencia colectiva, en la que no ha tenido posibilidad alguna de intervenir, o por lo acordado entre las partes a través de la conciliación judicial. Tanto una como el otro producirán, como se ha visto, eficacia de cosa juzgada positiva en el proceso individual iniciado por el trabajador, limitando extraordinariamente su objeto a aquellas cuestiones individuales que no hubieran sido tratadas en el proceso colectivo. A ello se añade, como ya se ha mencionado, que dicho trabajador individual pudo no haberse sentido debidamente representado por los representantes legales o sindicales, o por la comisión *ad hoc* negociadora de los términos del despido. Ante ambas circunstancias, parece difícilmente compatible el derecho a la tutela judicial efectiva del trabajador individual, en su vertiente de acceso al recurso, con las nulas posibilidades de actuación que, a estos efectos, le concede el artículo 124 de la LRJS.

En otro orden de cosas, la identidad objetiva entre los dos procesos no requiere acreditación por quien pretenda alegar la eficacia de la cosa juzgada. Dicha identidad se presume por el artículo 124.13 b) de la LRJS, desde el momento en el que se modificó la redacción de este artículo, para eliminar la anterior referencia al artículo 160.5 de la LRJS. Conforme a la redacción anterior, el proceso de despido colectivo producía efecto de cosa juzgada sobre los individuales que pudieran presentarse cuando entre ellos exista identidad objetiva o relación de «directa conexidad». Ambas circunstancias deberían ser acreditadas, en caso

⁵⁰ Dicho artículo, en el marco de la legitimación en el proceso laboral, dispone lo siguiente:

Contra las resoluciones que les afecten desfavorablemente las partes podrán interponer los recursos establecidos en esta ley por haber visto desestimadas cualquiera de sus pretensiones o excepciones, por resultar de ellas directamente gravamen o perjuicio, para revisar errores de hecho o prevenir los eventuales efectos del recurso de la parte contraria o por la posible eficacia de cosa juzgada del pronunciamiento sobre otros procesos ulteriores.

necesario, por quien quisiera beneficiarse de los efectos de la cosa juzgada. Y, de la misma manera, podrían ser cuestionadas por quien se opusiese a este efecto. Por el contrario, el artículo 124.13 b) de la LRJS no parece permitir esta situación, al imponer directamente la eficacia de la cosa juzgada («tendrán eficacia de cosa juzgada») del proceso colectivo sobre los individuales, de modo que dicha conexidad se presume.

El carácter y la intensidad de las restricciones impuestas por el artículo 124.13 b) de la LRJS es tal que, más allá del tradicional objetivo de garantizar la seguridad jurídica y de impedir decisiones contradictorias, se ha afirmado que «el legislador no ha querido que los trabajadores individuales puedan cuestionar las causas del despido colectivo»⁵¹, a pesar de los indudables e importantes efectos que sobre ellos provocará la sentencia colectiva. No ha de olvidarse que el TC ha destacado que:

[...] el derecho de acceso a la jurisdicción reconocido en el artículo 24.1 CE como el derecho del justiciable a obtener una decisión de fondo sobre sus pretensiones, salvo que medie causa legal que lo impida y esta se aplique de manera razonada y proporcionada por la resolución judicial que así lo declare⁵².

Así pues, serán lícitas las limitaciones que impliquen la inadmisión de un proceso y la imposibilidad de que se resuelva sobre el fondo de las pretensiones planteadas siempre y cuando «encuentren su amparo en una norma legal interpretada y aplicada razonablemente y sin rigores o formalismo excesivo o desproporción»⁵³.

La falta de respuesta que, sobre esta cuestión, ofreció la sentencia Colino Sigüenza no debe entenderse como un motivo de conformidad con la situación actual. Así se ha interpretado que:

[...] en absoluto cabe excluir que la interpretación de la LRJS conforme al derecho de la Unión conduzca a admitir que aquel acomodo se pueda plantear en la demanda individual y decidir en la sentencia que ponga fin al correspondiente procedimiento (Gárate, 2018, p. 33).

⁵¹ STS de 2 de octubre de 2018 (rec. 3696/2017). Esta sentencia ha extendido incluso los efectos de cosa juzgada previstos por el artículo 124.13 b) de la LRJS a cualquier litigio individual ulterior y no solamente a los de impugnación del despido individual producido en el marco del despido colectivo, al realizar una asimilación completa entre los efectos del artículo 124 de la LRJS y el artículo 160.5 de la LRJS.

⁵² STC 4/2017, de 16 de enero. Esta sentencia recuerda que el principio *pro actione* actúa con toda su intensidad cuando se trata del acceso a la primera instancia judicial, por lo que las decisiones judiciales solo serán conformes con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva cuando no eliminen u obstaculicen innecesariamente el derecho a que un órgano judicial conozca y resuelva la decisión formulada. En este sentido, *vid.* STS de 11 de julio de 2019 (rec. 77/2018).

⁵³ SSTC 44/2013, de 25 de febrero, y 35/2015, de 2 de marzo.

Sería, pues, deseable que algún órgano judicial elevara una nueva petición de decisión prejudicial en términos tales que el Tribunal de Justicia no pudiera argumentar su imposibilidad de dar una respuesta útil al problema y despejase las dudas acerca de su solución. En esta misma línea, se pronunció la Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León/Valladolid, al invitar a que se reitera esta cuestión «si el litigio llegara a instancias superiores contra cuya sentencia no cupiese recurso y si lo pidiera alguna de las partes, ese otro órgano judicial pudiera estar obligado a plantear la cuestión o que, sin estar obligado, decidiera reiterarla»⁵⁴.

Con todo, ha de tenerse en cuenta que, con el fin de preservar la cosa juzgada y garantizar la seguridad jurídica, incluso si esta situación culminase con la declaración de la inconstitucionalidad de la norma por sentencia del TC, no permitiría revisar los procesos anteriores ya resueltos por sentencia firme (art. 40.1 LOTC).

4. A modo de conclusión

El derecho constitucional del artículo 24.1 de la CE a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos y la seguridad jurídica fundamenta la incompatibilidad de dos o más resoluciones judiciales sobre la misma materia, especialmente si estas son contradictorias. Con todo, el mismo derecho a la tutela judicial efectiva, también en su regulación contenida en la CDFUE, garantiza a toda persona el derecho de acceso a un proceso y a actuar en él debidamente representada. Esta garantía resulta, en ocasiones, de difícil aplicación en el proceso laboral cuando entran en juego los procesos colectivos y la sentencia firme resultante produce, por imperativo legal, efectos de cosa juzgada en los procesos individuales derivados de ellos. El caso del despido colectivo es un ejemplo paradigmático, en el que el efecto de cosa juzgada de la sentencia colectiva juega, si cabe, un papel aún más estricto que en el de conflictos colectivos, en el que se inspira.

Las ventajas que ofrece la impugnación colectiva del despido por los representantes de los trabajadores son indudables, dado el alcance de la sentencia y el deseo de evitar la proliferación de resoluciones judiciales sobre una misma materia que puedan resultar contradictorias. Pero por ello, el valor de la cosa juzgada positiva de esta sentencia colectiva no debe implicar que su aplicación posterior haya de ser automática e incuestionable en todo caso.

Desde el momento en el que la sentencia colectiva dictada en el proceso iniciado por los representantes legales o sindicales de los trabajadores, o por la comisión *ad hoc* que negoció el despido colectivo, produce efectos de cosa juzgada negativa sobre los procesos individuales presentados por los trabajadores afectados, quedan excluidas del objeto

⁵⁴ STSJ de Castilla y León/Valladolid de 21 de noviembre de 2018 (rec. 627/2016).

de estos procesos cuestiones distintas a las de «carácter individual que no hayan sido objeto de la demanda formulada a través del proceso» colectivo (art. 124.13 b) 2.ª LRJS). No se trata, por lo tanto, de que la sentencia colectiva haya de ser tenida en cuenta respecto de las cuestiones relativas a la impugnación del despido colectivo, sino que estas cuestiones están directamente excluidas de la demanda individual. En otras palabras, el trabajador individual, en su demanda, no podrá cuestionar la concurrencia de las causas o de la forma de dicho despido.

El desacuerdo de una parte de la doctrina judicial con una interpretación demasiado rígida de este particular efecto de la cosa juzgada ha derivado en la presentación de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, que, sin embargo, no quiso entrar en el análisis de esta cuestión. Esto no impide que el artículo 124.13 b) de la LRJS, tal y como se interpreta habitualmente, presente claros desajustes con el derecho a la tutela judicial del trabajador, que siguen haciendo necesaria la insistencia en una nueva cuestión prejudicial que analice, con carácter definitivo, el ajuste de este precepto al artículo 47 de la CDFUE. No en vano este artículo, que no impide la regulación por los Estados de este derecho fundamental, sí proscribía aquellas regulaciones que puedan conllevar la ineficacia de este derecho o atenten contra su contenido esencial. El efecto de cosa juzgada en los términos indicados, unido al particular sistema de legitimación activa del proceso de despidos colectivos y a la imposibilidad del trabajador de poder recurrir la sentencia resultante, aun cuando vaya a producir efectos de cosa juzgada positiva sobre su proceso individual, colocan en un difícil equilibrio la convivencia de ambos preceptos.

Referencias bibliográficas

- Bohigues Esparza, A. (2018). La impugnación individual de un despido colectivo y su difícil coordinación con la impugnación colectiva. En J. Miranda Boto (Dir.), *El Derecho del Trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones* (pp. 79-105). Madrid: Cinca.
- Desdentado Bonete, A. (2015). Despidos colectivos por causas económicas, organizativas, técnicas o derivadas de fuerza mayor. En J. R. Mercader Uguina (Dir.), *Ley reguladora de la jurisdicción social comentada y con jurisprudencia* (pp. 283-304). Madrid: La Ley.
- Gárate Castro, J. (2018). El impacto sobre el Derecho del Trabajo español de las sentencias del Tribunal de Justicia resolviendo peticiones de decisiones prejudiciales planteadas por nuestros tribunales en cuestiones afectadas por la regulación de la Unión sobre política social: 3 ejemplos destacados. En J. Miranda Boto (Dir.), *El Derecho del Trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones* (pp. 15-42). Madrid: Cinca.
- Maneiro Vázquez, Y. (2016). La impugnación de la extinción individual del contrato de trabajo del trabajador afectado por un despido



colectivo tras las últimas sentencias del Tribunal de Justicia. *Derecho de las Relaciones Laborales*, 6, 550-564.

Maneiro Vázquez, Y. (2018). El despido colectivo tras la jurisprudencia del Tribunal de Justicia: ¿regulación legal o judicial? En J. Miranda Boto (Dir.), *El Derecho del Trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones* (pp. 43-78). Madrid: Cinca.

Menéndez Sebastián, P. (2019). [La cosa juzgada material positiva en el proceso social.](#)

[Configuración legal y aportación jurisprudencial.](#) *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 437-438, 23-64.

Molina Navarrete, C. (2017). *El nuevo Estatuto de los Trabajadores a la luz de la jurisprudencia comunitaria*. Madrid: La Ley-Wolters Kluwer.

Nogueira Guastavino, M. (2001). Límites del efecto negativo de la cosa juzgada y proceso social. En *El proceso laboral: estudios en homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil* (pp. 683-772). Valladolid: Lex Nova.

Determinación de contingencia. El difícil camino para el reconocimiento de la enfermedad profesional. Al hilo del criterio de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social sobre enfermedades profesionales de las *kellys*

Miguel Arenas Gómez

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

Extracto

Analizamos la especial problemática del reconocimiento de las enfermedades profesionales de las *kellys* y las directrices de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social (DGOSS) relativas a la protección de colectivos que no constan expresamente en el listado del Real Decreto 1299/2006, interpretando, con respecto a las actividades reflejadas en el mismo, su carácter de lista abierta. No obstante, teniendo en cuenta pronunciamientos anteriores del Tribunal Supremo, parece que no eran necesarias estas nuevas instrucciones por parte de la DGOSS. Aun así, la práctica diaria nos lleva a concluir que el proceso en vía administrativa de determinación de contingencia es lento, con muy pocas garantías para el trabajador y que desemboca en múltiples ocasiones en la necesidad de articular la vía judicial, eternizando la solución del problema.

Palabras clave: determinación de contingencia; DGOSS; enfermedad profesional; mutuas colaboradoras con la Seguridad Social; Instituto Nacional de la Seguridad Social; jurisprudencia.

Fecha de entrada: 20-11-2019 / Fecha de aceptación: 23-12-2019

Cómo citar: Arenas Gómez, M. (2020). Determinación de contingencia. El difícil camino para el reconocimiento de la enfermedad profesional. Al hilo del criterio de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social sobre enfermedades profesionales de las *kellys*. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 443, 97-108.



The labour calibration of illnesses or accidents. The difficult way for the recognition of occupational disease. In line with the criteria of the General Directorate of Social Security Management of occupational diseases of kellys

Miguel Arenas Gómez

Abstract

We analyze the special problem of the recognition of occupational diseases of the kellys and the guidelines of the General Directorate of Social Security Management regarding the protection of groups that are not expressly stated in the list of Royal Decree 1299/2006, interpreting, with respect to the activities reflected therein, its character as an open list. However, taking into account previous pronouncements of the Supreme Court, it seems that these new instructions by the General Directorate of Social Security Management were not necessary. Even so, daily practice leads us to conclude that the administrative process of labour calibration is slow, with very few guarantees for workers and that it leads to multiple occasions in the need to articulate the judicial process, making eternal the solution of the problem.

Keywords: labour calibration; General Directorate of Social Security Management; occupational disease; mutual partners with Social Security; National Institute of Social Security; jurisprudence.

Citation: Arenas Gómez, M. (2020). The labour calibration of illnesses or accidents. The difficult way for the recognition of occupational disease. In line with the criteria of the General Directorate of Social Security Management of occupational diseases of kellys. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 443, 97-108.





Sumario

1. La Circular de 21 de septiembre de 2018 de la DGOSS que asume la jurisprudencia del Tribunal Supremo en interpretación del carácter abierto del listado de enfermedades profesionales
2. La especial casuística de las enfermedades profesionales. Especial incidencia en las *kellys*
 - 2.1. El concepto de enfermedad profesional
 - 2.2. El listado de enfermedades profesionales del Real Decreto 1299/2006
 - 2.3. El síndrome del túnel carpiano como enfermedad profesional
 - 2.4. Competencia para determinar la contingencia de enfermedad profesional
 - 2.5. El problema de las trabajadoras de la limpieza
3. Un caso real... y eterno

La gente joven está convencida de que posee la verdad.
Desgraciadamente, cuando logran imponerla
ya ni son jóvenes ni es verdad.

Jaume Perich (1941-1995)

1. La Circular de 21 de septiembre de 2018 de la DGOSS que asume la jurisprudencia del Tribunal Supremo en interpretación del carácter abierto del listado de enfermedades profesionales

Antes de entrar a valorar las recientes circulares emitidas por la DGOSS en las que dicta instrucciones dirigidas a las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social para ampliar la aplicación de determinadas enfermedades profesionales –básicamente en referencia a aquellas que son causadas en las extremidades superiores como consecuencia de movimientos repetitivos y por posturas forzadas–, hay que realizar una breve pincelada de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS). Así, la Sentencia del TS (STS) de 5 de noviembre de 2014 (rec. 1515/2013), de la que fue ponente el ahora magistrado emérito Jordi Agustí Julià, vino a establecer en una prestación de incapacidad temporal de una limpiadora afectada de un síndrome del túnel carpiano bilateral la declaración del origen profesional de la contingencia, reconocida por el TS como enfermedad profesional, al considerar el *numerus apertus* de las actividades profesionales que pueden ocasionar el síndrome.

La sentencia en cuestión resuelve en sede de casación unificadora sobre la calificación como enfermedad profesional del síndrome de túnel carpiano bilateral que padece la trabajadora demandante, de profesión limpiadora, que presta servicios en la empresa Eulen Servicios Sociosanitarios, SA, y establece que la doctrina correcta es la que determina la consideración profesional de la enfermedad por varias circunstancias, pero muy especialmente:

Cierto es, que la profesión de limpiadora no está expresamente incluida en la enumeración de actividades capaces de producir la enfermedad profesional «como lavaderos, cortadores de tejidos y material plástico y similares», y otras que también se relacionan, pero ello no excluye, en modo alguno, que el síndrome del túnel carpiano asociado a las tareas que componen el haz profesional de una limpiadora pueda conllevar la calificación de enfermedad profesional, como en su caso, podrían tener encaje otras profesiones o actividades, puesto que el adverbio «como» indica, sin lugar a dudas, que se trata de una lista abierta, al igual que ya sucedía con la lista del derogado Real Decreto 1995/1978, y como ya estableció esta sala en su Sentencia de 22 de junio de 2006 (rcud. 882/2005) (FJ 4.º E).

Posteriormente, la [STS de 18 de mayo de 2015 \(rec. 1643/2014\)](#), de la que es ponente el magistrado Fernando Salinas Molina, en un supuesto relativo a una prestación de incapacidad permanente de una peluquera que padecía un síndrome subacromial, reitera la doctrina antes expuesta, especialmente la condición de *numerus apertus* del listado del [Real Decreto 1299/2006](#), ya que:

[...] tal lista debe considerarse abierta como se deduce del adverbio «como», en interpretación por la jurisprudencia de esta sala, por lo que no excluye otras profesiones con análogos requerimientos, y, por tanto, entre ellas, la de peluquero/a; lo que obliga a estimar el presente recurso (FJ 4.º 5).

El giro jurisprudencial e, insisto, la intensa actividad social y mediática por parte de las *kellys* llevaron a que la propia DGOSS dictase una primera circular dirigida a las mutuas colaboradoras de la Seguridad Social, en la que, aplicando la doctrina del TS sobre el carácter de «listado abierto» del actual [Real Decreto 1299/2006](#) que hemos expuesto, entiende que [debe reconocerse a las «camareras de pisos» como enfermedad profesional el síndrome del túnel carpiano](#). De hecho, aprovecha en dicha circular para ampliar a otros sectores de actividad y a otras enfermedades del listado el reconocimiento de estas de origen profesional. De forma telegráfica, estas son las instrucciones:

1. Aunque el personal de limpieza de oficinas, hoteles y otros establecimientos similares no está expresamente incluido en la enumeración de actividades capaces de producir enfermedades profesionales provocadas por posturas forzadas y movimientos repetitivos, ello no excluye que las enfermedades del [anexo I, grupo 2, del Real Decreto 1299/2006](#) puedan ser consecuencia directa de las tareas propias de aquellas, incluidas las camareras de pisos.
2. Lo relevante, para que se puedan proteger como enfermedad profesional las tareas ejecutadas por limpiadoras, y, concretamente, las camareras de pisos, no es que la actividad concreta esté en el listado, que no es necesario, sino que las mismas exijan en su ejecución la realización de posturas forzadas y movimientos continuados. Lo que, a su vez, permitiría a cualquier otra profesión con los mismos requerimientos –o parecidos–, con la intensidad y repetición suficientes, acceder a la declaración de enfermedad profesional. Eso sí, la DGOSS hace hincapié en la inclusión en el listado de las camareras de pisos.
3. Que no solo el síndrome del túnel carpiano merece la consideración de enfermedad profesional ahora también de limpiadoras y camareras de pisos, también otras patologías del listado que se producen por riesgos derivados de la repetición y esfuerzo con extremidades superiores, como son aquellas relacionadas con el hombro (2D0101, tendinosis crónica de los manguitos rotadores), codo y antebrazo (2D0201, epicondilitis y epitrocleitis), muñeca y mano (2D0301, tenosinovitis o dedo en resorte).

Dos críticas al respecto de la actuación de la DGOSS. Si la circular trae su causa del cambio en la doctrina del TS, ha esperado prácticamente 4 años para emitir las instrucciones. Más vale tarde que nunca, pero creo que es un poco tarde para ello (aunque, sin duda, el talante más «social» del actual director –confirmado recientemente por el nuevo ministro de Inclusión, Seguridad Social e Inmigración–, en comparación con el anterior, ayudó a su emisión). Por otra parte, el [Real Decreto 1299/2006](#) no deja de ser un reglamento, por lo que fácilmente el Ejecutivo podría haber modificado el mismo para incluir expresamente a las limpiadoras y camareras de pisos en las actividades para despejar cualquier duda interpretativa. Y es que las instrucciones son claras en la inclusión de las actividades de limpieza y del abanico de enfermedades a las que pueden ir asociadas, pero introducen un peligroso «todo ello con la intensidad y repetitividad necesarias para generar las patologías enumeradas» que al final cierra, a mi entender, de forma inadecuada el conjunto de instrucciones.

Y es que, aún más recientemente, la DGOSS, de forma similar a las instrucciones que hemos expuesto, ha vuelto a dirigirse a las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, ahora para ampliar también la cobertura de enfermedad profesional respecto al colectivo de rederas y mariscadoras, y concretamente en relación con los diagnósticos de epicondilitis y epitrocleitis, así como la tenosinovitis estenosante digital (dedo en resorte) y del extensor largo del primer dedo, al realizarse su actividad, dice la [correspondiente nota de prensa](#), con intensidad y repetitividad. Añade que también serán de origen profesional el síndrome de compresión del ciático popliteo externo por compresión de este a nivel del cuello del peroné (2F0401) y la parálisis del nervio radial por compresión de este (2F0601). Además, al realizar sus tareas al aire libre, en contacto con la humedad, añade las enfermedades infecciosas y parasitarias (3D0104) (3D0107), siempre que en ambos casos sean causadas por trabajar en zonas húmedas.

En fin, parece que el Ejecutivo, a efectos de ampliar el listado de enfermedades profesionales, adopta dos soluciones distintas:

- En cuanto a la inclusión de nuevas enfermedades, dicta el reglamento correspondiente, como hizo, por ejemplo, con el cáncer de laringe por exposición al amianto con el [Real Decreto 1150/2015](#), o con el cáncer de pulmón por inhalación de polvo de sílice con el [Real Decreto 257/2018](#).
- En cuanto a la inclusión de nuevas actividades, está optando por dictar instrucciones desde la DGOSS hacia las mutuas colaboradoras, aprovechando el carácter abierto del listado.

Creo que por seguridad jurídica y para blindar la protección de aquellos colectivos específicos, manteniendo el carácter de *numerus apertus* del listado, sería preferible la redacción del correspondiente reglamento que modificase el [Real Decreto 1299/2006](#), que incluyese ya de forma definitiva aquellas ocupaciones.

2. La especial casuística de las enfermedades profesionales. Especial incidencia en las *kellys*

Si en los últimos tiempos ha existido un movimiento beligerante con sus derechos laborales, y especialmente con los relacionados con su salud laboral, este ha sido el de las *kellys*, hasta el punto de conseguir, como comentábamos al principio, que la DGOSS dictase en fecha de 21 de septiembre de 2018 una [circular](#) dirigida a los presidentes de las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, en la que extendía, sin realizar reforma legislativa al respecto, diversas enfermedades profesionales, relacionadas con la realización de movimientos repetitivos, posturas forzadas, movimientos de extensión y/o flexión de muñecas, codos y hombros –estamos hablando de epicondilitis, epitrocleitis, síndrome del túnel carpiano, síndrome subacromial, etc.–, también para la actividad profesional de las limpiadoras, y especialmente de las camareras de pisos.

¿Era necesario que se pronunciase en dicho sentido la DGOSS? Creo que podemos afirmar de forma contundente que, en cuanto a las trabajadoras, cuya dedicación laboral es la limpieza, que padezcan ese tipo de enfermedades, y muy especialmente con respecto al síndrome del túnel carpiano, su lesión ya podía ser considerada de origen laboral, y concretamente como enfermedad profesional, antes de aquella circular. Y es así gracias al importante cambio jurisprudencial que efectuó el TS y que señaló el carácter de «lista abierta» que tiene el [Real Decreto 1299/2006](#), en el que figura el actual cuadro de enfermedades profesionales. Pero vamos por partes.

2.1. El concepto de enfermedad profesional

Según el [artículo 157 del Real Decreto legislativo 8/2015](#) –actual Ley general de la Seguridad Social (LGSS), anteriormente el [art. 116 LGSS 1994](#)–, en sede de «concepto de la enfermedad profesional»:

Se entenderá por enfermedad profesional la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe por las disposiciones de aplicación y desarrollo de esta ley, y que esté provocada por la acción de los elementos o sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional.

Y según el actual [artículo 156.2](#) –antiguo [art. 115.2](#)–, en sede de «concepto del accidente de trabajo», se considerarán como tal también:

e) Las enfermedades, no incluidas en el artículo siguiente, que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo.

- f) Las enfermedades o defectos, padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente.

Por tanto, podemos afirmar que no solo los accidentes traumáticos están protegidos por nuestra legislación, también las enfermedades, bien en su consideración de enfermedad laboral, y, por tanto, protegidas como accidente de trabajo, bien como enfermedad profesional. Pero en este último caso se ha de tratar de enfermedad, actividad y agente o sustancia recogidos en el listado del [Real Decreto 1299/2006](#).

Ahora bien, cuando se produce la confluencia de esos tres elementos, se presume la existencia de enfermedad profesional, presunción que juega a favor del trabajador, que queda exonerado de efectuar prueba alguna para acreditar el origen profesional de la enfermedad padecida.

2.2. El listado de enfermedades profesionales del Real Decreto 1299/2006

El actual cuadro de enfermedades profesionales –las que se incluyen en el extenso [anexo 1](#) del indicado RD, ya que las del [anexo 2](#) solo son «sospechosas» de tener origen laboral– se divide en seis diferentes grupos. A saber, 1: agentes químicos; 2: agentes físicos; 3: agentes biológicos; 4: inhalación de sustancias y agentes no comprendidos en otros apartados; 5: enfermedades de la piel causadas por sustancias y agentes no comprendidos en alguno de los otros apartados; 6: agentes carcinogénicos.

En cada uno de los grupos se indica, además, de forma organizada, la codificación de aquel más la del agente, subagente y actividad. El túnel carpiano, sobre el que trataremos a continuación, está codificado como 2F0201, es decir, se considerará como enfermedad profesional si confluyen los tres requisitos de enfermedad, actividad y agente o sustancia, recogidos en el listado del [Real Decreto 1299/2006](#), y, por tanto, considerado, sin más discusión, como enfermedad profesional. Se aplica una presunción *iuris et de iure* que no admite prueba en contra (por todas, sobre la aplicación de la presunción, la [STS, Sala 4.ª, de 20 de diciembre de 2007, rec. 2579/2006](#)).

2.3. El síndrome del túnel carpiano como enfermedad profesional

En el documento «Enfermedades profesionales derivadas de trastornos musculoesqueléticos» editado por el prestigioso Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (ahora Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo) –vale la pena recordar que el [art. 8 Ley de prevención de riesgos laborales](#) (LPRL) lo define como «el órgano científico técnico especializado de la Administración General del Estado que tiene como misión el

análisis y estudio de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo, así como la promoción y apoyo a la mejora de las mismas»-, se define como:

Síndrome neurológico producido por el atrapamiento del nervio mediano en el túnel carpiano, estructura que comparte con los tendones flexores de los dedos y vasos sanguíneos. Es la neuropatía por atrapamiento más frecuente, afectando hasta a un 3 % de la población general, con una mayor incidencia en mujeres entre las décadas cuarta y sexta de la vida. Su origen laboral se produce como consecuencia del desarrollo de tareas que requieren movimientos repetidos o mantenidos de hiperextensión e hiperflexión de la muñeca o de aprehensión de la mano.

Y, como enfermedad profesional, ya indicábamos que el epígrafe 2F0201 hace referencia a «enfermedades provocadas por posturas forzadas y movimientos repetitivos en el trabajo: parálisis de los nervios debidos a la presión», y, en concreto:

«Síndrome del túnel carpiano por compresión del nervio mediano en la muñeca» en trabajos en los que se produzca un apoyo prolongado y repetido de forma directa o indirecta sobre las correderas anatómicas que provocan lesiones nerviosas por compresión. Movimientos extremos de hiperflexión y de hiperextensión. Trabajos que requieran movimientos repetidos o mantenidos de hiperextensión e hiperflexión de la muñeca, de aprehensión de la mano como 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.

Por tanto, aunque una simple lectura del epígrafe nos llevaría a entender que la actividad de limpieza como tal no está incluida expresamente, veremos que dicha conclusión es errónea.

2.4. Competencia para determinar la contingencia de enfermedad profesional

Si bien son las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social –antes mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales– quienes en primera instancia pueden declarar la contingencia de enfermedad profesional, especialmente de los procesos de incapacidad temporal, ello no obsta a que el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), como entidad gestora de la Seguridad Social, tenga potestad revisora de las decisiones de las mutuas, mediante reclamación previa en los supuestos de incapacidad permanente o prestaciones derivadas de muerte o supervivencia, o mediante el procedimiento administrativo de determinación de contingencia.

Al respecto vale la pena recordar que el [Real Decreto 625/2014, de 18 de julio](#), por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad

temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración, atribuye expresamente al INSS lo que ya venía realizando anteriormente, aunque sin soporte legal o reglamentario, es decir, la determinación de contingencia de los procesos de incapacidad temporal, mediante la incoación de un [procedimiento administrativo específico](#).

La primera conclusión sobre este procedimiento, que se inicia fácilmente mediante un escueto [formulario](#) al que se puede acceder en la propia web de la Seguridad Social, es positiva, por la facilidad, sencillez y agilidad en su tramitación. La realidad, sin embargo, nos mostrará que no es así, como más adelante desarrollaremos. Y es que, en infinidad de ocasiones, se prolonga el procedimiento en sede administrativa durante casi 1 año, los informes del Equipo de valoración de incapacidades se realizan sin citar personalmente al trabajador y las resoluciones, en las que en múltiples ocasiones ni tan siquiera consta el diagnóstico de los procesos de incapacidad temporal reclamados, son resueltas como enfermedad común con un lacónico «no queda acreditada la existencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional que sea el desencadenante de la IT» o, si consta el antecedente laboral, con un «no queda acreditada la causa exclusiva de origen laboral».

Ahora bien, cierto es que el trabajador en desacuerdo con la resolución de la entidad gestora podrá acudir a la vía judicial social en reclamación del reconocimiento como enfermedad profesional.

2.5. El problema de las trabajadoras de la limpieza

Llegando a este estado de la cuestión, es fácil comprobar cuál es la dificultad de las trabajadoras de la limpieza para obtener la declaración del origen profesional del síndrome del túnel carpiano. Así, determinar que se trata de accidente de trabajo, en la vertiente de enfermedad laboral que hemos apuntado anteriormente ([art. 156.2 e\) y f\) LGSS](#)), obliga a la trabajadora a acreditar que no existe causa externa que provoque o contribuyese a la lesión –prueba diabólica, prácticamente imposible de demostrar–. Y que se reconozca como enfermedad profesional, en aquel triple requisito –agente, actividad y enfermedad lista–, llevaba a que no pudiese considerarse como tal, ya que la actividad efectuada por las limpiadoras no está, como hemos visto, incluida de forma expresa en el epígrafe 2F0201. Afortunadamente, la jurisprudencia del TS ha variado sustancialmente esa situación y las mencionadas circulares de la DGOSS así lo han ratificado. Pero la realidad nos muestra que, lejos de reconocerse en vía administrativa la enfermedad profesional, las trabajadoras se ven obligadas a acudir, irremediablemente, a la jurisdicción social.

3. Un caso real... y eterno

Explicado todo lo anterior, parecería que en la práctica no será nada difícil conseguir, al menos para una trabajadora con la categoría profesional de limpiadora, que se declare que

su enfermedad es profesional –siempre y cuando encaje en el listado del [RD 1299/2006](#)–, ya que tenemos un procedimiento administrativo de declaración de contingencia rápido y eficaz, una circular de la DGOSS que «obliga» a las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social a reconocer las enfermedades profesionales según la interpretación del TS. Pues no, la realidad es cruda y nos golpea en la cara, y nos hace ver que realmente sigue siendo un auténtico viacrucis el reconocimiento de las enfermedades de las limpiadoras de origen profesional.

El movimiento se demuestra andando, y un ejemplo nos va a mostrar la realidad que he proclamado anteriormente, que aún queda mucho camino por recorrer. Voy a explicar lo que está viviendo Mari Carmen, una trabajadora de la limpieza que sufre un síndrome del túnel carpiano bilateral, del cual ha tenido incluso que ser intervenida quirúrgicamente y, a pesar de ello, debe utilizar férulas de descarga en ambas manos, que la ha llevado a tener que causar diversos periodos de incapacidad temporal por enfermedad común, ya que la mutua negaba el origen profesional de las lesiones. Y, ya puestos a explicar, apuntamos que aquellos procesos de incapacidad temporal finalizan en una declaración de incapacidad permanente en grado de total por enfermedad común.

Teniendo en cuenta la enfermedad padecida y la actividad laboral –insisto, limpieza–, la unidad de salud laboral Costa de Ponent, en informe de fecha 4 de febrero de 2014, señala:

En resumen, se trata de una paciente que presenta antecedentes de intervención quirúrgica por un síndrome del túnel carpiano derecho derivado de accidente de trabajo, que actualmente presenta un síndrome del túnel carpiano izquierdo, que trabaja desde hace más de 30 años como limpiadora, y que su empleo conlleva, entre otros aspectos, la realización habitual de movimientos repetitivos de hiperflexión e hiperextensión extremas de las muñecas, de rotación y lateralización de las muñecas, y de prensión de las manos. En consecuencia, consideramos que el cuadro clínico actual de síndrome del túnel carpiano izquierdo es compatible con epígrafe 2F0201 del cuadro de enfermedades profesionales aprobado por el Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, y, por tanto, debe ser considerado enfermedad profesional.

Más claro no puede ser el supuesto, que encaja perfectamente en la definición de enfermedad profesional que hemos relatado, pues de momento lleva adelante los siguientes procedimientos administrativos y judiciales:

- Un primer procedimiento judicial, dictándose sentencia por el juzgado de lo social en fecha 20 de octubre de 2017, en el que se declaró que el proceso de incapacidad temporal de fechas 10 de septiembre de 2014 a 14 de enero de 2015, con el diagnóstico de síndrome del túnel carpiano de la mano izquierda, derivaba de enfermedad profesional. La resolución del INSS impugnada en determinación de contingencia, que declaró que se trataba de enfermedad común, era de fecha 10 de septiembre de 2014.

- Un segundo procedimiento judicial, en el que recayó sentencia por otro juzgado de lo social en fecha 20 de marzo de 2018, también en referencia a un nuevo proceso de incapacidad temporal de fechas 22 de junio de 2015 a 19 de octubre de 2015, con el mismo diagnóstico de síndrome del túnel carpiano de la mano izquierda, en el que se declaró que derivaba de enfermedad profesional. El inicio del expediente de determinación de contingencia se inició en fecha 17 de noviembre de 2015 y también declaró el origen común de la enfermedad.
- Todavía pendiente de celebración de juicio está un nuevo proceso de incapacidad temporal iniciado el 26 de enero de 2017 –el diagnóstico ahora es de rizartrosis y está íntimamente ligado al anterior de síndrome de túnel carpiano–, que finalizó con declaración de incapacidad permanente en grado de total. También impugnada la contingencia de la incapacidad permanente, está pendiente de celebración la vista oral.

Esperemos que al menos en el 2020 podamos celebrar ambos juicios y, ya si eso, el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, la indemnización de convenio por la declaración de incapacidad permanente y la posible indemnización civil adicional los dejamos para dentro de unos años. Creo que no es necesario explicar el coste económico –abogado, perito médico, etc.– y el desgaste que suponen todos estos procedimientos que han finalizado en sede judicial.

La conclusión, en fin, es que el procedimiento de determinación de contingencia ni es rápido, ni es efectivo, ni es justo. Y exige una mayor implicación, en defensa de la prevención y reparación de la salud de los trabajadores –especialmente de las *kellys*, pero también de muchos otros sectores de nuestro espectro laboral que sufren condiciones de trabajo indignas–, por parte de las entidades gestoras de la Seguridad Social, de la Inspección de Trabajo –se ha de reforzar su actuación en los procedimientos de determinación de contingencia exigiendo siempre que emita informe al respecto–, y una «relajación» por parte de las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, que ya no es solo que pongan trabas para el reconocimiento inicial de las enfermedades profesionales, es que en los últimos tiempos, debido a los continuos roces con la Secretaría de Estado de Seguridad Social, han incrementado incluso la formalización de demandas contra el propio INSS –y, por tanto, contra el trabajador– en aquellos supuestos en los que la resolución fue favorable a este último.

Nos queda mucho camino que recorrer para que el [artículo 14 de la LPRL](#) y el derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud laboral sean reales.



Juzgando con perspectiva de género, y del niño/a, las prestaciones por riesgo durante la lactancia natural. A propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias 1339/2019, de 17 de diciembre

Glòria Poyatos i Matas

Magistrada especialista de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Las Palmas)

Extracto

La relevancia de la sentencia analizada, en materia de riesgo durante la lactancia, descansa en la integración de la perspectiva del niño o niña, bajo la consideración primordial del «interés superior del niño», especialmente relevante cuando se sopesan derechos que se contraponen. A la anterior hermenéutica se suma la perspectiva de género y la valoración actualizada del estado biológico de la madre trabajadora, pues la lactancia natural lleva consigo cambios hormonales importantes en el cuerpo de las mujeres.

Palabras clave: perspectiva del niño; perspectiva de género; lactancia natural.

Fecha de entrada: 23-12-2019 / Fecha de aceptación: 23-12-2019

Cómo citar: Poyatos i Matas, G. (2020). Juzgando con perspectiva de género, y del niño/a, las prestaciones por riesgo durante la lactancia natural. A propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias 1339/2019, de 17 de diciembre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 443, 109-119.



Judge from a gender perspective, and with a child's perspective, risk benefits during breastfeeding. Judgment of the High Court of Justice of the Canary Islands 1339/2019, of 17 December

Glòria Poyatos i Matas

Abstract

The relevance of the judgment analyzed, in terms of risk during breastfeeding, lies in the integration of the child's perspective, under the primary consideration of the «best interests of the child», especially relevant when weighing rights that are contrasted. To the previous hermeneutics, the gender perspective and the updated assessment of the biological status of the working mother are added, since natural breastfeeding carries with it important hormonal changes in the body of women.

Keywords: child's perspective; gender perspective; natural breastfeeding.

Citation: Poyatos i Matas, G. (2020). Judge from a gender perspective, and with a child's perspective, risk benefits during breastfeeding. Judgment of the High Court of Justice of the Canary Islands 1339/2019, of 17 December. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 443, 109-119.



Sumario

1. La sentencia recurrida
2. Objeto del recurso
3. Hechos relevantes para la resolución del recurso
4. Normativa internacional, europea y derecho interno aplicable al caso
5. Integración de la perspectiva de género y la perspectiva del niño/a. «Interés superior del menor» como criterio prevalente
6. Conclusiones

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Convención sobre los derechos del niño (art. 3.1)

1. La sentencia recurrida

El juzgado de lo social desestimó la demanda planteada por trabajadora en materia de prestaciones por riesgo durante la lactancia materna, por no haberse determinado con claridad los agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que pudieran influir negativamente en la lactancia. Específicamente se recoge en la fundamentación jurídica:

[...] porque en el plan de prevención de riesgos laborales que evalúa el puesto de trabajo de la actora animadora sociocultural, «contiene una declaración global y genérica de unos riesgos susceptibles de poder estar aparejados a un puesto de aquella naturaleza, sin precisión alguna sobre los efectos que los mismos pudieran tener sobre la salud de la madre o del lactante. Así, efectivamente se indica que existen agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la lactancia o que existen agentes biológicos de los grupos 2, 3 o 4 que pueden influir negativamente, pero sin mayores detalles que permitan establecer sus características, composición y alcance de la exposición por inhalación (...). En suma no hay verdadera especificación respecto de esos riesgos y por ello no procede sino la desestimación (...)».

2. Objeto del recurso

La actora formalizó recurso de suplicación que se estima en la [sentencia comentada](#) con base en la fundamentación jurídica que se expone a continuación. El recurso se construye sobre dos motivos, uno de revisión fáctica y el otro de infracción jurídica amparado en normativa interna y de la Unión Europea. La mutua codemandada se opuso mediante escrito de impugnación, reiterando la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida.

3. Hechos relevantes para la resolución del recurso

- La actora presta servicios como animadora sociocultural en el centro de atención al discapacitado del Ayuntamiento de la villa de Ingenio (Gran Canaria).
- A la demandante se le reconoció en fecha 5 de diciembre de 2017 el derecho a prestación derivada de riesgo durante el embarazo con fecha de efectos 30 de noviembre de 2017. Es madre de dos hijos, uno de ellos nacido el 20 de abril de 2018 que se encuentra recibiendo lactancia materna.
- El puesto de trabajo de la demandante se halla afecto, entre otros, a los siguientes riesgos:
 - Contacto con productos químicos y agentes biológicos de los grupos 2, 3 o 4 (pinturas, barnices, disolventes, etc.), siendo el tipo de exposición inhalatoria.
 - Alto nivel de exposición social (atención a terceros) de forma permanente o muy frecuente sin ayudas suficientes (apoyos, pausas, etc.), que pueda dar lugar a situaciones de tensión, dificultades de control elevadas, estrés, que provoquen perturbaciones o malestar significativo (con agresiones o golpes involuntarios).
 - El plan de prevención de riesgos laborales, evaluación de puesto de animador sociocultural, establece en el apartado 10 (trabajadores especialmente sensibles): existen agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la trabajadora embarazada o en la lactancia: Sí.
- No resultaba posible la adaptación del puesto de trabajo de la actora.
- La actora solicitó prestaciones por riesgo durante la lactancia, lo cual fue desestimado por resolución de la mutua de 24 de agosto de 2018, por inexistencia de riesgos específicos para la lactancia natural.
- La operaria demandante percibió prestación de maternidad desde el 20 de abril de 2018 al 9 de agosto de 2018 y ha permanecido en situación de incapacidad temporal desde el 31 de agosto de 2018 al 10 de diciembre de 2018.

4. Normativa internacional, europea y derecho interno aplicable al caso

En la fundamentación jurídica de la [sentencia comentada](#), la sala recuerda el marco jurídico vertical aplicable a las prestaciones que se reclaman:

- Internacional:
 - Artículos 2, 5 b) y 11 de la [Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer \(CEDAW\)](#)¹ y [Recomendación núm. 33 del Comité CEDAW](#): «principio de diligencia debida» de los poderes públicos del Estado.
 - Artículo 3.1 y 2 de la [Convención sobre los derechos del niño](#)².
 - Párrafo 12 de la [Observación general núm. 16 \(2013\)](#), sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño, y párrafos 5 y 13 de la [Observación general núm. 14 \(2013\)](#), sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.
 - Artículos 10 y 11 del [Convenio de la OIT núm. 183, sobre la protección de la maternidad \(2000\)](#), en relación con el derecho a la lactancia.

- Regional:
 - Artículos 16 y 17 de la [Carta social europea](#) de 1961³, sobre los derechos de las madres y los niños/as a una protección social y económica.

- Unión Europea:
 - Artículo 24.2 de la [Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea \(2000\)](#), sobre el «interés superior del menor».
 - Artículos 2 y 5.1 y 3 de la [Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992](#)⁴.
 - Artículos 2 y 19.1 de la [Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006](#)⁵.

¹ Ratificada por España en 1980 (BOE núm. 69, de 21 de marzo de 1984).

² Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, ratificada por España en 1990 (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990).

³ Ratificada por España en 1980 (BOE núm. 153, de 26 de junio de 1980).

⁴ Relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, sobre obligaciones empresariales en materia de evaluación de riesgos laborales.

⁵ Relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), sobre el concepto de discriminación directa e inversión de la carga de la prueba y acceso a la justicia.

- Derecho interno:
 - Artículos [9.2](#) y [39.1](#) de la Constitución española (CE), sobre la obligación de los poderes públicos de remover los obstáculos que impidan o dificulten la igualdad efectiva y sobre la protección social, económica y jurídica de la familia. También, los artículos [10.2](#) y [96](#) de la CE, respecto al control de convencionalidad.
 - Artículos [4](#), [8](#) y [15](#) de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, sobre la obligación de juzgar con perspectiva de género.
 - Artículos [188](#) y [189](#) del Real Decreto legislativo 8/2015, de 30 de octubre, que aprueba el texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, que regula la prestación por riesgo durante la lactancia natural.
 - [Artículos 49 a 51](#) del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo⁶.
 - [Artículo 26.4 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre](#), de prevención de riesgos laborales, en relación con los apartados 1 y 2, en los que se regula la evaluación de riesgos laborales.
 - [Artículo 45.1 e\) del Estatuto de los Trabajadores](#)⁷.
 - [Artículo 96 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre](#), reguladora de la jurisdicción social⁸.

5. Integración de la perspectiva de género y la perspectiva del niño/a. «Interés superior del menor» como criterio prevalente

Lo más novedoso de la [sentencia analizada](#) radica en la integración, junto a la perspectiva de género, de una segunda hermenéutica de análisis jurídico: la «perspectiva del niño». De este modo, la resolución judicial camina jurídicamente para llegar al fallo sin perder de vista esta doble perspectiva de análisis de la controversia judicial.

En primer lugar, se parte del impacto de género del debate jurídico⁹, lo que motiva que la sala extreme las precauciones en su abordaje integrando la perspectiva de género como

⁶ Por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

⁷ Incluye entre las causas de suspensión del contrato la situación de riesgo durante la lactancia natural.

⁸ En relación con la carga de la prueba y su inversión, en casos de discriminación.

⁹ Las prestaciones por riesgo durante la lactancia natural solo pueden ser percibidas por mujeres, por razones biológicas.

metodología de impartición de justicia equitativa, en cumplimiento de la «diligencia debida», tal y como esta misma sala ha venido aplicando en numerosas sentencias (recs. [1027/2016](#), [1237/2016](#), [1596/2018](#), [19/2019](#) y [369/2019](#), entre otros).

Pero, además, existe otro impacto sobre el niño/a lactante, que puede verse privado de su derecho a la alimentación natural en condiciones de salubridad, en una fase esencial en su corta vida, en la que el recién nacido precisa no solo una aportación de nutrientes adecuada a sus necesidades, sino también el contacto emocional derivado del vínculo afectivo que se establece entre la madre y su bebé a través de la lactancia materna. Por ello, en esta resolución se aplica el principio internacional del «interés superior del niño» como criterio jurídico hermenéutico derivado del artículo 3.1 de la [Convención internacional de derechos del niño](#), vinculante para los Estados firmantes, que establece:

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

A mayor abundamiento, la [Observación general núm. 16](#) (2013), sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño:

Los derechos del niño son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí [...]. La obligación de que el interés superior del niño sea una consideración primordial es especialmente importante cuando los Estados están sopesando prioridades que se contraponen [...] (párr. 17).

También la [Observación general núm. 14](#) (2013), sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3.1 convención):

La plena aplicación del concepto de interés superior del niño exige adoptar un enfoque basado en los derechos, en el que colaboren todos los intervinientes, a fin de garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual holísticas del niño y promover su dignidad humana [...] (párr. 5).

Todos los Estados parte deben respetar y poner en práctica el derecho del niño a que su interés superior se evalúe y constituya una consideración primordial, y tienen la obligación de adoptar todas las medidas necesarias, expresas y concretas para hacer plenamente efectivo este derecho (párr. 13).

El anterior mandato, dirigido a las autoridades públicas, también se reproduce en el artículo 24.2 de la [Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea](#)¹⁰.

¹⁰ «En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial».

Esta hermenéutica interpretativa impone a la comunidad internacional el mandato de asegurar la aplicación de los derechos del niño en su integridad e insta a los Gobiernos a evaluar sus sistemas jurídicos y de bienestar social, teniendo en cuenta los principios fundamentales contenidos en la [Convención sobre los derechos del niño](#). Es obligación del Estado adoptar las medidas necesarias para dar efectividad a todos los derechos reconocidos en la convención (art. 4) y entre tales derechos se incluye el cuidado que sea necesario para asegurar el bienestar del niño/a. Un bienestar que, en el presente caso, conecta con el derecho a la lactancia materna natural sin ningún peligro para su salud infantil y como una manera singular de obtener nutrientes adecuados para el desarrollo físico y psicosocial del bebé.

La aplicación de ambas perspectivas al caso de autos lleva a la sala a estimar el recurso planteado. Los tres pilares jurídicos de la sentencia son los siguientes:

1.º Carga de la prueba

En primer lugar, se parte de la existencia de riesgos para la lactancia natural, porque está reconocida en el propio plan de prevención de riesgos de la empresa (ayuntamiento), donde expresamente se refiere a la existencia de agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que pueden influir negativamente en la lactancia de la trabajadora. Constatado lo anterior, por lo que respecta a la carga de prueba en materia de riesgos que pueden redundar negativamente en la lactancia natural, se recuerda la [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de octubre de 2017 \(asunto C-531/15, Otero Ramos\)](#)¹¹.

En el caso de autos, se efectuó la evaluación de riesgos del puesto de trabajo de la actora a través del plan de prevención de riesgos, pero de forma global, abstracta y no individualizada; además, tal valoración se llevó a cabo en el año 2014 (4 años antes), no actualizándose la valoración para tener en cuenta «los peligros específicos» derivados del nuevo estado biológico de la actora, madre lactante, al tratarse, como el embarazo, de una situación dinámica que requiere un análisis específico, siguiendo la jurisprudencia europea. Por tanto, la evaluación de riesgos realizada por la mutua para denegar el acceso a las prestaciones por riesgo durante la lactancia no cumplió, según la sala, las directrices que sirven de guía a la [Directiva 92/85/CEE](#) y que, a tenor de la sentencia referida, exigen un examen sistemático de todos los aspectos de la actividad profesional. En la misma línea se cita también la [Sentencia de 19 de septiembre de 2018 \(asunto C-41/17, González Castro\)](#)¹².

¹¹ Esta sentencia resuelve cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Galicia, en la que se cuestionaba la aplicación de las reglas relativas a la carga de la prueba previstas en el artículo 19 de la [Directiva 2006/54/CE](#) para demostrar la existencia de riesgo durante la lactancia natural, en el sentido del artículo 26.3 de la Ley 31/1995, que traspuso el artículo 5.3 de la [Directiva 92/85/CEE](#) al derecho interno. La resolución europea declara aplicable el citado artículo 19.

¹² Esta sentencia resuelve cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Galicia, en relación con trabajadora, vigilante de seguridad, que desempeñaba su trabajo a turnos rotatorios, a la que se le denegó el acceso

2.º Estado biológico de la madre trabajadora en periodo de lactancia natural

El famélico informe médico aportado por la mutua en el que descansa su denegación, en el que literalmente se dice: «valoradas las fichas técnicas de los productos que manipula (enviados por el servicio de prevención), ninguno de ellos supone riesgo para la lactancia, por lo que se deniega la prestación», es calificado por el tribunal de abstracto y, además, se destaca que no tuvo en cuenta el estado biológico actual de la trabajadora, pues la lactancia natural lleva consigo cambios hormonales importantes en el cuerpo de las mujeres, como es la liberación de la oxitocina que se inhibe por el estrés, el dolor o cualquier situación que active el sistema nervioso (riesgos psicosociales), con la consiguiente liberación de adrenalina y noradrenalina, aspecto que debe por tanto tenerse en cuenta en la vida de una mujer lactante, al igual que el mayor desgaste metabólico de las madres durante la lactancia.

3.º Impacto en el niño/a lactante

Por último, se insiste en el impacto nocivo que tiene la denegación injustificada de las prestaciones reclamadas respecto al bebé lactante, lo que exige a los órganos judiciales integrar esta perspectiva y dar prevalencia al «interés superior del niño» para garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual holísticas del niño/a, bajo la obligación de adoptar todas las medidas necesarias, expresas y concretas para hacer plenamente efectivo este derecho.

Con base en todo ello se da la razón a la trabajadora recurrente, al no haberse probado por la mutua que en su puesto de trabajo no existía ningún riesgo químico, biológico, físico o psicosocial que pudiera influir negativamente en la lactancia natural a través de la salud de la madre o de su bebé. Se recuerda, además, por la sala que este tipo de prestaciones parte de un bien jurídico protegido que no es solo la integridad física y psicológica de la mujer trabajadora, sino también la del menor, por lo que este se convierte en sujeto protegido a través de la salud de su madre¹³.

6. Conclusiones

La relevancia de la [sentencia analizada](#) radica en la integración de la perspectiva del niño/a, derivada de la [Convención internacional de derechos del niño](#), como hermenéutica

a las prestaciones por riesgo durante la lactancia, sin realizarse valoración alguna de riesgos y, por tanto, sin tenerse en cuenta la situación individual de la trabajadora para determinar si su salud o la de su hijo/a estaban expuestas a un riesgo.

¹³ Sentencias del TSJ de Canarias/Las Palmas de 20 de junio de 2016 (rec. 506/2019), 26 de octubre de 2018 (rec. 701/2018) y 7 de junio de 2019 (rec. 223/2019).

jurídica de obligado cumplimiento por los poderes públicos de los Estados firmantes, lo que incluye al poder judicial español en su actividad jurisdiccional.

De igual modo se proyecta y concreta en la prestación por riesgo durante la lactancia reclamada el principio internacional del «interés superior del niño», como consideración primordial especialmente relevante cuando se sopesan derechos que se contraponen, a fin de garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual holísticas del niño/a lactante. Así, se da cumplimiento al principio internacional de la «debida diligencia» y a la obligación de evaluar y adoptar todas las medidas necesarias expresas y concretas, esto es, reales, para hacer plenamente efectivo este derecho, evitando que el mismo se convierta en un espejismo formal. Tal y como ha reiterado el Comité de derechos del niño: «Lo que a juicio de un adulto es el interés superior del niño no puede primar sobre la obligación de respetar todos los derechos del niño enunciados en la convención»¹⁴.

Y a la anterior hermenéutica se suma la perspectiva de género, que también es desplegada y aplicada al caso, en el que, recordando la jurisprudencia europea sobre carga de la prueba en la materia, se pone el foco en el estado biológico de la madre trabajadora, pues la lactancia natural lleva consigo cambios hormonales importantes en el cuerpo de las mujeres que no fueron tenidos en cuenta por la mutua en su denegación de prestaciones, omitiendo su obligación de valorar los riesgos de forma actualizada, específica y personalizada.

Esta [sentencia](#) abre un camino interpretativo acorde con los derechos humanos y las obligaciones internacionales asumidas por España, en aquellos casos, como son las prestaciones por riesgo durante la lactancia natural, donde el bien jurídico protegido trasciende de la salud de la madre trabajadora afectando también a la del niño/a, a través de la lactancia materna, que no es solo un proceso de aportación de nutrientes adecuados a las necesidades del recién nacido, sino también catalizador de un potente vínculo afectivo entre la madre y su bebé, que constituye una experiencia única, singular y necesaria para el desarrollo físico y psicosocial del niño/a.

¹⁴ Párrafo 61 de la [Observación general núm. 13 del Comité de derechos del niño](#) (2011), sobre el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia.



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



Huelga de las futbolistas por la firma del convenio: el «despertar» a las relaciones laborales colectivas

Pilar Conde Colmenero

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

Extracto

El deporte femenino está en proceso de transformación en materia laboral, ya que, en los últimos años, las jugadoras pugnan por exigir y ejercer sus derechos profesionales, tanto individuales como colectivos. La reciente huelga de las futbolistas españolas provocada por las dificultades de acuerdo en las negociaciones de su primer convenio colectivo no tiene precedentes en nuestro país. La medida de presión llevada a cabo por las futbolistas españolas es motivo suficiente para reflexionar sobre el incipiente ejercicio de los derechos colectivos (de huelga y de negociación colectiva) entre las mujeres deportistas, que no hace sino sumarse a la cascada de reivindicaciones de numerosas jugadoras de distintas disciplinas (frente a los clubes, las federaciones y los organismos deportivos) solicitando contrataciones con condiciones de trabajo dignas e igualitarias respecto de sus homólogos masculinos.

Palabras clave: deporte femenino; futbolistas mujeres; igualdad; huelga; negociación colectiva.

Fecha de entrada: 16-12-2019 / Fecha de aceptación: 16-12-2019

Cómo citar: Conde Colmenero, P. (2020). Huelga de las futbolistas por la firma del convenio: el «despertar» a las relaciones laborales colectivas. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 443, 121-136.





Female football players' strike on their labor agreement: the «awakening» of the collective working relationships

Pilar Conde Colmenero

Abstract

Female sports are going through several changes in labour matters provided that, in the last years, players take a stand and claim for their rights, both individual and collective. The recent strike of the Spanish female football players derived from the difficulties to reach common points in the talks of their first collective agreement has no precedents in our country. This pressure measure that the Spanish female football players have carried out is a good reason to think about the incipient exercise of collective rights (the right to go on strike and the right to sign a collective agreement) amongst sportswomen, which adds up to the crowd of claims coming from several players belonging to different sports (standing out against clubs, federations and sports organizations) who ask for contracts that can guarantee them worthy working conditions, equal to those their fellow male colleagues enjoy.

Keywords: female sport; women soccer players; equality; strike; collective negotiation.

Citation: Conde Colmenero, P. (2020). Female football players' strike on their labor agreement: the «awakening» of the collective working relationships. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 443, 121-136.





Sumario

1. Una huelga sin precedentes que invita a la reflexión sobre los derechos laborales en el deporte femenino
2. Jugar y competir en un marco de igualdad: el Anteproyecto de Ley del deporte a examen
3. Huelga y negociación colectiva en el deporte femenino (y en el fútbol en particular)
 - 3.1. Derecho a la huelga
 - 3.2. Derecho a la negociación colectiva

Referencias bibliográficas

1. Una huelga sin precedentes que invita a la reflexión sobre los derechos laborales en el deporte femenino

Las futbolistas españolas de primera división han levantado la voz convocando una huelga indefinida, iniciada los días 16 y 17 de noviembre de 2019 y que fue secundada mayoritariamente (no disputándose ninguno de los partidos previstos para ese fin de semana). Se trata de una huelga histórica y sin precedentes por distintas razones: primero, por realizarse en el ámbito del deporte profesional, donde escasean este tipo de reivindicaciones y, más aún, el ejercicio de derechos laborales colectivos (debido, posiblemente, a las singularidades que reúne la relación laboral especial de los deportistas profesionales y a la realidad práctica de las distintas disciplinas deportivas); segundo, por ser futbolistas mujeres (que no hombres) quienes convocan la huelga, siendo conscientes de que el deporte femenino en nuestro país posee una insuficiente visibilidad mediática y social (a pesar de los sobresalientes resultados que se han obtenido desde hace años en competiciones nacionales e internacionales); y tercero, por utilizar un medio de presión laboral, la huelga, como instrumento de reacción frente a los clubes deportivos por el desacuerdo en la negociación del que podría ser el segundo convenio colectivo del fútbol femenino español en toda la historia (ya que a finales de 2018, tras arduas conversaciones, se suscribió en el ámbito del fútbol sala el primer convenio colectivo, que constituye uno de los escasos antecedentes de negociación colectiva en el deporte femenino¹, junto al convenio colectivo del baloncesto femenino suscrito en 2008²).

La noticia reúne, por tanto, diferentes cuestiones de trascendencia laboral que la hacen sugerente a la hora de realizar un análisis, en clave científico-práctica, de las relaciones profesionales desplegadas y de los derechos de los trabajadores que se ven comprometidos. Plantear el derecho a la huelga y a la negociación colectiva en el marco del deporte femenino es tan novedoso que podemos calificarlo de verdadero «despertar» de estas profesionales al campo de las relaciones laborales colectivas, es decir, al ejercicio de derechos no puramente individuales. Por otra parte, estas reivindicaciones sindicales y de grupo profesional se han visto precedidas también de ciertas actuaciones individuales (inusuales hasta hace poco tiempo) que han iniciado, a título particular, algunas deportistas de distintas

¹ El 18 de diciembre de 2018 se firma el [Convenio colectivo entre el club deportivo Pescados Rubén Burela FS y la Asociación de Jugadoras de Fútbol Sala Femenino](#).

² [Convenio colectivo para la práctica de baloncesto profesional de la Liga Femenina organizada por la Federación Española de Baloncesto](#) (BOE núm. 13, de 15 de enero de 2008).

disciplinas frente a las supuestas prácticas discriminatorias y abusivas padecidas en la concertación de sus contratos laborales y en la determinación de sus condiciones de trabajo con los clubes o, también, en las actuaciones ante las federaciones y ante el mismo Consejo Superior de Deportes (CSD)³.

Todo ello unido no ha hecho sino generar una auténtica concienciación entre las deportistas femeninas sobre la necesidad de exigir, tanto individual como colectivamente, sus derechos profesionales, como vienen haciendo desde hace tiempo de manera natural sus homólogos masculinos.

Podemos afirmar, sin miedo a equivocarnos, que algo verdaderamente significativo está ocurriendo en el deporte femenino español. Los cambios que se están produciendo suponen cuanto menos un avance necesario en el plano laboral y, en justa lógica, deberían verse acompañados de medidas y políticas públicas eficaces, de manera que nuestras jugadoras consigan realmente un trato profesional y social a la altura de su dignidad, de su reputado nivel competitivo (nacional e internacional) y de sus derechos como mujeres trabajadoras.

Las futbolistas han sido pioneras en el ejercicio pacífico del derecho a la huelga y bastante avanzadas en la negociación de convenios colectivos, tal vez porque en esta disciplina de equipo existe un caldo de cultivo más favorable para que germinen las pretensiones de un colectivo profesional minoritario y de reducida notoriedad como el del deporte femenino (en comparación con el deporte masculino).

2. Jugar y competir en un marco de igualdad: el Anteproyecto de Ley del deporte a examen

Las deportistas profesionales, ya sea con reclamaciones a título individual o colectivo, ya sea con la declaración de huelga o mediante la negociación de convenios colectivos, reivindican un trato igualitario en las condiciones de trabajo y en todos los planos de la vida deportiva: la contratación con los clubes, las relaciones con las federaciones, los vínculos con los organismos deportivos, las políticas públicas desplegadas en el ámbito del deporte, el marco normativo y regulador de la actividad deportiva, etc.

El ejercicio profesional de la actividad deportiva tiene la particularidad de estar sujeto no solo a una batería de normas sociolaborales que le son de aplicación (por su consideración como relación laboral, aunque de carácter especial), sino también a la legislación y reglamentación

³ Una de las denuncias planteadas ante el propio CSD en 2018 la realizó la ciclista y deportista de alto nivel Leire Olaberria, por el trato discriminatorio recibido tras su maternidad, tanto por el seleccionador nacional como por la Federación Española de Ciclismo.

que ordena el deporte (como práctica que contribuye a la formación y desarrollo integral de la personalidad y que, por tanto, es tutelada y fomentada por los poderes públicos).

Para conseguir un desarrollo igualitario del deporte, y para garantizar idénticas cotas de derechos (laborales y deportivos) entre los y las deportistas profesionales, es trascendental no solo que el ordenamiento jurídico-laboral español esté ajustado a los valores de no discriminación hombre-mujer imperantes en la Unión Europea y en el plano internacional (como es el caso), sino que también lo esté la legislación de la actividad deportiva.

En la actualidad, la [Ley 10/1990, de 15 de octubre](#), del deporte, constituye el marco normativo que determina cómo debe desenvolverse la práctica deportiva en nuestro país. Durante los casi 30 años de vigencia de esta ley se han producido importantes cambios sociales, deportivos y jurídicos, por lo que recientemente fue [aprobado por el Consejo de Ministros un Anteproyecto de Ley del deporte](#) (ALD) con el que se pretende hacer frente a las necesarias actualizaciones en la ordenación de la actividad deportiva. Una de las modificaciones que ha de acometer la legislación deportiva para acomodarse a la realidad actual, ser congruente con nuestro texto constituyente (principalmente con el contenido del [art. 14 Constitución española](#) –CE–), acompasarse a las previsiones de la [Ley orgánica 3/2007](#), de igualdad (LOI) ([art. 29 LOI](#), sobre políticas públicas en materia de deporte⁴) y alinearse con el vigente Estatuto de los Trabajadores ([ET](#)) [de 2015](#) (revisado repetidamente en materia de igualdad) tiene que ver con el fomento y la promoción del deporte femenino y con su ejercicio en un escenario de igualdad, real y efectiva, entre hombres y mujeres.

Así pues, el pasado 1 de febrero de 2019 se dio visto bueno a este ALD que, entre otros objetivos, pretende impulsar el derecho fundamental a la igualdad y erradicar las discriminaciones en el ámbito deportivo, no solo entre hombres y mujeres, sino en general en todas sus vertientes⁵ (favoreciendo un «deporte para todos» inclusivo y sin barreras).

El [texto del ALD](#) acoge los postulados en favor de la igualdad desde su inicio. Cabe subrayar las reiteradas referencias a la igualdad y la no discriminación en el deporte que contiene el preámbulo, la mención expresa al valor esencial a la igualdad del artículo 2, dedicado al «Derecho a la práctica de la actividad física y el deporte», y, más concretamente, la redacción dada al artículo 4, que establece el «Marco específico de la igualdad efectiva en el deporte».

⁴ El precepto establece la obligación de que los programas públicos de desarrollo del deporte incorporen la efectiva consideración del principio de igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres en su diseño y ejecución, así como el deber del Gobierno de promover el deporte femenino y favorecer la efectiva apertura de las disciplinas deportivas a las mujeres, mediante el desarrollo de programas específicos en todas las etapas de la vida y en todos los niveles, incluidos los de responsabilidad y decisión.

⁵ Algunas comunidades autónomas, como, por ejemplo, Andalucía, han publicado y actualizado su propia legislación deportiva: [Ley 5/2016, de 19 de julio](#), del deporte de Andalucía, que incluye expresamente la perspectiva de género.

Este último precepto establece una serie de medidas y mecanismos de protección para garantizar la igualdad, entre los que cabe destacar los siguientes:

- a) Establecer políticas públicas que garanticen la igualdad en el acceso, el desarrollo posterior de la actividad física y el deporte, así como la promoción de la integración igualitaria en los órganos de dirección, gobierno y representación de las entidades deportivas.
- b) 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, administrativas o de cualquier clase que mantengan con las mismas.
- c) Impulsar políticas públicas específicas de lucha contra la violencia hacia las mujeres en el deporte y los estereotipos.
- d) Realizar obligatoriamente por parte de las federaciones un informe anual de igualdad para su elevación al CSD y al Instituto de la Mujer, además de elaborar un protocolo de prevención y actuación para situaciones de discriminación, abusos y acoso (por razón de sexo y/o autoridad).
- e) Promover una mayor visibilidad de eventos deportivos de categoría femenina en medios de comunicación.
- f) Deber de las federaciones y ligas profesionales de elaborar un plan específico de conciliación con medidas concretas de protección en los casos de maternidad y lactancia, aplicable también a las entidades deportivas pertenecientes a aquellas.
- g) Garantizar la igualdad de premios entre ambos sexos en los eventos deportivos organizados por la Administración pública o financiados con fondos públicos y asegurar que el sistema de dietas otorgadas cuando se compita con las selecciones nacionales sea igualitario para hombres y mujeres.

Una significativa novedad del ALD es la inclusión de diversos catálogos de derechos y deberes. Un primer cuadro de derechos y deberes de las personas deportistas, donde se hace alusión expresa al derecho a la práctica deportiva sin discriminación por razón de sexo (art. 22.1, letra a); un segundo inventario relativo a las personas deportistas de alto nivel y alto rendimiento (arts. 24 y 26); y un tercer elenco de derechos y deberes de las personas deportistas profesionales, donde obviamente no pueden faltar el reconocimiento del derecho a la negociación colectiva, a la libre sindicación y a la huelga (art. 27, letras d), e) y f).

En cuanto a ordenación de las federaciones, según las previsiones del anteproyecto, estas deberán fijar en sus estatutos las denominadas «comisiones de género» (art. 50.5 ALD), habrán de reconocer como miembros elegibles de sus órganos a los deportistas aunque no hayan podido competir por situación de embarazo o periodo legal de maternidad,

paternidad⁶, adopción, etc., y además sus directivos deberán respetar la presencia equilibrada de hombres y mujeres en sus órganos (so pena de incurrir en infracción muy grave de las previstas en el art. 112.2, letra k), ALD).

De otro lado, el artículo 128 del ALD encomienda funciones en la materia al Tribunal Administrativo del Deporte, como principal garante del reconocimiento de derechos y deberes de los deportistas, entre ellos, el deporte igualitario e inclusivo, y sus principales garantías jurídicas.

En definitiva, de salir adelante este anteproyecto (u otro en semejantes términos o incluso con pronunciamientos más ambiciosos en materia de igualdad), las consecuencias para el deporte profesional femenino serían beneficiosas, tanto por la introducción de las necesarias novedades regulatorias sobre igualdad que requiere la actividad deportiva, como por la generación de concienciación a la que contribuiría una actualizada ley del deporte. Con esta reforma del marco normativo del deporte se reforzaría notablemente el merecido protagonismo de las deportistas, se instaurarían algunas medidas efectivas para luchar contra la discriminación en este ámbito y se daría un aldabonazo definitivo al desarrollo de los derechos de las deportistas profesionales en un momento, oportuno y crucial, como el que se está viviendo hoy día con las movilizaciones y negociaciones llevadas a cabo en el fútbol femenino (y las demás reivindicaciones que lo han precedido, a título individual o colectivo, en otras disciplinas).

3. Huelga y negociación colectiva en el deporte femenino (y en el fútbol en particular)

Tal como hemos señalado anteriormente, a finales de 2019 salta a los medios de comunicación la noticia de que las futbolistas españolas de primera división, en decisión adoptada por unas doscientas jugadoras en la asamblea organizada por el sindicato mayoritario (la Asociación de Futbolistas Españoles –AFE–), convocaban una huelga indefinida después de que las numerosas reuniones y conversaciones mantenidas durante el último año con la Asociación de Clubes de Fútbol Femenino para la suscripción de un primer convenio colectivo no hubiesen llegado a buen puerto.

La huelga se convocó con carácter indefinido, de manera que, mientras no hubiera acuerdo, afectaría a los encuentros de liga previstos para los sucesivos fines de semana (no así a los entrenamientos).

⁶ Habría que revisar el texto en atención a las novedades introducidas por el [Real Decreto-Ley 6/2019](#), de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en el empleo y la educación, en lo relativo a las prestaciones por nacimiento y cuidado del menor y por corresponsabilidad en el cuidado del lactante ([art. 42 Ley general de la Seguridad Social](#)).

Aunque la noticia fuera llamativa y haya abierto los titulares de prensa durante semanas, se trata de una reivindicación que viene de atrás, como hemos explicado antes, ya que, una vez que el deporte femenino español (y el fútbol femenino en particular) está despuntando desde hace años, las jugadoras de todas las disciplinas deportivas han comenzado a exigir cada vez con más empeño sus derechos como colectivo de trabajadoras y demandan sin tapujos un trato no discriminatorio en su relación de trabajo y respecto de las condiciones laborales de sus compañeros hombres.

Concretamente, los grandes escollos al entendimiento entre las futbolistas y los clubes femeninos que habían provocado inicialmente el naufragio del convenio tenían que ver, primeramente, con sacar adelante una negociación colectiva casi inexistente en el fútbol femenino hasta hace poco (aunque sea un clásico en el fútbol masculino y en otras disciplinas como el baloncesto o el balonmano); y, seguidamente, con regular por vez primera unas condiciones de trabajo donde temas como la determinación del salario base en los contratos a tiempo parcial se han enquistado. Por contra, sí parecía haber acuerdo en la ordenación de las vacaciones, la lactancia, la nulidad de las cláusulas antiembarazo (Conde, 2018) o los protocolos de acoso. Por supuesto, a ambas razones se suman argumentos económicos de peso para la falta de entendimiento entre ambas partes, ya que los clubes (incluidos los más humildes) han de afrontar las demandas sindicales con ingresos que, además de proceder de partidas propias (como las ventas en taquilla, las cuotas de los socios o los patrocinios), van a tener que estar respaldados con dinero proveniente de la misma Federación Española de Fútbol (que así lo ha comprometido) y, sobre todo, de los derechos audiovisuales (dependientes del contrato suscrito con el grupo del mercado audiovisual europeo MEDIAPRO, para la retransmisión televisiva de los partidos de primera división⁷).

El CSD (presidido ahora por primera vez por una mujer –la exesquiadora M.^a José Rienda–) ha sido sede de algunas de las reuniones celebradas entre los clubes femeninos y los sindicatos, en el afán de este organismo por mediar en los preliminares de la negociación colectiva, tanto para intentar acortar diferencias entre ambas partes, como para crear un marco favorable de igualdad de trato en el fútbol femenino (que sea extrapolable al resto de disciplinas deportivas). De hecho, las dificultosas conversaciones de clubes y futbolistas han tenido tal repercusión en el orbe deportivo que se han visto precedidas por citas entre representantes del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social y del CSD para favorecer el desbloqueo del conflicto, conciliar los intereses de ambas partes y conseguir un convenio colectivo digno.

Llegado el fin de semana señalado para la interrupción de la actividad futbolística y ante la expectación generada, la huelga fue secundada unánimemente por las jugadoras: en la que era la novena jornada de liga estaban previstos ocho partidos, ninguno de los cuales

⁷ Han estado en juego alrededor de 1,5 millones de euros por la retransmisión de un par de partidos, según el dato que ha trascendido en los medios.

se celebró debido a la ausencia de los dieciséis equipos convocados. Excepcionalmente, tan solo la jugadora de la Real Sociedad Maddi Torre acudió al estadio de San Sebastián donde debía jugar su equipo con el Barcelona.

Tras el primer fin de semana de huelga, las futbolistas (representadas por los sindicatos AFE, UGT y Futbolistas ON) y los clubes han llegado a un acuerdo. En efecto, las partes reunidas en la sede del Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje (SIMA) en Madrid han convenido condiciones laborales como, por ejemplo, un salario de 16.000 euros brutos anuales para una jornada completa, vacaciones de 30 días naturales y una parcialidad del 75 % (a la que correspondería un salario de 12.000 € brutos). Según las noticias que han trascendido, ambas partes han puesto fecha para que a principios de 2020 se cierren definitivamente las conversaciones y quede firmado el histórico convenio colectivo.

Ante la situación vivida en el fútbol femenino, hay una cuestión de base que abordar, como es el derecho de las deportistas profesionales a la huelga y a la negociación colectiva, dado el cuestionamiento del ejercicio del mismo que pueda existir por parte de quienes desconocen nuestro marco normativo laboral y, particularmente, de aquellos que ignoran que los deportistas son auténticos trabajadores asalariados, aunque su prestación de servicios esté sujeta a una normativa específica por las particularidades que presenta respecto de los trabajadores comunes ([art. 2.1, letra d\), ET](#)).

De partida, los/as deportistas profesionales gozan, como trabajadores que son, de derechos laborales, tanto individuales como colectivos, modulados únicamente por las singularidades que presenta su actividad (ordenada expresamente en el [RD 1006/1985, de 26 de junio](#), por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales).

Los deportistas profesionales (hombres o mujeres) son trabajadores por cuenta ajena y su relación de trabajo, tal como hemos advertido, tiene carácter de relación laboral especial, conforme a la normativa vigente ([art. 2.1, letra d\), ET](#) y [RD 1006/1985](#)), siempre que su vínculo contractual tenga carácter regular y se dediquen voluntariamente a la práctica del deporte por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de un club o entidad deportiva a cambio de un salario (ex [art. 1 RD 1006/1985](#)).

En lo relativo al derecho a la huelga y a la negociación colectiva, los deportistas profesionales disfrutan de los derechos colectivos reconocidos a todos los trabajadores, tal como expresa y claramente dispone su reglamentación específica que remite a la normativa laboral básica de carácter general. Concretamente, el [artículo 18 del Real Decreto 1006/1985](#) dispone literalmente lo siguiente: «los deportistas profesionales tendrán los derechos colectivos reconocidos con carácter general en la legislación vigente, en la forma y condiciones que se pacten en los convenios». Este mecanismo por el que se establece un apartado específico en el régimen jurídico del deportista profesional es bastante correcto y no ofrece duda alguna de que gozan del amplio abanico de derechos colectivos que poseen todos

los trabajadores (derecho de representación, libre sindicación, negociación, reunión, huelga, etc.), eso sí, con la concreción y adaptación a sus singulares condiciones laborales que efectúe la negociación colectiva⁸.

Cierto es que la doctrina especializada ha señalado la escasa consideración de los derechos colectivos en las relaciones laborales especiales y, particularmente, en la de los deportistas profesionales (Rubio, García, González y Schneider, 2011, pp. 249-252), pese a lo cual en el deporte masculino encontramos, como analizaremos más adelante, convocatorias de huelgas y suscripción de convenios colectivos. Las razones de tan exigua trascendencia (que sin embargo va en aumento con el transcurso del tiempo) son de distinta índole y, por supuesto, tienen que ver con algunos de los peculiares caracteres del deporte y de lo singular de la actividad profesional en este ámbito, que hacen que la aplicación de la normativa laboral reguladora (en particular, el articulado del [título III del ET](#), sobre derechos de representación colectiva y de reunión de los trabajadores, y la [LO 11/1985](#), de libertad sindical) sea sumamente compleja y dificultosa en distintos aspectos (generalización de contratos –por definición– temporales en el colectivo de los deportistas profesionales, complicaciones en materia de legitimación para la negociación y de representatividad unitaria y sindical, estructuración del sector en federaciones, clubes y sociedades anónimas deportivas, existencia de ligas profesionales en ciertas disciplinas, negociación de convenios de franja de aplicación a los deportistas profesionales exclusivamente –no a los trabajadores comunes de los clubes–, etc.).

3.1. Derecho a la huelga

En cuanto al primero de los derechos colectivos a considerar, la huelga, conviene recordar que todos los trabajadores tienen derecho a la misma para defender sus intereses laborales (independientemente de la naturaleza pública o privada de su prestación de servicios y de que estén o no sindicados), tal como proclama la CE en su [artículo 28](#). Es más, el derecho a la huelga posee rango de derecho fundamental, por lo que merece una protección máxima respecto del resto de derechos y libertades proclamados en nuestra Carta Magna (el [art. 53.2 CE](#) establece que cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de los derechos fundamentales ante los tribunales ordinarios mediante un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, y que, agotada dicha vía, será posible interponer recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional).

⁸ Los reglamentos que regulan las diferentes relaciones laborales suelen acudir al régimen común del ET para ordenar los diferentes aspectos relativos a los derechos colectivos. No obstante, las fórmulas para realizar tal remisión suelen ser indirectas y no es habitual la opción de integrar estos aspectos como fuente de la relación laboral especial. Esta última alternativa es por la que se decanta el real decreto de los deportistas profesionales.

De todos es sabido que, al no existir ley orgánica que desarrolle este derecho fundamental a la huelga (pese al mandato constitucional del [art. 81 CE](#)), la normativa que lo regula es el [Real Decreto-Ley 17/1977](#), de relaciones de trabajo, una vez pasado el filtro del Tribunal Constitucional en su relevante [Sentencia 11/1981](#) que lo declaró parcialmente en vigor.

En nada difiere el ejercicio de la huelga por parte de un trabajador común a la manera en que puede desplegarlo un deportista profesional. De hecho, este colectivo ha ejercido tal derecho, aunque en contadas ocasiones. Hace más de 40 años, el 4 de marzo de 1979, los futbolistas españoles llevaron a cabo la primera huelga de la historia de este colectivo provocando un domingo sin liga y un rotundo giro en las condiciones laborales de los jugadores. Esta huelga histórica, promovida entonces por una jovencísima AFE, fue sin duda el acicate para la regulación específica de la actual relación laboral de los deportistas profesionales (promulgada en 1985), para la inclusión de los futbolistas en la Seguridad Social, primero en un régimen especial y más adelante en el régimen general⁹, donde progresivamente se irían admitiendo el resto de jugadores de las demás disciplinas deportivas¹⁰ (Fernández, 2007), y para el comienzo de una verdadera negociación colectiva en el ámbito del fútbol. Con posterioridad, en 1981 y en 1984, los futbolistas volvieron a hacer uso de su derecho a la huelga con objeto de mejorar sus condiciones laborales. La primera de dichas huelgas tuvo tal impacto que provocó incluso el retraso del comienzo de la liga y la segunda también ocasionó la suspensión de la competición hasta que quedó solucionado el conflicto, ya que los clubes quisieron celebrar los partidos alineando jugadores juveniles y *amateurs* (lo que no fue considerado ajustado a derecho, según el dictamen emitido entonces por el director general de Trabajo). Las reivindicaciones de los jugadores, en una y otra ocasión, tenían que ver con el cobro de sus deudas y con la participación de los futbolistas en las negociaciones sobre derechos televisivos.

En el ínterin de estas dos huelgas, se celebró el año 1982 otra parada (sin apenas seguimiento), tres jornadas antes de acabar la liga, que fue anulada al día siguiente. En 2011 también la AFE anunció una huelga debido a las deudas contraídas con unos doscientos jugadores y que abarcaría las dos primeras jornadas del campeonato de liga, aunque finalmente solo quedó afectada la primera de ellas.

Haciendo recuento, en nuestro país se han convocado y llevado a cabo cuatro huelgas por parte de futbolistas profesionales (con dispar efectividad, según se ha explicado) y otras tres fueron anunciadas y posteriormente desconvocadas antes de su inicio, en los

⁹ [Real Decreto 2806/1979, de 7 de diciembre](#), y normas reglamentarias para la aplicación y desarrollo del régimen especial de los jugadores profesionales de fútbol, y [Real Decreto 2621/1986, de 24 de diciembre](#), por el que se integran los regímenes especiales de la Seguridad Social de los trabajadores ferroviarios, jugadores de fútbol, representantes de comercio, toreros y artistas en el régimen general.

¹⁰ [Real Decreto 287/2003, de 7 de marzo](#), por el que se integra en el régimen general a los deportistas profesionales.

años 1997, 2010 y 2015 (en este mismo ámbito del fútbol, hay que señalar también como curiosidad que los árbitros estuvieron en huelga en 1997 y 2006).

La parada de 2015 merece un mínimo comentario por su idiosincrasia, la discusión de fondo sobre su licitud y el recorrido judicial que tuvo. Esta huelga fue convocada, como en otras ocasiones, por la AFE, debido esta vez a las desavenencias surgidas con la Liga Nacional de Fútbol Profesional en relación con el [Real Decreto-Ley 5/2015](#), de medidas urgentes en relación con la comercialización de los derechos de explotación de contenidos audiovisuales de las competiciones de fútbol profesional¹¹, y las previsiones del artículo 43 del convenio colectivo vigente entonces¹² sobre la aplicación del denominado «fondo social». La medida de presión no llegó a consumarse debido a que, tras una interesante decisión judicial de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, la huelga fue suspendida (mediante Auto de 14 de mayo de 2015, procedimiento de conflictos colectivos-medidas cautelares núm. 131/2015¹³) por entender que la misma no puede tener como fin alterar, durante su vigencia, lo acordado en un convenio colectivo (conforme a lo dispuesto en el [art. 11, letra c\), del RDL 17/1977](#)).

Obviamente, el ejercicio del derecho a la huelga para las futbolistas profesionales (como para cualquier otro trabajador) está sujeto a unas limitaciones (sobre su licitud, laboralidad, abusividad, etc.), a un procedimiento (que regula su declaración, convocatoria, notificación, desarrollo, etc.), y comporta además unas consecuencias contractuales para el trabajador y empresario (la principal de las cuales es la suspensión del contrato de trabajo –[art. 45.1, letra l\)](#)–). Según parece, las futbolistas huelguistas han cubierto las previsiones legales relativas al procedimiento necesario para efectuar la convocatoria, el desarrollo de la huelga, el procedimiento de mediación, etc. Así, han adoptado el acuerdo en reunión conjunta de los representantes de los trabajadores, en este caso de las organizaciones sindicales con presencia en el ámbito laboral al que se extendía la huelga (AFE principalmente, puesto que había venido representando en solitario y *de facto* la representación de los futbolistas profesionales hasta que se ha sumado a las conversaciones el sindicato Futbolistas ON, surgido en 2018, y UGT), con comunicación a los clubes afectados y a la autoridad laboral (conforme a los requisitos formales establecidos), han permitido el derecho de cada jugadora a sumarse o no libremente a la huelga (habiendo solo una jugadora que ha hecho uso de esa libertad), acudieron a mediar ante el SIMA, etc.

No obstante, están pendientes las posibles sanciones disciplinarias de orden deportivo, ya que en el deporte profesional existe una doble vertiente disciplinaria, la laboral y la deportiva, derivada del singular régimen jurídico de este colectivo. Será la jueza de competición de la Real Federación Española de Fútbol, Carmen Pérez, quien decidirá sobre la

¹¹ BOE núm. 104, de 1 de mayo de 2015.

¹² [Convenio colectivo para la actividad del fútbol profesional](#) (BOE núm. 249, de 9 de octubre de 2014).

¹³ El auto estimó la medida cautelar solicitada por la AFE, condicionada a la aportación de una caución de 5 millones de euros por parte de esta entidad.

suspensión de los ocho partidos de primera división por incomparecencia de las jugadoras de los dieciséis equipos (según reflejan las correspondientes actas arbitrales levantadas), una vez que aleguen en el plazo establecido los clubes y el sindicato.

3.2. Derecho a la negociación colectiva

En cuanto al segundo de los derechos colectivos objeto de análisis, el de negociación colectiva (recogido en el [art. 37 CE](#)), es lógico concluir que, si los deportistas profesionales son a todas luces trabajadores por cuenta ajena, pueden suscribir convenios colectivos para regular sus condiciones de trabajo, conforme a las estipulaciones establecidas en el ET ([arts. 82 y ss.](#)), por remisión del [artículo 18 del Real Decreto 1006/1985](#). El derecho a la negociación colectiva, aunque no es un derecho fundamental como el derecho a la huelga, está reconocido constitucionalmente y en el marco del deporte profesional masculino ha tenido un desarrollo normalizado desde hace décadas. No ha sido así, en cambio, en el ámbito del deporte femenino, que carecía de convenios colectivos hasta el año 2008, con el retraso que eso supone en la ordenación y adaptación de las condiciones de trabajo a la actividad profesional de las jugadoras en sus distintas disciplinas, ligas o clubes.

En efecto, como se refirió al comienzo de este estudio, con anterioridad al convenio del fútbol femenino negociado en 2019 solo existen dos antecedentes de negociación colectiva en el deporte femenino. El primero de ellos fue el [Convenio colectivo del baloncesto profesional de la Liga Femenina](#), suscrito en 2008 entre la Asociación Nacional de Baloncesto Femenino –en representación de los clubes, entidades deportivas y sociedades anónimas deportivas afectadas– y la Asociación de Jugadoras de Baloncesto –en representación de las jugadoras profesionales de baloncesto–. Hemos de considerar este convenio, que no está vigente en la actualidad, como pionero y precursor de la concertación de las condiciones de trabajo de las mujeres deportistas. Bastante tiempo después, se firmó el [Convenio colectivo del fútbol sala femenino de 2018](#), suscrito entre Pescados Rubén Burela FS y las jugadoras profesionales del club. En este caso, como en el fútbol sala no existe liga profesional, la negociación del convenio la realizó en solitario el joven equipo lucense (que ha cosechado éxitos deportivos a nivel nacional), ya que la asociación de clubes no podría erigirse como patronal.

Futbolistas y baloncestistas mujeres han sido, por tanto, quienes han abierto camino en esa trayectoria de la negociación colectiva femenina, que posee escaso recorrido, sobre todo en comparación con la desarrollada en el deporte masculino (y, en particular, en el fútbol), donde viene siendo habitual la firma de convenios en la liga profesional, tanto en la primera como en la segunda división. Existió incluso un supuesto «convenio colectivo» antes de la entrada en vigor de la reglamentación de 1985, sin embargo, el Tribunal Central de Trabajo no llegó a calificarlo de tal, ya que no fue presentado a homologación ante la autoridad laboral, no fue publicado, no contenía el periodo de duración, ni tampoco incluía el mecanismo de denuncia, impidiéndose con ello la fuerza normativa que es consustancial a estos instrumentos jurídicos (Rubio *et al.*, 2011, p. 250).

En este punto cabe señalar que las ligas profesionales se configuran como asociaciones dentro de una federación, con motivo de la existencia de competiciones oficiales de carácter profesional y de ámbito estatal. Estas asociaciones actúan como agrupación empresarial en materia de derechos colectivos, siendo interlocutores de los empresarios y debiendo ajustarse al [artículo 87 del ET](#) en materia de legitimación y a la [Ley orgánica 11/1985](#), de libertad sindical.

En efecto, desde la década de los ochenta hasta la actualidad se han sucedido distintos convenios colectivos de la actividad del fútbol profesional¹⁴, así como de otras disciplinas deportivas (caso del baloncesto¹⁵ y el balonmano¹⁶). A la fecha y hasta junio de 2020, está en vigor el [Convenio colectivo para la actividad del fútbol profesional](#), suscrito en 2015 (BOE núm. 293, de 8 de diciembre de 2015). Este acuerdo, que es prorrogable en su totalidad por periodos sucesivos de 4 años (salvo denuncia), rige las condiciones laborales de los futbolistas que prestan sus servicios en los equipos de los clubes adscritos a la Liga Nacional de Fútbol Profesional y que quedaron representados por el sindicato AFE.

Una de las cuestiones más singulares que plantea la negociación colectiva en el fútbol (y en el deporte profesional en general) tiene que ver con los aspectos relativos a la legitimación para la suscripción de los convenios (sobre todo por la parte de los trabajadores)¹⁷. De un lado, el ejercicio del derecho de representación unitaria y sindical en el ámbito del deporte profesional presenta ciertas particularidades y problemáticas de compleja solución (por la determinación de la unidad electoral y la representatividad de los sindicatos en las empresas deportivas y en la esfera de cada modalidad deportiva, por la adecuación de lo establecido en los preceptos del ET que regulan estas cuestiones a la inexistencia de elecciones sindicales en el deporte profesional, por el carácter temporal –que no fijo– de los contratos de los deportistas profesionales, por la condición de elector y elegible en el deporte profesional, etc.); y, de otra parte, hay que señalar que el nacimiento en 2018 de un segundo sindicato (Futbolistas ON), alternativo al único existente hasta entonces (AFE), ha venido a complicar el panorama sobre la legitimación negocial (Roqueta, 2018). Unas y otras cuestiones han complicado a veces la negociación de los sucesivos convenios colectivos (sobre todo en perjuicio de los derechos de los deportistas), que, aun así, ha salido adelante sobre todo debido a la hegemonía de hecho del sindicato AFE, sin que ello suponga ignorar la importancia de acometer cambios (incluso legales) para afianzar la representatividad

¹⁴ Entre los primeros en el tiempo, el [Convenio colectivo de trabajo para la actividad de fútbol profesional en la categoría nacional de segunda división «B»](#) (BOE núm. 273, de 14 de noviembre de 1989) o el [Convenio colectivo para la actividad del fútbol profesional](#) (BOE núm. 228, de 22 de septiembre de 1992).

¹⁵ [IV Convenio colectivo de trabajo ACB-ABP para la actividad del baloncesto profesional ACB](#) (suscrito en 2019).

¹⁶ [IV Convenio colectivo del balonmano profesional](#) (BOE núm. 22, de 26 de enero de 2017).

¹⁷ *Cfr.* [Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de 4 de junio de 1999 \(rec. 3755/1998\)](#), sobre legitimación para negociar el Convenio colectivo nacional taurino.

de los sindicatos del ámbito del deporte profesional en función de las singularidades de este ámbito de actividad.

En todo caso, la experiencia ganada en la negociación colectiva del deporte masculino y la superación paulatina (que no total) de algunos de los primordiales escollos económicos, técnicos y sindicales surgidos durante la misma están siendo útiles, en cierta medida, para el desarrollo de convenios colectivos en el ámbito femenino, teniendo en cuenta el menor impacto mediático y social que aún tiene el deporte de mujeres.

A partir de este momento, habrá que estar pendientes de la publicación del esperado convenio colectivo del fútbol femenino para leer en detalle su articulado, desgranar los entresijos de la regulación de las condiciones de trabajo de este colectivo profesional de mujeres y hacer un balance más definitivo de los aciertos y carencias del acuerdo, que, seguro, servirá de ejemplo práctico para las deportistas de otras disciplinas. Celebrando siempre, eso sí, que esta negociación haya tenido lugar y que haya sido posible gracias a la movilización pacífica y organizada de las futbolistas al completo (con escasos y anecdóticos apoyos de sus compañeros de profesión¹⁸), en ejercicio de su derecho a la huelga que han sabido gestionar.

Referencias bibliográficas

- Conde Colmenero, P. (2018). *Cláusulas antiembarazo: ¿cómo afrontar la erradicación de prácticas discriminatorias en el deporte femenino?* *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 427, 171-182.
- Fernández Orrico, F. J. (2007). Peculiaridades en materia de Seguridad Social de los deportistas. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 69, 137-174.
- Roqueta Buj, R. (2018). La negociación de los convenios colectivos en el ámbito del fútbol. *iusport.com* (20-10-2018). Recuperado de <<https://iusport.com/art/72561/la-negociacion-de-los-convenios-colectivos-en-el-ambito-del-futbol>>.
- Rubio, F., García, E. A., González, J. M. y Schneider, C. (2011). La relación laboral especial de los deportistas profesionales. En A. V. Sempere Navarro y M. Cardenal Carro (Dirs.), *Relaciones laborales especiales y contratos con particularidades* (pp. 227-278). Madrid: Thomson Reuters-Aranzadi.

¹⁸ Han trascendido los de Iniesta, Griezmann, Raúl Navas, Borja Iglesias o Lucas Pérez, por ejemplo.

La responsabilidad civil por daño (culposo) profesional: el estado del arte judicial entre «conservación» y «progreso»

Cristóbal Molina Navarrete

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Jaén*

[...] la jurisprudencia debe tener como propósito [...] no solo satisfacer la necesidad de «estabilidad y fijeza» de las relaciones sociales [...] sino, además, y principalmente, asegurar la «plasticidad y movilidad» de la norma, para que el derecho sea, no cosa muerta y rígida, sino materia [...] flexible, sujeta a renovación como la vida misma [...].

Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1933

Un realista jurídico podría [...] afirmar [...] que es necesario esperar las palabras de los tribunales para saber si las del legislador son algo más que papel mojado.

J. L. Puig Brutau

1. «Particularismo valorativo» de los daños a la seguridad (integridad) y salud (bienestar psicofísico) de las personas trabajadoras, campo abonado a la innovación jurídica: avances y resistencias de ida y vuelta. Uno de los hitos jurídico-sociales más relevantes de la historia del derecho, que para España está datado hace 120 años (en la Ley de accidentes de trabajo de 30 de enero de 1900), el particularismo valorativo de los daños a la seguridad y salud de las personas trabajadoras (accidentes de trabajo y enfermedades profesionales), para su reparación íntegra (en lo posible), vive un largo estancamiento, una notable confusión y una apreciable insatisfacción (injusticia) resarcitoria. Sin duda, a lo largo de estos años, el sistema de reparación del daño profesional, extremadamente fragmentado, ha ido creciendo en complejidad, por lo tanto también en confusión, pero no en eficacia, ni en eficiencia ni en efectividad ni, desde luego, en justicia social resarcitoria.

Este exceso de inercia (e insuficiencia) valorativa en el daño profesional (culposo) debe inquietar, porque España mantiene un alto índice de incidencia de siniestralidad laboral, con más de 1.700 personas diarias sufriendo daños de este tipo (el drama de la empresa química de Tarragona lo confirma), de diferente gravedad, de ellas, casi 2 fallecen al día

(en 2018 fallecieron más de 650 personas trabajadoras, incluidas autónomos –las cifras pueden variar año a año, pero siempre son graves–). A ello habría que sumar el cada vez mayor número de personas que sufre de enfermedad profesional, la mayoría de forma silenciosa, pero que también mata. Suele referirse a la «tragedia del amianto», pero no es la única acumulación de luctuosas historias imputables a «tóxicos homicidas laborales en serie», algunas ya conocidas. Sería el caso de la «tragedia del silestone», no menos tristemente célebre compuesto de cuarzo comercializado como silestone por un grupo multinacional andaluz (por ejemplo, la Sentencia del Juzgado de lo Penal –SJP– núm. 2 de Huelva 50/2019, de 13 de marzo, es la primera que reconoce y condena la secuencia de delitos asociados a esta rentabilización sin prevención ni precaución, antes reconocidos pero no aplicados –prescripción–), y que también cuenta ya con un reguero de personas enfermas profesionalmente que están siendo, poco a poco, indemnizadas social y civilmente (por ejemplo, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia –STSJ– de Andalucía/Granada 1414/2019, de 30 de mayo).

El año 2020 marcará –dicen las personas expertas en epidemiología laboral– el techo en el número de diagnósticos de personas víctimas de ese «homicida silencioso en serie» que fue –y sigue siendo– el amianto. En el camino ya ha dejado: más de 1.000 diagnosticadas en una década, viéndose afectadas no solo las personas trabajadoras (el 70 %), también sus familiares (normalmente hijas y esposas) y vecinos (víctimas de exposición pasiva); una multiplicación del gasto sanitario de casi un 100 % en ese tiempo (el gasto público no es solo sanitario, hay que añadir el «desamiantado» (por ejemplo, STSJ de Madrid 272/2019, de 9 de septiembre) y una extremada conflictividad en todos los órdenes (social, civil, penal); son crecientes los montos a pagar en concepto de responsabilidad civil por daños (dimensión privada: enfoque de eficiencia) por las empresas causantes –o de sus «sucesoras»– de tan graves patologías, de las que se derivan **cuantiosos costes**. El goteo diario de sentencias en el orden social viene a confirmar, superadas las primeras incertidumbres, la extensión e intensidad de estos daños profesionales directos (por ejemplo, Sentencia del Tribunal Supremo –STS– 172/2019, de 6 de marzo; STSJ de Cataluña 4921/2019, de 15 de octubre, entre muchas desde 2010).

El no menos incesante caudal de sentencias en el orden civil identifica un ámbito superior de damnificados («pasivos»), obligando a reparar los daños difusos o por asociación a aquellos. La muerte de un ciudadano ajeno a la empresa química en Tarragona lo ratifica.

Bastan para ilustrar la intensidad de estos daños por irradiación o asociación familiar y social de los daños profesionales (tienen una causa unitaria: derivados de la ausencia de políticas empresariales de gestión preventiva de los riesgos laborales ligados al desarrollo) los 3,5 millones de euros a pagar por la Corporación Empresarial de Materiales de Construcción, SA (Coemac, sucesora de Uralita), por los fallecimientos y enfermedades de familiares y vecinos de personas trabajadoras que, a su vez, enfermaron y/o murieron por la exposición directa (Sentencia de la Audiencia Provincial –SAP– de Madrid 360/2019, de 24 de octubre –no firme–, que hace suya la doctrina de la STS, Sala 1.ª, 639/2015, de 3 de

diciembre). El problema ni es solo histórico (pasado) ni tiene visos de estar controlado (futuro), pese a la prohibición desde 2002. La judicialización, tanto en vía social como penal, del nuevo «nicho de víctimas de amianto» en una de las empresas públicas más importantes de España, como [Metro de Madrid \(3 fallecidos ya\)](#), así lo manifiesta.

La creciente visualización del problema que esta tutela institucional conlleva (muchas más acciones inspectoras, con multas millonarias; multiplicación de las demandas judiciales –un buen número de directivos de Metro de Madrid están investigados por el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Madrid por esta causa–, en línea con lo que sucediera antes en otros países, como Francia, Holanda, Bélgica o EE. UU.) estaría sirviendo para concienciar sobre las dimensiones desmedidas de estas viejas y nuevas tragedias del amianto, pero no asegura una razonable satisfacción del derecho al resarcimiento íntegro (y no dilatorio). En realidad, parece suceder, desde un plano valorativo global, lo contrario. La nueva masificación social de los daños profesionales culposos deja al desnudo las limitaciones del sistema de responsabilidad civil.

Esta masificación de la demanda de resarcimiento efectivo evidencia las insuficiencias del sistema de cobertura (aseguramiento) social (objetivación, pero resarcimiento tarifado). Y ello pese a las mejoras voluntarias (que no descuentan de la indemnización civil adicional: [STS 97/2019, de 7 de febrero](#)), así como a la singular y estrambótica institución del recargo de prestaciones ex [artículo 164 de la Ley general de la Seguridad Social](#) (por ejemplo, [STSJ de Castilla-La Mancha de 6 de julio de 2017, rec. 1147/2016](#), firme por [Auto del Tribunal Supremo –ATS– de 25 de septiembre de 2019, rec. 462/2018](#); [STS 837/2018, de 18 de septiembre](#); tampoco descuenta, si bien solo procede si el incumplimiento preventivo es la única causa, no si concurre con otra patología: [STSJ de Galicia de 30 de octubre de 2019, rec. 3263/2019, Grupo Navantia](#)). Pero también deja emerger las dificultades y límites del sistema «civil» de daños culposos (la re-civilización de la responsabilidad social por daños mejora la integridad del resarcimiento de forma individual, pero lo ralentiza y no llega a todas las víctimas por igual). Por eso, se ensayan otras vías, probadas con cierto éxito en países como Francia, aquí en –ruinosa– construcción.

Me refiero al reclamo que se hace, doctrinal, política y socialmente, a la técnica del fondo de compensación para las víctimas, sin entrar en la cuestión de la culpa, para gestionar esta profunda crisis institucional¹. Se seguía, así, la experiencia francesa, como se dijo, que en el devenir de esta análoga tragedia experimentaría dos grandes «revoluciones» en el derecho de resarcimiento frente a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales «masificados». La primera, jurisprudencial, evolucionando la responsabilidad civil por daño profesional culposo hacia el entendimiento de la obligación preventiva como de resultado, no solo de medios, y a la máxima flexibilización del criterio de culpa por falta inexcusable

¹ [Proposición de Ley de creación de un fondo de compensación para las víctimas del amianto](#), presentada por el Parlamento vasco. Congreso de los Diputados, 11 de junio de 2019, BOCG, Serie B, número 25-1.

(basta que el empleador hubiera debido tener conciencia del peligro al que estaba expuesta la persona trabajadora y no adoptara las medidas necesarias para protegerla). La segunda, en el campo de la política social, pues si muchos analistas valoraron esa evolución jurisprudencial como un triunfo de las víctimas del amianto, porque facilitaba la acción de resarcimiento complementaria civil, quedó claro que se necesitaba una intervención legislativa en la línea de la socialización, para dar un paso realmente eficaz en el resarcimiento efectivo de un colectivo de afectados tan numeroso y ante las dificultades (y costes) de la acción judicial.

Sobre el relativo éxito de esta experiencia vecina, en España se pedirá una nueva intervención de la política legislativa social en el campo de la responsabilidad civil por daños profesionales culposos, a fin de que resulte más adaptado a la realidad. La socialización, no la re-civilización, parecería ser la vía de superación de lo vigente (efecto de progreso). Pero, una vez más, también abre nuevos interrogantes, con los consiguientes riesgos de incurrir en deficiencias, inequidades reguladoras e, incluso, retrocesos (efecto regresivo la externalización de los costes de los accidentes y enfermedades laborales causados por un desarrollo nocivo, pero económicamente rentable para quienes lo diseñan, promueven y se benefician).

2. El ensayo legal de una doble revolución jurídica del derecho español de accidentes de trabajo: éxitos y frustraciones de su «re-civilización». Pero no es la primera vez, en la década que el año 2020 cierra –y/o abre, depende–, que se reclama la intervención legal para mejorar la protección frente al accidente laboral. Al respecto, es útil recordar la centralidad que presenta su efectiva tutela judicial en la [Ley reguladora de la jurisdicción social](#) (LRJS). En la faceta reparadora –que es la más relevante aquí– habría, en síntesis, tres grandes novedades, con un grado de innovación jurídica real y suerte dispar. La primera, relativa a la competencia judicial, atribuida en exclusiva al juez social ex [artículo 2 e\) de la LRJS](#) –elimina el peregrinaje y la competitividad entre órdenes judiciales–, ha funcionado muy bien. Lo atestigua la citada [STS, Sala Primera, 639/2015](#).

La segunda, sobre la flexibilización del criterio de culpa contractual como presupuesto para la imputación de responsabilidad civil por accidente de trabajo, en gran medida también se ha consolidado. El estado del arte judicial y jurisprudencial asume que basta una culpa leve ([art. 96.2 LRJS](#)), en línea con la evolución de la jurisprudencia francesa y recogiendo la propia evolución de la doctrina jurisprudencial patria. Muy relevante en la práctica, tiene menor valor revolucionario jurídicamente, porque no es sino la literal expresión en palabra de ley de lo que ya era palabra jurisprudencial (desde la trascendental [STS de 30 de junio de 2010, rec. 4123/2008](#), que intensifica el deber de diligencia preventiva empresarial, aun cuando medie imprudencia no temeraria de la persona trabajadora, si bien no llega a la objetivación total, por considerarla contraproducente preventivamente).

Mucho más destacable, tanto por su mayor recorrido innovador como por su fracaso estrepitoso, la –gubernamentalmente malograda– [disposición final quinta](#), en la que se preveía

—en un plazo perentorio, ya *ad calendas graecas*— la aprobación de un «baremo-sistema de valoración específico» de daños profesionales culposos (accidentes de trabajo y enfermedades profesionales). Parecían acogerse de este modo las severas críticas de un influyente sector de la doctrina (científica y judicial) a la práctica de recurrir a la técnica del baremo civil de daños de índole corporal por accidentes de circulación vial, para evitar el vacío del libre arbitrio judicial, apostando por un «baremo-sistema valorativo social» propio. Con él no solo se mejoraría la cuantificación (ganando en reparación, seguridad e igualdad), sino que se eludirían los defectos y límites del «baremo civil», y sus limitaciones indemnizatorias, por más que se mejoren las cuantías en los más recientes. De ahí que la propia ley fijaba la condición de que el «baremo social-sistema de valoración» específico de daños profesionales culposos se abriera a la prueba del mayor daño derivado del accidente de trabajo (garantía para la efectividad del principio de reparación íntegra).

Al margen del incumplimiento, interesa destacar que en la [LRJS](#) está el germen de una nueva —quinta— etapa evolutiva de la responsabilidad empresarial por daño profesional que implicaba un cierto retorno a la primera (culpa), mejorada, claro: la re-civilización del sistema. En efecto, la última fase (1967) integró en el sistema de Seguridad Social una técnica de aseguramiento obligatorio del riesgo profesional (1932), como evolución de la responsabilidad objetiva por riesgo profesional (1900), tras abandonar el prístino sistema de responsabilidad por culpa civil común. En cambio, la [LRJS](#) fiaba la solución a las disfunciones (técnicamente la Seguridad Social no cubre riesgos profesionales, sino situaciones de necesidad ex [art. 41 Constitución española](#)) y limitaciones resarcitorias del daño profesional a la técnica civil más moderna (baremo-sistema de valoración), pero corregida socialmente en sus déficits (elimina el carácter cerrado-tasado).

Como en todo cambio, algo se gana y algo se pierde. La adaptación-adopción social de la técnica civil del baremo (no es cuantificar, sino valorar, es decir, razonar en derecho) exigiría una reordenación de instituciones clásicas, hoy desajustadas y obsoletas, que urgen revisión. No es el aspecto más relevante del monográfico de doctrina judicial que presento, pero sí tiene interés actual. En este sentido, la [STS 705/2019, de 10 de octubre](#), ilustra el peso de la ley de la inercia, perpetuando una regla de trato separado de la prestación sanitaria en caso de accidente de trabajo (viejo principio que está en la base del desbordamiento del concepto de accidente de trabajo, desconectado cada vez más de su origen, la responsabilidad por riesgo profesional), pese a ser derogada la norma que lo sustentaba (orilla también la evolución de la norma social internacional). Su [estudio](#) (cierra este monográfico) interroga sobre la puerta de acceso al sistema resarcitorio de la ingeniería biónica. Por su parte, la [STS 149/2019, de 28 de febrero](#), permite al magistrado Francisco José Villar del Moral volver sobre las dificultades de encaje del vetusto recargo de prestaciones en el sistema actual. Ambas sentencias, aun en diversas vertientes, nos dan la imagen del estado actual del conflicto entre los estándares jurisprudenciales de seguridad profesional exigible: máxima seguridad tecnológicamente posible versus máxima seguridad razonable (previsto en los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo —OIT— [155](#) y [190](#)).

3. Panorámica de la efectividad de la reparación íntegra del daño profesional culposo desde el peregrinar jurisdiccional a la actual carrera de obstáculos procesales: tiempos del y para el intérprete jurisprudencial. Con frustración o sin ella por el incumplimiento de la expectativa de innovación en la valoración reparadora del daño profesional culposo (el baremo civil presume un daño vial objetivado), ninguna duda hay de que la LRJS impulsaba un nuevo tiempo interpretativo en el orden social. No iba a ser fácil identificar las pautas adecuadas, pues, llevada a su máximo, la nueva regulación supone una conmoción en su quehacer usual, ante la falta de hábito de valorar daños corporales y la fuerte convicción en su seno de la regla de la soberanía valorativa (machaconamente repetida: [STSJ del País Vasco 1069/2019, de 4 de junio](#)) y su libre arbitrio (pese a reducir a mito el resarcimiento íntegro que proclama). La historia de justicia resarcitoria expansiva en lo social queda suficientemente acreditada para el sistema resarcitorio objetivado, socializado, pero halla resistencias y obstáculos (culturales, no solo procesales) cuando se trata de valorar «civilmente», no solo cuantificar, daños profesionales culposos.

Al respecto, no creo ocioso traer a colación una célebre sentencia social, dictada en tiempos de la II República y durante el segundo y (aún más) atormentado Gobierno de Azaña. Me refiero a la STS de 18 de mayo de 1933, con la que encabezo este estudio preliminar. El ámbito en el que realiza su construcción sobre el papel innovador de la jurisprudencia es el de los accidentes de trabajo.

Al respecto, primando la función evolutiva sobre la estabilizadora (desde luego frente a la inercial) del sistema a través de la interpretación, recurrirá al impulso renovador que implicó «la nueva legislación de accidentes de trabajo» (aun todavía no en vigor como «ley aplicable al caso del pleito», pero «cuya orientación no es lícito dejar de tener en cuenta»), como imperativo de evolución con «el pensamiento jurídico actual». Un imperativo que exige flexibilidad (en el caso «en orden a la apreciación y reconocimiento de la incapacidad permanente»). Será esta dirección contraria a la inflexibilidad precedente y de «amplitud de miras interpretativas» la que, en el ámbito de la valoración de los daños de accidente de trabajo, proponga la LRJS y, aunque parezca paradójico, la [Ley 35/2015, de 22 de septiembre](#) (reforma «baremo civil»).

Una dirección interpretativa de la responsabilidad civil en sede social innovadora que, aun no consolidada, gana adeptos. Es el caso de las SSTSJ de [Canarias/Las Palmas 155/2019, de 19 de febrero](#), y [883/2019, de 30 de agosto](#). La primera será objeto de un exhaustivo y sugerente análisis por María del Mar Sánchez Reyes, abogada especialista, con referencias significativas también a la segunda que, además, será referida repetidamente en estos preliminares, por representar, a mi juicio, una magnífica práctica valorativa del daño profesional derivado de accidente de trabajo. Y ello doblemente, tanto en el imperativo de vertebración (diferenciación de diversos daños personales) cuanto de valoración correcta para una justicia social resarcitoria efectivamente íntegra. La afirmación no es de puro ornato: el resultado es una indemnización civil por daños (con resultado de incapacidad permanente) que supera los 400.000 euros. Una importante cantidad que resultará de una cuidadosa vertebración y discusión jurídica:

Tipología de daños	Cuantía (euros)	Fundamentos legales (Ley 35/2015)
Pérdida temporal calidad de vida	11.975	Arts. 136 y 137, tabla 3.B
Perjuicio personal particular por el tratamiento quirúrgico	2.600	Art. 140
Lucro cesante incapacidad temporal	4.141	Art. 143
Perjuicio personal básico –secuelas físicas– (72 puntos)	187.371,7	Arts. 95 y ss., tabla 2.A.1 y 2
Perjuicio ortopédico	13.371,7	Arts. 115 y 117, tabla 2.C
Perjuicio moral pérdida de calidad de vida	100.000	Arts. 108 y 109.2, tabla 2.B.3
Lucro cesante (patrimonial)	42.899	Arts. 126 y 127
Daño moral complementario	45.000	Art. 105.1, tabla 2.B
Indemnización total	407.358,4	Sistema baremo-valoración civil

En todo caso, los titulares de la jurisdicción social (y los operadores jurídicos que actúan en la práctica forense social) son llamados a ser protagonistas exclusivos, sin perjuicio del orden penal. Aunque también se puede jugar en este la responsabilidad civil, sea de manera directa para las personas autoras de la conducta negligente, sea de forma subsidiaria ex [artículo 120.4 del Código Penal](#) (CP) para las empresas, cuando la acción ha tenido alguna conexión relevante con el trabajo (para la evolución hacia un criterio de imputación por riesgo, pero no automático, magnífica la [STS, Sala 2.ª, 477/2019, de 14 de octubre](#): excluye la responsabilidad subsidiaria de la empresa por el puñetazo de un compañero a otro en el trabajo –calificado de accidente laboral–). Persiste un importante ámbito para el conflicto de estrategias procesales, debiéndose decidir dónde conviene más plantear la acción civil (por ejemplo, [STJSJ de Galicia de 18 de octubre de 2019, rec. 2520/2019](#): la empresa debe pagar 15.000 € –fijados «a mazo», rechazando el baremo, como reclama la víctima– por los daños derivados del puñetazo del marido de la gerente a un trabajador en la obra).

Ahora bien, que se haya corregido, o se haya reducido a su mínima expresión, el grave vicio del peregrinaje de jurisdicciones para obtener la reparación civil del daño profesional (dejando fuera al orden civil para los daños profesionales culposos directos, no así aquellos difusos que se producen por irradiación o asociación en el ambiente externo) no quiere decir, en modo alguno, que se haya mejorado notablemente en un buen número de obstáculos de índole procesal que venían lastrando la efectividad (en términos de integridad

y no dilación) de la justicia resarcitoria. A veces da la impresión de que la efectividad de la tutela resarcitoria es inversamente proporcional al número de acciones abiertas para su satisfacción (a más vías se prevén, más se reconoce que el sistema es insatisfactorio para una adecuada protección). Sabido es (la reforma de la [LRJS](#) orientada a facilitar de manera notable la acumulación de acciones y procesos en general ha tenido menos impacto), un único accidente de trabajo puede dar lugar a múltiples procesos laborales, además del eventual penal (no hay ya proceso contencioso, pues la sanción en esta materia también es competencia ya del orden social), de los que siguen pudiéndose derivar significativas interferencias, retrasos y condicionamientos perniciosos.

Cierto, el ordenamiento jurídico-procesal social contaría con instituciones adecuadas para evitar o corregir algunas de estas interferencias, como la clásica de la cosa juzgada (una síntesis reciente hallamos en la [STS 796/2019, de 21 de noviembre](#)), pero ni su utilización ni su interpretación es siempre la adecuada, de modo que a veces emerge más como una barrera a la efectividad protectora resarcitoria que como una garantía. Interesante es al respecto, para una reflexión global sobre estas dificultades en la práctica y sus soluciones, el [diálogo del magistrado Óscar González Prieto](#), a propósito de la muy discutible [STSJ de Galicia 2888/2019, de 28 de junio](#). Los problemas en la práctica para esta coordinación –y dinamización– procesal no son en modo alguno puntuales, sino frecuentes en la (deficiente) práctica.

Razonando sobre la experiencia y huyendo de la especulación vacua, traigamos más ejemplos para reafirmarlo. En la «tragedia del amianto» conocida es la historia de estrategias y prácticas tanto de rechazo como de dilación de la tutela resarcitoria debida. Supera la barrera de la imputación (la SAP de Madrid 360/2019, de 24 de octubre, reprocha al recurso de la empresa, realizado por un despacho de enorme prestigio –y altísimo coste–, que insista en que no hubo negligencia preventiva, cuando decenas de sentencias lo acreditan), viene el paso del tiempo, máxime cuando se trata de enfermedades de larga latencia. Si pasa este filtro de la excepción prescriptiva (por ejemplo, [STSJ de Cataluña 3948/2019, de 22 de julio](#); no lo pasa en el caso de la citada [STS 796/2019](#), en la que opera la prescripción, con revocación de la sentencia de suplicación que había sido más «generosa» con la pasividad del trabajador víctima –recuerda que el día inicial del cómputo es el de la firmeza de la resolución administrativa o judicial que aquilata las consecuencias del accidente, sin que se interrumpa si es la empresa, no la víctima, la que insta la acción; en el caso contra el recargo de prestaciones impuesto–), vendrá el regateo del resarcimiento, discutiendo euro a euro la valoración en cada nivel y orden jurisdiccional (por ejemplo, [SAP de Madrid 93/2018, de 13 de marzo](#); [STSJ del País Vasco 1069/2019, de 4 de junio](#), etc.). Después habrá que fajarse, aun ganando los pleitos, con el problema de la eficacia del cobro: se recurre por sistema, para dilatar, terminando en el frente asegurador.

Esta multiplicación de los «campos de batalla judicial» por el resarcimiento íntegro y efectivo de la indemnización civil derivada de accidente de trabajo se vive a diario. De interés, a tal fin, no solo jurídico sino social, por limitarnos a una sentencia reciente, la [STS 771/2019, de 12 de noviembre](#). En ella se reconoce que la empresa es responsable de

la indemnización civil derivada de un accidente laboral aunque el trabajador no esté dado de alta, pero solo reconoce la directa, descartándose la responsabilidad propia de la entidad aseguradora de la responsabilidad civil por accidente de trabajo al no haberse dado la comunicación del mismo de forma temporánea, sino fuera del tiempo establecido.

Que las aseguradoras usan todo tipo de estrategias para reducir su responsabilidad, ensombreciendo u oscureciendo las cláusulas de seguro, aun obligadas para la empresa por convenio, está también a la orden del día. La [STS 67/2019, de 29 de enero](#), que fracturó a la sala en dos lecturas radicalmente opuestas, y para un caso en que en juego estaban el aseguramiento de miles de personas trabajadoras, evidencia las dificultades para distinguir entre unas cláusulas y otras (las limitativas del riesgo y las delimitadoras del mismo), arrojando como resultado el dominio de una lógica civilista que termina perjudicando el resarcimiento del más débil de la cadena en esta carrera sin fin por el resarcimiento real e íntegro. Ni que decir tiene que a todo ello hay que sumar también la «batalla por los intereses moratorios» ex [artículo 20 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre](#), de contrato de seguro (por ejemplo, [STS 844/2019, de 5 de diciembre](#), para el conocido accidente aéreo de Spanair –con víctimas laborales y otras no laborales, sino ciudadanas–, aunque no entró finalmente en el fondo; sí entra y los reconoce la [STS 847/2019, de 5 de diciembre](#), que estimará el recurso de casación contra una sentencia de suplicación catalana que había eximido del pago de los intereses moratorios a la entidad aseguradora).

4. Al listado de obstáculos procesales, ¿sumamos los riesgos del desarrollo a asumir por la población laboral y ciudadana ínsitos en las «nuevas tragedias de toxicidad silenciosa»? El listado de obstáculos podría seguir de forma casi infinita, también para esas otras «tragedias» distintas al amianto, ya conocidas o por conocer (que se sospecha están larvadas en el uso de nuevos productos, pero no visibles por el conocimiento científico actual –riesgos del desarrollo se llaman–). Sería el caso de la referida «tragedia del homicida laboral silestone». Ya se indicó que la [SJP número 2 de Huelva 50/2019, de 13 de marzo](#), condenó a una marmolería onubense por varios delitos, también incluye dos de homicidio imprudente, además de siete de lesiones, derivados de la ausencia de una política adecuada de prevención del riesgo higiénico creado por el polvo de sílice que se concentraba en los compuestos de cuarzo comercializados como silestone y que tantas y tantas encimeras de cocina usaron.

Pero no es la tónica general. Al contrario, más bien constituye, hoy en día, una gota en el océano penal de archivos o elusión de responsabilidad constatada bajo diversas técnicas. Lo evidencia la [SAP de Bilbao de 2 de mayo de 2017 \(rec. 26/2017\)](#), que no constata delito, pero sí advierte negligencias.

En esta sentencia desfilaron un buen número de los obstáculos que hemos referido, descartándose la responsabilidad tanto de los empresarios directos como del fabricante y suministrador del «producto tóxico». No se aceptó el juego que se quería por las empresas de la institución de la cosa juzgada, superando esta valla procesal.

Así, se trajo a colación la STSJ de Cantabria de 19 de julio de 2016, que había declarado la información suministrada por la multinacional andaluza «adecuada» y «suficiente», mientras que la instancia penal consideraba insuficiente, incluso confusa, tal información antes de 2009. No prosperó en la sala de apelación penal. Para esta quedó probado el carácter confuso de una información que asimilaba los tableros de sílice a las piedras naturales, cuando la concentración de aquellos en partículas tóxicas es muy superior, insistiendo además «en la seguridad del producto para el usuario final, pero no para el usuario intermedio que es quien tiene que manipular el silestone», momento en el que «se evidencia la nocividad del producto». Sin embargo, sí prosperaría el efecto del transcurso del tiempo: la temida prescripción de faltas.

No será la única vía técnico-jurídica para que la multinacional eluda su responsabilidad, como prueba la [STSJ del País Vasco 1828/2018, de 2 de octubre](#). En ella se constató el incumplimiento de las obligaciones preventivas ex [artículo 41 de la Ley de prevención de riesgos laborales \(LPRL\)](#) por parte de la multinacional. Pero no era el sujeto empresarial infractor por no guardar relación ni directa ni indirecta (principal) con el trabajador que sufrió la enfermedad. Por tanto, descartó su responsabilidad en el recargo, que solo correspondió, eso sí, a la empleadora directa (también responsable en otros planos, como el administrativo, como ilustra la Sentencia del Juzgado de lo Social –SJS– [núm. 1 de Burgos 238/2019, de 18 de junio](#)).

En suma, unas veces el camino procesal –o el orden judicial– elegido no es el adecuado, por más que se incumplan las obligaciones legales, «sin perjuicio de posibles responsabilidades de la misma por otra vía [...]» ([STSJ del País Vasco 1828/2018](#), FJ 4.º). Otras, porque parecen haberse planteado respecto de un tiempo en el que aún no se conocerían suficientemente sus efectos tóxicos. El resultado es que, con superior frecuencia de la debida, quien ha creado el riesgo y se ha lucrado con él –abundantemente, además– sale indemne, quebrando de una forma flagrante el principio jurídico de justicia (y eficiencia económica) resarcitoria *ubi est emolumentum, ibi onus esse debet* (donde está el beneficio, allí debe estar también la carga).

Este principio sí encuentra plasmación en otras ocasiones. Así sucedería en la citada [STSJ de Canarias/Las Palmas 883/2019, de 30 de agosto](#), para el orden social. O, de igual modo, en las SSTS, Sala Segunda, 47/2007, de 26 de enero, [239/2010, de 24 de marzo](#), y [263/2014, de 1 de abril](#), referidas por la [STS 477/2019, de 14 de octubre](#), en relación con la responsabilidad civil subsidiaria de la empresa ex [artículo 120.4 del CP](#).

En los casos de exoneración laxa, poco servirá para la justicia resarcitoria (individual y social) que los tribunales de distinto orden reconozcan que:

[...] si la conducta infractora hubiese tenido lugar en estos momentos, es posible que los hechos sí fuesen constitutivos de delito de lesiones imprudentes, pero no en aquella época en que no estaba suficientemente contrastado que la manipulación de esos conglomerados o tableros de sílice podía producir en el ámbito de las marmolerías [...] una enfermedad profesional como la silicosis [...] ([SAP de Bilbao de 2 de mayo de 2017](#), FJ 3.º).

Como tampoco parece mucho consuelo saber que la «firmeza» en la aplicación de la palabra de derecho, descubierta por el juez (negando resarcimiento a la persona trabajadora que se ve privada de un empleo cualificado para el que ha sido preseleccionada, porque unos informes periciales, en contra de otros muchos de sentido contrario, la califican como persona especialmente sensible a los nanomateriales), no se hace con «frialdad» en la palabra judicial (*dura lex, sed lex* –la ley es dura, pero es ley–), sino con «calor» y «sensibilidad humana»:

Esta juzgadora se hace cargo de la frustración del demandante, que se ha visto privado de un puesto de trabajo deseado en su país [...] debido a su dolencia renal [...]. Sin embargo, el que haya sufrido un daño no implica que deba ser reparado. [...] No está previsto legalmente que [...] la persona afectada por una discapacidad [...] pueda asumir libre y voluntariamente el riesgo, lo que exigiría un debate social y normativo sobre el conflicto que en estos casos se plantea entre dos valores muy importantes como son la salud y el trabajo, debate que hoy en día no está plasmado en nuestro ordenamiento jurídico (SJS núm. 4 de Navarra de 27 de octubre de 2017, autos 658/2016, confirmada por la [STSJ de Navarra 30/2018, de 8 de febrero](#)).

Emerge aquí un problema mucho más amplio, hoy especialmente significativo a través de la intensificación y aceleración de la innovación industrial y/o tecnológica, relativo a cómo se han de tratar los denominados «riesgos del desarrollo». Se trata de riesgos que nacen de un profundo desajuste temporal (también de valores): mientras la investigación tecnológica con visos de alta rentabilidad económica acelera que es una barbaridad (que diría el clásico), los avances científicos en materia de seguridad y salud laboral son más lentos, mucho más. Por lo tanto, el uso intensivo económico de un producto puede estar creando (como pasó en su día con el amianto, el silestone y otros productos ya actualizados en «tragedias de toxicidad sociolaboral») riesgos que, no conocidos en su día, luego se evidencian muy nocivos, pero ya el daño está hecho y solo queda la reparación socializada, dificultándose la civil, que es la que debe ayudar a que no solo se compensen adecuadamente los daños por quien los crea, sino a que no se produzcan (evitando la externalización a los trabajadores, a la sociedad, etc.). Para su control no bastaría el principio de prevención actual, sino el de precaución, admitido en unos casos en el ámbito de la prevención de riesgos laborales (por ejemplo, [STSJ de Navarra 30/2018](#), ya citada) y en otros no (como evidencia la también citada [SAP de Bilbao de 2 de mayo de 2017](#)).

No es posible entrar aquí mínimamente en ello (más allá de las referencias indicadas). Sí es útil dejar constancia de que hoy en día se están librando «nuevas batallas» en relación con tales riesgos (laborales) del desarrollo, como, por ejemplo, respecto al glifosato. Se trata de un herbicida muy rentable, pero sobre el que se sospecha cada vez con más evidencia, aunque no la suficiente, y sobre el que se debate su prohibición o reautorización en la Unión Europea (UE). Las grandes multinacionales beneficiarias ya han creado un poderoso *lobby* en el seno de las instituciones comunitarias –Comisión Europea– para presionar a favor de su autorización, pese a reconocer que ya hay sentencias en diversos países –como

en EE. UU.– que han condenado a las empresas usuarias por la toxicidad de tal producto. Pero con un cinismo notable, el grupo de presión (GTF) reconoce:

El Glyphosate Task Force (GTF) toma nota de la decisión del Tribunal Superior de California en el caso que afirmó que el producto [...] causó cáncer en un exjardinero que lo usó. [...] empatizamos con el demandante y sus circunstancias, pero un veredicto de jurado no cambia la ciencia. [...] En diciembre de 2017, la UE volvió a autorizar el uso de glifosato por otros 5 años después de la evaluación científica [...].

En fin, como se indicó en el [editorial](#), el «alma económica» de la UE es omnipresente. Problemas de naturaleza análoga tienen los nanomateriales: ¿ángeles o demonios? Ya hay informes en Francia que han detectado [nanopartículas en el puesto de trabajo \(concretamente de soldadores profesionales\) que pueden provocar fibrosis pulmonar](#).

5. Deber de diligencia preventiva y doctrina del riesgo conocido: del reconocimiento al resarcimiento íntegro de los daños de estrés y violencia. Precisamente, un ámbito de emergente «toxicidad laboral», a raíz del desarrollo de una economía de servicios y de maximización del rendimiento, donde vimos plasmadas estas quiebras del deber de seguridad sobre la base de exigir conocimientos ciertos y una mayor razonabilidad económica (para riesgos de seguridad, la [STS 149/2019, de 28 de febrero](#), y el art. 9.1 [Convenio 190 OIT](#), para la violencia y el acoso en el trabajo), fue el de los riesgos psicosociales en el trabajo. Su actualización en daños psicosociales (pero también físicos) posteriormente, a resultados de la nula, o escasa, prevención, inicialmente negada, habría dado lugar a una significativa proliferación de esta tipología de siniestralidad laboral, concretándose en accidentes de trabajo y enfermedades que tienen como fundamento estos riesgos, ya no emergentes, sino emergidos (también en su dimensión digital). Por supuesto, no pretendemos profundizar (*vid.* [número de agosto-septiembre de 2019](#), relativo al acoso moral en el trabajo).

Aquí hemos seleccionado decisiones judiciales muy recientes relativas a otro tipo de accidentalidad y morbilidad psicosociales, ligadas no al acoso, sino al estrés laboral, a la falta de políticas preventivas en las empresas en orden a librar de la toxicidad del estrés que generan los ambientes conflictivos enquistados y en los que la inactividad preventiva manda. Con ello se pretende evidenciar cómo no son pocas veces en las que, una vez reconocidos los daños, esto es, una vez se ha ganado el –trabajado y a menudo atormentado– pleito (o la secuencia de ellos), el resarcimiento íntegro sigue siendo una asignatura pendiente. Y ello tanto con relación a los daños corporales (biológicos) derivados del accidente de trabajo resultante de una enfermedad de origen laboral psicosocial, cuanto, y sobre todo, a los morales. En este ámbito se precisa, con más frecuencia de la que se acostumbra en la experiencia forense, de la conjunción de los «dos baremos valorativos de daños sociales» en juego: de un lado, para los daños biológicos, el «baremo civil» y, de otro, para los daños morales, el «baremo social sancionador», que es el más usado, por su comodidad, aunque, de nuevo, haga puramente formal, mítico, el principio de resarcimiento íntegro.

Por eso, hemos elegido una buena práctica (no perfecta, claro) en la más reciente experiencia judicial para evidenciar que «sí se puede avanzar», en línea con la feliz construcción de la STS de 18 de mayo de 1933, en un resarcimiento más justo, correcto y eficaz de los daños profesionales culposos. Se trata de la [STSJ del País Vasco 2324/2019, de 17 de diciembre](#), cuyo [análisis](#) lleva a cabo el abogado, máximo especialista en la materia, Juan Ignacio Marcos González. Sus «virtudes» podrán apreciarse mejor si se compara con los déficits de resarcimiento social íntegro y disuasorio que, a nuestro juicio, presentan otras igualmente recientes, como la citada [STSJ de Galicia de 18 de octubre de 2019](#), que dejará extramuros de la acción indemnizatoria todas «las consecuencias derivadas del conflicto laboral consiguiente a la agresión física», limitándose a las secuelas físicas y al daño moral, que además fija de forma invertebrada («a mazo») y en cuantía reducida (15.000 €), pese a considerar que la empresa ha desconocido sus deberes preventivos.

En suma, los operadores jurídicos deben tomarse más en serio el resarcimiento eficaz de este tipo de accidentes de trabajo y enfermedades psicosociales. Y ello en atención tanto al nuevo marco normativo internacional ([Convenio 190 OIT](#), sobre la prevención y erradicación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo), que llama, entre las técnicas de tutela efectiva, a una «indemnización adecuada» por todos los daños personales (biológicos y morales) derivados de la violencia, como a la máxima entidad que pueden llegar a alcanzar, según evidencia el asunto France Telecom (condena judicial penal por acoso de tipo institucional, con resultado de muertes por suicidio y graves patologías).

6. ¿Y el deber de diligencia preventiva de la persona trabajadora-víctima?: el estado judicial sobre la moderación de la responsabilidad empleadora por culpa concurrente de la víctima del accidente de trabajo. Como se indicó anteriormente, el estándar de diligencia preventiva del buen empresario se eleva notablemente en el citado [artículo 96.2 de la LRJS](#), hasta incluir la propia imprudencia profesional de las personas trabajadoras-víctimas (recuérdese que el [art. 29 LPRL](#) también le atribuye obligaciones preventivas). Únicamente tiene valor de exoneración de la «culpa empresarial» la imprudencia temeraria. Así lo entendió, por ejemplo, la [STS 1103/2018, de 21 de diciembre](#), en relación con una enfermedad profesional por la exposición de la persona trabajadora al amianto, si bien en este caso no prosperó la exención por no ser el hábito tabáquico la razón principal de la enfermedad, sino la falta de prevención. Sí la aprecia de una forma operativa la [STS 149/2019, de 28 de febrero](#), respecto de un riesgo de seguridad (objeto de [comentario](#) en este monográfico). En este supuesto sí prosperó la exención de responsabilidad por recargo, al entender que medió imprudencia temeraria por parte del encargado de obra (si bien abre la puerta a la responsabilidad vicaria civil).

Justamente, el [artículo 1 de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor](#), aprobada por el Real Decreto legislativo 8/2004, de 29 de octubre, conforme a la modificación realizada por la Ley 35/2015, diferencia entre los conceptos de:

- «exoneración de responsabilidad» (de la persona conductora –su responsabilidad es por riesgo–), que se producirá si concurre «culpa exclusiva de la víctima» o «fuerza mayor», y
- «moderación de responsabilidad», cuando la «víctima contribuya a la producción del daño». En tal caso se prevé la rebaja de la indemnización hasta un 75 %.

De este modo, el uso del «baremo civil» plantea la cuestión, por coherencia jurídica, de la aplicación de esta técnica de justicia resarcitoria. Aunque, como sabemos, la aplicación de este «baremo civil» es orientativa, por lo tanto no vinculante en todos sus extremos, siempre que el juez que recurre a él dé las razones de su apartamiento en unas cosas y el seguimiento en otras, la modulación del *quantum* indemnizatorio por concurrencia de culpas entre el sujeto causante del daño y la víctima no es excepcional en el ámbito laboral, aunque sí se contempla de forma restrictiva ([ATS de 16 de julio de 2019, rec. 4904/2018](#)). Precisamente, si bien la [STSJ de Canarias/Las Palmas 883/2019, de 30 de agosto](#), aun reconociendo la existencia de cierta imprudencia en el actuar del trabajador víctima del accidente de trabajo, no contempla ni la exoneración ni la moderación (el recurso pretendía una rebaja del 75 %, aplicando el «baremo civil»), sí se abre al juego moderativo a la baja del *quantum* si se expresan adecuadamente los criterios para tal ponderación, no en abstracto y máximo de lo previsto legalmente.

A mi juicio, perfeccionar esta técnica en el orden social formaría parte no solo de un mayor equilibrio de justicia social resarcitoria, sino también de los efectos de incentivo hacia la prevención que debe tener el instrumento de la responsabilidad. Sin duda, la involucración ha de ser muy superior del empleador, ex [artículo 96 de la LRJS](#) en relación con el [artículo 14 de la LPRL](#), pero no debería dejarse completamente fuera al trabajador, que también tiene obligaciones preventivas ex [artículo 29 de la LPRL](#) y, además, es el máximo beneficiario de una mayor diligencia preventiva. En última instancia, como ilustra, tristemente, la [STSJ de Aragón 181/2019, de 26 de marzo](#) (condena a una empresa al recargo de prestaciones –en el tramo mínimo del 30 %– por no asegurarse de que el trabajador desplazado a Camerún por motivos laborales se vacunara contra enfermedades endémicas del país y de vacunación obligatoria, aunque no asegura el riesgo 0, por ejemplo, en paludismo, que es lo que finalmente contrajo el trabajador, falleciendo días después), una mejor praxis preventiva de la empresa hubiera evitado el fallecimiento –de ahí la inexorable responsabilidad en la que incurre–, pero también una mayor diligencia en la vacunación de la persona trabajadora, que en última instancia pierde la vida.

Cómo citar: Molina Navarrete, C. (2020). La responsabilidad civil por daño (culposo) profesional: el estado del arte judicial entre «conservación» y «progreso». *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 443, 137-150.

La suerte del «baremo civil de daños viales» en el orden social: descifrando el enigma (de los perjuicios excepcionales)

Comentario a la [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias 155/2019, de 19 de febrero](#)

María del Mar Sánchez Reyes

Abogada

1. Marco normativo: una persistente laguna

Entre las finalidades jurídico-sociales más relevantes confesadas por la innovadora [Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social](#) (LRJS), está la de «dotar a los órganos judiciales de instrumentos que protejan mejor a los trabajadores frente a los accidentes laborales». Quiso expresamente la [LRJS](#), según expone su preámbulo, que el orden social no solo fuese el único «garante del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, aun cuando no se hayan derivado daños concretos por tales incumplimientos», sino que, al tiempo, contase con instrumentos jurídicos fortalecidos «para proteger a las víctimas de accidentes de trabajo», haciendo «efectiva la deuda de protección del empresario y la prevención de riesgos laborales». Entre esos recursos jurídicos novedosos de fortalecimiento tutelar estaba, sin duda, el previsto en su [disposición final quinta](#).

En ella se hace una previsión normativa de futuro, ordenando aprobar un adecuado «sistema de valoración de daños derivados de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales», mediante la creación de un «baremo específico» de indemnizaciones que consistirán en un mínimo que no impedirá a la víctima o a sus causahabientes acreditar daños superiores. Lamentablemente, esta previsión de un baremo distinto, especial y particular no se ha cumplido hasta la fecha. Por ello, y a falta de él, la [Ley 35/2015, de 22 de septiembre](#), de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas

Cómo citar: Sánchez Reyes, M.^a del M. (2020). La suerte del «baremo civil de daños viales» en el orden social: descifrando el enigma (de los perjuicios excepcionales). Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias 155/2019, de 19 de febrero. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 443, 151-155.

en accidentes de circulación, ha sido «adoptada y adaptada» en el orden social, como guía o referencia para reclamar y cuantificar las indemnizaciones por daños y perjuicios.

En este mutado –y complejo– contexto normativo, la **sentencia objeto del comentario** pretende, aplicando el «baremo civil de daños corporales por accidentes de circulación vial» (en adelante, «baremo civil de daños»), lograr una reparación más íntegra del daño causado. A tal fin, se faja con un concepto muy novedoso del nuevo «baremo civil de daños», el perjuicio excepcional (arts. 33, 77 y 102 [Ley 35/2015](#)). No será, sin embargo, el único punto de interés de esta sentencia, significativa para ayudar a «descifrar» los «enigmas» que guarda tan sugerente, aunque limitado, instrumento civil de mejora de la justicia resarcitoria social.

2. Supuesto de hecho: síntesis del relato fáctico para la norma del caso

Un trabajador, cuya profesión era la de bombero, sufrió un accidente de trabajo, cuyas secuelas dieron lugar a la declaración de incapacidad permanente total, mediando, claro está, la falta de medidas de seguridad en la producción del siniestro. La empleadora era una entidad jurídica pública de carácter asociativo, formada por varias Administraciones locales, lo que hace aún más interesante el caso. La Inspección de Trabajo y Seguridad Social levantó acta, sin sanción, imponiendo el recargo de prestaciones.

Conviene reseñar, por la importancia para el resarcimiento adecuado de los daños, que el trabajador era también licenciado en Educación Física y practicaba numerosas actividades deportivas en su tiempo libre: tenía formación y acreditaba superación y obtención de títulos para buceo, socorrismo acuático en playas, primeros auxilios, era monitor de natación, era entrenador superior de natación, tenía título de patrón de yate y patrón local de pesca, de rescate urbano y en altura, de tiro, etc. Además, participa activamente en congresos relacionados con el deporte, acudiendo regularmente al gimnasio. En suma, este trabajador había dedicado parte importante de su vida, al margen de su actividad profesional, a formarse específicamente en distintas disciplinas deportivas, de forma que las mismas eran, a la vez, su afición, su entretenimiento y su forma de vida. Tras suceder el accidente, presentó secuelas que le impedían realizar la mayor parte de las actividades deportivas indicadas.

Presentada la correspondiente reclamación por responsabilidad civil frente a los daños derivados del accidente de trabajo, en la instancia se declaró la inexistencia de falta de medidas de seguridad. En suplicación, se anuló la sentencia para que, apreciando la falta de medidas de seguridad, se determinara el importe de la indemnización. Dictada nuevamente sentencia, el juzgado estimó parcialmente la demanda, pero reduciendo la cuantía mediante la técnica de la compensación del daño moral por la pérdida de calidad de vida y denegando el perjuicio excepcional reclamado en la demanda.

3. Doctrina de suplicación: breviario de razonamientos jurídicos para la justicia del caso

Interpuesto un nuevo recurso de suplicación, la sala resolvió estimarlo parcialmente, asumiendo ambos conceptos de resarcimiento, con una estricta aplicación del «baremo civil de daños», elevando el daño moral por pérdida de calidad de vida –hasta su cuantía máxima– y aceptando el perjuicio excepcional. Además, fijó los intereses moratorios ex [artículo 20 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro](#), desde la fecha del accidente, no desde la sentencia.

Tres son los aspectos más destacados de esta doctrina. En primer lugar, el análisis que realiza sobre el concepto «perjuicio moral por pérdida de calidad de vida» (arts. 107 a 109 [Ley 35/2015](#)), concepto que había quedado neutralizado en la sentencia de instancia, con la mejora voluntaria fijada en convenio. La sala de suplicación, en cambio, sostiene que la práctica deportiva «era para él una parte relevante de sus actividades específicas de desarrollo personal y no una mera actividad específica, con especial trascendencia para su desarrollo», que impide compensar conceptos propios del daño moral con las prestaciones de Seguridad Social, aun las propias de mejoras voluntarias –posición que la [Ley 35/2015](#) ha asumido y generalizado–. Por eso, siguiendo la doctrina jurisprudencial social consolidada (Sentencias del Tribunal Supremo –SSTS– de [23 de junio de 2014, rec. 1257/2013](#), y [12 de septiembre de 2017, rec. 1855/2015](#)), se recurre a la tabla 2.B para resarcir el perjuicio moral por pérdida de calidad de vida ocasionada por las secuelas. A tal fin lo califica de moderado y «[...] merecedor de una indemnización de 50.000 €, máximo en la horquilla de 10.000 € a 50.000 € establecido para este grado».

Consecuentemente, atendiendo a las numerosas actividades que se dejaban de realizar por el trabajador, considerando su importancia y la intensidad de las mismas, la sala de suplicación eleva el importe del perjuicio moral por pérdida de calidad de vida hasta la cuantía máxima prevista en el baremo para este concepto. Ahora bien, respecto del alcance a efectos resarcitorios de esta trascendencia de la actividad deportiva en la vida de la víctima del accidente de trabajo, la sentencia comentada nos reserva un aspecto todavía más novedoso, en la medida en que apenas hay pronunciamientos al respecto en el orden social, sí en el civil. Nos referimos ahora al concepto del perjuicio excepcional, concepto perjudicial a resarcir de un modo autónomo que es abordado con acierto.

Así, de un lado, constata que no cabe confundir el resarcimiento del perjuicio moral por pérdida de calidad de vida y este otro concepto resarcitorio de perjuicio excepcional. Si con el primero ya se tuvo en cuenta la importancia y el número de las actividades afectadas, así como la edad del lesionado en relación con su profesión de bombero, con el segundo se deben resarcir las limitaciones que presentaba el trabajador que le impedían también realizar las propias de «profesor de educación física, y perseverar en su formación». Para la sala esto es muy relevante, pues debe tenerse en cuenta –lo que no hizo la instancia– que

las reglas del sistema para la graduación del perjuicio moral por pérdida de calidad de vida en grado moderado solo atendieron a la pérdida de la actividad laboral habitual, bombero, no de aquella para la que también «estaba habilitado, pero no ejercía», afectada igualmente de secuelas.

4. Trascendencia de la sentencia más allá del caso: notable avance hacia el resarcimiento íntegro del daño, sí, pero aún limitado

No se puede regatear méritos a esta [sentencia](#). En especial, aunque no solo, a través de la identificación de un perjuicio excepcional a resarcir, la sentencia de la sala ha logrado avanzar profundamente hacia una reparación satisfactoria para el trabajador accidentado, porque las distintas partidas indemnizatorias atienden y abarcan todo su estatus. Evidencia sin paliativos la utilidad para la justicia social del instrumento civil resarcitorio, en línea con otra sentencia de la sala ([Sentencia 883/2019, de 30 de agosto](#)). Primero, porque, conforme a este baremo de accidentes de circulación, establece el perjuicio excepcional, y lo construye sobre la base del perjuicio personal, mejorando este concepto básico, sentando las bases de su justificación y de su cuantificación, y estableciendo las diferencias entre ambos conceptos. En segundo lugar, destaca su argumentación jurídica sobre el perjuicio moral por pérdida de calidad de vida, dando una nueva dimensión a la doctrina de la no compensación de la mejora voluntaria con esta partida indemnizatoria. Y, en tercer lugar, porque, analizando la jurisprudencia del Tribunal Supremo existente hasta la fecha, en materia de intereses, opta por imponerlos desde la fecha del siniestro, incrementando notablemente la indemnización.

Comprobamos cómo la sala de suplicación canaria, a través de las dos sentencias de referencia ([19 de febrero de 2019](#) y [30 de agosto de 2019](#)), está dando nuevos pasos para una mayor y mejor consolidación de la utilización en el orden social del instrumento civil de la [Ley 35/2015](#), diseñado para resarcir los daños derivados de accidentes de circulación, aunque con un claro espíritu expansivo. No obstante, conviene advertir de las insuficiencias que, pese a todo, sigue presentando tal solución «adoptada» para el resarcimiento de accidentes en los que, como los del trabajo, median daños culposos. A partir de esta elemental, pero relevante, constatación, existen diferencias aplicativas en el mismo.

Así, mientras que el propio baremo civil de daños (de accidentes de circulación) limita los conceptos y las cuantías a las fijadas en dicha norma, cuando estamos en presencia de un accidente laboral no sucede lo mismo en el orden social. Así lo recuerda la citada [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias/Las Palmas de 30 de agosto de 2019](#), pues tiene carácter orientativo (facultativo), no vinculante. El juez social, aun decidiendo someter su prudente arbitrio «a la disciplina común de la responsabilidad civil, que se consigue por la reparación íntegra», tiene «permitido utilizar otros cánones valorativos que permitan

la reparación íntegra y mayor justicia resarcitoria». Por lo tanto, está autorizado para «apartarse puntualmente de la aplicación del mismo en un aspecto concreto, si entiende que no se repara suficientemente el daño».

Es cierto que las sentencias referidas avanzan, lentamente, en el camino de la reparación íntegra del daño, imponiendo indemnizaciones que alcanzan los topes fijados en el baremo de accidentes, acudiendo bien al perjuicio extraordinario, bien fijando diversos criterios valorativos del daño moral. Pero, al mismo tiempo, se desvirtúa el principio de «reparación íntegra del daño» cuando se acaba utilizando el baremo de accidentes de circulación no a modo de guía, sino sujetándose al mismo estrictamente, en sus conceptos y cuantías. La jurisprudencia permite apartarse de este, teniendo siempre presente que la indemnización adicional por accidente de trabajo opera en el marco de la responsabilidad por culpa y dentro de las obligaciones cualificadas de la seguridad (STS de 23 de junio de 2014). En suma, si bien las sentencias comentadas avanzan en la buena dirección, queda un importante margen de mejora del sistema indemnizatorio en el ámbito laboral. Para ello, será necesario que no se utilice el baremo civil de daños (de circulación vial) «a pies juntillas», pues el sistema de valoración civil fue creado para otro tipo de daños, ni profesionales ni culposos.

La objetivación del daño supone limitación del resarcimiento. El principio rector para la indemnización de los daños derivados de los accidentes de trabajo o enfermedades profesionales sigue siendo el contrario, el de reparación íntegra. Por eso, aplicar el baremo no debe impedir que, en atención a las circunstancias concurrentes, como ha ocurrido en las sentencias comentadas, puedan obtenerse resarcimientos de perjuicios que no aparezcan recogidos en el baremo de circulación o se puedan ver incrementadas las cuantías fijadas en él.

De esta forma, por ejemplo, y siempre que concurrieran circunstancias particulares, se podría reclamar un perjuicio excepcional que se aplicara a lesiones temporales (nada impediría que, si se dieran esos perjuicios morales excepcionales, se pudiera extender este perjuicio a dichas secuelas, que el baremo limita a secuelas permanentes y muerte). O se extendieran los perjuicios morales por pérdida de calidad de vida a los familiares de víctimas que hayan sufrido lesiones temporales muy graves o perjuicios patrimoniales excepcionales. E incluso sería posible incrementar las indemnizaciones, sin necesidad de acudir al concepto de perjuicio excepcional, en aquellos daños que, aun estando topados en el baremo, son susceptibles de cuantificación de forma concreta, por ejemplo, órtesis, prótesis, equipos de ayuda personal, adaptación o adquisición de vivienda, adaptación o adquisición de vehículos, etc. En estos casos no existiría obstáculo alguno para reclamar su importe íntegro.

Fragmentación de la acción de resarcimiento íntegro del daño profesional culposo: ¿la cosa juzgada como barrera o como garantía?

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 2888/2019, de 28 de junio**

Óscar González Prieto

Magistrado del Juzgado de lo Social número 9 de Las Palmas

1. Marco normativo: multiplicidad de acciones para el resarcimiento del daño profesional culposo y «peregrinar» procesal

La **Ley reguladora de la jurisdicción social** (LRJS) unificó en el orden jurisdiccional social toda la materia relacionada con la prevención de riesgos laborales, ampliando su ámbito de aplicación subjetiva al comprender no solo al trabajador por cuenta ajena y al *tertium genus* autónomo económicamente dependiente, sino al empleado público en toda su amplitud, laboral, estatutario o funcionario. Unificación que se ha extendido al control jurisdiccional de los actos administrativos singulares o plurales dictados por la Administración pública en el ejercicio de sus potestades y funciones sobre materias típicamente laborales (laboral, sindical y seguridad social en sentido amplio) atribuidas tradicionalmente al orden contencioso-administrativo, incluidos los actos administrativos que exteriorizan el ejercicio de la potestad sancionadora de las distintas Administraciones públicas.

Sin embargo, no por ello acabaron los problemas de dispersión de la tutela judicial. Como es bien conocido, por ser constante su reiteración en la doctrina jurisprudencial, el sistema de responsabilidad empresarial derivada de accidente de trabajo mantiene hoy una gran complejidad. Se articula del siguiente modo:

Cómo citar: González Prieto, Ó. (2020). Fragmentación de la acción de resarcimiento íntegro del daño profesional culposo: ¿la cosa juzgada como barrera o como garantía? Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 2888/2019, de 28 de junio. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 443, 156-163.

- a) responsabilidad objetiva, con la indemnización tasada que representan las prestaciones de Seguridad Social, atendidas por las exclusivas cotizaciones del empresario, que actúan como seguro de responsabilidad del empleador en el marco de un sistema de cobertura de carácter público;
- b) concurriendo un plus de reprochabilidad por incumplir las reglas técnicas impuestas como medidas de seguridad, la existencia de un recargo de aquellas prestaciones, ex [artículo 164 de la Ley general de la Seguridad Social](#); y
- c) como cierre del sistema, responsabilidad civil de naturaleza contractual ([art. 1.101 Código Civil –CC–](#)) o extracontractual ([art. 1.902 CC](#)), por concurrir culpa o negligencia empresarial.

Cabría añadir la posible existencia de mejoras prestacionales y la vertiente sancionadora por incumplimiento de la normativa preventiva. Consecuentemente, un accidente de trabajo, en el que concurriera o se imputara incumplimiento de medidas preventivas, podría dar lugar a cinco tipos distintos de procedimientos: procedimiento en materia prestacional; procedimiento en materia de mejora voluntaria; procedimiento en materia de recargo de prestaciones; procedimiento en materia de impugnación de sanción administrativa; procedimiento en materia de indemnización de daños y perjuicios. En principio, todos estos procedimientos deberían ser repartidos a un mismo juzgado, garantizándose, de esta forma, una única visión judicial del mismo siniestro.

El [artículo 25 de la LRJS](#), bajo la rúbrica «requisitos de la acumulación objetiva y subjetiva de acciones y reconvencción», dispone en su apartado 5 lo siguiente:

En demandas derivadas del mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional, cuando exista más de un juzgado o sección de la misma sala y tribunal, en el momento de su presentación se repartirán al juzgado o sección que conociera o hubiere conocido del primero de dichos procesos las demandas ulteriores relativas a dicho accidente de trabajo o enfermedad profesional, siempre que conste dicha circunstancia o se ponga de manifiesto en la demanda.

En realidad, no es un supuesto de acumulación, sino una norma imperativa de reparto, que obliga a repartir a un mismo juzgado o sección todas las demandas, sin excepción, relativas a un mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional. En consecuencia, los órganos gubernativos habrán de adaptar las normas de reparto existentes en cada partido judicial, tribunal o sala a los efectos de recoger, entre aquellas, esta específica norma.

No obstante, la realidad demuestra que, pese a la previsión en las normas de reparto, existe complejidad técnica y operativa en su aplicación, bien porque en la demanda no se cita la existencia del antecedente preciso o bien, pese a su cita, no se identifica o localiza por el funcionario encargado del efectivo reparto. La consecuencia es que distintas

demandas relativas a un mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional se tramitan en distintos juzgados, dando lugar a pronunciamientos no siempre coincidentes o provocando suspensiones interminables.

La solución procesal correcta, ante el incumplimiento de la imperativa norma de reparto, sería impugnar la infracción de las normas de reparto vigentes, conforme prevé el [artículo 68 de la Ley de enjuiciamiento civil](#) (LEC), en sus apartados segundo y tercero. No obstante la corrección de tal solución, es infrecuente la utilización de tal cauce para conseguir el objetivo legal, de tal forma que nos encontraremos con una pluralidad de procesos seguidos ante distintos juzgados y cuya acumulación no siempre será posible, resolviéndose por juzgados diferentes del mismo partido judicial el procedimiento relativo al recargo prestacional y el concerniente a la responsabilidad civil derivada del mismo accidente de trabajo.

Vemos, pues, cómo, eliminado en nuestro sistema normativo el vicio de la llamada «peregrinación jurisdiccional», seguimos enfrentados a otra complicación, la dispersión de los procedimientos para hacer efectivo el principio sustantivo: el resarcimiento íntegro de los daños profesionales culposos. Estos generan una pluralidad de acciones por el mismo hecho, sin que sean siempre susceptibles de ser acumuladas por razón de la materia o de la modalidad procesal a utilizar. Acciones que comparten el mismo hecho relevante, un accidente de trabajo, cuyas circunstancias y acreditación condicionarán las consecuencias jurídicas pretendidas con su ejercicio.

Los presupuestos constitutivos comunes de las distintas acciones y su ejercicio independiente generan el riesgo de resoluciones dispares, cuando no contradictorias; riesgo opuesto al principio de seguridad jurídica. No obstante, nuestro ordenamiento jurídico nos ofrece herramientas para preservar ese principio básico; instituciones como la litispendencia, la cosa juzgada, la prejudicialidad, la acumulación de acciones y procedimientos y el novedoso reparto directo de demandas persiguen el mismo objetivo, la coherencia judicial ante una misma realidad fáctica.

2. Supuestos de hecho: síntesis de los relatos fácticos

Anticipando el desenlace de la [sentencia comentada](#), conviene llamar la atención de inmediato sobre la doble suerte adversa (desestimatoria) que recibió el supuesto de hecho contemplado en la sentencia.

Y ello, precisamente, en aplicación del instituto de la cosa juzgada positiva, consecuencia del previo pronunciamiento judicial firme en materia de resarcimiento de daños y perjuicios derivados del mismo accidente de trabajo, pese a la existencia de una «degradada» responsabilidad empresarial, como afirma el tribunal. Y es relevante esta precisión, toda vez que han de ser dos los relatos fácticos contemplados, no coincidentes.

2.1. Supuesto de hecho contemplado en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 2888/2019, de 28 de junio (recargo de prestaciones)

La trabajadora, diplomada universitaria en Enfermería, prestaba servicios en una institución sanitaria, encontrándose entre sus cometidos el empuje o transporte de un carro de curas para atender a los distintos usuarios hospitalizados. Y, al empujar el carro, el asa se rompió por un lateral, golpeándose la trabajadora en la muñeca derecha. Tras recibir asistencia médica con un diagnóstico en principio inocuo («contusión en muñeca derecha»), continuó prestando servicios hasta que 1 mes después inició un proceso de incapacidad temporal que concluyó con la declaración de incapacidad permanente en grado de parcial considerando la existencia del siguiente cuadro clínico residual y las limitaciones orgánicas y funcionales siguientes: tenosinovitis estenosante en primer y segundo compartimento extensor de muñeca derecha, afectación del nervio radial, limitación funcional de la muñeca y primer dedo con pérdida de movilidad superior al 50 % e hiperalgia a nivel de región dorsal del primer dedo en el lado radial del antebrazo. La contingencia reconocida fue la de accidente de trabajo, presentando la beneficiaria, como antecedente patológico, una enfermedad autoinmune afectante al miembro superior derecho (lupus eritematoso sistémico), que precisó de numerosas asistencias sanitarias.

2.2. Supuesto de hecho contemplado en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 2474/2018, de 27 de diciembre (indemnización de daños y perjuicios)

El relato fáctico es sustancialmente idéntico, más detallado al incluir datos descriptivos de la situación en la que se encontraba el equipo de trabajo y referencias en materia preventiva. En concreto, se especifica que el carro con el que se accidentó la trabajadora tenía un asa que se movía, circunstancia conocida por los usuarios del mismo que, no obstante disponerlo el plan de seguridad del centro hospitalario, no pusieron en conocimiento del servicio de mantenimiento hasta después del accidente, siendo reparado al día siguiente. El accidente, calificado como leve, no motivó actuación inspectora de oficio, ni se incoó expediente administrativo en materia de recargo de prestaciones.

3. Doctrina judicial: los presupuestos constitutivos comunes de las dos acciones con fundamento en la cosa juzgada

3.1. La acción resarcitoria

El Juzgado de lo Social número 1 de Vigo desestimó la demanda interpuesta por la trabajadora en ejercicio de la acción resarcitoria de daños y perjuicios derivados de accidente

de trabajo; sentencia que, sin sufrir modificación fáctica relevante, fue confirmada en suplicación por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Galicia 2474/2018, de 27 de diciembre. Para alcanzar tal conclusión, se efectúa un recorrido sobre los requisitos necesarios para la exigibilidad de la responsabilidad civil derivada del accidente de trabajo, expresados en las ya clásicas Sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo (SSTS) de [30 de junio de 2010](#) y [4 de mayo de 2015](#).

Así, es requisito normativo de la responsabilidad civil que los daños y perjuicios se hayan causado mediante culpa o negligencia (arts. [1.101](#), [1.103](#) y [1.902](#) CC), conforme al deber de seguridad que incumbe al empresario por mandato legal (arts. [4.2 d](#)) y [19.1](#) Estatuto de los Trabajadores y [14.2](#), [15.4](#) y [17.1](#) Ley de prevención de riesgos laborales). Se afirma que «el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente, ilimitado» y que «deben adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran» ([STS de 8 de octubre de 2001, rec. 4403/2000](#)). A raíz de tan exigente obligación, los empleadores deben evaluar y evitar los riesgos, para proteger al trabajador, incluso frente a sus imprudencias no temerarias. Y, actualizado el riesgo, para enervar su posible responsabilidad, el empleador ha de acreditar haber agotado toda diligencia exigible, más allá –incluso– de las exigencias reglamentarias. La intensidad de la diligencia exigible se corresponde con los escasos supuestos de exención de responsabilidad (fuerza mayor o caso fortuito, por negligencia exclusiva no previsible del propio trabajador o por culpa exclusiva de terceros no evitable por el empresario) y la inversión de la carga de la prueba ([art. 96.2 LRJS](#)).

Correlativamente, atendido el carácter sinalagmático del contrato de trabajo, el trabajador tiene también sus obligaciones: debe observar en su trabajo las medidas legales y reglamentarias de seguridad y utilizar correctamente los medios de protección proporcionados por el empresario. Por ello, afirma la [sentencia analizada](#):

[...] debe valorarse la posible existencia de un procedimiento penal y su resultado, y/o la existencia o no de sanción por incumplimiento de medidas de seguridad por parte de la empresa, o, al menos, la existencia o no de una actuación inspectora en materia de averiguación del siniestro. Igualmente debe valorarse si la empresa adoptó algún tipo de medida preventiva [...] a fin de eliminar, o, al menos, disminuir los riesgos que para el trabajador pudieran resultar de la realización de su trabajo.

Trasladando la doctrina anterior al supuesto fáctico, la sentencia identifica la ausencia de acta de infracción y la no incoación de oficio de un expediente de recargo de prestaciones con la debilidad de la posición de la lesionada. Y esta debilidad derivada de la inacción de terceros, junto a la imputación conjunta de responsabilidad en la causación del siniestro (la trabajadora, como usuaria, no comunicó los defectos apreciados en el equipo de trabajo al personal de mantenimiento) y la levedad del accidente, «degradan» la responsabilidad empresarial, hasta el punto de excluirla, pese a constatarse la existencia de un incumplimiento

empresarial en materia de prevención de riesgos, al revelarse ineficaces las medidas relativas a la revisión de equipos de trabajo. Y para alcanzar el pronunciamiento desestimatorio, no aprecia relación causal alguna entre la omisión de medidas de seguridad exigidas y el accidente de trabajo sufrido, ni nexos causales entre la omisión de medidas de seguridad y las secuelas que la trabajadora presenta, al ser esta una agravación de la patología padecida con anterioridad.

3.2. Recargo de prestaciones

La víctima no limitó su pretensión de tutela judicial al ejercicio de la acción resarcitoria, sino que extendió aquella al posible recargo prestacional. El Juzgado de lo Social número 3 de Vigo desestimó la demanda interpuesta por la trabajadora en ejercicio de la acción de recargo de prestaciones; sentencia que fue confirmada en suplicación por la [STSJ de Galicia 2888/2019, de 28 de junio](#). El rechazo de la pretensión ejercitada se fundamentó en la aplicación del instituto de la cosa juzgada ([art. 222.4 LEC](#)), en relación con el pronunciamiento firme previo que puso fin al procedimiento de indemnización de daños y perjuicios. Y ello con cita de la [STS de 14 de febrero de 2018 \(rec. 205/2016\)](#), que reitera doctrina: una y otra acción tienen como presupuesto la relación de causalidad entre el incumplimiento preventivo y el daño.

4. Trascendencia de la doctrina judicial más allá del caso: una llamada a usos más rigurosos de los instrumentos procesales

4.1. La institución de la cosa juzgada: ¿garantía o barrera?

El interés de la [sentencia analizada](#) está en la oportunidad que ofrece para reflexionar más ampliamente sobre el sentido actual de la institución de la cosa juzgada en el derecho de daños profesionales culposos. Sabemos que la cosa juzgada es una proyección del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y seguridad jurídica, exigiendo que las resoluciones judiciales tengan la eficacia que supone la ejecución en sus propios términos y el respeto a la firmeza de las situaciones jurídicas declaradas (Sentencias del Tribunal Constitucional [190/1999, de 25 de octubre](#), FJ 4.º; y [15/2006, de 16 de enero](#), FJ 4.º, entre muchas), y como tal la hemos de considerar una garantía, cuyo reflejo legal se contiene en el [artículo 222.4 de la LEC](#):

Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en este aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos [...].

Y el efecto positivo de la cosa juzgada precisa la identidad subjetiva entre las partes de los dos procesos y la conexión existente entre los pronunciamientos. Conexión que, en el ámbito de las acciones analizadas, se corresponde con la existencia de elementos constitutivos comunes, en particular la relación de causalidad entre el incumplimiento de las obligaciones preventivas por parte del empresario y las lesiones que constituyen el daño derivado de su inobservancia.

El previo pronunciamiento firme en materia resarcitoria negó la existencia de relación causal entre la omisión de medidas de seguridad exigidas y el accidente de trabajo sufrido, al igual que negó la concurrencia de nexo causal entre la omisión de medidas de seguridad y las secuelas que la trabajadora presentaba. Pronunciamientos que, a pesar de ser discutibles, condicionan la resolución del posterior procedimiento en materia de recargo. Y esta es la barrera que impone el instituto de la cosa juzgada, al impedir que en una segunda resolución judicial puedan alcanzarse conclusiones distintas e incluso contrarias. Es discutible que la posición de la trabajadora se debilite por la inacción de terceros; también que no concorra relación causal entre la omisión de medidas de seguridad y el accidente de trabajo, cuando se parte de la existencia de incumplimiento empresarial preventivo, al revelarse ineficaces las medidas relativas a la revisión de equipos de trabajo; y es discutible que no concorra el nexo causal entre el incumplimiento preventivo y las secuelas que presentaba la trabajadora, cuando se acredita no solo la agravación de una patología previa, sino lesiones distintas a las que padecía. Pese a ello, se imponen los efectos de cosa juzgada, como garantía de alcance constitucional, reconociéndose su imperfección, sus miserias, sus desventajas.

4.2. Cosa juzgada y ausencia de presupuestos procesales

Y cabría plantearse si pueden producir cosa juzgada las resoluciones que ponen fin al proceso sin pronunciarse sobre la cuestión de fondo. Más exactamente, se trata de decidir si la generan las sentencias de absolución en la instancia, esto es, las resoluciones –meramente procesales– en las que se entienda que falta un presupuesto procesal en sentido estricto y que la posibilidad misma de entrar a conocer del fondo del asunto se halla obstaculizada. La doctrina más reciente se inclina por reconocer eficacia de cosa juzgada a las resoluciones meramente procesales que ponen fin al proceso, aunque si estas sentencias procesales se pronuncian solo sobre la falta de un presupuesto procesal, a tal extremo se limita la producción de cosa juzgada (no puede existir cosa juzgada sobre lo que no ha sido juzgado).

De este modo, si el presupuesto procesal tampoco concurre en el segundo proceso, es decir, si el defecto no ha sido corregido, la cosa juzgada impedirá un segundo pronunciamiento en ese punto. Pero, naturalmente –se afirma–, si el defecto ha sido corregido, porque podía serlo, nada impide la entrada en el fondo del asunto en el segundo proceso, siendo así que en él no podrá alegarse la cosa juzgada al no concurrir las identidades objetivas.

4.3. La sanción administrativa y el alcance de la causalidad a efectos de la cosa juzgada

El concepto de incumplimiento de las obligaciones por parte del empresario en materia de prevención de riesgos laborales es mucho más amplio que el de infracción laboral en la misma materia. No obstante, en el ámbito de tipicidad concurrente, nos encontraríamos ante un elemento constitutivo común, de tal forma que, apreciada la existencia de infracción en el procedimiento de impugnación de resolución administrativa sancionadora, tal pronunciamiento condicionará, por el efecto positivo de la cosa juzgada, el ulterior procedimiento de recargo de prestaciones o de responsabilidad civil. Sin embargo, no cabe predicar tal condicionamiento en la zona no compartida, es decir, si no se aprecia la existencia de infracción administrativa, ello no obsta a que en el procedimiento de recargo de prestaciones o en el de responsabilidad civil puedan alegarse y acreditarse otros incumplimientos constitutivos o no de infracción administrativa con relevancia causal en el resultado lesivo. En definitiva, la problemática de la dispersión procedimental en materia de prevención de riesgos laborales seguirá existiendo, si bien una adecuada utilización de los instrumentos procesales existentes facilitará la adopción de soluciones adecuadas en términos de seguridad jurídica.

¿Un motivo más para la desaparición en nuestro derecho de la institución del recargo de prestaciones?

Comentario a la [Sentencia del Tribunal Supremo 149/2019, de 28 de febrero](#)

Francisco José Villar del Moral

Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada)

1. Legislación aplicable al caso

El [artículo 164.1 de la Ley general de la Seguridad Social \(LGSS\)](#) sigue reconociendo el recargo de prestaciones por infracción de medidas de seguridad y salud, al igual que el [artículo 123 de la LGSS de 1994](#).

Los artículos [4.2 d\)](#) y [19.1](#) del Estatuto de los Trabajadores y [14.1 de la Ley de prevención de riesgos laborales \(LPRL\)](#) reconocen el derecho del trabajador a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene en el trabajo, cuya contrapartida es la obligación del empresario de adoptar cuantas medidas de seguridad sean pertinentes, atendiendo a la naturaleza particular del trabajo a efectuar.

De otro lado, y de conformidad con el [artículo 14.2 de la LPRL](#) antes citada, en cumplimiento del deber de protección, el empresario debe garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con su trabajo, debiendo adoptar, según el [artículo 17.1](#) de la misma ley, las medidas necesarias con el fin de que los equipos de trabajo sean adecuados para el trabajo que deba realizarse y convenientemente adaptados a tal efecto, de forma que garanticen la seguridad y la salud de los trabajadores al utilizarlos.

Cómo citar: Villar del Moral, F. J. (2020). ¿Un motivo más para la desaparición en nuestro derecho de la institución del recargo de prestaciones? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 149/2019, de 28 de febrero. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 443, 164-174.

2. Antecedentes de hecho y judiciales del caso y términos de la contradicción

El accidente ocurrió cuando el trabajador, realizando las funciones propias de su categoría de instalador y reparador de equipos electrónicos y suficientemente informado para su labor, así como informado de los riesgos de la misma, se encontraba realizando, junto con otros compañeros, la tarea de sustitución de una torre metálica a la que amarró los cables procedentes del entronque existente, momento en el que recibió una tensión de retorno a través de la fase proveniente de aquella, lo que ocurrió porque el jefe del equipo, oficial de primera designado como jefe de descargo y encargado de desconectar las fuentes de tensión de la línea, olvidó realizar esa labor. El accidente causó lesiones al trabajador accidentado y motivó el despido del jefe del equipo, superior inmediato, que se encontraba en el lugar; despido que fue declarado procedente por la sentencia de instancia y la de suplicación, al considerarlo responsable de no haber adoptado las medidas de desconexión para crear una zona de seguridad para el trabajo, obligación propia que incumplió haciendo caso omiso del protocolo de operaciones de alta tensión, lo que fue causa del siniestro. A la empresa, tras el oportuno expediente, le impuso el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) un recargo de las prestaciones del 30 % por falta de medidas de seguridad.

El Juzgado de lo Social número 1 de Tortosa, en autos núm. 520/2015, seguidos a instancias de Sociedad Española de Montajes Industriales, SA, contra el INSS, Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) y el trabajador recurrente, en proceso sobre recargo de prestaciones, dictó sentencia el 31 de mayo de 2016, en la que desestimó la demanda presentada por esa mercantil contra el INSS, la TGSS y el trabajador accidentado, absolviendo a los codemandados de los pedimentos contra ellos formulados, confirmando la resolución de la Dirección Provincial del INSS de fecha 26 de mayo de 2015 en expediente de recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, declarando el recargo del 30 % de las prestaciones consecuencia del accidente sufrido por el trabajador el 26 de octubre de 2014.

La sentencia de instancia fue recurrida en suplicación por aquella sociedad ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Cataluña, la cual dictó sentencia en fecha 21 de octubre de 2016, en la que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la empresa revocó la citada resolución, absolviendo a la recurrente de la pretensión deducida en su contra. Ese pronunciamiento lo ha fundado en que el siniestro no es imputable a ella, que dio a sus empleados la formación suficiente, los previno de los riesgos y los informó de cómo evitarlos y adoptó las medidas de prevención necesarias, sin que se le haya imputado déficit alguno de prevención, siendo el siniestro imputable al jefe del equipo que incumplió el protocolo de actuación existente y no ejecutó las labores de desconexión que le correspondían, conducta determinante del siniestro que suponía una grave imprudencia que había justificado su despido y suponía una ruptura del nexo causal que debe existir entre el accidente y el proceder de la empresa, cuyo deber de vigilancia no podía extenderse al constante y exhaustivo control de sus empleados en todo momento.

La cuestión planteada en el presente recurso de casación consiste en resolver si procede la imposición a la empresa empleadora del recargo por falta de medidas de seguridad, que reclamó el actor en su demanda por causa del accidente de trabajo que sufrió el 26 de octubre de 2014. Como sentencia de contradicción se esgrime por la dirección letrada del trabajador la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Galicia en fecha 20 de diciembre de 1999 (rec. 4628/1996). La sentencia de contraste decide imponer el recargo porque no comparte el argumento de que no exista nexo causal entre la conducta de la empresa y el accidente acontecido, sino, como mucho, la existencia de una orden incorrecta al mandar el encargado de la empresa Fenosa al trabajador fallecido y a su compañero subir a la torreta. El encargado, jefe de brigada o jefe del trabajo, dirige el trabajo por designación o delegación empresarial, asumiendo así la responsabilidad del trabajo y de las medidas de seguridad en nombre de la empresa; delegación que no exime al empresario de responsabilidad en orden a la prevención del riesgo laboral ni de las consecuencias derivadas de negligencia, imprudencia o tolerancia.

La sala admite la procedencia del recurso, apreciando que existe la identidad sustancial que requiere el [artículo 219 de la Ley reguladora de la jurisdicción social \(LRJS\)](#), por cuanto, aunque existen hechos diferenciales, los hechos contemplados en cada caso son sustancialmente iguales.

3. Fundamentación jurídica de la sentencia del Tribunal Supremo

El motivo del recurso dedicado al examen del derecho aplicado se limita a denunciar la infracción del [artículo 123 de la LGSS de 1994](#), hoy [artículo 164](#) del nuevo texto refundido, por concurrir todos los elementos necesarios para la imposición del recargo: comisión de una infracción, producción de un daño y nexo causal entre uno y otro elemento. El recurso no desarrolla con detalle la concurrencia de estos elementos con la prolijidad requerida, pero su enunciado y las afirmaciones que hace obligan a la sala a efectuar un examen detenido sobre la concurrencia de los mismos.

3.1. Sobre la infracción de normas de seguridad

Sobre la infracción de normas de seguridad cometida, el recurso de casación se remite al acta de infracción levantada por la Inspección de Trabajo, donde se imputa la infracción del [anexo 1, punto 1.16, del Real Decreto 1215/1997](#), sobre los equipos de trabajo. Todo ese real decreto se limita a reglamentar cómo deben ser los equipos de trabajo, pero ninguna de sus normas concretas parece que fuese infringida, pues consta que los trabajadores estaban formados y habilitados para el trabajo a realizar y que el accidente no se debió a la falta de unos equipos de trabajo adecuados, sino a la negligencia del jefe de servicio. Asimismo, la Inspección alude a la infracción del [artículo 2 del Real Decreto 614/2001](#), en relación con el [apartado A.1 del anexo II](#) del mismo.

Pero esta infracción tampoco se produjo, porque el protocolo de actuación contemplaba en primer lugar la desconexión de la tensión, labor encomendada a un trabajador cualificado, cuya preparación no se ha puesto en duda, y que era precisamente el jefe del equipo, quien obró negligentemente y no cumplió su misión.

Consiguientemente, para el Tribunal Supremo (TS), no existe una norma de seguridad concreta o previsible cuya infracción sea imputable a la empresa. Si no se ha producido la infracción de una norma de seguridad, no cabe imponer un recargo de prestaciones, que, precisamente, sanciona las infracciones de normas concretas, aunque sea por falta de previsión, esto es, las que se debieron prever con arreglo a las circunstancias en las que se ejecutaba el trabajo. En este sentido, el [artículo 5.2 de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social](#) (LISOS) considera infracciones laborales en esta materia los incumplimientos de normas legales, reglamentarias y disposiciones normativas de los convenios colectivos, luego el recargo requiere la infracción de una norma concreta sobre la materia. Es cierto que los artículos 14 y 15 de la LPRL obligan al empresario a preparar un plan de prevención y a prever las imprudencias no temerarias de sus trabajadores, pero lo que resulta difícil de prever y vigilar es el incumplimiento por el encargado de la principal misión que tiene.

3.2. Sobre la existencia de lesión y el nexo causal (la culpabilidad)

Sobre la existencia de una lesión y del necesario nexo causal entre la supuesta infracción y la lesión poco se puede argumentar, pues la lesión es consecuencia del accidente sufrido por el trabajador demandante y, por ello, la cuestión queda reducida a determinar si es necesario que concurra la culpa del empresario infractor y si de su responsabilidad culposa lo libera el hecho culposo de un «tercero», aunque no sea ajeno a la empresa.

Sobre la culpa:

- a) [La cuestión de si la infracción sancionable con el recargo debe ser dolosa o culposa o si bastará con cometerla para su imposición](#)

Los artículos 1 y 5 de la LISOS omiten cualquier referencia al dolo o culpa del sujeto infractor como elemento necesario para la imposición de la sanción. Los tipos descritos en los [artículos 11 y siguientes](#) tampoco exigen la concurrencia de ese elemento subjetivo del injusto, ni tan siquiera distinguen entre infracciones culposas o dolosas. Sin embargo, la doctrina constitucional (Sentencia del Tribunal Constitucional –STC– 76/1990, de 26 de abril, entre otras) y la jurisprudencia vienen exigiendo la traslación al ámbito de la potestad administrativa sancionadora de los principios constitucionales que limitan la responsabilidad penal; principios entre los que se encuentra el de la culpa, que impide toda clase de responsabilidad objetiva y exige la concurrencia siempre de dolo o culpa, aunque sea levisima, para poder sancionar. La culpa está conectada con la diligencia que es exigible al

deudor en cada supuesto. En esta materia es exigible la máxima diligencia objetiva y técnicamente. Por ello, como se deriva del artículo 5 de la [Directiva 89/391/CEE](#), solo impedirán la existencia de culpa y el nacimiento de responsabilidad aquellos hechos extraños por completo al sujeto responsable, como son las situaciones de fuerza mayor, caso fortuito y situación de necesidad. Sin embargo, el error o la imprevisión no liberarán de culpa leve, porque el patrono debe conocer su industria y prever los diferentes riesgos.

b) Doctrina sobre la culpa

El requisito típico de la responsabilidad es que los daños y perjuicios se hayan causado mediante culpa o negligencia (arts. [1.101](#), [1.103](#) y [1.902](#) Código Civil –CC–). Además debe recordarse el [artículo 1.105 del CC](#).

La exigencia de culpa ha sido flexibilizada por la jurisprudencia, que, debatiéndose entre las exigencias de un principio de culpa y del principio de responsabilidad objetiva, ha llegado a configurar una responsabilidad cuasi objetiva, pues, aunque no ha abandonado la exigencia de un actuar culposo del sujeto, ha ido reduciendo la importancia de ese obrar en el nacimiento de esa responsabilidad bien mediante la aplicación de la teoría de riesgo, bien por el procedimiento de exigir la máxima diligencia y cuidado para evitar los daños, bien invirtiendo las normas que regulan la carga de la prueba. La clave de este cambio radica en la forma de abordar el problema de la apreciación y valoración de la culpa, en que debe tenerse en cuenta que, como la carga de la prueba, conforme al [artículo 217 de la Ley de enjuiciamiento civil \(LEC\)](#), gravita sobre el empresario, será este quien deba probar que obró con la diligencia debida, que adoptó todas las medidas de seguridad reglamentarias y las demás previsibles en atención a las circunstancias y que el hecho causante del daño no le era imputable.

El [artículo 1.104 del CC](#), aplicable en los supuestos de responsabilidad contractual, considera que existe culpa o negligencia del deudor (de seguridad) cuando el mismo omite aquella diligencia que requiere la naturaleza de su obligación y corresponde a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar. Añade, además, que, cuando la obligación no exprese la diligencia exigible, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia; mandato que la jurisprudencia interpreta en el sentido de ser exigible la diligencia que adopta una persona razonable y sensata que actúa en el sector del tráfico mercantil, comercial, industrial o social de la misma clase de actividad que se enjuicia. Por consiguiente, es el empresario quien debe probar que obró con la diligencia que le era exigible y que el incumplimiento de su deber de garantizar la seguridad de sus empleados no le era imputable, pues así se deriva de lo dispuesto en los preceptos citados y en el [artículo 1.183 del CC](#). Lo que es lógico, ya que el daño prueba la realidad del incumplimiento imputable al deudor mientras no acredite lo contrario, esto es, que hizo todo lo posible para cumplir con su obligación.

Estas ideas son las que han motivado la [Sentencia de la Sala Cuarta de 30 de junio de 2010 \(rec. 4123/2008\)](#), dictada en Sala General. En ella, sobre la base de que el empresario es deudor de seguridad, se concluye que estamos ante un supuesto de responsabilidad

contractual, lo que conlleva, conforme a los artículos [217 de la LEC](#) y [1.183 del CC](#), que sea el empresario quien deba probar que actuó con toda la diligencia que le era exigible, quedando exento de responsabilidad, como en esta sentencia se dice:

[...] cuando el resultado lesivo se hubiese producido por fuerza mayor o caso fortuito, por negligencia exclusiva no previsible del propio trabajador o por culpa exclusiva de terceros no evitable por el empresario (argumentando los arts. 1.105 CC y 15.4 LPRL), pero en todos estos casos es al empresario a quien le corresponde acreditar la concurrencia de esa posible causa de exoneración, en tanto que él es el titular de la deuda de seguridad y habida cuenta de los términos cuasi objetivos en que la misma está concebida legalmente.

Doctrina que no objetiva la responsabilidad del empresario por las razones que da la [sentencia comentada](#) y que antes se expusieron. Esta doctrina ha sido recogida por el [artículo 96.2 de la LRJS](#). Conviene aclarar que no existirá culpa del patrono-deudor cuando pruebe que obró con la diligencia exigible, que el acto dañoso no le es imputable por imprevisible o inevitable. Quedará liberado en los supuestos del [artículo 1.105 del CC](#).

c) Acto culposo de un tercero

En principio no será responsable el empresario del acto de un tercero ajeno a la empresa salvo supuestos excepcionales en que tuviera que haber previsto los riesgos de la actuación de empleados de las empresas con las que contrató algún servicio; cuestión ajena a este procedimiento. El problema plantea de inicio más complejidad cuando se trata de acciones de un tercero empleado por él, esto es, de un compañero del accidentado. Para resolverlo, la sala hace primero una serie de consideraciones:

- Primera. El [artículo 14.2 de la LPRL](#), que obliga al empresario a garantizar la seguridad y salud de sus empleados en el trabajo y a realizar toda la actividad preventiva necesaria, debe ser interpretado a la luz de los artículos 4.2, 12 a) y 16, entre otros, del [Convenio 155 de la Organización Internacional del Trabajo \(OIT\)](#), así como del artículo 5 de la [Directiva 89/391/CEE](#) que lo implementa en nuestro derecho. Son normas que obligan a la adopción de las medidas que sean razonables y factibles y que permiten a los Estados excluir y minorar la responsabilidad de los empresarios por hechos y circunstancias que les sean ajenos o sean anormales e imprevisibles o que no se hubieran podido evitar a pesar de la diligencia empleada. En este sentido, la [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2007 \(asunto C-127/05\)](#) da por buena la norma contenida en el artículo 2 de la ley del Reino Unido que obliga a garantizar la seguridad de los trabajadores en la medida en que sea razonable y viable.
- Segunda. Lo antes dicho abona la doctrina del TS sobre la inexistencia de responsabilidad objetiva y la exigencia de un principio de culpa que determine la responsabilidad

del empleador, así como que sea él quien venga obligado a probar que obró con la diligencia debida: la exigible conforme a la naturaleza de la obligación y a las circunstancias de las personas, de tiempo y lugar y, en definitiva, a un buen empresario de la misma actividad en que se encuentre encuadrado (art. 1.104 CC). También apoya esta solución, como se dijo antes, la necesidad de incentivar al empresario empleador de las normas de prevención, porque, en otro caso, la objetivación de su responsabilidad desmotivaría el gasto en prevenir siniestros.

- Tercera. En cuanto a la culpa de terceros, cuestión con más enjundia es cuando el causante es un trabajador de la empresa, sea o no el accidentado. Sobre este particular debe destacarse, en primer lugar, que, conforme al artículo 15.4 de la LPRL, el plan de prevención «deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias del trabajador»; actuaciones que, por ende, no liberan de responsabilidad a quien debió haberlas previsto y tomado las oportunas medidas preventivas, como remacha el artículo 96.2 de la LRJS. Diferente es el supuesto en el que haya existido imprudencia temeraria del trabajador accidentado o de un compañero. De salida conviene señalar que la imprudencia temeraria del accidentado libera a su patrono de responsabilidad, conforme a los artículos 115.4 y 123.1 de la LGSS de 1994 (hoy arts. 156.4 y 164.1 del vigente texto refundido de esa ley), en relación con el artículo 15.4 de la LPRL.

A igual solución debe llegarse en los supuestos de dolo o imprudencia temeraria de otro empleado, porque esa actuación dolosa o temeraria era difícil de prever y de evitar, como nos muestra el artículo 15.4 de la LPRL cuando no obliga al patrono a prever ese tipo de actuaciones imprevisibles. En efecto, es difícil de prever que un jefe de equipo, formado, capacitado e instruido para la realización de trabajos eléctricos con alta tensión, omita realizar su principal misión, según el protocolo de actuación establecido, desconectar la tensión antes de iniciar los trabajos a realizar; acción omisiva que fue la causa del accidente. Esta acción puede calificarse de temeraria, porque violó una norma que le imponía, primero, advertir la inminencia y gravedad del peligro y, segundo, actuar de acuerdo con el protocolo establecido para evitar el riesgo existente para él y para los compañeros de trabajo a sus órdenes; esto es, infringió los deberes objetivos que tenía y las órdenes expresas recibidas que las más elementales normas de prudencia le obligaban a cumplir, lo que fue la causa del daño producido; actuación calificable de temeraria, grave según el Código Penal vigente (arts. 5, 10, 12, 152, 317 y otros); calificación concreta que no procede hacer aquí, aunque sí dejar constancia de que obró con omisión de las más elementales normas de prudencia que deben observarse cuando existe riesgo para la integridad física de otros y propia, omisión que dio lugar a su despido que fue calificado de procedente.

Consecuentemente, la culpa fue exclusiva del encargado del trabajo, jefe de equipo, y no cabe imponer el recargo a la empresa que tomó las medidas de prevención necesarias y no es culpable de la negligencia grave con la que obró su empleado.

- Cuarta. Sobre la *culpa in vigilando*. La responsabilidad civil por los actos de los empleados, que tiene su origen en el [artículo 1.903 del CC](#) y que supone la obligación de reparar los daños causados culposamente por los auxiliares (empleados) del empresario para realizar su actividad, también llamada «responsabilidad vicaria», supone el establecimiento de esa responsabilidad sin que intervenga la culpa del empleador, quien responde civilmente por los actos de su auxiliar que no respeten «el estándar de conducta exigible», que no actúe con la diligencia exigible y cause un daño. En estos casos de «responsabilidad vicaria» por el acto del empleado, pero sin culpa del empresario a quien se le hace responsable del acto de otro, por no haber controlado debidamente su actividad, resulta que la responsabilidad que se le impone es sin culpa.

Si ello es así, la llamada «*culpa in vigilando*» podrá justificar la reclamación de una indemnización por los daños y perjuicios causados, así como la condena al pago de la misma. Pero una cosa es la responsabilidad civil por el acto de un empleado y otra diferente la responsabilidad penal y la administrativa por la comisión de infracciones penales o administrativas, cuya sanción requiere la culpa del infractor, cual sucede con el recargo de prestaciones que tiene naturaleza sancionadora, lo que obliga a interpretar esa responsabilidad de forma estricta ([STC 81/1995, de 5 de junio](#)), esto es, exigiendo la culpa de la empresa de forma más rigurosa que cuando responde civilmente por actos de sus empleados. En apoyo de esta solución pueden citarse los artículos 4.2, 12 a) y 16, números 1 y 2, del [Convenio 155 de la OIT](#), que nos dicen que deben tomarse medidas «razonables y factibles».

Pues bien, dado que en el presente caso el siniestro acaeció cuando se sustituía una torre de un tendido eléctrico, la pregunta es si era razonable y factible que el empresario (persona jurídica) estuviese allí controlando la operación, al igual que en otros lugares donde se estuvieran realizando actividades peligrosas, o bastaba con haber enviado a realizar esa misión a personal formado y suficientemente cualificado con un jefe de servicio igualmente cualificado y con un protocolo de actuación conocido por todos. La respuesta es que no es razonable y factible esta exigencia, solución apuntada y seguida por la sentencia recurrida, porque sería diabólico exigir al titular de la empresa el don de la ubicuidad para estar presente en todos los lugares en que se desarrollan actividades de peligro. La LPRL no establece expresamente esa obligación, salvo aparentemente en su [artículo 17](#), que no parece que se violara en el presente caso usando los equipos adecuados y personal formado, sin que conste infracción alguna de lo dispuesto en los Reales Decretos [1215/1997, de 18 de julio](#), sobre equipos de trabajo, y [773/1997, de 30 de mayo](#), sobre equipos de protección.

Las precedentes consideraciones –según el TS– obligan a estimar que la doctrina correcta se contiene en la sentencia recurrida, porque no existió infracción imputable a la misma, ni medió culpa en su actuación. Consiguientemente, procede su confirmación y la desestimación del recurso.

4. Consideraciones finales

Dada la naturaleza sancionadora del recargo de prestaciones a que se refiere el [artículo 123 de la LGSS de 1994](#), la doctrina jurisprudencial viene exigiendo, entre otros requisitos que no vienen al caso, que por parte de la empresa no se haya adoptado alguna de las medidas generales o particulares de seguridad e higiene exigibles, atendidas las características específicas de cada actividad laboral, así como los criterios de normalidad y razonabilidad recogidos en el artículo 16 del [Convenio 155 de la OIT](#) y los principios de la acción preventiva ([art. 15 LPRL](#)); y, de otra parte, que exista una relación de causalidad entre la omisión imputable a la empresa y el daño producido; nexo causal que únicamente puede romperse cuando la infracción es enteramente imputable al propio interesado o por la conducta relevante de un tercero.

En todo caso, la LPRL, en su [artículo 14.2](#), especifica que, «en cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo [...]». En el [apartado 4 del artículo 15](#) señala que «la efectividad de las medidas preventivas deberá prever [incluso] las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador». Finalmente, el [artículo 17.1](#) establece que «el empresario adoptará las medidas necesarias con el fin de que los equipos de trabajo sean adecuados para el trabajo que debe realizarse y convenientemente adaptados a tal efecto, de forma que garanticen la seguridad y salud de los trabajadores».

El supuesto regulado en el [artículo 164 de la LGSS](#), relativo al recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, constituye, pues, una normativa propia y específica, independiente y cerrada, sin que resulte aplicable de modo directo ni analógico ninguna otra sobre responsabilidad empresarial. Por tanto, es distinta a la responsabilidad penal, civil, administrativa, y se rige por distintas normas, teniendo una discutida naturaleza no solo sancionadora, sino también preventiva y como modalidad reparadora del derecho de daños, también prestacional.

En esta dirección, la [STS de 23 de marzo de 2015 \(rec. 2057/2014, Pleno\)](#), seguida por otras muchas, afrontó la ontología del recargo como presupuesto para decidir si el nuevo empresario se subroga en las obligaciones derivadas de incumplimientos realizados por el anterior. Allí se mantiene la naturaleza plural del recargo –resarcitoria y preventiva/punitiva– sin inclusión en ninguna categoría jurídica novedosa, por considerar que ello no solamente podría dar lugar a disfunciones imprevisibles, sino que es innecesario. Eso sí, a los efectos de la sucesión en la responsabilidad derivada del recargo, ha de primar la faceta indemnizatoria sobre la sancionadora o preventiva. Sin embargo, recordemos que tanto la legislación como la jurisprudencia atribuyen al recargo tratamiento de «prestación» en los más variados aspectos ([STS de 15 de septiembre de 2016, rec. 3272/2015](#)).

Pero primar el carácter prestacional puede provocar consecuencias, a mi modo de ver, también injustas, que atentan al principio de culpabilidad y proporcionalidad de la sanción que también implica el recargo, pues, al imponer un porcentaje de recargo de prestaciones único, cuando concurren diversas empresas infractoras a las que se condena de manera solidaria, pero que han incumplido de manera muy distinta las obligaciones preventivas que inciden en el nexo causal, puede provocar consecuencias y situaciones muy llamativas. Ejemplo de ello es la reciente [Sentencia del TSJ de Andalucía/Granada de 27 de junio de 2019 \(rec. 2722/2018\)](#), donde se sancionó paralelamente en vía administrativa a las dos empresas, sin perjuicio de que la recurrente que perdió el recurso pueda instar de la otra empresa obligada solidariamente y en vía de regreso las compensaciones oportunas en vía civil, por la mayor incidencia causal de la conducta de la obligada solidaria, ex [artículo 1.145, 2.º, del CC](#). No obstante, como regla general, ha entendido la jurisprudencia que produce efecto positivo de cosa juzgada una previa sentencia firme que dirimió el mismo accidente de trabajo, entre un proceso de recargo de prestaciones y una acción de reclamación de cantidad para reparar los daños y perjuicios en definitiva surgidos del mismo accidente de trabajo. Como resolvió la [STS de 12 de julio de 2013 \(rec. 2294/2012\)](#), aunque median diferencias entre las dos instituciones (recargo/indemnización civil) que son objeto de decisión en los respectivos procedimientos, existe:

[...] un elemento constitutivo de ambos institutos –recargo e indemnización– [que] tiene que ser objeto de decisión en las dos controversias [...]: la relación de causalidad entre la infracción de las normas de seguridad y las lesiones derivadas del accidente [...]. Las diferencias existen, pero también los elementos de identidad y entre ellos la relación de causalidad se sitúa en un plano en el que no cabe desconocer [...].

Pues bien, es precisamente atendiendo a la triple finalidad antes apuntada vinculada a su discutida naturaleza que las soluciones que el Alto Tribunal ofrece a los casos concretos que se le someten ofrezcan soluciones aparentemente contradictorias, pues, a veces, como en el presente, prima el aspecto sancionador, a fin de excluir la responsabilidad empresarial, mientras, otras veces, para extender la responsabilidad incluso a empresas ajenas o a terceros del inicial empresario infractor, prima y destaca más el carácter prestacional, para garantizar el más amplio resarcimiento a las víctimas o a sus herederos, vaciando de contenido el principio de personalidad y culpabilidad del derecho sancionador clásico.

La prohibición de aseguramiento derivada del carácter punitivo y sancionador de este tipo de siniestro se ha dicho que pone en peligro en muchos casos, dada la peculiar estructura productiva del tejido empresarial español, con un 90 % aproximadamente de autónomos y pymes, la propia supervivencia de la empresa y la continuidad del resto de relaciones laborales. Esta vertiente sancionadora es la que prima en la solución que adopta el TS. Desde esta óptica considero correcta la solución adoptada. No obstante, cuando una institución genera en los operadores jurídicos tan intenso debate y ofrece soluciones no acordes y

aparentemente contradictorias, deja de servir con eficacia al principio de seguridad jurídica que proclama el [artículo 9.3 de la Constitución](#) y de tener esa utilidad preventiva, que puede suplirse y lograrse también con la tipificación y agravamiento de las sanciones en materia preventiva y de seguridad y salud laboral en la [LISOS](#) y reforzando el sistema resarcitorio y compensatorio por los daños y perjuicios irrogados a consecuencia de ese siniestro o contingencia profesional.

Situación actual en la indemnización del daño por incumplimiento preventivo psicosocial: hacia un derecho social de daños pleno

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 2324/2019, de 17 de diciembre**

Juan Ignacio Marcos González

Abogado. Vizcaya

1. El marco legislativo: la voluntad legislativa en esta materia

No cabe duda de que el legislador quiere el resarcimiento integral del daño que se produce como consecuencia de cualquier situación que la víctima no está obligada a soportar. Y esta misma regla rige en el derecho social de daños; figura inexistente, pero que vamos conformando doctrinal y judicialmente. En concreto, se recoge en el juego de los artículos [179.3](#), [182.1](#) y [183.2 y 3](#) de la Ley reguladora de la jurisdicción social (LRJS). Y se debe resarcir la totalidad del daño sufrido, que debe incluir, como conceptos separados, los daños patrimoniales, físico-psíquicos y morales y, en todo caso, el efecto preventivo de la indemnización y la automaticidad de la indemnización de la vulneración de derechos fundamentales. Todos ellos conceptos distintos e independientes.

Esta misma voluntad es la que subyace en el sistema de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación ([Ley 35/2015](#)), que, en adelante, llamaremos «baremo». Así lo vemos reflejado en los principios fundamentales del sistema ([art. 33.1 RDleg. 8/2004](#)), aunque mantiene limitaciones, como el mismo precepto recuerda. Pero tiene una gran virtualidad: contribuye decisivamente a desarrollar, en el orden social, un sistema vertebrado de resarcimiento de los daños producidos como consecuencia de un siniestro de cualquier clase en el trabajo, que incluya para cada uno de los conceptos contemplados una base de cuantificación concreta. La que se propone es la siguiente:

Cómo citar: Marcos González, J. I. (2020). Situación actual en la indemnización del daño por incumplimiento preventivo psicosocial: hacia un derecho social de daños pleno. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 2324/2019, de 17 de diciembre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 443, 175-180.

1. Daño patrimonial, que, a su vez, se compone de dos partes diferenciadas:
 - a) Daño emergente: en resumidas cuentas, son los gastos que nos ha provocado el siniestro, que deben tener una conexión causal con el mismo.
 - b) Lucro cesante: son las ganancias que hemos dejado de percibir como consecuencia del siniestro, no meras expectativas, que necesariamente deben tener una conexión causal directa con el mismo.

Los daños patrimoniales se tienen que resarcir por la concreta cuantía que se acredite.

2. Daño psíquico-físico, que, a su vez, se compone de las siguientes partes diferenciadas:
 - a) Días impeditivos (actualmente llamados «perjuicios personales particulares»). Se incluyen en el mismo, aunque con cuantificaciones diferentes, los días hospitalarios y los perjuicios personales particulares causados por intervenciones quirúrgicas.
 - b) Días no impeditivos (actualmente llamados «perjuicios personales básicos»).
 - c) Secuelas.
 - d) Invalideces, en cualquiera de sus grados.

Los daños psíquico-físicos se pueden articular y reclamar por la cuantía que establece el baremo, aunque sea solo una valoración orientadora.

3. Daños morales en sentido estricto, independientes conceptualmente del resto. Para poder diferenciarlos, hay que partir de su definición (Sentencia del Tribunal Supremo –STS– de 5 de febrero de 2013, rec. 89/2012):

Daño moral es aquel que está representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden desencadenar ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, tanto si implican una agresión directa a bienes materiales, como al acervo extrapatrimonial de la personalidad [...].

Estos se tienen que resarcir aplicando analógicamente la [Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social](#) (LISOS).

4. Daños morales automáticos vinculados a la vulneración de derechos fundamentales. Se pueden resarcir aplicando analógicamente la LISOS o con una cantidad alzada debidamente razonada.

5. Indemnización disuasoria. La misma se cuantifica con una cantidad alzada debidamente razonada.
6. Publicidad de la sentencia en periódicos, intranet o tablón de anuncios y otras peticiones resarcitorias (carta de disculpas, trato digno e igualitario con el resto...).

Como veremos, pese a lo elemental de esta descripción del marco normativo, y lo conocido teóricamente, la realidad dista muchísimo de su cumplimiento.

2. Caso concreto: resumen del supuesto de hecho

El demandante es técnico administrativo, y trabaja desde mayo de 2013 en la oficina del aeropuerto de San Sebastián. En dicha oficina existe un conflicto interpersonal por las relaciones existentes entre las personas que prestan servicios en la misma. El actor ha desistido de la demanda que inicialmente dirigía contra tres compañeros de trabajo. En los años 2014 y 2015 tuvieron lugar una serie de reuniones entre el comité de empresa y la dirección de recursos humanos en las que se trató la problemática existente en la oficina técnico-administrativa.

Los delegados de prevención presentaron una denuncia interna por acoso presuntamente sufrido por el actor, y la dirección de recursos humanos de Aena, el 3 de enero de 2019, inadmitió a trámite la denuncia. La empresa demandada llevó a cabo una redistribución de tareas dentro del departamento donde prestaba servicios el actor. En los años 2007 y 2016, ante denuncias de acoso, la empresa «sacó» a trabajadores del lugar donde prestaban servicios.

En junio de 2017, el actor solicitó que le sacaran de allí, y Aena no accedió, y, tras la reincorporación del demandante, todos los implicados en el conflicto están en la misma ubicación física. En marzo de 2019, el actor ha solicitado el cambio temporal de ocupación. El actor ha estado de baja por trastorno adaptativo 475 días, además de 129 días improductivos.

3. La doctrina de la sentencia: principales aportaciones y errores

Presentada la correspondiente demanda por responsabilidad indemnizatoria derivada de daños y perjuicios asociados al incumplimiento de las obligaciones de prevención psicosocial, la instancia y la suplicación estiman el incumplimiento y el derecho indemnizatorio reclamado. Se asume la existencia de inactividad preventiva al ignorar el apartado 5.1.2 del procedimiento de actuación frente al acoso laboral de Aena, al haberse archivado de manera improcedente la denuncia sin haber realizado el «informe de valoración inicial»; y que la redistribución de la carga de trabajo fue una medida tardía e inadecuada. A tal fin, ratifica la

línea de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) del País Vasco 563/2016, de 22 de marzo, según la cual la intervención preventiva (y su éxito) representa el auténtico pilar y vara de medir de la responsabilidad en el caso de falta de prevención.

Varios aspectos destacan en relación con la indemnización. En primer lugar, se reconoce sin estar declarada la baja por accidente de trabajo. Aunque no es una novedad (STSJ del País Vasco 1532/2018, de 17 de julio), es muy importante resaltarlo: no es necesario el cambio de contingencia de una baja para poder solicitar la indemnización por la misma. Ahora bien, incumbe al demandante la carga de la prueba, al contrario que en el caso de que sí estuviese declarado el accidente de trabajo, en el que se aplica el artículo 96.2 de la LRJS.

En segundo lugar, ratifica la indemnización acumulativa y diferenciada del daño psíquico-físico causado por los días no improductivos e improductivos (actualmente llamados «perjuicio personal básico» y «perjuicios personales particulares», según el nuevo baremo civil) con el daño moral propiamente dicho.

En tercer lugar, concede el daño moral sin que haya declarado la existencia de vulneración de la dignidad ni de derecho fundamental alguno (aunque todo daño profesional genera, por sí mismo, una vulneración del art. 15 de la Constitución española –CE–, lo que no termina de reconocer la sala). Conviene, pues, distinguir las diversas tipologías de daño moral existentes, como ya reconoce de forma determinante el baremo civil. Por ejemplo: daño moral temporal, daño moral propiamente dicho (como el que contempla el Tribunal Supremo, Sala 1.ª, como daño aparte del baremo –STS, Sala 1.ª, 232/2016, de 8 de abril, naufragio del Costa Concordia) y daño moral derivado de vulneración de derechos fundamentales, que podríamos llamar «daño moral fundamental».

A esta confusión hay que añadirle que ambos se pueden valorar aplicando analógicamente la LISOS.

4. La trascendencia del fallo y previsibilidad de su consolidación futura como jurisprudencia imperante

Entendemos que esta sentencia –valiente en su planteamiento, puesto que en la misma sala y en otras muchas conviven planteamientos contrarios (SSTSJ del País Vasco de 2 de abril de 2019, rec. 350/2019, y 9 de octubre de 2019, rec. 1466/2019)– es el presente y que tiene un futuro prometedor. Sigue la misma senda de la STSJ del País Vasco 1532/2018, de 17 de julio, en la que, además, se contemplaba la indemnización disuasoria. Por supuesto, no ofrece una tutela resarcitoria totalmente satisfactoria. En su «debe» tiene dos aspectos al menos:

- La insinuación de posibilidad de compensación del daño moral propiamente dicho con el daño moral temporal de las bajas.

- El desentendimiento de lo que establece el Tribunal Constitucional respecto de los derechos fundamentales. Cuando existe un daño por un accidente de trabajo (que es una cuestión de hecho en el presente supuesto) y existe incumplimiento preventivo que lo ha causado, se da siempre una vulneración del derecho a la integridad psíquica y física del [artículo 15 de la CE](#). Da igual que el juzgador de instancia no lo haya reconocido así, es una situación fáctica que tiene esa consecuencia ([Sentencia del Tribunal Constitucional 160/2007, de 2 de julio](#)).

En lo que hace a sus aspectos positivos, estamos convencidos de que se consolidará el criterio. Pero es necesario que las personas que nos dedicamos de una forma profesional a la defensa de un derecho resarcitorio social justo nos formemos y reclamemos que se superen algunas de las inercias más lesivas que arrastra todo este tema: frente «a la indemnización a mazo», la vertebración fundada de la indemnización de daños, porque no se puede reconocer nada que no se haya pedido. Las resistencias e inercias son muy fuertes, pero creemos que se conseguirán dejar atrás.

La realidad, como se decía, es bien diferente. Ni las demandas se articulan como se debe, ni la respuesta judicial es la esperable en términos de derecho vigente, apelando a múltiples mitos, que siguen arrastrándose inercialmente sin que, ni desde nuestra responsabilidad –demandas, recursos–, ni desde la suya –impartir una efectiva justicia social resarcitoria ex [art. 24 CE](#) en sus sentencias–, estemos cambiando, de una forma extendida, normalizada, este deficiente estado de cosas. Algunos de esos «vicios jurídico-prácticos» son:

- a) La «invención artificial» de que el prudente arbitrio judicial puede otorgar una indemnización inferior a la del baremo, pese a haberse pedido y articulado la petición por el mismo, con base en su personal criterio de razonabilidad. En concreto, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco ha adoptado de forma mayoritaria en Pleno no jurisdiccional que cabe apartarse del baremo disminuyendo a su criterio la indemnización que sale de la aplicación del mismo (SSTSJ del País Vasco de [16 de enero de 2018, rec. 2462/2017](#), y [25 de septiembre de 2018, rec. 1370/2018](#), entre otras, ambas con votos particulares). Sin embargo, a nuestro juicio, la aplicación del baremo a un caso es el suelo del mismo.
- b) En cambio, casi nunca se concede (cierto, muy pocas veces se solicita en el orden social, mucho más frecuente es en el orden civil, pese a que aquí hay doctrinas de apelación discrepantes) una cantidad adicional por el elemento de culpa que concurre en los accidentes de trabajo (también de origen psicosocial) y que no está en los de circulación vial, al ser responsabilidad objetiva o por riesgo en sentido estricto. Aunque la mejor doctrina jurisprudencial así lo daba por seguro ([STS de 17 de julio de 2007, rec. 513/2006](#)), la realidad forense, una vez más, se aparta injustificadamente de esa exigencia, normativa y de justicia resarcitoria. En definitiva, debería consolidarse una doctrina que llevara a la aplicación de un factor multiplicador por tratarse de un accidente de trabajo.

- c) Pese al claro mandato legal y jurisprudencial de vertebrar la indemnización, a menudo se mantiene la «técnica del mazo» (a tanto alzado).
- d) Es absolutamente cicatera con su concesión de indemnizaciones, hasta límites insospechados.

Pese a todo, como decíamos, debemos seguir apostando profesionalmente, no solo como «acto de fe», sino como convicción del buen quehacer jurídico, por el progreso en el resarcimiento de la totalidad del daño sufrido, vertebrando todos y cada uno de los daños y fijando sus correspondientes cuantías lo más objetivadas de lo que seamos capaces. Este es el camino y, en consecuencia, ese debe ser nuestro afán.

¿La integridad del resarcimiento del daño profesional socializado, puerta a la ingeniería biónica?: cuando la «regresividad jurisprudencial» se viste de «progreso social» (pero solo para algunos –«privilegiados»–)

Comentario a la [Sentencia del Tribunal Supremo 705/2019, de 10 de octubre](#)

Cristóbal Molina Navarrete

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Jaén*

[...] los romanos no admitían de ningún modo que el Estado y la legislación hubiesen creado el Derecho. Para ellos, este no lo era porque fuese ley, sino que la ley lo era porque era Derecho.

R. V. Ihering

1. Marco normativo: voluntad legal «inacabada» correctora del principio de íntegra reparación del daño profesional socializado

Conforme al artículo 9 de una extremadamente vetusta (1925) norma social internacional ([Convenio 17 Organización Internacional del Trabajo –OIT–](#)), que sigue en vigor desde su, también lejana, ratificación por España (1929), las víctimas de accidentes del trabajo (y enfermedades profesionales) tendrán derecho a todas las prestaciones médico-asistenciales que se «consideren necesarias» para su restablecimiento, incluyendo el suministro y la «renovación normal» de prótesis (art. 10). El sujeto responsable de tal cobertura será el empleador o su «asegurador», correspondiendo al legislador establecer las medidas debidas para evitar abusos de tal prestación (o el de la obligación indemnizatoria sustitutiva). El legislador español preconstitucional asumió a pie juntillas esta obligación.

Cómo citar: Molina Navarrete, C. (2020). ¿La integridad del resarcimiento del daño profesional socializado, puerta a la ingeniería biónica?: cuando la «regresividad jurisprudencial» se viste de «progreso social» (pero solo para algunos –«privilegiados»–). Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 705/2019, de 10 de octubre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 443, 181-191.

El [artículo 11.Uno, letra b\)](#), del conocidísimo, por viejo y resistente, aun no eterno –«vivió» hasta 2012–, Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre (normas sobre prestaciones de asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos en el régimen general de la Seguridad Social), reflejó literalmente la obligación de suministro y renovación normal de prótesis de su norma internacional inspiradora. Pero no se contentó con ello, exigiendo que se dispensara de «la manera más completa». El legislador de seguridad social del tiempo, que en aquel entonces era el mismo que el legislador sanitario, corroboraría este principio ([art. 108 Ley general de la Seguridad Social –LGSS– de 1974](#)). No se actualizó, pues, el ideal de la base primera de la Ley de bases de la Seguridad Social ([193/1963, de 28 de diciembre –LBSS–](#)) relativo al «tratamiento conjunto de las contingencias». Ni las contingencias profesionales se financian del mismo modo –pues las cotizaciones, a modo de tasas-primas, corresponden exclusivamente al empleador– ni serán gestionadas de igual manera, atribuyéndose el pago a las mutuas de accidentes de trabajo ([art. 68.3 a\) LGSS de 1994](#)), hoy mutuas colaboradoras ([art. 80.2 LGSS de 2015](#)).

Ahora bien, este estado normativo de cosas (complejo y confuso: abigarramiento de sus normas, que afectan a cuerpos-sectores normativos diferentes –legislación sanitaria, leyes de Seguridad Social–, vetustas regulaciones, de muy diverso rango, incapacidad extrema, o falta de voluntad legislativa suficiente de racionalización, etc.) no permaneció inalterado. En primer lugar, el legislador internacional cambió parcialmente de sentido político-jurídico, habilitando expresamente al legislador nacional para que introdujera mayores límites en la intensidad protectora de la obligación de protección médico-protésica, si el sistema se presta de forma universal y «siempre y cuando las normas sean establecidas en tal forma que eviten privaciones a los interesados» (art. 11.1). El problema es que no ha sido ratificado por España (solo 24 países en total lo habrían hecho).

No obstante, y en segundo lugar, en él se viene a fijar un principio de trato uniforme de la asistencia sanitaria para toda contingencia (profesional o común), cuando se elige un sistema socializado –no puramente asegurador– del sistema prestacional, que está a todas luces implícito en el legislador constitucional español. El [artículo 41 de la Constitución española \(CE\)](#) excluye de su tenor el viejo concepto de riesgo singular, que la LBSS valoraba como «regresiva noción de riesgos», para acoger el más moderno, y uniformador, de «situación de necesidad». De este modo se trataría de reemplazar la noción de riesgo profesional por la más expansiva y evolucionada de «riesgo social» (que la prestación sanitaria pertenece a la acción protectora del sistema de Seguridad Social se reconoce expresamente en el [art. 42.1 a\) LGSS de 2015](#)), aunque se preste a través de un sistema nacional de salud universal ex [artículo 43 de la CE](#). Como es bien sabido, esta dimensión universalista es la que se reforzó con el [Real Decreto-Ley 7/2018, de 27 de julio](#).

En tercer lugar, y en coherencia con esa gradual radicalización de la universalidad de la asistencia sanitaria, es necesario recordar que, desde finales del siglo pasado ([RD 63/1995, de 20 de enero](#) –y órdenes de desarrollo–), la legislación de prestaciones de asistencia sanitaria se fue autonomizando cada vez más. De ahí la «cartera de servicios comunes»

(RD 1030/2006, de 15 de septiembre, en desarrollo de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de la Salud; el anexo VI RD 1030/2006 ha sido modificado por Orden SCB/45/2019, de 22 de enero; el RD 1506/2012, de 2 de noviembre, regula la cartera común suplementaria de prestación ortoprotésica del Sistema Nacional de Salud y fija las bases para sus importes máximos de financiación). Toda esta evolución normativa se irá enmarcando en una idea global, luego extremada: la financiación pública de prestaciones debe tener límites. Por tanto, hará ya acto de presencia un enfoque que, años más tarde, cuando irrumpa con toda crudeza la gran crisis de finales de la primera década del siglo XXI, dominará todas las reformas: la garantía constitucional de mantenimiento de un modelo asistencial sanitario de alta intensidad protectora debe asegurar, al tiempo, su «sostenibilidad frente a las diferentes amenazas que pudieran quebrantarlo».

En un contexto de extrema preocupación por esta sostenibilidad de los sistemas de protección social, finalmente, por no hacer muy extenso este recorrido normativo, el legislador de «austeridad» (RD 1192/2012, de 3 de agosto: regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud) derogará el «viejo y franquista» reglamento de prestaciones de la Seguridad Social (Decreto 2766/1967). Inequívoca la voluntad de la norma en relación con aquella finalidad restrictiva general, no dio pista alguna sobre las razones de la derogación del viejo reglamento. ¿Quiso el legislador acabar por fin con el régimen de asistencia sanitaria diferenciada, urgiendo la rectificación del derecho de precedentes jurisprudenciales?

2. Los datos del caso: síntesis del relato fáctico –y del *iter* jurídico previo–

Un trabajador sufrió accidente laboral, a causa del cual le fue amputada su mano derecha. La mutua autorizó la colocación de una prótesis de tipo convencional, no mioeléctrica. La ortopedia encargada de la provisión recomendó al trabajador que optara por «una prótesis con mano biónica», pues garantiza mayor movilidad, aunque es notablemente más cara –49.000 €: incluye implantación y adiestramiento–. El trabajador reclama de la mutua tal nueva prótesis, lo que rechaza la gestora, reclamándose en vía judicial. El juzgado de instancia social da la razón al trabajador, recurriendo la mutua ante la sala de suplicación, que estimará el recurso y revocará la decisión de instancia (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia –STSJ– de Galicia de 27 de junio de 2017).

¿Por qué? No tanto por la derogación del Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, sino por el nuevo modelo de asistencia sanitaria basado en el principio de igual trato sanitario a igual estado de necesidad en orden a la recuperación de la funcionalidad para mejorar la calidad de vida, con independencia del origen (profesional o común) de la situación de necesidad. De este modo, siendo la normativa aplicable al caso la común asistencial sanitaria

([anexo VI RD 1030/2006](#)), la prestación se ha de realizar conforme «[...] con las posibilidades y recursos de sistema, con arreglo a unos mínimos comunes que se regulan y prestan a nivel de comunidad autónoma [...]» (FJ 1.º, punto 2).

Además, para la sala de suplicación gallega «no se acredita ni constata que el modelo de prótesis que se pretende implique una mayor ventaja para su vida profesional o diaria en relación con la ya autorizada, de nivel superior a la convencional». También es importante que se repare en esta reflexión, a mayor abundamiento, pues contrastará en cierta medida con la sentencia elegida para el recurso de casación.

En efecto, contrariado, lógicamente, el trabajador, recurrirá en unificación de doctrina contra tal decisión, invocando de contrario la STSJ de Castilla y León/Burgos de 27 de mayo de 2015 (rec. 309/2015). Esta también fue revocatoria de la dictada en instancia social, pero en un sentido opuesto al de la sala gallega. La sala burgalesa condena a la mutua a adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la prótesis más eficaz y reparar el daño profesional lo mejor técnicamente posible, insistiendo en la persistencia de la doctrina jurisprudencial (Sentencia del Tribunal Supremo –[STS](#)– [de 2 de abril de 2010](#), [rec. 1047/2009](#)). La prótesis exigida (con valor de 55.000 €) resulta ser claramente más completa, pues «se adapta mejor a sus condiciones personales y particulares que la otra convencional y es la idónea para mejorar su nivel y calidad de vida».

Aunque el Ministerio Fiscal evidenció que había elementos de diferencia entre ambos fallos, la sala de casación no dejará pasar esta oportunidad y considera superado el obstáculo de la contradicción ([art. 219.1 Ley reguladora de la jurisdicción social –LRJS–](#)). Consecuentemente, entrará en el recurso y situará de este modo la reflexión jurídica: ¿la derogación de la norma reglamentaria que venía fundamentando el reconocimiento, normativo y jurisprudencial social, de la prótesis que mejor satisfaga el derecho de la persona trabajadora a recuperar su calidad de vida debe llevar a la aplicación del catálogo común de la prestación protésica, como afirma la sentencia gallega, o, en cambio, pervive aquel derecho a una protección más intensa, pese a satisfacerse mediante prótesis que quedan fuera del catálogo, por así exigirlo el persistente principio jurisprudencial de reparación íntegra del daño profesional, aun socializado –a través de prestaciones de un sistema público–, como entiende la sala burgalesa?

3. Doctrina jurisprudencial: breviario de los razonamientos para el fallo

La Sala Social del Tribunal Supremo (TS) no solo admitirá el recurso, sino que lo estimará. A su juicio, la derogación de la norma nacional reglamentaria que permitió forjar sus precedentes no hace lo propio con estos, porque rige el principio jurídico subyacente a la norma abrogada: el de reparación íntegra del daño profesional. Para la doctrina de unificación,

la norma asistencial sanitaria común no es de aplicación directa y automática, porque la intensidad protectora de la asistencia sanitaria en contingencias profesionales caería fuera de esta cartera común, por lo tanto, de sus sabidas restricciones financieras (FJ 4.º, punto 3). Si la prestación para la contingencia común responde a un modelo de reparación baremada reglamentariamente, para la contingencia profesional debe prestarse bajo un modelo de reparación íntegra, esto es, «lo más completa» posible (tecnológicamente). Este régimen privilegiado ex [artículo 11.Uno b\) del Decreto 2766/1967](#) no habría sido alterado, al menos no con una «previsión clara», por ninguna de las normas que han afrontado la asistencia sanitaria (general o específica ortoprotésica), por lo que debe seguir rigiendo «la regla tradicional» (FJ 5.º, punto 1, letra C), *in fine*).

Si esta es la doctrina jurisprudencial, ¿cuáles son sus principales razonamientos en derecho para la perpetuación de un principio cuya base normativa –nacional reglamentaria– ha decaído? Los sintetiza de forma muy ilustrativa y precisa la [sentencia](#) en la letra E), punto 1, de su fundamento jurídico quinto:

La solución que acogemos [...] es la más acorde con el mandato del Convenio n.º 17 [...], con nuestra jurisprudencia (que alude al derogado decreto como positivador del principio, más que como su base) [...] con la diversa financiación de la asistencia sanitaria en función de la contingencia [...] (a cargo de la mutua [...], del sistema público) y con la [...] responsabilidad empresarial en estos casos (proclamada desde la Ley de 30 de enero de 1900 como objetiva [...]).

4. Trascendencia de la doctrina más allá del caso: ¿una visión progresiva o regresiva del sistema de protección del daño profesional?

4.1. La «palabra de ley» muere cuando se deroga, su espíritu vive (¿«eternamente»? en el principio jurídico: pero ¿cuál es el auténtico principio rector?)

No requiere esfuerzo argumentador evidenciar la gran importancia de esta sentencia. Una trascendencia máxima que se proyecta en la práctica, para avistar la solución de futuro en casos análogos, pero también incide en la comprensión más general de la dinámica evolutiva del sistema de protección asistencial sanitario en materia de contingencias profesionales. Incluso, más allá, es relevante para la propia teoría de fuentes de producción jurídico-sociales (distribución del poder normativo en materia social).

Estamos ante una jurisprudencia netamente conservadora del derecho de precedentes jurisprudenciales frente al derecho legislado abrogatorio o rectificador. La palabra legislativa

(derogatoria y restrictiva, también uniformadora) queda neutralizada, vaciada de todo sentido práctico, primando la decisión de política jurisprudencial del derecho de protección asistencial sanitaria frente al daño profesional socializado, que se tiene por más garantista. En el plano de la teoría de las fuentes jurídico-laborales, el TS desautorizaría aquí la vieja comprensión del proceso jurídico como dominio principal del legislador (típico del modelo continental), que de un plumazo podría convertir repertorios de jurisprudencia en papel mojado (Kirchmann), para abrazar aquella otra concepción (opuesta) del proceso creador de derecho efectivo como obra de la jurisprudencia (típico del modelo jurídico anglosajón), de modo que hasta que la palabra de ley no pasa el filtro de la (última) palabra de los tribunales no constituiría auténtico derecho (vivo, practicado).

En el ámbito del sentido prevalente dado a la política del derecho que promueve esta doctrina jurisprudencial, de las dos direcciones básicas que la monumental STS de 18 de mayo de 1933 (citada en el [estudio preliminar](#) de este monográfico) atribuyera al quehacer de la jurisprudencia, la sentencia aquí comentada opta claramente por la directriz de dar «fijeza a la norma laboral», aun derogada, a través de su eternización en un principio jurídico. Rechaza, así, la otra directriz –que la STS de 18 de mayo de 1933 consideraba principal para el quehacer jurisprudencial, siendo la estabilización jurídica más misión del legislador– de garantizar mejor la «movilidad de la norma» (aquí querida por el legislador, aunque defectuosamente plasmada en el plano técnico) para que pueda ser el derecho «materia flexible, sujeta a renovación como la vida misma». Aunque el propio TS reconoce que el contexto normativo se ha movido –en el nivel internacional y nacional–, al igual que la realidad social ([art. 3.1 Código Civil](#) –CC–), el silencio sobre las razones de la abrogación legislativa es interpretado como asentimiento a la conservación de su derecho precedente, situando como origen del mismo, así como de la propia norma derogada, al principio jurídico, a su vez creado por la jurisprudencia.

Por supuesto, al margen de que puedan gustar más o menos estas opciones, tanto de teoría jurídica como de política del derecho, no habría razón técnico-jurídica suficientemente seria para criticar esta comprensión jurídica exhibida por la Sala Social del TS en esta materia (en otras exhibe la contraria), siendo legítimas tanto la elegida como la contraria, siempre que se fundamente sobre bases jurídicas ciertas y correctas. Sin embargo, a mi entender, el gran problema viene, justamente, de que la construcción del TS se envuelve no solo en algunas notables confusiones conceptuales e institucionales, sino que incluso se asienta sobre varios errores de interpretación, dicho sea con respeto y en aras de la sana crítica científico-social.

Empecemos, a fin de intentar acreditarlo con razonamientos jurídicos, con el último de los argumentos ofrecidos por el TS para fundamentar su decisión de política jurisprudencial del derecho en materia de prestación protésica por daño profesional, perpetuando el principio de integridad del resarcimiento (a cargo del sistema de Seguridad Social, gestionado por la mutua directamente en esta rama). Para el TS, la conservación del principio de resarcimiento íntegro encontraría apoyo en la naturaleza objetiva de la responsabilidad

empresarial en estos casos, «proclamada desde la Ley de 30 de enero de 1900» (el ejemplo de inmovilismo interpretativo jurisprudencial no puede ser más absoluto, al hacernos creer que el sistema ha permanecido inalterado desde el inicio del siglo XX, lo que se sabe no es verdad). Ahora bien, el TS confunde aquí la naturaleza de la responsabilidad socializada (objetiva) con el alcance prestacional de la misma (resarcimiento íntegro).

El sistema evolucionó normativa e institucionalmente desde su configuración inicial, llegando a una mutación significativa al incluirse en un sistema de seguridad social, no ya de aseguramiento del empleador. Como siempre (como toda muerte de algo para que viva otro algo), «el progreso tenía un precio»: la limitación de la reparación del daño ([Desdentado](#)). En suma, frente a lo que afirma el TS, el principio que rige la cobertura socializada (la prestación asistencial forma parte del sistema ex [art. 42 LGSS de 2015](#), aunque no sea netamente económica, sino en especie, pero en todo caso reglamentada), justamente por ser solidaria (universalizada), no puramente contributiva, es el de limitación del resarcimiento socializado y objetivo, en detrimento del principio de resarcimiento íntegro que sí rige el de responsabilidad civil por daño profesional (por culpa).

Naturalmente, si el legislador expresamente asume que la prestación sanitaria, o cualquier otro elemento prestacional del sistema público, deba ser más intenso o pleno en su protección, debe regir esta norma particular y expresa. Pero si, como sucede con relación a la prestación asistencial sanitaria –para otras prestaciones típicas del sistema de Seguridad Social sigue existiendo el carácter diferencial: pensiones y subsidios–, la norma de cobertura singular cede, debe resurgir el principio que de verdad rige el sistema, que no es el de reparación íntegra –por eso el TS no cita ni una sola norma nacional en la que basarlo, solo internacional, sobre lo que luego volveremos–, sino el de reparación limitada. Por lo tanto, sucede justo lo contrario de lo que afirma la doctrina jurisprudencial social de nuestra glosa discrepante, sí era la vieja norma reglamentaria (1967) la que autorizaba positivar el principio de reparación íntegra del daño profesional socializado en su prestación asistencial sanitaria, incluida la protésica, redescubierto o recreado por la jurisprudencia, por lo que, caída su base, ha de caer la norma singular en aras del principio jurídico real: la limitación prestacional social.

4.2. Otra solución de justicia de ocasión, escrita con renglones de derecho social torcidos: una visión conservadora regresiva del sistema

Para tratar de salir del círculo interpretativo vicioso en el que recae el TS (afirma que la jurisprudencia precedente sigue siendo válida, porque la norma derogada realmente reflejaba, no creaba, el principio jurídico que la propia jurisprudencia crea), la Sala Social esgrimiría otro razonamiento relativo a la diversidad de fuentes de financiación de la prestación sanitaria en atención al origen de la contingencia: si común, el sistema público de salud, si profesional, la entidad gestora (mutua). Subyace en este argumento interpretativo, pues,

la primacía de otro principio en detrimento de otro más: el principio contributivo frente al principio solidario. Ninguna duda hay de la diversa fuente financiera de las contingencias profesionales respecto de las que sostienen las contingencias comunes. Ahora bien, en mi opinión, una vez más el TS parte de una afirmación cierta, para terminar con una conclusión confusa: la financiación en un caso es pública, por tanto, sí autorizaría límites conforme a criterios normativos; la financiación en otro caso es contributiva y, por tanto, debería corresponderle una reparación más plena, íntegra, a modo de la lógica de aseguramiento del daño profesional.

Sin embargo, no siendo dudoso que la naturaleza de la prestación –contributiva o no– determina el nivel de intensidad protectora (las contributivas son sustitutorias de lo perdido, las no contributivas compensadoras de la situación de necesidad), este siempre será el fijado por el legislador (por ejemplo, [art. 97.1 y 3 LGSS de 2015](#) para el fondo de contingencias profesionales de la Seguridad Social), al margen de la fuente de financiación –cotización, impuestos–. Por tanto, sin discutir el carácter contributivo legalmente atribuido a la «totalidad de las prestaciones derivadas de contingencias profesionales» ([art. 109.3 a\) 2.ª LGSS de 2015](#)), todos los recursos del sistema son públicos (también las cuotas patronales) y se integran en un mismo sistema que, además, «es de reparto», para «todas las contingencias», aun con un régimen especial de capitalización del importe de las pensiones de incapacidad (o muerte) derivadas de las contingencias profesionales ([art. 110.3 LGSS de 2015](#)). En definitiva, como acaba de recordar la [Sentencia del Tribunal Constitucional \(STC\) 133/2019, de 13 de noviembre](#) (que será objeto de análisis detenido, en el monográfico de diálogos con la jurisprudencia del mes de abril de esta revista, por la profesora Susana de la Casa), el [artículo 41 de la CE](#) ha consagrado:

[...] la evolución que han experimentado los sistemas contemporáneos de Seguridad Social, de tal suerte que la protección de los ciudadanos ante situaciones de necesidad se concibe como «una función del Estado», rompiéndose en buena parte la correspondencia prestación-cotización propia del seguro privado, superada por la dinámica de la función protectora de titularidad estatal [...].

Lo contrario, como subyacería a la posición del TS que aquí se analiza, sería regresar al pasado de la lógica de los viejos aseguramientos mutualistas.

4.3. ¿Qué seguro debe pagar el necesario progreso tecnológico en la protección íntegra del daño profesional?: la norma social internacional también se mueve

Conectando con esta última observación, no tengo duda de que, al final, será algún tipo de aseguramiento empresarial el que terminará pagando el precio de la debida evolución del sistema de protección por daño profesional en la era de la tecnología biónica. El estándar

de protección frente al daño profesional vinculado a la evolución tecnológica es una constante histórico-jurídica. En el ámbito de las prótesis, esta conexión ha estado en el origen de numerosos conflictos en aplicación del viejo –y derogado– [artículo 108 de la LGSS de 1974](#). Hoy, el avance en relación con la reparación de la pérdida de funcionalidad de las extremidades se llama prótesis robóticas o biónicas (brazos, manos, rodillas, piernas), ligándose el progreso en esta materia de protección social a los avances de la ingeniería biónica.

Sin pretender ni un sucinto análisis de esta cuestión –ínsita en el razonamiento del TS, y las dos doctrinas de suplicación en conflicto–, no es ocioso recordar que esta evolución o progreso tecnológico se vincula directamente con un estándar normativo: la mejora de la calidad de vida de las personas que por diferentes razones han perdido partes de su cuerpo, a fin de recuperar la mayor autonomía posible de su vida precedente al hecho traumático (sea o no de origen profesional). En muchos casos, el progreso tecnológico podría hacer realidad una auténtica «reparación del daño» (al recuperar prácticamente toda la funcionalidad perdida, sin descartar mejoras). A juzgar por los estudios, junto a una cuestión personal (se necesita un intenso entrenamiento psicofísico para desarrollar el potencial de estas prótesis), un aspecto económico dificultaría su desarrollo ([Sánchez](#)): tienen unos costes muy elevados, por lo que su normalización depende de la economía particular, sin que pueda generalizarse en el sistema público de base universalista y solidario, como el vigente en la mayoría de los países.

Desde luego, la Sala Social del TS es plenamente consciente de ello. Por eso insiste en la fractura precedente entre la contingencia profesional y la común, y entramos así en su primer y más relevante argumento a favor de perpetuar la regla tradicional propia de un sistema de aseguramiento empleador frente al daño profesional, acudiendo al argumento hoy cada vez de mayor autoridad jurídica: el estándar social internacional. Al respecto, el TS asume tanto la centralidad del juicio de convencionalidad internacional de la norma nacional ([STC 140/2018](#)), primando su mandato sobre el nacional, cuanto la evolución de este estándar. Pero valora aplicar solo el estándar internacional en que se fundamenta la regla tradicional nacional, orillando la movilidad del marco internacional en una dirección mucho más flexible, coherente con la propia evolución de los sistemas asistenciales universales y solidarios.

En efecto, si al final del primer cuarto del siglo XX el estándar normativo internacional ([Convenio 17 OIT](#)) hacía recaer el precio del progreso sobre la lógica del aseguramiento social obligatorio del empleador, en los albores del último cuarto del mismo siglo XX ([Convenio 121](#)) contempla su desviación hacia otros sistemas, autorizando liberar los sistemas universales y solidarios de prestación asistencial frente al daño profesional de una responsabilidad absoluta, total o plena (íntegra), como hemos visto. Este tránsito de un modelo asegurador social empresarial pleno a otro limitado necesitaría una puerta de acceso: que así lo establezca el legislador nacional. Dos condiciones pone el legislador social internacional al nacional: que el sistema de prestación sanitaria sea de base general (universalista y solidario, en definitiva), de un lado; que no queden desprovistas de protección las víctimas

del daño profesional, de otro. Pues bien, el TS considera inaplicable esta normativa habilitadora de la restricción en nuestro derecho por no existir una ratificación expresa y formal del [Convenio 121](#) (norma posterior), y sí mantener la realizada al primero (norma precedente).

El TS exhibe un excesivo formalismo y un extremo reduccionismo interpretativo del sistema de protección del daño profesional. Primero, es de elemental hermenéutica jurídica atender no solo al sentido estricto de las palabras, sino también al contexto normativo, a la teleología de la regulación y a la realidad social del tiempo de aplicación ([art. 3.1 CC](#)). Y esta evolución expresa que la OIT es consciente de que la protección máxima de las víctimas de accidentes de trabajo no puede hacerse recaer sobre el conjunto de la ciudadanía, o incluso de los empresarios financiadores, pues el sistema de reparto y universalista tiene límites de protección para ser sostenible, así como para ser equitativo. Precisamente, la evolución de los sistemas ha ido en esa dirección y es un imperativo constitucional ([arts. 41 y 43 CE](#)).

Segundo, es igualmente manifiesto que el estándar de reparación íntegra del daño profesional sigue en vigor. Pero no solo a través de los sistemas de socialización del mismo, sino a través del típico de la responsabilidad civil por daño profesional culposo, que no se puede socializar (sí asegurar privadamente). En la época del [Convenio 17](#), la mayor parte de los países se basaban en sistemas que inmunizaban al empleador frente a la responsabilidad civil. Esa inmunidad ha cedido hoy por completo. Consecuentemente, el resarcimiento del daño de forma íntegra debe contemplarse a través del sistema global, de manera que sea quien crea el daño profesional el que pague, no el conjunto social –y empresarial–, incentivando también la prevención (función no solo del recargo de prestaciones *ex art. 164 LGSS* –cuya modernidad no es dudosa, aunque en este monográfico se sostienen opiniones diferentes–, sino también de la responsabilidad por violación de derechos fundamentales, como la integridad física *ex art. 183 LRJS*). Que luego el empleador lo asegure será otro cantar.

4.4. Un canon –indeterminado– de convergencia: el límite de la razonabilidad del estándar protector cuando la responsabilidad se socializa (¿y cuando no?)

También esta última constatación nos sirve para la última reflexión crítica del diálogo. La Sala Social del TS, aunque de una forma extremadamente lacónica y difusa, no considerará que el principio de reparación (también asistencial sanitaria) íntegra del daño profesional, aun en su vertiente socializada (asumida por el sistema público con cargo a cotizaciones), conforme al estándar –que, por internacionalizado, valora indisponible para el legislador nacional, salvo que ratifique el [Convenio 121](#)– de máxima prestación sanitaria tecnológicamente posible, sea ilimitado. Expresamente advierte que la perpetuación del principio de reparación íntegra: «[...] no equivale, ni ahora ni antes, a la ausencia de límites o a la proclamación de un deber de gasto incontrolado, sino sujeto a las posibilidades razonables, pero sin las restricciones del catálogo de prestaciones sanitarias en contingencia común» (FJ 5.º, punto 2, letra A).

Sin embargo, no ofrece el TS (como debería) pauta alguna para dar algo de certeza en la aplicación de un estándar de ponderación del interés público ínsito en un sistema de reparto tan indeterminado, aunque resulte, naturalmente, muy conocido, pues, en última instancia, no se trata sino de una manifestación de otro principio jurídico: el principio de proporcionalidad. Tampoco las normas sociales internacionales en materia de prevención de riesgos laborales son ajenas a este estándar de razonabilidad (por ejemplo, arts. 4.2, 12 a) y 16.1 y 2 [Convenio 155 OIT](#); art. 9 [Convenio 190](#)). Ciertamente, es propio del mundo anglosajón (avalado por la [Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 14 de junio de 2007, C-127/05](#)), pues en el mundo continental impera el de máxima seguridad tecnológicamente posible (condición de progreso: [STS de 17 de marzo de 2015, rec. 2045/2014](#)). Pero no faltan aplicaciones en nuestro sistema jurídico (por ejemplo, [STS 149/2019, de 28 de febrero](#)). Se recordará que el coste de estas prótesis está por encima de 50.000 euros, lo que, sumado a la elevada cifra de siniestralidad grave en nuestro país, puede arrojar cifras considerables.

No podemos extendernos más en el análisis. Tan solo una reflexión final. Como la Sala Social del TS, creemos en la fuerza vivificante y dinamizadora de los principios jurídicos. Pero ni hay un único principio jurídico ni puede primarse uno sobre otros atendiendo a fundamentos tan confusos como errados. Primero, en el sistema de Seguridad Social español rige el principio de limitación de la responsabilidad prestacional por el daño profesional, compitiendo al sistema de responsabilidad civil por el daño (culposo) profesional la garantía de íntegra reparación. Segundo, esta reasignación de los niveles de intensidad protectora frente al daño profesional incentiva su prevención en la empresa, porque no socializa (distribuye entre todos los empleadores mutualistas, generen o no daño profesional) sus costes (asistenciales). Tercero, no sería puro desiderátum, tras la derogación de la norma reglamentaria de 1967, el ideal preconstitucional (LBSS de 1963) de trato uniforme de la asistencia sanitaria, al margen del origen de la contingencia. Al contrario, se trata de un imperativo constitucional normativamente ya formalizado, en aras de la realización de un nuevo y realmente progresista principio jurídico: el de igual trato asistencial para todas las situaciones de necesidad de igual valor.

Finalmente, pues, no hay, a mi juicio, nada de progreso social (fuera de la apariencia tuitiva y de apertura hacia los avances de ingeniería biónica) en la sentencia que comentamos, sino de extremo peso de la inercia histórica que privilegia la protección sanitaria por contingencia profesional. Aunque es la posición mayoritaria en la experiencia comparada, tanto la norma internacional social como el derecho comparado (por ejemplo, Nueva Zelanda) evidencian la apertura al cambio, en una dirección de genuino progreso, por equidad de trato. Por supuesto, no es posible negar la especificidad del daño profesional y la necesidad de protección diferenciada y reforzada. Pero no puede ser a costa de la socialización, sino que debe atribuirse a quien lo crea.



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



Mindfulness: un programa para su implementación en el entorno laboral

Ana Barrera Picón

Funcionaria de la Administración Civil del Estado
Licenciada en Derecho por la Universidad Complutense y en Psicología por la UNED

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don David Aguado García, doña Ana María Calles Doñate, don Juan Manuel Chicote Díaz, don José Antonio González Moreno, don Vicente Martínez Tur y don Manuel Pino Giráldez.

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

Extracto

En la actualidad vivimos en un mundo en el que estamos sometidos a continuas demandas que llegan desde diferentes ámbitos. Las herramientas que nos proporcionan las nuevas tecnologías de la información y comunicación facilitan información de una forma mucho más rápida, pero al mismo tiempo nos exigen una respuesta inmediata y la realización de muchas tareas a la vez. Esta demanda se hace especialmente patente en el entorno laboral, donde el trabajador se enfrenta a situaciones que pueden conducir al estrés laboral. En este nuevo contexto va a ser fundamental que las organizaciones creen entornos de trabajo más saludables e inviertan en técnicas para que sus empleados controlen esas demandas. El *mindfulness*, como técnica que pone la atención en la experiencia del momento presente, va a posibilitar ese entorno laboral más saludable.

La primera parte de este estudio se centra en determinar en qué consiste el *mindfulness*, las técnicas y terapias existentes basadas en el *mindfulness*, las rutinas que se pueden incorporar a la vida cotidiana y, por último, sus beneficios. A continuación, y teniendo en cuenta que el *mindfulness* es una técnica para promocionar la salud y el bienestar en el trabajo, se hace un recorrido por las medidas que se adoptan para la promoción de la salud en el trabajo, distinguiendo entre la promoción de la salud en el trabajo individual y la promoción colectiva, y se hace un análisis de qué es el estrés laboral y cómo el *mindfulness* puede utilizarse como técnica para su prevención y afrontamiento. Por último, teniendo en cuenta todo lo anterior, se establece una propuesta de medidas concretas para la implementación de un programa de *mindfulness* en el ámbito laboral.

Palabras clave: *mindfulness*; promoción de la salud; multitarea; estrés laboral; entorno laboral.

Fecha de entrada: 03-05-2019 / Fecha de aceptación: 15-07-2019

Cómo citar: Barrera Picón, A. (2020). Mindfulness: un programa para su implementación en el entorno laboral. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 443, 193-214.





Mindfulness: a program for its implementation in the working sphere

Ana Barrera Picón

Abstract

Today we live in a world in which we are subject to continuous demands that come from different fields. The tools provided by the new information and communication technologies facilitate information in a much faster way, but at the same time they require an immediate response and the accomplishment of many tasks. This demand is especially evident in the work sphere where the worker faces situations that can lead to work stress. In this new context, it will be essential that organizations create healthier work environments and invest in techniques for their employees to control those demands. Mindfulness, as a technique that pays attention to the experience of the present moment, will enable this healthier work environment.

The first part of this study focuses on determining what is mindfulness, the techniques and therapies based on mindfulness, routines that can be incorporated into everyday life and finally its benefits. Next, and taking into account that mindfulness is a technique to promote health and well-being at work, we will analyze the measures adopted for the promotion of health at work, distinguishing between health promotion in individual work and collective promotion and an analysis of what work stress is and how mindfulness can be used as a technique for prevention and facing. Finally, taking into account all of the above, a proposal for concrete measures is established to the implementation of a mindfulness program in the workplace.

Keywords: mindfulness; health promotion; multitasking; work stress; working sphere.

Citation: Barrera Picón, A. (2020). Mindfulness: a program for its implementation in the working sphere. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 443, 193-214.





Sumario

1. ¿Qué es el *mindfulness*?
 - 1.1. Orígenes del *mindfulness*
 - 1.2. ¿En qué consiste el *mindfulness*?
 - 1.3. La práctica del *mindfulness*. Técnicas fundamentales
 - 1.3.1. Respiración
 - 1.3.2. Relajación
 - 1.3.3. Meditación
 - 1.4. Terapias basadas en el *mindfulness*
 - 1.4.1. Terapia cognitiva basada en el *mindfulness* (TCBM)
 - 1.4.2. Programa de reducción del estrés basado en el *mindfulness* (MBSR)
 - 1.4.3. *Mindfulness* basado en el *coaching* cognitivo (MBCC)
 - 1.5. Rutinas del *mindfulness* en la vida cotidiana
 - 1.6. Beneficios del *mindfulness*
2. Promoción de la salud y el bienestar en el trabajo
 - 2.1. Promoción de la salud en el trabajo individual
 - 2.2. Promoción de la salud en el trabajo colectiva
3. Estrés laboral. El *mindfulness* como técnica para su prevención y afrontamiento
 - 3.1. ¿Cómo podemos hacer frente a ese estrés laboral a través del *mindfulness*?
4. Medidas para implementar un programa de *mindfulness* en el ámbito laboral
5. Conclusiones



If you try to calm it, it only makes it worse, but over time it does calm, and when it does, there's room to hear more subtle things. That's when your intuition starts to blossom and you start to see things more clearly and be in the present more. Your mind just slows down, and you see a tremendous expanse in the moment. You see so much than you could see before. It's a discipline; you have to practice it.

Steve Jobs

1. ¿Qué es el *mindfulness*?

1.1. Orígenes del *mindfulness*

Antecedentes de la técnica de *mindfulness* encontramos ya en torno al año 2.500 a. C. en los sutras, que son aforismos de las tradiciones hindú y budista. Su origen lo podemos encontrar también en antiguas prácticas de meditación como la meditación zen y vipassana.

El monje vietnamita Thich Nhat Hanh es autor de uno de los primeros textos sobre el tema, *El milagro de mindfulness*, que tiene una amplia repercusión y es traducido primero al inglés y posteriormente a numerosos idiomas. Thich Nhat Hanh creó una organización humanitaria para fundar distintos centros, con la finalidad de proporcionar atención médica y alojamiento y ayudar a las víctimas de la guerra de Vietnam. En su libro remarca la importancia de la atención plena, en todo momento, incluso en momentos en los que se presentan graves dificultades.

Thich Nhat Hanh ha contribuido también a la fundación de la comunidad monástica de Plum Village en Francia, abierta a las personas que deseen realizar un retiro de plena conciencia. También es autor de numerosos libros que han sido traducidos a distintos idiomas y viaja alrededor del mundo dando conferencias para transmitir su mensaje.

En la década de los cuarenta, algunos médicos y psicólogos empezaron a incluir aspectos del *mindfulness* en las terapias que utilizaban. Es el caso del psicoanalista austriaco Wilhelm Reich, que ejerció a su vez una clara influencia en Fritz Perls, creador de la terapia Gestalt.

El fundador del *mindfulness* como disciplina científica es el biólogo molecular Jon Kabat-Zinn. En 1979 abre una clínica de reducción del estrés en la Universidad de Massachusetts. El tratamiento en la clínica está basado en el programa MBSR (Mindfulness Based Stress Reduction), empleado para combatir dolor crónico, problemas de sueño y depresión y reducir la ansiedad y el estrés. El programa consiste en un curso de 8 semanas para enseñar la práctica de la atención plena y el afrontamiento del estrés y el dolor crónico de forma más eficaz.

En la década de 1990, Mark Williams, John Teasdale y Seagal Zindel desarrollaron otro modelo de tratamiento que combinaba *mindfulness* con terapia cognitiva, creando así el programa MBCT (Mindfulness Based Cognitive Therapy). Este tratamiento se ha incluido en el Reino Unido como un tratamiento de elección para la depresión en los centros de atención primaria.

1.2. ¿En qué consiste el *mindfulness*?

El *mindfulness* consiste en poner el foco de atención en la experiencia del momento presente.

De acuerdo con las distintas definiciones de la terapia de *mindfulness*, se puede entender el mismo como un estado de conciencia caracterizado por el hecho de prestar atención a una experiencia presente con una actitud de curiosidad abierta.

La clave sería estar atentos a la plenitud de la experiencia y acercarnos a la misma con curiosidad, apertura y aceptación. Mediante el *mindfulness* observamos los pensamientos, emociones y sucesos que ocurren sin reaccionar de un modo automático. Se está atento, pero sin ideas preconcebidas. La mente entra en un estado en el que las experiencias del aquí y ahora se perciben directamente (sin estar mediadas por prejuicios o ideas previas) y se aceptan tal y como son.

Al tratarse el *mindfulness* de una técnica que nos permite ser conscientes del momento presente y, sobre todo, de aceptarlo como es, incluso aunque se presenten muchas dificultades, nos prepara para afrontar problemas y va a ser clave en la toma de decisiones. Por tanto, veremos que tiene una muy importante aplicación en el entorno laboral, donde los empleados de las organizaciones muchas veces están sujetos a grandes demandas de exigencias o situaciones estresantes y para hacer frente a las mismas es fundamental conocer con detalle lo que está ocurriendo, aceptarlo y tomar decisiones. Al centrarnos en el presente, podemos poner el foco en la acción e intentar resolver el problema, pero sin preocuparnos por cosas que ya han pasado y que no podemos evitar.

Haciendo una recapitulación, vamos a recalcar cuáles serían los conceptos básicos que forman parte del *mindfulness*:

- Foco de atención en el momento presente. Atención plena.
- Prestar atención con una curiosidad abierta. Conciencia abierta.
- No reactividad a la experiencia interna.
- Aceptación de pensamientos, emociones y sucesos sin ideas preconcebidas.
- Aceptación con amabilidad y respeto.
- Actuar conscientemente, sin automatismos.

La capacidad de desconectar la atención sobre una cosa y dirigirla hacia otra resulta esencial para el bienestar en el ámbito laboral. Esta atención concentrada va a permitir una mejora del aprendizaje. Cuanto más distraído se está, más superficiales serán las reflexiones que se realicen sobre un tema o problema determinado y, en consecuencia, se simplificarán las posibles soluciones. Si tenemos una sobrecarga de atención sobre diferentes tareas, no podemos llevar a cabo un adecuado control mental. Es necesario, por tanto, tener una conciencia lo más abierta posible que permita abrir nuestro foco de atención, lo que repercutirá en una mayor creatividad y, por consiguiente, en una toma de decisiones y resolución de problemas mucho más innovadora. Es muy importante la apertura al momento presente con una actitud de curiosidad, porque nos abre una puerta muy importante a la creatividad y a abordar los hechos desde nuevas perspectivas. Nadie puede ser creativo si no tiene un estado de ánimo proclive, hay que dejar fluir las ideas sin juzgarlas y luego elegir las que puedan ser más adecuadas a la hora de la toma de decisiones.

La práctica del *mindfulness* aumenta la capacidad para atenuar la activación de los circuitos cerebrales en los que se asientan la rumiación mental que se centra en las cavilaciones, preocupaciones, permitiendo llevar de nuevo la mente al objeto de concentración.

La aceptación de los hechos que ocurren y de las personas, vemos que es otro factor clave en la técnica de *mindfulness*. Hay sucesos en nuestra vida que, lo queramos o no, escapan a nuestro control. Si se acepta esta situación, podremos afrontarlos mejor, porque nos centraremos y pondremos el foco en lo que solo depende de nosotros. En esta aceptación es fundamental también la aceptación hacia nosotros mismos y ser conscientes del efecto de nuestra conducta hacia otras personas, reconociendo las conductas que pueden ser perjudiciales y desarrollando una actitud amable hacia nosotros mismos y hacia los otros.

Además, la aceptación de lo que nos ocurre y de las personas nos permitirá actuar con mayor empatía, lo que repercutirá positivamente en nuestras relaciones interpersonales.

1.3. La práctica del *mindfulness*. Técnicas fundamentales

Una de las características más importantes que tiene el *mindfulness*, como terapia para distintas dolencias o en su utilización para combatir el estrés laboral, es que se trata de una

habilidad que puede aprenderse. Los procesos atencionales, la regulación emocional, la capacidad de observarse internamente, de introspección y reflexión son habilidades que pueden aprenderse. La clave del *mindfulness* es la noción de «presencia»; no se trata solo de atención, sino de atención plena, un proceso de estar receptivo. Para su adquisición es muy importante la repetición, como ocurre en el proceso de aprendizaje de muchas prácticas.

¿Pero cómo se practica el *mindfulness*? El *mindfulness* puede cultivarse mediante prácticas explícitas como la relajación, meditación, yoga o taichí, y también a través de procesos creativos o simplemente dando un paseo. Las técnicas pueden utilizarse en cualquier momento del día. Para incorporar debidamente el *mindfulness* a nuestra vida cotidiana y, como luego veremos, al ámbito laboral, es necesario que realicemos una práctica continua y repetitiva del mismo y lo incorporemos a nuestro día a día. Cuanto más llevemos nuestra atención al momento presente, más fácil nos resultará calmar la mente y hacer frente a los retos que se nos presentan. Por ello conviene practicar el *mindfulness* durante todo el día, no solo durante el tiempo que realizamos las técnicas básicas, que son las que vamos a ver a continuación.

1.3.1. Respiración

La respiración es la base de cualquier técnica que pone el acento en la atención del momento presente. Regulando la respiración, tendremos ya una parte importante del camino hecho. Cuando estamos ante una situación estresante o de angustia, el ritmo de nuestra respiración aumenta. Es por ello que muchas prácticas utilizan la respiración profunda para contrarrestar esa situación.

El control de la respiración es la más básica de todas las técnicas que podemos incorporar al *mindfulness*. Respiramos en todo momento a lo largo del día, por lo que para poner en práctica el control de nuestra respiración no es necesario disponer de un entorno determinado o realizarlo en un determinado contexto. A través de la respiración podemos tener además consciencia de nosotros mismos y practicar la atención, ya que proporciona un continuo foco de atención. Cuando practicamos *mindfulness*, necesitamos poner el foco de atención en algo y ese algo básico va a ser la respiración. Hay otras técnicas que se utilizan, como luego veremos, que ponen el foco, por ejemplo, en otros aspectos, como en una imagen, una parte del cuerpo o en un mantra que es recitado repetitivamente.

Como decíamos, la técnica basada en la respiración es fácil de utilizar, porque siempre está con nosotros y es bastante accesible y fácil de sentir para todos. En muchas prácticas de meditación y yoga se utiliza la respiración y su regulación de distintas formas.

El primer paso es conocer detenidamente cómo es nuestra respiración. El estado de nuestra respiración en un momento dado nos puede indicar cómo está el estado de nuestra mente, si estamos inquietos o relajados. Tanto durante la meditación como durante nuestro

día a día, podemos necesitar regular la respiración de forma consciente y respirar más profundamente para calmar un estado de inquietud o afrontar una determinada demanda que puede llevarnos a una situación estresante.

La clave para sentir el *mindfulness* es la conciencia plena del momento, por lo que, si estamos respirando, lo fundamental es que sintamos la respiración. Para poder sentir la respiración, es importante focalizar nuestra atención en las tres partes del cuerpo donde podemos percibirla, que son el abdomen, el pecho y las fosas nasales. Cuando empezamos a practicar la atención de nuestra respiración en una zona del cuerpo, tenemos que ver dónde podemos focalizarnos que sea más beneficioso para nosotros, de forma que al final podamos controlar la respiración y aplicar ese control cuando lo necesitemos.

Una de las claves para incorporar el *mindfulness* a nuestra vida cotidiana es que haya un ambiente de apoyo para realizarlo, motivación para llevarlo a cabo y, sobre todo, una práctica repetitiva. Para seguir adecuadamente nuestra respiración, también tenemos que repetir y entrenarnos a través del oportuno aprendizaje. Cuanto más nos entrenemos, más conseguiremos utilizar esta técnica.

1.3.2. Relajación

La relajación es fundamental para la vida. En distintas culturas y en distintas épocas, la relajación ha sido utilizada como técnica para conseguir el bienestar. Para un buen funcionamiento del organismo es fundamental que exista un equilibrio entre los periodos de actividad que tenemos y los periodos en los que estamos relajados. En otro caso sometemos al organismo a un estado de actividad permanente que puede provocar una situación de estrés que, llevada a su límite, puede ocasionar problemas graves para la salud. Es fundamental, por tanto, tener un equilibrio entre la actividad que imponemos a nuestro organismo y estados de tranquilidad y relajación.

La relajación permite al organismo regenerarse tras la realización de una actividad y reduce la actividad del sistema nervioso simpático. El sistema nervioso simpático se activa cuando nos sentimos amenazados. Evolutivamente se trataba de un sistema que permitía la supervivencia de nuestros antepasados, ya que posibilitaba que estuvieran alerta ante posibles ataques. En la actualidad también es importante la activación del sistema nervioso simpático, porque nos lleva a la acción, lo que es necesario en muchas ocasiones. Sin embargo, si sobrepasamos ese nivel de acción y permanecemos activos todo el tiempo, llega un momento en el que nos desbordamos, llegando a una situación de estrés o al llamado «síndrome de *burnout*» en el ámbito laboral.

Edmund Jacobson fue uno de los primeros psicólogos que estudió la relación entre procesos físicos y psicológicos, realizando sus investigaciones en la Universidad de Harvard.

Jacobson comprobó que la activación mental va acompañada de un aumento de la tensión muscular. Los músculos se contraen con la activación mental, especialmente en situaciones que percibimos como peligrosas y, por tanto, también en aquellas situaciones que nos suponen un estrés. Con base en sus investigaciones, Jacobson creó un método de relajación muscular que consistía primero en tensar los músculos y luego relajarlos con la espiración. Con ello se conseguía disminuir la excitación del sistema nervioso simpático. Se utilizan distintas técnicas para llevar a cabo la relajación. Entre ellas:

- Barrido corporal. Esta práctica consiste fundamentalmente en prestar atención a las distintas partes del cuerpo, primero sintiendo el contacto con el suelo, la alfombra o la silla donde estamos situados. A continuación, se hace un recorrido por distintas partes del cuerpo para ver dónde notamos alguna tensión o rigidez y, en su caso, intentar relajarla. Todo ello acompañado de un foco en la respiración de forma calmada y regular.
- Relajación muscular progresiva. Consiste en poner en tensión los músculos para relajarlos a continuación como forma de liberar tensión. Hay que ponerse ropa y calzado cómodos y sentarse en un asiento confortable o tumbarse y, a continuación, seguir una secuencia de tensión-relajación con las distintas partes del cuerpo. Con la práctica, esta técnica permite conocer cuándo te encuentras en tensión y proceder, por tanto, a aplicar la relajación. Se puede combinar con la respiración abdominal.
- Relajación autógena. La relajación autógena es una técnica que se basa en las sensaciones que surgen en el cuerpo a través del uso del lenguaje. Consiste en seis ejercicios que hacen que tu cuerpo se sienta cálido, pesado y relajado. En cada ejercicio usas la imaginación y claves verbales para relajar tu cuerpo de un modo específico.

1.3.3. Meditación

La meditación va a ser una de las técnicas fundamentales que utilizamos en el *mindfulness*. Herbert Benson llevó a cabo una investigación sobre la meditación trascendental en la escuela de medicina de Harvard y comprobó que, gracias a la práctica de la meditación, se producía una desaceleración del ritmo cardiaco, del metabolismo y de la respiración, lo que tenía una repercusión positiva en la actividad cerebral. Para meditar es fundamental sentarse en un asiento cómodo y cerrar los ojos. A medida que avanzamos en la práctica de la meditación veremos cómo cada vez tenemos más capacidad de concretarnos en el objeto de la meditación. Dentro de la meditación se pueden utilizar distintas técnicas. A continuación, vamos a centrarnos en algunas de las técnicas de meditación más utilizadas:

- Meditación centrada en las sensaciones corporales y la respiración. Esta meditación es una de las principales que se pueden utilizar y consiste fundamentalmente en profundizar en la atención y la relajación. El tiempo medio para comenzar con esta meditación es 15 minutos, aunque luego puede ir alargándose. Consiste, en esencia, en explorar las sensaciones corporales y la respiración, que, como ya hemos comentado, es clave para cualquier técnica de relajación.
- Meditación auditiva. La meditación auditiva puede realizarse en un programa básico de duración de 10 minutos. Hay que sentarse cómodamente y poner un despertador que avise cuando transcurran los 10 minutos. El objeto de la meditación es la consciencia del sonido. Hay que cerrar los ojos y prestar atención a los sonidos que se oyen. Se trata de aceptar los sonidos que llegan y percibirlos con atención y abiertos a la curiosidad sin prejuzgarlos previamente, como si los oyéramos por primera vez.
- Meditación visual. La visualización es una técnica que se basa en observar una escena para relajarse y eliminar cualquier sensación de tensión. El objeto de la meditación es la consciencia de la vista. El esquema seguido es similar al de la meditación auditiva.

Otras meditaciones basadas en la visualización pueden partir de visualizar un paisaje, como una montaña. En estos casos, el esquema que se sigue es similar al que hemos visto anteriormente y la clave consiste en visualizar, por ejemplo, en este caso, todas las características de la montaña y en intentar integrar la montaña en el propio cuerpo como si fuéramos una montaña que permanece imperturbable a los cambios que se van produciendo alrededor. En este caso, con la visualización de la montaña, lo que se pretende es potenciar la sensación de control sobre los acontecimientos y de calma a pesar de las circunstancias cambiantes que se puedan estar produciendo alrededor.

En función de lo que se quiera potenciar en cada momento, podremos centrarnos en la visualización de una escena o de otra. Por ejemplo, podríamos centrarnos en la visualización de un paisaje con un río para incorporar cómo podemos fluir como la corriente del río a pesar de las circunstancias. Son ejercicios que lo que quieren es potenciar la sensación de control, aunque nos encontremos en circunstancias cambiantes y complicadas.

- Meditación para manejar los sentimientos negativos. Otra de las claves de la utilización del *mindfulness* es su uso para el manejo de los pensamientos negativos.

La clave de esta meditación consiste en dejar que los pensamientos surjan y que contemplemos los mismos como si fuéramos un observador externo. Lo importante es observar los pensamientos desde una posición de desapego y utilizar algún tipo de visualización de cómo pasan los mismos y cómo, igual que pasan, se van, por ejemplo, ver pasar los pensamientos como si fueran nubes que cruzan el cielo, pompas de jabón que se van cuando soplas. Utilizar cualquier visualización que implique paso y movimiento y alejarse.

Hay otras técnicas que también se pueden incorporar a la práctica del *mindfulness*, como es la práctica del yoga o del taichí con sus rutinas de ejercicios.

1.4. Terapias basadas en el *mindfulness*

Una vez vistas las técnicas más comunes que se utilizan para la práctica del *mindfulness*, vamos a ver que hay distintos programas y terapias que se utilizan para tratar distintas dolencias y que están basados en el *mindfulness*. Nos centramos ahora en algunas de las terapias más utilizadas.

1.4.1. Terapia cognitiva basada en el *mindfulness* (TCBM)

Esta terapia parte de la terapia cognitiva conductual (TCC) diseñada para evitar la recaída de los pacientes que sufrían depresión. La TCBM combina los planteamientos de la TCC para la depresión y los componentes esenciales del *mindfulness*. El enfoque es fundamentalmente didáctico y trata de proporcionar a los pacientes información sobre su situación para lograr un cambio mental a través de un entrenamiento enfocado en que los participantes sean conscientes de las emociones y los pensamientos y los perciban como una actividad mental para así poder distanciarse de ellos de forma que se distinga entre lo que son nuestros pensamientos y lo que es la realidad. Es una terapia que se realiza en grupo y que consiste en un programa de 8 semanas.

1.4.2. Programa de reducción del estrés basado en el *mindfulness* (MBSR)

Este programa se centra en el tratamiento del dolor crónico y el estrés. Es pionero en el empleo de terapias de *mindfulness*, ya que es el programa que desarrolló Jon Kabat-Zinn, que, como vimos, fue el primero en abordar el *mindfulness* desde una perspectiva científica, junto con otros colegas en el Centro de *Mindfulness* en la Universidad de Massachusetts. Es un curso de 8 semanas de duración. Los participantes reciben un entrenamiento intensivo en meditación *mindfulness* y en yoga, proporcionándoles también información sobre el estrés y las habilidades que se pueden utilizar para afrontarlo.

1.4.3. *Mindfulness* basado en el *coaching* cognitivo (MBCC)

Esta terapia consiste en una síntesis entre el *mindfulness* y el *coaching* cognitivo conductual. Se trata, básicamente, de proporcionar estrategias y habilidades al individuo para desarrollar nuevas creencias sobre sí mismo y el mundo, de forma que pueda hacer frente

a creencias, emociones o pensamientos que puedan estar bloqueándolo para hacer frente a situaciones complicadas. El entrenamiento consiste en la atención plena, estar en el momento presente como forma de generar calma frente a un patrón de respuesta al estrés que puede derivar en enfermedades físicas y mentales. Este tipo de terapia es, como luego veremos, la más idónea para utilizar en el ámbito laboral, porque lo que pretende, sobre todo, es enseñar a los que la practican a percibir el mundo de forma que se consiga un aumento de la eficacia personal y disminuyan las consecuencias de las emociones negativas. En el fondo lo que se persigue es realizar los cambios conductuales necesarios para desarrollar una forma de ser más efectiva.

El programa puede realizarse de forma individual o colectiva, pero una de las claves es, sobre todo, como hemos comentado anteriormente, la motivación y el compromiso con el programa y, fundamentalmente, realizar un aprendizaje adecuado que, en el caso del *mindfulness*, se consolida con la práctica reiterada.

1.5. Rutinas del *mindfulness* en la vida cotidiana

Además de las prácticas concretas que hemos visto, como la meditación, la relajación o el control de la respiración, el *mindfulness* o la atención plena se puede incorporar a nuestras rutinas cotidianas, como en el momento de la comida o cuando estamos paseando.

En el caso de la práctica mientras se está comiendo, lo que se recomienda es centrarse en lo que se está comiendo. Suele ponerse el ejemplo de cómo hacer una práctica de *mindfulness* mientras nos comemos una fruta, por ejemplo, una uva o una manzana. Se trata de centrarse en ese momento en lo que vamos a comer, concentrarnos en la comida pensando de dónde viene esa fruta e imaginando la historia de la misma hasta el momento en el que nos la vamos a comer, haciendo todo tipo de asociaciones posibles. Después hay que percibir las sensaciones que estamos experimentando en ese momento y a continuación observar con detalle la fruta, con curiosidad, como si fuera la primera vez que la vemos, fijándonos en todos los detalles. Seguidamente cerramos los ojos y empezamos a saborear la fruta, masticando con calma e intentando captar todas las texturas, sabores e incluso los sonidos. Se trata de ser plenamente conscientes de lo que estamos haciendo en ese momento.

Otra forma de practicar *mindfulness* incorporándolo a alguna actividad que realicemos cotidianamente es caminar conscientemente. Para ello tendremos que estar conscientes desde el momento que iniciamos nuestro recorrido hasta que llegamos a nuestro destino. Hay que centrarse en las sensaciones que percibimos al caminar. Este tipo de práctica se puede realizar de forma más intensa incorporando la meditación en el proceso de caminar. Se trata de estar presente en cada paso para sentir cómo se produce el proceso de caminar.

1.6. Beneficios del *mindfulness*

Se ha comprobado que la práctica repetida del *mindfulness* puede provocar cambios importantes y beneficiosos para las personas que lo practican:

- Reducción del estrés.
- Aumento de la sensación de control.
- Aumento de la autoestima.
- Reducción de la tensión muscular.
- Reducción del dolor físico crónico.
- Mejora de la atención y concentración.
- Mejora del rendimiento.
- Estimulación del sistema inmunológico para combatir enfermedades.
- Aprendizaje del manejo de emociones negativas.
- Aumento de las emociones positivas.
- Aumento de habilidades interpersonales y mejora de las relaciones con los demás.
- Reducción de comportamientos adictivos.

Se ha podido observar, además, a través de imágenes de resonancia magnética que la práctica reiterada del *mindfulness* tiene efectos sobre el cerebro. El *mindfulness* fomenta la plasticidad neuronal, modificando las conexiones neuronales como respuesta a la experiencia. El sistema nervioso se activa mediante disparos neuronales en respuesta a estímulos. Cuando las neuronas se activan, sus interconexiones crecen y se crean sinapsis nuevas o se refuerzan las ya existentes. Se produce un cambio de las conexiones neuronales como consecuencia de la experiencia, dando lugar a cambios en las estructuras del cerebro. El *mindfulness* o conciencia plena es precisamente una forma de experiencia que parece fomentar la plasticidad neuronal activando los circuitos cerebrales.

2. Promoción de la salud y el bienestar en el trabajo

Actualmente partimos de una concepción integral de la salud. Así, la Organización Mundial de la Salud (OMS) entiende la salud como «estado completo de bienestar físico, mental y social y no solamente como ausencia de afecciones o enfermedades».

Asimismo, la OMS en la Carta de Ottawa de 1986 definió la promoción de la salud como «el proceso de capacitación de las personas para que aumenten el control sobre su salud y para que la mejoren».

Según la OMS, la promoción de la salud permite que las personas tengan un mayor control de su propia salud. Abarca una amplia gama de intervenciones sociales y ambientales destinadas a beneficiar y proteger la salud y la calidad de vida individuales mediante la prevención y solución de las causas primordiales de los problemas de salud, y no centrándose únicamente en el tratamiento y la curación.

En esta concepción de la salud, en su concepción integral, y la idea de promoción de la salud como garantía de la misma, el entorno laboral va a ser clave para la promoción de la salud de los trabajadores. Las organizaciones deben implicarse, por tanto, en la promoción de la salud de sus empleados. Para que las organizaciones realicen una buena gestión de la salud en el trabajo, ya no va a ser suficiente que se actúe únicamente en el ámbito de la actuación preventiva, sino que hay que ir un paso más allá con la promoción de la salud. Se trataría de una combinación de dos formas de actuación, la labor preventiva de reducción de los factores de riesgo y el desarrollo del bienestar físico, mental y social de los trabajadores.

En la promoción de la salud en el ámbito de las organizaciones, van a estar, por tanto, implicados tanto los empresarios, que deben proporcionar entornos seguros y saludables, como los trabajadores, que deben cuidar también de su propio bienestar y participar en las actividades de promoción de la salud que se establezcan en la empresa.

Partiendo de la definición de la promoción de la salud que hemos visto en la Carta de Ottawa de la OMS, la Red Europea de Promoción de la Salud en el Trabajo consensuó en el año 1997 la siguiente definición: «La promoción de la salud en el trabajo es aunar los esfuerzos de los empresarios, los trabajadores y la sociedad para mejorar la salud y el bienestar de las personas en el lugar de trabajo».

Esto se puede conseguir combinando actividades dirigidas a:

- Mejorar la organización y las condiciones de trabajo.
- Promover la participación activa.
- Fomentar el desarrollo individual.

De acuerdo con esta definición, la concepción de la salud en el lugar de trabajo sería una concepción integral y se tendrían que incorporar las actividades de promoción de la salud en los programas de salud de la empresa, buscando la participación de sociedad, empresarios y trabajadores.

Para que un programa de promoción de la salud en el trabajo tenga éxito, es fundamental que exista un compromiso de la organización con la promoción de la salud, así como de los trabajadores, y que exista una cultura de la organización en este sentido. Una organización que pretenda incorporar la promoción de la salud dentro de su cultura organizativa deberá agregar la promoción de la salud en el trabajo a su plan estratégico e invertir en su puesta en práctica.

La inversión en la promoción de la salud en el trabajo es beneficiosa tanto para el trabajador como para la empresa y toda la sociedad, ya que la mejora en la salud de los trabajadores repercute en un aumento de la productividad de la empresa y en una disminución del absentismo laboral, además de suponer una mejora del clima laboral. Para la sociedad, el que en las organizaciones exista una cultura de promoción de la salud en el trabajo es beneficioso en cuanto supone una disminución de los costes sanitarios y una contribución a la mejora de la calidad de vida de los ciudadanos.

Un aspecto muy importante que hay que tener en cuenta si queremos poner en marcha un programa de promoción de la salud en el trabajo es que dicha promoción es voluntaria. Existe una legislación sobre prevención de riesgos laborales que es de obligado cumplimiento, pero no existe una legislación que obligue a las empresas a implantar políticas o planes de promoción de la salud en el trabajo. Asimismo, la participación en actividades de promoción de la salud en el trabajo del trabajador es voluntaria y, por tanto, para su éxito, es fundamental el compromiso tanto de la empresa como del trabajador.

Los programas de promoción de la salud en el trabajo pueden plantearse de forma individual o colectiva. En este tipo de programas es donde se van a poder insertar las técnicas de *mindfulness* que hemos analizado anteriormente. A través de la promoción de la salud veremos cómo se pueden incorporar estas técnicas.

A continuación, vamos a poner ejemplos con ideas de posibles programas de promoción de la salud en el trabajo a nivel individual y colectivo.

2.1. Promoción de la salud en el trabajo individual

Las actividades de promoción de la salud en el trabajo de forma individual que queramos establecer pueden partir de la coordinación con la participación en los exámenes de salud que se realizan en el marco preventivo de la empresa. La vigilancia de la salud puede suponer, por tanto, un punto de arranque para la implantación de la promoción de la salud en el trabajo en la empresa para diseñar un plan con acciones concretas a desarrollar. Así, se podría contar con información sobre posibles problemas de salud, indicadores de salud o hábitos de vida no saludables. Recordamos que las actividades de promoción de la salud son voluntarias y, por supuesto, la participación del trabajador en un programa de estas características es voluntaria y sus datos de salud están, evidentemente, protegidos por la legislación sobre protección de datos.

Algunas de las actividades que podríamos emprender serían, entre otras:

- Promover hábitos de vida saludables y fomentar el desarrollo personal. Aquí podríamos incorporar recomendaciones de forma más o menos personalizada de determinadas actividades deportivas, programas de higiene postural, fomento de alimentación sana y equilibrada y programas de control del estrés.

- Programas de actuación frente a posibles factores de riesgo detectados durante la revisión individual.
- Iniciativas de envejecimiento saludable.
- Facilitar pruebas complementarias para diagnósticos precoces.

En este marco es donde podríamos insertar las terapias basadas en el *mindfulness* que hemos visto antes y que se pueden aplicar de forma individual o grupal.

2.2. Promoción de la salud en el trabajo colectiva

La promoción de la salud en el trabajo colectiva debe llegar a todos los trabajadores de una empresa y estar centrada, sobre todo, en reforzar la educación sanitaria y consolidar hábitos de vida saludables. Son fundamentales las actividades informativas o de sensibilización para concienciar a los trabajadores y favorecer la incorporación o el cambio hacia hábitos de vida más saludables.

La puesta en práctica de estos programas debe acompañarse de un compromiso claro de la empresa y de una difusión adecuada de todos los materiales que se utilicen. Así, se podrán emplear folletos informativos para repartir individualmente a los trabajadores, pero también difundir información en los canales de comunicación de la empresa, como, por ejemplo, publicación de carteles en los tabloneros de anuncios y también de materiales en la intranet corporativa o el envío de correos divulgativos de forma masiva a todos los trabajadores.

En la promoción de la salud en el trabajo colectiva podríamos englobar todas las campañas de sensibilización e información en relación con hábitos saludables (nutrición, ejercicio físico, patrones de sueño, higiene postural, educación vial, control del estrés y gestión del tiempo). Esta divulgación puede incorporarse también al plan de formación de la empresa mediante la realización de jornadas divulgativas o talleres prácticos de aprendizaje.

También pueden englobarse dentro de la promoción de la salud medidas que dentro de la empresa puedan adoptarse en relación con la conciliación de la vida familiar y laboral.

En las medidas colectivas de promoción de la salud en el trabajo entraría la implementación de un MBSR a través de campañas de sensibilización o de la aplicación de un programa concreto como luego veremos.

En toda la implementación de la promoción de la salud en el trabajo, tanto individual como colectiva, los servicios de prevención van a desempeñar un papel clave en la elaboración de programas de intervención individual o colectiva, con la evaluación de los resultados de vigilancia de la salud y promoviendo campañas, por ejemplo, de vacunación, actuación frente a trastornos musculoesqueléticos, prevención de adicciones, entre otras. Podría plantearse

también la intervención en el diseño de los menús de los comedores de la empresa para que sean más saludables y plantear que las máquinas expendedoras de comidas incorporen alimentos saludables.

La puesta en marcha de muchas de las prácticas que hemos visto puede facilitarse, además, si se dispusiera en el centro de trabajo de un pequeño gimnasio o de una sala habilitada para realizar ejercicio físico, como clases de pilates o yoga, o espacios habilitados para realizar técnicas de meditación, relajación o respiración. En caso de no disponer de espacios adecuados en el centro de trabajo, se podría concertar con algún gimnasio o centro de yoga o meditación para que realicen un precio especial para los trabajadores de la empresa. El fomento de la actividad física también se puede realizar promoviendo torneos de empresa en relación con actividades deportivas.

3. Estrés laboral. El *mindfulness* como técnica para su prevención y afrontamiento

El concepto más utilizado de estrés es el que se define como una respuesta general del organismo ante demandas internas y externas que en principio resultan una amenaza y ante la misma se movilizan recursos fisiológicos y psicológicos para poder afrontar tales demandas. Se trata de una respuesta adaptativa y necesaria que, sin embargo, cuando es sostenida en el tiempo, produce un estado global de hiperexcitación psicológica y fisiológica que origina la activación de una serie de emociones, liberando hormonas del estrés y provocando un estado continuo de alerta que en muchas ocasiones puede conducir al colapso y al agotamiento.

La clave para enfrentarse al estrés va a residir en la forma que percibimos, afrontamos y gestionamos el mismo, del significado que atribuimos a los acontecimientos y a nuestras creencias sobre la vida y sobre nosotros mismos. Tenemos que conseguir cambiar el modo de respuesta, adaptarnos al cambio y mantener el equilibrio. Se trata de responder al estrés mediante estrategias adecuadas y adaptativas, ser conscientes de ello para poder responder adecuadamente y con creatividad. En este sentido, las técnicas de *mindfulness* pueden ser una buena herramienta.

El estrés laboral es una de las principales causas de problemas de salud en el ámbito laboral.

El estrés laboral puede llegar a provocar la saturación física o mental del trabajador generando consecuencias que afectan a su salud y repercuten también negativamente en el entorno familiar y en el entorno del trabajo con una reducción de la productividad, un aumento de los conflictos laborales, del absentismo y con la generación de un clima de insatisfacción laboral. Como ya hemos visto, cuando estamos sometidos a una demanda excesiva, se produce una hiperactividad del sistema nervioso simpático que puede provocar fatiga,

falta de energía, agotamiento y una debilitación del sistema inmunitario que puede desencadenar distintas enfermedades, como el lupus, problemas de tiroides o infecciones frecuentes. Además de generar trastornos psicológicos como la depresión o la ansiedad. En el ámbito del trabajo, esta situación de trabajo multitarea puede producir una situación de estrés laboral que puede dar lugar al síndrome de *burnout*.

Ante una situación de estrés intenso, se genera la producción de una hormona, el cortisol, que prepara los distintos sistemas corporales para afrontar una situación de peligro. Somos capaces evolutivamente de sobrevivir ante situaciones de peligro gracias a la respuesta al estrés, pero si esta respuesta se mantiene en el tiempo y tenemos el sistema nervioso simpático hiperactivado, el organismo acaba enfermando. Cuando el cortisol permanece en el organismo durante largo tiempo, resulta perjudicial para el cerebro, afectando de forma nociva al hipocampo, lo que repercute negativamente en la memoria asociada al mismo y en la generación de nuevas conexiones neuronales; esto dificulta la toma de decisiones y la implementación de nuevos proyectos.

En un entorno laboral donde cada vez hay que desempeñar más tareas dentro del puesto de trabajo, aumenta la presión y la exigencia hacia los trabajadores. Actualmente se trabaja en modo multitarea (*multitasking*) y la utilización de las nuevas tecnologías de la información posibilita que se reciba información y demandas simultáneas de muy diversas fuentes. Se reciben llamadas de teléfono, correos electrónicos que muchas veces requieren respuesta inmediata, mensajes en grupos de WhatsApp laborales o personales que también exigen una respuesta. De esta forma es como se está trabajando en modo multitarea. Se hacen varias tareas de forma simultánea, pero no se hace bien ninguna, porque es imposible estar concentrado al 100 % en cada una de ellas. Al realizar las actividades de forma multitarea, no hay espacio para ser conscientes de lo que estamos haciendo. Esto repercute también en nuestra capacidad de atención y en la percepción de las novedades con una actitud abierta a la curiosidad, como predicábamos de la práctica del *mindfulness*, por lo que dificulta también la realización de análisis correctos o de alternativas más creativas en los procesos de toma de decisiones.

La falta de tiempo para reflexionar de sus trabajadores lleva a las organizaciones a tomas de decisiones erróneas. Todos los trabajos son potencialmente estresantes, pero la clave para afrontar las situaciones de estrés va a ser el desarrollo de estrategias de respuesta al estrés con conciencia y tranquilidad, renovar los recursos de los que se dispone y enfrentar los problemas con creatividad.

Para la correcta toma de decisiones, es necesario combinar la concentración en una tarea con la apertura que supone la conciencia abierta. Debemos trabajar una atención selectiva y, para el desarrollo de esa atención, es necesaria una práctica continuada. Esta práctica la podemos desarrollar a través del *mindfulness*. La práctica nos va a permitir concentrar toda la atención en el procedimiento y, si la atención está bien desarrollada, el desempeño laboral puede llegar a ser excelente.

En el ámbito de las organizaciones, el papel de los líderes va a ser también fundamental para dirigir la atención allí donde se necesita. El liderazgo idóneo debe potenciar la capacidad de centrar la atención en el lugar y momento adecuados. Se debe llevar a cabo una distribución de la división del trabajo y de la atención que tenga en cuenta las habilidades de los distintos empleados. La organización, a través de su plan estratégico, debe decidir dónde dirigir su atención. Una técnica como el *mindfulness* puede ser fundamental para el cumplimiento de los objetivos de una organización, porque facilitará que los empleados pongan la atención en el foco adecuado e incrementará la productividad sin llevar a los empleados a situaciones de estrés laboral, ya que es una técnica que está prevista para prevenir y afrontar situaciones de estrés.

3.1. ¿Cómo podemos hacer frente a ese estrés laboral a través del *mindfulness*?

Para ello tenemos que gestionar aquellos pensamientos que generan ansiedad y reeducar los patrones de conducta, identificando los factores desencadenantes, llevando a cabo una gestión adecuada de las emociones y de los pensamientos. La incorporación del *mindfulness* en el ámbito de la promoción de la salud en el trabajo va a ser una manera fundamental para poder gestionar debidamente el estrés laboral.

La práctica del *mindfulness* nos va a permitir controlar las distracciones que nos llegan desde distintas vías y mantener una atención sostenida en el flujo de trabajo. La incorporación de alguno de los MBSR va a permitir dotar a los trabajadores de herramientas y habilidades para la autoobservación con la concentración y atención en el momento presente y la autorregulación que hemos visto que es posible con la práctica reiterada de la meditación, relajación o control de la respiración. Esto nos va a permitir observar claramente e identificar las reacciones corporales y emocionales que surgen frente a un estresor y, una vez identificadas, utilizar estrategias para hacerle frente.

Como hemos visto, la práctica habitual del *mindfulness* tiene efectos beneficiosos para la salud y, además, es utilizada como herramienta para controlar el estrés. Los beneficios que encontramos en el ámbito laboral de la práctica del *mindfulness* en las empresas que lo han implementado son los siguientes:

- Mayor capacidad de resiliencia y mayor enfoque en el trabajo.
- Mayor nivel de calma para hacer frente a situaciones estresantes.
- Mejora e innovación en la toma de decisiones.
- Aumento de la productividad del trabajador.
- Mayor creatividad en la resolución de conflictos.

- Sostener hábitos de trabajo saludables.
- Mejora en el liderazgo de la organización.

El *mindfulness* es utilizado hoy por muchas empresas, que invierten no solo en promoción de la salud, sino también en la innovación, como una herramienta de liderazgo transformador. Los líderes, en un ámbito laboral sujeto, como hemos dicho, a numerosas demandas, deben tener herramientas y habilidades para hacer frente a situaciones de estrés tanto personales como de su equipo de trabajo, y, además, estar atentos para observar y adoptar decisiones creativas e innovadoras ante situaciones conflictivas o complejas.

4. Medidas para implementar un programa de *mindfulness* en el ámbito laboral

Como hemos visto, el *mindfulness* es una técnica que puede ser utilizada dentro del ámbito laboral para hacer frente al estrés laboral y que, además, proporciona muchos otros beneficios que repercuten en el bienestar en el trabajo.

A continuación, vamos a analizar los distintos pasos que una organización puede dar para la implementación de un programa de *mindfulness*:

1. En primer lugar, para implementar un programa de *mindfulness* en el trabajo, va a ser necesario que la empresa o la organización donde se va a implementar incorpore, como hemos visto, la promoción de la salud en el trabajo dentro de su plan estratégico y que tanto la organización como los trabajadores se comprometan con el programa de promoción de la salud. La promoción de la salud en el trabajo podría realizarse de forma individual o colectiva. Puede incorporarse la práctica del *mindfulness* mediante programas individuales, partiendo, como hemos visto, de la información obtenida en los exámenes de vigilancia de la salud realizados de forma preventiva. Puede haber determinados trabajadores que, bien por el trabajo que realizan o bien por sus indicadores de salud, necesiten la participación en un programa de *mindfulness*. Podría utilizarse el MBSR o el MBCC. Estos programas, como ya hemos visto, incorporan en un curso de 8 semanas técnicas basadas en la práctica de la meditación, relajación o respiración o ejercicios de yoga.
2. Implantación de programas colectivos de *mindfulness* en el trabajo. Dentro de las medidas de promoción de la salud con carácter colectivo se pueden incorporar programas de *mindfulness* como los que hemos comentado antes (MBSR y MBCC).
3. Campañas divulgativas de información sobre las técnicas de *mindfulness*. A través de los distintos medios de difusión de información en la empresa debe realizarse una campaña divulgativa sobre qué es el *mindfulness*, las técnicas que incorpora

y los beneficios que tiene para la salud. Se prepararán folletos informativos y se difundirán entre todos los trabajadores, además de estar a disposición toda la información en la intranet corporativa de la empresa. Se realizarán también jornadas informativas sobre esta técnica.

4. Incorporación de aprendizaje del *mindfulness* en el plan de formación de la empresa. En el plan de formación que se apruebe anualmente dentro de la empresa se incluirá el aprendizaje en técnicas de *mindfulness*.
5. Facilitar espacios en el lugar de trabajo para la práctica del *mindfulness*. Aunque el *mindfulness*, como hemos visto, puede incorporarse y debe incorporarse a las rutinas diarias como comer o caminar, es importante para su práctica continua el que en el centro de trabajo se pueda disponer de una estancia habilitada para que se puedan practicar técnicas de meditación, de relajación o de control de la respiración como las que hemos comentado.
6. Incorporar en la intranet corporativa un apartado sobre control del estrés en el que se actualicen periódicamente los contenidos y donde se recoja información sobre distintas técnicas de control del estrés, incluido el *mindfulness*, y se indiquen todas las distintas técnicas que hemos estado comentando en este trabajo y los pasos que hay que dar para realizarlas. Se pueden incorporar en el apartado vídeos de realización de prácticas de yoga, relajación o meditación. También un espacio con modelos de mandalas para colorear o de origami (papiroflexia) para combatir el estrés y poder concentrarse en el momento presente como postula el *mindfulness*.
7. Fomento de los espacios creativos. Dado que uno de los efectos beneficiosos del *mindfulness* es el fomento de la creatividad, podemos articular espacios o propuestas para fomentar la creatividad e innovación de los trabajadores. Puede ser desde un foro en el que se pidan propuestas en relación con cambios en algún procedimiento de trabajo que se quiera mejorar o cambiar desde nuevas perspectivas hasta el fomento de la creatividad artística mediante la convocatoria de certámenes artísticos, como literarios o pictóricos.
8. Promover la comida con conciencia plena. Hemos visto como una de las rutinas cotidianas en las que podíamos incorporar la práctica del *mindfulness* era en la comida. Para potenciarlo en el centro de trabajo, se puede realizar un día a la semana una «experiencia *mindfulness*» en el comedor del centro de trabajo, si se dispone del mismo. Por ejemplo, los miércoles el menú *mindfulness*, en el que la clave sea que se coma en silencio, concentrándose en la comida y en la textura y sabor de los alimentos, bien solo o en compañía de otros compañeros, mientras se disfruta de la presencia de los que te acompañan compartiendo ese momento de atención en la comida, disfrutando del momento.
9. Trabajar con ejercicios para incorporar el *mindfulness* en la realización del trabajo. Se debe intentar trabajar de forma que nos concentremos en una sola cosa a la vez manteniendo la atención en ello. Para controlar los momentos de estrés que

se puedan producir mientras estamos trabajando, incorporar ejercicios de respiración y realizar descansos, aunque sean de 5 minutos, cuando se cambie de actividad. La postura en la que estamos trabajando en nuestro puesto de trabajo debe ser en todo momento correcta y relajada desde el punto de vista de la higiene postural.

10. Se debe potenciar como cultura de la organización la incorporación del *mindfulness* y la atención y concentración en el momento presente para la realización de los procedimientos y flujos de trabajo y la adecuada toma de decisiones.
11. Potenciar líderes comprometidos con el *mindfulness*. Realización de un programa formativo en el que participe el personal directivo y los mandos intermedios de la organización con la finalidad de que incorporen en sus equipos de trabajo pautas de la actividad laboral centradas en la atención plena.

5. Conclusiones

Como hemos visto, en el mundo actual estamos sometidos a una demanda de actividad y a una sobresaturación de información que nos llega por distintas vías, tanto en el ámbito personal como en el ámbito laboral. Esta actividad multitarea supone que nos enfrentemos a situaciones de estrés que muchas veces se incrementan todavía más en el ámbito laboral.

El *mindfulness* y las técnicas que se utilizan para su práctica, como la meditación, relajación o el control de la respiración, se ha comprobado que tienen efectos beneficiosos para la salud. La atención en el momento presente y la aceptación de este, sin prejuzgar los acontecimientos, permiten adoptar soluciones más innovadoras y creativas en momentos de dificultades y afrontar esa situación.

En el ámbito laboral, las empresas que optan, como parte de su cultura organizativa, por la promoción de la salud en el trabajo pueden incorporar programas basados en el *mindfulness* con la finalidad de controlar el estrés laboral y con la garantía de que ello repercutirá en beneficio de la salud de los trabajadores y de la sociedad, como parte que son de la misma, y también en beneficio de la propia empresa, que verá cómo sus trabajadores responden mejor ante situaciones de estrés y cómo mejoran su toma de decisiones con el consiguiente incremento de su productividad.

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 los estudiosos y profesionales de las materias conectadas con el área social del derecho que pretende ser un medio al servicio de aquellos que, a través de sus trabajos de investigación y opinión, desean ofrecer al lector su aportación doctrinal sobre temas controvertidos y de interés.

La *RTSS. CEF* 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 deberán ser originales e inéditos y se remitirán por correo electrónico a la dirección revistacef@cef.es, identificándose el archivo con los apellidos del autor del trabajo seguidos de un guion y de la abreviatura de la sección de la revista a la que se destina: ED (estudios doctrinales), ARLL (análisis de actualidad de las relaciones laborales), DJ (diálogos con la jurisprudencia), FD (foro de debate), RRHH (estudios doctrinales específicos de esta área) 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.
 - Lista de palabras clave/descriptores (no menos de 2 ni más de 5) en español e inglés.
 - Extracto de no más de 20 líneas, en español e inglés.
 - Sumario (comenzando 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 (incluyendo 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 el apellido del autor, 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 el apellido del autor, 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 al autor solo por el apellido, 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 (6.^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 que deben seguir los autores se encuentran 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 por el/los autor/es o su rechazo. En cualquiera de los casos, la decisión adoptada será comunicada al/a los autor/es.
- Sistema de revisión por pares. El estudio enviado a evaluación será analizado por dos evaluadores externos, 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 los autores 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 principal del trabajo la notificación de aceptación o rechazo para su publicación. Asimismo, le 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 al autor.



Cursos de formación a medida para empresas *(in Company)*

Nos adaptamos a las necesidades formativas de tu empresa

Planificamos, junto a las empresas (pequeñas, medianas y grandes), formación a medida. Ofrecemos una propuesta global de formación; trabajamos como estrechos colaboradores en tus planes de formación para que puedas obtener siempre la máxima calidad de la mano de los mejores profesionales, adaptando la formación a tus necesidades de horarios, ubicación geográfica y contenidos.

Gestión de las bonificaciones ante la Fundación Estatal para la Formación en el Empleo (FUNDAE)

La FUNDAE ofrece a las empresas la posibilidad de bonificar estos cursos para que su coste se reduzca considerablemente o, incluso, desaparezca, aprovechando el crédito para la formación de los trabajadores que todas las empresas tienen a principios de año.

Nuestros datos desde 1977



+ 3.000

Empresas han confiado la formación de sus empleados al Grupo Educativo CEF.- UDIMA

+ 4.100

Cursos impartidos relacionados con todas las áreas de la empresa

+ 67.500

Profesionales formados tanto en la modalidad presencial como online

+ 74.000

Horas de formación impartidas por profesionales en contacto permanente con la empresa

La universidad online más cercana



- GRADOS OFICIALES
- MÁSTERES OFICIALES
- TÍTULOS PROPIOS
- DOCTORADO

BOLSA DE TRABAJO ● CLASES ONLINE EN DIRECTO ● MATERIALES INCLUIDOS ● TUTORÍAS TELEFÓNICAS

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)

