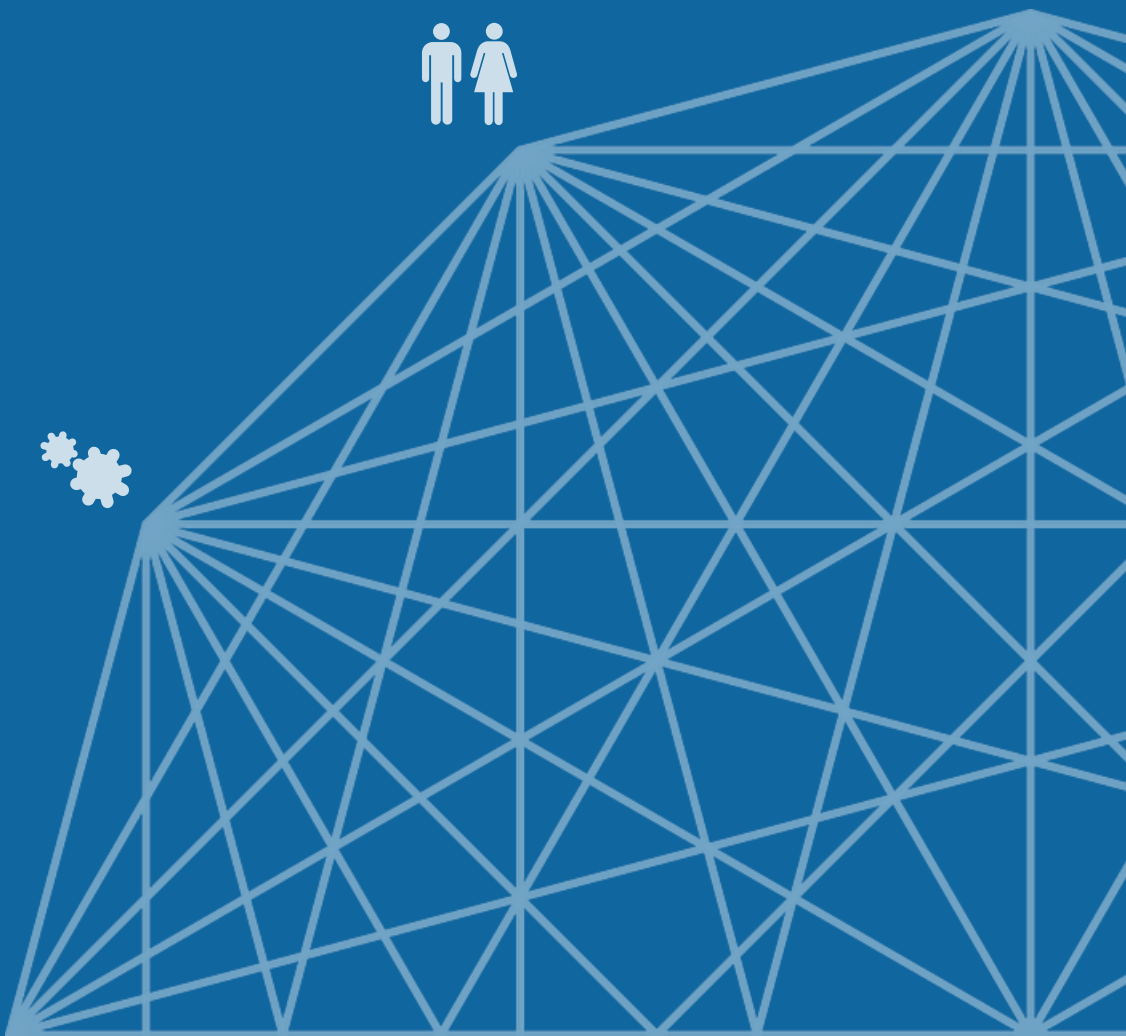


TRABAJO, PERSONA, DERECHO, MERCADO

Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social



Diciembre 2023. N° 7

Trabajo, Persona, Derecho, Mercado 7

Sevilla, 2023

CONSEJO EDITORIAL

Presidencia

María Fernanda Fernández López (Universidad de Sevilla)
Miguel C. Rodríguez-Piñero Royo (Universidad de Sevilla)

Dirección Ejecutiva

Francisco Javier Calvo Gallego (Universidad de Sevilla)
Juan Carlos Álvarez Cortés (Universidad de Málaga)
José Manuel Morales Ortega (Universidad de Málaga)

Secretario Ejecutivo y Coordinador

Miguel Ángel Martínez Gijón Machuca (Universidad de Sevilla)

Secretaría General

María Luisa Pérez Guerrero (Universidad de Huelva)
Emilia Castellano Burguillo (Universidad de Huelva)

CONSEJO DE REDACCIÓN

Coordinación General

Antonio José Valverde Asencio (Universidad de Sevilla)
María Luisa Pérez Guerrero (Universidad de Huelva)

Secretario

Miguel Ángel Martínez-Gijón Machuca (Universidad de Sevilla)

Vocales

María José Asquerino Lamparero (Universidad de Sevilla)
Pierre Cialti (Universidad Pablo de Olavide)
Ana Domínguez Morales (Universidad de Sevilla)
Iluminada Fera Basilio (Universidad de Huelva)
Carmen Ferradans Caramés (Universidad de Cádiz)
Macarena Hernández Bejarano (Universidad de Sevilla)
María del Junco Cachero (Universidad de Cádiz)
Francisco Lozano Lares (Universidad de Málaga)
Iluminada Ordóñez Casado (Universidad de Málaga)
Rosa Pérez Yáñez (Universidad de Málaga)
Gema Quintero Lima (Universidad Carlos III de Madrid)
María Sepúlveda Gómez (Universidad de Sevilla)
Adrián Todolí Signes (Universidad de Valencia)

CONSEJO ASESOR

Presidencia

Eva Garrido Pérez (Universidad de Cádiz)

José Manuel Gómez Muñoz (Universidad de Sevilla)

Vocales

Francisco Alemán Páez (Universidad de Córdoba)

Cristina Alessi (Università di Brescia)

Carlos Luis Alfonso Mellado (Universitat de València)

Jaime Cabeza Pereiro (Universidade de Vigo)

Jesús Cruz Villalón (Universidad de Sevilla)

Juan José Fernández Domínguez (Universidad de León)

Carolina Gala Durán (Universitat Autònoma de Barcelona)

Francisco Javier Hierro Hierro (Universidad de Extremadura)

Manuel Luque Parra (Universitat Pompeu Fabra)

Carolina Martínez Moreno (Universidad de Oviedo)

Maria do Rosario Palma Ramalho (Universidade de Lisboa)

María José Romero Ródenas (Universidad de Castilla-La Mancha)

Sebastián de Soto Rioja (Universidad de Huelva)

Patrizia Tullini (Università di Bologna)

Yolanda Valdeolivas García (Universidad Autónoma de Madrid)

Francisco Vila Tierno (Universidad de Málaga)

Cristina Antoñanzas Peñalva, en representación de UGT

José Blas Fernández Sánchez, en representación del Consejo Andaluz de Graduados Sociales

Fernando Rocha Sánchez, en representación de la Fundación 1º Mayo (CCOO)

COMITÉ DE EVALUADORES EXTERNOS

Coordinación general

Juan Carlos Álvarez Cortés (Universidad de Málaga)

José Manuel Morales Ortega (Universidad de Málaga)

Este trabajo está autorizado bajo la licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObrasDerivadas 4.0 (CC-BY-NC-ND 4.0), lo que significa que el texto puede ser compartido y redistribuido, siempre que se reconozca adecuadamente la autoría, pero no puede ser mezclado, transformado ni se puede construir a partir de él. No se puede utilizar el material para una finalidad comercial. Para más detalles consúltese http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es_ES.

Los términos de la licencia Creative Commons para reutilización no se aplican para cualquier contenido (como gráficas, figuras, fotos, extractos, etc.) que no sea original de la publicación Open Acces y puede ser necesario un permiso adicional del titular de los derechos. La obligación de investigar y aclarar los permisos necesarios será solamente de aquellos que reutilicen el material.



Ética en la publicación. La revista Trabajo, Persona, Derecho, Mercado solo publicará artículos originales y de calidad científica contrastada. Se velará estrictamente para que no se produzcan malas prácticas en la publicación científica, tales como la deformación o invención de datos, el plagio o la duplicidad. Los autores tienen la responsabilidad de garantizar que los trabajos son originales e inéditos y que cumplen con la legalidad vigente y los permisos necesarios. Los artículos que no cumplan estas normas éticas serán descartados. Las opiniones y hechos consignados en cada artículo son de exclusiva responsabilidad de sus autores. El Consejo de Redacción de Trabajo, Persona, Derecho, Mercado no se hace responsable, en ningún caso, de la credibilidad y autenticidad de los trabajos.

Declaración de privacidad. Los nombres, direcciones de correo-e, o cualquier otro dato de índole personal introducidos en esta revista se usarán solo para los fines declarados por esta revista y no estarán disponibles para ningún otro propósito.

Este número se ha financiado con la Ayuda del VII PPIT-US para Revistas concedida por la Universidad de Sevilla.



© Editorial Universidad de Sevilla

C/ Porvenir, nº 27. 41013 Sevilla

Telfs.: 954 487 451 - 954 487 447. FAX: 954 487 443 Correo electrónico: eus2@us.es

<https://editorial.us.es/>

© Trabajo, Persona, Derecho, Mercado 2023

<https://revistascientificas.us.es/index.php/Trabajo-Persona-Derecho-Merca/index>

Correo electrónico: tpdmsecretaria@us.es

e-ISSN: 2660-4884

Nº DOI: <https://dx.doi.org/10.12795/TPDM>

Dirección Postal:

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Sevilla

C/ Enramadilla, 18-20. 41018 Sevilla

Diseño de la cubierta: Espiral Patrimonio S.L.

Maquetación: Referencias Cruzadas.

referencias.maquetacion@gmail.com

ÍNDICE

In Memoriam: Doctor Félix Salvador Pérez	9
Nota de la Redacción	11
Miguel Rodríguez-Piñero Royo “¿Qué pasa en el mercado de trabajo español? Aproximación al Trabexit”	13

ARTÍCULOS DOCTRINALES

Francisco Lozano Lares Los procedimientos de impugnación de altas médicas en procesos de incapacidad temporal	21
<i>The Procedures to Challenge Medical Discharge in Temporary Disability Processes</i>	
Francisco Barba Ramos La evolución de los Consejos Económicos y Sociales a nivel local en Andalucía en coherencia con la gobernanza o el nuevo neocorporativismo.....	59
<i>The Evolution of Economic and Social Councils at the Local Level in Andalusia in Line with the Governance or the New Neocorporativism</i>	
Federico Rosenbaum Carli El reloj invisible: tiempo de trabajo de los chóferes y repartidores en la Economía de plataformas	95
<i>The invisible clock: working time of drivers and riders in the platform economy</i>	
Julia Dormido Abril La mediación y el arbitraje laboral en el Procedimiento concursal: regulación y dificultades aplicativas	121
<i>Mediation and labour arbitration in bankruptcy proceedings: regulation and application difficulties</i>	

Copyright: © Editorial Universidad de Sevilla. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia de uso y distribución Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

Stefano Bini

- Prácticas no laborales de calidad: coordinadas a partir de la Resolución del Parlamento Europeo de 14 de junio de 2023 143
Quality traineeships: coordinates from the european parliament resolution of 14 june 2023

José Iván Pérez López

- Garantizando los derechos de las personas mayores en el mundo laboral: una respuesta a la brecha digital 161
Guaranteeing the rights of older people in the world of work: a response to the digital gap

ANÁLISIS DOCTRINA JUDICIAL Y CONSTITUCIONAL

Elisa Muñoz Catalán

- La pensión de viudedad de las parejas de hecho en la reciente doctrina jurisprudencial: ¿es necesaria la inscripción de las uniones *more uxorio*? .. 181
The Widow's Pension of the Facto Unions in the Recent Jurisprudential Doctrine: is the Registration of the More Uxorio Couples Necessary?

TEMAS PARA EL DEBATE

María Luisa Pérez Guerrero

- Igualdad salarial y Deporte: la renuncia a un principio básico del ordenamiento jurídico laboral 203
Equal Pay and Sports: the Resignation of a Basic Principle of the Labor Legal System

LIBROS DE INTERÉS

- Pérez Guerrero, María Luisa, *El futuro de los trabajadores indefinidos no fijos: una puerta hacia la estabilidad*..... 221
 Castellano Burguillo, Emilia, *La violencia en el lugar de trabajo, tratamiento actual: ¿una asignatura aún por aprobar?*..... 225
 Agenda..... 233
 Normas para los autores de la Revista *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado* 233
 Compromiso ético para publicación de artículos 239

IN MEMORIAM: DOCTOR FÉLIX SALVADOR PÉREZ

Sit tibi terra levis

Resulta difícil, siempre difícil, escribir unas palabras, aunque sean breves, de una persona fallecida. Pero más aún si, como es el caso, se trata de un fiel amigo. Por eso voy a ser breve, muy breve: seguro que eso le gustaría.

Félix Salvador Pérez era Félix Salvador Pérez. Aunque lo parezca, esta frase no es una mera tautología, sino algo parecido a un axioma científico: era alguien único, y por tanto indefinible: la única manera de decir quién era él es decir que era él. Y con eso queda dicho todo.

Buen amigo, buen compañero, buen profesional, buen... ¿Qué más decir? ¿Algo “negativo”? Pues también si queréis: cuando perseguía algo era más “pesado” que nadie (“tenaz” sería más respetuoso). Unas veces nos convencía con razones lógicas, y otras por cansancio; pero al final nos convencía. No sé dónde estará ahora mismo; la respuesta dependerá —supongo— de las creencias de cada cual; pero si está en algún lado, quien sea se estará planteando por qué no lo ha dejado un poco más entre nosotros.

Pero ese “quien sea” no lo ha querido así. Se nos ha ido. Mas —siempre el tópico— algo queda: se ha ido pero no se ha ido. Y es quizás lo más bonito que pueda decirse de una persona. Hay quien pasa por la vida sin más, sin dejar huella. No es ése el caso del Dr. Salvador Pérez. Sí ha dejado huella, y profunda: la ha dejado en sus compañeros (señaladamente de la US y la UPO, pero también de otras Universidades); la ha dejado en tantos alumnos (¿cuántos? ¿cientos? ¿miles?) que han pasado por sus aulas; la ha dejado en tanta y tanta gente...

Sea cual sea nuestra creencia, en esto sí estamos todos de acuerdo: ahí queda su legado.

Y es hora de terminar. Seguir escribiendo sería escribir por rellenar páginas; y por supuesto que podría —y muchísimas—. Podría contar anécdotas y más anécdotas, unas profesionales, otras personales (y muy personales). Pero no era ése su estilo. ¿Más páginas para qué? ¿Para que afloren lágrimas? No; él no querría eso. Por ello,

basta con dos palabras (eso sí: escritas con mayúsculas). La primera es obviamente de agradecimiento: el simple hecho de haberlo conocido merecería un verso en aquella canción de Violeta Parra que todos habréis oído en los labios de Mercedes Sosa o Joan Báez. La segunda podría ser “amigo”, “compañero”...; pero estamos en la Universidad, y en este ámbito voy a escoger la que mejor le cuadra:

Félix, estés donde estés: ¡Gracias, Profesor!

Eduardo Román Vaca
Universidad de Sevilla
romanvaca@us.es

NOTA DE LA REDACCIÓN

Presentamos a los lectores en este número por vez primera la sección “Libros de interés”, para ofrecer así una primera aproximación a las monografías más recientes relativas a los temas principales de *TPDM*.

Por otro lado, acaecidos durante la preparación de este número 7 los fallecimientos de los Profesores Dres. D. Manuel Álvarez de la Rosa, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, reconocido iuslaboralista y maestro de una importante escuela de discípulos, en particular en la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria; y D. Jerónimo Saavedra Acevedo, Profesor de Derecho del Trabajo en esa misma Universidad hasta su jubilación, desde *TPDM* queremos hacer llegar nuestro pésame a sus familiares y seres queridos así como a la Escuela de iuslaboralistas de Canarias.

Consejo de Redacción

“¿QUÉ PASA EN EL MERCADO DE TRABAJO ESPAÑOL? APROXIMACIÓN AL TRABEXIT”

Miguel Rodríguez-Piñero Royo
Director

Uno de los fenómenos más llamativos en el mercado de trabajo de la tercera década de este siglo lo es sin duda la llamada “Gran Dimisión” (“Great Resignation”). Es una tendencia surgida en los Estados Unidos tras la pandemia Covid, y que ha supuesto el abandono de sus empleos de numerosos trabajadores tras comprobar las ventajas de permanecer en sus domicilios durante los períodos de confinamiento. La constatación de que había alternativas a trabajos poco gratificantes o demasiado exigentes ha llevado a decenas de miles de trabajadores norteamericanos a no volver al mercado de trabajo convencional, o a abandonarlo tras haber desarrollado carreras profesionales. Esta práctica enlaza con movimientos anteriores, como la “revolución free-lance” (la generalización del trabajo autónomo), la generalización del teletrabajo, el nomadismo digital y el *boom* de la demanda de trabajo cualificado en sectores tecnológicos. Las empresas acusan el golpe de estos cambios de conducta, desde el momento en que les cuesta cada vez más reclutar y retener a las personas que requieren (lo que hoy se llama “talento”). El mercado de trabajo se ha vuelto uno enormemente dinámico y competitivo, esta vez por el lado de los ofertantes de empleo.

Como era de esperar, no ha sido un fenómeno exclusivo del mercado de trabajo norteamericano, sino que se ha extendido a otros lugares, en cada uno de los cuales ha presentado características propias. Cuando se ha proyectado este fenómeno en nuestro país parece que nos hemos encontrado con un consenso generalizado en afirmar que en España no hay Gran Dimisión. Esto no impide, sin embargo, que se reconozca que se están produciendo fenómenos que de alguna manera se vinculan con ésta. Así se habla, por ejemplo, de que existe una “Gran Rotación”, porque se ha percibido un incremento en el número de personas que dejan voluntariamente sus puestos de trabajo para buscar otros en el mismo u otros sectores; ésta sería la versión oficial (la del Ministerio de Trabajo). También se reconocen las dificultades para

cubrir vacantes en algunas actividades, principalmente estacionales, una realidad a la que, según creo, todavía no se le ha puesto nombre.

A nadie debería sorprender que nuestro mercado haya reaccionado de una manera diferente al de los Estados Unidos y al de otros países en los años posteriores a la pandemia. El punto de partida era otro, muy peculiar, con elevados niveles de desempleo, empobrecimiento de la población y carencias de los sistemas de protección social. Somos, además, una sociedad traumatizada por el paro, el principal problema social durante generaciones, que nos ha llevado a ser extraordinariamente conservadores en las decisiones que adoptamos sobre nuestra carrera profesional, desde la elección de lo que estudiamos a los elementos a considerar para cambiar de empresa.

La legislación laboral española ha sido también un factor que ha condicionado el alcance de estos cambios en las decisiones profesionales. Como es sabido, la protección de la estabilidad en el empleo ha tenido como efecto colateral penalizar el cambio de empleo, al haber convertido la antigüedad en un factor con un importante valor económico que se pierde cuando se extingue el contrato por la propia iniciativa de la persona que trabaja. Esto tiene el efecto de incrementar la tolerancia hacia empleos de poca calidad, y de elevar los incentivos necesarios para abandonarlos.

Con todo, un análisis de nuestro mercado de trabajo desde una perspectiva global nos lleva a la conclusión de que en éste se manifiestan igualmente esta misma tendencia global, la del abandono del mercado de trabajo por parte de las personas, que intentan desvincularse de éste de formas diversas, y en la medida de las posibilidades económicas y profesionales de cada uno.

Es cierto que, a diferencia de cuanto ocurre en otras economías, no se detecta un número elevado de personas que abandonan sus empleos o que deciden dejar de trabajar del todo, de manera temporal o definitiva. Las cifras que dan nuestras estadísticas laborales no son impresionantes, pero hay algunos datos que sí llaman la atención, y apuntan en la dirección que indicamos. De esta manera, fuentes de toda confianza sobre nuestra economía laboral (The Adecco Institute) señalan dos datos que apuntan a disfunciones en el mercado de trabajo español: los puestos que se quedan sin cubrir llegan al 9%; y el 80% de las empresas tiene problemas para cubrir sus vacantes. No es un fenómeno exclusivo de España, ya que Eurostat ha indicado que la tasa de vacantes está en máximos históricos en Europa; dentro de ésta, en nuestro país coinciden elevados niveles de personas desempleadas y de puestos sin cubrir.

Si ampliamos el foco y analizamos el mercado desde una perspectiva amplia vamos a encontrar diversos fenómenos en los que hay un elemento común, que es la voluntad de buscar alternativas a unos empleos cuya calidad no se corresponde ya con las expectativas de la mayoría de las personas. Entre otros podemos identificar éstos como los más significativos:

- a) La dificultad de las empresas de cubrir las vacantes en algunos sectores, por falta de candidatos; esto puede deberse, a su vez, a la ausencia de personas con el perfil formativo requerido, o a que las que lo tienen no encuentran interesantes las ofertas que se generan en éstas. La respuesta es una mejora de la calidad de los empleos que se ofrecen, y el diseño de incentivos para aceptarlos cuando se encuentra a un candidato idóneo;
- b) la alta rotación del personal en determinadas industrias, en las que los trabajadores diseñan modelos de carrera profesional basados en la transición continuada de unos empleadores a otros, lo que obliga a las empresas a adaptar sus políticas de recursos humanos para priorizar la retención por todos los medios posibles. Esto es posible en aquellos sectores en los que no se requieren cualificaciones profesionales que no son comunes;
- c) la falta de reemplazos en determinadas profesiones y oficios, puesto que no hay personas jóvenes formándose para ello;
- d) el incremento del número de personas que quieren acceder al empleo público, atendiendo a criterios de calidad del trabajo y de posibilidades de conciliación de la vida laboral y familiar;
- e) la emigración de colectivos profesionales de alta cualificación, como personal sanitario, a pesar de tener oportunidades profesionales en nuestro país;
- f) el nomadismo digital, que supone que muchos profesionales perciban nuestro país como un buen lugar para residir, pero cuyas empresas evitan buscando empleos remotos para empleadores extranjeros;
- g) la generalización del teletrabajo, que, aunque se vincula principalmente con cuestiones de conciliación con la vida familiar y personal, también puede tener un componente de evitación de la presencia física de la persona en un entorno laboral en el que no se siente especialmente cómoda;
- h) la jubilación adelantada de personas en sectores sin problemas de destrucción de empleo, tales como la sanidad o la educación, como reacción frente a situaciones de insatisfacción y *burn-out* en sus trabajos;
- i) la extensión del trabajo autónomo a todo tipo de actividades y sectores, que se ha visto acompañada de nuevos modelos de prestación de servicios (como las plataformas que operan como *marketplaces* y el *crowdworking*), en un contexto de verdadera “revolución freelance”, como antes se ha señalado; y
- j) la aparición de formas de autoempleo colectivo, especialmente cooperativas, en actividades caracterizadas por el descontento con las condiciones laborales. Así ha ocurrido con las plataformas cooperativas en el ámbito del *delivery*, creadas por *riders* que no querían seguir empleados por las “plataformas capitalistas” del sector.

¿Qué tienen en común todos ellos? En todos estos casos hay personas que se niegan a aceptar puestos de trabajo disponibles y adecuados a sus perfiles, pero insatisfactorios en algunas dimensiones, que pueden ser sus contenidos, la retribución asignada, las posibilidades de conciliación, o incluso su ubicación física. Son fenómenos diferentes, es claro, ya que en algunos se abandona el mercado de trabajo de manera total (jubilación prematura, desactivación); mientras que en otros se evitan ciertos empleadores (emigración, nomadismo digital, rotación); y en alguno, finalmente, se quiere obviar la dependencia de un empleo asalariado en el sector privado (oposiciones, autoempleo, cooperativas).

Lo que sí está claro es que el umbral de tolerancia, lo que las personas están dispuestas a aceptar por estar ocupados, se ha reducido. Esto ha provocado una auténtica huida del mercado de trabajo. No necesariamente del trabajo en sí, sino de aquellas empresas, sectores y empleos percibidos como negativos, de escasa calidad y perspectivas. Ahora se valoran más otros elementos ajenos a los tradicionales a la hora de decidir sobre la propia ocupación. Incluso se acepta el cambio de empleador como un valor en sí mismo, en cuanto permite mejorar las competencias, los contactos, las experiencias personales...

Tampoco es una huida del Derecho del Trabajo, siguiendo la expresión acuñada hace ya algún tiempo por el Profesor Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer: Ni se buscan alternativas a la contratación laboral para encontrar acomodo en un marco normativo más favorable, ni es la empresa la que tiene la iniciativa.

Lo que tendríamos, pues, sería una huida del mercado de trabajo, por lo que podríamos hablar, haciendo un juego de palabras y emulando expresiones generadas en otros ámbitos, de un *Trabexit*. Denominación que se inspira en la primera de este género, “Brexit”, seguida luego por otras muchas (*Catalexit*, acuñada por el Profesor Bartolomé Clavero; o incluso *Megxit*).

A esto han contribuido varios factores, como la llegada al mercado de trabajo de otras generaciones, la mejor situación del empleo, la demanda de trabajo cualificado en otros países, la generalización de las TIC... Sin olvidar, claro está, los efectos de la pandemia Covid-19, que han sido mucho más disruptivos y duraderos de lo que en su momento se pensaba.

Las dificultades para cubrir vacantes en ciertos sectores responden a multitud de factores; lo malo es que cada sector pone el foco en alguno concreto que resulta más coherente con sus posiciones e intereses. Así, los empleadores suelen centrarse en la falta de oferta de personal cualificado, como consecuencia de fallos en el sistema educativo; o en cambios generacionales que llevan a exigencias económicas y profesionales excesivas. Mientras que las organizaciones sindicales ponen el foco en las malas condiciones laborales, la precariedad y los bajos salarios. A estos factores se añaden otros desde los círculos académicos, como los cambios demográficos (especialmente el envejecimiento de la población) o los problemas para la movilidad geográfica. Esta

diversidad dificulta la generación de diagnósticos consensuados que puedan facilitar la identificación y el tratamiento de esta nueva tendencia.

En este contexto las empresas afrontan dificultades para completar sus plantillas, así como para poder desarrollar políticas de formación y carrera profesional, ante unas personas cuya actitud ante el trabajo está cambiando. Porque ésta es la verdadera transformación, la percepción sobre cuál debe ser su papel en la vida de las personas. Sería cómodo despacharlo como si fuera una cuestión generacional, pero afecta a todos los segmentos de edad. Hay algo más profundo, y debemos entenderlo y gestionarlo.

En el plano normativo las más recientes reformas laborales han querido alterar el equilibrio entre las distintas facetas de la vida, mediante una regulación más favorable para los trabajadores de distintos aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. Se busca una flexibilidad laboral bilateral, en la que tanto trabajadores como empleadores puedan adaptar y reorganizar la prestación de servicios de los servicios de aquéllos a éstas. Ya no se busca sólo la eficiencia empresarial, sino también incrementar la calidad de la vida de las personas que desarrollan una carrera profesional. No es sólo hacer compatible la vida laboral y familiar, sino incluir en la ecuación, como se ha hecho en las últimas leyes, la personal. La atención a los riesgos psicosociales y al bienestar psicológico de las personas apuntan también en esta misma dirección.

El Derecho del Trabajo es un factor que en España tiene sus efectos sobre estas conductas en las que hemos identificado una pauta común. Por un lado, lo restringe desde el momento en que, como ya hemos indicado, penaliza las salidas de las empresas por iniciativa de los trabajadores, algo que limita el abandono de empleos insatisfactorios, entre otras formas, no previendo indemnizaciones en caso de dimisión no justificada por incumplimientos empresariales. Por otro lado, está entre las causas que lo generan, ya que la pérdida de calidad de los trabajos es consecuencia, entre otros factores, de una legislación laboral que durante demasiado tiempo ha sido permisiva con la bajada de calidad de los empleos. Finalmente, contiene también ciertas reglas que lo favorecen, como las restricciones a los mecanismos contractuales para limitar la movilidad de los trabajadores, incluyendo los pactos de permanencia.

Podemos identificar otras regulaciones sociales que impactan en estas pautas de comportamiento laboral. Así, nuestro sistema de Seguridad Social no ampara las situaciones de desempleo causadas por decisiones de los trabajadores, salvo casos de graves incumplimientos empresariales o de situaciones personales extremas (víctimas de violencia de género). Dejar un puesto de trabajo no sólo sin indemnización, sino también sin prestación de desempleo, se hace una decisión difícil y valiente. La propia administración está siendo especialmente severa últimamente para descubrir despidos que oculten dimisiones o extinciones de mutuo acuerdo, con graves consecuencias para las personas en caso de encontrarse fraudes de este tipo.

La legislación de empleo contiene desde hace tiempo la obligación de los demandantes de empleo de aceptar ofertas adecuadas de empleo. Esto complica la capacidad de rechazar ofertas incluso si se consideran poco atractivas, ya que el concepto de “adecuado” a estos efectos no es el mismo en la Ley de Empleo y en la práctica de los servicios públicos de empleo que en las expectativas de los demandantes de ocupación.

La escasa eficiencia de los servicios públicos de empleo impide, paradójicamente, que estos deberes supongan una verdadera limitación para las personas cuando se plantean su futuro profesional.

Incluso la legislación fiscal está teniendo su impacto en las decisiones profesionales de las personas trabajadoras. En efecto, la Agencia Tributaria desconfiaba de los despidos que se producen en momentos cercanos a la edad de jubilación de éstas, por entender que no son reales y que implican una extinción por mutuo acuerdo; y que la cantidad percibida por el trabajador no ha sido una indemnización, sino una cantidad pactada en el marco de este acuerdo, y por tanto sujeta a tributación en su totalidad. El efecto es reducir las posibilidades de gestionar la salida del mercado o de la empresa.

El Derecho del Trabajo ha dado muestras de un ritmo de cambio considerable, entre otros motivos por su reactividad a las transformaciones en la realidad que debe regular. En el siglo XXI su evolución viene motivada por factores numerosos y complejos. Tenemos muy presentes a algunos, como el cambio de modelo productivo, la transición digital, el envejecimiento de la población o la digitalización. Hay otros que no reciben la misma atención, y a pesar de ello son igualmente relevantes. El *Trabexit* es uno de ellos, y quizás el ponerle nombre ayude a identificarlo y a tenerlo en cuenta, tanto en el ámbito académico como en el de las políticas públicas.

Siendo conscientes de su presencia y de su impacto, un grupo de investigadores de distintas universidades y entornos académicos adoptamos la iniciativa de solicitar un proyecto de investigación de la convocatoria del Ministerio de Ciencia e Innovación del Reino de España, en el marco del Programa de Generación del Conocimiento dentro del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2021-2023. Este proyecto se nos ha concedido, bajo el acrónimo, precisamente, de *Trabexit*, y en éste vamos a estudiar muchas de las cuestiones que he planteado en este trabajo. Los resultados científicos serán publicados en esta revista y en *Iuslablog*, y esperamos que sean numerosos y de calidad.

TRABAJO, PERSONA, DERECHO, MERCADO

Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social



ARTÍCULOS
DOCTRINALES

LOS PROCEDIMIENTOS DE IMPUGNACIÓN DE ALTAS MÉDICAS EN PROCESOS DE INCAPACIDAD TEMPORAL

THE PROCEDURES TO CHALLENGE MEDICAL DISCHARGE IN TEMPORARY DISABILITY PROCESSES

Francisco Lozano Lares
Universidad de Málaga
Orcid: 0000-0002-4054-7241
fl@uma.es

RESUMEN: El alta médica determina la extinción de la situación de incapacidad temporal, lo que lleva aparejado unos significativos efectos laborales y de seguridad social, puesto que implica la finalización del derecho a prestación económica por incapacidad temporal y la necesaria incorporación de la persona trabajadora a su puesto de trabajo. El parte de alta médica puede ser expedida desde diversas instancias, como el médico del servicio público de salud, el servicio médico de las mutuas colaboradoras con la seguridad social o la inspección médica del Instituto Nacional de Seguridad Social, por lo que se han implementado varios procedimientos de impugnación de altas médicas que es necesario conocer en profundidad para que las personas trabajadores no queden indefensas ante las altas médicas injustificadas que podrían afectar a su derecho fundamental a la salud y a su proceso de recuperación personal y profesional.

PALABRAS CLAVE: Incapacidad temporal; absentismo justificado; impugnación de altas médicas; servicio público de salud; entidades gestoras y colaboradoras de la seguridad social.

ABSTRACT: The medical discharge determines the extinction of the situation of temporary disability, which entails significant labor and social security effects, since it implies the termination of the right to economic benefits for temporary disability

Recibido: 18/09/2023; Aceptado: 3/10/2023; Versión definitiva: 18/10/2023.

Copyright: © Editorial Universidad de Sevilla. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia de uso y distribución Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

e-ISSN: 2660-4884

Trabajo, Persona, Derecho, Mercado 7 (2023) 21-58
<https://dx.doi.org/10.12795/TPDM.2023.i7.01>

and the necessary incorporation of the worker to his position. of work. The medical discharge report can be issued from various instances, such as the doctor of the public health service, the medical service of the mutual companies collaborating with social security or the medical inspection of the National Institute of Social Security, for which several procedures for challenging medical discharges that it is necessary to know in depth so that workers are not left defenseless in the face of unjustified medical discharges that could affect their fundamental right to health and their personal and professional recovery process.

KEYWORDS: Temporary disability; justified absenteeism; challenge of medical discharges; public health service; social security management and collaborating entities.

SUMARIO: 1. LA COMPLEJA DELIMITACIÓN FORMA DE LOS PROCESOS DE INCAPACIDAD TEMPORAL. 1.1. Los partes médicos de baja y alta como acotación temporal de la situación de incapacidad temporal. 1.2. El procedimiento de determinación de la contingencia causante de la baja por incapacidad temporal. 2. LA IMPUGNABILIDAD DE LOS PARTES DE ALTA EXPEDIDOS POR LOS FACULTATIVOS DEL SERVICIO PÚBLICO DE SALUD. 3. LA IMPUGNACIÓN DE ALTAS EXPEDIDAS POR EL INSS EN PROCESOS DE INCAPACIDAD TEMPORAL DERIVADOS DE CONTINGENCIAS COMUNES ANTES DEL AGOTAMIENTO DE LOS 365 DÍAS DE DURACIÓN. 3.1. El preceptivo reconocimiento médico de la persona trabajadora en baja por incapacidad temporal por parte del INSS o de la mutua. 3.2. La impugnación de los partes de alta emitidos a iniciativa propia del INSS o a propuesta del médico de la mutua. 4. EL PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN DE ALTAS EMITIDAS POR LAS MUTUAS O EMPRESAS COLABORADORAS EN LOS PROCESOS DE INCAPACIDAD TEMPORAL. 5. EL PROCEDIMIENTO DE DISCONFORMIDAD CON EL ALTA EMITIDA POR EL INSS TRAS EL AGOTAMIENTO DEL PERÍODO MÁXIMO DE DURACIÓN DE 365 DÍAS. 6. CONCLUSIONES. 7. BIBLIOGRAFÍA.

1. LA COMPLEJA DELIMITACIÓN FORMA DE LOS PROCESOS DE INCAPACIDAD TEMPORAL

La incapacidad temporal de las personas trabajadoras aparece contemplada en el art. 45.1.c) del ET como una de las causas legales de suspensión del contrato de trabajo con derecho a reserva del puesto de trabajo, por lo que, una vez cesada la causa legal de suspensión de la relación laboral, la persona trabajadora tendrá derecho a reincorporarse al puesto de trabajo reservado (art. 48.1 ET). Lógicamente, en la medida en que la relación laboral queda suspendida, las partes contratantes, mientras dure la suspensión, quedan exoneradas de sus obligaciones recíprocas de prestar servicios profesionales y de remunerar dichos servicios (art. 45.2 ET), lo que, para la persona trabajadora, puede entrañar una verdadera situación de necesidad cuando

su principal o única fuente de ingresos sea el salario que dejará de percibir temporalmente, de ahí que el sistema de Seguridad Social haya articulado una prestación económica consistente en un subsidio que, bajo determinadas condiciones y requisitos, sustituirá al salario durante la situación de incapacidad temporal.

La tipificación de las diversas situaciones constitutivas de incapacidad temporal se encuentran en el art. 169.1 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), donde aparecen descritas hoy las tres grandes causas que tradicionalmente han venido teniendo la consideración legal de impedimentos temporales para trabajar, como son la enfermedad, ya tenga origen común o profesional, el accidente, sea o no de trabajo, mientras se reciba asistencia sanitaria en ambos casos, y los períodos de observación por enfermedad profesional en los que se prescriba la baja en el trabajo. A estas tres situaciones de incapacidad temporal clásicas, hay que unir también, tras la adopción del Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones, otras tres nuevas situaciones especiales de incapacidad temporal que son las debidas a una menstruación incapacitante secundaria, las derivadas de una interrupción del embarazo, voluntaria o no, que impida trabajar, mientras se reciba asistencia sanitaria por el servicio público de salud competente, y la gestación de la mujer trabajadora desde el día primero de la semana trigésima novena.

Conviene advertir que en todas estas situaciones de incapacidad temporal, pese a tener suspendida su relación laboral, la persona trabajadora no solo podrá ser beneficiaria del subsidio correspondiente cuando acredite los requisitos legalmente establecidos, sino que además seguirá en alta en el régimen de seguridad social donde esté encuadrada, puesto que la obligación de cotizar continúa durante todo el tiempo de suspensión del contrato de trabajo, tal como prevé el art. 144.4 LGSS, cualquiera que sea la causa determinante de la incapacidad temporal, tanto si esta deriva de una contingencia común (enfermedad común o accidente no laboral), de una contingencia profesional (accidente de trabajo o enfermedad profesional) o de cualquiera de las tres nuevas situaciones especiales de incapacidad temporal ya comentadas.

En las situaciones de incapacidad temporal confluyen, pues, toda una variada gama de efectos laborales y de seguridad social cuyo detonante es la decisión de un facultativo que, a través de los partes médicos de baja y alta, delimita el marco temporal donde se desplegarán dichos efectos. De ese modo, los partes médicos de baja y alta acaban teniendo unas repercusiones laborales y de seguridad social de gran calado, puesto que afectan a la empresa, que ha de seguir manteniendo la relación laboral y la cotización de la persona trabajadora mientras dure la baja por incapacidad temporal, a la propia persona trabajadora, que cuenta con una habilitación formal que le permite interrumpir temporalmente la actividad laboral de forma justificada,

percibiendo cuando proceda una prestación económica sustitutiva del salario, y a la administración de seguridad social, que bien a través del INSS o de las mutuas colaboradoras con la seguridad social (en adelante, mutuas), habrá de abonar el subsidio que proceda. Se produce así, como ha advertido acertadamente la doctrina, un cierto “desencuentro entre el contrato de trabajo y la incapacidad temporal”, puesto que todas las reglas sobre nacimiento, duración y extinción de esta causa de suspensión de la relación laboral han sido delegadas tácitamente a la normativa de la seguridad social, que proyectará sus efectos sobre el contrato de trabajo¹.

En una primera aproximación básica, podría decirse, por tanto, que la administración sanitaria, que es una instancia externa al contrato de trabajo, condiciona el proceso de incapacidad temporal hasta el punto de poder entrar en conflicto con la empresa, que verá reducida al mínimo la rentabilidad que espera obtener del trabajador contratado², por lo que tendrá interés en que la situación de baja médica dure lo menos posible, con la persona trabajadora, que podría ver lesionado su derecho fundamental a la salud y sus derechos laborales y prestacionales si el parte de alta se expide de forma precipitada, y con la propia administración de seguridad social, que ha de asumir en última instancia el coste del subsidio por incapacidad temporal. Esta separación, en concreto, entre quien decide la baja y su continuidad (la administración sanitaria) y quien ha de abonar el subsidio (la administración de seguridad social) ha venido generando, además, una desconfianza de las entidades que gestionan y pagan la prestación por incapacidad temporal hacia los servicios públicos de salud³, lo que ha propiciado continuas reformas legales a lo largo de las cuatro últimas décadas consistentes en la atribución de mayores potestades de control a los servicios médicos dependientes del INSS y de las mutuas, hasta el punto de poder afirmarse ya que la fiscalización de los procesos médicos de incapacidad temporal ha dejado de ser exclusiva de los servicios públicos de salud para recaer en gran medida sobre el INSS y las mutuas. Nos encontramos, pues, con una situación sumamente compleja en la que, además del facultativo del servicio de salud competente y la inspección de los servicios de salud, pueden intervenir otros muchos actores, como los médicos de las mutuas, que pueden proponer altas médicas en procesos de incapacidad temporal derivados de contingencias comunes y tienen competencias plenas en materia de expedición de partes de bajas y altas médicas cuando la incapacidad temporal derive de contingencias profesionales, o los médicos adscritos al INSS, que pueden controlar en todo momento el proceso de incapacidad temporal.

Por todo ello, aunque el objetivo de este trabajo no sea otro que el de analizar los procedimientos de impugnación de altas médicas articulados por la normativa de seguridad social para que la persona trabajadora en baja por incapacidad temporal pueda

1. Tortuero Plaza 2014, 29.

2. Rodríguez Escanciano 2013, 131.

3. Gorelli Hernández 2017, 18.

hacer valer sus derechos sociales en una situación de cierta vulnerabilidad, tendremos que describir primero todo el entramado de agentes y circunstancias que, de un modo u otro, intervienen en la delimitación de las situaciones de incapacidad temporal.

1.1 Los partes médicos de baja y alta como acotación temporal de la situación de incapacidad temporal.

El acto formal que determina el inicio de la situación de incapacidad temporal es el parte médico de baja, cuya fecha de expedición se toma como fecha del hecho causante del subsidio a que se tenga derecho⁴. El facultativo competente para expedir el parte médico de baja depende del origen de la contingencia. Así, cuando la incapacidad temporal derive de contingencias comunes⁵, el facultativo competente será el médico del servicio público de salud que haya efectuado el reconocimiento de la persona trabajadora afectada, tal como dispone el art. 2.1 del 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. Como regla general, dicho facultativo del servicio público de salud será el médico de atención primaria, al que también se le conoce como médico de familia o médico de cabecera⁶, para el que la expedición de los partes médicos de baja y alta puede representar una carga burocrática que le convierte en controlador “directo y real” de la situación de incapacidad temporal⁷. Hay que tener en cuenta, en efecto, que la gestión administrativa asociada a un proceso de incapacidad temporal no suele ser bien acogida por los facultativos, tanto por su complejidad como por el recelo, el desinterés o la falta de motivación que les puede generar el hecho de que, teniendo que prestar la asistencia sanitaria de la persona trabajadora en baja, hayan venido experimentando una “progresiva invasión o pérdida de competencias”, como el control por parte del INSS de la incapacidad temporal a partir del día 365, la posibilidad de que los facultativos adscritos al INSS expidan altas médicas o que las emisiones de nuevas bajas por recaídas queden dentro de sus competencias⁸. La solución a esa desconfianza entre el INSS y la administración sanitaria parece que puede venir de la

4. Lozano Lares 2023, 419.

5. Entre las que habrá que incluir, además de la enfermedad común y el accidente no laboral, las tres nuevas situaciones de menstruación incapacitante secundaria, interrupción del embarazo no debida a accidente de trabajo y enfermedad profesional y gestación de la mujer trabajadora desde el día primero de la semana trigésima novena.

6. En cualquier caso, el parte médico de baja por contingencias comunes también podría ser expedido por un médico de atención especializada, por el facultativo de un centro hospitalario o, en su caso, por los médicos adscritos al Instituto Social de la Marina (ISMAR), cuando se trate de personas trabajadoras integradas en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar.

7. Fernández Escalada 2014, 76.

8. Rodríguez Iniesta 2023, 183.

mano de los programas de racionalización y mejora de la gestión de la incapacidad temporal que se vienen implementando a partir del año 2006 mediante convenios de colaboración entre el INSS y las Comunidades Autónomas que, como sabemos, tienen atribuidas las competencias en materia de asistencia sanitaria⁹.

Cuando se trate de una incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales, en cambio, habrá que comprobar en primer lugar quien tiene atribuida la gestión de dichas contingencias. Cuando la gestión de las contingencias profesionales corresponda al INSS, siempre será el médico del servicio público de salud que haya reconocido al trabajador el que deba expedir la baja, tal como sucede en el caso de las contingencias comunes, pero si las contingencias profesionales son gestionadas por la mutua a la que se encuentre asociada la empresa, que será lo más habitual¹⁰, corresponderá expedir el parte médico de baja al facultativo del servicio médico de la propia mutua. Hay que tener en cuenta, además, que la gestión de la incapacidad temporal por contingencias profesionales también puede ser asumida por las propias empresas en virtud del mecanismo de la colaboración voluntaria previsto en el art. 102.1.a) LGSS, en cuyo caso serían los propios servicios médicos de la empresa colaboradora quienes tendrían que expedir el parte médico de baja¹¹.

El reconocimiento médico que ha de preceder a la expedición del parte médico de baja es el que permitirá al facultativo competente identificar la patología o situación especial que determina la incapacidad temporal. Y los requisitos formales del parte médico de baja no varían en función de quien lo expida, por lo que, tanto si corresponde al médico del servicio público de salud como al médico de la empresa colaboradora o de la mutua, el facultativo competente habrá de entregar una copia del parte médico de baja a la persona trabajadora¹², remitiendo al INSS los datos contenidos en el parte médico de baja, por vía telemática, de manera inmediata, y, en todo caso, en el primer día hábil siguiente al de su expedición.

Será el INSS, por tanto, quien tenga que comunicar a la empresa, en el primer día hábil siguiente al de su recepción, los datos de índole meramente administrativa que permitan identificar a la persona trabajadora que haya causado baja por incapacidad temporal. Y una vez recibida la comunicación del parte médico de baja, la empresa tiene la obligación de transmitir al INSS, a través del sistema RED, los datos económicos que posibiliten el cálculo del subsidio por incapacidad temporal que corresponda¹³. De ese modo, el INSS gestionará el proceso de incapacidad temporal si

9. Una breve reseña sumamente ilustrativa sobre el contenido de dichos convenios puede verse en Rodríguez Iniesta 2023, 168-173.

10. Álvarez Cortés 2017, 97.

11. Tal como se indica en el segundo párrafo del art. 2.1 del Real Decreto 625/2014, de 18 de julio.

12. Lozano Lares 2023, 420.

13. Dichos datos figuran en el anexo III de la Orden ESS 1187/2015, de 15 de junio, por la que se desarrolla el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de

es ella la entidad gestora competente o remitirá el parte médico de baja y los datos comunicados por la empresa al ISMAR o, en su caso, a la mutua que tenga atribuida la gestión del proceso de incapacidad temporal¹⁴.

Una vez expedido el parte médico de baja la persona trabajadora queda legitimada para dejar en suspenso su deber contractual de trabajar, situación que puede prolongarse, mediante los pertinentes partes médicos de confirmación de la baja, hasta el máximo legalmente previsto de 365 días naturales de duración de la situación de incapacidad temporal, momento a partir del cual el control del proceso incapacitante pasa a ser competencia exclusiva del INSS en los términos establecidos en el artículo 170.2 LGSS¹⁵. Siendo esta la dinámica formal prevista por la normativa de seguridad social para justificar la inasistencia al puesto de trabajo, con los costes que ello implica para la empresa¹⁶ y para las arcas de la seguridad social, bien puede decirse que el acto formal que da inicio a la situación de incapacidad temporal es el que abre la caja de pandora de la criminalización¹⁷ y de la permanente sospecha de fraude por parte de las personas beneficiarias de la prestación¹⁸, frente a las que el legislador ha venido articulando toda una amplia gama de mecanismos de control por parte del INSS y de las mutuas con el objetivo común de “reducir las bajas de complacencia, que tanta repercusión negativa provocan sobre el dinero público y sobre los estándares de productividad empresarial”¹⁹. En cualquier caso, más allá de esa idea obsesiva del legislador por la fiscalización del proceso de incapacidad temporal²⁰, nadie pone en duda la natural reticencia que pueda tener la empresa ante el período de absentismo justificado que el parte médico de baja inaugura, lo que le

la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración. Esa transmisión de datos se hará con carácter inmediato y, en todo caso, en el plazo máximo de tres días hábiles contados a partir de la recepción de la comunicación de la baja médica. Esta obligación formal de transmitir al INSS los datos reglamentariamente determinados a través del sistema RED alcanzará también a las empresas que hayan asumido el pago, a su cargo, de la prestación económica de incapacidad temporal, en régimen de colaboración voluntaria, en los términos del artículo 102.1.a) del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Ahora bien, dicha transmisión de datos no será obligatoria cuando la persona trabajadora pertenezca a algún colectivo respecto del cual la empresa o empleador no tenga obligación de incorporarse al sistema RED.

14. Remisión que se hará de manera inmediata, y en todo caso, en el primer día hábil siguiente al de la recepción de los datos aportados por la empresa.

15. Lozano Lares 2023, 427.

16. Entre los que pueden incluirse, además del abono de la prestación de incapacidad temporal en los supuestos de enfermedad común del cuarto al decimoquinto día, los costes indirectos derivados de la desorganización en la producción que generan las ausencias intermitentes y de corta duración, la falta de continuidad en la prestación de servicios, los problemas de sustitución del trabajador e incluso la sobrecarga de trabajo para sus compañeros. Sobre ello, vid., Rodríguez Escanciano 2013, 145.

17. Álvarez Cortés 2017, 89.

18. Mercader Uguina 2004, 404.

19. Rodríguez Escanciano 2013, 118.

20. Lozano Lares 2002, 126-127.

llevará a estar pendiente del cumplimiento del deber de buena fe contractual que seguirá teniendo la persona trabajadora durante la situación de suspensión de la relación laboral. En este sentido, la doctrina judicial ha tenido ocasión de ir perfilando el tipo de conductas que han de ser consideradas como transgresoras de la buena fe contractual, teniendo como nota común todas ellas su carácter contradictorio con la finalidad esencial que la persona trabajadora ha de buscar durante la suspensión del contrato por incapacidad temporal, “que no es otra que la de perseguir su pronta recuperación y reincorporación al trabajo”²¹.

Por otro lado, aunque nuestro objeto de estudio no sea la impugnación de las bajas médicas, hay que tener en cuenta que, cuando el parte médico de baja sea expedido por el facultativo o el inspector médico del servicio público de salud, estamos ante “un acto administrativo ejecutivo e impugnabile”²², al menos por parte de las mutuas, que no deja de ser una entidad privada con un interés legítimo en la causa, sin que falten ejemplos de impugnación de una baja médica por parte de una mutua en la que se llegó a estimar la demanda interpuesta por resultar acreditado “que se había producido una simulación intencionada de síntomas psiquiátricos, sin que concurrieran dolencias justificativas de la baja”²³.

Pese a ser el punto de inicio de los efectos suspensivos del contrato de trabajo, no puede decirse, sin embargo, que el parte médico de baja genere una gran litigiosidad, como sí sucede, en cambio, con el parte médico de alta, en la medida en que es el acto formal que cierra el proceso de incapacidad temporal, que pone fin a la situación de absentismo justificado, lo que puede llegar a suponer numerosas, variadas y complejas situaciones de conflicto entre los diversos agentes implicados, puesto que su expedición conduce necesariamente a la supresión de los derechos sociales adquiridos con el parte de baja, del que es su reverso natural. No debemos perder de vista que, con la expedición del parte médico de alta, se produce la extinción de la situación de incapacidad temporal, dejándose de percibir el subsidio que se tuviera reconocido desde el mismo día en que se expida el alta²⁴, y la persona trabajadora tendrá que reincorporarse necesariamente a su puesto de trabajo al día siguiente al de la expedición del parte de alta, que es el día en que este produce sus efectos²⁵.

Ahora bien, las potenciales situaciones de conflicto variarán sobremanera en función de quien expida el parte médico de alta, no siendo tan problemáticas *a priori* cuando sea el médico de atención primaria el que, tras el preceptivo reconocimiento

21. Poquet Catalá 2018, 296.

22. Molins García-Atance, Juan 2010, 25.

23. STSJ de Aragón 2/2006, de 4 de enero.

24. Aunque ello sin perjuicio de que los servicios sanitarios competentes sigan prestando a la persona trabajadora la asistencia sanitaria que aconseje su estado.

25. Ambos efectos aparecen expresamente contemplados en el tercer párrafo del art. 5.1 RD 625/2014, de 18 de julio.

médico de *su paciente*, considere que este ya está plenamente recuperado o ha mejorado lo suficiente como para expedir el parte de alta. Muy distinta será la percepción de la persona trabajadora, por contra, cuando quien expida el parte de alta sea el inspector médico adscrito al INSS o el médico de la mutua, con los que no tiene ninguna relación de confianza como la que por lo común tendrá con su médico de cabecera. Hay que tener en cuenta a este respecto que la justificación formal o material de la situación de incapacidad temporal “puede decaer a lo largo de la duración del proceso”, lo que podría conducir a un caso de absentismo injustificado²⁶, que es la razón de fondo, como venimos diciendo, de las cada vez más intensas facultades de control y seguimiento del proceso incapacitante atribuidas al INSS y a las mutuas. Conviene detenerse, por tanto, en la identificación de las distintas instancias médicas que, dependiendo de las circunstancias y de la contingencia causante de la incapacidad temporal, podrían expedir el parte médico de alta de acuerdo con lo establecido en la normativa de seguridad social.

En los casos de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, la expedición del parte médico de alta corresponderá al médico de atención primaria o facultativo del servicio público de salud que hubiera expedido la baja, que será el médico competente, como regla natural, podríamos decir, para emitir el parte de alta tras el reconocimiento del trabajador²⁷. Ahora bien, cuando haya *sospechas* de absentismo injustificado, el parte médico de alta también podría ser expedido por los inspectores médicos del servicio público de salud, que lo emitirán por iniciativa propia, tras el reconocimiento médico del trabajador afectado, por los inspectores médicos del INSS, que tienen plenas competencias para expedir altas médicas a todos los efectos hasta el cumplimiento del plazo máximo de duración de la incapacidad temporal de trescientos sesenta y cinco días²⁸, e incluso pueden llegar a ser expedidas a propuesta del médico de la mutua competente²⁹.

El hecho de que el parte de alta pueda ser expedido por los inspectores médicos del servicio público de salud no constituye ninguna novedad, puesto que la evaluación de la capacidad funcional de las personas trabajadoras es parte consustancial de las funciones de los servicios de inspección y control de la administración sanitaria³⁰. La facultad de los inspectores médicos del INSS de expedir “*altas médicas a todos los efectos*” sí que es relativamente novedosa, en cambio, y representa uno de los

26. Jover Ramírez 2010.

27. Así aparece estipulado en el primer párrafo del art. 5.1 RD 645/2014, de 18 de julio.

28. Tal como se indica en el art. 170.1 LGSS, que les autoriza a expedir el alta por iniciativa propia, tras el reconocimiento médico del trabajador afectado (segundo párrafo del art. 5.1 RD 645/2014, de 18 de julio).

29. El régimen jurídico de las altas emitidas a *propuesta* de la mutua aparece regulado en el art. 82.4. b) de la LGSS.

30. Tal como se deduce de lo dispuesto en el art. 170.1 LGSS, en concordancia con lo establecido en el art. 30 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, donde ya quedó establecido que

capítulos más relevantes de la estrategia del legislador de aumentar el control de los procesos de incapacidad temporal. Fue la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo³¹, la que en primera instancia atribuyó a los inspectores médicos del INSS y del ISMAR la facultad de expedir altas médicas *económicas*, con efectos prestacionales, puesto que les concedió las mismas competencias para emitir altas médicas, a todos los efectos, que las atribuidas a la Inspección de Servicios Sanitarios de la Seguridad Social u órgano equivalente del respectivo servicio público de salud³², tal como indica hoy, en relación con los inspectores médicos del INSS, el art. 170.1 LGSS, donde además se indica que dichas competencias podrán ser ejercidas

hasta el cumplimiento del plazo de duración de trescientos sesenta y cinco días de los procesos de incapacidad temporal.

Según lo dispuesto en la citada Ley 35/2010, de 17 de septiembre, la atribución de eficacia plena a las altas emitidas por el INSS o el ISMAR empezaría a ser efectiva a partir de la fecha que determinara la Secretaría de Estado de la Seguridad Social. Dicho mandato fue cumplido por Resolución de 15 de noviembre de 2010 de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, por la que se fijaba la fecha en la que las Direcciones Provinciales del INSS y del ISMAR asumirían competencias en relación con la gestión de la prestación por incapacidad temporal³³. En cualquier caso, como el ISMAR seguía careciendo de inspectores médicos a la altura del año 2023, el ya citado Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, suprimió toda referencia a estos, atribuyéndose en exclusiva a la inspección médica del INSS las competencias en materia de altas médicas con efectos prestacionales³⁴.

En lo que respecta a la facultad de los médicos de las mutuas de proponer el alta médica en los procesos de incapacidad temporal derivados de contingencias comunes, conviene recordar que, en ese afán del legislador por controlar el absentismo laboral injustificado, el art. 44 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes

todos los centros y establecimientos sanitarios estarían sometidos a la inspección y control por las Administraciones Sanitarias competentes.

31. Siguiendo lo dispuesto en el art. 26 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

32. Como quedó estipulado en la Disposición adicional quincuagésima segunda de la precedente LGSS, cuyo texto sería reproducido por el vigente art. 170.1 LGSS.

33. Desde el día 26 de noviembre de 2010.

34. Tal como puede verse en la DA 1^a.4 de la LGSS, donde se indica que el INSS ejercerá a través de su inspección médica las competencias previstas en la LGSS tanto respecto de los trabajadores incluidos en el Régimen General como de los comprendidos en alguno de los regímenes especiales del sistema de la Seguridad Social.

y Servicios, llegó a atribuir la posibilidad de expedir las denominadas altas médicas económicas, con efectos prestacionales,

a los Médicos de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales respecto del personal al servicio de los asociados a éstas.

La operatividad de esta facultad quedó condicionada, no obstante, a lo que se dispusiera reglamentariamente, pero el art. 6 del RD 625/2014, de 18 de julio, que teóricamente tendría que haber desarrollado esa habilitación legal, le hizo caso omiso, y tampoco fue tenida en cuenta por el propio legislador al redactar la Ley 35/2014, de 26 de diciembre, por la que se modificó la LGSS en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social. Así, al regular la gestión por parte de las mutuas de la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, dicha norma sólo les atribuiría la facultad de “formular propuestas motivadas de alta médica”, como puede verse en el art. 82.4.b) de la vigente LGSS, por lo que aquella exorbitante previsión del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, quedó derogada de forma tácita.

Cuando la incapacidad temporal derive de contingencias profesionales y la persona trabajadora esté protegida en una entidad gestora de la seguridad social, será el médico de atención primaria, el inspector del servicio público de salud o el inspector médico adscrito al INSS quienes puedan expedir el parte médico de alta, tal como sucede en el caso de la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes. En cambio, si la gestión de la incapacidad temporal derivada de contingencia comunes corresponde a una mutua, el parte médico de alta tendrá que ser expedido por el médico dependiente de la mutua³⁵. Por otro lado, cuando la gestión de la incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales haya sido asumida por la propia empresa en virtud del mecanismo de la colaboración voluntaria, será el propio médico dependiente de la empresa que cursó la baja quien deba expedir el alta³⁶.

1.2. El procedimiento de determinación de la contingencia causante de la baja por incapacidad temporal

Antes de adentrarnos en el estudio de las diversas fórmulas de impugnación de los partes médicos de alta establecidos por la normativa de seguridad social, es conveniente

35. Así lo indica el art.5.2 RD 625/2014, de 18 de julio.

36. Como se reconoce en el segundo párrafo del art. 2.1 y en el art. 5.2 RD 625/2014, de 18 de julio, tal como ambos preceptos quedaron redactados por RD 231/2017, de 10 de marzo. En la redacción originaria del RD 625/2014, de 18 de julio, no se atribuía de forma expresa al médico de la empresa la facultad de expedir el alta, pero eso cabía deducir de lo dispuesto en el art. 4.1 RD 1430/2009, de 11 de septiembre, donde se hacía referencia a las altas médicas emitidas por las empresas colaboradoras.

detenerse en la solución que se ha dado al problema que en ocasiones surge, a efectos de gestión de la incapacidad temporal, a la hora de identificar el origen común o profesional de una patología, lo que constituye uno de los aspectos fundamentales en materia de prestaciones de seguridad social por las consecuencias que de la misma se derivan sobre el acceso, contenido y régimen de gestión de la protección dispensada³⁷. El problema de la determinación de la contingencia causante venía surgiendo, sobre todo, cuando la mutua responsable de la cobertura de las contingencias profesionales, tras la preceptiva atención sanitaria de la persona trabajadora y una vez realizadas las pruebas pertinentes, entendía que la contingencia originaria de la patología no era de carácter profesional sino de carácter común, determinando la remisión del trabajador al servicio público de salud³⁸.

La Secretaría de Estado para la Seguridad Social, en su Resolución de 19 septiembre de 2007³⁹, intentó poner remedio a las problemáticas discrepancias generadas a este respecto en el ámbito de las enfermedades profesionales, donde se planteaba con mayor intensidad la necesidad de contar con instrumentos que garantizaran la adecuada determinación de la contingencia causante, para lo cual se estableció la obligación de las mutuas de remitir al INSS todos aquellos expedientes tramitados por ellas en materia de prestaciones de incapacidad temporal y muerte y supervivencia que hubieran resuelto sin considerar como enfermedad profesional a la contingencia causante, pese a contarse con indicios que pudieran hacer presumir la existencia de dicha clase de patología.

En cualquier caso, con la adopción de esta medida con efectos *ad intra* de alcance sumamente limitado, el problema de la remisión de la persona trabajadora al servicio público de salud por parte de la mutua seguía produciéndose “por la vía de hecho, sin la exigencia de ningún acto formal, lo que generaba complicaciones importantes, que podían terminar en una situación de reenvíos entre la mutua y el servicio público de salud y viceversa, donde el único perjudicado era el trabajador, por mucho que se le prestara la atención sanitaria inicial o primaria”⁴⁰. El RD 625/2014, de 18 de julio, pondría fin a esta anómica situación mediante la inserción en el RD 1430/2009, de 11 de septiembre⁴¹, de un novedoso art. 6 donde quedaba regulado un procedimiento administrativo de determinación de la contingencia causante de los procesos de incapacidad temporal que podía ser iniciado, partir de la fecha de emisión del parte médico de baja: a) de oficio, por propia iniciativa del INSS o como

37. Rodríguez Iniesta 2023, 155.

38. Tortuero Plaza 2014, 35-36.

39. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-16726>.

40. Tortuero Plaza 2014, 36.

41. Por el que se desarrolla reglamentariamente la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en relación con la prestación de incapacidad temporal. Su versión actualizada puede verse, *on line*, en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2009-15442>.

consecuencia de petición motivada de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, del servicio público de salud competente para gestionar la asistencia sanitaria de la Seguridad Social o a propuesta del ISMAR; b) a instancias de la persona trabajadora o su representante legal; c) a instancias de las mutuas o de las empresas colaboradoras, en aquellos asuntos que les afectaran directamente⁴².

Asimismo, el art. 3.2 del Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, para acabar con la “crispante y en ocasiones, abusiva situación”⁴³ de reenvío al servicio público de salud de la persona trabajadora, empezaría a exigir a la mutua o empresa colaboradora que rechazara el siniestro por considerar que la patología causante era de carácter común, la entrega a la persona trabajadora de

un informe médico en el que describa la patología y señale su diagnóstico, el tratamiento dispensado y los motivos que justifican la determinación de la contingencia causante como común, al que acompañará los informes relativos a las pruebas que, en su caso, se hubieran realizado.

Todo ello sin perjuicio de dispensar a la persona trabajadora la asistencia necesaria en los casos de urgencia o de riesgo vital antes de enviarla al servicio público de salud para su tratamiento.

Si la persona trabajadora acude al servicio público de salud y el médico de este, a la vista del informe de la empresa colaboradora o de la mutua, emite parte de baja por contingencia común, la persona beneficiaria queda plenamente habilitada para instar ante el INSS el procedimiento de determinación de la contingencia regulado en el art. 6 del Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre. Por su parte, el facultativo que emita el parte de baja, sin perjuicio de que este produzca plenos efectos, también podrá formular su discrepancia frente a la consideración de la contingencia otorgada por la empresa colaboradora o la mutua mediante la presentación de una petición motivada ante el INSS en los términos establecidos en el art. 6 del Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre.

Cuando el procedimiento de determinación de la contingencia no haya comenzado por propia iniciativa del INSS, este tendrá que comunicar su inicio al servicio público de salud competente, a la mutua o a la empresa colaboradora, dependiendo de quien lo haya instado, en aquellos asuntos que les afecten, para que, en el plazo improrrogable de cuatro días hábiles, aporten los antecedentes relacionados con el caso de que dispongan e informen sobre la contingencia de la que consideran que deriva el proceso patológico y los motivos del mismo. Cuando el procedimiento no

42. Todas las solicitudes deberán ir acompañadas de toda la documentación necesaria para poder determinar la contingencia, incluidos, en su caso, los informes y pruebas médicas realizadas, tal como acaba indicando el art. 6.1 RD 1430/2009, de 11 de septiembre.

43. Tortuero Plaza 2014, 36.

se inicie a instancias de la persona trabajadora, el INSS también tendrá que comunicarle su inicio, indicando que dispone de un plazo de diez días hábiles para aportar la documentación y hacer las alegaciones que estime oportunas. El INSS, de oficio, podrá solicitar los informes y realizar cuantas actuaciones considere necesarias para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debe dictar resolución.

En aquellos casos en que el servicio público de salud hubiera emitido parte de baja por contingencias comunes, se iniciará el abono de la prestación de incapacidad temporal que corresponda hasta la fecha de resolución del procedimiento, sin perjuicio de que, si la resolución del INSS acaba determinando el carácter profesional de la contingencia, la mutua responsable tenga que abonar al interesado la diferencia que resulte a su favor, y reintegrar a la entidad gestora, en su caso, la prestación abonada a su cargo, mediante la compensación de las cuantías que procedan, y al servicio público de salud el coste de la asistencia sanitaria prestada⁴⁴.

De igual modo se procederá cuando la resolución determine el carácter común de la contingencia, modificando la anterior calificación como profesional y su protección hubiera sido dispensada por una mutua. Esta tendrá que ser reintegrada tanto por la entidad gestora como por el servicio público de salud de los gastos generados por las prestaciones económicas y asistenciales hasta la cuantía que corresponda a dichas prestaciones en consideración a su carácter común⁴⁵.

La determinación del carácter común o profesional de la contingencia es competencia del equipo de valoración de incapacidades (EVI)⁴⁶, que emitirá un informe preceptivo, elevado al director provincial del INSS correspondiente, en el que se pronunciará sobre la naturaleza de la contingencia que ha originado el proceso de dicha incapacidad. Una vez emitido el informe del EVI, el director provincial del INSS competente dictará la resolución que corresponda en el plazo máximo de quince días hábiles a contar desde la aportación de la documentación por las partes interesadas, o del agotamiento de los plazos de cuatro y diez días, según los casos, fijados en el art. 6.2 del Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre⁴⁷.

La resolución que resuelva el procedimiento tendrá que pronunciarse necesariamente sobre el carácter, común o profesional, de la contingencia de la que derive la

44. Lógicamente, si la contingencia profesional estuviese a cargo de la entidad gestora, será esta la que tenga que abonar a la persona interesada las diferencias que le correspondan.

45. Y como puede suceder que la misma mutua cubra ambas contingencias, la mutua afectada realizará las correspondientes compensaciones en sus cuentas.

46. Tal como ya quedó determinado en el art. 3.1.f) RD 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social.

47. En el ámbito de aplicación del Régimen Especial de Trabajadores del Mar, el informe preceptivo del correspondiente EVI será formulado ante el director provincial del ISMAR, para que sea este quien adopte la resolución que corresponda y proceda a su posterior notificación a las partes interesadas.

situación de incapacidad temporal, indicando asimismo si el proceso es o no recaída de otro anterior, y deberá establecer el sujeto responsable de las prestaciones económicas y sanitarias⁴⁸. Dicha resolución del director provincial del INSS será comunicada a la persona interesada, a la empresa, a la mutua y al servicio público de salud⁴⁹. Estas resoluciones emitidas por la entidad gestora para la determinación de la contingencia causante tienen la consideración de resoluciones que ponen fin a la reclamación administrativa previa en materia de prestaciones de Seguridad Social prevista en el art. 71 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LJS)⁵⁰, lo que deja expedita la posibilidad de formular demanda ante el Juzgado de lo Social en el plazo de treinta días, contados desde la fecha en que se notifique la denegación de la resolución del INSS o desde el día en que se entienda denegada por silencio administrativo⁵¹.

2. LA IMPUGNABILIDAD DE LOS PARTES DE ALTA EXPEDIDOS POR LOS FACULTATIVOS DEL SERVICIO PÚBLICO DE SALUD

Cuando el parte médico de alta es expedido por el médico de atención primaria o a instancias de la inspección médica del servicio público de salud, que es lo procedente en los supuestos de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, la persona trabajadora no suele cuestionar la decisión facultativa, como ya dejamos apuntado, porque este parte médico de alta aparece institucionalizado como el cierre normal o fisiológico, podríamos decir, del proceso de incapacidad temporal. Ello no quiere decir, obviamente, que la persona trabajadora tenga que estar de acuerdo siempre con la decisión del médico de atención primaria, puesto que este, como se deduce de lo que hemos venido indicando, tiene una doble y compleja función que, en ocasiones, pueden llegar a ser incompatibles o contradictorias. Así, mientras que, como médico, su labor de asistencia sanitaria le exige velar por la salud de su paciente, lo que implica una relación de confianza entre ambos, como emisor de los partes de alta y baja, en cambio, donde el facultativo del servicio público de salud cumple una función de colaboración necesaria con la gestión de la seguridad social, “puede verse obligado a enfrentarse a su paciente”⁵², en la medida en que reconoce o

48. También deberá pronunciarse sobre los efectos que correspondan, en el proceso de incapacidad temporal, como consecuencia de la determinación de la contingencia causante, cuando coincidan en el tiempo dolencias derivadas de distintas contingencias.

49. Las comunicaciones efectuadas entre las entidades gestoras, la mutua y la empresa deben ser realizadas por medios electrónicos, informáticos o telemáticos que permitan la mayor rapidez en la información.

50. Como se deduce de lo dispuesto en el art. 6.8 RD 1430/2009, de 11 de septiembre.

51. Tal como se prevé, con carácter general, en el art. 71.6 LJS.

52. Molins García-Atance 2010, 16.

deniega las prestaciones de incapacidad temporal. Podría ocurrir, por ejemplo, que el paciente pida al médico de atención primaria que mantenga la situación de baja y el facultativo considere que sus dolencias no lo justifican, o, tras el alta, el paciente podría entender que no se ha recuperado lo suficiente como para retornar al puesto de trabajo en condiciones idóneas de seguridad para su integridad física o psíquica o la de sus compañeros⁵³, por lo que, sin perjuicio de tener que incorporarse necesariamente al puesto de trabajo, podría sopesar la posibilidad de impugnar el alta médica.

Según lo dispuesto en el tercer párrafo del art. 5.1 del Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, los dos principales efectos de todo parte de alta expedido por el facultativo o el inspector médico del servicio público de salud son, como ya vimos, la extinción del proceso de incapacidad temporal de la persona trabajadora y su consecuente obligación de reincorporarse al puesto de trabajo al día siguiente de su emisión. Se trata, por tanto, de un acto administrativo de eficacia inmediata con efectos directos tanto sobre la relación laboral como sobre el régimen jurídico de una prestación de seguridad social⁵⁴, por lo que, para su impugnación, procederá la reclamación administrativa previa del art. 71.1 LJS, tal como se deduce, *sensu contrario*, de lo establecido en el art. 140.3 a) de la propia LJS⁵⁵, donde se exige demandar al servicio público de salud cuando se impugne el alta emitida por algún facultativo de dicha entidad. Hay que tener en cuenta, por otro lado, que las impugnaciones de altas médicas constituyen procesos que buscan la nulidad o revocación de la resolución administrativa de alta médica, retrotrayendo los beneficios de la incapacidad temporal a la fecha en que esta se emitió, por lo que se trata, sin duda, de una materia propia de la Seguridad Social⁵⁶, de ahí que el conocimiento de estos pleitos competa al orden jurisdiccional social en virtud de lo dispuesto en el art. 2. o) de la LJS, que atribuye a los órganos jurisdiccionales del orden social todas las cuestiones litigiosas que se promuevan “en materia de prestaciones de Seguridad Social”.

Dado que el parte médico de alta del servicio público de salud es, como decimos, un acto administrativo con efectos directos sobre la relación laboral, su impugnación no suspenderá la obligación de trabajar. La persona trabajadora tiene la obligación de acatar las prescripciones médicas⁵⁷, por lo que, en caso de inasistencia al trabajo tras el alta médica, la empresa podría llegar a extinguir el contrato de trabajo

53. Torollo González 2005, 5.

54. *Ibidem*, 6.

55. Lafuente Suárez 2019, 37.

56. Torollo González 2005, 22.

57. Dejando a salvo, en todo caso, el derecho de todo paciente o usuario a negarse al tratamiento prescrito, que aparece establecido en los arts. 2.4 y 21 Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que no resulta aplicable en la situación que comentamos, puesto que dicha negativa a aceptar el tratamiento prescrito implica la “firma del alta voluntaria” por parte del paciente o usuario, tal como se indica en el art. 21.1 de la citada Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

bien amparado en el desistimiento o abandono del trabajador, bien por razones disciplinarias ante las, en principio, ausencias injustificadas al trabajo⁵⁸.

Ello no es óbice para que la persona trabajadora pueda solicitar inmediatamente al Juzgado de lo Social una medida cautelar de suspensión del alta médica, acompañada de una solicitud de reconocimiento por el médico forense. También se podría acudir, al mismo tiempo, a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para denunciar al servicio público de salud por incumplimiento de su función pública de prestación de asistencia sanitaria.

Por otro lado, al tratarse de un acto administrativo, el parte médico de alta del servicio público de salud debe estar suficientemente motivado y sujeto a los requisitos formales reglamentariamente establecidos. De acuerdo con lo previsto a tal fin, una vez realizado el preceptivo reconocimiento médico de la persona trabajadora, el parte de alta expedido por el facultativo o el inspector médico del servicio público de salud siempre deberá consignar la causa del alta médica, el código de diagnóstico definitivo y la fecha de la baja inicial⁵⁹. En cualquier caso, no parece que la falta de alguno de esos requisitos formales pueda conducir a la nulidad del alta médica, puesto que el Tribunal Supremo ha venido indicando de forma reiterada que la no consignación del diagnóstico, por ejemplo, es una “mera irregularidad administrativa” que no puede llevar aparejada la nulidad del parte de alta porque no produce indefensión,

ya que, por regla general, el propio demandante conoce cuáles son las enfermedades o lesiones que han dado lugar a las sucesivas bajas y altas médicas, no impidiéndole recurrirlos en reclamación previa⁶⁰.

En cuanto a la notificación del parte médico de alta del servicio público de salud, la persona trabajadora recibirá una copia de este parte médico de alta, que el facultativo o el inspector del servicio público de salud tendrá que remitir al INSS, por vía telemática, de manera inmediata, y, en todo caso, en el primer día hábil siguiente al de su expedición⁶¹. Cuando se trate de un proceso de incapacidad temporal por contingencias comunes gestionado por una mutua, el INSS tendrá que comunicar a la mutua el parte médico de alta de manera inmediata, y, en todo caso, en el primer día hábil siguiente al de su recepción, para que la mutua, a su vez, comunique a la

58. Torollo González 2005, 6.

59. Primer párrafo del art. 5.1 RD 625/2014, de 18 de julio. En el caso de los partes de alta expedidos por el inspector médico del servicio público de salud, es el art. 7 Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio, con la redacción dada por Orden ISM/2/2023, de 11 de enero, la que regula esta materia en los términos indicados.

60. STS de 11 de marzo de 2002. Vid. Torollo González 2005, 9.

61. Art. 7.1 RD 625/2014, de 18 de julio, con la redacción dada por RD 1060/2022, de 27 de diciembre.

empresa la extinción del derecho a subsidio por incapacidad temporal, su causa y la fecha de efectos de la misma⁶². Podría parecer, *a priori*, que la falta de notificación a la persona trabajadora del alta médica del servicio público de salud debería conducir a su anulación por aplicación de lo dispuesto en el art.47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPA), donde se consideran como nulos de pleno derecho los actos de las Administraciones Públicas que sean dictados “prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”. Sin embargo, cuando se han planteado acciones judiciales por falta de notificación de las altas médicas, los órganos jurisdiccionales del orden social han venido estimando que el único efecto que ello genera es el de “abrir tardíamente el plazo para su impugnación, no la nulidad del acto administrativo”⁶³.

Siguiendo lo dispuesto en el art. 71.2 LJS, la preceptiva reclamación administrativa previa deberá interponerse ante el servicio público de salud que haya emitido el alta médica, que actuará como entidad gestora en estos casos⁶⁴, puesto que ha sido el órgano administrativo competente que ha dictado “resolución sobre la solicitud inicial del interesado”, tal como indica el citado art. 71.2 LJS, y tendrá que ser la parte demandada necesariamente en virtud de lo dispuesto en el art. 140.3.a) de la LJS. El plazo de presentación de la reclamación es de once días desde la notificación del parte médico de alta, si este es expreso, o desde la fecha en que, conforme a la normativa reguladora del procedimiento de que se trate, deba entenderse producido el silencio administrativo⁶⁵. El servicio público de salud deberá contestar expresamente en el plazo de siete días hábiles, entendiéndose desestimada la reclamación por silencio administrativo una vez transcurrido dicho plazo⁶⁶. Queda así expedita la vía jurisdiccional social, ante cuyos órganos judiciales se podrá presentar la pertinente demanda en el plazo de veinte días, que se computarán desde la notificación del alta definitiva acordada por el servicio público de salud⁶⁷.

Cabría plantear, por último, si además de la reclamación administrativa previa a la demanda en el orden social, la persona trabajadora podría abrir simultáneamente la puerta a una responsabilidad de la administración sanitaria cuando entienda que el cumplimiento de su obligación de incorporarse al trabajo, tras el diagnóstico clínico que ha conducido al alta, pudiera afectar a su salud o a su integridad psicofísica⁶⁸. A

62. Cuarto párrafo del art. 5.1 RD 625/2014, de 18 de julio, en concordancia con lo dispuesto en el art. 2.5 del mismo texto reglamentario.

63. Torollo González 2005, 20.

64. Lafuente Suárez 2019, 37.

65. Tal como se deduce de lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 71.2 LJS, donde se indica que este plazo reducido resultará aplicable a los procedimientos de impugnación de altas médicas no exentos de reclamación previa, como es el caso de las altas médicas del servicio público de salud.

66. Segundo párrafo del art. 71.5 LJS.

67. Segundo párrafo del art. 71.6 LJS.

68. Torollo González 2005, 23.

nuestro juicio, pese al silencio de la normativa de seguridad social al respecto, en estos casos cabría plantear también el recurso de alzada del art. 112.1 LPA, cuya resolución podría abrir la vía judicial contencioso-administrativa, si la persona trabajadora considera que el parte médico de alta del servicio público de salud es una resolución que produce un perjuicio irreparable a sus derechos e intereses legítimos y fundamenta su nulidad de pleno derecho en la causa prevista en el art. 47.1.a) de la LPA: la “lesión de un derecho susceptible de amparo constitucional” como el derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral reconocido en el art. 15 CE.

3. LA IMPUGNACIÓN DE ALTAS EXPEDIDAS POR EL INSS EN PROCESOS DE INCAPACIDAD TEMPORAL DERIVADOS DE CONTINGENCIAS COMUNES ANTES DEL AGOTAMIENTO DE LOS 365 DÍAS DE DURACIÓN

Como ya hemos comentado, el art. 170.1 LGSS habilita al INSS para la expedición de altas médicas, “a todos los efectos”, en los procesos de incapacidad temporal derivados de contingencias comunes “hasta el cumplimiento del plazo de duración de trescientos sesenta y cinco días”, lo que puede hacer bien a iniciativa propia o a propuesta de la mutua que tenga atribuida la gestión de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, tal como prevé, por su parte, el art. 82.4. b) de la LGSS. En ambos casos, resultará imprescindible el previo reconocimiento médico de la persona trabajadora en baja por incapacidad temporal, por lo que será necesario comentar primero en qué términos debe desarrollarse el requerimiento que ha de efectuar a tal fin el médico adscrito al INSS o el de la mutua.

3.1. El preceptivo reconocimiento médico de la persona trabajadora en baja por incapacidad temporal por parte del INSS o de la mutua

En el marco de las facultades de control y seguimiento de las situaciones de incapacidad temporal atribuidas a las entidades gestoras de la seguridad social, el INSS cuenta con la potestad de disponer que las personas trabajadoras que se encuentren en situación de incapacidad temporal sean reconocidas por los inspectores médicos de dichas entidades gestoras⁶⁹. Facultad que también se atribuye a las mutuas

respecto de los beneficiarios de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes incluidos en su ámbito de gestión⁷⁰.

69. Art. 9.1 RD 625/2014, de 18 de julio. Es una potestad que también tiene atribuida el ISMAR en las mismas condiciones que el INSS.

70. Segundo párrafo del art. 9.1 RD 625/2014, de 18 de julio.

Como elemento básico de garantía, se establece que los reconocimientos se llevarán a cabo respetando, en todo caso, el derecho a la intimidad y a la dignidad de las personas trabajadoras⁷¹, siéndoles de aplicación también las garantías establecidas a efectos de su derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, la confidencialidad de la información objeto de tratamiento y lo dispuesto para las historias clínicas en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica⁷².

Como ha advertido la doctrina, el legislador puso fin en el año 2014 a una tradicional regla extremadamente severa según la cual la incomparecencia de la persona trabajadora al reconocimiento médico conducía inexorablemente a la extinción de la prestación⁷³. Así, como indica el art. 175.3 de la LGSS, la incomparecencia de la persona trabajadora a cualquiera de las convocatorias realizadas por los médicos adscritos al INSS y a las mutuas para examen y reconocimiento médico sólo producirá “la suspensión cautelar del derecho, al objeto de comprobar si aquella fue o no justificada”. Se determinó entonces que reglamentariamente se regularía el procedimiento de suspensión del derecho y sus efectos, lo que fue realizado por el art. 9 del Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, donde efectivamente se desarrolla el procedimiento a seguir en caso de requerimiento a las personas trabajadoras para reconocimiento médico, que se llevará a cabo conforme a las reglas que sucintamente pasamos a describir.

La citación a reconocimiento médico habrá de comunicarse a la persona trabajadora con una antelación mínima de cuatro días hábiles. En dicha citación se le informará de que, en caso de no acudir al reconocimiento, se procederá a suspender cautelarmente la prestación económica, con la advertencia de que, si la falta de personación no queda justificada en un plazo de diez días hábiles, contados desde la fecha fijada para el reconocimiento, se procederá a la extinción del derecho al subsidio. Si el trabajador justificara, antes de la fecha fijada para el reconocimiento médico o en ese mismo día, las razones que le impiden comparecer, la entidad gestora o mutua podrá fijar una fecha posterior para su realización, comunicándolo al interesado con una antelación mínima de cuatro días hábiles.

La incomparecencia de la persona trabajadora en la fecha fijada para el reconocimiento médico, habilita al director provincial del INSS para dictar resolución disponiendo la suspensión cautelar del subsidio desde el día siguiente al fijado para el

71. Tortuero Plaza 2014, 41.

72. Art. 9.2 RD 625/2014, de 18 de julio.

73. Tortuero Plaza 2014, 41-42. La modificación de esta regla se hizo a través de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, que añadió un nuevo apartado 3 al art. 132 de la codificación legal precedente, adoptada por RDLeg. 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Tras la codificación del año 2015, su contenido puede verse hoy en el art. 175.3 LGSS.

reconocimiento, lo que comunicará de forma inmediata a la persona interesada, indicando que dispone de un plazo de diez días hábiles, contados a partir de la fecha en que se produjo la incomparecencia, para justificar la misma. Cuando sea la mutua quien requiera el reconocimiento médico y la persona trabajadora no acuda al mismo en la fecha fijada, será la propia mutua la que “acordará” la suspensión cautelar del subsidio desde el día siguiente al fijado para el reconocimiento, procediendo de la misma forma que el INSS en materia de comunicación y petición de justificación a la persona interesada. Tanto el INSS como la mutua tendrán que comunicar la suspensión acordada por vía telemática a la empresa y a la TGSS. Aunque la norma no se pronuncia al respecto, la doctrina entiende que la suspensión cautelar de la prestación “llevará implícita la suspensión de la cotización”⁷⁴.

Si el trabajador justifica su incomparecencia dentro de los diez días hábiles siguientes a la fecha en que estaba citado a reconocimiento médico, el director provincial del INSS dictará nueva resolución, o la mutua nuevo acuerdo, dejando sin efecto la suspensión cautelar, procediendo a rehabilitar el pago de la prestación con efectos desde la fecha en que quedó suspendida. En estos casos la entidad gestora o la mutua, en el plazo de quince días siguientes a la fecha en que se dicte la resolución o acuerdo, tendrán que abonar directamente al trabajador el subsidio correspondiente al período de suspensión. Asimismo, comunicarán a la empresa y a la TGSS la resolución por la que la suspensión queda sin efecto, informando de la fecha a partir de la cual procede reponer el pago delegado por parte de la empresa.

Se entenderá que la incomparecencia fue justificada en los siguientes casos: a) cuando la persona trabajadora aporte un informe emitido por el médico del servicio público de salud que le preste asistencia sanitaria, donde además se señale que la personación era desaconsejable debido a la situación clínica del paciente; b) si la cita se hubiera realizado con un plazo previo inferior a cuatro días hábiles; c) cuando la persona beneficiaria acredite la imposibilidad de asistir por otra “causa suficiente”. Este último motivo de justificación es un típico concepto jurídico indeterminado que, en estos casos, deja un excesivo margen de discrecionalidad tanto al INSS como a las mutuas, lo que puede dar lugar a situaciones en las que una interpretación demasiado estricta de lo que haya de entenderse por causa suficiente, “puede ser totalmente contrario a los lícitos intereses de los beneficiarios de la prestación”⁷⁵.

Una vez transcurridos diez días hábiles desde la fecha en que la persona trabajadora estuviera citada a reconocimiento médico por el INSS, sin que el trabajador hubiera podido justificar suficientemente su incomparecencia, el director provincial competente dictará resolución declarando la extinción del derecho a la prestación económica con efectos desde el día en que hubiera sido efectiva la suspensión.

74. Tortuero Plaza 2014, 43.

75. Gorelli Hernández 2017, 29.

Dicha resolución se notificará al interesado, y se comunicará asimismo la extinción acordada, por vía telemática, al servicio público de salud, a la empresa y a la TGSS. Idénticas facultades extintivas, y con las mismas condiciones de notificación y comunicación, se atribuyen también a las mutuas cuando, transcurridos diez días hábiles desde la fecha en que estaba citado a reconocimiento médico, la persona trabajadora no hubiera aportado justificación suficiente de su incomparecencia. La base legal de esta medida extintiva se encuentra en el art. 174.1 de la LGSS, donde se contempla como causa de extinción del derecho al subsidio por incapacidad temporal “la incomparecencia injustificada” a cualquiera de las convocatorias para los exámenes y reconocimientos establecidos por la inspección médica del INSS o por los médicos de la mutua.

Pese a tener base legal, conviene advertir, no obstante, que la resolución del INSS o el acuerdo de la mutua que extinguen el derecho al subsidio por incapacidad temporal no son, en puridad, un alta médica, pero genera los mismos problemas y disfunciones que las denominadas “altas a los solos efectos económicos” que el legislador atribuyó al INSS en 1997⁷⁶, y que tuvieron que ser sustituidas por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, como vimos, por altas médicas “a todos los efectos”. Hay que tener en cuenta que la persona trabajadora sólo ve extinguido el derecho a prestación económica de seguridad social, pero podría seguir sometido a tratamiento médico y permanecer de baja médica, con su contrato suspendido, por lo que, pese a mantener una situación de afectación que le impida el desarrollo de la prestación laboral, se verá forzado a incorporarse al trabajo, lo que hace recaer las consecuencias de esta decisión sobre la persona trabajadora, que puede no estar totalmente recuperada, y sobre la empresa, que está obligada, en virtud de lo dispuesto en el art. 25.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales, a no dar empleo a las personas que se encuentren manifestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo. O sea, que la falta de justificación de la inasistencia al reconocimiento médico, como acertadamente ha indicado la doctrina, implica una presunción de que el trabajador ha recuperado su capacidad para trabajar e incluso que han desaparecido las afecciones para su salud, lo que no siempre tiene porqué ser cierto, con los perjuicios que ello supone a efectos económicos y sanitarios, de ahí que este mecanismo acaba configurándose realmente como un instrumento sancionador sobre el trabajador negligente⁷⁷. Es por ello que, como también se ha apuntado, quizás se podría haber establecido otro tipo de sanciones intermedias menos problemáticas como, por ejemplo, la pérdida de tantos días de prestación como medien entre la fecha de la comparecencia y la fecha real de asistencia⁷⁸.

76. Por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

77. Gorelli Hernández 2017, 30.

78. Álvarez Cortés 2017, 103.

Habría que entender, por lo demás, que, aun no siendo altas médicas en sentido estricto, en la medida en que se trata de resoluciones o acuerdos que afectan a una prestación de seguridad social, podrían ser impugnados a través de la reclamación administrativa previa establecida en art.71 LJS⁷⁹. Y dado que no son altas médicas en sentido estricto, entendemos que se regirán por el plazo de presentación común de treinta días desde su notificación, debiendo el INSS o la mutua contestar expresamente a la reclamación en el plazo de cuarenta y cinco días⁸⁰.

En cualquier caso, el inspector médico del INSS siempre podrá acudir a la vía de expedir el alta médica por incomparecencia, a todos los efectos, en el ejercicio de las competencias previstas en el art. 170.1 LGSS⁸¹. Y aunque compartimos la opinión de la doctrina que considera criticable esta potestad del INSS, que tendría que fundamentar el alta no ya en la efectiva situación médica del trabajador sino en motivos que nada tienen que ver con la situación médica y la recuperación de la persona trabajadora, como sucede con la mera incomparecencia a un reconocimiento médico o la falta de justificación a dicha incomparecencia, lo cierto es que, en la práctica, la expedición del alta médica por incomparecencia evitaría, a nuestro juicio, todos los problemas derivadas de las pseudo altas a efectos económicos ya comentados. Por lo demás, el alta por incomparecencia no deja de ser una alta médica del INSS que resultaría impugnable mediante la presentación de la correspondiente reclamación administrativa previa siguiendo las reglas comunes previstas para la impugnación de las altas emitidas a iniciativa del INSS en los términos que seguidamente pasamos a comentar.

3.2. La impugnación de los partes de alta emitidos a iniciativa propia del INSS o a propuesta del médico de la mutua

Cuando, tras el preceptivo reconocimiento médico de la persona trabajadora o ante la incomparecencia injustificada de esta, el inspector médico del INSS haga uso de su facultad de expedir el parte de alta, que tendrá plenos efectos prestacionales y laborales, tendrá que dar traslado de los datos contenidos en el parte de alta de manera inmediata y, en todo caso, en el primer día hábil siguiente al de su expedición, al correspondiente servicio público de salud, para su conocimiento, y a la mutua, cuando sea competente para gestionar la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, para que la propia mutua “dicte acuerdo declarando extinguido el derecho por causa del alta, sus motivos y efectos”, notificando dicho acuerdo a la empresa. Asimismo, el inspector médico del INSS entregará una copia del parte de alta a la

79. En concreto, en los apartados 1 y 3 del art. 71.LJS, en el caso de las resoluciones del INSS y de los acuerdos de las mutuas, respectivamente.

80. Tal como se prevé en el primer párrafo del art. 71.5 LJS.

81. Tal como se prevé en el segundo párrafo del art. 9.6 RD 625/2014, de 18 de julio.

persona trabajadora, para su conocimiento, “expresándole la obligación de incorporarse al trabajo el día siguiente al de la expedición”⁸².

Por otro lado, el INSS también comunicará a la empresa, para su conocimiento, los datos meramente administrativos del parte de alta médica de sus personas trabajadoras, como máximo, en el primer día hábil siguiente al de su expedición⁸³. Y a partir de ese momento, el INSS será la única entidad competente para emitir, a través de su inspección médica, una nueva baja médica por la misma o similar patología durante los 180 días naturales siguientes a la fecha en que se expidió el alta médica⁸⁴, utilizando para ello el mismo modelo de parte de baja/alta establecido en el Anexo I de la Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio⁸⁵.

Las mutuas, como sabemos, no están facultadas para expedir directamente el alta médica en los procesos de incapacidad temporal derivados de contingencias comunes, pero sí que cuentan, no obstante, en virtud de lo dispuesto en el art. 82.4.b) de la LGSS, con la posibilidad de formular “propuestas motivadas de alta médica a través de los médicos dependientes de las mismas” cuando estos, a la vista de los partes médicos de baja, de confirmación de la baja, de los informes complementarios y de sus propios exámenes y reconocimientos médicos⁸⁶, consideren que el trabajador

82. Así aparece indicado en el art. 7.4 RD 625/2014, de 18 de julio (con la redacción dada por RD 1060/2022, de 27 de diciembre), que desarrolla de ese modo lo dispuesto en el art. 170.1 LGSS, donde se da por sentado que las altas emitidas por el INSS gozan de eficacia plena, tanto a efectos laborales como prestacionales. Conviene tener en cuenta a este respecto que hasta la entrada en vigor de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de donde procede la redacción del art. 170.1 LGSS, regía la posibilidad de emitir un alta médica “a los exclusivos efectos de las prestaciones económicas de la seguridad social”, lo que provocaba la extinción del derecho al subsidio por incapacidad temporal pero no la extinción de la situación de baja médica, de ahí que en el tercer párrafo del art. 1.4 RD 575/1997, de 18 de abril (derogado por el RD 625/2014, de 18 de julio), se dijera que el alta a efectos prestacionales expedido por el INSS sólo generaba, a efectos laborales, “el consiguiente derecho del trabajador de incorporarse a la empresa”. Para su completa efectividad, estas altas médicas económicas requerían la conformidad, expresa o tácita, de la Inspección Sanitaria del Servicio de Salud competente, de acuerdo con el procedimiento regulado en la ya extinta Orden de 19 de junio de 1997.

83. Segundo párrafo del art. 7.4 RD 625/2014, de 18 de julio, introducido por RD 1060/2022, de 27 de diciembre.

84. Segundo párrafo del art. 170.1 LGSS, tal como fue redactado por RD-ley 2/2023, de 16 de marzo, y concordantes arts. 7.5 RD 625/2014, de 18 de julio, y 8.3 Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio.

85. Con las modificaciones introducidas por Orden ISM/2/2023, de 11 de enero, por la que se modifica la Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio, por la que se desarrolla el RD 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. Estas bajas serán comunicadas al servicio público de salud y a la mutua competente, cuando le corresponda la cobertura del subsidio por incapacidad temporal. A partir de ese momento, el control del proceso correrá a cargo del INSS, directamente y sin que proceda la expedición de partes de confirmación de la baja (último inciso del art. 8.3 de la Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio).

86. Que forman parte de las facultades de las mutuas en materia de control y seguimiento de la prestación económica por incapacidad temporal, según lo dispuesto en el apartado d) del art. 82.4 LGSS.

“podría no estar impedido para el trabajo”. El procedimiento a seguir en estos casos aparece regulado en el propio art. 82.4.b) de la LGSS, cuyo desarrollo reglamentario fue efectuado por el art. 6 del Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, donde quedó evidenciado, como ahora veremos, que estas propuestas de alta no tenían otro objetivo que el de posibilitar el control por parte de las mutuas de la actuación del servicio público de salud durante los primeros 365 días de percepción del subsidio por incapacidad temporal derivado de contingencias comunes⁸⁷.

Las propuestas de alta médica formuladas por las mutuas, que irán acompañadas de los informes y pruebas que, en su caso, hubiesen realizado, se dirigirán “a las unidades de la inspección médica del servicio público de salud”, que las remitirán inmediatamente a los facultativos o servicios médicos a quienes corresponda la emisión de los partes médicos de alta, y se comunicarán simultáneamente tanto a la persona trabajadora afectada como al INSS para que sepan que se ha enviado la mencionada propuesta de alta médica. El facultativo del servicio público de salud competente para expedir el alta, deberá pronunciarse bien confirmando la baja médica, bien admitiendo la propuesta de la mutua.

Si el facultativo del servicio público de salud admite la propuesta de la mutua, emitirá el correspondiente parte de alta médica, lo que dará lugar a que la mutua “notifique la extinción del derecho al trabajador y a la empresa”, señalando su fecha de efectos⁸⁸. Ello implica para la persona trabajadora la obligación de incorporarse al trabajo al día siguiente de la fecha de efectos del alta⁸⁹. Aunque el detonante del alta haya sido la propuesta de la mutua, el alta será expedida *de facto* por el médico del servicio público de salud⁹⁰, por lo que la persona trabajadora podrá recurrir el parte médico de alta en los términos ya comentados a efectos de impugnabilidad de los partes de alta expedidos por los facultativos del servicio público de salud.

Cuando el facultativo del servicio público de salud considere que ha de mantenerse la baja, tendrá que consignar el diagnóstico, el tratamiento médico dispensado y las causas que justifican la discrepancia con la propuesta de la mutua, señalando las atenciones y los controles médicos que estime necesario realizar. La inspección médica trasladará a la mutua este informe del facultativo del servicio público de salud, junto con la actuación realizada, en el plazo máximo de cinco días desde la recepción de la propuesta de alta.

87. López Insua 2014a,77.

88. Inciso final del segundo párrafo del art. 82.4.b) LGSS.

89. Tal como aparece redactada esta parte del segundo párrafo del art. 82.4 b) LGSS, es dudoso que estas altas expedidas a propuesta de las mutuas, aunque conlleven la extinción del derecho al subsidio, sean revisables a través del procedimiento administrativo especial de revisión regulado en el RD 1430/2009, de 11 de septiembre.

90. En el mismo sentido, Gorelli Hernández 2017, 41.

En el caso de que la inspección médica del correspondiente servicio público de salud no reciba contestación de los facultativos o de los servicios médicos, o en caso de discrepar de la misma, también podrá acordar el alta médica, efectiva e inmediata. En todo caso, la inspección comunicará a la mutua, dentro del plazo de los cinco días siguientes a la fecha de recepción de la propuesta de alta, la actuación realizada junto con los informes que el facultativo haya remitido.

En el supuesto de que la inspección médica del servicio público de salud considere necesario citar al trabajador para revisión médica, esta se realizará dentro de ese plazo de cinco días, no quedando suspendida por ello el deber de la inspección médica de comunicar su decisión estimatoria o denegatoria. En caso de incomparecencia del trabajador el día señalado para la revisión médica, se comunicará la inasistencia en el mismo día a la mutua proponente y esta dispondrá de un plazo de cuatro días para comprobar si la incomparecencia fue justificada, suspendiendo el pago del subsidio con efectos desde el día siguiente al de la incomparecencia. En caso de que el trabajador justifique la incomparecencia, la mutua levantará la suspensión y repondrá el derecho al subsidio, pero si la considera injustificada, declarará su extinción mediante un acto motivado, por escrito, que se notificará al trabajador y a la empresa, donde aparecerá consignada la fecha de efectos del acuerdo extintivo, que se corresponderá con el primer día siguiente al de su notificación al trabajador⁹¹.

Cuando, excepcionalmente, la inspección médica del servicio público de salud no conteste a la propuesta de alta formulada por la mutua en el citado plazo de cinco días, la mutua podrá solicitar la emisión del parte de alta al INSS por vía telemática, en cuyo caso el plazo para resolver la solicitud será de cinco días hábiles desde el siguiente a su recepción⁹². Si el INSS considera que no procede el alta solicitada por la mutua, se lo comunicará a esta por vía telemática, de manera inmediata y, en todo caso, en el primer día hábil siguiente a aquel en que se hubiere tomado dicha decisión. En cambio, si el INSS considera que procede el alta solicitada por la mutua, expedirá el correspondiente parte de alta con los mismos requisitos y trámites que en el caso de las altas adoptadas por iniciativa propia del inspector médico del INSS⁹³.

Tanto las altas médicas emitidas por el INSS, a iniciativa propia, como las expedidas por el INSS a propuesta de una mutua, son resoluciones administrativas que extinguen el derecho al subsidio por incapacidad temporal, por lo que serán impugnables en vía judicial según lo previsto en el art. 71.1 LJS⁹⁴, donde, para formular

91. Párrafo tercero del art. 82.4.b) LGSS.

92. Párrafo cuarto del art. 82.4 b) LGSS, tal como fue redactado por RD-ley 2/2023, de 16 de marzo, que suprimió la posibilidad de que las mutuas pudieran dirigirse al INSS en caso de que el servicio público de salud hubiera desestimado la propuesta de alta y elevó de cuatro a cinco días hábiles el plazo que se concede al INSS para resolver.

93. Así se deduce de lo dispuesto en el art. 8.2 de la Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio.

94. Lozano Lares, Francisco (2023), 432.

demanda en materia de prestaciones de seguridad social, se exige, como sabemos, la interposición de una “reclamación previa ante la Entidad gestora de las mismas”. La reclamación previa deberá interponerse, pues, ante la propia Dirección Provincial del INSS en la que esté adscrito el inspector médico que haya expedido el alta⁹⁵, en el plazo de 11 días desde la notificación de la resolución de alta⁹⁶.

4. EL PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN DE ALTAS EMITIDAS POR LAS MUTUAS O EMPRESAS COLABORADORAS EN LOS PROCESOS DE INCAPACIDAD TEMPORAL

Cuando la situación de incapacidad temporal derive de contingencias profesionales y la gestión de estas haya sido atribuido a una mutua o empresa colaboradora, será el propio facultativo de la mutua o empresa colaboradora quien, tras el preceptivo reconocimiento del trabajador, resulta competente para expedir el parte médico de alta⁹⁷, que deberá consignar, en todo caso, su causa, el código de diagnóstico definitivo y la fecha de la baja inicial. La mutua o empresa colaboradora entregará una copia del parte de alta a la persona trabajadora⁹⁸, enviando el original al INSS, por vía telemática, de manera inmediata, y en todo caso, en el primer día hábil siguiente al de su expedición. Al igual que sucede con los partes de alta expedidos por el servicio público de salud o el INSS, el alta médica emitida por la mutua o empresa colaboradora determinará también la extinción de la situación de incapacidad temporal el mismo día de su expedición y la subsiguiente obligación de la persona trabajadora de reincorporarse a su puesto de trabajo al día siguiente, sin perjuicio de que los servicios sanitarios correspondientes continúen prestando al trabajador la asistencia sanitaria que aconseje su estado.

Tanto estas altas expedidas por las mutuas en procesos de incapacidad temporal derivados de contingencias profesionales, como las expedidas en iguales circunstancias por las propias empresas en régimen de colaboración voluntaria, son revisables en vía administrativa en virtud de lo dispuesto en la disposición adicional decimovena de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad

95. Puesto que así habrá que entender en estos casos lo dispuesto en el art. 71.2 LJS, donde se habla del “*órgano competente que haya dictado resolución sobre la solicitud inicial del interesado*”.

96. Segundo párrafo del art. 71.2 LJS, que rebaja el plazo común de 30 días a tan sólo 11 para aquellos “*procedimientos de impugnación de altas médicas no exentos de reclamación previa*”, como ocurre en este caso, puesto que las únicas altas exentas de reclamación previa son las dictadas por el INSS al agotarse el plazo de 365 días de duración de la prestación de incapacidad temporal (art. 71.1 LJS).

97. Tal como se indica en el art. 5.2 del Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, con la redacción dada por Real Decreto 231/2017, de 10 de marzo.

98. Como exige el art. 6.1 de la Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio, tras la redacción dada por Orden ISM/2/2023, de 11 de enero.

Social⁹⁹, a la que se remite expresamente el art. 170.5 LGSS, que estableció una habilitación legal para desarrollar reglamentariamente

el procedimiento administrativo de revisión, por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y a instancia del interesado, de las altas que expidan las entidades colaboradoras en los procesos de incapacidad temporal.

El desarrollo reglamentario de este procedimiento especial de revisión fue efectuado por el Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre, que consideró su tramitación como preferente por la entidad gestora competente, “con el fin de que se dicte la resolución correspondiente en el menor tiempo posible”¹⁰⁰.

La regulación de este procedimiento de revisión de altas médicas expedidas por las mutuas o empresas colaboradoras durante los primeros 365 días de los procesos de incapacidad temporal derivados de contingencias profesionales, aparece regulado, en concreto, en el art. 4 del citado Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre, que implementó un sistema de impugnación sumamente complejo, como ahora veremos, y con unos plazos tan cortos que impedían una correcta defensa, produciendo inseguridad jurídica¹⁰¹, de ahí que tuvieron que ser ampliados por el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio. De entrada, el plazo para instar la revisión del alta médica emitida por la mutua o empresa colaboradora, que originariamente era de tan sólo cuatro días hábiles, fue ampliado a diez días, contados a partir de su notificación a la persona trabajadora, que tendrá que presentar la solicitud de revisión ante la Dirección Provincial del INSS competente, en la que manifestará los motivos de su disconformidad con el alta médica expedida por la mutua o empresa colaboradora. A la indicada solicitud, que estará disponible en la página *web* de las correspondientes entidades gestoras, y con el fin de que el INSS conozca los antecedentes médico-clínicos existentes con anterioridad, se acompañará necesariamente el historial médico previo relacionado con el proceso de incapacidad temporal de que se trate o, en su caso, una copia de la solicitud de dicho historial a la mutua o empresa colaboradora. Como se deduce de lo expuesto, la persona trabajadora es la única legitimada para presentar ante el INSS la solicitud de revisión del alta emitida por la mutua o empresa colaboradora, sin que quepa la revisión de oficio y sin que la empresa tenga en ningún momento la condición de parte interesada, pese a resultar directamente afectada por el alta médica expedida por la mutua¹⁰².

El mero inicio del procedimiento de revisión, que deberá ser comunicado a la empresa en el mismo día en que se presente la solicitud o en el siguiente día hábil,

99. Lozano Lares, Francisco (2023), 435.

100. Tal como se exige en el art. 4.1 RD 1430/2009, de 11 de septiembre.

101. López Insua 2014b, 354.

102. Rodríguez Escanciano 2013, 132.

suspenderá los efectos del parte de alta médica, debiendo entenderse prorrogada la situación de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales durante la tramitación del procedimiento, por lo que se mantendrá, en su caso, el abono de la prestación en la modalidad de pago delegado¹⁰³. El procedimiento de revisión también podrá iniciarse cuando el trabajador solicite una baja médica derivada de contingencias comunes y se conozca entonces la existencia de un proceso previo de incapacidad temporal derivado de contingencia profesional en el que se hubiera emitido un alta médica por parte de la mutua o empresa colaboradora, en cuyo caso el servicio público de salud deberá informar al interesado sobre la posibilidad de iniciar este procedimiento especial de revisión en el plazo de diez días hábiles siguientes al de notificación del alta médica, comunicando también de inmediato al INSS la existencia de dos procesos distintos de incapacidad temporal que pudieran estar relacionados¹⁰⁴.

El INSS tendrá que efectuar dos tipos de comunicaciones perentorias en relación con la incoación de este procedimiento especial de revisión. Así, por un lado, tendrá que comunicar su inicio a la mutua competente para que, en el plazo improrrogable de cuatro días hábiles¹⁰⁵, aporte los antecedentes relacionados con el proceso de incapacidad temporal de que se trate e informe sobre las causas que motivaron la emisión del alta médica. La no presentación de dicha documentación no implicará la paralización del procedimiento, puesto que el INSS podrá dictar la resolución que proceda teniendo en cuenta la información facilitada por la persona trabajadora. La mutua o empresa colaboradora correspondiente podrá pronunciarse reconociendo la improcedencia del alta emitida, lo que motivará, sin más trámite, el archivo inmediato del procedimiento iniciado por la persona interesada. Por otro lado, el INSS también habrá de comunicar a la empresa el inicio del procedimiento de revisión en el plazo de los dos días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud por parte de la persona trabajadora. Si esta hubiere presentado a la empresa parte médico de baja emitido por el servicio público de salud, la empresa deberá informar de dicha circunstancia al INSS con carácter inmediato con el fin de que pueda coordinar las actuaciones procedentes.

El director provincial del INSS dictará, en el plazo máximo de quince días hábiles, a contar desde la aportación de la documentación pertinente por parte de la mutua o empresa colaboradora, la resolución que corresponda, previo informe

103. Abono que será incompatible con las rentas derivadas del ejercicio de la actividad profesional durante la tramitación de este procedimiento especial.

104. En estos casos, se iniciará el abono de la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes hasta la fecha de resolución del procedimiento, sin perjuicio de que, si finalmente el alta expedida por la mutua o empresa colaboradora quedase sin efecto tras la resolución del procedimiento de revisión, la mutua o empresa colaboradora deberá reintegrar al INSS la prestación abonada al trabajador y a éste la diferencia que resulte a su favor.

105. El RD 625/2014, de 18 de julio, tuvo que elevar en dos días el plazo improrrogable de dos días originariamente establecido.

preceptivo del EVI, que debe examinar y valorar el caso concreto¹⁰⁶. En la resolución que se dicte, el director provincial del INSS determinará la fecha y efectos del alta médica o el mantenimiento de la baja médica, determinando, si procede, la contingencia de la que deriva el proceso de incapacidad temporal, así como, en su caso, la improcedencia de otras bajas médicas que pudieran haberse emitido por parte del servicio público de salud durante la tramitación del procedimiento especial de revisión.

El procedimiento de revisión terminará con alguno de los siguientes pronunciamientos del INSS: a) confirmación del parte de alta médica emitido por la mutua o empresa colaboradora y declaración de la extinción del proceso de incapacidad temporal en la fecha del alta, en cuyo caso se considerarán indebidamente percibidas, a partir de la fecha indicada en la resolución, las prestaciones económicas por incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales que se hubieran abonado al interesado; b) mantenimiento de la situación de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales, por considerar que el interesado continúa con dolencias que le impiden trabajar, en cuyo caso, el alta médica emitida por la mutua o empresa colaboradora no producirá efecto alguno; c) determinación de la contingencia, común o profesional, de la que derive la situación de incapacidad temporal, cuando coincidan procesos intercurrentes en el mismo periodo de tiempo, y, por tanto, existan distintas bajas médicas¹⁰⁷; d) declarar sin efectos el alta médica emitida por la mutua o empresa colaboradora, por considerarla prematura si la persona trabajadora hubiera recuperado la capacidad laboral durante la tramitación del procedimiento, en cuyo caso la resolución determinará la nueva fecha de efectos del alta médica y de la extinción del proceso de incapacidad temporal, debiendo considerarse indebidamente percibidas, a partir de la fecha fijada en la resolución, las cuantías abonadas a la persona trabajadora en concepto de prestaciones económicas por incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales.

Las resoluciones emitidas por el INSS en el ejercicio de las competencias atribuidas en este procedimiento especial de revisión se considerarán dictadas “con los efectos atribuidos a la resolución de una reclamación previa”, lo que se hará constar en la resolución que se dicte, tal como indica el art. 4.12 del Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre¹⁰⁸. Nos encontramos así, por tanto, con una resolución del INSS que deja expedita la vía judicial, por lo que la persona trabajadora tendrá entonces un plazo de 20 días, contados desde la fecha de notificación de la resolución confirmatoria del alta,

106. Aunque el RD-ley 2/2023, de 16 de marzo, ha suprimido el denominado EVI de incapacidad temporal, entendemos que esta concreta función del EVI no ha sido eliminada, puesto que la citada supresión sólo afecta a los procesos de incapacidad temporal que superan los 365 días.

107. Se fijarán, asimismo, los efectos que correspondan, en el proceso de incapacidad temporal, como consecuencia de la determinación de la contingencia causante.

108. Que desarrolla así lo dispuesto en el art. 170.6 LGSS, donde se indica que los procesos de impugnación de las altas médicas emitidas por el INSS se regirán por lo establecido en los arts. 71 y 140 LJS.

para interponer demanda ante el Juzgado de lo Social, tal como se deduce de lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 71.6 LJS.

En aquellos casos en que se cumpla el plazo de 365 días de duración de la situación de incapacidad temporal durante la tramitación del procedimiento especial de revisión, este decaerá¹⁰⁹, entrando en juego las previsiones contenidas en el art. 170.2 LGSS¹¹⁰, donde se indica que la inspección médica del INSS será la única competente, como enseguida veremos, para emitir el alta médica que proceda, ya sea por curación, por mejoría que permita la reincorporación al trabajo, por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos convocados por el INSS o con propuesta de incapacidad permanente.

5. EL PROCEDIMIENTO DE DISCONFORMIDAD CON EL ALTA EMITIDA POR EL INSS TRAS EL AGOTAMIENTO DEL PERÍODO MÁXIMO DE DURACIÓN DE 365 DÍAS

El Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, modificó radicalmente la solución que hasta entonces se venía dando al agotamiento del plazo de 365 días de la situación de incapacidad temporal establecido en el art. 169.1.a) de la LGSS, plazo de “duración máxima” que resulta prorrogable, no obstante, durante 180 días más cuando se presuma que durante ellos la persona trabajadora pueda ser dada de alta médica por curación¹¹¹. Conviene recordar que, en la regulación precedente, el agotamiento de este plazo de duración de trescientos sesenta y cinco días convertía al INSS en la única instancia habilitada para, “a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la incapacidad permanente del trabajador”¹¹², reconocer la situación de prórroga expresa de la situación de incapacidad temporal, con el límite indicado de ciento ochenta días más, o bien para determinar la iniciación de un expediente de incapacidad permanente, o bien para emitir el alta médica, ya fuese por curación o por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos convocados por el INSS. En el supuesto de que el INSS expidiera el alta médica, cesaba la colaboración obligatoria o voluntaria que procediera en el pago de la prestación por parte de la empresa desde la fecha de la resolución, teniendo que ser abonado directamente el

109. Panizo Robles 2009, 57.

110. Precepto al que ha de entenderse hecho la remisión que realiza el art. 4.10 del RD 1430/2009, de 11 de septiembre, donde se sigue diciendo con manifiesta obsolescencia que, cuando se alcancen “los doce meses” de duración de la incapacidad temporal, “la entidad gestora competente resolverá de conformidad con lo previsto en el artículo 128.1.a) de la Ley General de la Seguridad Social”.

111. Hasta el año 2009 la duración máxima se fijaba en “doce meses, prorrogable por otros seis”, lo que fue modificado por Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2010, que la ajustó a un cómputo diario mucho más acorde con la periodicidad efectiva del abono del subsidio por incapacidad temporal.

112. O sea, el EVI.

subsidio correspondiente por el INSS, la mutua o la empresa colaboradora durante el periodo que transcurriera entre la fecha de la resolución y su notificación a la persona interesada¹¹³.

Con la nueva versión del art. 170.2 LGSS, si no se emite el alta médica por parte de la inspección médica del INSS, que ya no tiene que contar con la intervención del EVI, se producirá la prórroga automática de la situación de incapacidad temporal, y la persona trabajadora no tendrá que solicitar el pago directo a la entidad gestora o colaboradora, puesto que se mantendrá la colaboración obligatoria o voluntaria de la empresa en el pago del subsidio por incapacidad temporal hasta que se notifique al interesado el alta médica por curación, mejoría o incomparecencia, o hasta el último día del mes en que el INSS expida el alta médica con propuesta de incapacidad permanente, o hasta que se cumpla el periodo máximo de quinientos cuarenta y cinco días, finalizando en todo caso en esta fecha. De igual modo, tal como venía sucediendo hasta entonces, la inspección médica del INSS seguirá siendo la única competente para emitir una nueva baja médica en la situación de incapacidad temporal producida, por la misma o similar patología, en los ciento ochenta días naturales posteriores a la citada alta médica.

En el caso de que la inspección médica del INSS decida de forma unilateral, puesto que yo no requiere la actuación colegiada del EVI¹¹⁴, emitir un parte de alta médica por curación, por mejoría que permita la reincorporación al trabajo o por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos convocados por el INSS, que son los supuestos de alta que nos interesan, se extinguirá la situación de incapacidad temporal, como sucede con las altas médicas expedidas por el servicio público de salud, por lo que se extinguirá también el derecho a subsidio por incapacidad temporal y la situación de suspensión de la relación laboral, generando la obligación de la persona trabajadora de reincorporarse de inmediato a su puesto de trabajo¹¹⁵.

Con la doble finalidad de salvaguardar la seguridad jurídica de la persona trabajadora y las competencias de los servicios públicos de salud que, al producirse el

113. Así se indicaba en el precedente arte 170.2 LGSS.

114. Una valoración crítica de la supresión de estas funciones del EVI de incapacidad temporal puede verse en López-Guillén García, Vicente Pardo 2023.

115. En la redacción efectuada por Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuesto Generales del Estado para 2006, se trataba de un parte de alta médica limitado “a los exclusivos efectos de la prestación económica por incapacidad temporal”. Esa limitación fue suprimida por Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de seguridad social, que extendió el alta médica “a los efectos previstos en los párrafos siguientes”, lo que implicaba el traslado al ámbito laboral de los efectos del alta médica, extinguiendo la situación de suspensión del contrato de trabajo y obligando así al trabajador a incorporarse a su actividad laboral. Posteriormente, la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuesto Generales del Estado para 2010 suprimiría esa coetilla indicando que el alta médica se dictaría “por curación o por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos convocados por el Instituto Nacional de la Seguridad Social”, lo que reforzaba aún más, si cabe, el traslado al ámbito laboral de los efectos del alta.

agotamiento del plazo de 365 días, se verían anuladas por la decisión del INSS, la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, estableció un procedimiento administrativo mediante el cual el INSS podría

reconsiderar la decisión inicialmente adoptada, cuando así se proponga desde los Servicios de Salud, cuya actuación viene condicionada, a su vez, por una instancia previa del trabajador disconforme con el alta médica expedida por los servicios correspondientes del INSS¹¹⁶.

La dinámica de este procedimiento de disconformidad con el alta expedido por el INSS aparece regulada en el art. 170.3 LGSS y en el art. 3 del Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre, en los términos que pasamos a exponer.

Si, una vez expedido el alta por la inspección médica del INSS, la persona trabajadora decide impugnarla, podrá manifestar su disconformidad ante la inspección médica del servicio público de salud en el plazo máximo de cuatro días naturales desde la notificación de la resolución del INSS, utilizando el modelo aprobado a tal efecto, que estará a disposición del trabajador en la página *web* del INSS. También debe comunicar a su empresa la impugnación realizada en el mismo día en que presente su escrito de disconformidad o en el siguiente día hábil. El inicio de este procedimiento produce un “alargamiento” de la situación de incapacidad temporal y de la suspensión del contrato de trabajo¹¹⁷, puesto que se considera prorrogada la situación de incapacidad temporal desde el día del alta médica del INSS hasta la fecha de resolución del procedimiento de disconformidad, manteniéndose la colaboración obligatoria o voluntaria que proceda en el pago de la prestación.

En el caso de que la inspección médica del servicio público de salud ratifique la decisión del INSS, para lo cual tiene un plazo de once días naturales, contados desde la fecha del alta expedida por el INSS, quedarían confirmados los efectos extintivos del alta médica, debiendo la persona trabajadora reincorporarse al trabajo al día siguiente de la notificación de la ratificación de la decisión del INSS. Si la inspección médica del servicio público de salud no emitiera pronunciamiento alguno en ese plazo de once días, también quedarían confirmados los efectos extintivos del parte de alta médica del INSS por silencio administrativo negativo, lo que implicaría la reincorporación del trabajador al duodécimo día desde la expedición del alta médica. Pero si la inspección médica del servicio público de salud discrepa del criterio del INSS, tendrá un plazo máximo de siete días naturales para proponer al INSS que reconsidere su decisión, indicando las razones y el fundamento que motivan su discrepancia. El INSS tendrá que pronunciarse expresamente en el transcurso de los

116. Panizo Robles 2009, 44.

117. Rodríguez Escanciano 2013, 134.

siete días naturales siguientes, notificando la correspondiente resolución al interesado y a la inspección médica.

Caben entonces tres posibles actuaciones del INSS: a) seguir el criterio de la inspección del servicio público de salud y reconsiderar el alta médica expedida, en cuyo caso se reconocería al interesado la prórroga de su situación de incapacidad temporal a todos los efectos, con el límite de los 180 días legalmente previstos; b) reafirmarse en su decisión, con la aportación de las pruebas complementarias que le sirvieran de base, en cuyo caso sólo se prorrogará la situación de incapacidad temporal hasta la fecha de esta última resolución del INSS; c) no contestar, pese a estar obligado a ello, a la discrepancia expresada por la inspección del servicio de salud, en cuyo caso habría que entender desestimada la petición del trabajador por silencio administrativo (según lo previsto con carácter general en el art. 129.3 LGSS), debiendo reincorporarse a su puesto de trabajo al día siguiente de la finalización del plazo de siete días que tiene el INSS para contestar¹¹⁸.

Cuando se trate de un proceso de incapacidad temporal derivado de contingencias profesionales cuya cobertura se haya concertado con una mutua o sea gestionado por una empresa en régimen de colaboración voluntaria, hay que tener en cuenta que será la propia mutua o empresa colaboradora la competente para emitir los correspondientes partes de confirmación de la baja, por lo que será el propio “servicio médico de la empresa colaboradora o de la mutua” quien, al expedir el último parte de confirmación de la baja antes del agotamiento del plazo de duración de 365 días, deba comunicar al interesado, en el preceptivo acto de reconocimiento médico, que el control del proceso pasa a ser competencia exclusiva del INSS, por lo que el médico de la mutua o empresa colaboradora dejará de emitir partes de confirmación de la baja a partir de ese momento¹¹⁹. Si, una vez agotado el plazo de duración máxima de 365 días, el inspector médico del INSS no expide el alta médica por curación, mejoría o incomparecencia, se entiende prorrogada automáticamente la situación de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales, sin que la mutua tenga facultad alguna para proponer el alta médica¹²⁰.

118. Desde el inicio del procedimiento de disconformidad y durante su devenir, se exige al INSS y a los servicios públicos de salud que se comuniquen recíprocamente, a la mayor brevedad posible, por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, las decisiones que se adopten en el curso del mismo. El INSS también deberá comunicar a la empresa, en las mismas condiciones anteriores, todas las decisiones que puedan afectar a la duración de la situación de incapacidad temporal del trabajador.

119. Así lo indica expresamente, tanto para contingencias comunes como profesionales, el art. 5.3 RD 625/2014, de 18 de julio, tras la modificación efectuada por RD 231/2017, de 10 de marzo.

120. Con la reforma efectuada por el RD-ley 2/2023, de 16 de marzo, hay que considerar sin efecto alguno la práctica administrativa descrita en la Resolución de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social de 14 de enero de 2008, según la cual, en estos casos, era la propia mutua quien debía efectuar ante el INSS una propuesta de actuación indicando lo que procediera, ya fuese la prórroga de la situación de incapacidad temporal, el inicio del expediente de incapacidad permanente o el alta con

Este tipo de altas médicas emitidas por el INSS al agotarse los 365 días de duración de la incapacidad temporal son impugnables ante el Juzgado de lo Social competente sin necesidad de plantear una reclamación administrativa previa, tal como establece el art. 71.1 LJS, y sin que tampoco sea necesario agotar la vía administrativa¹²¹. En estos casos, la demanda ante el Juzgado de lo Social ha de interponerse en el plazo de veinte días, computados desde la adquisición de plenos efectos del alta médica o desde la notificación del alta definitiva acordada por el INSS¹²².

6. CONCLUSIONES

El parte médico de alta es el acto formal que cierra el proceso de incapacidad temporal, lo que conduce a la supresión de los derechos sociales adquiridos con el parte médico de baja, su reverso natural, puesto que produce la extinción de la situación de incapacidad temporal, dejando de percibir la persona trabajadora el subsidio que tuviera reconocido y teniendo que reincorporarse necesariamente a su puesto de trabajo al día siguiente al de la expedición del parte de alta.

Cuando el parte médico de alta sea expedido por el médico de atención primaria o a instancias de la inspección médica del servicio público de salud, que es lo procedente en los supuestos de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, la persona trabajadora no suele cuestionar la decisión facultativa, pero si no está de acuerdo con la decisión del facultativo de la administración sanitaria puede impugnar el parte de alta. Al ser este un acto administrativo de eficacia inmediata con efectos directos sobre la relación laboral y sobre el régimen jurídico de una prestación de seguridad social, podrá ser impugnado mediante la reclamación administrativa previa establecida en el art. 71.1 LJS, donde se exige demandar al servicio público de salud cuando se impugne el alta emitida por algún facultativo de dicha entidad.

Los partes de alta emitidos por el INSS, a iniciativa propia o a propuesta del médico de la mutua, en procesos de incapacidad temporal derivados de contingencias comunes antes del agotamiento de los 365 días de duración, son resoluciones administrativas que también serán impugnables en vía judicial según lo previsto en el art. 71.1 LJS, donde, para formular demanda en materia de prestaciones de seguridad social, se exige la interposición de una reclamación previa ante la Entidad gestora

incorporación al trabajo, considerándose aceptada la propuesta si el INSS no se manifiesta en contrario en el plazo de los cinco días siguientes al de su recepción.

121. Tal como dispone el art. 140.1 LJS en su inciso final, donde se indica que “no será exigible el previo agotamiento de la vía administrativa, en los procesos de impugnación de altas médicas emitidas por los órganos competentes de las Entidades gestoras de la Seguridad Social al agotarse el plazo de duración de trescientos sesenta y cinco días de la prestación de incapacidad temporal”.

122. Segundo párrafo del art. 71.6 LJS.

de las mismas. Esta reclamación previa deberá interponerse ante la propia Dirección Provincial del INSS que haya expedido el alta en el plazo de once días desde la notificación de la resolución de alta.

En cuanto a las altas expedidas por el médico de la mutua o de una empresa acogida al régimen de colaboración voluntaria, durante los primeros 365 días de los procesos de incapacidad temporal derivados de contingencias profesionales, son revisables en vía administrativa a través del procedimiento especial de revisión establecido en el art. 4 del Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre. Las resoluciones emitidas por el INSS en el ejercicio de las competencias atribuidas en este procedimiento especial de revisión tienen la consideración de reclamación previa que deja expedita la vía judicial, por lo que la persona trabajadora tendrá entonces un plazo de 20 días, contados desde la fecha de notificación de la resolución confirmatoria del alta, para interponer demanda ante el Juzgado de lo Social, tal como se deduce de lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 71.6 LJS.

Cuando se cumpla el plazo de 365 días de duración de la situación de incapacidad temporal, cualquiera que sea la contingencia de que derive, la inspección médica del INSS es la única competente para emitir el alta médica que proceda, ya sea por curación, por mejoría que permita la reincorporación al trabajo o por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos convocados por el INSS. Este tipo de altas médicas emitidas por el INSS al agotarse los 365 días de duración de la incapacidad temporal pueden ser impugnadas en vía administrativa a través del procedimiento de disconformidad regulado en el art. 170.3 LGSS y en el art. 3 del Real Decreto 1430/2009. En cualquier caso, la persona trabajadora puede impugnar estas altas del INSS ante el Juzgado de lo Social competente sin necesidad de agotar la vía administrativa ni plantear una reclamación administrativa previa, tal como establece el art. 71.1 LJS. En estos casos, la demanda ante el Juzgado de lo Social ha de interponerse en el plazo de veinte días, computados desde la adquisición de plenos efectos del alta médica o desde la notificación del alta definitiva acordada por el INSS.

7. BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez Cortés, Juan Carlos (2017) “Alteración de la salud, asistencia sanitaria y control médico de las situaciones de incapacidad temporal para el trabajo”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, 12, 87-104.
- Fernández Escalada, Eugenio (2014), “Análisis de la Incapacidad Temporal desde la Atención Primaria”, *Revista de Medicina y Seguridad del Trabajo*, 1, 74-78.
- Gorelli Hernández, Juan (2017), “El problemático control de la incapacidad temporal en el Régimen General”, *Temas Laborales*, 136, 13-48.

- Jover Ramírez, Carmen (2006), *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social*, Valencia.
- Jover Ramírez, Carmen (2010), “Incapacidad temporal y reducción del absentismo injustificado”, *Temas Laborales*, 106, 39-66.
- Lafuente Suárez, José Luis (2019), “Las competencias de emisión de bajas y altas en la incapacidad temporal. Su revisión judicial”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, 21, 25-48.
- López-Guillén García, Araceli; Vicente Pardo, José Manuel (2023), “Novedades en la incapacidad temporal que supera los 365 días”, *Actualidad. Prevencionar.com*: <https://prevencionar.com/2023/07/04/novedades-en-la-incapacidad-temporal-que-supera-los-365-dias/>.
- López Insua, Belén del Mar (2014a), “Control del fraude y del absentismo en las empresas durante los procesos de baja por incapacidad temporal: El nuevo papel de las Mutuas en la reforma legislativa en curso”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 165, 51-88.
- López Insua, Belén del Mar (2014b), *La incapacidad temporal en el sistema de Seguridad Social*, Granada.
- Lozano Lares, Francisco (2002), *El mutualismo patronal en la encrucijada. De la doctrina del riesgo profesional a la debida prevención de los riesgos laborales*, Sevilla.
- Lozano Lares, Francisco (2023), *Manual de Seguridad Social*, Murcia.
- Mercader Uguina, Jesús Ramón (2004), “El control de la incapacidad temporal (historia de una sospecha)”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, vol. I, 403-430.
- Molins García-Atance, Juan (2010), “El control de la incapacidad temporal”, *Temas Laborales*, 106, 13-47.
- Panizo Robles, José Antonio (2009), “Un nuevo paso en el control de la prestación de la Seguridad Social por incapacidad temporal: el Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en relación con la prestación por incapacidad temporal”, *CEF. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 63, 35-58.
- Poquet Catalá, Raquel (2018), “El deber de buena fe durante la incapacidad temporal”, *IUSlabor*, 1, 281-298.
- Rodríguez Escanciano, Susana (2013), “El control de la incapacidad temporal: su incidencia sobre la contención del gasto público y el aumento de la productividad empresarial”, *Temas Laborales*, 118, 112-151.
- Rodríguez Iniesta, Guillermo (2023), “El control y la gestión de la incapacidad temporal. A propósito de la reforma introducida por el RD 1060/2022, de 27 de diciembre”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, 6, 144-185.

Torollo González, Francisco Javier (2005), “El control de la incapacidad temporal y la impugnación del alta médica”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 59, 93-142.

Tortuero Plaza, José Luis (2014) “Nuevamente la incapacidad temporal a debate”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, 1, 25-54.

LA EVOLUCIÓN DE LOS CONSEJOS ECONÓMICOS Y SOCIALES
A NIVEL LOCAL EN ANDALUCÍA EN COHERENCIA CON
LA GOBERNANZA O EL NUEVO NEOCORPORATIVISMO

THE EVOLUTION OF ECONOMIC AND SOCIAL COUNCILS
AT THE LOCAL LEVEL IN ANDALUSIA IN LINE WITH THE
GOVERNANCE OR THE NEW NEOCORPORATIVISM

Francisco Barba Ramos
Universidad de Huelva
Orcid: 0000-0003-4199-6353
francisco.barba@ddtss.uhu.es

RESUMEN: Análisis de la evolución del fenómeno consejístico dentro de la lógica de la participación institucional de los agentes sociales en las corporaciones locales. Se parte de un primer análisis conceptual del término “gobernanza”, que contextualiza la clásica participación “política” de sindicatos y asociaciones empresariales, llevada a nuestros tiempos y en un ámbito territorial inferior al tradicional estatal. En ese escenario destacaba la figura del Consejo Económico y Social Local a imagen y semejanza de sus homónimos órganos de nivel estatal y de comunidades autónomas, inspirado por la estrategia del desarrollo local. Tras una modificación de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local en 2003, surgiría el órgano de carácter necesario en municipios de gran población denominado Consejo Social de Ciudad. Se analiza el actual pluralismo existente en estos órganos de participación, y cómo ha venido a ocupar y heredar el espacio de los CES locales. Se presenta el escenario actual de estas entidades de intercambio político en Andalucía.

PALABRAS CLAVE: neocorporativismo; gobernanza; participación; ayuntamiento; consejo económico y social.

Recibido: 25/06/2023; Aceptado: 16/09/2023; Versión definitiva: 14/10/2023.

Copyright: © Editorial Universidad de Sevilla. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia de uso y distribución Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

e-ISSN: 2660-4884

Trabajo, Persona, Derecho, Mercado 7 (2023) 59-93
<https://dx.doi.org/10.12795/TPDM.2023.i7.02>

ABSTRACT: Analysis of the evolution of the council matter within the logic of the institutional participation of social agents in local corporations. The starting point is an initial conceptual analysis of the term “governance”, which contextualizes the classic “political” participation of trade unions and business associations, brought to our times and in a territorial area inferior to the traditional state one. In this scenario, the figure of the Local Economic and Social Council stood out in the image and likeness of its homonymous bodies at the state level and in the autonomous communities, inspired by the strategy of local development. Following a modification of the local administration law in 2003, the City Social Council would emerge as a necessary institution in municipalities with large populations. The current pluralism existing in these institutional participation structures is analyzed, and how it has come to occupy and inherit the space of the local ESCs. The current scenario of this institutions of political exchange in Andalusia is presented.

KEYWORDS: neocorporatism; governance; stake; city council; economic and social council

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL SENTIDO DEL NEOCORPORATIVISMO. 3. RELACIONES LABORALES, GOBERNANZA Y DIMENSIÓN LOCAL. 4. LA FIGURA DEL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL A NIVEL LOCAL. 5. EVOLUCIÓN DE LOS CES LOCALES EN ANDALUCÍA. 5.1. Los nuevos escenarios tras la modernización del gobierno local. 5.2. Del CES local al Consejo Social de Ciudad. 6. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES. 7. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Es cierto que el análisis sobre la lógica neocorporativista parece haber quedado superado hace tiempo, y que pasaron los momentos de protagonismo de los grandes pactos de concertación social, pero también lo es que todavía se mantienen vivos los rescoldos del neocorporativismo; pues los resquicios de dicho fenómeno sociopolítico han permanecido en gran parte de forma institucionalizada, cuando no anquilosada.

En la lógica de los sistemas de relaciones laborales, tal y como los conocemos hasta hoy, sigue siendo clave el esquema conceptual surgido con la evolución del pluralismo ¹, hasta desembocar en la dinámica neocorporativista en nuestras sociedades industriales y socialdemócratas europeas; como fórmula para gobernar el conflicto.

Pero algo ha cambiado... transformaciones profundas de enorme trascendencia en el ámbito político, económico, geoestratégico, tecnológico, etc. La explicación tradicional de nuestros sistemas de relaciones laborales se corresponde con la

1. Dunlop 1958.

concepción del Estado-nación, que sin embargo queda hoy superado con los procesos de integración económica y la globalización.

A su vez, la crisis de ciertas legitimidades políticas se acompaña también de una evidente desafección en el plano de la representación de los intereses profesionales; principalmente en un sindicalismo que se encuentra con nuevas-viejas dificultades de actuación colectiva ante las realidades del momento.

De esta manera, hay que señalar en nuestro punto de partida cómo afectan los advenedizos escenarios y la nueva concepción del trabajo en los instrumentos herederos del viejo neocorporativismo, tales como la participación institucional, el diálogo social o la concertación social. Porque, aunque pueda parecer un debate antiguo, podría entenderse que se tratara más bien de una modificación en las modas terminológicas —con los matices que ciertamente van implícitos— de los autores de nuestros días. Nos referimos en concreto al concepto de “gobernanza”.

En definitiva, acepciones o términos distintos que tratan de dar explicaciones oportunas al gobierno del conflicto que en un determinado momento histórico se producía en una sociedad industrial con una mayor simplicidad de actores y escenarios. Mientras que en la actualidad se presenta —con el término de gobernanza— con una mayor complejidad y a la vez más difusa en sus actores protagonistas y sin los perfiles territoriales definidos. Ahora bien, parece que siempre sobre la base de la anterior lógica de representación de intereses profesionales y su capacidad de participación institucional.

Pero como sucede cuando trascendemos del Estado en referencia a los procesos supranacionales, igualmente todo ello se complica si constreñimos el debate al ámbito local. En este escenario confluyen dos dinámicas diferentes pues, por una parte y en la medida que el poder político descentralizado interviene de un modo u otro en la economía y las relaciones laborales del entorno, la asunción de cierto papel de sindicatos y asociaciones empresariales no va a ser ajena al clásico rol constitucional claramente identificado en el artículo 7 de la Carta Magna²; algo que termina por transferirse a cualquier nivel territorial.

Por otra parte, la reproducción a escala de los procedimientos de diálogo social más o menos institucionalizados se encuentra con una cierta disfunción frente a otra lógica diferente de la más pura participación ciudadana en municipios y provincias; con dimensiones más personales en su ejecución, y el cruce de la dinámica propia del sistema de relaciones laborales con los mecanismos de la administración local. Aquí, en cualquier caso, no debemos olvidar la aportación histórica del neocorporativismo en el desarrollo de los sistemas democráticos más allá de las democracias representativas³.

2. Monereo Pérez 1999, 34-35.

3. Solans Latre 1995.

Al abrigo del protagonismo de las políticas de desarrollo local en los años noventa, se contextualiza la aparición de muchos Consejos Económicos y Sociales (CES) de ámbito local; que con mayor o menor dosis de fortuna terminarían por redimensionarse tras los años de plomo de la economía española, y quizás también por una acción legislativa de modernización por un lado con la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local (en adelante: LM-MGL), que cambiaba la legislación española sobre el régimen local introduciendo un órgano de carácter necesario en los municipios de gran población denominado Consejo Social de Ciudad, y que como vamos a ver, condiciona la evolución de estos órganos. Y, por otra parte, la crisis económica de los años 2008-2012 que también nos lleva a cierto adelgazamiento de las instituciones locales y que consecuentemente algunos de nuestros CES locales terminarían por sucumbir a ello.

2. EL SENTIDO DEL NEOCORPORATIVISMO

El análisis del clásico *scambio politico*⁴ no sólo puede verse desde una perspectiva del mercado de trabajo, desde la óptica iuslaboralista, o ni tan siquiera de la visión más amplia — aunque no menos parcializada — de los estudios de los sistemas de relaciones laborales. Es cierto que es aquí donde podremos introducirnos en esa explicación del intercambio de intereses entre el Estado, los sindicatos y las asociaciones empresariales, pero, en cualquier caso, se requiere un razonamiento previo desde el enfoque más amplio de la teoría del Estado, donde

el par representación – participación expresa en general un proceso de conexión entre Sociedad y Estado⁵.

Hubo un tiempo en el que ese proceso de cierto equilibrio entre la lógica representativa y la participativa se vehiculizaba casi exclusivamente a través de los grupos de representación de intereses profesionales; en una lógica de sociedad industrial. Es obvio que los cambios han sido profundos en este terreno, aunque en principio planteamos que quizás no tanto como para rechazar la lógica neocorporativista; pues entendemos que más allá de los debates semánticos, lo cierto es que el método implantado por el intercambio político sigue vigente.

La democracia liberal tras la Revolución Francesa, que venía a poner fin a la sociedad estamental, significaba una interconexión entre representante y representado sin la existencia de intermediarios o entidades interpuestas que pudiesen condicionar de manera corporativa la voluntad popular. Pero el final de la Segunda Guerra

4. Regini 2000.

5. Porras Nadales 2018.

Mundial significaba el caldo de cultivo perfecto y por ello no habría excesivas dificultades para entender las circunstancias o el conjunto de situaciones que favorecerían la aparición de las prácticas neocorporativas⁶, en un entramado de contextos históricos de necesidad de reconstrucción de los países tras la Segunda Gran Guerra.

¿Quiere esto decir que las prácticas neocorporativas fuesen una opción puramente de origen estatal? Ciertamente no podríamos lanzar una respuesta absoluta de estas características. Como plantea algún autor⁷,

la acción del Estado es causa necesaria, pero no suficiente de las prácticas corporativas.

Porque de hecho el Estado no es un compartimento estanco, sino una realidad política —en esos tiempos— “en sociedades industriales/capitalistas avanzadas” y por lo tanto condicionado por su entorno y con limitaciones importantes en su capacidad relativa de actuación. Debe advertirse que, si ese era el planteamiento en los años ochenta sobre los límites del Estado, cómo no abordar las dudas sobre el margen de actuación de nuestros actuales Estados con todas sus limitaciones de soberanía, a la que posteriormente nos referiremos.

Es obvio que la iniciativa corresponde al Estado, pero tampoco será éste el que tenga toda la capacidad de “elegir el contenido y la forma de la interacción con los grupos sociales”, dadas sus limitaciones internas y externas. Más allá del modelo de neocorporativismo elegido o de la práctica concreta, se debe dar una situación tal que a cualquiera de las partes no le resulte más rentable una actuación unilateral. Pensemos en dos posibles escenarios; un tejido asociativo empresarial que entendiera más rentable y eficaz, la capacidad de influencia directa en los grupos de poder. O un tipo de sindicalismo que no considerara adecuada la implicación en las estructuras que legitiman un determinado modelo económico y/o político, y que por lo tanto rechazara la invitación a participar.

Pero eso no ha ocurrido así. Las organizaciones sindicales han sido partícipes de ese “pacto socialdemócrata” tras la Segunda Guerra Mundial; en el proceso de institucionalización del conflicto industrial y la aceptación de la participación institucional. De hecho, la acción sindical y la propia dinámica democrática han ido irremediabilmente de la mano. La fábrica fordista —entendida ésta no sólo como modo de producción, sino como cultura en sí misma—, la capacidad organizativa del movimiento obrero, el momento histórico y el estado de desarrollo de nuestras democracias capitalistas, posibilitaban una adecuada confluencia de intereses:

que los interlocutores estuvieran en una situación de contención mutua, cada uno siendo suficientemente capaz de llevar a cabo acciones colectivas organizadas para impedir que

6. Solans Latre 1995, 29 y ss.

7. Schmitter 1985.

el otro pueda realizar sus intereses directamente, mediante control social y/o explotación económica, y cada uno suficientemente incapaz de manipular unilateralmente los poderes públicos para imponer sus intereses indirectamente, a través del Estado⁸.

Así, y en base a este panorama, gran parte de los analistas de relaciones laborales tradicionalmente ha venido identificando el neocorporativismo con los grandes acuerdos de concertación social, con grandes pactos sociales o los procesos de diálogo social a nivel general, que se producían principalmente en una determinada etapa entre los años ochenta y noventa. Sin embargo, debemos marcar distancias entre el concepto, por una parte, y la máxima expresión del mismo, por otra. Es decir que, si bien es cierto que los grandes pactos de concertación social serían el exponente principal del modelo neocorporativista, debemos tener en cuenta que nos estamos refiriendo a un fenómeno sociopolítico con aristas de más alto alcance.

En este sentido, una definición de enorme certeza, a nuestro parecer, es la que nos ofrece Solans Latre cuando se refiere a

una práctica propia de la política de algunos países democrático-capitalistas mediante la cual organizaciones empresariales y sindicatos reconocidos por el Estado, que ostentan el monopolio de la representación de los intereses económicos y sociales, intervienen en el proceso de toma de decisiones políticas en el ámbito que les es propio, bien a través de un proceso de diálogo, de consulta o de concertación con los poderes públicos⁹.

Debemos matizar que el propio autor manifiesta su preferencia por el uso del término “neocorporativismo” en un sentido restringido (a diferencia de la Escuela Inglesa, que se acerca más al concepto de “capitalismo organizado”) referido, bien al modo en que los intereses se articulan a través de organizaciones que ostentan el monopolio *de iure* o *de facto* de la representación de los mismos (intermediación de intereses) o a la participación de estas organizaciones en el proceso de adopción y ejecución de las políticas económicas y sociales que les afectan (participación política).

Pues bien, incluso aceptando que se tratase de una acepción restringida del término, no podríamos dejar de entender que la macroconcertación social (como se concebía a final del siglo XX) no acota únicamente a tal fenómeno, sino que se trata de un modelo de resolución del conflicto en las sociedades industriales o posindustriales. El rol del sindicato —y por añadidura de las asociaciones empresariales— y su constitucionalización, es sintomático de ello, y que va más allá de la representación de los intereses económicos o cortoplacistas de los trabajadores, pues se trata de una función de representación del ciudadano en cuanto trabajador.

8. Schmitter 1985, 51.

9. Solans Latre 1995, 56.

Para algún autor el sindicato no es sólo una organización que representa al trabajo asalariado, sino todo un actor social, que expresa la identidad social de los trabajadores en su conjunto, algo que como parece obvio, nos permite reflexionar sobre la relación entre sindicato y sistema democrático, y retornar al debate de la representación de intereses organizados en las democracias liberales¹⁰. En cualquier caso, en la lógica democrática a nadie se le ocurriría no entender esa relación de necesidad entre democracia, sindicalismo y viceversa.

Junto al pluralismo político, resultará esencial en las democracias de nuestro entorno, el reconocimiento del pluralismo social. Desde el punto de vista constitucional, es muy esclarecedor el propio título preliminar de la Constitución Española de 1978 (CE). Es un lugar común en los prolegómenos de un texto constitucional la definición de la realidad política y social que pretendemos ordenar: los principios básicos, la tipología de la forma política a la que se refiere (Monarquía Parlamentaria en nuestro caso), el concepto de soberanía popular o el reconocimiento del pluralismo político.

En el caso español, queremos destacar la referencia de nuestro artículo 6 sobre los partidos y el pluralismo político como claves en la participación política, puesto en conexión con el artículo 7 de reconocimiento de sindicatos y organizaciones empresariales como piezas fundamentales en la representación social e intercambio político con el anterior.

La ubicación del artículo 7 no es casual, pues no sólo se trata de otorgar naturaleza de derecho constitucional a un tipo especial de asociacionismo, como es el de los trabajadores, pues para ello ya tenemos el reconocimiento de la libertad sindical como derecho fundamental en el art. 28.1 CE, sino que constitucionaliza el modelo de *scambio politico*, más allá de la voluntad de cada momento de llegar a acuerdos más o menos amplios. Es más, recordemos que en base a la propia definición neocorporativa que nos daba Solans Latre, el específico modelo español contará igualmente con los instrumentos democráticos de adjudicación del “monopolio de la representación de los intereses económicos y sociales”, es decir, nuestra institución de la mayor representatividad a través de la propia Ley Orgánica de Libertad Sindical, o la Disposición Transitoria sexta del Estatuto de los Trabajadores, para el caso empresarial.

En definitiva, podemos indicar que el rol institucional¹¹ de sindicatos y asociaciones empresariales se consolidó hace tiempo, aunque al margen de ello, los acuerdos de concertación social van a depender de la voluntad política y las circunstancias de cada momento. Sin embargo, la trascendencia del fenómeno del *scambio politico* estará en su propia constitucionalización; pues cobrará vida institucional propia, más

10. Baylos Grau, 2002, 15-25.

11. Goñi Sein 2017.

allá de los pronósticos de su propia defunción, señalada hasta por los más fervorosos estudiosos del fenómeno corporativo.

3. RELACIONES LABORALES, GOBERNANZA Y DIMENSIÓN LOCAL

Las cuestiones candentes de la realidad laboral actual se nos presentan con cambios de una manera multilateral. En los últimos tiempos se abordan cuestiones en relación con la *gig economy*, la economía colaborativa o la digitalización del trabajo y de la propia sociedad. El uso del *big data* y los algoritmos, como si de capataces tecnológicos del siglo XXI se tratara, significa, en definitiva, mezclar lo tecnológico con lo organizacional y, en última instancia, busca una huida de lo laboral.

El debate surgido en relación con las empresas del *delivery food* o reparto de comida a domicilio, más allá del factor tecnológico de la orden de trabajo, nos recuerda al que tuvo lugar allá por los años ochenta¹² sobre los mensajeros en motocicleta, y que marcaría la jurisprudencia en esta materia. Y es que, como señalara la doctrina¹³, se trata de un

problema clásico en Derecho del Trabajo esta dificultad de fijar —y diría más bien intenta permanente— con seguridad las fronteras entre el contrato de trabajo y ciertas manifestaciones del contrato de transporte.

No tratamos en este espacio de abordar cuestiones sobre la tecnología en las relaciones laborales, su correlato organizacional o su acompañamiento de las correspondientes dinámicas flexibilizadoras y desreguladoras, pero queremos usar estas breves líneas descriptivas como ilustración del contexto actual de las relaciones laborales, pues es ése el espacio en el que también deberán desenvolverse las organizaciones sindicales que, además, funcionan en un marco jurídico-institucional absolutamente diverso. Son múltiples las apreciaciones o elementos de análisis que cabría realizar a este respecto, pero es nuestro objetivo poner de manifiesto el aspecto de las relaciones colectivas; aquello que en los últimos tiempos ha venido a denominarse gobernanza.

Si se realiza una apreciación básica de los elementos de cambio, la primera conclusión es que asistimos —siendo generosos— a una cierta disfunción entre esta evolución que en nuestros sistemas de relaciones laborales ha experimentado el aspecto tecnológico y organizacional, con relación a los mecanismos políticos de resolución del conflicto. Queremos decir que nuestra estructura jurídico-laboral, y más concretamente el Derecho colectivo del Trabajo, está articulada en la simple lógica

12. STS 26 de febrero de 1986, ECLI:ES:TS:1986:10925.

13. Luján Alcaraz 2009.

capital-trabajo, que se ha visto claramente superada en la actualidad por otras realidades más complejas.

Habíamos construido una interpretación de nuestros sistemas de relaciones laborales basándonos en la institucionalización del conflicto propio de la sociedad industrial; donde junto a los mecanismos tradicionales de toma de decisión política de las democracias liberales, se incorporaban de manera monopolística a los sujetos colectivos de representación de intereses profesionales, en una lógica simple de sindicato versus patronal. Y todo ello, en un modelo basado en la soberanía del Estado-nación, dentro de la lógica propia de la fábrica fordista. El dilema estriba en que todo ese contexto económico, tecnológico y social ha cambiado, permaneciendo sin embargo de manera estable la construcción jurídica y la institucionalización de la representación colectiva de intereses profesionales.

Es por ello por lo que la Organización Internacional del Trabajo (OIT), con motivo de su centenario en 2019, lanzó el reto sobre el futuro del trabajo; con un contexto más lleno de preguntas que de respuestas, entre las que se encontraría el análisis del “papel político” del sindicato (y todo lo que conlleva en su correlación con empresarios y Estado) en nuestras democracias occidentales, que cuanto menos parece verse alterado.

Digamos que el debate lanzado por la OIT, como organización tripartita, tiene mucho que ver con el propio sentido de su existencia: la discusión sobre la gobernanza del trabajo, como una de las cuatro conversaciones del centenario de la OIT. Ese término de gobernanza en el contexto en el que nos movemos se confrontaría con el uso de la lógica neocorporativista, pero siempre en términos del momento histórico en el que nos situamos, más que como fórmula explicativa de resolución del conflicto en nuestros sistemas de relaciones laborales.

Tomemos como definición doctrinal aquella que nos ofrece Graña¹⁴, relacionando la gobernanza con el papel de los agentes sociales en las decisiones políticas; concretamente de la siguiente manera:

En su acepción más general, hace referencia a los procesos de toma de decisiones sobre asuntos de interés colectivo, y sugiere la adopción de un estilo de gobierno basado no sólo en los poderes públicos, sino que contemple a los diversos actores sociales y económicos afectados por las decisiones.

Si nos preguntásemos a qué actores sociales y económicos hacemos el llamamiento a “colaborar” en el último cuarto del siglo XX, no tendríamos duda en la respuesta. La diferencia fundamental estará en que no tendremos a los sujetos de la sociedad civil de una manera tan nítida como antaño. Señala el autor que la discusión actual en torno a la gobernanza conlleva “un *aggiornamento* de la problemática

14. Graña 2005.

del diálogo social y la construcción de consensos para la toma de decisiones en todas las esferas”.

Entre los cambios que se vienen produciendo en el análisis de nuestras relaciones laborales, incluiríamos que el fenómeno del trabajo ya no se manifiesta con la rotundidad de antaño como centralidad en esa nueva correspondencia Estado-sociedad. El concepto de gobernanza es cierto... no se trata simplemente de un giro semántico novedoso¹⁵, sino que refleja un cambio en esa relación, donde ya no aparece el trabajo como protagonista absoluto. Sin embargo, desde la perspectiva de las instituciones políticas, el marco institucional permanece intacto e incluso reforzado.

Vivimos en una especie de esquizofrenia entre la institucionalidad y la evolución de nuestras propias sociedades. Los mecanismos institucionales, que se construyeron en una lógica de modelo neocorporativista, permanecen inalterados a pesar de los cambios trascendentales que delatan un cambio de época, y que conllevaría la presencia de circunstancias distintas a las que se describían como el caldo de cultivo del neocorporativismo tras la segunda guerra mundial.

Parece en este sentido muy acertada la referencia en términos históricos que realiza la doctrina¹⁶ a las “oleadas evolutivas por las que discurre el proceso” de la relación entre el Estado y la Sociedad, pues es “susceptible de proyectarse históricamente en un sentido de presencia creciente, o inclusión de la Sociedad sobre el Estado”. Entendemos que puede tratarse de una magnífica explicación del proceso que vivimos en términos de los sistemas de relaciones laborales y de la evolución de los procesos productivos, que “no siempre han generado resultados armónicos o positivos”.

El papel que han desempeñado los sindicatos y asociaciones empresariales, como representantes de la ciudadanía en una sociedad industrial, parece no cuestionarse. Así, algún autor¹⁷ situaba a los sindicatos y asociaciones empresariales

en un plano destacado entre los grupos que integran la constelación del universo pluralista, para mediar entre la sociedad y los órganos constitucionales a través de los cuales se expresa la voluntad popular.

Ello es cierto, pero también lo es que en la lógica neocorporativista, la interacción del Estado se produce en exclusiva con los representantes de los intereses profesionales, siendo éstos exclusivamente sindicatos y organizaciones empresariales. Mientras que uno de los cambios de mayor trascendencia se produce cuando en el mismo mundo de las relaciones de producción, aparecen otros sujetos distintos a los simples trabajadores y empresarios; conscientes de que, además, la lógica de la gobernanza se caracteriza porque esa interacción se produce asimismo con otro tipo de

15. Ramírez Brouchoud 2011.

16. Porras Nadales 2018.

17. Rivero Lamas 1980.

actores (actores difusos), que —como antes— también participan en la formulación de políticas.

Hagamos un sencillo experimento. Utilicemos la definición de “neocorporativismo” de Solans Latre expuesta anteriormente, pero alteremos ligeramente algunos de sus elementos. Ampliemos el espectro de posibles organizaciones con las que el poder público pueda interactuar de forma horizontal, y consecuentemente no otorguemos a nadie el monopolio de la representación de los intereses públicos, o para ser más exactos, despojemos a los sindicatos y organizaciones empresariales de esa atribución exclusiva, sin dejar de reconocerles su protagonismo en el ámbito de los intereses económicos y sociales —eso sí—, pero no el monopolio absoluto. De este modo (poniendo entre paréntesis aquello que hemos eliminado) nos quedaría algo así: Una práctica propia de la política de algunos países democrático-capitalistas mediante la cual “organizaciones representativas de intereses económicos y sociales” (empresariales y sindicales reconocidas por el Estado, que ostentan el monopolio de la representación de los intereses económicos y sociales), intervienen en el proceso de toma de decisiones políticas en el ámbito que les es propio, bien a través de un proceso de diálogo, de consulta o de concertación con los poderes públicos.

Nos quedaría de esta forma algo así como el viejo neocorporativismo convertido en gobernanza, sobre todo si este vocablo lo circunscribimos al mundo de las relaciones laborales como nos propone la OIT. Los sistemas de participación, la relación entre el poder político y la legitimación social, y el proceso de toma de decisiones en las democracias occidentales en la sociedad industrial eran mecanismos en cierto modo bastante sencillos. Mecanismos políticos tradicionales de las democracias liberales, en su conexión con un proceso de participación por parte de los sujetos representativos de los intereses profesionales en una sociedad dual capital-trabajo. Pero los cambios son profundos.

En este sentido, tan esclarecedora como visionaria nos parece la perspectiva de Romagnoli en los primeros años de este siglo¹⁸, que ya entendía como

urgente sobre todo restituir la legitimación social de los regímenes democráticos, porque especialmente se arriesgan a perderla en la medida que la ciudadanía construida con los ladrillos de los sistemas nacionales del *welfare state* se está agrietando.

Señala este autor que, en la definición terminológica de nuestra sociedad contemporánea, se pasa de una sociedad industrial a otra que prefiere denominarla como “sociedad industrial”, y que uno de los grandes retos sería la “juridificación” de esa ciudadanía industrial, al igual que se hizo con la ciudadanía industrial. De igual

18. Romagnoli 2005.

forma, se plantea los retos desde la perspectiva de la acción colectiva de los trabajadores. Así, que

también la función del sindicalismo debe cambiar. Debe convertirse en la representación del trabajador en tanto que ciudadano en vez de ser la representación del ciudadano en tanto que trabajador.

A pesar de los cambios, desde nuestro punto de vista, la lógica neocorporativista o los objetivos que se pretendían con ese fenómeno político no han desaparecido. Podríamos decir que se han adelgazado, por una parte, en la medida que sus concreciones no resultan hoy día tan trascendentales como antaño debido a los múltiples cambios políticos, tecnológicos, económicos y geoestratégicos. Y por otra, se ha producido una transformación de dicha lógica en la medida que las sociedades se han hecho mucho más complejas, así como el proceso de toma de decisiones, mucho más sutil y abstracto.

Todas estas reflexiones son mucho más evidentes, casi groseras, en la esfera local donde aparecen quizás con más claridad las grietas en el esquema clásico de representación de intereses profesionales, puestos en contacto con la representación de intereses ciudadanos de otro tipo. Dentro de esta lógica de la participación institucional de los agentes sociales en el ámbito estatal —y a continuación autonómico— la figura del consejo, y más concretamente del Consejo Económico y Social, va a ser el mecanismo de participación por excelencia, como instrumento deliberativo y de consulta.

Si bien nos queda claro (con los matices de los modelos a los que nos referiremos oportunamente) quién y cómo participa en los consejos del espectro socioeconómico y laboral en niveles territoriales superiores, cuando reducimos la escala, la casuística es tan amplia y difusa como podemos imaginar¹⁹. Así, el libro blanco de la gobernanza europea (COM 2001) nos señala la necesidad de participación de los ciudadanos en la elaboración y aplicación de las políticas de una forma más sistemática y transparente, haciendo especial incidencia en el ámbito local y sus organismos.

4. LA FIGURA DEL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL A NIVEL LOCAL

Indiscutiblemente, la figura del Consejo Económico y Social (CES) podría estudiarse desde el punto de vista del Derecho Administrativo o la Ciencia de la Administración, pues no en vano son organismos dependientes de la Administración — Local en nuestro caso —. Sin embargo, debemos matizar que contemplamos a estos consejos como un clásico instrumento de participación de nuestro sistema de relaciones

19. Font 2020.

laborales; como un mecanismo de diálogo permanente de los agentes sociales y de intercambio político²⁰ en asuntos socioeconómicos con los poderes públicos en los diversos ámbitos territoriales; al margen de que ello propicie igualmente la participación de otros representantes de intereses distintos a los profesionales.

Y es que su análisis no se realiza en el vacío; el CES local no es obviamente un compartimento estanco o una institución creada *ex profeso* para su utilización como idea exclusiva por las distintas corporaciones locales y los agentes sociales en sus estructuras organizativas municipales, comarcales o provinciales. Se trata de una institución con sus raíces ancladas en otros ámbitos territoriales y en base a un proceso histórico determinado.

Algún autor señala como el primero de los antecedentes históricos la fugaz Comisión del Gobierno para los Trabajadores de la Francia revolucionaria de 1848²¹. Sin embargo, y a pesar de algunas que otras experiencias entre finales del siglo XIX y principios del XX en el propio país galo, en Italia, Alemania y Bélgica, la tradición sitúa como antecedente fundamental a la Alemania de Weimar y el artículo 165 de la Constitución de 1919 con la creación del gigantesco Consejo Económico del Reich²².

El momento resultaba clave, pues se necesitaba una salida concertada a la crisis tras la Primera Guerra Mundial, y ante la incapacidad de los órganos de la democracia representativa “para articular y exponer la complejidad de intereses socioeconómicos”²³. Este Consejo disponía de un derecho de iniciativa que fue escasamente utilizado, mientras que su actividad principal fue esencialmente consultiva, y aquí es donde radica fundamentalmente su calificación como principal precursor de unos Consejos Económicos y Sociales que se irían paulatinamente generalizando en Europa Occidental, principalmente a partir de la finalización del segundo gran conflicto bélico como escenario adecuado de proliferación de estas políticas.

Y ello se produce como compromiso sindical —principalmente— para la reconstrucción nacional y como respuesta concertada a la crisis. Teniendo en cuenta el perfil incierto de estos organismos y partiendo de la experiencia de diversos países de Europa, la doctrina²⁴ nos ofrece una tipología sobre estos consejos en Europa, en la que siendo sintéticos ubicaríamos al CES español dentro de un modelo como órgano de participación democrática institucional y con una función básicamente de

20. Moreno Vida 1989, se refiere al “intercambio político” para describir esas relaciones en el terreno de la política económica y social entre el Estado y las organizaciones empresariales y sindicales, como traducción del término “scambio politico” acuñado por la doctrina italiana para explicar el fenómeno neocorporativo.

21. Gutiérrez Noguerols 2004.

22. Martínez Abascal, Pérez Amorós, Rojo Torrecilla 1993. Un análisis específico lo realiza Luthardt 1988.

23. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer 1998.

24. Cruz Villalón, Santana Gómez 1989. Vid. Ojeda Avilés 1992.

consulta legislativa (frente a otros con una función más centrada en la institucionalización de la concertación social o en la planificación de la economía).

Debemos señalar que el art. 131.2 de la Constitución Española parecería decantarse por un modelo de CES de “función planificadora”, aunque entendemos que su “función consultiva” en última instancia no desmerecería su encuadre constitucional, a pesar del debate que la doctrina tuvo al respecto²⁵. Más allá de ello, lo que nos interesa es señalar que en nuestros sistemas de relaciones laborales se produce un doble movimiento centrípeto y centrífugo que supone una intervención en las relaciones laborales, y que llevará aparejada igualmente la creación de instrumentos para el diálogo social entre las distintas representaciones de intereses o grupos socioeconómicos, tanto en el ámbito de la Unión Europea como en el de nuestras Comunidades Autónomas; cada una con su diverso nivel de desarrollo e incluso de sostenibilidad en el tiempo²⁶.

La evolución histórica nos ha llevado a que en las diversas administraciones se cuente con un órgano con similares funciones y características y que, a pesar de poder establecerse una tipología entre ellos con sus correspondientes diferencias, lo cierto es que podemos referirnos a estructuras con un mínimo común denominador, y que han venido a coincidir en su práctica totalidad, con la denominación del Consejo Económico y Social.

La presencia en España de CES locales ha tenido un desarrollo absolutamente desordenado, sin que haya existido previsión alguna al respecto; es decir, sin que desde ámbitos superiores se haya pretendido su regulación. De manera individualizada, numerosas corporaciones locales han venido a coincidir en la creación de este tipo de órganos, en la mayoría de los casos formando parte del diseño de políticas de desarrollo con mayor o menor participación de los agentes sociales.

La primera de las consideraciones debe servirnos para delimitar qué entendemos por Consejo Económico y Social local, pues igual que nos encontraremos con órganos con diferente denominación y que responden al mismo fenómeno, habrá casos de Consejos homónimos que no terminen siendo homólogos, ya que lo definitorio serán sus objetivos, estructura y composición, y no el específico nombre adquirido. Y no solo ocurre a nivel local, como se desprendería mirando al propio *Economic and Social Council* de la Organización de Naciones Unidas, que obviamente es una organización internacional de Estados, siendo éstos los miembros del mencionado consejo.

También a nivel municipal nos hemos podido encontrar con algún caso de órgano denominado Consejo Económico y Social y que nada tenía que ver con ello²⁷.

25. Argumentos contrarios y a favor pueden verse en Ojeda Avilés 1992 y en Gutiérrez Nogueroles 2004; y más recientemente en Cabero Morán 2021 y Costas Comesaña, Martínez Rodríguez 2022.

26. V., entre otros, Serra Cristóbal 1996; García Ruiz 1995; Madrid Conesa 1998; y Cabrero Morán 2022.

27. Reglamento Orgánico Regulador del Consejo Sectorial Económico y Social, de Los Santos de Maimona (B.O.P. Badajoz, 16 de noviembre de 2004).

Habría aquí que marcar una diferencia con lo que, en numerosas localidades catalanas principalmente, se conoce como Consejo de Ciudad, como una especie de órgano aglutinador y coordinador de los distintos consejos sectoriales de participación ciudadana, sobre asuntos de política municipal general; una especie de “consejo de consejos” en el que, incluso contando con los legítimos representantes de intereses profesionales, su presencia sea de carácter accesorio. Y nótese que deberemos diferenciarlo de los Consejos Sociales de Ciudad que posteriormente abordaremos.

Como puede observarse, nada tiene que ver este órgano con las funciones que habitualmente se les atribuye a los distintos CES locales españoles, que, con las múltiples variantes que podemos imaginar, podrían considerarse, en general, foros permanentes de diálogo de los agentes sociales locales, comarcales o provinciales —con independencia de su extensión a otros colectivos—; articulándose básicamente como órganos consultivos en materia socioeconómica.

Quedando meridianamente claro que la figura del “consejo” es un firme exponente práctico de lo que conocemos como la representación de los intereses, resulta fundamental la percepción de Rusconi al respecto, que contribuye a evitar posibles confusiones entre los genéricos instrumentos de participación ciudadana y aquellos de carácter socioeconómico²⁸. Partiendo de la idea de que históricamente hemos llegado a un sistema de representaciones saturado, múltiple y asimétrico, diferencia tres formas principales de la representación: político-partidista, socioeconómica y cívica.

Junto a esa representación política, que la considera de primer grado al ser la más importante, sitúa la representación socioeconómica, que es administrada tradicionalmente por las grandes y pequeñas organizaciones de intereses, sindicales y patronales en primera fila. Obviamente, nosotros nos estamos refiriendo a los vínculos de este sistema de representación con el gobierno; y que ciertamente no van a poder ser definidos de manera unívoca, pues dicha relación puede variar desde políticas activas de intercambio entre los poderes públicos y las organizaciones sociales, hasta la posibilidad de que éstas sean sencillas destinatarias pasivas de las políticas gubernamentales.

Al margen del grado de ese *scambio político*, lo cierto es que difiere sobremanera de ese tercer grado de representación “cívico” que lo entiende como “aquella forma de presencia en ámbitos sociales importantes (escuela, estructuras sanitarias, asociaciones de consumidores, etc.)”. Así, parece evidente que en el ámbito local también interactúan estos mismos ámbitos representativos, de manera que las relaciones que se produzcan entre las distintas formas de representación difieran entre sí; no debiendo confundirse, como hemos indicado, las conexiones entre los poderes públicos y la representación cívica al crearse diferentes mecanismos de participación ciudadana, con las distintas prácticas neocorporativas entre la primera y segunda forma de representación, en la que resulta hegemónica la presencia de las organizaciones

28. Rusconi 1988.

sindicales y patronales, al margen de la posible presencia de otros intereses, pues el terreno socioeconómico no puede verse como un compartimento estanco; y recordemos que en coherencia con la argumentación planteada, Rusconi sitúa a los clásicos agentes sociales en primera fila, que no en exclusiva, por lo que con la evolución de los sistemas de relaciones industriales supone igualmente la presencia de otros intereses de carácter socioeconómico.

Y entre estas últimas prácticas situamos a nuestros CES locales, a quienes se les encomienda unas funciones también referidas a una genérica labor participativa y consultiva; pero a diferencia de las cuestiones globales propias de los órganos citados con anterioridad —consejos sectoriales—, en este caso la consulta previa se circunscribe a aquellos asuntos de la política municipal que afectan a su desarrollo socioeconómico. Y ello en el más amplio sentido de la expresión y con sus dificultades para el establecimiento de líneas de separación²⁹, por lo que comúnmente se le solicita al Consejo su opinión previa —cuando no se pronuncia a iniciativa propia— en casos tales como la aprobación de los presupuestos municipales (caso éste en el que se va muchísimo más allá que en el CES estatal), de las ordenanzas de carácter socioeconómico, o a la aprobación de los correspondientes planes estratégicos y/o planes locales de empleo, etc. Con independencia de la mayor o menor capacidad de influencia en ese proceso de toma de decisiones políticas, lo cierto es que existen casos en los que el órgano consultivo se ciñe exclusivamente a las actuaciones que incluiríamos en las concretas políticas consideradas específicamente como desarrollo local.

En este apartado de delimitación de la figura del CES local, podemos observar cierto debate doctrinal³⁰ respecto a si se consideraría a este tipo de órganos o no, dentro de la figura del Consejo Sectorial de los arts. 130 y 131 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales. Y en cierto modo, por lo que a nosotros interesa, ya avanzamos que nos daría igual, pues es el sentido del intercambio político y la interlocución con los agentes sociales en ámbitos municipales lo que nos va a concernir y no tanto si le otorgamos mayor o menor dosis de normatividad.

Probablemente la consideración del CES de una determinada localidad como un Consejo Sectorial más dentro de la política de fomento de la participación de ciudadanos y asociaciones en asuntos municipales, podría constreñir la autonomía de dicho órgano; y entre otras cosas, porque señala la norma citada que la presidencia de un consejo sectorial corresponde a un miembro de la Corporación elegido por el alcalde o alcaldesa.

29. Igualmente, Rusconi 1988, 324: “a nuestros sindicatos le repugna la idea de ser representantes de simples intereses económicos...pues parte de su identidad es la visión universalista, la solidaridad social y cívica”.

30. López Benítez 2003.

Es cierto que nos parecería de una mayor ortodoxia consejística la idea de una decisión municipal y participada con agentes sociales de constitución de un órgano *ad hoc*, aunque entendemos que no es nada definitivo teniendo en cuenta la amplia casuística al respecto. Si en una determinada corporación deciden crear un órgano de participación institucional —exponente claro de las prácticas neocorporativas— como órgano de consulta y participación en temas económicos y sociales, y de debate sobre los grandes asuntos de planificación de la ciudad, y quieren darle mayor dosis de normatividad, deseando de este modo considerarlo como consejo sectorial propiamente dicho, a nosotros no nos parece elemento que lo excluyera ni mucho menos de la lógica del CES local. Ni tan siquiera porque fuera presidido por el alcalde o la alcaldesa de turno. Las situaciones son muy variadas. Lo importante es que nos refiramos al CES como órgano de participación y/o consulta de los grupos organizados en materia socioeconómica y laboral.

5. EVOLUCIÓN DE LOS CES LOCALES EN ANDALUCÍA

Enmarcamos el presente estudio en la evolución que han experimentado los CES locales en Andalucía, aunque debemos señalar que con la metodología que hemos usado como punto de partida, una muestra significativa de Consejos, tanto a nivel estatal como andaluz, se habían puesto en marcha en una época que consideramos la de mayor relevancia de este tipo de órganos de participación. Nos referimos a algo más de una década, desde principios de los años noventa hasta la aprobación de la LMMGL. A partir de aquí, este fenómeno fue cayendo en una cierta atonía, quizás porque la atención política y social estaba en otros escenarios en aquellos duros años de plomo de la economía española, incluyendo la necesidad de reorganizar y adelgazar las estructuras de la administración, también la local.

Al margen de ello, la modificación que en ese momento se produce en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante: LRBRL) significó que los municipios considerados como “de gran población” debían constituir como órgano necesario un “consejo social de ciudad”. Veremos qué ha ocurrido con ese escenario en Andalucía, y si hay otros niveles territoriales donde se organizan nuestros órganos consultivos: a nivel municipal (de gran población o no), comarcal o provincial.

La muestra que utilizamos en un principio es de 30 Consejos Económicos y Sociales locales en España³¹ de los que pudimos certificar una actividad mínimamente razonable, de entre un total de 65 identificados y que se constituyeron entre

31. Alcalá de Guadaíra, Alcobendas, Algeses, Almansa, Ateca, Bages, Baix Llobregat, Barcelona, Bierzo, Cocentaina, Conil de la Frontera, Córdoba, Garraf, Gijón, Girona, Huelva, Leganés, Lleida, Lucena, Mancomunidad Campo de Gibraltar, Mancomunidad La Ribera Alta, Motril, Provincia de Jaén, Puerto Lumbreras, Sant Boi de Llobregat, Sevilla, Siero, Vigo, Viladecans, Xixona.

mediados de los años 80 hasta el momento previo de la LMMGL en 2003. Lo que pretendemos identificar es cómo la época dorada de creación de estos órganos, es decir, su moda o valor que aparece con más frecuencia (23,3%), se situaba en 1996.

No es algo que resultara casual, pues el mandato de las corporaciones locales que transcurre entre 1995 y 1999, viene a coincidir con los momentos de fomento y potenciación del desarrollo local en España; períodos también en los que desde la Unión Europea comienzan los primeros pronunciamientos para que desde el lugar más cercano al ciudadano se interviniera en el desarrollo económico y la creación de empleo, y que todo ello se hiciera concertadamente³².

La pluralidad y variedad de los CES locales parte de su propio ámbito administrativo, aunque parece obvio que la atención se centrará en los municipios como unidades básicas administrativas locales; tal y como señala el propio art. 1 LRBRL:

los municipios son entidades básicas de la organización territorial del Estado y cauces inmediatos de participación ciudadana en los asuntos públicos que institucionalizan y gestionan con autonomía los intereses propios de las correspondientes colectividades.

Pero junto a ello, el art. 3 sitúa a la “provincia y la isla en los archipiélagos balear y canario” como *entidades locales* territoriales; al igual que gozarán de la misma condición “las comarcas u otras entidades que agrupen varios municipios” en la medida que sean reconocidas por las Comunidades Autónomas, así como las áreas metropolitanas y las mancomunidades de municipios.

Este mapa aproximado reflejaba, como no puede ser de otro modo, una mayoría de CES de ámbito municipal (76,6%), junto a algunos otros que se repartían entre el ámbito comarcal en Cataluña principalmente, algunas mancomunidades, y solo identificado un CES de provincia con actividad destacable en aquellos momentos (Jaén); algo que resulta significativo según los resultados que veremos posteriormente y cómo este nivel provincial se va a desarrollar extraordinariamente en Andalucía.

Y efectivamente era la Comunidad Autónoma de Andalucía uno de los escenarios protagonistas en esta materia, que junto con Cataluña representaban entre los dos territorios el 56,7% de los CES locales analizados; un 30% y un 26,7% respectivamente.

5.1. Los nuevos escenarios tras la modernización del gobierno local

Con un panorama dominado por la enorme diversidad de Consejos económicos y sociales locales, como puede comprobarse con la simple revisión de su ámbito territorial, y con unas características tan heterogéneas, a principios de siglo asistimos a un

32. Barba Ramos 2009.

profundo debate sobre la necesidad de reformar la administración local. Y hay que decir que las expectativas de un verdadero vuelco en la administración local no se verían del todo cumplidas, pues ni se produjo una auténtica modernización de la administración local (con el debate no resuelto sobre el papel de la provincia o la financiación local), ni un régimen jurídico realmente específico para las grandes ciudades.

Es más, la propia exposición de motivos de la LMMGL ya nos estaba emplazando a futuras modificaciones, como si estuviera siendo consciente de su carácter transitorio. Pero en lo que nos interesa a este específico asunto, podremos hacer mención por una parte a un reforzamiento tanto del papel de la provincia en materia de desarrollo y planificación económica, como de las mancomunidades de municipios; lo que podría conllevar a que la escala a elegir por parte de los poderes públicos locales para la creación de estructuras de participación institucional pudiese estar precisamente en relación a dichos ámbitos. Y, por otra parte, la novedad sobre la incorporación de un nuevo art. 131 de la LRBRL con un órgano de carácter necesario como sería el “Consejo Social de Ciudad” sólo para los municipios de gran población.

Si estábamos circunscribiendo la presencia de CES locales al mayor protagonismo de los municipios en el desarrollo económico y la intervención de las corporaciones locales en las relaciones laborales de su entorno, hay que señalar que no es muy generosa la reforma en esta materia; y, en todo caso, en relación exclusivamente al ámbito provincial. Así, se añade al art. 36 LRBRL una nueva competencia propia de la Diputación o entidad equivalente consistente en “la cooperación en el fomento del desarrollo económico y social y en la planificación en el territorio provincial, de acuerdo con las competencias de las demás Administraciones Públicas en este ámbito”. Y a ello contribuiría, no lo olvidemos, una nueva norma de cierto carácter centralizadora como fue la Ley 27/2013 de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local.

El intercambio político propio de este tipo de competencias en la administración y la participación de agentes sociales que lleva anexa, sería el caldo de cultivo adecuado para pensar en un aumento de los Consejos Económicos y Sociales en el seno de las Diputaciones Provinciales, aunque no se trate de ningún instrumento previsto legalmente, sino que ello dependa en todo caso de la voluntad de las partes y de que una dinámica en este sentido desemboque en la creación de mecanismos de diálogo social o participación democrática institucional.

El hecho de que se constituyan CES a esta escala provincial podría llevarnos a pensar que signifique la absorción de cualquier otra posibilidad de que en ese territorio se articulen mecanismos de participación municipal o comarcal. La realidad es muy diversa en Andalucía en este sentido, pues vamos a poder comprobar un panorama que iría desde un CES provincial que relaja la necesidad del de índole local, como el caso de Huelva, hasta la coexistencia desde bien pronto de ambos CES a nivel provincial y en sus respectivas capitales, como sucede en los casos de Córdoba o Jaén.

En Andalucía contamos con la figura del Consejo Económico y Social a nivel provincial en el seno de cinco de las ocho Diputaciones Provinciales, aunque con diferente nivel de actividad y protagonismo, en Cádiz, Córdoba, Huelva, Jaén y Sevilla, más el caso de la Diputación Provincial de Almería, donde se acuerda su creación en el Pleno de la corporación en 2009, pero que no terminó de configurarse. Quizás como explicación de la ausencia de la provincia de Málaga en este elenco de órganos de participación institucional, podría argumentarse a su favor la particular presencia en su ámbito provincial de una fundación denominada MADECA (Málaga Desarrollo y Calidad), participada entre otros por los propios sindicatos y organizaciones empresariales de la provincia y que la observan como el mecanismo adecuado para participar en el desarrollo de las actuaciones estratégicas de la provincia. En la provincia de Granada diversos intentos de ampliar el ámbito del CES de la ciudad al territorio provincial no cuajaron.

Y volviendo a nuestros CES provinciales de Andalucía, uno de los más significativos en cuanto a su actividad ininterrumpida desde su nacimiento es el de la provincia de Jaén, cuya creación data de 1996 como cauce de participación de los agentes económicos y sociales de la provincia. Lo usamos aquí como base comparativa con el resto, pues no en vano se trata de un órgano con unas características muy clásicas del modelo de los consejos en nuestro país, a imagen y semejanza del CES de España.

Resulta curiosa la descripción de su propia razón de ser y la naturaleza jurídica como “órgano colegiado de carácter consultivo en materia económica y social”, pues se remite a lo más profundo del sentido neocorporativista de nuestro marco constitucional con referencias al art. 9.2 y al sentido del art. 7 CE como base de la participación institucional de los sindicatos y las asociaciones empresariales, y del diálogo entre los interlocutores³³.

Presenta igualmente una clásica composición consejística, con tres grupos constituidos por ocho representantes cada uno. Un primer grupo integrado por sindicatos más representativos, un segundo por las organizaciones empresariales igualmente de mayor representatividad, y un grupo tercero compuesto por representantes de diversas instituciones como la Universidad, consumidores, la propia Diputación Provincial, etc. Hay que señalar que ésa es también una característica repetida en este tipo de órganos, donde en los ámbitos locales-provinciales tiene una especial incidencia, pues la presencia de otros grupos representativos de intereses viene a adaptarse a las características territoriales con mayor claridad. El CES provincial de Jaén cuenta con 3 representantes del sector agrario de entre estos ocho puestos, dentro de este grupo mixto.

Uno de los debates esenciales en estos órganos consultivos —y en su diferenciación o no con los consejos sectoriales— sería el relativo a su presidencia; si debe

33. Aprobación definitiva de la modificación de los Estatutos del Consejo Económico y Social de la Provincia de Jaén. B.O.P. Jaén, miércoles, 26 de septiembre de 2012.

corresponder o no al alcalde, alcaldesa o presidencia de la Diputación en este caso, algo que por otra parte nos va a dar una pista necesaria para conocer su grado de autonomía. En el caso de este CES que hemos utilizado como base de estudio se buscará el consenso, señalándose en sus estatutos que la Presidencia se elegirá por la Diputación Provincial de Jaén, de entre una terna propuesta por quienes integran el Consejo.

Señalándose de forma expresa que el CES actuará con total autonomía e independencia en el ejercicio de sus funciones, se señala igualmente de una forma clásica que éstas serán la emisión de estudios, informes o dictámenes bien solicitados por la Diputación en asuntos socioeconómicos, a solicitud de organizaciones sociales, económicas o profesionales representativas, o resoluciones a iniciativa propia en materia económica y social. Y deberán —junto a la clásica memoria de actividades— elaborar una memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de Jaén e informar los planes económicos y de ordenación del territorio.

De unas características similares es el Consejo Económico y Social de la provincia de Huelva, que se crea en 2008 (aunque no diseña sus estatutos hasta 2013) en los albores de la crisis económica, que por otra parte coincidía con la decisión municipal de la capital de clausurar su CES como consecuencia de los ajustes en la administración.

Quizás presenta algún pequeño matiz de cierto intervencionismo de la corporación provincial, puesto que su presidente/a será nombrado por la presidencia de la Diputación provincial, aunque se busca el consenso sindical y patronal, y además un miembro de cada grupo político formará parte del propio Consejo. A destacar por este CES provincial su enorme carga de participación institucional desde la perspectiva de nuestro sistema de relaciones laborales, puesto que en su artículo primero señala que se trata de un órgano consultivo

que sirve de cauce para la participación y el diálogo, entre las organizaciones sindicales y organizaciones empresariales más representativas y otros agentes sociales y Administraciones Públicas.

En cuanto a las funciones se refiere, nos podemos encontrar (con más frecuencia en algunos CES locales que en los provinciales) con la asignación de atribuciones de consulta que van a tener carácter preceptivo, aumentando así el papel de interlocución y de participación de los agentes sociales. Ese es el caso del CES de la provincia de Sevilla (con unos estatutos en fecha más reciente de 2017) como “foro de dialogo y cauce de participación, de consulta y asesoramiento” y que entre otras tiene atribuidas las funciones de

emitir informe con carácter preceptivo y antes de su aprobación provisional por el Pleno de la Diputación, sobre el Presupuesto Provincial, las Ordenanzas Fiscales y los Reglamentos y Ordenanzas provinciales sobre temas económicos y sociales.

La composición se asemeja a los comentados CES anteriores, quizás pareciéndose más al caso onubense por la presencia de miembros de los grupos políticos en ese grupo tercero.

Este tipo de órganos, ya sean provinciales o locales, van a depender siempre de la voluntad de las partes, a veces del impulso político, para que se configuren en verdaderos foros de diálogo social, o bien de los deseos participativos de los propios agentes sociales, y en ocasiones su activación dependerá de determinado conflicto que pueda surgir en un territorio y que requiera del CES como foro institucional de discusión. Sirvanos como ilustración el CES de la provincia de Cádiz que tuvo su última reunión en el año 2017; una provincia muy particular por la presencia de núcleos urbanos especialmente poblados.

Es tan especial dicha provincia que sirve de argumento para delimitar adecuadamente una escala participativa. Así, debe considerarse con especial significación la presencia del Consejo Económico y Social del Campo de Gibraltar al que nos referiremos. Al igual que en el aumento de las competencias de las Diputaciones Provinciales en materia de desarrollo económico, es donde circunscribimos la mayor presencia en Andalucía de estos órganos de participación, debemos hacer alguna reflexión en relación con otros entes supramunicipales. Así, se señala en el Título IV LRBRL, referido a estas otras entidades locales que pueden constituirse en España. Aparece la comarca como administración local que también puede asumir las funciones socioeconómicas que nos ocupan, identificándose así en los años noventa diversos CES en comarcas catalanas como el Bagés, Baix Llobregat, Garraf o Vallés Oriental.

De la misma manera, la propia modificación de la LRBRL realizó un reconocimiento explícito de las potestades de las mancomunidades de municipios, e incluso la posibilidad de que éstas se puedan agrupar en municipios de más de una Comunidad Autónoma. Existirá por lo tanto la opción de que en virtud de esta agrupación constituyamos un órgano de participación institucional, siempre obviamente en función de que los objetivos mancomunados fueran acordes a ello.

En Andalucía, tras la desaparición del Consejo Económico y Social de la Mancomunidad del Bajo Guadalquivir (con la particularidad de agrupar a municipios de dos provincias como Sevilla y Cádiz), que formó parte del escenario consejístico previo a la crisis económica de principios de siglo, debe destacarse la significativa actividad actual del Consejo Económico y Social del Campo de Gibraltar.

En este caso se trata de un órgano de un claro carácter tripartito que, no siendo el modelo prevalente entre los diferentes CES de España, parece que tiene toda la lógica no tanto como órgano consultivo (aunque así se considera expresamente en sus estatutos), sino como foro de encuentro y de interlocución entre los poderes

públicos y los agentes sociales. En el CES del Campo de Gibraltar³⁴ estarán presentes las organizaciones empresariales, los sindicatos más representativos, y un tercer grupo compuesto por los alcaldes de cada uno de los municipios que conforman esta Mancomunidad.

Se trata de un mecanismo participativo que desarrolla una intensa actividad como punto de encuentro de debate sobre el desarrollo económico de una comarca que reúne a una población de unos 270.000 habitantes. Teniendo en cuenta las particularidades geográficas y socioeconómicas de la zona, parece mucho más razonable y ajustado a la necesaria eficacia de la propia administración que, en la decisión de creación de un órgano de participación institucional, optemos por acudir a la escala de la comarca y no la de los concretos municipios, aunque un órgano de estas características no tenga más base legal que la propia autonomía política de los municipios mancomunados.

Y queremos ponerlo de manifiesto en relación con una posible incongruencia que podría producirse en el caso de que Algeciras, como municipio de más de 75.000 habitantes y en función de sus características especiales (algo que abordaremos a continuación), decidiese solicitar la aplicación del régimen jurídico establecido en el Título X LRBRL para los municipios de gran población. En ese caso, tendría que crear un órgano necesario denominado Consejo Social de Ciudad, que desde nuestra perspectiva es —o debería ser— similar a un Consejo Económico y Social, cuando ya existe con una lógica aplastante idéntico órgano en el nivel comarcal. De momento, el Ayuntamiento de Algeciras no ha decidido incorporarse a ese club de los municipios de gran población.

5.2. Del CES local al Consejo Social de Ciudad

La evolución de los Consejos Económicos y Sociales a nivel local en Andalucía, y en este caso específicamente municipal, se vería enormemente condicionada por las modificaciones introducidas con la aplicación del Título X LRBRL, que se incorpora a finales de 2003 con la LMMGL. Pues, no en vano, es en las grandes poblaciones donde se daban las experiencias más destacables de órganos de participación institucional.

Lo que en un principio pretendió ser un intento de elaboración de una “ley de grandes ciudades”, acabó convirtiéndose en unas modificaciones para modernizar el gobierno local, incluyendo un régimen de organización particular para los municipios considerados “de gran población”. A ello se refiere el Título X de LRBRL y más

34. En 2020 se produce la incorporación de un nuevo, San Martín del Tesorillo, debiéndose producirse una modificación puntual de los Estatutos del Consejo Económico y Social del Campo de Gibraltar (B.O.P. Cádiz, 8 de junio de 2020).

concretamente el art. 121, que indica a qué entidades serán de aplicación las normas previstas:

A los municipios cuya población supere los 250.000 habitantes.

A los municipios capitales de provincia cuya población sea superior a los 175.000 habitantes.

A los municipios que sean capitales de provincia, capitales autonómicas o sedes de las instituciones autonómicas.

Asimismo, a los municipios cuya población supere los 75.000 habitantes, que presenten circunstancias económicas, sociales, históricas o culturales especiales.

En los supuestos previstos en los párrafos c) y d), se exigirá que así lo decidan las Asambleas Legislativas correspondientes a iniciativa de los respectivos ayuntamientos.

Eso quiere decir que a algunos municipios les será de aplicación directa dicho régimen, mientras que otros tendrán a su mano la decisión de recorrer o no el camino hacia “la gran población”. A estos municipios se les aplicará un régimen específico sobre “organización y funcionamiento de los órganos municipales necesarios” (cap. II) y unas normas particulares sobre “gestión económico-financiera” (cap. III), además de su inclusión en la “Conferencia de Ciudades” (Cap. IV).

A lo que el presente trabajo interesa, la reforma de la administración local introduce un art. 131 sobre el Consejo Social de la Ciudad:

En los municipios señalados en este título, existirá un Consejo Social de la Ciudad, integrado por representantes de las organizaciones económicas, sociales, profesionales y de vecinos más representativas.

Corresponderá a este Consejo, además de las funciones que determine el Pleno mediante normas orgánicas, la emisión de informes, estudios y propuestas en materia de desarrollo económico local, planificación estratégica de la ciudad y grandes proyectos urbanos.

Ya hemos tenido ocasión de comentar cómo esta novedad en el régimen jurídico de los municipios de gran población se superponía a una situación ya preexistente con órganos de participación institucional sobre asuntos socioeconómicos, con carácter voluntario y que de forma abrumadora coincidían en el nombre de “Consejo Económico y Social”. Al margen de un mayor o menor reconocimiento, e incluso de su consideración como órgano sectorial o *ad hoc* en base a la autonomía de funcionamiento, el interés desde la perspectiva de los sistemas de relaciones laborales consiste en conocer si se produce una dinámica de características neocorporativas y hasta dónde se llega en el intercambio político.

Así, recuperando la muestra de la treintena de CES locales consultados previamente a la LMMGL, veámos cómo su creación se producía sin ningún tipo de referente normativo; se creaban a caballo entre la participación institucional de los

agentes sociales propiamente dicha y la participación ciudadana más tradicional en forma de “consejo sectorial municipal”. Desde nuestra perspectiva de análisis, el encuadramiento jurídico no es óbice para considerarlo como un CES si se cumplen los elementos que lo caracterizan.

De hecho, casi la mitad de los CES locales (46,7%) buscarían un encuadre jurídico más directo, y señalan que son “un consejo sectorial” de los previstos legalmente; un 20% admiten que formalmente también lo son, pero reconociendo abiertamente que mantienen una práctica en su composición, funciones y actividades muy alejada a los mismos, y más propia del fenómeno consejístico; mientras que una tercera parte indican que se trata de órganos de participación de los agentes sociales, fruto de la voluntad política de la corporación, pero no constituidos formalmente como consejo sectorial.

De alguna manera, y como veremos a continuación, los CES que se adaptan a la modificación señalada por la LMMGL van a encontrar en el art. 131 LRBR su marco de referencia. Pero, en cualquier caso, y al margen del encuadramiento normativo preciso donde ubicar a estos órganos, hay la necesidad de separar los CES como el segundo nivel de representación socioeconómica en el plano local, lo que los diferencia con claridad de la representación cívica.

No cabe la menor duda de que el asunto de la composición supone la principal clave de la argumentación y análisis de la figura del CES, probablemente uno de los principales elementos diferenciadores con otras estructuras participativas, definidor de sus propias características. Y aquí vamos a diferenciar a dos grandes grupos de CES locales que se dividían casi a partes iguales, que identificamos como “CES clásico” o “CES tripartito”.

Sin un patrón único, señalaríamos al CES clásico como aquel que sigue el modelo de su homólogo y homónimo CES de España, con dos grupos constituidos por sindicatos y asociaciones empresariales y un grupo mixto que incluye representantes de diversos colectivos, que en el ámbito municipal serían principalmente vecinos, consumidores y usuarios, economía social, expertos, etc.; siendo este último grupo además muy peculiar porque se adaptaría a las particularidades socioeconómicas de cada territorio.

En el ámbito local, encontraríamos una variante en esta composición, pues algunos CES locales que no van a evitar la tentación de incorporar a los grupos políticos como si se tratara de un cuarto grupo del órgano de participación (un 33% de casos), o bien con la incorporación de los mismos dentro del grupo mixto, y en algunas ocasiones sin que se diferencien grupos del CES como tales.

El segundo modelo de CES lo calificaríamos como “tripartito”; como un órgano de diálogo social institucionalizado a nivel local entre sindicatos, asociaciones empresariales y los grupos políticos presentes en la corporación (con la variante en algún caso de incluir aquí al gobierno local y no al resto de grupos). En este modelo

se gana interlocución, pero con el efecto negativo de la menor independencia en la función consultiva.

Con la obligatoriedad por parte de los municipios de gran población en Andalucía de constituir por la vía directa (art. 121 a y b) el correspondiente Consejo Social de Ciudad del art. 131 LRBRL, vemos cómo con esa transición, lejos de suponer la desaparición de los anteriores CES locales o la creación de órganos nuevos (que no tendrían sentido, y aún menos la coexistencia de ambos), se ha producido una adaptación directa (Tabla 1).

Tabla 1.

Municipios andaluces con aplicación directa del régimen de “gran población”. Consejo Social de Ciudad obligatorio

Municipio	Habitantes	Situación CES
Sevilla	681.998	CES previo
Málaga	579.076	No CES previo
Córdoba	319.515	CES previo
Granada	228.682	CES previo
Almería	199.237	CES previo disuelto

Fuente: Padrón Municipal de Habitantes. INE 2022. Elaboración propia.

De entre las capitales andaluzas que debían constituir un Consejo Social, tres de ellas ya contaban con un Consejo Económico y Social activo a la fecha de la entrada en vigor de la nueva norma. En el caso de Almería, se había creado un CES en 1994, y que terminó por desaparecer explícitamente en 2011 en el contexto de la crisis económica y la readaptación de las administraciones a la nueva realidad; destino que sería idéntico para el caso del CES de la ciudad de Huelva.

Así, el modelo predominante de CES local de entre los más veteranos vendría a ser el “clásico” con presencia política entre sus componentes o sin ella. En este último supuesto incluiríamos al CES de Córdoba; nacería en 1995 y lejos de extinguirse con ocasión del nuevo contexto normativo, se produce una conversión a la nueva figura de Consejo Social de la Ciudad de Córdoba. Éste se manifiesta³⁵ explícitamente como heredero del anterior órgano en su propia descripción histórica, y al señalar que se trata de “un órgano consultivo de opinión en materia socioeconómica de la corporación local al amparo del art. 131 de la LRBRL” nos está reconociendo desde su perspectiva práctica que esa figura es lo que siempre hemos conocido como CES, y no algo nuevo.

35. Vid. <https://www.consejosocialdecordoba.es> (consulta: 15 de junio de 2023).

Y es que además pretendemos usar al Consejo de la capital cordobesa como base argumental de las características comunes de un CES local. Comenzando por su composición con una estructura de CES clásico con cuatro grupos de seis miembros cada uno: sindicatos, asociaciones empresariales, colegios profesionales y asociaciones de vecinos, y un cuarto grupo con expertos nombrados por el Ayuntamiento, la Universidad, la economía social y las cajas de ahorro. A esos componentes se uniría un presidente nombrado por el propio Ayuntamiento, con el apoyo previo de dos terceras partes del Consejo. Si parecía lógica la presencia de representantes del asociacionismo vecinal en un CES de ámbito local (que tampoco era una posición unánime en etapas anteriores), tras la nueva configuración del Consejo Social de ciudad parece obligatoria, si nos atenemos al tenor literal del art. 131 LRBRL.

El caso del CES de la ciudad de Sevilla es muy similar, pero con la particularidad de que mantiene su denominación original. Se había creado en 1998 como órgano sectorial, colegiado de carácter consultivo y de asesoramiento en materia socioeconómica de la corporación local. Plantea autonomía en sus funciones, y cuyo objeto es canalizar la participación de los ciudadanos y sus asociaciones en los asuntos municipales. Y si nos referimos a su composición, formaría parte de esa tipología de CES clásico, con dos grandes grupos sindicales y empresariales, pero con la variante de contar con un tercer grupo mixto donde, junto a representantes de colectivos diversos (vecinos por supuesto), incluye en su seno a un representante de cada grupo político. La presidencia es nombrada por el Pleno del CES a propuesta de la alcaldía.

En unos parecidos términos habría que señalar la composición del Consejo Social de la ciudad de Granada, que también se declara como órgano heredero del anterior CES que, con unos estatutos iniciales del año 2000, tuvo que adaptarse con un nuevo reglamento orgánico en 2004, cuando se aprovecha para modificar una composición con menor presencia de las organizaciones sindicales y empresariales (que siguen siendo de carácter esencial) en favor de un colectivo más amplio de organizaciones representativas de la ciudad, incluyendo igualmente a cuatro representantes de la corporación municipal. Aquí aparece quizás una de las novedades más significativas, como el hecho de constituirse como órgano de carácter necesario mandado por la legislación local, y que sirve como argumento legitimador de una presidencia del Consejo en manos del propio alcalde o alcaldesa.

Aunque no se trate de un municipio de gran población por la vía rápida, ni lo haya solicitado por “la vía lenta” (art. 12.1 c LRBRL), es merecedor de mención por su existencia ininterrumpida desde 1996. En el análisis comparativo en el que estamos, el Consejo Económico y Social de Jaén se incluiría dentro de aquellos municipios que tendrían la posibilidad de solicitar al Parlamento de Andalucía el acceso al régimen de organización de “gran población”, y en un grupo de municipios con una población de entre 75.000 y 175.000 habitantes (Tabla 2).

Tabla 2.*Municipios andaluces con opciones de optar al régimen de “gran población”*

Municipio	Habitantes	Situación CES
Huelva	141.854	CES extinto
Algeciras	122.368	No CES
Cádiz	113.066	No CES
Jaén	111.669	CES activo
Roquetas de Mar	102.881	No CES
San Fernando	94.120	No CES
El Puerto de Sta. María	89.435	CES activo
El Ejido	87.500	No CES
Chiclana de la Frontera	87.493	CES
Alcalá de Guadaíra	75.917	CES inactivo

Fuente: Padrón Municipal de Habitantes. INE 2022. Elaboración propia.

En este caso, el Ayuntamiento de Jaén hasta el momento no ha visto adecuado solicitar su incorporación a este selecto club de municipios andaluces, a pesar de lo cual y sin la obligatoriedad de consejo social alguno, viene materializando su apuesta por el diálogo social institucionalizado a nivel local con un CES muy activo y una composición “clásica pura” muy similar a su homólogo órgano cordobés. Tiene una presidencia nombrada por la alcaldía, a lo que se le une un alto grado de autonomía en su funcionamiento.

Destacamos en este conjunto de ayuntamientos al de El Puerto de Santa María, que también cuenta con un CES activo desde 2008 y que traemos a escena por atender a una denominación con cierto matiz diferente. Se trata de un “Consejo Económico y de Desarrollo Local”, pero que en su naturaleza no desmerece como “órgano colegiado de participación ciudadana de carácter consultivo, de asesoramiento y de planificación estratégica en materia socioeconómica de la ciudad”. Su composición es clásica con el alcalde como presidente del órgano y con presencia del resto de grupos políticos. En este caso, no se distinguen “grupos” en el propio Consejo, aunque debemos señalar una clara presencia mayoritaria de sindicatos y asociaciones empresariales, amén de otros representantes de vecinos, consumidores u organizaciones ecologistas.

En cuanto a las funciones de nuestros CES locales de Andalucía, y a lo que hasta el momento se ha expuesto, debemos añadir alguna apreciación muy significativa. Y

usando para ello como modelo el Consejo Social de la ciudad de Córdoba, en cuyo reglamento se establece que, junto a la posibilidad de emitir dictámenes solicitados, bien por el Gobierno Municipal o el Pleno de la Corporación, bien a iniciativa propia, hay que destacar especialmente la función de emitir dictámenes preceptivos en materia de presupuesto del Ayuntamiento, ordenanzas municipales, ordenanzas fiscales, expedientes en materia de desarrollo económico local, planificación estratégica de la ciudad o grandes proyectos urbanos, así como la función de conocer la liquidación de los presupuestos municipales. Todo ello, además de la emisión de la clásica memoria sobre la situación económica y social del municipio.

Esta posibilidad de emitir informes preceptivos (obviamente no vinculantes) se repite en el CES de la ciudad de Sevilla, y es un clásico de entre aquellos consejos que nacieron en los años 90; cualidad que se ha venido relajando, como si de un arrepentimiento de una alta participación se tratara, en la medida que se han ido reconvirtiendo en Consejos Sociales de Ciudad. En cualquier caso, el resto de las funciones señaladas para el órgano cordobés se repite en la mayoría de los órganos consejísticos.

En este repaso de las capitales andaluzas que deben constituir necesariamente Consejos Sociales de ciudad, nos quedaría la mención de dos de ellas que no parten con la herencia previa de un CES local; algo que nos resulta de interés en la disquisición de si podríamos incluirlo en este conjunto de órganos de participación institucional desde la perspectiva de las relaciones laborales. En el caso de Málaga resulta relevante que se imponga ese formato de CES, ratificándose con una composición clásica con grupos empresarial, sindical y del resto del movimiento asociativo y economía social, a lo que habría que sumar otro grupo representativo de los grupos políticos. Se califica así sobre su propia consideración:

El Consejo Social nace como foro de diálogo y cauce de participación de los Agentes Económicos, Sociales, Profesionales y Vecinales con el Ayuntamiento. Un órgano de consulta, participación y asesoramiento, en materias tan relevantes como el Plan General de Ordenación Urbana, la planificación estratégica de la ciudad, y el desarrollo socioeconómico con la perspectiva de hacer avanzar la calidad de vida del municipio y de sus habitantes. El Consejo goza de plena independencia en el ejercicio de sus funciones y sus estudios, informes y dictámenes tendrán carácter facultativo y no vinculante.

Sin embargo, el análisis del Consejo Social³⁶ de la ciudad de Almería nos lleva a interpretar la necesidad del legislador de ser más explícito y claro en el sentido del órgano y la composición de sus miembros. Porque aquí se asemejaría más a una especie de “Consejo de consejos y notables del entorno”, sólo con el análisis de su composición de 35 miembros, con el alcalde a la cabeza, concejales, subdelegado del

36. Reglamento orgánico de participación ciudadana. B.O.P. de Almería, número 40. 2 de marzo de 2021.

Gobierno, delegado del Gobierno de la Junta de Andalucía, presidente de la Diputación Provincial, rector de la Universidad de Almería, presidente de la Autoridad Portuaria, y así un largo etcétera, introduciendo la referencia sindical de un modo muy peculiar, y que requeriría de otro debate incluyendo el de la mayor representatividad:

Secretarios Generales o Presidentes provinciales de los tres (3) Sindicatos que tengan la condición de más representativos en las Administraciones Públicas que se radiquen en el municipio.

En el mapa de consejos sociales de ciudad en Andalucía habría que incluir a aquellos que, en base a la Ley 2/2008, de 10 de diciembre, que regula el acceso de los municipios andaluces al régimen de organización de los municipios de gran población, han decidido sumarse a su régimen jurídico, debiendo incorporar a su estructura este órgano de carácter necesario. En la Tabla 3 pueden observarse los municipios a los que nos referimos, aquellos que, sin ser capitales de provincia, tienen una población superior a 75.000 habitantes y expresan unas especiales circunstancias económicas, sociales, históricas o culturales. Debemos señalar aquí una amplia casuística en estos consejos que requerirán una ulterior consideración, y que ciertamente sí que se considerarían a medio camino entre el clásico CES y las estructuras puras de participación ciudadana.

Tabla 3.

Municipios andaluces que han optado al régimen de “gran población”. Consejo Social de Ciudad obligatorio

Municipio	Habitantes	Situación CES
Jerez de la Frontera	212.730	CES previo
Marbella	150.725	No CES previo
Dos Hermanas	137.561	No CES previo
Mijas	89.502	No CES previo
Vélez-Málaga	83.899	No CES previo
Fuengirola	83.226	No CES previo

Fuente: Padrón Municipal de Habitantes. INE 2022. Elaboración propia.

En esta aproximación a un mapa de CES locales en Andalucía habría que señalar aquellos casos en los que, sin estar incluidos en los análisis anteriores, es decir, municipios que tienen entre 20.000 y 60.000 habitantes, han tenido o tienen en la

actualidad constituidos órganos similares de participación institucional, como en los casos de los municipios de la Tabla 4.

Tabla 4.

Algunos municipios andaluces que tuvieron o tienen CES activo

Municipio	Habitantes	Situación CES
Motril	58.798	CES activo
Lucena	42.645	CES activo
Puerto Real	41.963	CES previo inactivo
Mairena del Alcor	23.938	CES inactivo
Conil de la Frontera	23.497	CES previo inactivo
Montilla	22.490	CES previo inactivo
Ayamonte	21.725	CES previo inactivo

Fuente: Padrón Municipal de Habitantes. INE 2022. Elaboración propia

6. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES

Hemos dejado para este apartado de consideraciones finales la mención a algunos de nuestros Consejos sociales de ciudad más neófitos en Andalucía, pues su interpretación no puede estar ausente de cierta valoración por nuestra parte, y por lo tanto más propio de esta sección que de un análisis más objetivo y descriptivo de la realidad.

Hemos comprobado cómo los Consejos sociales de ciudad en Andalucía se han configurado adoptando la forma de CES, bien porque éste existía con anterioridad, bien porque así lo han considerado *ex novo*, como es el caso de Málaga. Así ocurría con todos los municipios de gran población que de manera directa se debieron adaptar al Título X LRBRL (salvo en Almería).

Resulta cuanto menos curioso el caso del grupo de municipios andaluces (Tabla 3) que tuvieron la ocasión de solicitar su reconocimiento como municipio de gran población según señala la LRBRL y reglamenta la Comunidad Autónoma de Andalucía. Así, analizamos el Consejo Social de Jerez³⁷, que adopta, no sin matices, un modelo que podríamos decir que se asemeja a los descritos en este estudio como de CES local, quizás teniendo en cuenta que había existido experiencia previa del mismo.

37. Reglamento Orgánico de Participación Ciudadana (capítulo IV). Ayuntamiento de Jerez de la Frontera

Sin embargo, donde no había ocurrido así, nos vamos a encontrar con unos reglamentos de estos Consejos Sociales de ciudad que en nada se asimilan a aquellos que han venido configurándose entre las poblaciones más numerosas, ni en sus funciones ni en la composición. Podemos comprobarlo en los casos de Marbella o Vélez-Málaga, que adoptan una particular situación. Copian entre ellos (desconociendo su origen) los reglamentos, y su propia exposición de motivos, que regulan su Consejo Social de ciudad, donde curiosamente se hace mención al art. 131 de la Constitución Española, es decir, al Consejo Económico y Social de España; llegándose a insinuar que lo que están regulando es un CES local. Señalan expresamente que la administración local debe disponer de medios para el desarrollo de sus funciones y

entre tales medios se halla el Consejo Económico y Social, que debe constituir un apoyo fundamental para la respectiva corporación municipal en el ejercicio de aquellas de sus competencias que afectan, directa o indirectamente, a los diversos sectores económicos y sociales.

Poco más que añadir cuando, a pesar de ello, en la parte dispositiva reniegan del mismo y establecen una estructura y composición que nada tiene que ver con un Consejo Económico y Social, en ninguna de sus posibles variantes. En ambos casos solo hay presencia de un representante sindical y uno de la PYME local entre una treintena de consejeros que representan a toda una pléyade de asociaciones culturales, deportivas, cofradías, amas de casa, etc. De manera similar, se presenta el caso del Consejo Social de Mijas, con un formato que ni tan siquiera recordaría el espíritu del propio art. 131 LRBRL, aunque al menos aquí su “reglamento orgánico regulador” no incorpora semejante incoherencia argumental previa.

Queremos señalar con todo ello que un necesario grado de autonomía local por parte de los ayuntamientos no entraría en contradicción con una mayor concreción del legislador respecto de la configuración y funciones del Consejo Social de Ciudad, para evitar ciertas tentaciones —probablemente ideologizadas— de arrinconamiento de la legítima representación sindical. Quizás a nivel estatal y en el seno de la Conferencia de Ciudades y a la vez en el ámbito del diálogo social (bipartito o tripartito) se podría procurar una cierta ordenación del fenómeno y adaptación a las nuevas realidades, incluyéndose una reflexión sobre “la escala” conveniente para articular este tipo de órganos de participación institucional; su adecuada dimensión deliberativa y procesal³⁸.

Esa hegemonía sindical y patronal cuando hablamos de órganos de participación en materia socioeconómica tiene su base constitucional, insistimos, en el reconocimiento del papel de los agentes sociales; y particularmente la configuración de la libertad sindical como derecho fundamental específico y diferenciado del derecho de

38. Sintomer 2007.

asociación de las personas en torno a otro tipo de intereses. El encuadre constitucional de la lógica neocorporativa —hoy gobernanza— se basa en esa especial ubicación del artículo 7 CE, que, además, entendemos que no debe desmerecer la exploración de otras vías más innovadoras de participación ciudadana en los asuntos sociales, económicos y políticos.

Nuestro sistema de relaciones laborales sigue articulando la lógica participativa en base a una presencia hegemónica y simétrica de los tradicionales agentes sociales; y ese reconocimiento no debería ser interpretado como un freno a las nuevas tendencias de participación; pues además el ámbito local es el lugar perfecto para explorar nuevas fórmulas que se acerquen con mayor claridad a lo que todos entendemos con la terminología de “gobernanza”.

No faltan las voces en el propio seno del municipalismo español³⁹ que abogan por disminuir la institucionalización en la participación ciudadana y con la presencia de otros sujetos representativos de intereses, como así se señala desde la propia Federación Española de Municipios y Provincias:

los esquemas tradicionales de la participación ciudadana local se están viendo expuestos a una serie de elementos transformadores, tales como la corriente del gobierno abierto, las nuevas tecnologías digitales y la lógica de trabajo de la innovación abierta.

El reto está en hacer compatible ese nuevo modelo de “gobernanza participativa” con los esquemas tradicionales que siguen vigentes en nuestros sistemas de relaciones laborales.

7. BIBLIOGRAFÍA

- Barba Ramos, Francisco José (2009), “The local dimensión of the european employment strategy: the clash of competences in the spanish administration”, en *The modernization of labour law and industrial relations in a comparative perspective. Bulletin of Comparative Labour Relations*, vol. 70, 315-336.
- Baylos Grau, Antonio (2002), “Democracia política y sistema sindical: reflexiones sobre autonomía del sindicato”, en García Laso, Agustín, Sanguinetti Raymond, Wifredo (Eds.), *Sindicatos y cambios económicos y sociales*, Ediciones Universidad de Salamanca, 15-25.

39. La Federación Española de Municipios y Provincias, a través de la Red de Entidades Locales por la Transparencia y la Participación Ciudadana, publicó en 2018 el informe titulado “Gobernanza. Participación Local. Construyendo un nuevo marco de relación con la ciudadanía”

- Cabero Morán, Enrique (2021), “El Consejo Económico y Social de España cumple treinta años (Ley 21/1991, de 17 de junio)”, *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº 79-80.
- Cabero Morán, Enrique (2022), “Los Consejos Económicos y Sociales de las Comunidades Autónomas”, en *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº Extra 15.
- Costas Comesaña, Antón; Martínez Rodríguez, Fernando (2022), “El valor del diálogo social. El papel del CES de España”, en *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº Extra 15.
- Cruz Villalón, Jesús; Santana Gómez, Antonio (1989), “Una vía de institucionalización de la concertación social: el Consejo Económico y Social”, *Relaciones Laborales*, nº 17.
- Dunlop, John Thomas (1958), *Industrial Relations Systems*.
- Federación Española de Municipios y Provincias; Fundación Novagob (2018), *Gobernanza. Participación Local. Construyendo un nuevo marco de relación con la ciudadanía*; <https://novagob.org/documentos/gobernanza-participativa-local>
- Font, Joan (2020), Los consejos como espacios deliberativos. El caso español; DOI:10.2307/j.ctv1gm01b0.17
- García Ruiz, José Luis (1995), *El Consejo Económico y Social. Génesis constituyente y parlamentaria*, Madrid.
- Goñi Sein, José Luis (2017), “Rol institucional y atribuciones de facto de los sindicatos implantados y minoritarios”, en Cruz Villalón, Jesús; Menéndez Calvo, Remedios; Nogueira Guastavino, Magdalena (coords.), *Representación y representatividad colectiva en las relaciones laborales*, Albacete, 277-296.
- Graña, François (2005), “¿Democratizar la democracia? Las nuevas formas del diálogo social”, *Boletín Técnico Interamericano de Formación Profesional*, nº 156.
- Gutiérrez Nogueroles, Aurora (2004), *El Consejo Económico y Social en el ordenamiento constitucional español*, Madrid.
- López Benítez, Mariano (2003), “El problema de la naturaleza jurídica de los Consejos Económicos y Sociales de ámbito local”, en Cosculluela Montaner, Luis (Coord.), *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, 329-348.
- Luján Alcaraz, José (2009), “Los transportistas en las fronteras del contrato de trabajo: calificación jurídico-laboral de la actividad de transporte”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 83.
- Luthardt, Wolfgang (1988), “Democrazia collettiva nella Repubblica di Weimar. Una concezione semicorporativa di depoliticizzazione sociale?”, en Vardaro, Gaetano, *Diritto del Lavoro e corporativismi in Europa: ieri e oggi*.
- Madrid Conesa, Fulgencio (1998), *Naturaleza jurídica de los CES autonómicos*.

- Martínez Abascal, Vicente; Pérez Amorós, Francisco; Rojo Torrecilla, Eduardo (1993), *Los Consejos Económicos y Sociales. España y otros países comunitarios*, Madrid.
- Monereo Pérez, José Luis (1999), *Concertación Social y Diálogo Social*.
- Moreno Vida, María Nieves (1989), *Los pactos sociales en el Derecho del Trabajo*, Granada.
- Ojeda Avilés, Antonio (1992), “¿Qué Consejo Económico y Social?”, en Ojeda Avilés, Antonio (coord.), *Los Consejos Económicos y Sociales*.
- Pizzorno, Alessandro (1977), “Scambio politico e identità collettiva nel conflitto di classe”, *Italian Political Science Review / Rivista Italiana di Scienza Politica*, 7-2, pp. 165 – 198.
- Porras Nadales, Antonio Joaquín (2018), “Entre representación y participación: dinámicas y límites”, *Revista General de Derecho Constitucional*, 26.
- Ramírez Brouchoud, María Fernanda (2011), “Gobernanza y legitimidad democrática”, *Reflexión Política*, 25.
- Regini, Marino (2000), “Dallo scambio politico ai nuovi patti sociali”, en Della Porta, Donatella; Greco, Monica; Szokolczai, Arpad, *Identità, riconoscimento, scambio. Saggi in onore di Alessandro Pizzorno*, Roma-Bari.
- Rivero Lamas, Juan (1980), “Democracia pluralista y autonomía sindical”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva España)*, 16, 117-164.
- Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel (1998), “La institucionalización de la representación de intereses: los Consejos Económicos y Sociales”, en Durán López, Federico (coord.), *El diálogo social y su institucionalización en España e Iberoamérica*, Madrid.
- Romagnoli, Umberto (2005), “Dalla società industriale alla società industriosa”, <http://www.eguaglianzaeliberta.it/web/content/dalla-societ%C3%A0-industriale-alla-societ%C3%A0-industriosa> (consulta: 10/06/2023).
- Rusconi, Gian Enrico (1988), “Asimmetria delle rappresentanze e decisione politica”, en Vardaro, Gaetano, *Diritto del Lavoro e corporativismi in Europa: ieri e oggi*.
- Schmitter, Philippe (1985), “Neocorporatismo y Estado”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 31, 47-78.
- Serra Cristóbal, Rosario (1996), *El Comité Económico y Social de las Comunidades Europeas*, Madrid.
- Sintomer, Yves (2007), “La participación ciudadana como tendencia política europea” en Arenilla Sáez, Manuel (Dir.), *Los modelos, proyectos y políticas de participación en grandes y medianas ciudades*, 17-34.
- Solans Latre, Miguel Ángel (1995), *Concertación social y otras formas de neocorporatismo en España y en la Comunidad Europea en España y en la Comunidad Europea*.

EL RELOJ INVISIBLE: TIEMPO DE TRABAJO DE LOS CHÓFERES Y REPARTIDORES EN LA ECONOMÍA DE PLATAFORMAS¹

THE INVISIBLE CLOCK: WORKING TIME OF DRIVERS AND RIDERS IN THE PLATFORM ECONOMY

Federico Rosenbaum Carli
Universidad Católica del Uruguay
Orcid: 0000-0003-1152-6561
federico.rosenbaum@ucu.edu.uy

RESUMEN: En el presente trabajo se aborda el tema del tiempo de trabajo de los chóferes y repartidores en la economía de plataformas, partiendo de la premisa de que estos son trabajadores dependientes y por cuenta ajena. Concretamente, se contrasta con la realidad el discurso de la flexibilidad y libertad de estos trabajadores, concluyéndose que el tiempo de trabajo es algo laxo y desdibujado, y que el binomio flexibilidad-libertad se trata de un discurso dialéctico empresarial alejado de la realidad. En otro orden, se identifican diferentes tiempos vinculados al trabajo, como los tiempos de conexión a la orden o a disposición de la empresa, los tiempos destinados a traslados, los tiempos de espera activa y los tiempos de trabajo efectivo, y se sugiere que estos tiempos se pueden identificar con la noción conceptual del tiempo de trabajo. Dicha constatación impacta directamente en dos aspectos medulares; por un lado, en relación a la limitación del horario de trabajo y los descansos, y por otro lado, en cuanto a la remuneración de estos trabajadores. Se postula que, al integrar la noción del tiempo de

1. El presente trabajo es un resultado científico de los siguientes Proyectos: 1) “Fairwork Uruguay”: Federico Rosenbaum Carli (IP), Matías Dodel (I), Eloísa González (I) y María Inés Martínez (I), Universidad Católica del Uruguay (Uruguay), coordinado por la Universidad de Oxford (Reino Unido); 2) “La huida del mercado de trabajo y la legislación social en España” (PID 2022-141201OB-100), dirigido por Miguel Rodríguez-Piñero Royo (IP), Universidad de Sevilla (España), y María Luisa Pérez Guerrero (IP), Universidad de Huelva (España).

Recibido: 19/09/2023; Aceptado: 28/09/2023; Versión definitiva: 19/10/2023.

Copyright: © Editorial Universidad de Sevilla. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia de uso y distribución Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

e-ISSN: 2660-4884

Trabajo, Persona, Derecho, Mercado 7 (2023) 95-119
<https://dx.doi.org/10.12795/TPDM.2023.i7.03>

trabajo, estos espacios temporales deben considerarse dentro de los límites del tiempo destinado al trabajo en cada jornada (limitación de la jornada), *intra* jornada (descanso intermedio), *inter* jornadas (descansos entre jornadas), semanal (descanso semanal) y anual (licencia anual). Asimismo, se diagnostica que estos tiempos no se encuentran retribuidos directamente por parte de las empresas, por lo que, cada una de dichas horas de trabajo deberán respetar los mínimos imperativos salariales que se encuentren fijados por la normativa que derive de fuentes autónomas o heterónomas.

PALABRAS CLAVE: plataformas digitales; economía de plataformas; tiempo de trabajo.

ABSTRACT: This paper addresses the issue of the working time of drivers and delivery people in the platform economy, starting from the premise that these are dependent and employed workers. Specifically, the discourse of flexibility and freedom of these workers is contrasted with reality, concluding that working time is somewhat lax and blurred, and that the flexibility-freedom binomial is a business dialectical discourse far from reality. In another order, different times linked to work are identified, such as connection times to the order or at the disposal of the company, times destined for transfers, active waiting times and effective work times, evaluating that they can be identified with the conceptual notion of working time. This finding directly impacts two core aspects; on the one hand, in relation to the limitation of working hours and breaks, and on the other hand, in relation to the remuneration of these workers. It is postulated that when integrating the notion of working time, these temporary spaces must be considered within the limits of the time allocated to work in each day (daily limitation of working hours), intra-day (intermediate rest), inter-days (breaks between days), weekly (weekly rest) and annual (annual leave). Likewise, it is diagnosed that these times are not paid directly by the companies, therefore, each of said working hours must respect the minimum salary requirements that are established by the regulations derived from autonomous or heteronomous sources.

KEYWORDS: digital platforms; platform economy; working time.

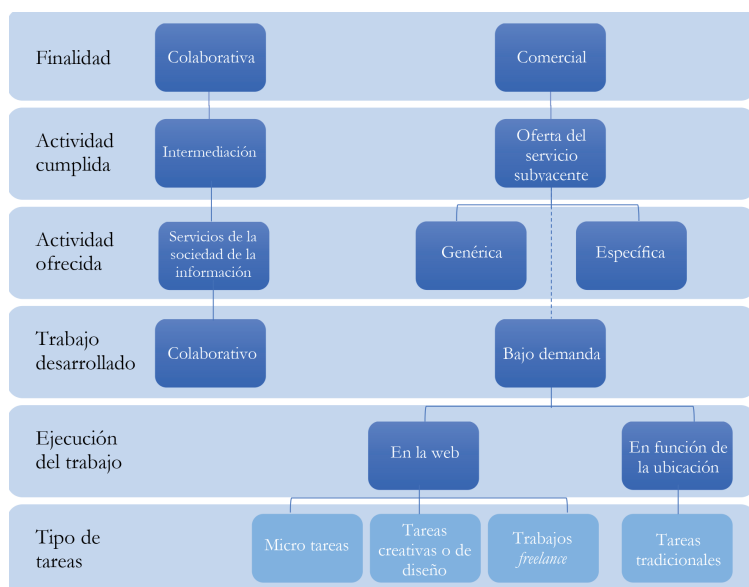
SUMARIO: 1. OBJETO DE ANÁLISIS Y ASPECTOS INTRODUCTORIOS. 2. EL TIEMPO DE TRABAJO EN LA ECONOMÍA DE PLATAFORMAS. 2.1. La noción conceptual del tiempo de trabajo. 2.2. Los cambios en las formas de organización del trabajo y su reflejo en el tiempo de trabajo: del modelo industrial a la economía de plataformas. 2.3. Flexibilidad y libertad del trabajo de chóferes y repartidores en la economía de plataformas: ¿realidad o apariencia? 3. LOS TIEMPOS VINCULADOS AL TRABAJO DE CHÓFERES Y REPARTIDORES Y SU IDENTIFICACIÓN CON EL TIEMPO DE TRABAJO. 3.1. Los tiempos vinculados al trabajo de chóferes y repartidores. 3.2. Los tiempos de conexión a la orden o a disposición de la empresa. 3.3. Los tiempos destinados a traslados, tiempos de espera activa y tiempos de trabajo efectivo. 4. IMPACTOS DE LA IDENTIFICACIÓN DE LOS TIEMPOS VINCULADOS AL TRABAJO DE CHÓFERES Y REPARTIDORES COMO TIEMPO DE

TRABAJO. 4.1. Impacto en la limitación del horario de trabajo y los tiempos de descanso. 4.2. Impacto en la remuneración de los trabajadores. 4.2.1. *La (ausencia de) retribución de los tiempos vinculados al trabajo de chóferes y repartidores y sus consecuencias*. 5. REFLEXIONES CONCLUSIVAS. 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. OBJETO DE ANÁLISIS Y ASPECTOS INTRODUCTORIOS

El trabajo prestado mediante plataformas digitales (conocido con diferentes términos, entre otros, tales como economía colaborativa, *on-demand economy*, *gig economy* o economía de plataformas²) no puede ser descripto de una manera unívoca, sino que, todo por el contrario, la realidad demuestra que existe una gran heterogeneidad en la forma en que este se encuentra organizado, así como una variedad de formas de ejecución del mismo.

En efecto, es posible distinguir diferentes modelos o tipologías de plataformas digitales, al poner el foco en el análisis de varios aspectos, tales como su finalidad, la actividad cumplida por la plataforma, la actividad ofrecida, el trabajo ejecutado, la forma de ejecución de dicho trabajo y el tipo de tareas comprometidas.



Rosenbaum Carli, 2021, pp. 51-59.

2. Este último giro semántico parece ser el más adecuado y el que mejor se ajusta a la realidad que se intenta describir, por resultar ser más comprensivo de las diversas formas de manifestación del mismo.

El presente estudio se enfocará en una determinada tipología de plataformas digitales, al referirse exclusivamente a aquellas que cumplen una finalidad comercial, ofreciendo un servicio subyacente específico y tradicional de transporte de pasajeros y de entrega o reparto de bienes, que comprometen trabajo bajo demanda en función de la ubicación (*offline*)³.

En este contexto, para poder introducir el tema resulta necesario subrayar (al menos sintéticamente) los distintos problemas que plantea el trabajo en la economía de plataformas, y particularmente, los modelos que son objeto de este análisis.

Por una parte, se visibilizan notorios problemas fácticos del trabajo desarrollado en la economía de plataformas digitales, tales como como una expansión formal de las fronteras del trabajo autónomo, una laxitud del tiempo de trabajo, una afectación a la salud y seguridad, dificultades de la acción colectiva e inconvenientes de protección social⁴.

Por otra parte, también es posible diagnosticar otros problemas de índole jurídico, en tanto se han formulado discrepancias, por un lado, entre la auto calificación que efectúan las empresas propietarias de estas plataformas digitales, en torno a la naturaleza de la actividad que desarrollan así como en cuanto a la naturaleza del vínculo que las une con los prestadores del servicio subyacente, y, por otro lado, lo que han interpretado de la realidad los propios trabajadores y diversos organismos administrativos y judiciales a nivel comparado. En este sentido, cabe destacar que estos modelos de organización del trabajo han sido estructurados, en la mayoría de los casos, de una manera tal que les permita formalmente estar alejadas del ámbito de aplicación normativo del derecho del trabajo. Lo cierto es que el diseño de los modelos empresariales está construido

sobre la base de un discurso metódico, así como de una implementación formal que se sustenta en dos ideas centrales: la primera de ellas, relacionada con la naturaleza jurídica de la actividad de dichas estructuras empresariales; y la segunda, que reposa naturalmente en la anterior, vinculada con la relación jurídica entablada entre el prestador del servicio subyacente y la propia plataforma digital⁵.

Dicho en forma breve, las empresas titulares de plataformas digitales que ofrecen el servicio de transporte de pasajeros y de entrega o reparto de bienes, por un lado, suelen considerarse a sí mismas como prestadoras de servicios de la sociedad de la información, y por ende, meras intermediarias entre la oferta y demanda de dicho

3. Las plataformas que cumplen con estas características y se encuentran más extendidas en diferentes países son Uber, Lyft, Cabify, Didi, Beat, Rappi, PedidosYa, Deliveroo, Uber Eats, Just Eat, Stuart, Gorillas, Bolt, Door Dash, entre otras.

4. Rosenbaum Carli 2021, 60-81.

5. Rosenbaum Carli 2021, p. 81.

servicio (creando exclusivamente una aplicación digital), y por otro lado, designan a los prestadores de dicho servicio como trabajadores por cuenta propia, independientes, empresarios o auténticos emprendedores⁶.

Sin perjuicio de esta apreciación, el punto de partida del presente trabajo de investigación será el opuesto al pregonado por las mencionadas empresas, ya que nuestro objeto de estudio presupone considerar que la relación jurídica entablada entre chóferes y/o repartidores y las empresas propietarias de plataformas digitales, constituye una relación de trabajo que ingresa en el ámbito de aplicación normativo del derecho laboral.

Esta premisa, si bien es necesaria para abordar el objeto de estudio propuesto, de todos modos no resulta antojadiza o discrecional, sino todo por el contrario, se encuentra respaldada y fundada en amplios análisis que han aportado tanto la doctrina científica como la jurisprudencia a nivel comparado.

En este sentido, quizás el parámetro de medida más representativo puede encontrarse en el análisis de la jurisprudencia, de donde se extrae una tendencia mayoritaria en diagnosticar situaciones de “falsa autonomía” en la calificación de los vínculos que unen a las empresas propietarias de plataformas digitales con los trabajadores que ejecutan el servicio subyacente (esta tendencia se verifica en mayor medida aún en los servicios prestados por chóferes en el transporte de pasajeros y por repartidores en la entrega o reparto de bienes)⁷.

En mérito a todo lo anterior, teniendo presente los presupuestos demarcatorios y las limitaciones del objeto de estudio ya mencionadas, en el presente trabajo se postula abordar dos problemas principales.

El primero de estos problemas se circunscribe a determinar si existe auténtica flexibilidad y libertad de elección del momento y la cantidad de trabajo (cuándo y cuánto trabajar, tanto en días y horarios, así como en la cantidad de tiempo destinado al trabajo). El segundo de los problemas gira en torno a la identificación de los diferentes tiempos vinculados al trabajo y el diagnóstico de dos aspectos medulares: uno, si dichos espacios temporales se identifican con la noción conceptual del tiempo de trabajo, o si, contrariamente, deberían ser excluidos de la misma; el otro, cómo impactaría su identificación como tiempo de trabajo, por un lado, en relación a la limitación del horario de trabajo y los descansos, y por otro lado, en cuanto a la remuneración de los trabajadores (para lo cual es imperioso estudiar, además, si dichos tiempos se encuentran retribuidos, o si, por el contrario, no se encuentran remunerados).

6. En el caso de los chóferes, las empresas varían en su denominación semántica, calificándolos como “socio conductor” (Uber y Didi), “*driver*” (Cabify), entre otros. En el caso de los repartidores (o también denominados con el término anglosajón de *riders*), se los suele designar como “rappitenderos” (Rappi), “*glovers*” (Glovo), entre otros.

7. V., por ejemplo, el listado de decisiones judiciales y administrativas a nivel comparado recopiladas por Beltrán de Heredia 2021.

Para dar respuesta a estas interrogantes se aplicará un análisis transversal a diferentes realidades tanto fácticas como jurídicas, siendo para ello necesario recurrir a fuentes normativas con vocación de aplicación universal, como lo es el Convenio Internacional del Trabajo número 30 (C030) de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT), y complementariamente, al estudio de diversas experiencias de chóferes y repartidores.

2. EL TIEMPO DE TRABAJO EN LA ECONOMÍA DE PLATAFORMAS

2.1. La noción conceptual del tiempo de trabajo

La distinción entre el tiempo de trabajo y aquellos otros espacios temporales que no ingresan dentro de dicho concepto asume una implicancia muy importante en el ámbito de la relación de trabajo, ya que permite distinguir entre el tiempo de duración de la jornada diaria, la duración del trabajo semanal, la duración del trabajo en un año y aquellos tiempos dedicados al ocio, esparcimiento, etc. de libre usufructo por parte del trabajador. En efecto, hablar de tiempo de trabajo implica hablar de límites, derechos y obligaciones.

En definitiva, en torno a esta cuestión,

la mayor dificultad que se plantea en la vía de los hechos es determinar cómo se calcula el tiempo que no puede exceder los límites de duración fijados por las normas. Dicho en otras palabras, cuándo comienza y cuándo termina la jornada de trabajo⁸.

Por otro lado, el problema se ve acentuado si se pretende analizar la temática desde un punto de vista comparativo, global o descontextualizado de las realidades (sociales, económicas y jurídicas) regionales o nacionales.

Adviértase que el tiempo de trabajo se trata de una de las cuestiones centrales de la relación de trabajo, habiendo sido la principal preocupación y una de las primeras temáticas objeto de regulación a nivel comparado. Piénsese que, por ejemplo, el primer Convenio Internacional de la OIT (de 1919), se refiere a las horas de trabajo en la industria. Algo similar ocurre en diferentes países de diversos continentes, donde se verifican las primeras intervenciones normativas con el fin de limitar la jornada diaria de trabajo y el tiempo máximo de trabajo semanal (y su contracara, los tiempos de descanso). Esta multiplicidad de regulaciones constituye un factor a considerar a la hora de aportar una visión analítica general y/o abstracta⁹.

8. Rosenbaum Carli 2022, 42.

9. A vía de ejemplo, en relación a los instrumentos internacionales de la OIT, cabe mencionar fundamentalmente la trascendencia de dos Convenios que dedican su regulación a las horas de trabajo en

Desde un punto de vista estrictamente dogmático, la noción de tiempo de trabajo ha intentado ser explicada a través de diversas perspectivas.

Según ha expresado algún autor¹⁰, es posible referirse a dicha noción, en primer término, empleando un criterio de dependencia en sentido restringido, al delimitar la jornada de trabajo exclusivamente a aquel tiempo en que el obrero se encuentre a la orden del patrono dentro del centro de trabajo; en segundo término, aplicando un criterio de dependencia en sentido amplio, interpretando que la jornada de trabajo abarca no sólo aquel tiempo a la orden del trabajador dentro del lugar de trabajo, sino que también incluye todo espacio temporal en que el trabajador se encuentre a disposición del empleador aún fuera de dicho lugar físico; y finalmente, recurriendo a un criterio del tiempo de trabajo efectivo, mediante el cual es posible considerar dentro de la noción de tiempo de trabajo, exclusivamente al tiempo en que el trabajador efectivamente preste su fuerza de trabajo para su empleador (en el sentido literal del término).

La anterior distinción en torno a la noción conceptual del tiempo de trabajo requeriría, desde luego, ser complementada en cada caso por un análisis minucioso y detallado de las realidades nacionales, incluyendo la regulación interna de cada país, así como la interpretación que sobre ella se haya propuesto por parte de la doctrina científica y la jurisprudencia.

Empero, sin perjuicio de dicho apunte, cierto es que, los instrumentos normativos con clara vocación de aplicación universal son aquellos que derivan del seno de la OIT (particularmente los Convenios y Recomendaciones internacionales). Ello por cuanto estos instrumentos son fruto de un diálogo tripartito constante, que requieren para su aprobación del consenso tripartito, dotándolos de una “fuerte autoridad y legitimidad”. En este sentido, Beaudonnet señala que

es razonable pensar que consensos tan amplios no pueden conseguirse sino alrededor de principios juzgados como esenciales por los distintos estamentos de la Conferencia,

la industria (C001) y el comercio y oficinas (C030). Ambas normas imponen el mismo límite diario y semanal de horas de trabajo, de 8 horas y 48 horas respectivamente, aunque solamente uno de ellos (C030) define el concepto de tiempo u horas de trabajo, al indicar en su artículo 2, que estas horas se refieren a aquel “tiempo durante el cual el personal esté a disposición del empleador”. Por otro lado, en el ámbito de la Unión Europea, el art. 2.1) de la Directiva 2003/88/CE ha dispuesto que constituye tiempo de trabajo “todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales”. En el caso de Uruguay (país de origen del autor), la Ley 5.350 del año 1915 ha introducido el concepto de “trabajo efectivo”, reglamentado por el Decreto del 29 de octubre de 1957, que en su artículo 6 indica que se refiere a “todo tiempo en que un obrero o empleado deja de disponer libremente de su voluntad o está presente en su puesto o a disposición de un patrono o superior jerárquico”.

10. Montenegro Baca 1959, 5-37.

por lo que, de ello se deriva que tanto los Convenios como las Recomendaciones internacionales

expresan principios generales del derecho laboral y de la protección social que podrían tomarse como fuente de inspiración o herramienta interpretativa en la resolución de litigios laborales en el ámbito interno de los países¹¹.

El anterior apunte ha llevado a que un sector de la doctrina científica haya postulado que la importancia y vigencia de estas fuentes normativas deriva del hecho de que constituyen manifestaciones de la conciencia jurídica universal¹² o que son expresiones de la doctrina más recibida universal¹³.

De ahí que pueda arribarse a la conclusión de que la noción conceptual del tiempo u horas de trabajo prevista en el C030 de la OIT, que recoge el criterio de la dependencia en sentido amplio¹⁴, constituye la expresión de la referida conciencia jurídica universal o doctrina más recibida.

11. Beaudonnet 2009, 51-56.

12. Barbagelata 2009, 228.

13. Raso 2018.

14. La noción conceptual del tiempo o las horas de trabajo prevista en la regulación de la OIT (C030), no contiene diferencias sustanciales en comparación a la normativa nacional uruguaya, en tanto que ambas, en esencia, consagran el criterio de la dependencia en sentido amplio a los efectos de definir su alcance, al incluir a todo aquel tiempo en que el trabajador está a disposición del empleador, ya sea que este se encuentre presente dentro o fuera del centro de trabajo. En cambio, la noción de tiempo de trabajo contenida en la Directiva europea ha sido interpretada por parte del TJUE, brindando pautas conceptuales a los efectos de distinguir situaciones fácticas que podrían quedar comprendidas dentro de dicha definición, de aquellas otras que podrían encontrarse excluidas. En ese sentido, en primer término, el TJUE tiene posición consolidada en determinar que los conceptos de tiempo de trabajo y de período de descanso se excluyen mutuamente, lo cual significa que, o existe tiempo de trabajo o existe tiempo de descanso. En segundo término, que a los efectos de que un espacio temporal ingrese dentro de la noción de tiempo de trabajo, no se requiere analizar ni la intensidad del trabajo, ni el rendimiento del trabajador, ya que la norma comunitaria no lo requiere. En tercer término, en relación a los regímenes de guardia, es necesario distinguir dos hipótesis diferentes; por un lado, la guardia que requiere presencia física del trabajador en un lugar determinado por el empleador, debiendo el primero encontrarse a disposición para prestar sus tareas de manera inmediata (en cuyo caso, tal supuesto constituye tiempo de trabajo); y por otro lado, las guardias localizadas, que implican que el trabajador deba encontrarse accesible de manera permanente, sin necesidad de estar presente en el lugar de trabajo (en tal caso, el trabajador puede administrar su tiempo con menores limitaciones y dedicarse a sus intereses personales, por lo que sólo debería considerarse tiempo de trabajo, el tiempo de prestación efectiva de las tareas). Sin perjuicio de ello, el propio TJUE ha introducido un matiz trascendente, al señalar que la noción de tiempo de trabajo, también resulta aplicable cuando el trabajador deba permanecer en un lugar determinado por el empleador, diferente al lugar de trabajo (como el domicilio del trabajador), siempre y cuando desde un punto de vista geográfico y temporal, sea necesario que este se presente en el lugar de trabajo en un plazo breve (en el caso analizado, de 8 minutos), que limiten de manera objetiva las posibilidades del trabajador para dedicarse a sus intereses personales y sociales (v. STJUE 21.02.2018, caso Ville de Nivelles y Rudy Matzak, C-518/15).

2.2. Los cambios en las formas de organización del trabajo y su reflejo en el tiempo de trabajo: del modelo industrial a la economía de plataformas

El trabajo y sus formas de organización han evolucionado a lo largo de la historia. Así, por ejemplo, basta simplemente con comparar la importancia en términos económicos que el sector de actividad industrial representaba para los países a comienzos del siglo XX, a diferencia de lo que hoy en día dicho sector incide en las diferentes sociedades, dada la evolución y mayor preponderancia, entre otros, del desarrollo de los sectores del comercio y de los servicios. En ese contexto, también debe señalarse que son notables las diferencias entre el modelo industrial de organización del trabajo y aquellos otros modelos que paulatinamente se han introducido en el mercado y ganado mayor terreno.

En ese contexto, lo que solía ser el sistema estándar durante muchos siglos, centrado en la producción industrial y el enfoque fordista-taylorista, ha sufrido alteraciones sustanciales. Las empresas del siglo XXI son muy diferentes a las del siglo pasado. Estos cambios se deben a una combinación de factores que pueden ser analizados desde diversas disciplinas, como la economía, las ciencias sociales, la política y el derecho, entre otras. Sin embargo, estos factores están interconectados, y uno de los aspectos más destacados es la necesidad de que las empresas se adapten a las nuevas demandas y realidades del mercado. Estas demandas provienen de los consumidores, la sociedad en su conjunto y los diversos sistemas económicos y políticos. La globalización y la competencia también juegan un papel importante en impulsar estas innovaciones.

Por ello es que surge la noción de la “empresa flexible”, que se basa en un sistema de producción *just in time* en el que la fuerza laboral se considera una mercancía adicional, otro componente de la producción¹⁵. Esto marca un cambio significativo en comparación con el espíritu original del modelo fordista-taylorista. Como resultado, estamos viendo nuevas formas de organización empresarial que se centran en la producción según las necesidades y requisitos de la sociedad y los clientes, a menudo denominada producción “a pedido” (*on-demand*). De manera paralela, surgen trabajadores *just in time*, lo que significa que la fuerza laboral se proporciona justo en el momento en que se necesita para realizar una tarea específica.

En este nuevo modelo de empresa flexible, ya no es necesario extender la jornada laboral más allá de lo habitual, como solía suceder en el modelo taylorista-fordista. En cambio, los empleadores pueden obtener beneficios ajustando el tiempo de trabajo según las demandas de producción, utilizando a los trabajadores en diferentes momentos o en dosis variables, lo que implica una distribución irregular de la jornada laboral¹⁶.

15. Vivero Serrano 2015, 1.

16. Trillo 2010, 159.

Todo esto se desarrolla en un contexto de avances tecnológicos en el mundo laboral, como la automatización, la robotización y la inteligencia artificial, cambios en la organización empresarial y transformaciones culturales y sociales. En este escenario, también se empieza a hablar del concepto de trabajo “*always on*” o “siempre conectado”, que implica un contacto constante con la empresa para la que se realiza la actividad profesional¹⁷.

Concretamente, refiriéndonos a la economía de plataformas, es preciso explicitar que en las distintas campañas de marketing y de atracción de nuevos chóferes y repartidores, las empresas propietarias de plataformas digitales suelen hacer referencia expresa a una presunta flexibilidad y libertad de los trabajadores en la elección de los días a trabajar, la cantidad de horas de conexión, los momentos de conexión e incluso de la posibilidad de aceptar o rechazar los encargos recibidos.

Así, por ejemplo, en los propios sitios web de estas empresas se encuentran diferentes eslóganes con ese objeto, tales como: “Maneja cuando quieras. Vos decidís cuándo y qué tan seguido manejar”¹⁸; “Total libertad. Tú decides cuándo te conectas. Tu taxi, tu horario, tus normas”¹⁹; “Elegir tus horarios y organizar la semana a tu medida”²⁰; “Flexibilidad. Vos decidís cuándo y dónde quieres conectarte”²¹; “Define tu horario. Gana dinero bajo tus propias condiciones. Un horario flexible: Sé tu propio jefe y maneja cuándo y cómo te convenga”²².

2.3. Flexibilidad y libertad del trabajo de chóferes y repartidores en la economía de plataformas: ¿realidad o apariencia?

Ahora bien, cierto es que las empresas prometen un equilibrio entre el trabajo de los chóferes y los repartidores y su vida personal, siendo ello una herramienta fundamental para atraer la mano de obra²³. No obstante ello, ¿existe auténtica flexibilidad y libertad de elección del momento y la cantidad de trabajo de chóferes y repartidores? La idea que encierran estos eslóganes, ¿se concreta en la realidad o es meramente una apariencia?

En el terreno de los hechos, existen varios factores que inciden decisivamente en matizar la anunciada y prometida flexibilidad del trabajo de chóferes y repartidores.

En efecto, el primero de ellos tiene relación con el tipo de trabajo y la forma de organización del mismo construido por las plataformas digitales. La razón es que, en

17. Serrano 2019, 171.

18. Uber: <https://ubr.to/3qUBKWA>.

19. Cabify: <https://bit.ly/3R39mMD>.

20. PedidosYa: <https://bit.ly/3sx8Nk6>.

21. Rappi: <https://bit.ly/3R2A0FA>.

22. Lyft: <https://lft.to/3svFHS1>.

23. OIT 2018a, 23.

términos de gestión organizacional, esta modalidad de trabajo *offline* está diseñada de forma tal de crear una competencia exponencial en la oferta de los servicios de transporte y de reparto, que se potencia por la multiplicidad de plataformas digitales que compiten entre sí, y al mismo tiempo, por la confluencia de la oferta de trabajo por parte de los trabajadores que ejecutan el servicio²⁴.

El segundo factor que desdibuja la libertad y el uso flexible de los tiempos de trabajo por parte de estos trabajadores se vincula con los ingresos generados a cambio de dicho trabajo. En efecto, el aumento de la cantidad de trabajadores que compiten por cada encargo o trabajo provoca una disminución de sus niveles de ingresos y les obliga a “trabajar más horas para sacar un salario decente”. Además, debe tenerse presente que algunos trabajos deben ser ejecutados en un momento del día en particular o en espacios temporales muy limitados y breves, incidiendo considerablemente en la presunta libertad de elección de los horarios de trabajo y limitando la autonomía de los trabajadores²⁵.

Un ejemplo representativo de esta idea son las llamadas “horas pico” u “horas de alta demanda”, donde los usuarios que requieren del servicio aumentan por circunstancias particulares (por ejemplo, durante las franjas horarias de inicio o fin de las jornadas de trabajo, durante el horario dedicado al almuerzo o la cena, en horas dedicadas al esparcimiento durante los fines de semana, etc.), y a la vez, la plataforma modifica el precio que podrá cobrar el trabajador, introduciendo un coeficiente al algoritmo para generar una tarifa dinámica (que consiste en un monto mayor en comparación al percibido en franjas horarias de baja demanda).

Adicionalmente, debe tenerse presente que las retribuciones que reciben tanto chóferes como repartidores están asociadas a la prestación efectiva de tareas y sus resultados (concretar viajes y entregas) y no al tiempo de trabajo, por lo que guardan similitud con modelos de trabajo a destajo²⁶.

Consecuentemente, el hecho de que un ingreso dependa de la prestación efectiva de trabajo condiciona y restringe naturalmente la libertad de elección del trabajador, porque si este desea conseguir un ingreso económico mayor, entonces necesariamente deberá trabajar más tiempo. En resumidas cuentas,

se produce un intenso condicionamiento tanto para encontrarse activo y disponible en un mayor número de horas, como para hacerlo en aquellas en donde la plataforma digital necesita en función de los requerimientos del mercado y del consumo, un volumen más amplio de trabajadores a disposición²⁷.

24. Rodríguez Fernández 2018, 6.

25. OIT 2018b, 297.

26. OIT 2019, 7.

27. Rosenbaum Carli 2021, 66-237.

Un tercer factor relevante e íntimamente vinculado al anterior se refiere a la fijación de los precios del servicio. Al fin y al cabo, si fueren los trabajadores quienes determinaren el precio de los servicios de transporte y de entrega, entonces, dependería exclusivamente de ellos elegir dedicar más o menos horas en función de la determinación de dichos precios. En cambio, como son las empresas propietarias de dichas plataformas quienes determinan unilateralmente los precios de los servicios, entonces los trabajadores se ven condicionados a trabajar más horas para obtener un ingreso satisfactorio y decente, teniendo presente que el pago que reciben por cada encargo es francamente insuficiente en varios países²⁸.

Un cuarto factor a considerar es el grado de control y las consecuencias que se generan sobre los chóferes y repartidores en caso de no aceptar encargos.

Por un lado, la OIT ha señalado que los chóferes de la plataforma Uber se encuentran en la encrucijada (en los hechos, están obligados) de aceptar a todo cliente desde el momento en que inician sesión, ya que, de lo contrario, existe la posibilidad de que la cuenta del chófer sea suspendida. Como resultado, los trabajadores están constantemente inseguros sobre su salario y la duración de su jornada laboral. Este sistema se combina con una estructura de incentivos que proporciona salarios garantizados a conductores de alta confianza y notificaciones persuasivas a los chóferes que optan por desconectarse en áreas de alta demanda. Como resultado, la flexibilidad prometida se desmorona y los límites entre el trabajo y la vida personal se tornan cada vez más difusos para estos trabajadores²⁹.

Por otro lado, las experiencias de los chóferes y repartidores han confirmado su grado de dependencia y el alto grado de constreñimiento de su libertad de elegir los días y horarios de trabajo, así como de rechazar pedidos, motivado en las consecuencias desfavorables que se generan en su contra.

En efecto, se ha comprobado en la práctica que en las empresas de traslado de pasajeros, los chóferes que rechazan viajes pueden ser penalizados por las plataformas, ya sea asignándoles menor prioridad para recibir nuevos encargos, o privándoles de la opción de rechazar encargos a futuro. Por el lado de las empresas de reparto,

28. A vía de ejemplo, en el caso de Uruguay, las empresas Uber, Cabify, PedidosYa y Rappi no han demostrado asegurar a los trabajadores ingresos justos y suficientes, según los parámetros y la metodología del proyecto Fairwork (<https://fair.work/es/fw/principles/>). Como experiencia singular, puede destacarse el caso de un chófer de Uber, quien, en referencia a la libertad horaria y a la decisión de trabajar, manifestó que: “es cierto, yo puedo hacerlo cuando quiera (trabajar), el tema es que tengo que hacerlo”. Asimismo, esta afirmación debe ser contextualizada con el tema de la fijación del precio del servicio, ya que el mismo chófer enfatizó que: “yo no puedo poner mi precio. Un tortafritero si puede, es más empresario que yo” (según se desprende de una entrevista a un trabajador llevada a cabo en el marco de la investigación del proyecto Fairwork Uruguay —Rosenbaum Carli *et al.*—). A similar conclusión se ha arribado en otros países de Latinoamérica, tal como es el caso de Argentina, Chile, Brasil, Colombia, Ecuador y Paraguay (Fairwork 2022a, 2022b, 2022c; Fairwork 2023a, 2023b, 2023c).

29. OIT 2018a, 19-25.

los hechos demuestran un contexto similar, ya que a mayor disponibilidad, conexión y calificación de un trabajador en una semana, mejores son las posibilidades de elección de los horarios de trabajo en la siguiente semana, y por el contrario, cuanto menos disponibilidad, tiempo de conexión y puntaje, el repartidor tendrá menos posibilidades de elección de sus horarios³⁰.

Este último sistema es usualmente utilizado en varias plataformas de reparto en diferentes países, creándose un mecanismo que, en definitiva, consiste en clasificar a repartidores en un escalafón, estableciendo una prelación entre ellos en función de sus calificaciones individuales, y posteriormente, asignando trabajo o dándoles preferencia para la elección de franjas horarias en mérito a dicho ranking y premiando a los trabajadores que se ubiquen en la cima de posiciones (por haber demostrado mayor disponibilidad, tiempo de conexión y haber recibido mejores evaluaciones de los usuarios)³¹.

En definitiva, a partir de los sistemas de evaluación incorporados en las plataformas, donde se le solicita al usuario del servicio que califique el trabajo de los chóferes y repartidores, las empresas reciben información valiosa sobre la forma de prestación de actividad de los trabajadores.

Por ende, estas evaluaciones y la información que surge de las mismas sirven de base para que las plataformas tomen decisiones organizacionales, que pueden llegar a concretarse en enviar más encargos a los trabajadores con mejor calificación, así como en el despido de aquellos con menos calificación, mediante la desactivación de sus cuentas³². Estas experiencias se han ventilado en diferentes instancias judiciales, en donde los trabajadores han denunciado que los algoritmos de las aplicaciones están programados de manera tal que dejan de enviar tareas a quienes, a pesar de encontrarse disponibles para trabajar, previamente hayan rechazado algunos pedidos, o simplemente en aquellos casos en donde se constate que el trabajador no se encontrara disponible en las franjas horarias de mayor demanda³³.

Por ello es que se ha hecho referencia a que el sistema de evaluación de estas plataformas digitales coloca a los trabajadores en un período de prueba sin límite temporal, ubicándolos en un estado de gran vulnerabilidad o incluso bajo una sensación de precariedad³⁴.

Del examen anterior se puede inferir que

30. Así, por ejemplo, en el caso de Uruguay, un chófer de la plataforma Uber manifestó expresamente que: “si rechazás viajes tres veces, pasás al final de la fila”. En forma análoga, en la empresa Cabify los chóferes han señalado que la aplicación “te desactiva la opción de cancelar si llegás al límite que te permiten”. Esto también se ha comprobado en las empresas PedidosYa y Rappi (según se desprende de varias entrevistas a trabajadores llevadas a cabo en el marco de la investigación del proyecto Fairwork Uruguay —Rosenbaum Carli *et al.*—).

31. Ginés i Fabrellas 2021, 26-27.

32. Todolí Signes 2017, 231.

33. Rosenbaum Carli 2021, 245.

34. Aloisi 2016, 671.

el sometimiento al control exhaustivo —con la exigencia constante de mayor conectividad y disponibilidad, tanto para tener mayores asignaciones de tareas, como para obtener mejores retribuciones en cantidad y calidad—, opera en forma correlativa con las presiones surgidas por posibles desactivaciones o malas calificaciones de los clientes que pueden perjudicar al trabajador —privándolo de su fuente de ingresos—³⁵.

En efecto, se ha señalado que “la forma de dirección y organización algorítmica utilizada por las plataformas digitales condiciona significativamente esta capacidad” de los trabajadores para determinar el tiempo y volumen de su trabajo³⁶.

A nivel jurisprudencial, se han seguido al menos dos puntos de vista contrapuestos en relación a la eventual libertad y flexibilidad de horarios y de aceptación de encargos.

Por un lado, en una tendencia verificada a nivel comparado que calificamos como minoritaria, se ha entendido que chóferes y repartidores disponen de una libertad de elección de días y horarios de trabajo³⁷, así como que tienen la posibilidad de rechazar encargos³⁸.

Sin embargo, en un sentido opuesto, existen amplias coincidencias en cuanto a la matización de la mencionada libertad, ya que en muchos casos se encuentra condicionada por el sistema de valoración presente en las plataformas, el cual se basa en la aplicación de un algoritmo que permite a los clientes evaluar el servicio y generar

35. Rosenbaum Carli 2021, 247-248.

36. Ginés i Fabrellas 2021, 26.

37. TJUE, Cámara octava, acto motivado del 22 de abril de 2020, C-692/19; Conseil de Prud’Hommes, División Comercial núm. 4, “Mr Florian Menard v Sas Uber France, Societe Uber B V”, 29.01.2018; 37.a Vara do Trabalho de Belo Horizonte, Proceso Núm. 0011863-62.2016.5.03.0137, 30.01.2017; 42.a Vara do Trabalho de Belo Horizonte, Proceso Núm. 0010950-11.2017.5.03.0181, 20.07.2017; Superior Tribunal de Justiça, Conflito de competência Núm. 164.544, 2019/0079952-0, 28.08.2019; Fair Work Commission de Australia, “Mr. Michail Kaseris v Rasier Pacific V.O.F”, U2017/9452, 21.12.2017; SJS núm. 1 Salamanca 215/2019, 14.06.2019, rec. 133/2019; SSJS núm. 24 Barcelona 202/2019, 21.05.2019, y 205/2019, 29.05.2019; SJS núm. 4 Oviedo 106/2019, 25.02.2019, rec. 458/2018; SJS núm. 17 Madrid 12/2019, 11.01.2019, rec. 418/2018; SJS núm. 39 Madrid 284/2018, 03.09.2018, rec. 1353/2017; SJS núm. 2 Vigo 642/2019, 12.11.2019; Tribunale di Torino, Civil, Causa núm. 20770/2056 R.G., 24.03.2017; Tribunale di Milano, Laboral, Causa núm. 6719 R.G.L. 2017, 10.09.2018; Corte D’Appello di Torino, Trabajo, Causa núm. 468/2018, 11.01.2019; Third District Court of Appeal, State of Florida, núm. 3D15- 2758,01.02.2017; United States District Court Northern, District of California, Caso núm. 15-cv-05128-JSC, “Raef Lawson v. Grubhub, Inc. et al.”, 08.02.2018; National Labor Relations Board, Casos núm. 13-CA-163062, 14-CA-158833 y 29-CA-177483, 16.04.2019.

38. Conseil de Prud’Hommes, División Comercial núm. 4, “Mr Florian Menard v Sas Uber France, Societe Uber B V”, 29.01.2018; 42.a Vara do Trabalho de Belo Horizonte, Proceso Núm. 0010950-11.2017.5.03.0181, 20.07.2017; SJS núm. 1 Salamanca 215/2019, 14.06.2019, rec. 133/2019; SSJS núm. 24 Barcelona 202/2019, 21.05.2019, y 205/2019, 29.05.2019; SJS núm. 4 Oviedo 106/2019, 25.02.2019, rec. 458/2018; SJS núm. 17 Madrid 12/2019, 11.01.2019, rec. 418/2018; SJS núm. 39 Madrid 284/2018, 03.09.2018, rec. 1353/2017; SJS núm. 2 Vigo 642/2019, 12.11.2019; STSJ Madrid 715/2019, 19.09.2019, rec. 195/2019.

una estadística o ranking de calificación, que actúa como un elemento determinante en la asignación de nuevas tareas, así como en la suspensión del trabajador en caso de no cumplir con los cánones de conducta establecidos por las plataformas. Esto determina que en muchos casos la libertad de rechazar tareas sea virtual y no sea posible elegir los días y horarios para trabajar, ni rechazar pedidos con total libertad³⁹.

Por ende, a modo de conclusión y aun cuando las empresas partan del discurso de la flexibilidad y de la libertad de los chóferes y repartidores, en los hechos se verifican presupuestos fácticos opuestos. Al fin y al cabo, el tiempo de trabajo de estos trabajadores, en lugar de ser flexible, se configura como algo laxo y desdibujado, que margina absolutamente las ventajas pregonadas formalmente por las empresas propietarias de estas plataformas digitales⁴⁰. Ello nos permite diagnosticar que, en puridad, el binomio flexibilidad-libertad es un discurso dialéctico empresarial alejado de la realidad.

3. LOS TIEMPOS VINCULADOS AL TRABAJO DE CHÓFERES Y REPARTIDORES Y SU IDENTIFICACIÓN CON EL TIEMPO DE TRABAJO

3.1. Los tiempos vinculados al trabajo de chóferes y repartidores

En el marco de la economía de plataformas, es posible distinguir diferentes espacios temporales vinculados al trabajo de chóferes y repartidores.

En primer lugar, existen “tiempos de conexión a la orden o a disposición de la empresa”, en donde el trabajador se encuentra a la espera de recibir encargos, que comienzan desde el inicio de sesión en el dispositivo personal y culminan con el cierre de sesión de la plataforma digital.

En segundo lugar, concurren “tiempos destinados a traslados”, que se verifica desde el momento de la aceptación de un encargo, debiendo el trabajador desplazarse

39. Fair Work Commission de Australia, “Joshua Klooger v Foodora Australia Pty Ltd”, U2018/2625, 16.11.2018; 33.a Vara do Trabalho de Belo Horizonte, Proceso Núm. 0011359-34.2016.5.03.0112, 13.02.2017; 42.a Vara do Trabalho de Belo Horizonte, Proceso Núm. 0010801-18.2017.5.03.0180, 12.06.2017; STS 25.09.2020, Recud. 4746/2019; SJS núm. 11 Barcelona 213/2018, 29.05.2018, rec. 652/2016; SJS núm. 5 Valencia 197/2019, 10.06.2019, rec. 371/2018; SSJS núm. 1 Madrid 128/2019, 3.04.2019; 130/2019; y 134/2019, 4.04.2019; SJS núm. 19 Madrid 188/2019, 22.07.2019; SJS núm. 33 Madrid 53/2019, 11.02.2019, rec. 1214/2018; SJS núm. 1 Gijón 61/2019, 20.02.2019, rec. 724/2018; STSJ Asturias 1818/2019, 25.07.2019, rec. 1143/2019; STSJ Madrid 1155/2019, 27.11.2019, rec. 588/2019; STSJ Madrid 1223/2019, 18.12.2019, rec. 714/2019; Cour de Cassation, Chambre Sociale, Sentencia núm. 374, 4.03.2020; Cour d’Appel de Paris, Chambre 2, RG n° 18/08357, 10.01.2019; Labour Commissioner of the State of California, “Barbara Ann Berwick v. Uber Technologies, Inc., a Delaware corporation, and Rasier-CA LLC, a Delaware limited liability company”, Caso núm. 11-46739, 16.06.2015; Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1.º Turno, Sentencia núm. 111/2020, 3.06.2020.

40. Rosenbaum Carli 2021, 67.

desde su punto de origen hacia un lugar determinado por la aplicación. Esta ubicación suele ser, en el caso del transporte de pasajeros, la dirección que ingresó el cliente para la recogida, y en el caso del reparto de bienes, la dirección del local donde debe ser recogido el pedido y luego la dirección del cliente en donde se debe hacer efectiva la entrega de dicho pedido.

En tercer lugar, se pueden identificar “tiempos de espera activa”, que se concretan en varios escenarios. En el caso del servicio de reparto, el primer supuesto puede advertirse cuando el repartidor llega al local para recoger el pedido y debe mantenerse a la espera de su preparación. El segundo supuesto, se puede concretar cuando el repartidor concurre en la dirección indicada por el cliente y debe mantenerse a la espera de que este se presente para recibir el pedido. Algo similar ocurre en el caso del transporte de pasajeros, ya que el tiempo de espera puede verificarse cuando el usuario no se presenta en el lugar de recogida en el momento en que el chófer haya arribado a la dirección señalada por el cliente.

Por último, los trabajadores también destinan parte importante de su jornada en “tiempos de trabajo efectivo” (en sentido estricto del término), en donde ejecutan materialmente la tarea concreta encomendada, del traslado de pasajeros o el traslado de productos desde un local hasta la dirección indicada por el cliente.

En el caso de los chóferes y los repartidores de la economía de plataformas, es posible diagnosticar que los tiempos de conexión a la orden o a disposición de la empresa, así como los tiempos destinados a traslados, los tiempos de espera activa y los tiempos de trabajo efectivo, son todos espacios temporales que ingresan en la noción de tiempo de trabajo⁴¹, según se desarrollará seguidamente.

3.2. Los tiempos de conexión a la orden o a disposición de la empresa

En cuanto a los tiempos de conexión a la orden o a disposición de la empresa, es quizás el período donde se pueden sugerir mayores resistencias al momento de considerarlo como tiempo de trabajo⁴², dependiendo de la posición dogmática e interpretativa que se asuma en relación a su noción conceptual (según se reseñara precedentemente), así como del contexto normativo desde el cual corresponda analizarlo.

La razón es que, partiendo de la aplicación del criterio del tiempo de trabajo efectivo, podría sugerirse que, a pesar de que estos trabajadores se encuentren a disposición del empleador, e incluso en su lugar de trabajo, al no encontrarse ejecutando materialmente las tareas principales (el traslado de un cliente o el reparto de bienes),

41. Concretamente, por ejemplo, estos tiempos vinculados al trabajo se ajustan a las definiciones conceptuales de las “horas de trabajo”, “tiempo de trabajo”, o “trabajo efectivo”, previstas en las normas ya citadas en el presente trabajo, como el C030 de la OIT, en la Directiva 2003/88/CE y en la Ley 5.350 y la reglamentación del Decreto del 29 de octubre de 1957 en el Uruguay.

42. Especialmente si se partiera del análisis de la normativa comunitaria.

tal tiempo podría estar excluido de la noción conceptual aludida. No obstante, es posible cuestionar esta afirmación, ya que no parece completamente razonable limitar la definición de “trabajo efectivo” tan solo a la ejecución de estas tareas principales. En cambio, parece más apropiado considerar que incluye, en su sentido natural, todas las actividades necesarias y preparatorias para llevar a cabo el trabajo, como la conexión a la plataforma y estar disponible para recibir encargos⁴³.

En cambio, si se asumiera el criterio de la dependencia en sentido amplio⁴⁴, parecería claro que mientras el chófer o repartidor se encuentran conectados a la plataforma, se manifiesta una situación de dependencia, así como de pérdida de libertad y de autonomía, al reducirse considerablemente las posibilidades del trabajador para dedicar, durante dicho tiempo, a actividades personales ajenas al trabajo.

A la misma conclusión se podría arribar aplicando el criterio de la dependencia en sentido restringido, en tanto que tanto el chófer como el repartidor, que se encuentran a disposición del empleador, están presentes en su lugar de trabajo; es decir, en su vehículo (el coche, la motocicleta, la bicicleta, etc.) a la espera de recibir el próximo encargo.

En definitiva, no debe perderse de vista que, tal como se afirma en el presente trabajo, la flexibilidad y libertad de trabajo de los chóferes y repartidores, es meramente aparente y alejada de la realidad. Asimismo, a diferencia de los denominados *zero hour contracts* o contratos de cero horas, en el trabajo mediante plataformas digitales existe un tiempo de disponibilidad, que se verifica desde el momento en que el trabajador inicia la conexión, ya que se encuentra disponible de forma inmediata para responder los encargos de la plataforma. En cambio, en el otro modelo referenciado, el trabajador se encuentra prestando servicios o desvinculado absolutamente de la empresa⁴⁵.

3.3. Los tiempos destinados a traslados, tiempos de espera activa y tiempos de trabajo efectivo

Por otro lado, durante los tiempos destinados a traslados, el trabajador está ejecutando su actividad principal, en tanto que, luego de haber aceptado un encargo, su tarea central requiere hacerse presente en un lugar determinado por la plataforma

43. Por este motivo, por ejemplo, en relación a la normativa europea, se ha interpretado que en estos supuestos, o bien se concluye que el trabajador se encuentra a disposición del empleador, así como en ejercicio de su actividad, o bien se interpreta que este se encuentra en una situación de guardia localizable, donde debe responder de manera inmediata a los requerimientos de la empresa (Ginés i Fabrellas 2021, 36). En efecto, en cualquiera de estos casos, tal espacio temporal podría ser considerado como tiempo de trabajo.

44. Tal es el caso del C030 de la OIT y de la normativa uruguaya.

45. Ginés i Fabrellas 2021, 30.

(tanto para la recogida del cliente a ser trasladado, como para la recogida y posterior reparto de un bien). En este tiempo, el trabajador deja de disponer libremente de su voluntad y se encuentra ejerciendo su actividad en el lugar de trabajo (el vehículo).

En otro orden, los tiempos de espera activa también constituyen un tiempo donde el trabajador no dispone de libertad y se encuentra ejecutando su actividad, ya que la misma comenzó con el traslado y culmina con el cumplimiento del encargo, al dejar al usuario en su destino final, o entregarle al cliente el bien solicitado.

Por último, los tiempos de trabajo efectivo son los que menores dificultades presentan a los efectos de considerarlos incluidos en la definición de tiempo de trabajo, ya que implican la ejecución de la actividad principal del trabajador.

Entonces es fuerza concluir que todos estos casos se ajustan a la definición conceptual de tiempo de trabajo, conforme a los tres criterios referenciados (dependencia en sentido amplio, dependencia en sentido restringido y tiempo de trabajo efectivo).

4. IMPACTOS DE LA IDENTIFICACIÓN DE LOS TIEMPOS VINCULADOS AL TRABAJO DE CHÓFERES Y REPARTIDORES COMO TIEMPO DE TRABAJO

4.1. Impacto en la limitación del horario de trabajo y los tiempos de descanso

Del examen que se viene realizando resulta necesario admitir que, si los tiempos vinculados al trabajo de chóferes y repartidores son considerados como tiempo de trabajo, entonces, pasarán a integrar el horario de trabajo y tendrán las tutelas que los ordenamientos jurídicos laborales dispensen en cada caso en cuanto a los límites del tiempo destinado al trabajo en cada jornada (limitación de la jornada), *intra* jornada (descanso intermedio), *inter* jornadas (descansos entre jornadas), semanal (descanso semanal) y anual (licencia anual).

Por tal motivo, los tiempos de conexión a la orden o a disposición de la empresa, así como aquellos destinados a traslados, de espera activa y de trabajo efectivo, integrarán el horario de trabajo de chóferes y repartidores, lo que significa que cualquier exceso del tiempo de trabajo que puede destinarse en el día, durante la semana, o entre jornadas de trabajo, así como en los espacios temporales destinados al descanso del trabajador, deberá asumir las consecuencias que disponga cada ordenamiento jurídico en concreto (como puede ser, el pago de horas extraordinarias, la reposición del descanso, etc.).

4.2. Impacto en la remuneración de los trabajadores

Como es bien sabido, las obligaciones principales que emergen de la relación laboral son, por una parte, la prestación del servicio de forma personal (a cargo del trabajador), y, por otra parte, el pago del salario (a cargo del empleador). Y, precisamente,

existe una correlatividad esencial, aunque no absoluta por cierto, entre ambas prestaciones principales a cargo de cada parte del vínculo laboral⁴⁶.

Es decir que, el trabajador, dedicará su tiempo de trabajo y cederá parcialmente su libertad, quedando sujeto a los poderes de organización, dirección, control y disciplinario del empleador, a cambio del pago de una remuneración que servirá este último. Dicha correlatividad no es absoluta, dado que existen situaciones donde no se verificará una prestación efectiva de trabajo (en su sentido estricto del término), pero de todos modos el trabajador tendrá derecho a percibir una remuneración (por ejemplo, en los tiempos en que este se encuentra a disposición o a la orden del empleador, o haciendo uso de su licencia anual, etc.). Consiguientemente, la mayor correlatividad se verifica entre el elemento tiempo (horas de trabajo o tiempo de trabajo) y el elemento salario (intercambio económico o carácter oneroso).

En ese sentido, se ha explicado que

trabajador y empresario acuerdan, mediante el contrato de trabajo, que el primero esté a disposición del segundo durante un tiempo concreto, para realizar las funciones que éste establezca. Por tanto, el tiempo de trabajo determinará, entre otros derechos, el salario a percibir por el trabajador⁴⁷.

Por ello es que, en la inmensa mayoría de los casos, el salario se encuentra asociado directamente al tiempo de trabajo del trabajador, determinándose la fijación de mínimos imperativos, en función de las horas de trabajo. Ciertamente, en ocasiones el monto del salario es un derivado directo de la cantidad de horas durante las que el trabajador se encuentra a disposición de su empleador, o en otras, de la cantidad de trabajo producido por este⁴⁸.

Por consiguiente, otro factor consecuencial de haber considerado a todos estos espacios temporales vinculados al trabajo por parte de chóferes y repartidores como tiempo de trabajo, lo constituye el hecho de que, por integrar dicha noción, cada una de esas horas de trabajo deberán respetar los mínimos imperativos salariales que se encuentren fijados por la normativa correspondiente (tanto la que deriva de fuentes autónomas, como la que deriva de fuentes heterónomas).

4.2.1. La (ausencia de) retribución de los tiempos vinculados al trabajo de chóferes y repartidores y sus consecuencias

En este contexto, es una realidad constatable en los modelos de negocio de las empresas titulares de plataformas de transporte de pasajeros y de entrega de bienes, que

46. Plá Rodríguez 1991, 157-158.

47. Marín Malo 2019, 176.

48. Plá Rodríguez 1991, 158.

la retribución que abonan a sus trabajadores (chóferes y repartidores), está dissociada del tiempo que estos dedican al trabajo. En efecto, más allá de algunas diferencias específicas entre las diversas plataformas, lo cierto es que, en sustancia, el salario de los trabajadores es de carácter variable y se encuentra condicionado a la cantidad de viajes o entregas concretadas. Ello significa que, en puridad, la forma de retribución de estos trabajadores se emparenta a los modelos de trabajo a destajo⁴⁹.

A partir de dicho diagnóstico, en definitiva, se extrae entonces que los tiempos de conexión a la orden o a disposición de la empresa, así como los tiempos destinados

49. Por ejemplo, en el caso del transporte de pasajeros, la plataforma Uber tiene diseñada una tarifa que se encuentra construida en base a diferentes variables. Por un lado, se incluye una tarifa base fija, por otro lado, se considera la distancia recorrida (kilómetros), y por último, se toma en cuenta una variable temporal (duración del viaje). A estas variables, en algunas circunstancias concretas y eventuales, se agrega un ponderador de tarifa dinámica, exclusivamente aplicable en horas de alta demanda del servicio, al que algunos chóferes han catalogado como “aleatorio e impredecible”. Entonces, si bien el tiempo de trabajo efectivo constituye una variable para la construcción de la tarifa, de todos modos, no incide directamente y en forma principal en la manera en que el cliente finalmente debe abonar cada viaje (y, por ende, la misma observación se extiende a la retribución final que percibe el chófer). Además, cabe considerar que estas variables, si bien definen a priori la tarifa a cobrar al cliente, en caso de que durante el viaje se modifiquen algunos de sus indicadores (distancia y tiempo recorrido), la tarifa no se modifica, con el fin de que el cliente “esté satisfecho” (así lo han denunciado algunos chóferes de la plataforma). En el caso de Cabify, si bien se utilizan las mismas variables, en cambio, la remuneración que reciben los chóferes varía en función del ranking que obtiene en la plataforma (conformado a través de un puntaje), dependiendo de la cantidad de viajes concretados en el mes anterior y el cumplimiento de metas u objetivos. En concreto, tal variación se verifica en la reducción del costo de comisión que cobra la plataforma al chófer, desde el 25% de la tarifa cobrada al usuario, hasta el 17% (reducción que se concreta mientras se vaya ascendiendo por las diferentes categorías: bronce, plata, oro y platino). Por otro lado, en cuanto al reparto de bienes, la plataforma PedidosYa ha optado por organizar dos formas de vinculación diferentes con los repartidores en Uruguay. Por un lado, existen algunos repartidores contratados en régimen de dependencia (una cantidad muy marginal en comparación con la totalidad de repartidores de la plataforma), y, por otro lado, en la gran mayoría de los casos, existen repartidores contratados como trabajadores independientes. Esta distinción es importante destacar, ya que se reflejan diferencias en torno a la remuneración percibida por los trabajadores, en función de la modalidad de contratación. En el caso de los trabajadores dependientes, estos perciben diferentes conceptos salariales por su prestación de trabajo, como horas de trabajo comunes, prima por antigüedad, prima por presentismo, aceptaciones de pedidos, puntualidad, un ficto de propinas y acumulación de jornales trabajados. Por el lado de los trabajadores independientes, estos cobran en función de diversas variables, como la distancia (kilómetros) para retirar pedidos, pedidos entregados, publicidad (exhibición de material con el logo de la empresa, como una mochila y camiseta), logros (cantidad de pedidos entregados por día o por semana, horas de conexión, horas de disponibilidad especiales como la noche o fines de semana, disponibilidad en días lluviosos, etc.) y propinas. Asimismo, los trabajadores han señalado que reciben un descuento de las propinas, aunque no sabe con precisión el monto. En otro orden, también reciben un pago mayor por concurrir a “zonas peligrosas”. En el caso de la plataforma Rappi, los trabajadores reciben un pago por cada pedido entregado, que depende del nivel del ranking de los repartidores (bronce, plata y diamante), adicionándose un pago por la distancia recorrida (kilómetros) que puede ser mayor al básico si se superan los 4 kilómetros (según se desprende de varias entrevistas a trabajadores llevadas a cabo en el marco de la investigación del proyecto Fairwork Uruguay —Rosenbaum Carli *et al.*—).

a traslados, los tiempos de espera activa y los tiempos de trabajo efectivo, no se encuentran retribuidos directamente por parte de las empresas.

Analizando el trabajo mediante plataformas digitales en la realidad peruana, algún autor ha sostenido que, admitiendo la posibilidad de que estos trabajadores sean remunerados por resultados, de todos modos “el riesgo siempre debe asumirlo el empleador”. Ello significa que estos trabajadores deberían percibir al menos el salario mínimo que corresponda, con independencia de si se cumplen dichos resultados⁵⁰.

En virtud de lo anterior, si bien no constituye un problema propiamente dicho, por lo menos *a priori*, que los tiempos vinculados al trabajo no sean remunerados directamente por las plataformas, de todos modos, dependiendo de la regulación normativa nacional aplicable desde donde se analice cada situación en concreto, habrá que considerar, varios factores.

En primer lugar, debería analizarse si existe algún impedimento a efectos de que chóferes y repartidores sean remunerados exclusivamente mediante un pago a destajo; en segundo término, también correspondería verificar si se impone el pago de un mínimo salarial para dichas categorías de trabajo; en tercer lugar, será necesario ponderar si la imposición del mínimo salarial correspondiente se encontrare previsto con independencia de los resultados del trabajo; y finalmente, se deberá contrastar el salario percibido efectivamente por los trabajadores en comparación con el salario mínimo que les resultare aplicable.

5. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

El objeto del presente trabajo de investigación se circunscribió a analizar dos cuestiones principales.

Por un lado, se procuró diagnosticar si los discursos y promesas empresariales sobre la flexibilidad y libertad de los chóferes y repartidores en la economía de plataformas, se concretan en la realidad o si en puridad son mera apariencia.

Se ha constatado un fuerte condicionamiento y matización de ese binomio flexibilidad-libertad, en virtud de que: 1) se verifica en los hechos una gran competencia en la oferta de los servicios de transporte y de reparto, potenciada por la multiplicidad de plataformas digitales existentes, así como, por la alta cantidad de trabajadores que confluyen en participar en la oferta del servicio; 2) al existir mucha competencia entre trabajadores, y dado que los ingresos generados son relativamente bajos, es necesario trabajar muchas horas para obtener una retribución decente; 3) en ocasiones, los trabajos deben ser ejecutados en unas franjas horarias concretas, como las “horas pico” o de alta demanda, donde la plataforma genera una tarifa dinámica para

50. Arce Ortíz 2021, 200.

remunerar el trabajo; 4) la retribución que reciben chóferes y repartidores, depende de la prestación efectiva de tareas y sus resultados (trabajo a destajo), y no del tiempo destinado al trabajo; 5) los precios del servicio de traslado de pasajeros y de reparto lo determinan las empresas propietarias de las plataformas digitales, y no los chóferes o repartidores, extremo que restringe su autonomía de decisión en forma considerable; 6) los pagos que reciben estos trabajadores a cambio de cada encargo, es francamente insuficiente en varios países; 7) se verifica un alto grado de control de los trabajadores por parte de las plataformas, concretado mediante sistemas de evaluación delegados en los usuarios de los servicios, así como llevando registro de las tasas de aceptación y rechazo de encargos; 8) a partir de dicho control, los trabajadores pueden obtener consecuencias negativas, que van desde la menor asignación de pedidos, la mayor asignación de encargos a quienes tienen una mejor calificación o se encuentran con mayor disponibilidad, el despido mediante la desactivación de las cuentas, etc.; 9) este sistema de control, de recepción de información y de toma de decisiones, se encuentra incorporado en el algoritmo de la plataforma, cuyo contenido y programación no es transparente para los trabajadores; 10) en el debate judicial, se ha comprobado que estos algoritmos dejan de enviar tareas a quienes, a pesar de encontrarse disponibles para trabajar, previamente hayan rechazado algunos pedidos, o simplemente en aquellos casos en donde se constata que el trabajador no se encuentra disponible en las franjas horarias de mayor demanda.

Por otro lado, a partir de la identificación de los diferentes tiempos vinculados al trabajo, se pretendió determinar, en primer término, si dichos espacios temporales deberían integrar la noción conceptual del tiempo de trabajo, y en segundo término, al haber respondido afirmativamente a dicha cuestión preliminar, se abordaron los principales impactos que ello provoca, por una parte, sobre la limitación del horario de trabajo y los descansos, y por otra parte, sobre la remuneración de los trabajadores.

En primer lugar, a efectos de definir si los tiempos vinculados al trabajo de chóferes y repartidores ingresan dentro de la noción conceptual del tiempo de trabajo, se sugirió recurrir a su análisis dogmático, así como a lo dispuesto por el C030 de la OIT, en virtud de su clara vocación de aplicación universal, por constituir una manifestación de la conciencia jurídica universal y expresión de la doctrina más recibida.

En este sentido, se ha concluido que el concepto de las “horas de trabajo” introducido en el C030 de la OIT, implica la consagración de un criterio de la dependencia en sentido amplio, incluyendo dentro de su alcance a todo aquel tiempo en que el trabajador está a disposición del empleador, ya sea que este se encuentre presente dentro o fuera del centro de trabajo. Por tal motivo, en definitiva, se concluye que los tiempos de conexión a la orden o a disposición de la empresa, así como los tiempos destinados a traslados, los tiempos de espera activa y los tiempos de trabajo efectivo de chóferes y repartidores, ingresan en la definición conceptual del tiempo de trabajo. Inclusive, aún si se adoptara una definición diferente, que partiera de la

base de la aplicación de un criterio de la dependencia en sentido restringido, o a partir del criterio del tiempo de trabajo efectivo, de todos modos se podría arribar a la misma conclusión.

En segundo lugar, en función de tal constatación, se concluye que existe un impacto en la limitación de la jornada y los descansos de los trabajadores, ya que dichos espacios temporales formarán parte de la duración del tiempo de trabajo y por ende, serán considerados al trazar los límites del tiempo destinado al trabajo en cada jornada (limitación de la jornada), *intra* jornada (descanso intermedio), *inter* jornadas (descansos entre jornadas), semanal (descanso semanal) y anual (licencia anual).

En tercer lugar, se ha comprobado que los tiempos de conexión a la orden o a disposición de la empresa, así como los tiempos destinados a traslados, los tiempos de espera activa y los tiempos de trabajo efectivo, no se encuentran retribuidos directamente por parte de las empresas. En efecto, la tarifa de servicios que reciben tanto chóferes como repartidores está asociada a la prestación efectiva del trabajo, y por ende, a la concreción de encargos, encontrándose diferentes variables en su conformación, como por ejemplo, un precio fijo, los kilómetros recorridos, la duración de un viaje, un precio dinámico, etc.

Finalmente, este diagnóstico también impacta en la remuneración de los trabajadores, ya que cada una de dichas horas de trabajo deberán respetar los mínimos imperativos salariales que se encuentren fijados por la normativa correspondiente (tanto la que deriva de fuentes autónomas, como la que proviene de fuentes heterónomas).

6. BIBLIOGRAFÍA

- Aloisi, Antonio (2016), “Commoditized workers: case study research on Labour Law issues arising from a set of ‘on-demand/gig economy’ platforms”, *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 37-3, en <https://bit.ly/3Z29Zbp>
- Arce Ortíz, Elmer (2021), “El trabajo en plataformas digitales en Perú: más allá de la calificación jurídica. Reflexiones sobre la organización del tiempo y el pago de remuneraciones”, *Revista Jurídica del Trabajo*, vol. II-6.
- Barbagelata, Héctor-Hugo (2009), “El bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales”, en Barbagelata, Héctor-Hugo, *El particularismo del Derecho del Trabajo y los Derechos Humanos Laborales*, Montevideo.
- Beaudonnet, Xavier (2009), *Derecho internacional del trabajo y derecho interno: Manual de formación para jueces, juristas y docentes en derecho*, Turín.
- Beltrán de Heredia, Ignasi (2021), “Employment status of platform workers: national courts decisions overview (Argentina, Australia, Belgium, Brazil, Canada, Chile, France, Germany, Italy, Nederland, New Zealand, Panama, Spain,

- Switzerland, United Kingdom, United States & Uruguay)”, *Una mirada crítica a las relaciones laborales (blog)*, en: <https://bit.ly/47U3mMb> (consulta 6.03.2021).
- Fairwork (2022a), *Fairwork Argentina Puntuaciones 2022: Estándares Laborales en la Economía de las Plataformas*, Buenos Aires, Argentina; Oxford, Reino Unido; Berlín, Alemania, en https://fair.work/wp-content/uploads/sites/17/2022/05/Fairwork_Report_Argentina-2022-ES.pdf
- Fairwork (2022b), *Fairwork Chile Puntuaciones 2022: Estándares Laborales en la Economía de las Plataformas*, Santiago, Chile; Oxford, Reino Unido; Berlín, Alemania, en <https://fair.work/wp-content/uploads/sites/17/2022/11/Fairwork-Chile-Report-2022-ES.pdf>
- Fairwork (2022c), *Fairwork Paraguay Puntuaciones 2022: Estándares Laborales en la Economía de las Plataformas*, Asunción, Paraguay; Oxford, Reino Unido; Berlín, Alemania, en <https://fair.work/wp-content/uploads/sites/17/2022/11/Fairwork-Paraguay-Report-2022-ES.pdf>
- Fairwork (2023a), *Fairwork Brazil Ratings 2023: Still Pursuing Decent Work in the Platform Economy*, Oxford, United Kingdom; Berlin, Germany, en <https://fair.work/wp-content/uploads/sites/17/2023/07/Fairwork-Brazil-Ratings-2023-report-EN-red.pdf>
- Fairwork (2023b), *Fairwork Colombia Puntuaciones 2022: El impacto del costo de vida y los retos de un ingreso decente en la economía de plataforma*, Bogotá, Colombia; Oxford, Reino Unido; Berlín, Alemania, en <https://fair.work/wp-content/uploads/sites/17/2023/06/Fairwork-Colombia-Report-2022-ES-red.pdf>
- Fairwork (2023c), *Fairwork Ecuador Puntuaciones 2023: Modelos híbridos de plataforma*, Quito, Ecuador; Oxford, Reino Unido; Berlín, Alemania, en <https://fair.work/wp-content/uploads/sites/17/2023/06/Fairwork-Ecuador-Report-2023-ES-red.pdf>
- Ginés i Fabrellas, Anna (2021), “El tiempo de trabajo en plataformas: ausencia de jornada mínima, gamificación e inseguridad algorítmica”, *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, 2-1; <https://doi.org/10.20318/labos.2021.6045>
- Marín Malo, Mirentxu (2019), “El cómputo del tiempo de trabajo en la prestación de servicios a través de plataformas digitales”, *Temas Laborales*, 148.
- Montenegro Baca, José (1959), *Jornada de trabajo y descansos remunerados*, vol. I, Perú.
- OIT (2018a), “Working time and the future of work”, *ILO future of work research paper series*, 6.
- OIT (2018b), “Garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro”, *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Informe III. 107ª Conferencia Internacional del Trabajo*.

- OIT (2019), *Las plataformas digitales y el futuro del trabajo. Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital*, Ginebra.
- Plá Rodríguez, Américo (1991), *Curso de Derecho Laboral*, vol. I-2, Montevideo.
- Raso Delgue, Juan (2018), “La influencia de las normas internacionales del trabajo en el surgimiento y evolución del Derecho Laboral Latinoamericano, con especial referencia a la experiencia de Uruguay”, en http://www.academiaiberoamericana.com/publicaciones/Raso_Normas_Intern_del_Trabajo.pdf
- Rodríguez Fernández, María Luz (2018), *Anatomía del trabajo en la Platform Economy*, en <https://bit.ly/3sEcqNJ>
- Rosenbaum Carli, Federico (2021), *El trabajo mediante plataformas digitales y sus problemas de calificación jurídica*, Pamplona.
- Rosenbaum Carli, Federico (2022), *Manual de tiempo de trabajo*, Montevideo.
- Rosenbaum Carli, Federico; Dodel, Matías; González, Eloísa; Martínez Penadés, María Inés, *Fairwork Uruguay Puntuaciones 2023*, inédito.
- Serrano Argüeso, Mariola (2019), “Always on. Propuestas para la efectividad del derecho a la desconexión digital en el marco de la economía 4.0”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 7- 2.
- Todolí Signes, Adrián (2017), “Nuevos indicios de laboralidad como resultado de las nuevas empresas digitales”, en Rodríguez-Piñero Royo, Miguel; Hernández Bejarano, Macarena (Dirs.), *Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*, Albacete.
- Trillo Párraga, Francisco (2010), *La construcción social y normativa del tiempo de trabajo*, España.
- Vivero Serrano, Juan Bautista (2015), *El arbitraje obligatorio en materia de inaplicación de convenios colectivos*, Valencia.

LA MEDIACIÓN Y EL ARBITRAJE LABORAL EN EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL: REGULACIÓN Y DIFICULTADES APLICATIVAS

MEDIATION AND LABOUR ARBITRATION IN BANKRUPTCY PROCEEDINGS: REGULATION AND APPLICATION DIFFICULTIES

Julia Dormido Abril
Universidad de Sevilla
Orcid: 0000-0001-6740-6417
jdormido@us.es

RESUMEN: La declaración de concurso de una empresa no solo va a afectar al deudor concursado, pues tal calificación también tiene un efecto directo sobre los trabajadores. Sobre todo, si en el seno de un procedimiento concursal, para salvar la continuidad de la actividad empresarial, se decide adoptar alguna medida de reestructuración, tal y como pueden ser las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, el traslado, el despido, la suspensión de contratos o la reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Las decisiones que sobre cualquier de éstas se tomen pueden dar lugar a conflictos que tienen que solucionarse mientras el proceso judicial sigue su curso. Por ello, el legislador ha incorporado la mediación y el arbitraje en la norma mercantil como vías de solución extrajudicial de tales conflictos. Se trata de una fórmula jurídica no exenta de interrogantes, relacionados en este caso con aspectos como, la norma aplicable a tales mecanismos de solución extrajudicial, la incorporación de la solución al auto o el modo en el que impugnar el acuerdo o el laudo en materia laboral.

PALABRAS CLAVE: Mediación; arbitraje; conflictos laborales; procedimiento concursal.

Recibido: 31/10/2023; Aceptado: 9/11/2023; Versión definitiva: 26/11/2023.

Copyright: © Editorial Universidad de Sevilla. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia de uso y distribución Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

e-ISSN: 2660-4884

Trabajo, Persona, Derecho, Mercado 7 (2023) 121-142
<https://dx.doi.org/10.12795/TPDM.2023.i7.04>

ABSTRACT: The declaration of insolvency of a company will not only affect the insolvent debtor, as such a classification also has a direct effect on the employees. Particularly if, within the context of an insolvency procedure, in order to save the continuity of the business activity, it is decided to adopt any restructuring measure, such as substantial modifications to working conditions, relocation, dismissal, suspension of contracts or reduction of working hours for economic, technical, organisational or production reasons. The decisions taken on any of these may give rise to conflicts that have to be resolved while the judicial process is still underway. For this reason, the legislator has incorporated mediation and arbitration into commercial law as a means of extrajudicial settlement of such disputes. This is a legal formula that is not free of questions, related in this case to aspects such as the rule applicable to such out-of-court settlement mechanisms, the incorporation of the solution into the order or the way in which to challenge the agreement or award in labour matters.

Keywords: Mediation; arbitration; labour disputes; bankruptcy proceedings.

SUMARIO: 1. EL CONTEXTO DE LA MEDIACIÓN Y EL ARBITRAJE EN EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL. 2. LOS CONFLICTOS LABORALES. 3. LAS PARTES INTERVINIENTES. 4. EL PAPEL DEL JUEZ DEL CONCURSO. 5. LA DESIGNACIÓN DEL MEDIADOR Y DEL ÁRBITRO. 6. LA NORMATIVA APLICABLE A LA MEDIACIÓN Y AL ARBITRAJE. 7. LAS REGLAS COMUNES EN EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN Y ARBITRAJE. 8. EL RESULTADO DE LA MEDIACIÓN Y DEL ARBITRAJE. 9. LA IMPUGNACIÓN DEL AUTO DEL JUEZ DEL CONCURSO. 10. VALORACIONES FINALES. 11. BIBLIOGRAFÍA.

1. EL CONTEXTO DE LA MEDIACIÓN Y EL ARBITRAJE EN EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL

El procedimiento concursal constituye la vía judicial a través de la cual una persona física o jurídica que no puede hacer frente de manera regular y puntual a sus obligaciones con respecto a terceros, es decir, frente a sus acreedores, precisa de la declaración de insolvencia, de conformidad con los arts. 1 y 2 Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (en adelante, TRLC)¹. Lo relevante es que, con independencia de que se trate de una persona natural o jurídica la que adquiriera tal calificativo, tenga empleados a su cargo y que, por ende, la declaración del concurso repercute de manera directa sobre ellos. Por tanto, aunque es una catalogación que se establece para la parte empleadora, esta circunstancia tiene un reflejo directo en la relación jurídica laboral.

Lo que persigue la norma mercantil es la continuidad de la empresa una vez que se han salvado los obstáculos pertinentes, motivo por el cual se han introducido en

1. BOE núm. 127, de 7 de mayo de 2020.

dicha disposición una serie de medidas laborales². Sin embargo, esta previsión ha comportado un desplazamiento de la aplicación del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en lo sucesivo, ET) en lo que afecta a las medidas laborales en favor de las reglas establecidas en el propio TRLC³. Dicho en otras palabras, prima el derecho especial contenido en la disposición mercantil en detrimento de las reglas generales laborales.

Ahora bien, la novedad en esta materia reside en la incorporación de los medios de solución de conflictos al procedimiento concursal como quiera que el juez del concurso cede el conocimiento de tales asuntos a otro tercero imparcial, tal y como son el mediador o el árbitro. Esta situación reviste a la mediación y al arbitraje de una serie de notas identificadoras, o lo que es lo mismo, de elementos caracterizadores diferentes a los que se encuentran en dichos medios.

En primer lugar, convendría destacar el marco normativo en el que se contempla la posibilidad de acudir a una mediación o un arbitraje, pues no se trata de una disposición propia del Derecho del Trabajo, sino de Derecho Mercantil. En concreto, es en el art. 176.2 TRLC en el que se regula la facultad del juez del concurso de sustituir el periodo de consulta por cualquiera de los dos medios anteriormente citados, con el objeto de solucionar las discrepancias de naturaleza laboral. Ello se debe al hecho de que como consecuencia de la declaración de la situación de concurso de la empresa o del deudor se pueden adoptar una serie de medidas que van a tener una repercusión directa en los contratos de trabajo, en cuyo caso la disposición aplicable no es el ET, sino la propia norma mercantil.

Las decisiones sobre el devenir de la empresa concursada recaen única y exclusivamente sobre el juez del concurso que es el que ha de incorporar a su auto las medidas laborales. De ahí, que el legislador haya previsto la incorporación de una mediación o un arbitraje al procedimiento concursal.

Por ello, la competencia exclusiva y excluyente recae sobre el Juez de lo Mercantil, aunque la discrepancia verse sobre las condiciones de trabajo de los empleados de la empresa concursada. Si bien, al no tratarse de la sustitución de un periodo de consultas al uso en el que se van a negociar las medidas pretendidas por la empresa para la reestructuración empresarial, no podemos extender lo dispuesto en los preceptos del ET sobre esta materia.

De hecho, desde que se reformase la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, el legislador ha puesto todo su empeño en incorporar a la legislación de forma expresa la competencia del orden jurisdiccional civil sobre la adopción de las medidas laborales, evitando la posible confusión en cuanto a la tramitación, aplicación y posterior

2. García-Perrote Escartín 2018, 169-188.

3. BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015.

impugnación de las mismas⁴. Por ello, la *vis atractiva* recae sobre el juez de lo mercantil, de forma que se ha sustraído la materia del conocimiento del juez de lo social, tal y como se establece en el art. 86. Ter LOPJ⁵. En el mismo sentido, el art. 53 TRLC se arroga la competencia exclusiva y excluyente para conocer de las acciones sociales que tengan por objeto la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, el traslado, el despido, la suspensión de contratos y la reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (ETOP), siempre que estas tengan el carácter de colectivo. Asimismo, es competente dicho orden para conocer de la suspensión o extinción de los contratos de alta dirección, quedando explícitamente excluidos del orden social tanto este como las anteriores medidas de reestructuración, en virtud de lo dispuesto en el art. 3 LRJS⁶.

Por tanto, se establece en la norma concursal una regla de supletoriedad con respecto al ET, en tanto que todo aquello que no haya quedado establecido en la primera se deberá regir por las disposiciones de la segunda⁷.

Sobre esta idea de que el juez del concurso tiene la facultad de poder decidir acerca de las medidas laborales, aun estando estas reguladas por una rama del ordenamiento diferente, en base a lo dispuesto en la norma concursal, llegamos a la mediación y al arbitraje como medios de resolución de conflictos. Se trata de la posibilidad de utilizar dichos mecanismos como fórmula de solución de las discrepancias surgidas entre los sujetos legitimados para llevar a cabo un periodo de consultas, de conformidad con el art. 174 TRLC, en los que se decida sobre las vicisitudes aplicables en la empresa concursada⁸.

En tal sentido, el art. 176 TRLC, permite que el juez del concurso, en cualquier momento durante el desarrollo del periodo de consultas, a instancia de la administración concursal o de la representación de los trabajadores, acuerde la sustitución del período de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje, teniendo en cuenta que cualquiera de los dos medios se deberá llevar a cabo como máximo dentro

4. Tal y como se aprecia en el art. 3.h), 4.1, 6.1 y DA 3ª Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (BOE núm. 245, de 11 de octubre de 2011).

5. STSJ Galicia, de 6 de julio de 2018, rec. 1398/2018. En un sentido contrario, STS, de 27 de abril de 2022, rec. 4160/2019. En este supuesto se dilucidaba si los créditos no reconocidos en la lista de acreedores son competencia del juez del concurso o del de lo social, teniendo en cuenta que el objeto del proceso era la reclamación del pago de salarios no abonados correspondientes a un periodo anterior a dicha declaración concursal. El Tribunal falló a favor del orden social. V. Martínez Moya 2022.

6. Los traslados individuales o plurales se tramitan según las reglas del 40.2 ET. V. Taléns Visconti 2020, 29. A su vez, esta reiteración en cuanto a la exclusión del orden social se encuentra en el art. 4 LRJS en conexión con el 237.5 LRJS y en la DA 3ª LRJS.

7. Taléns Visconti 2017, 66.

8. En concreto, al arbitraje de consumo regulado en RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, y al RD 231/2008, de 15 de febrero, por el que regula el Sistema Arbitral de Consumo, así como al arbitraje de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

de treinta días naturales o de quince en el caso de que se trate de una empresa con menos de cincuenta trabajadores. Lo cierto es que en el art. 64.5 C de la anterior Ley Concursal se podía leer la misma redacción gracias a la modificación operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que, a su vez, contemplaba la fórmula que había sido incorporada al ET a través de la Ley 35/2010, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo que, básicamente, lo que trató fue de potenciar los medios alternativos de solución de conflictos laborales⁹.

2. LOS CONFLICTOS LABORALES

El hecho de realizar cualquiera de las reestructuraciones a las que hace referencia el art. 169.1 TRLC puede dar lugar a conflictos entre las partes que se van a ver afectados por los mismos. Todas las medidas que se pueden aplicar en el ámbito de la empresa, tal y como es el traslado, el despido y la suspensión de contratos y la reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (en adelante, causas ETOP) se componen de conflictos jurídicos y de intereses.

Los primeros son aquellos que versan sobre la aplicación e interpretación de la norma. Suelen girar en torno a los derechos, lo que viene a comportar que estos ya están reconocidos en una norma con carácter previo y, por tanto, solo cabe la interpretación o la aplicación de ésta con relación al caso concreto¹⁰. El mediador o el árbitro tendrán que pronunciarse acerca de esta primera tipología conflictual, por cuanto que tendrán que analizar si concurren o no las causas ETOP, dependiendo de lo exigido en la norma laboral para la medida concreta que se pretenda aplicar en la empresa concursada.

Los segundos surgen porque las partes pretenden introducir elementos nuevos en la regulación existente o simplemente modificarlos. Dicho en otras palabras, se trata de cambiar las condiciones que en un momento concreto se establecieron y que por diversos motivos se consideran que necesitan de un reajuste de manera que se creen normas nuevas que puedan ser aplicadas a los interesados. Básicamente, se trataría de introducir una regla nueva en la relación jurídica laboral¹¹. Con respecto a esta cuestión, en la mediación o en el arbitraje se deberá valorar qué trabajadores de los que componen la plantilla son los que se acogerán a cualquiera de las medidas propuestas.

Si bien, la medida que se vaya a adoptar debe ser acotada por el juez del concurso, que es el órgano facultado para trasladarse el encargo al mediador o al árbitro, puesto que no es posible que éste decida cuál es la que a su juicio ha de llevarse a cabo. Todo

9. Orellana Cano 2012, 121.

10. Cruz Villalón 2013, 18.

11. Ballester Pastor 1993, 32 y ss.

ello, pese a la inexistencia de un compromiso arbitral en el que las partes manifiesten sobre qué aspectos concretos quieren que se pronuncie el tercero imparcial, dado que lo importante en dichos medios es que la decisión sobre la cuestión concreta la adopta la autoridad judicial. No obstante, el juez tampoco tiene una capacidad decisoria plena, puesto que en el art. 172 TRLC se establece que la adopción de dichas medidas solo podrá solicitarse del juez del concurso una vez presentado el informe de la administración concursal por parte del concursado, la administración concursal o los trabajadores de la empresa concursada a través de sus representantes legales, de conformidad con el art. 171 TRLC.

Asimismo, en el art. 173 TRLC se detalla el contenido de la solicitud, lo que se corresponde con las cuestiones concretas sobre las que ha de pronunciarse el mediador o el árbitro. De esta forma, se indicarán los objetivos a alcanzar con la puesta en práctica de las medidas laborales y si éstas afectan a más de 50 trabajadores, se deberá acompañar a la solicitud de un plan que contemple la incidencia de las medidas laborales propuestas en la viabilidad futura de la empresa y del empleo.

No se puede olvidar que estas reestructuraciones empresariales, aunque tienen una tramitación colectiva, es decir, que afectan al total de la plantilla, se traducen en nombres y apellidos de trabajadores a los que se les va a cambiar las condiciones de trabajo que se habían pactado en el contrato, así como también pueden ser trasladados de centro de trabajo, pueden experimentar una reducción en su jornada o, incluso, subiendo en intensidad, ver suspendido su contrato o estar incluidos en un despido colectivo. Por ello, todos los aspectos deben ser concretados al máximo para que el tercero imparcial, por delegación del juez, pueda dar una solución al conflicto.

3. LAS PARTES INTERVINIENTES

En lo que hace a los sujetos que pueden tomar la decisión de sustituir el periodo de consultas por una mediación o un arbitraje, tendríamos que señalar que estos no se corresponden con las partes tradicionales contempladas en el ET, tal y como son los representantes de los trabajadores y la empresa. En el seno de un procedimiento concursal, cuentan con dicha legitimación la administración concursal o la representación de los trabajadores.

En el procedimiento concursal existen unos claros protagonistas, una serie de sujetos que van a marcar el devenir de las relaciones de trabajo existentes en la organización empresarial a la que se ha declarado en concurso y que, por ende, vienen a ser diferentes de los habituales en el marco de cualquier conflicto colectivo. Con carácter general en el procedimiento concursal están legitimados la Administración

concursal, órgano necesario, el deudor concursado y la representación de los trabajadores¹². También tendrían dicha consideración el resto de las empresas cuando se trata de un grupo, de conformidad con la norma concursal¹³. En todo caso, se trata de dos cuestiones diferentes, ya que, de un lado, tenemos la adopción de medidas laborales en el seno de un procedimiento de declaración concursal y, de otro, la mediación o el arbitraje.

En relación con esto último, el número de sujetos legitimados para instar al juez del concurso la imposición de cualquiera de los dos medios se reduce considerablemente. En tal caso, tan solo podrán dirigir su petición la administración concursal o los representantes de los trabajadores. Si se presta atención a la literatura del art. 176.2 TRLC se aprecia de forma meridiana que la empresa no aparece entre los legitimados. Este hecho obedece a que, tras la declaración de concurso, la empresa o el deudor puede ver limitadas o suprimidas sus facultades con respecto a la masa, tal y como establece el art. 28 TRLC cuando se refiere a que el contenido del auto del juez del concurso contendrá los efectos sobre las facultades de administración y disposición del deudor respecto de la masa activa. Este hecho tiene una repercusión directa en la adopción de las medidas laborales en este procedimiento, con carácter general y sobre los medios de composición de conflictos en particular.

En lo que respecta a los sujetos del art. 176.2 TRLC, es decir, la administración concursal y la representación legal de los trabajadores, el legislador ha querido dar una mayor preeminencia a este segundo, teniendo en cuenta que el primero es un órgano imprescindible en todo este proceso¹⁴. En todo caso, se trata de un cambio operado en la norma que ya se ponía de manifiesto en la reforma a la Ley Concursal a través del Texto Refundido del 2020, donde el poder de decisión y dirección de la empresa se difumina, dando un mayor protagonismo a la administración concursal, que representa el conjunto de los intereses, no solo el de la empresa, y a la representación laboral. Esta última, incluso, ha visto cómo en la reforma sucesiva realizada en el TRLC se ha vuelto a resaltar su intervención en el proceso concursal¹⁵.

12. Adviértase que en este párrafo se ha suprimido la referencia correspondiente al deudor concursal, puesto que, como se expondrá en líneas sucesivas, su papel no es relevante con respecto al inicio de la vía arbitral.

13. Al respecto, resulta interesante la STS, de 13 de enero de 2022, rec. 4804/2018.

14. Taléns Visconti 2020, 80.

15. Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el RD Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia), BOE núm. 214, de 6 de septiembre de 2022.

Por una parte, la representación legal de los trabajadores tendrá la posibilidad de negociar con las otras partes las posibles medidas a aplicar de forma que el impacto que dicha declaración pueda tener sobre los trabajadores sea lo menor posible, puesto que no se puede olvidar que el objetivo de este procedimiento concursal es que la actividad de la empresa continúe. La norma mercantil cita en varios preceptos a los representantes de los trabajadores, aunque el legislador no da por hecho a quién se está refiriendo, sino que de forma expresa incluye en su art. 171.2 TRLC la referencia al artículo del ET en el que se puede identificar esta cuestión. De tal forma, la representación de los trabajadores en la tramitación del procedimiento concursal les corresponde a los sujetos indicados en el art. 41.4 ET para solicitar al juez del concurso la imposición de una mediación o un arbitraje para solucionar las discrepancias que surjan en torno a la adopción de cualquiera de las medidas de reestructuración interna.

Al igual que en cualquier otro tipo de conflicto la representación de los trabajadores se encarga de velar por los intereses de estos en el sentido de evitar que las medidas sean aplicadas en un grado de intensidad menor. Sin duda, el salario de los trabajadores en caso de insolvencia o de quiebra de la empresa cuenta con una posición privilegiada, en tanto que, estos se convierten en acreedores respecto del deudor, teniendo preferencia este tipo de deuda frente a las demás¹⁶.

En la norma mercantil lo que se recoge es la obligación de llevar a cabo un periodo de consultas en el que esté dicha representación legal, pero también es posible que ésta inste al juez del concurso que imponga una mediación o un arbitraje a la otra parte, que no es la empresa, sino la administración concursal. De esta forma, si los representantes de los trabajadores consideran que no van a alcanzar un acuerdo con aquella en el plazo establecido en el art. 174.1 TRLC podrán plantear su solicitud al juez, de forma que, si éste lo considera oportuno, se puede trasladar la decisión a un tercero¹⁷.

Por otra parte, la administración concursal es el órgano que asume las facultades relativas al aseguramiento de la integridad, la conservación o la administración de la masa activa en nombre del deudor una vez que es declarada la situación de concurso de éste, de conformidad con el art. 28.1.4ª y 3 TRLC¹⁸. Se caracteriza por su independencia con respecto al deudor concursal, puesto que se trata de la persona (física o jurídica) inscrita en el Registro público concursal que corresponda por turno correlativo en función de la clase de concurso de que se trate designado por el juez para

16. Art. 11 Convenio OIT (1949) nº 95 sobre la protección del salario.

17. STS de 18 de mayo de 2019, rec. 886/2019, en cuyo FD 1º se pone de manifiesto que el periodo de consultas finalizó con el acuerdo correspondiente al expediente de extinción colectiva de contratos.

18. La administración concursal se regula en los arts. 57 y ss. TRLC (anteriormente, arts. 26 y ss. de la Ley Concursal) y se trata de un órgano independiente que vela por los intereses de la masa y que, a su vez, colabora con el juez del concurso sin que represente, en ningún caso, al deudor concursal.

defender tanto la masa como los intereses implicados en el procedimiento, entre los que se incluyen los de los trabajadores, tal y como establece el art. 62.1 TRLC.

Asimismo, según lo dispuesto en el art. 80.2 TRLC, deberá actuar con imparcialidad e independencia respecto del deudor y, si fuera persona jurídica, de sus socios, administradores y directores generales, así como respecto de los acreedores concursales y de la masa. No obstante, no podemos obviar el hecho de que ésta vela por los intereses de los acreedores, lo que puede marcar el devenir del procedimiento arbitral.

4. EL PAPEL DEL JUEZ DEL CONCURSO

El juez del concurso, además de contar con la facultad para decidir sobre la gestión del patrimonio del deudor, puede imponer una mediación o un arbitraje. De hecho, llama la atención que en la mediación o el arbitraje que se vaya a llevar a cabo no concurre la voluntariedad de las partes, como suele ser habitual en estos medios de composición de controversias laborales en los que debe producirse el acuerdo entre las partes sobre si acudir o no a tales medios. Por el contrario, de conformidad con el art. 176.2 TRLC, tan solo compete a un sujeto la decisión de acudir a dichos mecanismos y este es el juez del concurso. Esta circunstancia refleja una característica muy particular, que no es más que la mediación y el arbitraje que se llevan a cabo en el seno del procedimiento concursal tienen.

El juez de lo mercantil es un sujeto público, integrado en el poder judicial, tal y como establece la propia constitución en el art. 117 CE, independiente de las partes y en él no concurre ningún tipo de interés particular en el asunto sobre el que se dispone a resolver. Para ello cuenta con plenas capacidades decisorias en cuanto al devenir del procedimiento concursal, en lo que a la cuestión mercantil respecta, pero también en lo atinente a las medidas laborales que se vayan a aplicar en la empresa concursada.

No cabe duda de que el art. 176.2 TRLC atribuye al juez del concurso una potestad de gran calado con respecto a la toma de decisiones de las medidas laborales a aplicar en la empresa. De un lado, si se lo pide la representación de los trabajadores o la administración concursal, puede decidir imponer un arbitraje, en este caso, a la no solicitante para alcanzar una solución sobre la medida aplicable al caso concreto. De otro, puede rechazar la imposición del arbitraje tras la solicitud de uno de los dos sujetos legitimados citados anteriormente¹⁹.

19. Cierta sector doctrinal, con relación al periodo de consultas ha indicado que lo idóneo es que dicho trámite sea sustituido de manera completa por la actuación del juez que deberá tomar la decisión sobre el devenir de las relaciones de trabajo a través de cualquiera de las medidas que se presentan en el Texto Refundido, anteriormente ley concursal, dado que ésta será más favorable incluso que la que los propios intervinientes vayan a adoptar. Al respecto, Taléns Visconti 2017, 75.

En todo caso, no se puede perder de vista que, pese a las facultades reconocidas al juez en la norma concursal, éste no puede imponer el arbitraje si previamente no lo han instado las partes o lo que es lo mismo, no puede actuar de oficio. El motivo de tal afirmación se debe a que la propia norma concursal ha establecido un procedimiento alternativo para el caso de que no se alcance ningún acuerdo durante el periodo de consultas, tal y como puede apreciarse en el art. 182 TRLC. En este caso, el juez del concurso puede actuar dando audiencia a quienes hubieran intervenido en el período de consultas, para lo cual el Letrado de la Administración de Justicia los convocará a una comparecencia en la que podrán formular alegaciones y aportar prueba documental o, incluso, si aquel lo considera puede directamente sustituir esta actuación por la comparecencia a través de un trámite escrito de alegaciones por tres días. Por tanto, los medios de solución se configuran de forma similar a lo establecido en los preceptos del ET en los que se regulan las medidas relativas a la reestructuración empresarial, es decir, sustituyendo el periodo de consultas por la mediación o el arbitraje el arbitraje.

Como acaba de señalarse, dicha imposición no solo afecta a la otra parte, que no es la que ha solicitado al juez que valore si pueden imponer los citados mecanismos. Esto es, a la representación de los trabajadores o a la administración concursal, dependiendo de la que haya formulado la solicitud, sino que también afecta al deudor concursal que en el periodo de consultas participaba con voz, pero sin voto y que, por cuestiones lógicas, no forma parte de los procedimientos de mediación y arbitraje, pero sí que deberá asumir la decisión del juez. Esta imposición nos lleva a valorar a los mismos como obligatorios, dado que es la autoridad judicial la que ha considerado oportuno que la solución venga de la mano de un mediador o un árbitro cuando los sujetos legitimados no han sido capaces de alcanzar un acuerdo durante el periodo de consultas.

No puede, en ningún caso, ser considerado como mecanismos en los que concurre la voluntariedad, debido a que las partes no tienen que estar de acuerdo en solicitar la mediación o en suscribir un compromiso arbitral, puesto que el juez ha decidido por ellas.

Por tanto, a diferencia de lo que ocurre con las mediaciones o arbitrajes realizados en el ámbito de los acuerdos interprofesionales, en el caso del procedimiento concursal las partes no tienen que suscribir el correspondiente compromiso, pues queda reemplazado por la decisión judicial en la que se impone cualquiera de los medios solución de conflictos. En todo caso, esta potestad atribuida al juez del concurso de obligar a la parte que no lo haya instado a someterse a un arbitraje tiene sentido, en tanto que, no se ha alcanzado un acuerdo en el periodo de consultas y es una opción que puede ser elegida por la autoridad judicial. Con esta afirmación lo que se quiere decir es que el juez de lo mercantil tiene dos alternativas toda vez que las partes no han llegado a una decisión durante el periodo de consultas. De un lado, el juez puede someter a las partes a un arbitraje, siempre que alguna de éstas se lo haya

pedido. De otro, puede determinar por él mismo lo que proceda conforme a la legislación laboral, aunque para ello el Letrado de la Administración de Justicia deberá convocar a la representación de los trabajadores y a la empresa concursada para que formulen alegaciones y aporten las pruebas documentales oportunas, según lo establecido en el art. 182 TRLC.

Por tanto, la opción que aquí se analiza consiste en que el juez de concurso, en lugar de tomar la decisión el mismo conforme a las reglas de un derecho diferente al mercantil (civil) decide trasladar esta facultad a un tercero, imparcial a las partes e independiente, que resolverá en base al Derecho del Trabajo sobre la forma en la que se afrontará cualquiera de las vicisitudes de las relaciones laborales por la que se haya optado. Sin lugar a duda, es en este punto donde el arbitraje podría desplegar todos sus efectos viniendo a sustituir la decisión del juez, así como la del resto de los sujetos implicados en un procedimiento tan complejo como es el que se viene presentando.

5. LA DESIGNACIÓN DEL MEDIADOR Y DEL ÁRBITRO

Si se continúa con la lógica expuesta, en lo que respecta a la designación del mediador o del árbitro que va a resolver el conflicto laboral en el seno del procedimiento concursal, será el juez del concurso el que, a su criterio, decidirá acerca del nombramiento de aquellos. Esto se debe a que el art. 176 TRLC tan solo les ha facultado para que insten una mediación o un arbitraje ante la autoridad judicial concursal, pero no para proponer el nombramiento. A mayor abundamiento, las partes no se encuentran ante un periodo de negociación, sino que se trata de un procedimiento judicial y por este motivo la autonomía de las partes se ha trasladado a la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso, también para esta cuestión.

Ahora bien, como en el art. 176 TRLC no se ha especificado nada acerca de cómo se procede a la designación, convendría reflexionar acerca de la posible fórmula a aplicar. La primera idea que se debe estudiar es si el tercero imparcial puede ser designado de entre las personas que componen los listados efectuados por el SIMA o cualquier otro sistema de gestión de conflictos laborales autonómico. La segunda, consistiría en la designación a través de la ITSS y, la última, comportaría que el nombramiento se efectúe sobre una persona que sea imparcial al conflicto, así como experto en la materia.

Con respecto a la primera de las cuestiones, es evidente que no se puede aplicar lo dispuesto en los acuerdos interprofesionales al regular estos los procedimientos voluntarios. Por ello, consideramos que la referencia que del art. 21 ASAC en relación con el art. 14, en los cuales aparece el juez del concurso como sujeto legitimado para solicitar una mediación o un arbitraje y designar al tercero contravendría la propia finalidad del Acuerdo interprofesional.

En lo que respecta a la ITSS, el art. 12.3, b LOISS contempla la posibilidad de que en el seno de dicho órgano se lleve a cabo un arbitraje tal y como puede apreciarse en el precepto citado cuando se refiere al arbitraje en huelgas y otros conflictos laborales cuando las partes expresamente lo soliciten, así como en los supuestos legalmente establecidos, donde tendría cabida esta cuestión, en tanto que puede ser solicitado por una de las partes que es lo que ocurre en el procedimiento concursal. El requisito que ha de reunir el tercero es que no ejerza de forma simultánea dicha labor junto con la función inspectora sobre las empresas sometidas a su control y vigilancia. Asimismo, se les exige a los inspectores de Trabajo y Seguridad Social que guarden la debida reserva sobre la información obtenida en el ejercicio directo de tales funciones y que no la comuniquen a los servicios de inspección para el ejercicio de las funciones de vigilancia y control. No obstante, en este supuesto la persona que solicita los servicios de la Inspección no es ni la Administración concursal ni la representación de los trabajadores, sino que se trata del juez del concurso, por lo que podría parecer un tanto forzada la referencia a dicho órgano. Aunque ante la ausencia de una previsión específica, podría ser una solución aceptable.

Por último, conviene recordar lo ya expuesto con respecto a la designación del árbitro en los supuestos de arbitraje obligatorio en los casos de huelgas con grave repercusión y en la inaplicación del convenio colectivo. En ambos, comentábamos que no existe un listado de árbitros a los que se pueda acudir, puesto que, entre otras características, se trata de arbitrajes poco comunes. Una fórmula similar se podría proceder en el caso de que se vaya a llevar a cabo una mediación.

6. LA NORMATIVA APLICABLE A LA MEDIACIÓN Y AL ARBITRAJE

El desarrollo de la mediación y del arbitraje en el seno de un procedimiento concursal tiene una complejidad añadida, tal y como es la norma por la que se han de regir tales mecanismos. Esto se debe a la expresión utilizada por el legislador mercantil cuando se refiere a “la mediación o el arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa”, pues cuando ésta se emplea en el ámbito de aplicación del ET está claro que la referencia es a los convenios colectivos y a los acuerdos interprofesionales sobre solución de conflictos laborales. Ello, por tratarse de fórmulas voluntarias de solución de conflicto. Sin embargo, no considero que sea posible hacer extensible sin más tal afirmación al contexto en el que nos situamos, por lo que convendría hacer una reflexión sobre la cuestión.

En este contexto habría que dilucidar a qué norma se está remitiendo el legislador, ya que la propia norma mercantil no da más pistas sobre la cuestión. En una primera tesis, se podría sostener que la norma de aplicación en el ámbito de la empresa es el convenio colectivo, mientras que, en una segunda, se defendería que al contar

los acuerdos interprofesionales con eficacia general podría estar el legislador refiriéndose a éstos.

Las normas paccionadas pueden introducir cláusulas en las que se establezcan que en caso de discrepancia entre las partes se resolverán a través de los medios alternativos de solución de conflictos, tal y como son la mediación y el arbitraje, pudiendo, incluso, estar previsto este último mecanismo como obligatorio. Podría ser que el convenio colectivo hubiese establecido que en el caso de una discrepancia a la hora de adoptar alguna de las medidas laborales previstas en la norma mercantil durante el procedimiento de declaración de concurso se acuda a la mediación o al arbitraje, siendo cualquiera de estas la fórmula a utilizar para alcanzar una solución. En lo que hace a la mediación, esta fórmula sí que sería factible, ya que se trata de un medio que preserva la autonomía de las partes. Sin embargo, no nos parece que esto sea un recurso empleado con frecuencia en dichos textos, puesto que *per se* el arbitraje es uno de los medios extrajudiciales menos utilizados por dejar en manos del árbitro la decisión sobre la discrepancia.

En todo caso, aunque el convenio así lo hubiese dispuesto, lo cierto es que el juez del concurso no se encontraría vinculado por lo dispuesto en la norma paccionada, pese a que dicha norma sea una fuente del ordenamiento laboral, tal y como se predica del art. 3.1.b) ET. Sin embargo, aunque tenga tal consideración, en aplicación del principio de jerarquía normativa del art. 9.3 CE, así como el principio de preeminencia de la ley, establecido en el art. 6 LOPJ, prevalecería lo dispuesto en el art. 176.2 TRLC que le otorga al juez la facultad de decidir imponer una mediación o un arbitraje a la parte no solicitante, sin que se haya de regir por ninguna otra disposición.

A mayor abundamiento, el convenio se compone de dos partes diferenciadas que responden de forma diferente a la exigencia de cumplimiento de sus cláusulas, esto es, la parte normativa y la parte obligacional de dicha norma paccionada. Es por ello que, los convenios han de incorporar en su clausulado los procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias que puedan surgir, pero han de hacerlo para el supuesto de inaplicación del convenio colectivo y para las decisiones de la comisión paritaria. En todo caso, esta previsión forma parte del contenido obligacional, o lo que es lo mismo, la parte vinculante para los sujetos que cuenten con legitimación inicial, plena y decisoria²⁰. Si bien, desde el momento en que la regulación de los procedimientos de solución de conflictos laborales se encuentra fuera del contenido normativo, gozando de la consideración de obligacional, la vinculación solo se produce con respecto a las partes firmantes de dichos textos sin que pueda serle

20. Alfonso Mellado 2005, 134. El autor considera que las cláusulas relativas a la solución de conflictos no tienen tan siquiera la consideración de contenido obligacional, aunque sí que son importantes y vinculantes.

de aplicación a todos los sujetos que se incluyen en su ámbito aplicativo²¹. Para que este clausulado del convenio colectivo pudiera vincular al juez del concurso debería de tener la consideración de cláusulas normativas y aun así resultaría dudoso por el principio de jerarquía normativa, aunque para poder aplicar el convenio sin que se produjese una vulneración de dicho principio bastaría con revisar lo dispuesto en el art. 169.2 TRLC en el que el legislador remite a todo lo no previsto para la materia laboral en la norma concursal a la legislación laboral.

De otro lado, se encuentran los diferentes acuerdos interprofesionales en los que se ha llegado a incorporar como un conflicto a resolver a través de los procedimientos autónomos, el relativo a las medidas laborales en el concurso. Esto es lo que sucede, por ejemplo, en el art. 4.3.h) de la Resolución de 10 de diciembre de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el VI Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales (en adelante, ASAC), así como en III Acuerdo Interprofesional de Castilla la Mancha en el que también se ha incorporado este tipo de conflicto o en el Acuerdo Interprofesional del Sistema Extrajudicial de Conflictos Laborales de Andalucía, recientemente modificado para incorporar esta tipología conflictual²². En Cataluña, dichas discrepancias se solucionan ante un Tribunal Laboral al que acuden las partes de forma voluntaria, al igual que sucede con el resto de sistemas que gestionan los diferentes acuerdos interprofesionales²³.

Coincide que en dichos textos se haya previsto este tipo de conflicto tan especial con el hecho de la renovación de los propios acuerdos, en tanto que aquellos que han tenido un periodo de revisión de su articulado posterior a la entrada en vigor del ET en el año 2015, han incluido este tipo de discrepancia, ampliando de esta forma el ámbito de actuación de los procedimientos autónomos²⁴. De la redacción dada por los interlocutores sociales a los diferentes acuerdos se podría desprender un conflicto entre la Ley Concursal y dichos textos, en tanto que las partes no son las que van a decidir sustituir el periodo de consultas por el arbitraje, sino que se trata de la competencia del juez del concurso.

Sin embargo, esta previsión efectuada por los diferentes acuerdos interprofesionales cuenta con dos problemas importantes que no pueden obviarse. El primero de

21. Cruz Villalón 2022, 579 y ss.

22. BOE núm. 334, 23 de diciembre de 2020; DOCM núm. 37, de 24 de febrero de 2021; BOJA núm. 26, de 9 de febrero de 2015.

23. De conformidad con el art. 16 de la Resolución TSF/3133/2019, de 15 de noviembre, por la que se dispone la inscripción y la publicación del Reglamento de funcionamiento del Tribunal Laboral de Cataluña, DOGC de 28 de noviembre de 2019.

24. Otros acuerdos: IV Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales, en Aragón; Acuerdo Interprofesional gallego sobre procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos de trabajo; III Acuerdo de Solución Autónoma de Conflictos Laborales, de la Comunidad de Madrid; Acuerdo Interprofesional sobre procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos laborales, de Navarra; y el VI Acuerdo de solución extrajudicial de conflictos laborales, de la Comunidad de Valencia.

ellos es el ya apuntado anteriormente con relación a los convenios colectivos. Esto es, el acuerdo interprofesional tiene la consideración de convenio colectivo y como tal, pese a la eficacia general atribuida a los mismos, no puede vincular al juez del concurso por el principio de jerarquía normativa y porque no cuenta con el grado de imposición del que se hablaba anteriormente en relación con las cláusulas normativas. Todo ello se pone de relieve cuando se analiza la expresión utilizada por el ASAC para incorporar este (y no otro) conflicto.

De otro lado, al tratarse de una mediación y de un arbitraje de orden público en los que no confluye la voluntad de las partes por haber establecido la propia norma laboral que la decisión recae sobre le juez del concurso, resulta difícil la aplicación de los diferentes acuerdos interprofesionales para la tramitación del mismo durante el procedimiento concursal. Básicamente, tanto el texto estatal como los autonómicos pivotan sobre la idea de la voluntariedad y como expresión de ésta, cuando se trata de una mediación, pero sobre todo del arbitraje, en cuyo caso las partes han de suscribir el compromiso arbitral. En este supuesto concreto el compromiso no puede formalizarse, dado que una norma especial y, además, de rango jerárquico superior a los acuerdos interprofesionales (y los convenios colectivos) establece que es el juez del concurso el que podrá acordar la sustitución del periodo de consultas por un arbitraje. Por tanto, no son aplicables las reglas contenidas sobre la figura arbitral en los diferentes acuerdos fruto de la negociación colectiva, debido a la naturaleza jurídica que presenta este medio de solución de conflictos con motivo de la declaración concursal de la empresa. Se trata de un arbitraje configurado por la norma con un fuerte carácter obligatorio, por lo que, todas aquellas disposiciones en las que se contengan los arbitrajes voluntarios no le podrán ser de aplicación.

Si bien, hay otra serie de acuerdos donde este tipo de conflictos no aparecen enumerados de forma expresa, por lo que, cabría la duda de si en estos casos se podría acudir a los sistemas extrajudiciales para llevar a cabo un arbitraje. Luego, la pregunta versa sobre la posibilidad de aplicar las reglas relativas al desarrollo de los procedimientos de mediación y arbitraje regulados en los acuerdos interprofesionales para que el mediador o el árbitro pueda resolver los conflictos laborales que surjan durante el proceso judicial²⁵. La respuesta, desde nuestro punto de vista, resulta positiva, pues tan solo se trata de tomar como referencia o guía las pautas de tales acuerdos, en lo que a las pruebas, audiencia y alegaciones se refiere. De esta forma, la interpretación se efectuaría de la siguiente forma: la decisión judicial versa sobre la imposición, a la parte no solicitante, de cualquiera de los medios alternativas, los cuales se registrarán por las normas procedimentales aplicables en el ámbito de la empresa, las cuales son accesorios con respecto al TRLC.

25. Cruz Villalón, 2003.

Si ésta es la interpretación que ha de efectuarse con respecto al art. 176 TRLC, surge el interrogante acerca de si no se estaría vulnerando el derecho de negociación colectiva e, incluso, el de libertad sindical, debido a que el juez del concurso puede decidir desplazar el periodo de consultas por la mediación y el arbitraje. De esta forma, el juez está decidiendo las cuestiones laborales serán resueltas por un árbitro a través de un laudo.

7. LAS REGLAS COMUNES EN EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN Y ARBITRAJE

Una cuestión que consideramos que conviene ser destacada es la relativa al desarrollo o fases de las que debe estar compuesta la mediación o el arbitraje. Al tratarse de un procedimiento, aunque extrajudicial, éste tiene que contar con un desarrollo en el que se garanticen una serie de derechos a los afectados por el conflicto. Dichas fases suelen estar contempladas en los diferentes acuerdos interprofesionales de solución de conflictos laborales, a los que anteriormente se hizo referencia. A efectos de aportar una fórmula a través de la cual llevar a cabo la mediación y el arbitraje consideramos que hay determinados preceptos de los acuerdos interprofesionales que, junto con lo dispuesto en el TRLC pueden servir de base al tercero para respetar los derechos y las garantías de las partes en el procedimiento concursal.

De ahí que, una vez que el tercero imparcial, mediador o árbitro, ha sido designado y ha decidido seguir las reglas de los diferentes acuerdos en lo que a la determinación del procedimiento se refiere, conviene tener presentes qué aspectos no pueden faltar en el desarrollo de la mediación o en arbitraje. Para ello, el encargado de la solución de las discrepancias laborales podrá regirse por una serie de principios que son básicos en dichos medios de composición, tal y como es la igualdad y la audiencia a las partes, la apertura de un periodo de pruebas y la motivación en el caso del laudo.

De esta forma, la audiencia, las alegaciones y la prueba resultan imprescindibles, sobre todo si se trata de un arbitraje. En este caso, las partes que habrán de comparecer deben ser la administración concursal y la representación de los trabajadores. Cuestión diferente será si se le da traslado o no a la empresa, pese a estar en situación de concurso en la medida en que ha sido despojada de sus facultades de administración. No obstante, si en el art. 174 TRLC se refleja como el deudor concursado participa en el periodo de consultas con voz (aunque sin voto), consideramos que se le debería de dar traslado también a este periodo.

Sobre el particular, el art. 24.2 ASAC garantiza un periodo de audiencia de quienes comparecen, así como el principio de igualdad y contradicción, sin que se produzca indefensión. Eso sí, el art. 182.2 TRLC no pretende que los trámites se eternicen, incumpliendo entonces con la celeridad que caracteriza a los arbitrajes, sino que, por el contrario, lo que persigue es que las discrepancias laborales se

sustancien a la mayor brevedad. Por ello, la audiencia, las alegaciones y las pruebas se pueden sustituir por la presentación exclusivamente de alegaciones por escrito en un plazo de tres días. Entendemos que dicho periodo dará comienzo desde el día siguiente a la notificación del tercero a las partes.

En lo que respecta al plazo para llevar a cabo la mediación o el arbitraje, de conformidad con el art. 176.2 TRLC, éste no puede exceder de quince días naturales o de treinta, en función de las dimensiones de la empresa. Se trata del mismo plazo fijado por la norma para el periodo de consultas, puesto que se trata de la sustitución de éste por un procedimiento autónomo. No obstante, consideramos que este plazo es muy ajustado y que debería de empezar a computar desde el momento en el que el juez del concurso designa al tercero imparcial.

8. EL RESULTADO DE LA MEDIACIÓN Y DEL ARBITRAJE

Tanto el acuerdo que resulte de la mediación como el laudo constituirán una parte importante del auto del juez del concurso. Cualquiera de ellos establecerá una medida de reestructuración empresarial en la que figurarán los trabajadores afectados y los motivos por los cuales se ha adoptado tal decisión, además de las indemnizaciones que correspondan, de conformidad con la legislación laboral.

El juez del concurso no entra en la revisión del contenido del acuerdo o del laudo, a efectos de modificarlo o introducir algún elemento, puesto que no puede conocer de los conflictos de intereses. Sin embargo, sí que podría revisarlo si denota dolo, fraude, coacción o abuso de Derecho. Dicho de otras palabras, si no se desprenden indicios de ningún tipo de falta con respecto al ordenamiento jurídico, se produciría la automática incorporación en el auto.

Ello, en base al principio de legalidad que permite al juez entrar en el fondo del asunto tan solo para revisar que no se haya producido ningún vicio. De esta forma, nos podríamos enfrentar a dos situaciones diferentes. La primera, en la que sí se dé la concurrencia, lo que conduciría a la declaración de nulidad del acuerdo o laudo. La segunda, en la que no se aprecie ningún vicio, daría lugar a la incorporación de la solución al conflicto al auto. No obstante, podría verificar si, además, se ha producido algún vicio en el mismo, tal y como viene a establecer la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Con respecto a esta última cuestión, se entiende que el juez podrá rechazar el laudo dictado cuando aprecie exceso en la decisión arbitral, así como que el árbitro se haya pronunciado sobre aspectos no sometidos a su consideración inicialmente o que no pudieran ser objeto del mismo o, por último, aprecie un vicio esencial de procedimiento o infracción de las normas imperativas.

En cuanto a la forma que ha de adoptar el auto del juez, huelga recordar las similitudes con las de una sentencia, por lo que, habrá de contener los antecedentes de hecho, los fundamentos de derecho y el fallo.

Los efectos que tendrán el acuerdo o el laudo incorporados al auto del juez deberían estar asimilados a los de la institución laboral a la que sustituyen que, en esta ocasión, es el periodo de consultas. Esto es así, dado que el juez del concurso decidió sustituirlo por una mediación o un arbitraje. Luego, el árbitro por mandato judicial tendría que pronunciarse en su laudo sobre estas cuestiones, teniendo el acuerdo de mediación o el laudo la eficacia del acuerdo del periodo de consultas.

Sin embargo, el laudo no es una pieza aislada del procedimiento concursal, sino que se ha de insertar en el auto del juez, tal y como parece desprenderse de los arts. 180, 183 y 184 TRLC. Por tanto, entendemos que al aprobar el juez del concurso el acuerdo o el laudo, éste se incorpora al auto, aunque guarda entidad suficiente respecto de lo que consideramos que es el objeto principal del proceso, la declaración de concurso de la empresa.

En el momento en el que se dicte el auto, las medidas laborales contenidas en el acuerdo o laudo surtirán efecto, salvo que en la resolución judicial se disponga otra cosa, tal y como puede ser la disposición de una fecha posterior. Dicho en otras palabras, el laudo tiene efectos constitutivos desde el momento en el que se dicte el auto por el juez del concurso, tal y como establecen los preceptos anteriormente citados.

9. LA IMPUGNACIÓN DEL AUTO DEL JUEZ DEL CONCURSO

En lo que hace a la impugnación del acuerdo resultante de la mediación y el laudo, convendría tener presente que cualquiera de estos se integra en el auto del juez del concurso, por lo que la pregunta surge en torno a si la impugnación ha de hacerse de conformidad con lo establecido en la normativa procesal laboral y a través de los cauces establecidos para los acuerdos de los periodos de consultas o si, por el contrario, sería posible recurrirlo de forma independiente. A continuación, nos planteamos cuál es el orden competente y si la impugnación se puede realizar en “en bloque”, es decir, junto con el resto de las medidas acordadas por el juez del concurso.

Sobre la vía de impugnación, lo más idóneo es que se lleve a cabo de manera conjunta con la decisión sobre las materias laborales, aunque esto comportaría hacer una traslación del laudo al auto del juez²⁶. Lo cierto es que la norma concursal no aclara la cuestión en tanto que, el art. 551.1 TRLC tan solo se limita a indicar que contra el auto que decida acerca de cualquiera de las medidas laborales que se puedan adoptar al hilo del procedimiento concursal, cabría interponer el recurso correspondiente

26. Sáez Lara 2020, 389.

previsto en la LRJS. Esta cuestión puede ser interpretada de dos formas: una primera, relativa a la impugnación de la medida en cuestión que se pretenda establecer y, una segunda, referida a única y exclusivamente a la impugnación del laudo por dolo, fraude o coacción.

En tal sentido, el art. 551 TRLC resuelve la cuestión con respecto al tipo de recurso que habrá de presentarse de manera específica contra el auto que decida sobre la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, el traslado, el despido, la suspensión de contratos o la reducción de jornada, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que, conforme a la ley, tengan carácter colectivo y contra la sentencia que resuelva incidentes concursales relativos a acciones sociales cuyo conocimiento corresponda al juez del concurso. Éste será el de suplicación, siendo los sujetos legitimados para su planteamiento la administración concursal, el concursado, los representantes de los trabajadores, el FOGASA y las unidades que integren los grupos de empresas cuando sobre ellas recaiga la declaración de concurso. A diferencia del de apelación que se considera ordinario, en esta ocasión se trata de un recurso extraordinario, lo que comporta que solo se podrá presentar por motivos tasados o establecidos en la ley y que solo se proceda a la revisión de la sentencia²⁷.

No obstante, también se abre la posibilidad de plantear el incidente concursal en materia laboral, de conformidad con el art. 541 TRLC, aunque éste se presentaría para las medidas colectivas por parte de los trabajadores y también por el Fondo de Garantía Salarial. La diferencia con respecto al recurso de suplicación es que el incidente tiene por objeto la impugnación de las decisiones sobre la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, el traslado, el despido, la suspensión de contratos y la reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, pero en lo que aspectos individuales concretos se refiere, en tanto que, afectan de manera singularizada a los trabajadores²⁸. Su tramitación se lleva a cabo según lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, pudiéndose presentar la demanda en un plazo de un mes desde que conocieron o pudieron conocer la resolución judicial y el FOGASA desde que se le notifique la resolución.

De esta forma, el recurso que se planteará será el de suplicación y se hará ante el orden jurisdiccional social, con independencia de que el juez del concurso haya conocido de todas las medidas desde el inicio del procedimiento, puesto que lo importante para determinar la competencia de una u otra autoridad judicial en cada uno de los dos órdenes redundante sobre el objeto de la impugnación, de forma que si versa sobre la materia laboral queda claro que será al juez de lo social²⁹. En consonancia con lo expuesto el artículo 191.4.b) LRJS establece que serán recurridos en suplicación los autos y sentencias que se dicten por los Juzgados de lo Mercantil en el proceso

27. Moliner Tamborero 2010.

28. Orellana Cano 2009, 155-203.

29. STJS Aragón, de 8 de octubre de 2014, rec. 531/2014.

concurzal en cuestiones de carácter laboral. Continúa el precepto indicando que “en dichas resoluciones deberán consignarse expresamente y por separado, los hechos que se estimen probados”.

Por lo que respecta al orden social, si los acuerdos estuviesen en fase de tramitación o si ya se hubiesen adoptado antes de la declaración del concurso, tal y como se comentó en los epígrafes anteriores, el recurso que se deberá de plantear seguirá siendo el de suplicación, solo que en este caso habrá que atender a las reglas establecidas en la LRJS que incluso podrá contemplar otro tipo de recurso.

En todo caso, en el artículo 551.2 TRLC viene a señalar que la presentación del recurso (y del incidente concursal en materia laboral) no tiene efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso ni de ninguno de sus incidentes, secciones o piezas separadas, por lo que, el laudo arbitral surtirá todos sus efectos hasta que no recaiga una resolución del recurso de suplicación que establezca lo contrario.

10. VALORACIONES FINALES

A continuación, tras la investigación llevada a cabo en el presente trabajo de investigación, debemos concluir con una serie de valoraciones finales sobre la materia abordada, la cual es sumamente compleja por dos motivos. Uno, los medios de solución de conflictos han sido incorporados en la norma concursal sin un desarrollo explícito que consiga que estos desarrollen toda su potencialidad. Dos, la mediación y el arbitraje cuentan en el ámbito de las relaciones laborales con un amplio bagaje y madurez, aunque, el segundo, tiene un papel menor en las mismas. Quizá haga falta aún una mayor concienciación acerca de los mismos para que puedan ser verdaderamente integrados en las disposiciones especiales.

Ahora bien, en lo que respecta a la integración en el procedimiento concursal de la mediación y el arbitraje, podríamos concluir lo siguiente. En primer lugar, conviene destacar que la mediación o el arbitraje impuesta por el juez a la parte que no la ha solicitado los convierten en procedimientos obligatorios. Por tanto, el elemento que los caracteriza, tal y como la voluntariedad, desaparece. No se exige que las dos partes que cuentan con legitimación muestren su conformidad, sino que bastará con que una de éstas lo solicite al juez del concurso para que se ponga en práctica. En segundo y a colación de la afirmación anterior, el juez de lo mercantil cuenta con una facultad añadida, tal y como es la de apartarse del conocimiento de los conflictos laborales e imponer la fórmula de solución a alguna de las partes.

En tercer lugar, el desarrollo de la mediación o del arbitraje podrán regirse por lo dispuesto en los acuerdos interprofesionales de solución de conflictos si así lo decide el juez del concurso, así como también puede llevarse a cabo únicamente con la aplicación de los principios generales aplicables a dicha figura arbitral.

En cuarto lugar, resulta del todo interesante el hecho de que el acuerdo resultante de la mediación o el laudo no solo vincule a la representación de los trabajadores y a la administración concursal, sino que también a la empresa concursada. Esto se debe a que la solución al conflicto laboral cuenta con eficacia frente a todos, la cual queda garantizada por su incorporación al auto judicial.

En lo que hace al control del acuerdo o laudo que se va a incluir en el auto, el juez podrá comprobar que no concurre dolo, fraude, coacción o abuso de Derecho, sin llegar a modificar o introducir ningún elemento en cualquiera de aquellos. Sin embargo, sí que podrá declarar su nulidad. Con respecto a esta última cuestión, se entiende que el juez podrá rechazar el laudo dictado cuando aprecie exceso en la decisión arbitral, así como que el árbitro se haya pronunciado sobre aspectos no sometidos a su consideración inicialmente o que no pudieran ser objeto del mismo o, por último, aprecie un vicio esencial de procedimiento o infracción de las normas imperativas.

Por último, el concursado, además de la representación de los trabajadores o la administración concursal, podrán recurrir a través de la suplicación regulada en la norma laboral procesal el auto del juez del concurso en el que se ha incorporado lo dispuesto en el acuerdo o en el laudo si estiman que lo dispuesto en el mismo no es conforme a derecho. Esta cuestión resulta de interés, puesto que podría dar lugar a la impugnación del laudo con las dificultades que esta circunstancia plantea al realizarse en el seno de un proceso judicial. A su vez, el mediador o el árbitro debe tener conocimiento de la materia sobre la que tendrá que pronunciarse para evitar pronunciarse por exceso.

11. BIBLIOGRAFÍA

- Alfonso Mellado, Carlos Luis (2005), “La solución extrajudicial de conflictos laborales”, en VVAA (Albiol Montesinos, Ignacio, Dir.), *Contenido y alcance de las cláusulas obligaciones en la negociación colectiva*, Madrid, 125-134.
- Ballester Pastor, María Amparo (1993), *El arbitraje laboral*, Madrid.
- Cruz Villalón, Jesús (2003), “Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales”, *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2, 509-552.
- Cruz Villalón, Jesús (2013), “Los conflictos laborales y los mecanismos extrajudiciales de evitación del proceso”; en Nogueira Guastavino, Magdalena; García Becedas, Gabriel (Dir.) *Lecciones de Jurisdicción Social*, Valencia, 17-48.
- Cruz Villalón, Jesús (2022), *Compendio de Derecho del Trabajo*, Madrid.

- García-Perrote Escartín, Ignacio (2018), “La aplicación por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de la Directiva sobre despidos colectivos y su repercusión en el Derecho español”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 49, 169-188.
- Martínez Moya, Juan (2022), “El rayo que no cesa: la competencia del Juzgado de lo Social en el Concurso”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 6.
- Moliner Tamborero, Gonzalo (2010), “Recurso de suplicación. Tutela judicial efectiva. Problemas de constitucionalidad. Soluciones *de lege data* y *de lege ferenda*”; <https://elderecho.com/recurso-de-suplicacion-tutela-judicial-efectiva-problemas-de-constitucionalidad-soluciones-de-lege-data-y-de-lege-ferenda>
- Orellana Cano, Nuria (2009), “Los expedientes de regulación de empleo en la Ley Concursal”, *Temas Laborales*, 99, 155-203.
- Orellana Cano, Nuria (2012), “La tramitación del expediente concursal de regulación de empleo”, en Orellana Cano, Nuria (Dir.), *El Concurso Laboral*, Madrid.
- Sáez Lara, Carmen (2020), “Control judicial de los procedimientos autónomos de solución de conflictos”, *Temas laborales*, 154, 367-398.
- Taléns Visconti, Eduardo (2017), “El periodo de consultas en el ERE concursal: legitimación, duración y buena fe en la negociación”, *Documentación Laboral*, 111, 59-80.
- Taléns Visconti, Eduardo (2020), *Aspectos laborales del nuevo Texto Refundido de la Ley Concursal*, Valencia.

PRÁCTICAS NO LABORALES DE CALIDAD: COORDENADAS
A PARTIR DE LA RESOLUCIÓN DEL PARLAMENTO
EUROPEO DE 14 DE JUNIO DE 2023¹

QUALITY TRAINEESHIPS: COORDINATES FROM THE EUROPEAN
PARLIAMENT RESOLUTION OF 14 JUNE 2023

Stefano Bini
Universidad de Córdoba
Orcid: 0000-0003-2268-3335
sbini@uco.es

RESUMEN: El presente Estudio pretende abordar algunos aspectos de la regulación del complejo y multifacético tema de las prácticas no laborales en entornos profesionales, centrandó la atención en la Resolución del Parlamento Europeo de 14 de junio de 2023, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre períodos de prácticas de calidad en la Unión.

PALABRAS CLAVE: Prácticas de calidad; Resolución del Parlamento Europeo de 14 de junio de 2023.

1. El presente Estudio forma parte de la producción científica elaborada en el marco de los siguientes Proyectos de Investigación: Proyecto Nacional de Investigación I+D+i “La huida del mercado de trabajo y la legislación social en España” (PID2022-141201OB-I00); Proyecto Nacional de Investigación I+D+i “Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de España: proyección e impacto de sus políticas palancas y componentes sociales en el marco sociolaboral” (PID2022-1394880B-I00); Proyecto Nacional de Investigación I+D+i “La negociación colectiva como instrumento de gestión anticipada del cambio social, tecnológico, ecológico y empresarial (PDI2021-122537NB-I00); Proyecto CIGE/2022/171 de la Conselleria de Innovación, Universidades, Ciencia y Sociedad Digital de la Comunitat Valenciana “La regulación de la formación para el empleo ante el reto de la Transición Digital, Ecológica, Territorial y hacia la igualdad en la diversidad”.

Recibido: 6/11/2023; Aceptado: 24/11/2023; Versión definitiva: 5/12/2023.

Copyright: © Editorial Universidad de Sevilla. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia de uso y distribución Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

ABSTRACT: The study aims to address some aspects of the regulation of the complex and multifaceted issue of traineeship, focusing on the European Parliament Resolution of 14 June 2023, with recommendations to the Commission on quality traineeships in the Union.

KEYWORDS: high-quality traineeships; European Parliament Resolution of 14 June 2023.

ÍNDICE: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA RESOLUCIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO, DE 14 DE JUNIO DE 2023, CON RECOMENDACIONES DESTINADAS A LA COMISIÓN SOBRE PERÍODOS DE PRÁCTICAS DE CALIDAD EN LA UNIÓN. 2.1. Estructura y aspectos generales. 2.2. Principios clave y revisión del marco en vigor. 2.3. El impulso a la accesibilidad de las prácticas y a la movilidad transfronteriza. 3. CONTRA EL ABUSO DE LAS PRÁCTICAS COMO FORMA DE EXPLOTACIÓN DE LAS/OS JÓVENES. 4. CONCLUSIONES. 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

El presente estudio pretende abordar algunos aspectos de la regulación del complejo y multifacético tema de las prácticas no laborales en entornos profesionales, de cara a la construcción de un sistema normativo idóneo para la realización de experiencias formativas de calidad.

Precisamente la de las “prácticas de calidad” representa la opción axiológica central en la contribución político-normativa que el Parlamento Europeo ha recientemente aportado, con la aprobación de la Resolución de 14 de junio de 2023, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre períodos de prácticas de calidad en la Unión². Esta Resolución presenta elementos de especial relevancia, que merecen ser cuidadosamente considerados de cara a la elaboración de propuestas hermenéuticas y reguladoras, tanto en el contexto europeo como en el español.

Así, en las siguientes páginas, se procede a un análisis crítico de los principales aspectos y principios que componen la Resolución (dejando deliberadamente fuera del ámbito de investigación las específicas disposiciones de sus relativos anexos, cuyos textos no se toman en consideración en el presente estudio, para no sobrecargar la exposición), proyectando los mismos en el escenario de un razonamiento intrínsecamente *de jure condendo*, en el horizonte tanto europeo, como español. Efectivamente, con respecto a este último, la reciente adopción de medidas legislativas de significativo impacto en el terreno de la protección social de las personas en práctica³

2. Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de junio de 2023, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre períodos de prácticas de calidad en la Unión [2020/2005(INL)].

3. Se hace aquí referencia, en particular, al RDL 2/2023, de 16 de marzo, de Medidas urgentes para ampliación de derechos de pensionistas, reducción de la brecha de género y establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema de pensiones.

y la posible, auspiciada, futura adopción de un Estatuto del Becario⁴, ofrecen pistas de reflexión de interés, confiriendo a la Resolución del Parlamento Europeo de junio de 2023 una importancia sistemática significativa y de seguro interés.

2. LA RESOLUCIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO, DE 14 DE JUNIO DE 2023,
CON RECOMENDACIONES DESTINADAS A LA COMISIÓN SOBRE PERÍODOS
DE PRÁCTICAS DE CALIDAD EN LA UNIÓN

Efectivamente, mirando al contexto político-normativo español, muchas son las pistas de reflexión que pueden brotar del debate que, en los últimos meses (*rectius*, años), ha acompañado la negociación de un posible “Estatuto del Becario”, en el seno de la mesa de diálogo social. Como se sabe, en el mes de junio de 2023 la Vicepresidenta Segunda del Gobierno y Ministra de Trabajo y Economía Social, Dña. Yolanda Díaz Pérez, y los Secretarios Generales de CCOO, D. Unai Sordo Calvo, y UGT, D. José María Álvarez Suárez, han firmado un “Acuerdo para el Estatuto de las personas en formación práctica no laboral”: una iniciativa de carácter marcadamente político, sin relevancia normativa, al haber sido adoptada con las Cortes disueltas, a pocos días de las elecciones generales y, sobre todo, sin una conversión efectiva en norma de ley.

De todas formas, se trata de una iniciativa política destinada a adquirir importancia para el futuro, sobre todo teniendo en cuenta que, en el acuerdo político entre el Partido Socialista Obrero Español y el Movimiento Político Sumar, denominado “España Avanza. Una nueva coalición de Gobierno Progresista”, alcanzado a finales de octubre de 2023 para la formación del Gobierno, se expresa claramente un compromiso en este sentido: “Aprobaremos el estatuto del becario”⁵. En otras palabras, los sujetos políticos en cuestión se comprometen a dar continuidad al compromiso político asunto en la anterior legislatura y, por tanto, es razonable imaginar que la iniciativa político-sindical a la que se acaba de hacer referencia se traducirá en intervención normativa, si las propias fuerzas políticas logran el preliminar, necesario y obvio objetivo de formar un gobierno de coalición⁶.

De todas formas, una contribución hermenéutica de interés a la reflexión sobre la dimensión dogmática que tendrá que fundamentar el próximo Estatuto del Becario, puede encontrarse en el tejido axiológico-normativo que el pleno del Parlamento Europeo ha sistematizado en la Resolución “sobre periodos de prácticas de calidad

4. DA 2ª RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de Medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.

5. PSOE y Sumar, 11.

6. En el momento en que se cierra el presente artículo las negociaciones entre las Fuerzas políticas para la formación de un Gobierno todavía están pendientes.

en la Unión”, aprobada el 14 de junio de 2023, con 404 votos a favor, 78 en contra, 130 abstenciones.

Por medio de la Resolución, en palabras del Parlamento, se ha pedido a la Comisión Europea que se active y llegue –entre otras cosas– a proponer una directiva en la materia⁷ y que intervenga para actualizar el marco de calidad para las prácticas actualmente existente, a la luz de indicaciones puntuales proporcionadas en la misma Resolución.

Así que, a continuación, se procede a un análisis crítico de los rasgos más emblemáticos que caracterizan esta última.

2.1. Estructura y aspectos generales

En términos generales, la estructura de la Resolución se articula en una densa red de “Considerando”, que expresa una visión clara sobre el tema objeto de intervención. De hecho, el Parlamento Europeo, reclamando una legislación que contraste la explotación de las personas en prácticas y manifestando, así, la necesidad de acabar con el fenómeno de los así llamados “falsos becarios”, sitúa en el centro de las prioridades estratégicas de la agenda política de la UE la revisión sistemática del marco normativo en vigor, para que el mismo garantice efectivamente la calidad de las prácticas formativas no laborales en entornos empresariales.

Precisamente la “revisión del marco en vigor” constituye uno de los pilares temáticos que sustentan la arquitectura de la Resolución que aquí se considera, junto con la “asistencia y sensibilización”, las “buenas prácticas y seguimiento”, la “recopilación de datos”, la “accesibilidad” y la “movilidad transfronteriza”.

Más en concreto, antes de tomar en consideración los principios fundamentales destacados en estos diferentes “pilares” de la Resolución, procede señalar que la misma proyecta su impacto en el escenario normativo europeo de una manera muy puntual y específica, ya que –*inter alia*– el Parlamento define muy claramente el périmetro de la intervención:

a) Por un lado,

solicita que la Comisión presente, sobre la base del artículo 153, apartado 2, letra b), del TFUE, en relación con el artículo 153, apartado 1, letra b), del TFUE, una propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo

7. §10 Resolución del Parlamento Europeo de 14 de junio de 2023: el Parlamento Europeo “pide a la Comisión que proponga una Directiva sobre los períodos de prácticas en el mercado laboral abierto, los períodos de prácticas como parte de políticas activas del mercado de trabajo y los períodos de prácticas que son una parte obligatoria de la formación profesional, con el fin de garantizar unas normas mínimas de calidad, incluidas normas sobre la duración de los períodos de prácticas, el acceso a la protección social de conformidad con el Derecho y las prácticas nacionales, así como una remuneración que garantice un nivel de vida digno a fin de evitar prácticas de explotación”.

sobre un marco para períodos de prácticas de calidad, por la que se establezcan requisitos mínimos para unas normas de calidad y una remuneración adecuada de los períodos de prácticas en el mercado laboral abierto, los períodos de prácticas como parte de políticas activas del mercado de trabajo y los períodos de prácticas como parte obligatoria de una formación profesional, de conformidad con el proyecto de Directiva establecido en el anexo I⁸; Y

b) por otro lado,

pide a la Comisión que presente, sobre la base del artículo 166, apartado 4, del TFUE, una propuesta de Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre un marco de calidad para los períodos de prácticas realizados con el fin de obtener cualificaciones educativas, de conformidad con el proyecto de Decisión que figura en el Anexo II⁹.

Parece, por lo tanto, evidente el carácter intrínsecamente prodrómico de la Resolución –acto jurídico ontológicamente no vinculante– que afirma y consagra, eso sí, principios clave, pero que producirá un impacto efectivo y real en la compleja problemática de las prácticas no laborales en entornos profesionales, solamente una vez que se llegue a la efectiva aprobación de una Directiva y/o de una Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo, que concreten lo establecido en la misma Resolución¹⁰.

Como se ha anticipado más arriba, el Parlamento ha elaborado también (como anexos de la Resolución) una propuesta de Directiva, que identifica y establece –en términos generales– requisitos mínimos y normas básicas para prácticas de calidad, así como una propuesta de Decisión que pretende intervenir en el marco de calidad para los períodos de prácticas realizados con el fin de obtener cualificaciones educativas, actualizando el ya existente, que se puede encontrar en la Recomendación del Consejo de 10 de marzo de 2014, “sobre un marco de calidad para los períodos de prácticas”¹¹.

Estas son las trayectorias de intervención que el Parlamento Europeo traza de forma muy clara y lineal con la Resolución de junio de 2023.

8. § 29, Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de junio de 2023, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre períodos de prácticas de calidad en la Unión [2020/2005(INL)].

9. § 30, Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de junio de 2023, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre períodos de prácticas de calidad en la Unión [2020/2005(INL)].

10. Como es sabido, *ex art.* 288, apdos. 3-4 TFUE, “la directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. La decisión será obligatoria en todos sus elementos. Cuando designe destinatarios, sólo será obligatoria para éstos”.

11. Recomendación del Consejo de 10 de marzo de 2014 sobre un Marco de calidad para los Períodos de Prácticas (2014/C 88/01).

2.2. Principios clave y revisión del marco en vigor

Aclarada las coordenadas generales hasta aquí indicadas, merece ahora considerar críticamente los principios clave, que el Parlamento Europeo identifica como referencias, que tendrán que ser consideradas para el futuro desarrollo del tejido normativo, en la doble dirección antes mencionada de la Directiva y de la Decisión del Parlamento y del Consejo.

De hecho, en síntesis, la Resolución del Parlamento Europeo identifica como aspectos prioritarios, ante todo, la previsión de una remuneración adecuada para todas las personas en práctica, que permita –como mínimo– cubrir los costes de alojamiento, alimentación y transporte, conjuntamente con una protección social igualmente adecuada; la reglamentación de la duración de las prácticas; la mejora de la accesibilidad a prácticas no laborales por parte de personas con discapacidad y/o de entornos vulnerables.

De todas formas, cabe aclarar que ya la Recomendación del Consejo, de 10 de marzo de 2014, sobre un Marco de calidad para los Períodos de Prácticas, había reconocido un conjunto de principios fundamentales para contribuir a la construcción de un marco de calidad de los períodos de prácticas y, por consiguiente, recomendados a los Estados miembros. Más en detalle, de cara a

“mejorar la calidad de los períodos de prácticas, en particular el contenido didáctico y formativo y las condiciones laborales que ofrecen, para así facilitar la transición del sistema educativo, el desempleo o la inactividad al mercado de trabajo”,

en aquella ocasión se habían consagrados los siguientes principios¹²:

- a) La celebración de convenios de práctica por escrito y el establecimiento en los mismos de los derechos y obligaciones de la persona en práctica;
- b) la fijación clara de objetivos formativos y de aprendizaje;
- c) la garantía del respeto de los derechos y de las condiciones laborales

de los trabajadores en prácticas recogidos en la legislación nacional y europea aplicable, incluidos los límites aplicables al tiempo máximo de trabajo semanal, al tiempo mínimo de descanso diario y semanal y, cuando proceda, a la duración mínima de las vacaciones¹³;

- d) la limitación de los períodos de prácticas a una duración “razonable”;
- e) la previsión de un adecuado reconocimiento de los períodos de prácticas (con la convalidación del correlativo conocimiento adquirido);
- f) el cumplimiento de requisitos de información y transparencia;

12. § 1 Recomendación del Consejo de 10 de marzo de 2014 sobre un Marco de calidad para los Períodos de prácticas (2014/C 88/01).

13. § 6 Recomendación del Consejo de 10 de marzo de 2014 cit.

- g) la facilitación de la movilidad transfronteriza y, por lo tanto, el establecimiento de períodos de prácticas (con una reducción de los trámites administrativos); y
- h) el uso de los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos para la mejora de los períodos de prácticas y la aplicación del relativo marco de calidad.

Pues bien, como resulta evidente de una lectura crítica del Texto de la Resolución de 2023, los principios que acaban de ser citados siguen permaneciendo actuales en el contexto contemporáneo, aunque se consideren insuficientes desde el punto de vista de la construcción eficaz y efectiva de ese marco de calidad para las Prácticas no laborales. Y, de hecho, el mismo Parlamento Europeo, precisamente con la Resolución de 14 de junio de 2023, reconoce esta insuficiencia, ya que “pide a la Comisión que actualice y refuerce la Recomendación de 2014 del Consejo y la convierta en un instrumento legislativo más fuerte”¹⁴.

En otros términos, el Parlamento reconoce la necesidad de actuar para reforzar el conjunto de principios que sustentan el marco de calidad para los períodos de prácticas, que, sin dejar de ser actuales y pertinentes, requieren una integración importante, funcional a la posterior adopción de una herramienta legislativa más incisiva y eficaz. De hecho, el Parlamento Europeo, tomando

nota de la vulnerabilidad a la que se enfrentan los jóvenes en el mercado laboral; subraya que deben añadirse nuevos principios al marco de calidad para mejorar la calidad de los períodos de prácticas y facilitar la transición de todos los jóvenes de la educación al mercado laboral; pide a la Comisión, por tanto, que incluya los siguientes principios adicionales en un marco de calidad para los períodos de prácticas actualizado¹⁵.

Pues bien, los nuevos principios a los que se hace referencia pueden ser así sistematizados y sintetizados:

- a) El reconocimiento a las personas en práctica tanto de una compensación adecuada, en función del coste de la vida, como de una protección social, con arreglo a los regímenes nacionales;
- b) un más fácil acceso a los períodos de prácticas por parte de las personas pertenecientes a colectivos vulnerables y, en particular, de aquellas con discapacidad, “empleando un enfoque interseccional”¹⁶;
- c) la garantía de la accesibilidad a los lugares de trabajo;

14. § 8 Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de junio de 2023, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre períodos de prácticas de calidad en la Unión [2020/2005(INL)].

15. § 9 Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de junio de 2023, cit.

16. § 9 Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de junio de 2023, cit.

- d) el cumplimiento de criterios de calidad, específicamente para los casos en que el período de práctica se realice a distancia;
- e) la fijación de objetivos formativos y de aprendizaje claros, así como el acceso a una tutoría adecuada y a la orientación por parte de tutores formados para garantizar la transferencia de capacidades intergeneracional¹⁷;
- f) la “comunicación, por medio de canales predeterminados y en cooperación con las inspecciones del trabajo nacionales y las autoridades pertinentes, de las malas prácticas y malas condiciones durante los períodos de prácticas”¹⁸.

Más allá de una cierta generalidad y abstracción que –especialmente con referencia a algunos– parece caracterizar la afirmación de los principios antes citados, puede decirse que lo que el Parlamento Europeo pretende es, en cierto sentido, estimular a la Comisión, que es la llamada a elaborar y proponer una Directiva y una Decisión sobre el tema en sentido amplio (como ya se ha dicho), especificando unos principios generales que, para ser efectivos y eficaces, necesitan inevitablemente concretarse.

2.3. El impulso a la accesibilidad de las prácticas y a la movilidad transfronteriza

Dos puntos de significativo interés, que merecen ser brevemente destacados, en el dibujo de principios de la Resolución del Parlamento Europeo de 2023, atienden a la accesibilidad de las prácticas y a la movilidad transfronteriza.

En primer lugar, procede subrayar cómo el Parlamento Europeo destaca la crucial importancia de la inclusividad y accesibilidad para todas y todos que deben caracterizar los períodos de prácticas, prohibiéndose cualquier forma de discriminación –en plena coherencia, por lo demás, con la previsión del art. 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁹- con especial referencia a la que esté fundamentada en

razón de sexo, raza, color, nacionalidad, orígenes étnicos o sociales y económicos, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo:

17. § 9 Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de junio de 2023, cit

18. § 9 Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de junio de 2023, cit.

19. Art. 21 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: “1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. 2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea y sin perjuicio de las disposiciones particulares de dichos Tratados”.

al respecto, el Parlamento “pide a los Estados miembros que implanten medidas específicas para garantizarlo”²⁰.

Además, observando con atención el § 25 de la Resolución del Parlamento Europeo, se desprende claramente cómo este último aborda el concepto de “accesibilidad” en su intrínseca multidimensionalidad, afirmando –entre otras cosas y sin pretensión de exhaustividad– la necesidad de: reducir las barreras para las personas con discapacidad; lugares de trabajo accesibles; llegar a una definición unívoca y aplicable en toda la Unión de la misma discapacidad; acelerar la

introducción de la Tarjeta Europea de Discapacidad para facilitar la movilidad de las personas con discapacidad y la posibilidad de que estas puedan aprovechar oportunidades de períodos de prácticas en otros Estados miembros²¹.

Especial importancia revisten también: el impulso a la revisión de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, para mejorar el artículo sobre alojamiento razonable en el lugar de trabajo²²; el desbloqueo de la adopción de una propuesta de Directiva contra la discriminación²³; la destacada “necesidad de desagregar la remuneración y la ayuda por discapacidad para poder atender los costes adicionales relacionados con la discapacidad en los períodos de prácticas”²⁴; el papel crucial del diálogo y de la cooperación entre interlocutores sociales y organizaciones representativas de las personas con mayor riesgo de discriminación.

Es evidente que el mensaje que lanza el Parlamento puede considerarse el de un llamamiento a la acción y a la concreción, para que conceptos amplios y genéricos, desde hace tiempo establecidos, se traduzcan en realidad.

En segundo lugar, en la Resolución de junio de 2023 se afirma un principio que se considera de cierta relevancia y que puede, en cierto sentido, sintetizarse en términos de una sustancial superación del binomio “práctica-joven”, ya que el Parlamento, además de destacar la importancia del aprendizaje permanente

pide que los períodos de prácticas sean accesibles a personas de todas las edades; recuerda que los períodos de prácticas pueden ofrecer numerosos beneficios tanto al proveedor

20. § 24 Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de junio de 2023, cit.

21. § 25 Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de junio de 2023, cit.

22. Sobre el tema, cfr. Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

23. Propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el Principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual [COM(2008)0426].

24. § 25 Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de junio de 2023, cit.

como al trabajador en prácticas; hace hincapié, a este respecto, en el enorme e infravalorado potencial de las personas mayores²⁵.

Sobre el tema, pueden surgir dudas, advirtiéndose la necesidad de limitar de una manera contundente los posibles usos distorsionados de la herramienta, que no puede concebirse de ninguna manera como un instrumento de ahorro económico para la inserción laboral ni de jóvenes ni de mayores: se considera, pues, fundamental reforzar el anclaje del instrumento en cuestión en itinerarios formativos, más allá de la edad de las personas implicadas, limitando así al máximo las posibilidades de recurrir a las prácticas como alternativa barata a un contrato de trabajo.

En tercer y último lugar, el Parlamento impulsa la movilidad transfronteriza, pidiendo a los Estados miembros que fomenten esta peculiar tipología de prácticas y a la Comisión y los mismos Estados miembros, que

faciliten el reconocimiento y la validación de los conocimientos, las capacidades y las competencias adquiridas en los períodos de prácticas, en especial en lo que atañe al reconocimiento transfronterizo de las capacidades²⁶,

que representa el verdadero tema clave al respecto.

3. CONTRA EL ABUSO DE LAS PRÁCTICAS COMO FORMA DE EXPLOTACIÓN DE LAS/OS JÓVENES

Pues bien, los principios –tanto los preexistentes, como los de nueva introducción– que la Resolución de junio de 2023 identifica como referencias que tendrán que guiar la compleja y necesaria obra de revisión del marco normativo vigente, expresan una clara y fuerte toma de posición del Parlamento Europeo en contra del fenómeno –grave y pernicioso– de los así llamados “falsos becarios”, condenando el uso abusivo y fraudulento de las prácticas no laborales, “para contratar a trabajadores altamente cualificados y especializados, cuando en realidad son empleados y se debe reconocer como tal su relación de empleo”²⁷.

25. § 26 Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de junio de 2023, cit.

26. § 28 Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de junio de 2023, cit. Cfr. también § 20, en la que el Parlamento “propone la creación de una Alianza Europea para los Períodos de Prácticas, similar a la Alianza Europea para la Formación de Aprendices, que reúna a los Gobiernos y a las partes interesadas destacadas con el objetivo de reforzar la calidad y la oferta de los períodos de prácticas en toda la Unión, al tiempo que se fomenta la movilidad de los trabajadores en prácticas, en particular garantizando el acceso a suficientes recursos financieros y cursos de idiomas”.

27. § 11 Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de junio de 2023, cit.

Por lo demás, que los periodos de práctica no laboral en entornos empresariales (en sentido amplio) se presten a constituir una herramienta de posible, sustancial elusión de la normativa laboral y, así, de explotación de las personas jóvenes (pero no sólo) ha sido afirmado en numerosas ocasiones, entre otros, por el mismo Parlamento Europeo, con la Resolución de 17 de febrero de 2022, “sobre el empoderamiento de la juventud europea: empleo y recuperación social tras la pandemia”.

En este sentido, en la misma Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de junio de 2023, se lee, con específica referencia al perfil de la remuneración de las personas becarias:

el Parlamento ha condenado en reiteradas ocasiones los períodos de prácticas no remunerados como una forma de explotación de los trabajadores jóvenes y una vulneración de sus derechos, y ha solicitado un marco jurídico común para garantizar una remuneración justa de los periodos de prácticas a fin de evitar las prácticas de explotación²⁸.

La calidad de los períodos de prácticas, que “son esencialmente una experiencia de aprendizaje y no deben sustituir a los empleos de entrada en la empresa”, y que se expresa en su carácter inclusivo, remunerado, accesible (especialmente por parte de las personas pertenecientes a colectivos vulnerables o procedentes de entornos en riesgo de exclusión social), constituye una auténtica e imprescindible necesidad, de cara a la mejora de las habilidades y capacidades de las personas que las llevan a cabo y, por lo tanto, de cara a la mejora de su empleabilidad, “facilitando de este modo su transición al mercado laboral”, ya que

los períodos de prácticas pueden ser una oportunidad para que los jóvenes aprendan y se pongan a prueba en distintas profesiones con el fin de averiguar qué empleos se ajustan mejor a sus capacidades y aspiraciones²⁹.

Y, por lo demás, no parece poderse dudar de la

importancia de la formación práctica y de la colaboración por parte de las empresas en los procesos formativos de nuestros estudiantes, bien de formación profesional como de los estudios universitarios. La dinámica en los procesos de reformas educativas así lo indica, con una generalización de las asignaturas prácticas en casi todas las titulaciones. Y ello, tanto desde el punto de vista formativo, es decir, como adquisición de competencias básicas en la formación de nuestros titulados, como en lo relativo al valor de esta o más bien de su influencia en una mejora de la empleabilidad de los estudiantes, y por lo tanto con mayor facilidad para la inserción laboral³⁰.

28. Considerando “C” Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de junio de 2023, cit.

29. § 2 Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de junio de 2023, cit.

30. Barba Ramos 2014, 201-202.

Pues bien, precisamente en el punto de intersección entre “empleo” y “empleabilidad” puede situarse el nudo clave de una de las cuestiones de mayor interés en materia de prácticas. Efectivamente, como ha sido muy oportunamente puesto de manifiesto por la doctrina, uno de los aspectos cruciales que caracteriza la problemática de las prácticas no laborales es el representado por la confusión que a menudo se hace entre “empleo” y “empleabilidad”: la “estancia externa como entrenamiento de competencias consideradas fundamentales” constituye una herramienta especialmente valiosa, de cara a la mejora de la empleabilidad del sujeto interesado, no un instrumento de inserción laboral *tout-court*, barato y ventajoso para las empresas³¹.

De todas formas, para que esta visión sistemática sobre la “calidad” en las prácticas no se quede en un plano exclusivamente abstracto y teórico, sino que sea concreta y real, sin duda –como se desprende del Texto de la Resolución del Parlamento Europeo de junio de 2023– es crucial la implantación de sistemas de seguimiento y control, funcionales a vigilar sobre la efectiva y real calidad y corrección de las experiencias prácticas llevadas a cabo.

Este es un punto que puede realmente marcar la diferencia, representando en cierto sentido el punto de cierre de un sistema normativo que encuentra en la reglamentación solo la primera, esencial, pieza de un mosaico mucho más complejo, que encuentra en la recopilación, en el estudio y en la comparación de datos –a la luz de las directrices que la Comisión elaborará– otra contribución fundamental³².

Sobre el tema, en un general clima de cooperación, el Parlamento

pide que las inspecciones nacionales del mercado laboral impongan el cumplimiento de la normativa vigente sobre períodos de prácticas de calidad; a este respecto, pide una mayor sensibilización, formación y desarrollo de capacidades de las inspecciones nacionales del mercado laboral³³.

4. CONCLUSIONES

En definitiva, a la luz de las pinceladas propuestas, la adopción por parte del Parlamento Europeo de la Resolución que aquí se ha considerado –a pesar de no tener la misma carácter vinculante– representa una contribución importante en el complejo camino hacia la construcción de un modelo legal europeo, que garantice real y efectivamente la calidad en la utilización de herramientas tan importantes para la formación y la empleabilidad de las personas jóvenes (y de las que proceden de entornos desfavorecidos en particular, con especial referencia a los así llamados “ni-ni”, es decir

31. Barba Ramos 2014, 203.

32. §§ 18, 22, 23 Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de junio de 2023, cit.

33. § 19 Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de junio de 2023, cit.

jóvenes que ni trabajan ni estudian³⁴), pero que, al mismo tiempo, pueden exponerlas a una vulnerabilidad particular.

Como muy oportunamente ha afirmado la Confederación Europea de Sindicatos (CES), en la Resolución sobre periodos de prácticas de calidad, adoptada en la reunión del Comité Ejecutivo del 30-31 de marzo de 2023,

los periodos de prácticas pueden facilitar la adquisición de competencias y motivar a las personas a probar y emprender diferentes carreras. Sin embargo, reiteramos que los periodos de prácticas no pueden confundirse con un periodo de incorporación o de formación de los trabajadores³⁵.

Todo está en el uso que se hace de un instrumento delicado, que merece ser oportunamente delimitado en su proyección, tanto conceptual como aplicativa.

De hecho, se considera necesario, pues, volver a reflexionar sobre el marco definitorio y sobre la extensión del perímetro conceptual que caracteriza el multifacético instrumento de la práctica no laboral en entornos profesionales, concebido como

un período limitado, que cuente con un componente educativo o formativo y que una persona realice con el propósito de adquirir experiencia práctica y profesional con vistas a mejorar la capacidad de inserción laboral de esa persona y facilitar la transición hacia un empleo estable³⁶.

Los principales elementos clave, que caracterizan el instrumento en examen y que tienen que ser todos efectivamente existentes en el caso concreto, caso por caso, están representados por la limitación temporal, junto con la centralidad del componente educativo o formativo y la teleológica proyección a la adquisición de experiencia práctica y profesional, con vistas a mejorar la capacidad de inserción laboral.

Precisamente este último elemento parece merecedor de atenta consideración, enfatizándose la centralidad de la “capacidad de inserción laboral” y no simple y directamente de la “inserción laboral” *tout-court*: de hecho, como se ha tenido la ocasión de argumentar ya en otra ocasión³⁷, las prácticas no laborales en entornos profesionales no representan la vía maestra para la inserción laboral de las/os jóvenes, como es, en cambio, el contrato formativo *ex* artículo 11, ET, modificado por el RDL 32/2021, de 28 de diciembre. Por lo tanto, procede reconducir la herramienta jurídica de las prácticas no laborales en el álveo del terreno formativo, limitando al

34. § 27 Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de junio de 2023, cit.

35. Confederación Europea de Sindicatos (CES) 2023, 1.

36. Considerando “C” de la Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de junio de 2023, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre periodos de prácticas de calidad en la Unión [2020/2005(INL)].

37. Bini 2023, 137-247.

máximo los márgenes de un posible abuso en su utilización, para encubrir la ejecución y el desarrollo de trabajos en realidad subordinados³⁸.

Efectivamente, como es sabido, la

problemática radica en que sea utilizada como fórmula para encubrir una relación laboral típica o como forma de eludir la aplicación de las garantías de los contratos laborales de formación o en prácticas³⁹.

Y es precisamente para hacer frente a esta problemática eficazmente, que se advierte la necesidad de llegar rápidamente: por un lado, en el ordenamiento comunitario, a la aprobación de una Directiva sobre prácticas de calidad, así como a la actualización del marco de calidad para los períodos de prácticas en vigor; por el otro lado, en el ordenamiento jurídico español, a la aprobación de una herramienta normativa –el “Estatuto del Becario”, de conformidad con lo dispuesto en la DA 2ª del RDL 32/2021, de 28 de diciembre, y coherentemente con la visión del componente 23 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, dedicado a las Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo⁴⁰– que regule sistemáticamente un fenómeno complejo, que bien expresa una tendencia a la huida del Derecho del Trabajo, situándose en una de las así llamadas “periferias del trabajo”⁴¹.

38. STS 22 de noviembre de 2005 (RJ 2005/10049).

39. Navarro Nieto 2023, 266; Cruz Villalón 2023.

40. Gobierno de España 2020, 337-338: “Dentro del Plan 2021-2027 de trabajo digno para las personas jóvenes, se desarrollan medidas de actuación para la capacitación e inserción en el mercado laboral, modernizando la regulación de la formación en alternancia con el empleo: a) revisión del contrato en prácticas y del contrato para la formación, b) simplificación y reducción de la carga burocrática de los contratos y c) aprobación de un Estatuto del personal becario”; Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social 2019: la Medida 31 (“Estatuto de las prácticas no laborales”) prevé que “se procederá a elaborar un Estatuto de las prácticas no laborales, para integrar y regular los derechos de las personas en esta situación, contemplando en el mismo todas aquellas relaciones en las que una persona se incorpore a la empresa o a cualquier organización pública o privada para adquirir conocimientos prácticos establecidos previamente en su plan de estudios. La nueva regulación tiene como objetivo la garantía del carácter formativo de las prácticas, la protección social adecuada y el apoyo económico durante su realización. Se establecerán los aspectos básicos que deberán recogerse en el convenio que regule la relación entre la persona en prácticas, el centro de formación y la empresa o institución en la que se desarrollen las mismas, con especial atención a los objetivos de la formación y las actividades a realizar. El Estatuto de las prácticas no laborales, regulará por otra parte, los derechos de información de la Representación Legal de los Trabajadores/as (RLT), para que conozca el proceso de aprendizaje y pueda hacer el seguimiento del programa formativo, así como el papel de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Este Estatuto se elaborará en colaboración con aquellos Ministerios que utilicen esta figura, especialmente con el Ministerio de Educación y Formación Profesional y el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades. Este Estatuto será negociado en la Mesa de Diálogo Social, pudiendo tomar como referencia lo establecidos en otros países, como sería el caso de Francia”.

41. CCOO 2022, 5.

Pues bien, centrándonos por un momento precisamente en el escenario normativo español, como es sabido y como se ha arriba anticipado, en la XIV legislatura (2019-2023) un “Estatuto del Becario” no ha visto la luz a nivel normativo, más allá de iniciativas de carácter político, de todas formas relevantes⁴². Precisamente a partir de estas iniciativas y a la luz de los puntos cardinales identificados por el Parlamento Europeo en la Resolución de junio de 2023 –expresiva de una clara y compartida visión axiológico-normativa de regulación de la compleja materia en cuestión– es deseable que el legislador nacional intervenga con rapidez con iniciativas normativas de sistematización y limitación, que se advierten como necesarias y urgentes (por supuesto, compatiblemente con las fluidas dinámicas que caracterizan las geometrías y el escenario políticos, en el momento en el que el presente estudio se cierra).

De hecho, frente a la heterogeneidad de supuestos, que componen una casuística especialmente amplia de prácticas⁴³, el ordenamiento español se caracteriza por una regulación que ha sido oportunamente definida como “laberíntica”⁴⁴. Pues bien, como prueba de ello, sin entrar en detalles⁴⁵, basta con dar simplemente las coordenadas básicas del marco normativo de referencia: el RD 1497/1981, de 19 de junio, sobre Programas de cooperación educativa; el RD 1361/1981, de 3 de julio, sobre Contratos de trabajo en prácticas y para la formación para jóvenes trabajadores; el RD 1493/2011, de 24 de octubre, por el que se regulan los términos y las condiciones de inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de las personas que participen en programas de formación, en desarrollo de lo previsto en la disposición adicional tercera de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social; el RD 1543/2011, de 31 de octubre, por el que se regulan las Prácticas no laborales en empresas; el RD 1707/2011, de 18 de noviembre, por el que se regulan las Prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios; el RD 592/2014, de 11 de julio, por el que se regulan las Prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios; el RDL 28/2018, de 28 de diciembre, para la Revalorización de las pensiones públicas y otras Medidas urgentes en materia social, laboral y empleo.

42. Se hace aquí referencia a la firma, el 15 de junio de 2023, del Acuerdo para el Estatuto de las personas en formación práctica no laboral, por parte de la Vicepresidenta Segunda del Gobierno y Ministra de Trabajo y Economía Social, Dña. Yolanda Díaz Pérez, y los Secretarios Generales de CCOO D. Unai Sordo Calvo y UGT D. José María Álvarez Suárez. Al respecto, se remite a la “Nota de Prensa” del Gabinete de Comunicación del Ministerio de Trabajo y Economía Social, disponible en el siguiente enlace: <https://cutt.ly/awnKSjKb>. Sobre el tema: Requena Montes 2023, 1-11.

43. La regulación formal de las prácticas no laborales no agota todas las posibles soluciones que pueden elaborarse y encontrarse en concreto: en este sentido, v. STS 749/2018, 11 de julio de 2018 y SAN 37/2017, 23 de marzo de 2017.

44. CCOO 2019, 6; SEPE 2020, 5-6.

45. Bini 2023, 137-247.

En este intrincado escenario normativo el legislador ha vuelto a intervenir en tiempos más recientes, con el RDL 2/2023, de 16 de marzo, de Medidas urgentes para ampliación de derechos de pensionistas, reducción de la brecha de género y establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema de pensiones; y, anteriormente, con el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de Medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.

Por un lado, se señala que el art. Único, apdo. 34 RDL 2/2023, de 16 de marzo, interviene directamente –y muy oportunamente– en el Texto Refundido de la LGSS, añadiendo una DA 52^a, expresamente dedicada a la “inclusión en el sistema de Seguridad Social de alumnos que realicen prácticas formativas o prácticas académicas externas incluidas en programas de formación”.

Por otro lado, la DA 2^a RDL 32/2021, de 28 de diciembre, prevé:

el Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta norma, convocará a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas para, en el ámbito del diálogo social, abordar el Estatuto del Becario que tendrá por objeto la formación práctica tutorizada en empresas u organismos equiparados, así como la actividad formativa desarrollada en el marco de las prácticas curriculares o extracurriculares previstas en los Estudios oficiales⁴⁶.

Pues bien, la adopción de una normativa nacional que, en plena coherencia con el marco normativo europeo, sistematice la regulación de las prácticas no laborales en entornos profesionales constituye una necesidad, que tendrá que perseguir en concreto aquella visión –ampliamente declamada a nivel teórico– de unas prácticas efectivamente de calidad.

En este sentido, parece imprescindible considerar cuidadosamente la relación entre uso y abuso de este instrumento, reconduciendo el mismo a su cauce natural, volviendo a razonar críticamente sobre su causa y su función real, que es la de facilitar la consecución de conocimientos y competencias prácticas, limitando el perímetro de su posible y legítima utilización y reforzando el anclaje de la misma en los caminos formativos de referencia.

Cabe explorar y regular la resbaladiza línea de frontera entre uso legítimo y abuso de herramientas que, aunque concebidas para permitir a las/os jóvenes completar su formación, integrando los conocimientos teóricos con competencias prácticas, presentan objetivamente una predisposición a ser utilizadas de manera ilegítima, en

46. DA 2^a del RDL 32/2021, de 28 de diciembre.

fraude de ley⁴⁷, como solución barata para el desarrollo de tareas y actividades laborales, desprovistas de vinculación con contenidos y finalidades realmente formativas⁴⁸.

5. BIBLIOGRAFÍA

- Barba Ramos, Francisco José (2014), “La “tormenta perfecta” de las Prácticas universitarias: cuando empleabilidad y empleo se confunden”, en Castellano Burguillo, Emilia; y M.C. Rodríguez-Piñero Royo, Miguel Carlos (Coordres.), *Transiciones laborales y Reformas del mercado de trabajo: su influencia sobre el empleo de jóvenes y mayores*, Albacete, 199-218.
- Bini, Stefano (2023), “Parte II. Becas y prácticas no laborales, esperando al Estatuto del Becario”, en Bini, Stefano; Castro Franco, Ana; Sempere Navarro, Antonio-Vicente, *Becas, contratos de trabajo formativos y en sector de Universidades e investigación*, 137-247.
- CCOO (2019), *Aprendices, becarias y trabajo precario. Una guía sobre prácticas en la empresa para representantes sindicales*; <https://bit.ly/409Ag6n>
- CCOO (2022), *Prácticas con derechos. Documento marco para la regulación de las prácticas no laborales*; <https://bit.ly/3QXAoD3>
- Confederación Europea de Sindicatos (2023), “Resolución sobre periodos de prácticas de calidad”; <https://shorturl.at/uCUY4>
- Cruz Villalón, Jesús (2023), “La trascendencia del Estatuto del Becario”, *ON Economía*; <https://bit.ly/3n9K17m>
- Gobierno de España (2020), *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*, 2020, 337-338; <https://bit.ly/41VdoJI>
- Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social (2019), *Plan de Choque por el Empleo Joven 2019-2021*; <https://bit.ly/41R27Kp>
- Navarro Nieto, Federico (2023), *Lecciones de Derecho del Trabajo*, vol. I.
- Requena Montes, Óscar (2023), “Estatuto de las Personas en formación práctica no laboral en el ámbito de la empresa: análisis del nonato “Estatuto del Becario”, *Net21*, 14, 1-11.

47. STS 22 de noviembre de 2005 (RJ 2005/10049): “disfrazar una relación laboral con el ropaje de una beca constituye una actuación en fraude de ley que lleva como consecuencia la nulidad del acto constitutivo del fraude y la producción de efectos del acto que se trata de encubrir”. Cfr. Artículo 6.4 CC: “Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”.

48. Se comparte el énfasis que el Parlamento pone en la “necesidad de proteger a los jóvenes de la realización de varios períodos de prácticas consecutivos mediante un control riguroso del uso de contratos dirigidos a permitir la transición entre la educación y el mercado laboral”; § 6 Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de junio de 2023, cit.

PSOE y Sumar (2023), *España Avanza. Una nueva coalición de Gobierno Progresista*; <https://shorturl.at/uQT14>

SEPE (2020), *Modalidades de prácticas no laborales y prácticas laborales*; <https://bit.ly/3MM8rOt>

GARANTIZANDO LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS MAYORES EN EL MUNDO LABORAL: UNA RESPUESTA A LA BRECHA DIGITAL

GUARANTEEING THE RIGHTS OF OLDER PEOPLE IN THE WORLD OF WORK: A RESPONSE TO THE DIGITAL GAP

José Iván Pérez López
Universidad de Málaga
Orcid: 0009-0005-0865-0125
joseivanperezlopez@gmail.com

RESUMEN: La denominada Cuarta Revolución Industrial ha traído consigo una disrupción tecnológica que ha afectado al Estado del Bienestar. Y, a pesar de sus beneficios, los rápidos avances que la caracterizan han dejado a algunos trabajadores incapaces de realizar tareas que requieren habilidades digitales. Por lo tanto, es crucial que las políticas públicas se enfoquen en la educación y formación de las personas trabajadoras para adaptarse a las demandas del nuevo mercado laboral. La brecha digital, especialmente en áreas STEM y competencias TIC, es evidente y afecta más a ciertos grupos, como el de las personas mayores y el de las mujeres. Esta brecha, resultado de la digitalización, necesita políticas específicas que aborden sus implicaciones sociales, especialmente en el ámbito laboral. A través del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia se han impulsado políticas para un mercado laboral dinámico, resiliente e inclusivo, modernizando las estrategias públicas para poder adaptarnos a la nueva y compleja realidad laboral, social y tecnológica. Dichas propuestas se centran en varios ejes que incluyen nuevos objetivos en políticas activas de empleo por parte de los Estados miembros, destacando la atención a la brecha digital. Desde una perspectiva jurídica, se analizará el contenido de estos programas para contribuir al esclarecimiento y encaje normativo, armonizando con los valores y principios de los Estados miembros y el ordenamiento jurídico español.

Recibido: 21/11/2023; Aceptado: 3/12/2023; Versión definitiva: 5/12/2023.

Copyright: © Editorial Universidad de Sevilla. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia de uso y distribución Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

e-ISSN: 2660-4884

Trabajo, Persona, Derecho, Mercado 7 (2023) 161-177
<https://dx.doi.org/10.12795/TPDM.2023.i7.06>

PALABRAS CLAVE: Brecha digital; personas mayores; discriminación; género; tecnología.

ABSTRACT: The so-called fourth industrial revolution has brought with it a technological disruption that has affected the Welfare State. And, despite its benefits, the rapid advances that characterize it have left some workers unable to perform tasks that require digital skills. Therefore, it is crucial that public policies focus on the education and training of workers to adapt to the demands of the new labor market. The digital divide, especially in STEM areas and ICT skills, is evident and affects certain groups more, such as older people and women. This gap, a result of digitalization, requires specific policies that address its social implications, especially in the workplace. Through the Recovery, Transformation and Resilience Plan, policies have been promoted for a dynamic, resilient and inclusive labor market, modernizing public strategies to adapt to the new and complex labor, social and technological reality. These proposals focus on several axes that include new objectives in active employment policies by the Member States, highlighting attention to the digital divide. From a legal perspective, the content of these programs will be analyzed to contribute to clarification and regulatory fit, harmonizing with the values and principles of the Member States and the Spanish legal system.

KEYWORDS: Digital divide; old people; discrimination; gender; technology.

ÍNDICE: 1. INTRODUCCIÓN. 2. CONTEXTO Y NORMATIVA SUPRANACIONAL APLICABLE. 2.1 Diagnóstico europeo sobre los derechos de los Trabajadores mayores. 3. BRECHA DIGITAL. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS. 4. LA RESPUESTA SUPRANACIONAL A LA BRECHA DIGITAL. 5. LA BRECHA DIGITAL EN ESPAÑA. 5.1. La brecha digital y el despido por incapacidad tecnológica: ¿escenario inconciliable? 6. CONCLUSIONES. 7. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

La protección de las personas trabajadoras mayores frente a la tecnología es un aspecto esencial en un mundo laboral en constante cambio. Con la expansión de la digitalización, es crucial implementar medidas que salvaguarden los derechos e integridad de este grupo poblacional. Las personas mayores a menudo enfrentan desafíos al adaptarse a las nuevas tecnologías en el entorno laboral, y la brecha digital, caracterizada por la falta de acceso o habilidades digitales, puede dejar a estas personas en una posición realmente vulnerable.

A medida que evoluciona la forma de desempeñar el trabajo, surgen nuevas necesidades relacionadas con la renovación competencial del trabajador en sintonía con

las nuevas características del mercado actual. Sin embargo, esta necesidad de adaptación no es igual para todos, ya que existen grupos específicos que requieren atención, intervención y apoyo de las instituciones públicas para garantizar el acceso equitativo al empleo y la igualdad de oportunidades.

Las políticas de protección de las personas mayores trabajadoras frente a la tecnología deben abordar aspectos como la formación específica, adaptada a sus niveles de experiencia, y la creación de entornos de trabajo tecnológicamente accesibles. Combatir las nuevas brechas digitales es un factor clave para las personas trabajadoras mayores que pueden tener dificultades para acceder a ciertos tipos de aprendizaje específico debido a la falta de herramientas básicas.

A pesar de la protección normativa general para estos trabajadores, es necesario especificar medidas concretas que ayuden efectivamente a su renovación y adaptación al nuevo mercado laboral. Este nuevo contexto global no debe permitir que los avances tecnológicos se conviertan en una causa de exclusión o discriminación para ningún trabajador, especialmente en cualquier Estado de Derecho.

2. CONTEXTO Y NORMATIVA SUPRANACIONAL APLICABLE

Los art. 3.3 y 145 del TUE establecen que la UE promoverá un desarrollo sostenible europeo basado en un crecimiento económico equilibrado y una economía social de mercado orientada al pleno empleo y al progreso social. También se propone el desarrollo de una estrategia coordinada para potenciar una fuerza laboral cualificada, formada y adaptable a los mercados laborales capaces de responder al cambio económico.

Partimos, por tanto, del Derecho Originario de la Unión, que reconoce, en resúmenes cuentas, la vinculación de los Estados miembros a las políticas supranacionales, así como la adaptación y aplicación de las mismas.

El art. 15.2 CDFUE reconoce que toda persona ciudadana tiene la libertad de buscar un empleo, de trabajar, de establecerse o de prestar servicios. El art. 14 CEDH reconoce, en términos generales, que no se pueden hacer distinciones por circunstancias personales o basadas en la condición social.

Por su parte, el Pilar Europeo sobre Derechos Sociales¹ consagra otros derechos y principios, entre los que destacan: el derecho a la igualdad de oportunidades y de acceso al mercado de trabajo; el principio de crecimiento sostenible; la promoción del progreso económico y social; la cohesión; la convergencia, etc. Sin embargo, se priva de esta protección a las personas desempleadas, lo que contradice los principios mencionados al confrontarlo con lo dispuesto en su Considerando 15, que establece que

1. Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión, 26 de abril de 2017 (DOUE núm. 113, 29 de abril de 2017); <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2017-80817>

los principios consagrados en el Pilar Europeo de Derechos Sociales conciernen a los ciudadanos de la Unión y a los nacionales de terceros países con residencia legal.

La Recomendación del Consejo² de 22 de mayo de 2018, sobre las competencias clave para el aprendizaje permanente establece el derecho de los ciudadanos a una educación, una formación y un aprendizaje inclusivos y de calidad, con el objetivo de mantener y adquirir habilidades que permitan una plena participación en la sociedad y una gestión exitosa de las transiciones en el mercado laboral.

El Informe PISA³ de la OCDE revela que existe un gran número de adolescentes y adultos con competencias digitales mínimas o insuficientes, y que un 44% de la población europea tiene competencias o conocimientos digitales escasos o prácticamente nulos. No se hace mención específica a las personas trabajadoras senior o mayores de 45 años.

En respuesta al nuevo paradigma tecnológico, se propone adaptar los derechos fundamentales europeos a la era digital, convirtiéndolos en derechos fundamentales digitales, tal como se establece en la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios digitales para la Década Digital⁴. Esta conversión legal transforma las protecciones abstractas previas en auténticos derechos subjetivos públicos, dotando al derecho de contenido sustantivo. La declaración establece una serie de condiciones de trabajo equitativas, justas, saludables y seguras, así como a una protección adecuada en el entorno digital y en el lugar de trabajo físico, con independencia de la situación laboral y de la modalidad o la duración del empleo. Por primera vez, se alude a la negociación colectiva, a los sindicatos y a la patronal, como actores relevantes en el proceso de transformación digital y laboral, incluyendo también el uso de herramientas digitales en el trabajo.

Este nuevo enfoque de la UE garantiza el pleno respeto a los nuevos derechos fundamentales: la protección de los datos, la no discriminación e igualdad de género, la protección de los consumidores y la neutralidad tecnológica.

2.1. Diagnóstico europeo sobre los derechos de los Trabajadores mayores

Pese al gran esfuerzo de concienciación sobre las nuevas formas de discriminación, superando las formas clásicas, las nuevas tecnologías pueden provocar una inaplicación o ineficacia de las mismas. El rápido cambio y sofisticación de las tecnologías, junto con la aparición de la inteligencia artificial, afectan gravemente a la seguridad jurídica y a la capacidad de previsión de respuesta efectiva de los Estados miembros,

2. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018H0604%2801%29>

3. <https://www.oecd.org/pisa/pisa-2015-results-in-focus-ESP.pdf>

4. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32023C0123\(01\)&qid=1684248405089](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32023C0123(01)&qid=1684248405089)

ya que su característica principal es la invisibilidad con la que opera, en una apariencia de neutralidad creada por la propia inteligencia artificial⁵. Las nuevas tecnologías suponen un nuevo factor de exclusión, sobre todo para los tradicionales grupos sociales alejados de las enseñanzas contemporáneas. Su rápida evolución consigue escapar del alcance de diversas normativas, vaciándolas de contenido protector.

Los primeros esbozos de este escenario normativo pretenden delimitar las líneas fundamentales desde las cuales se argumentarán las distintas facetas discriminatorias que sufren las personas trabajadoras mayores, en especial la brecha digital, cuya vulneración atenta contra las normas y principios más básicos y esenciales de la Unión europea, y como su elusión puede comprometer los valores de la Unión y de cualquier Estado de Derecho.

Las personas mayores acumulan diversos factores de discriminación no reconocidos expresamente en las normativas supranacionales, entre los que se incluyen: a) Edadismo laboral; b) analfabetismo digital o falta de habilidades digitales frente a los nativos digitales de la generación tecnológica; c) bajo nivel de educación; d) discapacidades y problemas físicos derivados de la edad avanzada; e) dificultad añadida de adaptación a la transformación tecnológica; f) exclusión del mercado laboral actual.

Dada la complejidad del asunto, se requiere la promulgación de una ley autónoma, separada y específica que regule la brecha digital, para abordar concretamente la cuestión, ya que su incidencia en tantos ámbitos, esferas y dimensiones tan heterogéneas difumina el camino normativo de protección a seguir. El contexto dinámico y mutante de los avances tecnológicos junto con la digitalización y la inteligencia artificial, supone añadir otro factor más, relacionado con la incertidumbre, pues la tecnología opera con guante blanco o de forma invisible, ya que su acción e incidencia se ejecuta desapercibida, en una apariencia de neutralidad automatizada. Tal y como afirman algunos autores, las nuevas tecnologías han actuado más como un factor de exclusión que de inclusión⁶. Según datos de la Unión, cerca del 90% del empleo europeo requiere competencias digitales básicas y, sin embargo, sólo el 58% de los ciudadanos europeos posee dichas competencias, por lo que se evidencia la eficacia relativa de las políticas supranacionales⁷. Por ello, la Unión Europea ha pisado el acelerador a diversos programas e iniciativas para dar efectividad a los derechos reconocidos, tales como La Agenda de Capacidades Europeas⁸, el Plan de Acción de Educación Digital⁹ y la Coalición por las Capacidades y Empleo Digitales¹⁰. Dichas

5. Pérez López 2023, 199.

6. Segarra, 2004.

7. Comisión Europea. Configurar el futuro digital de Europa. Capacidades digitales; <https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/policies/digital-skills>

8. <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1223&langId=en>

9. <https://education.ec.europa.eu/es/focus-topics/digital-education/action-plan>

10. <https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/policies/digital-skills-coalition>

instituciones pretenden, en definitiva, dar eficacia real a las exigencias detalladas en la citada declaración de Derechos Digitales, garantizando la dignidad humana, los derechos fundamentales, la no discriminación, el libre desarrollo de la personalidad y su orientación al bien común. Se constatan dos hechos relevantes: primero, que existe un desarrollo formalista de protección de las discriminaciones ya mencionadas y, segundo, una ausencia total de efectividad en la ejecución fáctica de aquellas, dejando inoperable cualquier acción de protección a favor de las personas mayores.

3. BRECHA DIGITAL. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS

La OCD define la brecha digital como aquella distancia existente entre individuos, áreas residenciales, áreas de negocios y geográficas en los distintos niveles socio-económicos, en relación con sus oportunidades para acceder a las TIC, como a su uso de internet para una amplia gama de actividades¹¹. En resumen, se distinguen tradicionalmente tres tipos de brechas: a) Brecha de acceso; b) brecha de uso o de conocimiento; y c) brecha de calidad o generacional.

La disparidad en las habilidades tecnológicas puede excluir a este grupo de importantes beneficios, como la comunicación virtual, el acceso a servicios en línea y la participación en actividades sociales digitales. Las barreras que contribuyen a la brecha digital en personas mayores incluyen la falta de familiaridad con dispositivos electrónicos, la reticencia al cambio y la percepción de la tecnología como algo intimidante. Superar esta brecha requiere estrategias específicas, como programas de capacitación adaptados a sus necesidades, la promoción de la accesibilidad en interfaces digitales y la creación de comunidades de apoyo.

Desde la Unión europea, se percibe un gran obstáculo para el desarrollo profesional efectivo de las personas mayores si no encuentran medios ni herramientas para satisfacer el conjunto de derechos que están a disposición de las personas trabajadoras nativos digitales, es decir, aquellos que saben desenvolverse de forma solvente en áreas relacionadas con las competencias digitales.

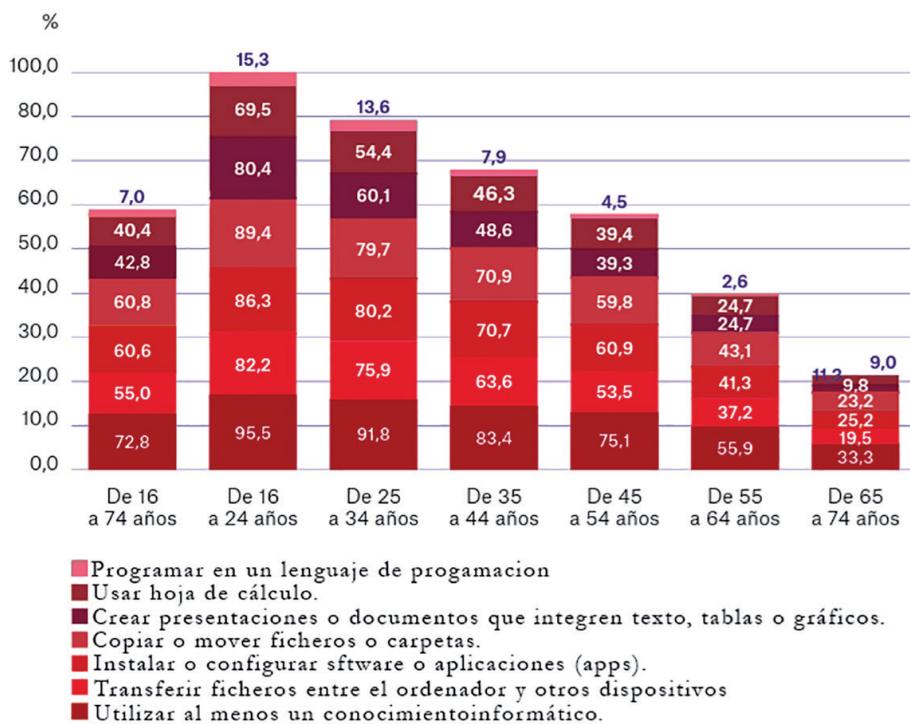
Un Estudio¹² evidencia el descenso de las dos primeras brechas, de acceso y uso, pero continúan siendo elevadas en términos generales (Fig. 1).

Los datos revelan una conclusión general sobre las tres brechas digitales identificadas. Casi la mitad de las personas mayores no utilizaban Internet, aunque se observa una evolución positiva de los datos, debido principalmente a la incidencia de la falta de competencias digitales básicas femeninas.

11. OCDE 2021.

12. <http://envejecimiento.csic.es/documentos/documentos/enred-indicadoresbasicos2019.pdf>

Figura 1



Fuente: CSIC, Envejecimiento en red (2019).

Dentro de la tercera brecha, la denominada generacional, el factor determinante es la edad. La edad es el hecho originador del tercer tipo de brecha, la cual se ha definido por algunas autoras como la distancia que separa a los nativos digitales de los inmigrantes digitales¹³. Estas brechas no poseen un carácter estático, inalterado o concreto, sino dinámico, mutante y abstracto. Afectan a distintos ámbitos de la vida cotidiana, no solo laborales, como el pago electrónico, el servicio de posventa, el stock de las tiendas o el uso de anglicismos. La generalidad de ámbitos y dimensiones afectados por la brecha digital nos lleva a pensar que sea un concepto jurídico indeterminado. Esto implica un ejercicio de delimitación, aplicación e interpretación de la normativa por parte de los tribunales. Este problema de concreción jurisdiccional requiere para el reconocimiento de dicha discriminación dos cosas, primero, una situación fáctica discriminatoria provocada por la brecha digital y, en segundo lugar, un procedimiento iniciado por el perjudicado (en este caso, la persona mayor). Además, el tribunal debe reconocer la discriminación por la brecha digital y su nex

13. Martín Romero 2020, 81.

causal. Por ejemplificar esta reflexión jurídica, fijémonos en la brecha digital generacional presente en los instrumentos telemáticos de pago. La Directiva Europea sobre servicios de pago¹⁴ no preveía nada respecto a discriminaciones por estas cuestiones. Se siguieron impulsando medidas para fomentar este tipo de pago telemático sin tener en cuenta la brecha generacional existente. El BCE publicó un Estudio¹⁵ que afirmaba que todavía el dinero en efectivo sigue siendo el instrumento de pago más utilizado, ignorando que, por ejemplo, en España, el porcentaje de personas mayores que utilizan esta forma de pago¹⁶ es muy alto (71%), frente al de las personas jóvenes (43%), y un nulo uso de dispositivos electrónicos, digitales tecnológicos o similares, tal y como se evidencia en la tabla 1:

Tabla 1.

	Dinero efectivo	Tarjetas	Dispositivos móviles	Plataformas internet	Transferencias
Hombres 35-44 años	68%	28%	17%	-	-
Mujeres 35-44 años	60%	38%	16%	-	-
Hombres 45-54 años	70%	35%	2%	2%	-
Mujeres 45-54 años	70%	30%	3%	3%	-

Fuente: Informe ejecutivo Ipsos¹⁷

Este indicio denota falta de desarrollo normativo específico para erradicar esta forma particular de discriminación asociada a la naturaleza conceptual tan amplia y abstracta de la brecha digital. Esto dificulta la efectividad de los distintos instrumentos normativos mencionados. Habiendo abordado sólo una de las múltiples formas de discriminación de la brecha generacional, urge la necesidad de desarrollar normativas concretas que reconozcan expresamente el derecho a no ser discriminado por la brecha digital, en cualquiera de sus modalidades o ámbitos clásicos (de acceso, de uso y generacional). Si se continúa con una protección de contenido abstracto recurriendo por analogía a figuras protectoras como la prohibición de discriminación

14. Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, sobre Servicios de pago en el Mercado interior (DOUE, núm. 337, de 23 de diciembre de 2015).

15. BCE 2021. Dicho estudio refiere que, en 2021, el número total de operaciones de pago efectuadas con instrumentos distintos del efectivo en la zona del euro, que incluyen todos los tipos de servicios de pago, se incrementó un 12,5 % en comparación con el año anterior y fue de 114.200 millones de operaciones, y el importe total aumentó un 18,6 % hasta situarse en 197 billones de euros. Los pagos con tarjeta representaron el 49 % del total de operaciones, mientras que las transferencias supusieron el 22 % y los adeudos directos el 20 %.

16. IPSOS 2022.

17. IPSOS 2022.

frente “a cualquier otra condición o circunstancia”, surgirán problemas de adecuación normativa al supuesto de hecho. Existirán situaciones discriminatorias que pueden deberse a una brecha digital y, sin embargo, no encajarán normativamente¹⁸, ya que la última decisión para reconocer una discriminación de este tipo la tiene el juez en el uso de su potestad jurisdiccional. Recordemos que gran parte de esta nueva normativa promulgada en materia de derechos digitales no ha generado jurisprudencia por parte de los tribunales supranacionales debido a su reciente creación y promulgación legal.

4. LA RESPUESTA SUPRANACIONAL A LA BRECHA DIGITAL

Según datos de un estudio realizado por la Agencia de Derechos Fundamentales¹⁹, existe una brecha intergeneracional que se incrementa progresivamente con la edad²⁰. Este Estudio complementa al anterior Estudio PISA y arroja los siguientes datos:

- a) Uno de cada cinco ciudadanos europeos mayores de 75 años utiliza Internet de forma esporádica, mientras que el 98% de jóvenes entre 16 y 29 años lo utiliza de manera diaria;
- b) existe una brecha digital significativa entre los ciudadanos de edad avanzada a la hora de acceder a servicios telemáticos o en línea; y
- c) se observa una notable falta de acceso de las personas mayores a los servicios *on line*, lo cual está directamente relacionado con la falta de competencias digitales suficientes para acceder a dichos servicios en línea.

La Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo sobre la brecha digital²¹ reconoce que el indicador de competencias digitales de la Unión se sitúa en un 56%, un 24% menos de porcentaje que se esperaba alcanzar para 2021²². Por lo tanto, se reconoce la dificultad para reducir las brechas en las capacidades digitales y se advierte sobre el peligro de dicha brecha y su impacto en diversas esferas vitales para las personas.

Además, se reconoce la falta de políticas supranacionales suficientes para concienciar a los proveedores de servicios esenciales, que ofrecen sus productos o servicios a clientes con smartphones y a través de aplicaciones informáticas, pero no proporcionan una alternativa tradicional de asistencia, limitándose a teléfonos de

18. Lahera Forteza, Gómez Sánchez 2023.

19. Agencia Europea de Derechos Fundamentales 2020.

20. Consejo 2023.

21. Parlamento 2022.

22. Comisión 2021.

información automatizada gestionados por aplicaciones informáticas e inteligencias artificiales.

Urge la necesidad de implementar políticas supranacionales que aborden la cuestión de mitigar, reducir o canalizar el impacto de las soluciones tecnológicas sobre los derechos de las personas, para que el progreso no se traduzca en una nueva forma de discriminación. Tal y como explicamos en el epígrafe anterior, es necesario crear un desarrollo literal, expreso y explícito que reconozca dicha forma de discriminación, de lo contrario, la brecha digital seguirá relegada a un segundo plano, dentro de un cajón de sastre.

5. LA BRECHA DIGITAL EN ESPAÑA

La Revolución Tecnológica experimentó un repentino acelerón como consecuencia de la irrupción de la pandemia. Un gran número de países de la UE afrontaron el reto de aplicar diversas modalidades de trabajo, cuyo principal protagonista fue la implantación del teletrabajo y trabajo a distancia bajo la Ley 10/2021, de 9 de julio de trabajo a distancia²³.

Dicha ley, tal y como dispone, pretendía frenar la expansión de la pandemia y aplicar las necesarias medidas de contención a fin de canalizar su impacto económico y social sobre la actividad y el empleo.

La Sala de lo social del TSJ de Madrid²⁴ conceptualizó dichas modalidades como un reflejo de la influencia de las nuevas tecnologías que mejoran la calidad de vida de nuestra sociedad y permiten otras formas de relacionarse que deben ser reguladas y amparadas por la legislación vigente. La influencia de la transformación tecnológica impregnó y cambió las formas tradicionales de la prestación laboral.

Otro factor unido a lo anterior vino representado por la crisis sanitaria y la urgente acción de respuesta por parte de los Gobiernos, respecto de la continuidad de algunos trabajos mediante medidas de distancia de seguridad, equipos de protección, limitación y reducción de la jornada entre otras medidas²⁵.

Estos factores han dado lugar a respuestas políticas contundentes respecto al empleo. No obstante, su urgente promulgación ha erosionado ciertos derechos laborales muy asentados en sectores específicos. Hacemos referencia a la gran ausencia de garantías efectivas de los derechos de las personas trabajadoras mayores en cuanto a la negociación colectiva y las políticas públicas de empleo.

La Ley 3/2023 de empleo, ha introducido en el art. 13.3 el Plan Anual para el Fomento del Empleo Digno, cuyos objetivos se encuentran articulados en seis ejes,

23. BOE, núm. 164, de 10 de julio de 2021.

24. Sentencia núm. 469/1999, de 30 septiembre de 1999 (AS 1999\3321).

25. Vila Tierno 2021, 265.

destacando el eje dos, relativo a la formación de los trabajadores, reconociendo actuaciones de formación en el trabajo, dirigidas al aprendizaje, formación, recualificación o reciclaje profesional y de formación en alternancia con la actividad laboral, incluidos los programas públicos de empleo y formación, que permitan al beneficiario adquirir competencias o mejorar su experiencia profesional, para mejorar su cualificación y facilitar su inserción laboral, teniendo en cuenta la brecha digital existente y garantizando la atención presencial a la población que la padece.

La principal novedad positiva de este precepto estriba en el reconocimiento expreso de la brecha digital y en la protección de las personas mayores de 45 años. Bajo esta Ley, la citada 3/2023 de Empleo, las personas mayores de 45 años ostentan la condición de colectivo vulnerable de atención prioritaria, en consonancia con las Estrategias de apoyo activo al empleo 2021-2024²⁶.

En el art. 56.g) se reconocen una serie de garantías a las personas demandantes de empleo en relación con la brecha digital, resultando en un canal de recepción de determinados servicios de orientación y atención presenciales.

De esta forma, el legislador concede a los usuarios una alternativa presencial o digital en la forma de relacionarse con la Administración Pública. Ahora bien, tal y como se deduce de la normativa, el enfoque protector parte de una brecha digital urbana o de ciudad, pues toma en consideración parámetros generales, sin hacer mención expresa de las particularidades añadidas que supone la brecha digital en personas mayores que vivan o trabajen en zonas rurales. Sucinta mención al respecto encontramos en el art.53.3 *in fine*, el cual reconoce la promoción de un empleo de calidad, contratación indefinida, salarios dignos y el derecho a la movilidad geográfica en zonas rurales despobladas o en riesgo de despoblación. No hace mención expresa respecto a la brecha digital rural, máxime cuando dichas zonas son las que más sufren la llamada pobreza tecnológica.

Algunos autores refieren que, en el ámbito rural, nos encontramos ante una triple exclusión: una brecha digital cualificada, pues existen mayor dificultad de acceso a las TIC; una brecha territorial derivada de la pobreza tecnológica rural y la menor disponibilidad de medios digitales en comparación con el ámbito urbano y, por último, una brecha socioeconómica, derivada de la falta de medios generales, infraestructuras, etc., característicos de lo rural²⁷.

26. RD 1069/2021, de 4 de diciembre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024 (BOE, núm. 292, de 7 de diciembre de 2021). Dicha Estrategia reconoce el impacto de la digitalización sobre los procesos y las ocupaciones que requiere un esfuerzo continuado de formación, recualificación y reducción de la brecha digital entre las personas. Reconoce la nueva realidad derivada de la crisis y la digitalización, imponiendo nuevas acciones políticas, entre las que destacamos, la protección de las personas con discapacidad, las personas jóvenes y personas mayores de 55 años.

27. Álvarez Álvarez, García Prieto 2021, 401.

Según un Estudio, en 2021 más del 20% de la población rural no tenía acceso a internet como consecuencia de la falta de infraestructuras de telecomunicaciones²⁸.

Dicha carencia de medios por parte de las empresas multinacionales estaría infringiendo lo dispuesto en los arts. 24 y 25 Ley 9/2014 General de Telecomunicaciones, pues en dicha normativa se obliga a las empresas operadoras de este servicio público a garantizar la prestación a todos los usuarios finales con independencia de su localización geográfica, con una calidad determinada y a un precio asequible. Tanto es así que la DA 16ª Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones vuelve a incidir en dicho aspecto, reconociendo y garantizando de forma expresa, la superación de las brechas digitales y garantizar el acceso a internet de los colectivos vulnerables o con necesidades especiales y económicamente desfavorecidos. Para ello la ley instará a las CCAA a la creación de un Plan de acceso a internet para impulsar los derechos digitales. Con la entrada de esta Ley, las empresas de telecomunicaciones operadoras del servicio público de telecomunicaciones podrán ser sancionadas por no favorecer la reducción de la brecha digital, salvando los problemas de tipicidad propios del Derecho Sancionador administrativo, a fin de disuadir a las empresas de incurrir en infracciones de este tipo.

La razón de ser de esta concreción deriva de la influencia de las políticas supranacionales provenientes del Plan de Recuperación, Transformación y resiliencia en la Carta de Derechos Digitales, en especial la brecha digital en mayores, en concreto a la brecha territorial y aquellas otras brechas de acceso atendiendo a posibles sesgos discriminatorios basados en las diferencias existentes por franjas de edad. Desde 2021 se ha superado la falta de especificidad y concreción respecto a la brecha digital, materializándola y llenándola de contenido concreto de protección, salvando las lagunas normativas adaptándose a la realidad.

5.1. La brecha digital y el despido por incapacidad tecnológica: ¿Escenario inconciliable?

El Convenio 158 OIT reconoce la gravedad generalizada que las dificultades económicas y cambios tecnológicos sobrevenidos que durante los últimos años sufre el Derecho Laboral. No obstante, sus arts. 13 y 14 no prohíben la existencia de cláusulas que reconozcan al empleador la terminación de la relación laboral por razones tecnológicas en concordancia con el artículo 52. a) y b) ET. Ello no es novedoso, pues ya se reconocían garantías de obligado cumplimiento para los empleadores relacionadas con la igualdad de oportunidades respecto a las personas trabajadoras mayores, entorno a la disposición de los medios de formación profesional, en particular

28. Euronas 2021. Cómo la España vaciada llena su tiempo en internet. 2021. Documento disponible en: chrome-extension://efaidnbmninnbpcjpcglclefindmkaj/https://www.euronas.es/sobre_nosotros/wp-content/uploads/2021/11/Presentacion-Ejecutiva_Informe-consumo-Internet-Rural-Euronas.pdf

los de perfeccionamiento y actualización de la formación²⁹. En la actualidad continúa siendo así, y, sin que sea ninguna sorpresa, el art. 9 Ley 15/2021 Integral para la igualdad de trato y no discriminación proscribire la discriminación laboral pero sin precisar demasiado. No obstante, resulta difícil conciliar la potestad empresarial para extinguir la relación laboral por determinadas razones (*V. gr.*: art. 49.1, apdos. b y l).

La razón de ser detrás de este tipo de despidos no es más que la expulsión de aquellos trabajadores prescindibles a fin de emplear personas que requieran un menor coste de inversión o aprovechamiento de los mismos bajo una precariedad que los más mayores no estarían dispuestos a asumir³⁰. Es palpable el choque entre las Políticas tuitivas laborales y la autonomía de la voluntad, difuminando el límite entre ellas.

Esta colisión entre el poder del empleador, la autonomía de la voluntad y la normativa aplicable respecto a la brecha digital, debe resolverse mediante una estricta ponderación de los intereses en juego. El TS³¹ no considera discriminatorio despedir a un trabajador que se encuentra en una edad cercana a la jubilación ya que, en palabras del propio Tribunal, resulta razonable y proporcionado que contemple una menor indemnización para quienes ya han cumplido la edad de 60 años, teniendo en cuenta que se encuentran muy próximos al acceso a la pensión de jubilación, situándose a las puertas de la misma con la percepción de prestaciones de desempleo (...).

Dicha conclusión bebe de la doctrina del TC, en sentencia número 66/2015, de 23 de abril. La doctrina que emana viene a decir que la edad como factor de discriminación trata de una de las condiciones o circunstancias incluidas en la fórmula abierta con la que se cierra la regla de prohibición de discriminación establecida en el art. 14 CE, con la consecuencia de someter su utilización como factor de diferenciación al canon de constitucionalidad más estricto, en aplicación del cual se ha llegado a soluciones diversas, en correspondencia con la heterogeneidad de los supuestos enjuiciados, tanto en procesos de amparo constitucional como de control de normas con rango de ley. Esta interpretación del Tribunal choca de lleno con lo previsto respecto en el art. 10.2 CE, en consunción con el tenor del art. 21.1 CDFE, que prohíbe expresamente toda discriminación por razón de la edad; referencia expresa que ha llevado al TJUE a reafirmar el carácter de “principio general del Derecho de la Unión” que alcanza esta concreta prohibición³².

Sin embargo y, para más inri, lo controvertido de dicha sentencia se reduce a términos cuantitativos relacionados con la cuantía de la indemnización, compensaciones

29. Recomendación sobre los trabajadores de edad, 1980 (núm. 162). Art. 5.b).ii). https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R162

30. López Insua 2018, 90.

31. Sentencia núm. 62/2023, de 24 de enero de 2023, Rec. núm. 2785/2012.

32. Sentencia de la Gran Sala de 19 de enero de 2010, Asunto C-555/07 *Kücükdeveci c. Swedex GmbH*, FJ 21.

complementarias, sin ahondar más respecto de otras implicaciones legales en tanto al tema que nos ocupa³³. También discrimina a las personas trabajadoras para acceder a la jubilación demorada. La expulsión del mercado laboral a los trabajadores senior conlleva una doble discriminación, por un lado, el impacto del desempleado en el nuevo contexto tecnológico propio de la nueva realidad laboral, la subsiguiente exclusión laboral y, por otro, los estereotipos/factores propios de las personas trabajadoras mayores de 55 años como, la incompetencia tecnológica, mayor dificultad de adaptación, falta de energía, conocimientos obsoletos o desfasados etc. La nueva realidad exige gestionar la cuestión de la “mayor edad” de una forma efectiva³⁴. Es más, según un Estudio³⁵ el 62% de los desempleados mayores de 55 años son de larga duración y el 75% considera que no volverá a conseguir trabajo.

En definitiva, la promulgación de la Ley 15/2021 Integral para la igualdad de trato y no discriminación provocará la nulidad del despido basado en incapacidades tecnológicas, debido a su imbricación con los art. 14 y 9.2 CE o, de forma subsidiaria, la improcedencia.

La dificultad sustantiva de encontrar empleo es mucho mayor, lo que conlleva un grave perjuicio para su futura jubilación, al prolongarse durante un largo periodo su situación como desempleado³⁶ incidiendo negativamente en la cuantía de su pensión, vulnerando otros bienes constitucionalmente protegidos, aparte de los mencionados, como la dignidad de la persona, el derecho al trabajo y la garantía de prestaciones de jubilación suficientes (arts. 10.1, 35.1 y 41.1 CE).

Toda esta fundamentación también hunde sus raíces en las nuevas formas de políticas públicas contenidas en la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, pues la no discriminación por razón de edad pretende erigirse como principio rector, garantizando los principios de igualdad y no discriminación en el acceso y consolidación del empleo y desarrollo profesional por motivo de edad, sexo, discapacidad, salud, orientación sexual, identidad de género, expresión de género, características sexuales, nacionalidad, origen racial o étnico, religión o creencias, opinión política, afiliación sindical, así como por razón de lengua, dentro del Estado español o cualquier otra condición o circunstancia personal, familiar o social favoreciendo de esta manera la cohesión social. Tales principios regirán, en particular, el diseño y ejecución de las políticas de empleo, la garantía y cumplimiento de los servicios garantizados y compromisos reconocidos en esta ley, así como el acceso a los servicios de empleo, básicos y complementarios, y otros programas o actuaciones orientados a la inserción, permanencia o progresión en el mercado de trabajo.

33. Romero Burillo 2023, 14.

34. Esteban Legarreta, Gala Durán 2016.

35. Adecco 2020.

36. Vila Tierno 2023, 9.

La dimensión laboral impregna otros ámbitos sociales, políticos y culturales, de ahí que no se agote sobre un derecho individual al trabajo de las personas mayores, sino que implica la base de unas políticas activas de empleo orientadas a la prolongación de la vida activa³⁷, objetivo clave de la UE y actor principal de acción en favor de la sostenibilidad del sistema de pensiones estatal. La falta de adaptación a las innovaciones tecnológicas sólo quedaría justificada, si la conducta del trabajador es a propósito, es decir, si existe conciencia y voluntad del trabajador de negarse a la adaptación, en cuyo caso la extinción de contrato iría por los cauces del despido disciplinario *ex art. 54.2, b) y e) ET*. De lo contrario, no existe base jurídica legal para justificar un despido por la transformación tecnológica del puesto de trabajo al vulnerar el art. 55.5 ET.

6. CONCLUSIONES

La introducción de nuevos derechos digitales requiere una adecuada integración con las diversas normativas que protegen y garantizan los derechos clásicos reconocidos, para evitar vaciarlos en términos de aplicabilidad y efectividad operativa. Los principios dogmáticos logrados durante el siglo XX necesitan una reformulación, ampliación y concreción adecuadas para responder a los nuevos requerimientos y necesidades sociales. Se han puesto de manifiesto los problemas de seguridad jurídica inherentes al nuevo contexto europeo del mercado digital. A nivel supranacional, la complejidad de la brecha digital entrelaza las principales competencias exclusivas de la Unión, las compartidas y las de apoyo.

El carácter dinámico y cambiante de la brecha y su impacto en materias como la política monetaria y comercial, el mercado interior, la política social y el mercado laboral, confunden las competencias puramente legislativas y vinculantes con otras de apoyo o coordinación. Por lo tanto, la brecha digital exige la creación de una normativa expresa, autónoma y vinculante que aclare esta erosión a la seguridad jurídica y a los límites de la UE y de los Estados miembros.

La jubilación demorada representa otra nueva institución restringida para aquellos que no logren adaptarse al nuevo contexto tecnológico y digital. Tal discriminación deviene de la imposibilidad para ciertos trabajadores de demorar su jubilación debido a la falta de competencias específicas en determinados sectores, lo que incide en la igualdad de oportunidades para acceder a dicha compensación económica y, en términos de políticas públicas, en la sostenibilidad del sistema de pensiones español. En este sentido, se requieren políticas armonizadas y concretas que atiendan separada a este colectivo, pues lo contrario violaría derechos fundamentales básicos para

37. Monereo Pérez, 2019, pág. 734.

las personas mayores que pretendan seguir trabajando. Es necesario desarrollar normativamente un conjunto de medidas específicas que impidan que los avances tecnológicos se conviertan en un motivo de discriminación.

7. BIBLIOGRAFÍA

- Adecco (2020), “Tu edad es un tesoro: mayores de 55 en el mundo laboral”, Madrid; <https://fundacionadecco.org/informes-y-estudios/informe-tu-edad-es-un-tesoro/>
- Agencia Europea de Derechos Fundamentales (2020), “What do rights mean for people in the EU? Fundamental Rights Survey”; https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2020-fundamental-rights-survey-human-rights_en.pdf
- Álvarez Álvarez, Carmen; García Prieto, Francisco Javier (2021), “Brecha digital y nuevas formas académicas en la Escuela Rural española durante el confinamiento”, *Educación*, vol. 57-2, 397-411.
- BCE (2021), “Estadísticas sobre pagos no efectuados en efectivo”; https://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/ComunicadosBCE/NotasInformativasBCE/22/presbce2022_95.pdf
- Comisión (2021), Índice de la Economía y la Sociedad Digitales; <https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/library/digital-economy-and-society-index-desi-2021>
- Consejo (2023), *Conclusiones del Consejo de la Unión Europea sobre la digitalización y los derechos de las personas mayores*; <https://caumas.org/revista/conclusiones-del-consejo-de-la-ue-sobre-la-digitalizacion-y-los-derechos-de-las-personas-mayores/>
- Esteban Legarreta, Ricardo; Gala Durán, Carolina (2016), “El retroceso en la protección social de los trabajadores de edad en materia de desempleo y jubilación”, *Anuario IET de trabajo y relaciones laborales*, 3.
- Eurona (2021), *Cómo la España vaciada llena su tiempo en internet*; https://www.eurona.es/sobre_nosotros/wp-content/uploads/2021/11/Presentacion_Ejecutiva_Informe-consumo-Internet-Rural-Eurona.pdf
- Gómez Salado, Miguel Ángel (2023), “Trabajo decente: el reto de crear nuevos empleos decentes y de ofrecer oportunidades de educación y formación para todas las personas”, *Laborum*.
- IPSOS (2022), *Estudio sobre hábitos en el uso del Efectivo*; https://www.bde.es/f/webbde/INF/MenuVertical/BilletesYMonedas/Estudios_e_informes/Estudio_sobre_habitos_efectivo/InformeEjecutivo_Estudio_habitos_uso_efectivo_VF_CE.pdf
- Lahera Forteza, Jesús; Gómez Sánchez, Valeriano (2023), “Regulación laboral en España de las plataformas digitales: presente y futuro”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, 7, 36-55.

- López Insua, Belén del Mar (2018), “La protección frente al despido de los trabajadores mayores como elemento para la sostenibilidad de las pensiones”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. 3-1, 74-108.
- Martín Romero, Ana María (2020), “La brecha digital generacional”, *Temas laborales*, 151, 77-92.
- Monereo Pérez, José Luis (2019), Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: la protección garantista multinivel.
- OCDE (2021), *Understanding the Digital Divide (Entender la brecha digital)*, <https://www.oecd.org/digital/ieconomy/1888451.pdf>
- Parlamento (2022), Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo sobre la brecha digital: diferencias sociales como consecuencia de la digitalización; https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-9-2022-0550_ES.html
- Pérez López, José Iván (2023), “Inteligencia artificial y contratación laboral”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, 7, 186-205.
- Romero Burillo, Ana María (2023), “¿Es discriminatorio acordar una indemnización por despido inferior para personas trabajadoras mayores de 60 años? A propósito de la STS de 24 de enero de 2023”, *Revista de Derecho Laboral*, 8, 146-152.
- Segarra, David (2004), “Las nuevas tecnologías, ¿nuevo factor de exclusión social?” *Cuenta y Razón*, 135.
- Vila Tierno, Francisco (2021), “Fin del Estado de Alarma y nuevas realidades laborales: una especial atención a los mayores”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, 2, 262-272.
- Vila Tierno, Francisco (2023), “Realidad social, transformación digital y colectivo de mayores”; <https://www.riuma.uma.es/xmlui/bitstream/handle/10630/26522/Formacio%cc%81n%20y%20mayores%20ROMA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

TRABAJO, PERSONA, DERECHO, MERCADO

Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social



ANÁLISIS DOCTRINA JUDICIAL Y CONSTITUCIONAL

LA PENSIÓN DE VIUEDAD DE LAS PAREJAS DE HECHO EN
LA RECIENTE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL: ¿ES NECESARIA
LA INSCRIPCIÓN DE LAS UNIONES *MORE UXORIO*?

THE WIDOW'S PENSION OF THE FACTO UNIONS IN THE
RECENT JURISPRUDENTIAL DOCTRINE: IS THE REGISTRATION
OF THE *MORE UXORIO* COUPLES NECESSARY?

Elisa Muñoz Catalán
Universidad Internacional de la Rioja
Orcid: 0000-0001-6596-4562
elisa.munoz@unir.net

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA NECESARIA INSCRIPCIÓN DE LAS PAREJAS DE HECHO EN LA STS 608/2020, DE 28 DE MAYO. 2.1. Hechos en que consiste el caso. 2.2. Pretensiones de las partes. 2.3. Contexto jurídico, problema principal y relevancia de la sentencia. 2.4. Fallo del tribunal y resolución del problema jurídico. 3. CONCLUSIONES. 4. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Con la elaboración del presente análisis jurisprudencial pretendemos dar una respuesta jurídica lo más uniforme posible a la pregunta de si, en todo caso, resulta necesaria la inscripción de las parejas hecho de para poder percibir una pensión de viudedad o, por el contrario, existen otros elementos probatorios de tal unión¹. A tal efecto vamos a examinar la STS 608/2020, de 28 de mayo de 2020, de la Sala de lo

1. El trabajo que presentamos a continuación se enmarca dentro del Proyecto de Investigación I+D. Proyectos de generación de conocimiento 2022: “La huida del mercado de trabajo y la legislación

Recibido: 19/10/2023; Aceptado: 23/10/2023; Versión definitiva: 30/10/2023.

Copyright: © Editorial Universidad de Sevilla. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia de uso y distribución Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

Contencioso-Administrativo, por considerarse como la primera sentencia que expresamente ha fijado la doctrina de exigir a las parejas de hecho un certificado de su unión ante el registro municipal o el registro autonómico².

En dicha resolución judicial, el TS indica textualmente que la prueba de la existencia de una pareja de hecho en nuestro ordenamiento jurídico español solamente puede acreditarse fehacientemente mediante la mencionada inscripción en un registro específico autonómico o municipal del lugar de residencia o mediante un documento público y, que ambos, deben ser anteriores al menos en dos años al fallecimiento del causante. Y así se deja al margen otro tipo de elementos probatorios que, aun cuando sí reflejan la existencia de una unión *more uxorio*, tales como: convivencia continuada, abono de facturas o gastos como unidad familiar, viajes realizados conjuntamente, asistencia a médicos, testigos de dicha relación, tarjetas de crédito o débito, cuentas bancarias, seguros o vehículos en común, etc.-, lo cierto es que no son decisivos para constatar jurídicamente tal pareja ni tener derecho al cobro de la pensión de viudedad.

Y todo ello a pesar que la parte recurrida en la STS 608/2020, M^a Dolores —quien tras el fallecimiento de D. Everardo, con quien afirmaba había mantenido una relación estable de pareja de hecho durante más de diez años avalada por numerosos testigos—, al denegársele la pensión de viudedad, invocó expresamente que la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña³ y, a diferencia de otras CCAA, sí admitía que para reconocer la existencia de una unión de hecho: 1º Basaba demostrar una relación de al menos dos años de convivencia ininterrumpida; 2º y acreditarlo a través de cualquier medio de prueba admitido en Derecho, incluida la prueba testifical.

En este punto, cabe destacar que la redacción actual del art. 38 de la Ley de Clases Pasivas del Estado demanda de forma manifiesta el requisito de la inscripción en el registro de parejas de hecho para poder cobrar la pensión de viudedad⁴. Y que, teniendo presente que la sentencia que vamos a detallar es del año 2020, nosotros consideramos que puede resultar importante incidir en que muy recientemente dicho precepto ha sido reformado por la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos

social en España (TRABEXIT)” (PID 2002- 141201ob-100), cuyos Investigadores Principales son los Profs. Drs. Miguel Rodríguez-Piñero Royo y María Luisa Pérez Guerrero.

2. Siguiendo dicha doctrina, vid. entre otras sentencias posteriores que también han precisado el requisito de la inscripción para cobrar la pensión de viudedad: SSTSJ Navarra 166/2021, 23 de junio de 2021; Andalucía 1613/2021, 28 de junio de 2021; Madrid 722/2021, 8 de septiembre de 2021; Madrid 113/2022, 11 de febrero de 2022.

3. Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (BOE, nº 203, de 21/08/2010).

4. Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado (BOE, nº 126, de 27/05/1987).

Generales del Estado para el año 2023⁵, que modifica los apartados 4 y 5 y añade el 6, quedando desde el 1 de enero de 2023 dicha cuestión, tal y como a continuación textualmente se detalla:

- a) Tendrán derecho a la mencionada pensión de viudedad con carácter vitalicio: Aquellas personas que se encuentren unidas al causante como pareja de hecho (en el momento de su fallecimiento), y cumplan los demás requisitos legales. Aclarando que el derecho a pensión de viudedad se extinguirá cuando el beneficiario contraiga matrimonio o constituya una nueva pareja de hecho;
- b) la existencia de pareja de hecho se acreditará: Mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las CCAA o Ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja;
- c) tanto la inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años, con respecto a la fecha del fallecimiento del causante. Ahora bien, dicho precepto matiza abiertamente que

cuando la pareja de hecho superviviente no pueda acceder al derecho a pensión de viudedad por no acreditar que su inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o Ayuntamientos del lugar de residencia o su constitución mediante documento público se han producido con una antelación mínima de dos años respecto de la fecha del fallecimiento del causante, pero concurren el resto de requisitos legales, tendrá derecho a la prestación temporal regulada en el párrafo tercero del apartado 1 de este artículo;

- d) en el caso de que la pareja de hecho se extinga por voluntad de uno o ambos convivientes: El posterior fallecimiento de uno de ellos solo dará derecho a pensión de viudedad con carácter vitalicio al superviviente cuando, además de concurrir los demás requisitos legales, no haya contraído matrimonio ni constituido una nueva pareja de hecho en los términos indicados en el apartado anterior;
- e) a esto último se añade que la persona superviviente debe ser acreedora de una pensión compensatoria y que ésta se extinga con motivo de la muerte del causante: La pensión compensatoria deberá estar determinada judicialmente -o por convenio o pacto regulador entre los miembros de la pareja otorgado

5. Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023 (BOE, nº 308, de 24/12/2022). Sobre este particular, cabe recordar que el art. 149.1.17ª CE atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de régimen económico de la Seguridad Social y, en este sentido, también recientemente se ha aprobado el RD 1058/2022, de 27 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones (BOE, nº 311, de 28/12/2022).

en documento público-, siempre que para fijar el importe se tenga presente la concurrencia en el perceptor de las mismas circunstancias recogidas en el art. 97 CC;

- f) finalmente, se incluye una referencia a las mujeres que, aun no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctimas de violencia de género -en el momento de la extinción de la pareja de hecho mediante sentencia firme o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento-, confirmándose que tendrán derecho a la pensión de viudedad.

A lo anterior se añade que, muy recientemente, la STS 372/2022, de 24 de marzo de 2022, ha venido a rectificar la STS 480/2021, de 7 de abril de 2021, pues esta última obvió la exigencia del requisito de la inscripción de las parejas de hecho a la hora de poder percibir la pensión de viudedad —dando así un paso atrás—, para confirmar que aquella resolución fue una excepción y, por ende, se debe volver a la doctrina ya sentada en la importante STS 608/2020 y requerir hoy, en todo caso, el requisito de la inscripción de las parejas de hecho en aras a tener derecho al cobro de la pensión de viudedad por parte de las uniones de hecho.

En este punto cabe recordar que, como ya se tuvo ocasión de avanzar al analizar los antecedentes histórico-jurídicos de las parejas de hecho, la carencia de *affectio maritalis* —propia de las uniones de hecho en Roma— fue una de las notas esenciales que desde el Derecho Romano diferenció a estas relaciones *more uxorio* de la institución del matrimonio romano con plenos efectos⁶. Por lo que cabe admitir que no siempre ha resultado fácil poder equiparar ambas figuras y, un ejemplo claro es sin duda el caso que ahora vamos a detallar, en cuanto a los requisitos necesarios para poder percibir una pensión de viudedad cuando uno de los que conforman la unión de hecho fallece y no consta inscripción alguna; pues si estaban casados, ello no comporta mayor problema jurídico y el cónyuge viudo la puede recibir al estar inscrito el matrimonio en el Registro Civil.

En suma, entendemos que la relevancia y actualidad de la STS 608/2020 -dictada en plena pandemia a causa de la enfermedad contagiosa del Covid19-, se justifica si tenemos presente que las uniones conyugales también se deben inscribir y que ya el propio TC⁷, hacía varios años, había aclarado que la pensión de viudedad no es en favor de todas las parejas de hecho con convivencia acreditada, sino en exclusivo beneficio de las uniones constituidas en la forma legalmente establecida, siendo precisa: 1º) La certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las CCAA o Ayuntamientos del lugar de residencia; 2º) o mediante

6. Muñoz Catalán 2021, 239-265.

7. SSTC 40/2014, de 11 de marzo; 44/2014, de 7 de abril; y 51/2014, de 7 de abril.

documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Sin que, en todo caso, dichas exigencias formales vulneren el derecho a la igualdad ante la ley.

2. LA NECESARIA INSCRIPCIÓN DE LAS PAREJAS DE HECHO EN LA STS 608/2020, DE 28 DE MAYO

Para comenzar nuestro análisis jurisprudencial en materia de cobro de pensión de viudedad por parte de parejas de hecho inscritas, en primer lugar, procederemos a realizar una descripción objetiva de la sentencia objeto de examen y sus elementos principales —atendiendo al orden lógico de: Antecedentes; fundamentos de derecho; y fallo—. Y, de este modo, en nuestro estudio de la STS 608/2020 abordaremos: a) De un lado, el examen de los hechos en que consiste el caso planteado: Procediendo a construir el relato de los hechos de manera cronológica, secuenciada y resaltando los que resultan de interés para la resolución del caso, así como el itinerario procesal seguido en la sentencia; b) de otro, el estudio de las pretensiones de las partes intervinientes, es decir, las posturas que adoptan las partes legitimadas en dicho proceso.

Antes de ello resulta importante recalcar, como recuerda expresamente la doctrina⁸, que

la regulación civil en materia de parejas de hecho, en las que algunas Comunidades Autónomas tienen facultades para legislar, ha podido suponer que el concepto de pareja de hecho pueda no tener uniformidad en todo el territorio nacional,

así como que la denegación de las pensiones de viudedad a las parejas de hecho, ante la inexistencia de recursos económicos del sistema para afrontar el pago de las mismas, también ha ocurrido hace muchos años en nuestro ordenamiento jurídico⁹. De ahí que muchas veces y, como en el supuesto que nos encontramos, tampoco resulte fácil poder atribuir hoy una pensión de viudedad a una pareja de hecho.

Pasamos a detallar, pues, cada una de dichas partes.

2.1. Hechos en que consiste el caso

La STS (3ª) 608/2020¹⁰ parte de los siguientes hechos probados que constan en sus Antecedentes de manera amplia y, de los cuales, extraemos literalmente los que

8. Álvarez Cortés 2022, 262-263.

9. Blanco Pérez-Rubio 1992; Moliner Tamborero 2012; Rodríguez Piñero Bravo-Ferrer, Pardell Veà 1998.

10. De 28 de mayo de 2020. Procedimiento: recurso de casación 6304/2017 interpuesto contra la STSJ Cataluña, n.º 587/2017, de 28 de julio, dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso

entendemos más importantes para comprender mejor el fallo pronunciado, tomando un criterio cronológico y secuenciado que ordena mejor lo sucedido en dicho caso:

1.º En noviembre del año 2015, Dña. M^a Dolores recurrió la resolución de la Subsecretaría de Defensa desestimatoria de su alzada contra la de la Subdirección General de Costes de Recursos Humanos. Área de Pensiones, que le denegó la pensión de viudedad.

La misma la solicitó tras el fallecimiento de D. Everardo el 11 de abril de 2014, Teniente del Cuerpo de Especialistas del Ejército del Aire en la reserva, con quien, según admitió expresamente, sin mediar impedimento para contraer matrimonio, había mantenido una relación estable de pareja de hecho durante más de diez años, avalada por numerosos testigos. En este sentido, se argumentó su denegación ante la falta de inscripción de dicha relación en alguno de los registros específicos existentes en la CA o en el Ayuntamiento. Tal y como figura en el FJ 1º, su demanda invocó el principio de igualdad porque consideraba que exigirle la inscripción implicaba imponer una exigencia añadida que nada añadía a la existencia del vínculo afectivo y que ese principio constitucional comporta una interpretación del art. 38.4 del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, que considere la inscripción de la pareja de hecho como un medio más para acreditarla pero no un requisito constitutivo.

2.º El Abogado del Estado se opuso a la demanda alegando el incumplimiento del requisito de la inscripción o de la constancia de la relación de hecho en un documento público. Trajo a colación criterios establecidos en las “Instrucciones” del Director General de Costes de Personal y Pensiones Públicas, de 28 de octubre de 2011, sobre la interpretación del mencionado art. 38.4 en el sentido de que exige el doble requisito de la inscripción o el documento público acreditativo y el de la convivencia estable, notoria e ininterrumpida, tampoco demostrada a su parecer. Así como destacó que no se había demostrado que tuvieran cuentas, tarjetas de crédito o débito, seguros o vehículos en común ni que compartieran gastos como unidad familiar.

3.º La Secc. 4ª de la Sala de Barcelona estimó el recurso de la Sra. M^o Dolores, anuló la actuación administrativa impugnada y le reconoció el derecho a percibir la pensión de viudedad por el fallecimiento de D. Everardo. A tal efecto, destaca la difícil interpretación del art. 38.4¹¹, tras la redacción que le

Administrativo.

11. El reciente apdo. 4 del art. 38 Ley de Clases Pasivas del Estado (en vigor desde el 1 de enero de 2023) señala qué se entiende por “pareja de hecho”, a los efectos de cobrar la pensión de viudedad, así como los requisitos que se exigen actualmente, indicándose literalmente que “se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona ni constituida

dio la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, y las Instrucciones de 2011, subrayando explícitamente que, en todo caso, se trata de reconocer si esos requisitos se expresan por el precepto a título enunciativo y no taxativo, así como de decidir si sólo puede acreditarse la existencia de la pareja de hecho por esos medios y no por otros para causar el derecho a la pensión. En esta línea recuerda que en la de la misma Secc. 4ª, de 15 de septiembre de 2014¹², ya se dio un paso adelante en la que estableció que la voluntad de formar una pareja de hecho estable se puede probar por otros medios distintos de los previstos en las Instrucciones, dado que la realidad social actual ampara nuevas formas de expresar esa voluntad, además de las que ofrecen los registros públicos. En esa ocasión, consideró válido a este efecto una sentencia en la que constaba la decisión de cuidar a la nieta en el domicilio común. Asimismo, se hace eco de una sentencia de mayo de 2017 del Juzgado de lo Social n.º 33 de los de Barcelona, que reconoció el derecho a la pensión de viudedad, negada por no estar la pareja inscrita ni contar con documento público, porque la inmensa mayoría de los Ayuntamientos no habían creado hasta fechas recientes Registros de parejas de hecho y el de la Generalidad de Cataluña no entró en funcionamiento hasta el 3 de abril de 2017. De ahí que la Sala de Barcelona concluyera que

los criterios de aplicación de la forma de acreditar la existencia de pareja de hecho no son taxativos y exclusivos, sino que admiten otras fórmulas e indicios propios de la vida diaria, que son claros ejemplos del proyecto de vida en común que supone una unión sentimental.

- 4.º Sobre este particular, nos interesa resaltar cómo la sentencia de instancia tuvo presente una serie de elementos probatorios consignados por Dña. Mª Dolores que le llevaron a admitir que, aun no estando inscrita dicha convivencia *more uxorio*, sí existió pareja de hecho entre ella y D. Everardo por haberse acreditado fehacientemente y, por ello, debía percibir dicha pensión de viudedad, debiéndose anular la resolución administrativa recurrida. En cuanto a dichos elementos que se aportaron como pruebas de la relación entre ambos, seguidamente recapitulamos los más significativos de los que rezan en el cuerpo de la STS 608/2020:

pareja de hecho, y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años, salvo que existan hijos en común, en cuyo caso solo deberán acreditar la constitución de la pareja de hecho de conformidad con lo previsto en el párrafo siguiente”.

12. Rec. n.º 888/2012.

- 1) El Sr. Everardo vivió en la calle... a partir de su separación y hasta su fallecimiento junto con su madre y su abuela. La Sra. María Dolores tenía un domicilio a parte, hasta que en fecha de 11.6.2015 se empadronó en el sito en la calle...;
 - 2) existen facturas de diversos viajes realizados conjuntamente, así como comprobantes de la asistencia como paciente de la Sra. María Dolores en un centro médico, acompañada por el Sr. Everardo. Además, él era el padrino del nieto de la Sra. María Dolores. Otro hecho es que ella firmó como testigo en el contrato firmado por él para el acogimiento de su madre, Sra. Bibiana. En la esquila del fallecimiento del Sr. Everardo se cita como su compañera, quien es también la titular de la factura emitida por parte del tanatorio.
 - 3) en cuanto a las pruebas testificales practicadas en esta instancia, se señalan las siguientes:
 - a) La declaración del Sr. José Luis, hermano del Sr. Everardo: El mismo sostuvo que el mismo vivía en la calle..., con su madre y la abuela, desde que se había separado de su esposa. Que conocía a la actora de vista y de verla pasear con su hermano, pero su relación la definiría como una amistad de conveniencia, un tipo de relación íntima, pero sin convivencia;
 - b) la declaración del Sr. Luis Francisco, compañero y amigo de él: Afirmó que una vez separado de su mujer, se fue a vivir con su madre y su abuela en una urbanización en la calle... Además, confirmó que conocía a la actora porque coincidieron en algunos actos del trabajo y que creía que eran pareja sentimental, pero que no estaban casados; y
 - c) la declaración del Sr. Ángel Daniel, primo hermano del Sr. Everardo: Esta prueba testifical fue importante. El mismo sostuvo que se llevaba bien con su primo, pero que, hasta que no se jubiló, no se veían más porque él era militar. Asimismo, añade en su declaración que cuando entró en la reserva le presentó a la Sra. M^a Dolores, y que sabía que vivían unas veces en casa de Everardo en Figueres y otras veces en casa de María Dolores también en Figueres. El Sr. Ángel no podía contestar categóricamente que eran pareja, pero sí sabía que tenían una relación ya que vivían juntos, compartían los gastos en común, pero no podía decir que tenían un proyecto de vida en común como si fuesen un matrimonio.
- 5.º En último término nos interesa ahondar en la razón por la que el auto de admisión apreció interés casacional objetivo para la formación de

jurisprudencia y ello es, sin duda, el poder determinar si los requisitos establecidos en el referido art. 38.4 del Real Decreto Legislativo 670/1987 para acreditar la existencia de la pareja de hecho para generar un derecho a la pensión de viudedad¹³, son exclusivamente los previstos en dicho precepto o si, por el contrario, es posible acreditar su existencia mediante otros medios distintos a los legalmente previstos. Por ello, como consta literalmente en el FJ 2º STS 608/2020, en el Auto de 11 de julio de 2018, la Secc. 1ª refleja la controversia jurídica que gira en torno a la existencia de pronunciamientos contradictorios de distintos órganos jurisdiccionales sobre cuestiones sustancialmente iguales.

Para acabar este apartado de nuestro trabajo, con fines didácticos y en aras a poder reparar mejor en las fechas y datos esenciales, hemos elaborado la presente Tabla 1 sobre los hechos importantes o presupuestos fácticos relativos a la relación entre ellos, que consideramos que sirven de base para resolver el caso planteado.

13. En cuanto a la anterior redacción del referido art. 38, apdos. 4-5, y que era el vigente en el momento de dictarse la STS 608/2020 -dado que, como hemos comentado, el apdo. 6 ha sido añadido desde el 1 de enero de 2023-, vid. textualmente lo que de manera resumida y en esencia contenía dicho precepto a modo comparativo: “Tendrá asimismo derecho a la pensión de viudedad quien se encontrase unido al causante en el momento de su fallecimiento, formando una pareja de hecho, y acreditara que sus ingresos durante el año natural anterior no alcanzaron el 50 por ciento de la suma de los propios y de los del causante habidos en el mismo período (...). A efectos de lo establecido en este apartado, se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o Ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante. 5. En todos los supuestos a los que se refiere el presente artículo, el derecho a pensión de viudedad se extinguirá cuando el beneficiario contraiga matrimonio o constituya una pareja de hecho en los términos regulados en el apartado anterior, sin perjuicio de las excepciones establecidas reglamentariamente”.

Tabla 1

Presupuestos fácticos ante la necesaria inscripción de las parejas de hecho.

PRESUPUESTOS FÁCTICOS Y PENSIÓN DE VIUDEDAD EN PAREJAS DE HECHO	
Pareja de hecho	Dña. M ^a Dolores alegó que tuvo una relación estable de pareja de hecho durante más de diez años, avalada por numerosos testigos, con D. Everardo quien falleció. No se pudo inscribir en ningún registro. Reclamaba pensión de viudedad, aportando otros elementos probatorios de dicha unión estable.
Dña. Inés	Parte recurrente: Interpuso recurso de casación contra la sentencia núm. 587/2017, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, argumentando cuatro motivos jurídicos.
Abogado del Estado	Parte recurrida: Se opuso a la demanda alegando incumplimiento del requisito de la inscripción o de la constancia de la relación de hecho en un documento público. Siguió los criterios establecidos en las Instrucciones del Director General de Costes de Personal y Pensiones Públicas, de 28 de octubre de 2011, sobre la interpretación del artículo 38.4 del Real Decreto Legislativo 670/1987.
Dña. M ^a Dolores	Parte recurrida: A propósito de dicho precepto, coincidió con la sentencia de instancia, en que había de interpretarse de manera acorde al principio constitucional de igualdad y considerar que la inscripción es un medio probatorio más de la existencia de la pareja de hecho y no un requisito constitutivo.
Ley de Clases Pasivas del Estado	Artículo 38.4 redacción vigente cuando se dictó la sentencia. Desde el 1 de enero de 2023, nueva redacción del 38.4, 5 y 6. Problema jurídico-legal: Se trata de reconocer si esos requisitos que se expresan por el precepto son a título enunciativo y no taxativo, así como de decidir si solo puede acreditarse la existencia de la pareja de hecho por esos medios y no por otros para causar el derecho a la pensión de viudedad (tales como: pago de facturas en común, viajes juntos, convivencia acreditada y/o testigos de esa relación continuada).

PRESUPUESTOS FÁCTICOS Y PENSIÓN DE VIUEDAD EN PAREJAS DE HECHO	
STS 608/2020, de 28 de mayo	<p>El TS falló que daba lugar al recurso de casación 6304/2017, interpuesto por Dña. Inés contra la sentencia 587/2017 y la anulaba. Desestimó el recurso contencioso-administrativo 20/2016 interpuesto por Dña. M^a Dolores contra la resolución de la Subsecretaría de Defensa de 11 de noviembre de 2015, que le denegó la pensión de viudedad.</p> <p>Fijó la doctrina judicial actual de exigir a las parejas de hecho un certificado de su unión ante el registro municipal o el registro autonómico para poder percibir la pensión de viudedad. Y que ambos deben ser anteriores, al menos en dos años, al fallecimiento del causante.</p>

Fuente: Elaboración propia.

2.2. Pretensiones de las partes

De lo expuesto hasta ahora y, siguiendo dicho itinerario procesal y los datos destacados previamente, podemos determinar cuáles son las pretensiones de las partes, que resumimos seguidamente. En la mencionada sentencia fue parte recurrente Dña. Inés, y como partes recurridas el Abogado del Estado, que representaba a la Administración, y Dña. María Dolores:

- a) En cuanto a la parte recurrente, destaca que por escrito de 28 de septiembre de 2018, el procurador D. Isidro, en representación de Dña. Inés, formalizó el recurso interpuesto que fundamentó en cuatro motivos que exponemos en las siguientes líneas por entender relevantes para el fallo de la sentencia: 1º) Denuncia la infracción del art. 40 de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁴; 2º) infracción de los arts. 33, 60 y 61 de la Ley de la Jurisdicción, en relación con los arts. 216 y 282 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 3º) infracción del art. 38.4 del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril; 4º) así como existencia de infracción de la jurisprudencia dictada por la Sala Cuarta de este TS en relación con el citado art. 38.4 del Real Decreto Legislativo 670/1980. Y suplicó a la Sala que dictase sentencia por la que casando la recurrida, la anulase, dictando otra por la que se desestimase el recurso contencioso-administrativo;
- b) por lo que se refiere a las partes recurridas, en primer lugar, señalamos cómo el Abogado del Estado, mediante escrito de 23 de octubre de 2018, indicó textualmente que

14. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE, nº 7, de 8/01/2020).

en la instancia ha mantenido la misma posición procesal que la ahora recurrente por lo cual no puede ahora en casación oponerse a su escrito de interposición en el cual solicita la anulación de la sentencia estimatoria de instancia y la confirmación de la legalidad de los actos dictados por la Administración.

Así como el mismo solicitó a la sala que se tuviese por abstenido de formular escrito de oposición en este recurso;

- c) sobre la otra parte recurrida, Dña. M^a Dolores, su procuradora se opuso al recurso por escrito de 28 de noviembre de 2018, en el que interesó su desestimación, declarando no haber lugar al mismo y con imposición de costas a la recurrente.

El 19 de mayo de 2020 tuvo lugar la deliberación y fallo del recurso conforme a la DA 2^a del Real Decreto 463/2020, por el que se declaraba el estado de alarma para la gestión de la pandemia a causa del Covid-19¹⁵.

* * *

En esta segunda parte crítica del comentario jurídico sobre la sentencia que estamos realizando, nos centraremos en el análisis, valoración y crítica constructiva de los FJ y del fallo del tribunal, a la luz de los hechos y datos objetivos tratados en la primera parte. En ese sentido, en primer lugar, detallaremos cuál es el contexto jurídico del caso y la institución legal que es objeto de estudio, el problema jurídico principal que nos sirva para describir cuál es el debate planteado en el caso y en qué argumentos se apoyan las diferentes posturas, y la relevancia o repercusiones de la mencionada sentencia.

Para seguidamente y, con la finalidad última de situar la sentencia en el contexto de la jurisprudencia, acabar con un examen sobre cuál es la decisión o fallo del tribunal, ofreciendo un análisis de la resolución del problema. De este modo, profundizaremos en aspectos que consideramos esenciales, tales como: los pasos lógicos que sigue el tribunal para alcanzar su conclusión, la motivación jurídica de la decisión, la correlación entre los hechos descritos y la solución adoptada, así como los criterios interpretativos seguidos por los jueces.

15. RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE, nº 67, de 14/03/2020).

2.3. Contexto jurídico, problema principal y relevancia de la sentencia

En primer término, vamos a situar el supuesto planteado en su contexto jurídico. Para ello, del examen y estudio del FJ 1º nosotros admitimos que el presente caso plantea, como cuestión jurídica de fondo, el poder determinar si la prueba de la existencia de una pareja de hecho en nuestro sistema jurídico actual solamente puede acreditarse mediante la inscripción en un registro específico autonómico o municipal del lugar de residencia o mediante un documento público y, que ambos, sean anteriores al fallecimiento del causante al menos en dos años. O, por el contrario, como se ha venido admitiendo en los últimos tiempos por ciertos tribunales, existen otros tipos de elementos probatorios que demuestran jurídicamente la existencia de una relación de hecho estable y que pueden resultar suficientes para poder percibir una pensión de viudedad en caso de fallecimiento de uno de ellos; entre estos elementos probatorios, cabe señalar, a modo de ejemplo, la existencia de una convivencia continuada, el abono de facturas o gastos como unidad familiar, la declaración de testigos de dicha relación —ya sean amigos, compañeros de la pareja o familiares—, tarjetas cuentas bancarias y/o seguros o vehículos en común.

En cuanto al debate legal planteado en el caso, el problema jurídico principal y la relevancia de dicha STS 608/2020 para que el TS llegue finalmente a desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Dña. Ma Dolores (contra la resolución de la Subsecretaría de Defensa de 11 de noviembre de 2015 —desestimatoria de su alzada contra la de la Dirección General de Personal. Subdirección General de Costes de Recursos Humanos. Área de Pensiones, de 20 de agosto de 2015—, que le denegó la pensión de viudedad), debemos acudir a la argumentación jurídica inserta en los FFDD 3º a 5º de la mencionada STS y que recapitulamos seguidamente en las siguientes líneas:

- a) La prueba fehaciente de la existencia de una pareja de hecho solamente puede acreditarse a los efectos del reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad, mediante los medios señalados en el pfo. 4º del art. 38.4 del Real Decreto Legislativo 670/1987;
- b) concretando lo anterior, para poder percibir una pensión de viudedad, hace falta justificar la inscripción en un registro específico autonómico o municipal del lugar de residencia o mediante un documento público y, además, ambos deben ser anteriores, al menos, en dos años al fallecimiento del causante;
- c) en el caso que estamos examinando, el TS admite textualmente que

cabe apreciar la infracción del artículo 38.4 del Real Decreto Legislativo 670/1987 por haber considerado la sentencia recurrida que en este caso podía tenerse por acreditado que el Sr. Everardo y la Sra. Ma Dolores habían constituido una pareja de hecho sin que constara la inscripción registral específica ni se hubiera presentado un documento público en que se hubiera formalizado.

Su convivencia estable, que la Sala de Barcelona consideró probada en juicio, no es bastante para el reconocimiento a la Sra. María Dolores de la pensión de viudedad¹⁶;

- d) además, se recuerda a Dña. M^a Dolores que el retraso en la entrada en funcionamiento del registro de parejas de hecho de la Generalidad de Cataluña no excluía la posibilidad de hacer uso del documento público para formalizar la existencia de la pareja de hecho que conformó con el causante;
- e) así como el TS no duda en argumentar expresamente que, como dice el auto de admisión y reconoce la recurrente, no hay jurisprudencia de nuestra Sala sobre la prueba de la existencia de la pareja de hecho que en ambos casos, en el régimen de clases pasivas y en el de la Seguridad Social, dice la Ley que se debe acreditar mediante la inscripción en un registro específico o con un documento público en que se haya formalizado con la antelación indicada:

La Sala Cuarta, como hemos visto, mantiene que la prueba de este último extremo solamente puede producirse con uno de esos dos medios señalados por el artículo 174.3 del Real Decreto Legislativo 1/1994, que son los mismos previstos por el párrafo cuarto del artículo 38.4 del Real Decreto Legislativo 670/1987¹⁷.

Para acabar, recordemos que desde el 1 de enero de 2023 está vigente la nueva redacción dada al art. 38.4 del Real Decreto Legislativo 670/1987 y que anteriormente hemos tenido ocasión de examinar¹⁸; así como que para el cálculo de la pensión de viudedad debemos acudir al art. 39 en el que se establecen una serie de reglas teniendo presente que, en general, la base reguladora de dicha pensión estará constituida por la pensión de jubilación o retiro del fallecido y que, a la base reguladora determinada, se aplicará el porcentaje fijo del 50 por 100 para obtener el importe de la pensión de viudedad. Sin olvidar que, en el contexto actual de la ya conocida como Era Postcovid y teniendo presente el IPC, algunos economistas no han dudado en apuntar que como ocurre para el resto de pensiones, en el caso de la pensión de viudedad que ahora nos ocupa, la media de los resultados correspondientes a los meses

16. FJ 4^o in fine.

17. FJ 4^o.

18. Cabe recordar en este punto y, tal y como ha tenido ocasión de señalar expresamente la doctrina, que la protección por viudedad de las parejas de hecho en nuestro sistema de Seguridad Social comenzó con la regulación contenida en la DA 54^a Ley 30/2005, de 24 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006, mediante una reforma que posibilitara el acceso de las uniones de hecho a las pensiones de viudedad, así como la Ley 40/2007 de 4 de diciembre, de Medidas en materia de Seguridad Social, introdujo reformas importantes en el régimen jurídico de las prestaciones por muerte y supervivencia aún diferenciando bastante la institución matrimonial de las parejas de hecho; vid. Álvarez Cortés 2022; Díaz Anarte 2022; San Martín Mazzuconi 2017.

comprendidos entre diciembre de 2021 y noviembre de 2022, van hacer que las pensiones suban un 8,5% para 2023¹⁹; lo que, sin duda, es un reflejo más de por qué no solo las parejas casadas sino también las de hecho, reclaman cada vez más este tipo de prestaciones económicas ante el fallecimiento de uno de ellos.

En último lugar y, tal y como avanzábamos al comienzo de nuestra exposición, muy recientemente la STS 372/2022, de 24 de marzo de 2022, ha rectificado la STS 480/2021, de 7 de abril de 2021, para aclarar que aquella resolución fue una excepción, por lo que se debe volver a la doctrina ya sentada en la importante STS 608/2020 y requerir el requisito de la inscripción de las parejas de hecho para cobrar la pensión correspondiente cuando alguno fallezca. De este modo, la doctrina ha incidido en la importancia de la STS 608/2020 confirmado literalmente que

El alto tribunal regresa de esta manera a la postura que había mantenido en el pasado, rectificando la resolución que dictó el 7 de abril de 2021 cuando acordó que la prueba de la existencia de una pareja de hecho podía ser también el “certificado de empadronamiento o cualquier otro medio de prueba válido en Derecho que demuestre la convivencia de manera inequívoca”²⁰.

2.4. Fallo del tribunal y resolución del problema jurídico

Como adelantábamos previamente, en cuanto el Fallo de la referida sentencia y no existiendo en este caso votos particulares, cabe decir que el Tribunal Supremo decidió dar lugar al recurso de casación 6304/2017 interpuesto por Dña. Inés contra la sentencia 587/2017, de 28 de julio, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Cataluña y anularla, así como desestimar el recurso contencioso-administrativo 20/2016 interpuesto por Dña. M^a Dolores contra la Resolución de la Subsecretaría de Defensa de 11 de noviembre de 2015, desestimatoria de su alzada contra la de la “Dirección General de Personal. Subdirección General de Costes de Recursos Humanos, Área de Pensiones”, de 20 de agosto de 2015, que le denegó la pensión de viudedad.

De igual manera, el TS se pronunció sobre las costas admitiendo que, de acuerdo con lo regulado en el art. 93.4 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria²¹, cada parte correrá con las costas causadas a su instancia y con las comunes por mitad en el recurso de casación.

Y todo ello lo acordó el Alto Tribunal conforme a la interpretación de lo establecido legalmente en el FJ 5º de dicha STS 608/2020, y que podemos resumir en lo que sigue:

19. VVAA 2022b.

20. VVAA 2022a.

21. Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE, nº 158, de 03/07/2015).

- a) La prueba de la existencia de una pareja de hecho solamente puede acreditarse, a los efectos del reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad, mediante los medios señalados en el pfo. 4º del art. 38.4 del Real Decreto Legislativo 670/1987; y
- b) sólo cabe, pues, acreditar dicha relación *more uxorio* mediante la inscripción en un registro específico autonómico o municipal del lugar de residencia o mediante un documento público y que ambos deben ser anteriores, al menos, en dos años al fallecimiento del causante.

Y ello, como hemos expuesto, supone rectificar la interpretación dada en la controvertida STS 480/2021 y sentar la doctrina actual en esta materia. Pues en dicha sentencia del año 2021 —ya considerada como una excepción a la regla general—, los expertos no han dudado en reconocer que se rompía

con el criterio restrictivo en aplicación del literal de la norma, por la cual, para el acceso a la pensión de viudedad es necesario contar con inscripción registral o una constitución por medio de documento público²².

Matizándose expresamente que, en ese caso, la reclamante únicamente contaba con la constitución de una hipoteca junto al hoy causante, donde se autoafirmaban como matrimonio en régimen de gananciales en presencia de notario, y que había sido pareja de hecho con él durante 30 años compartiendo casa y tres hijos en común. Datos que fueron suficientes para que la STS 480/2021 sí reconociera la pensión de viudedad, sin requerir la inscripción registral o constitución por medio de documento público; teniendo presente que, de modo muy general, la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia²³, disponía que las parejas de hecho podían demostrar su condición por cualquier medio de prueba admitido en Derecho.

3. CONCLUSIONES

A modo de conclusión, finalizamos nuestro análisis jurisprudencial tratando de dar una respuesta jurídica lo más uniforme posible a la pregunta con la que iniciábamos nuestro trabajo, esto es, si hoy resulta necesaria o no la inscripción de las parejas hecho en aras a cobrar una pensión de viudedad o, por el contrario, existen otros elementos probatorios de tal unión que igualmente son válidos en Derecho.

Nosotros entendemos que, teniendo presente los FFDD y las repercusiones de la reciente sentencia examinada, sí podemos confirmar la necesidad actual de que

22. VVAA 2021.

23. Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia (BOE, Nº 191, de 11/08/2006).

las uniones de hecho —al igual que ocurre con los matrimonios que se inscriben en el Registro Civil—, igualmente deben hacerlo en un registro específico autonómico o municipal del lugar de residencia de quienes componen dicha pareja de hecho, o bien que conste su unión mediante un documento público. Y, todo ello, en aras a poder acreditar fehacientemente dicha relación y tener derecho percibir una pensión de viudedad, sin que quepan más trabas ni tener que acudir a los tribunales para reclamarla con otros elementos probatorios de la relación.

La premisa general de la que hemos partido desde el inicio de nuestro estudio es, sin duda, la importancia que tiene en nuestro sistema jurídico español la reciente STS 608/2020 dado que, mediante la misma y teniendo presente que en dicha fecha estábamos inmersos en plena pandemia por el coronavirus, se fijó la doctrina judicial de la necesidad de exigir a las parejas de hecho un certificado de su unión ante el registro municipal o ante el registro autonómico para tener derecho al cobro de la pensión de viudedad. El problema jurídico que subyace en este ámbito no es otro que el hecho de que hasta entonces algunos tribunales habían reconocido textualmente que, como los criterios de aplicación de la forma de acreditar la existencia de una unión de hecho no son taxativos y exclusivos, se podían admitir otras fórmulas e indicios propios de la vida diaria, como claros ejemplos del proyecto de vida en común que supone una unión sentimental. A modo de ejemplo, cabe destacar la demostración de una convivencia continuada, el abono de facturas comunes, una serie de viajes realizados entre la pareja, el acompañamiento al médico y/o testigos que pudieran acreditar dicha relación. Pero que igualmente entendemos que, en ningún caso, son decisivos para constatar jurídicamente la existencia real de tal pareja de hecho ni tener derecho al cobro de la pensión de viudedad, como sí sería su inscripción registral.

De este modo, en la referida sentencia del año 2020, se consideraba que la prueba de la existencia fehaciente de una relación *more uxorio* solamente podía acreditarse mediante la mencionada inscripción, siempre que ello tuviera lugar al menos dos años antes del fallecimiento del causante. Añadiéndose a ello cómo el recién reformado art. 38 de la Ley de Clases Pasivas del Estado exige expresamente el requisito de la inscripción en el registro de parejas de hecho para el abono de dicha la pensión de viudedad. De hecho, en el FJ 4º de esa sentencia, el TS admite literalmente que en dicho caso cabía apreciar la infracción del art. 38.4 del Real Decreto Legislativo 670/1987 por haber considerado la sentencia recurrida que podía tenerse por acreditado que el Sr. Everardo y la Sra. María Dolores habían constituido una pareja de hecho sin que constara la inscripción registral específica ni se hubiera presentado un documento público en que se hubiera formalizado, matizando que

su convivencia estable, que la Sala de Barcelona consideró probada en juicio, no es bastante para el reconocimiento a la Sra. María Dolores de la pensión de viudedad.

Otro aspecto que consideramos importante en este ámbito es el hecho de que, en el caso de que la pareja de hecho se extinga por voluntad de uno o ambos convivientes, el posterior fallecimiento de uno de ellos solo dará derecho a pensión de viudedad con carácter vitalicio al superviviente cuando, además de concurrir los demás requisitos, no haya contraído matrimonio ni constituido una nueva unión de hecho. Y que, como ha tenido ocasión de recalcar la doctrina textualmente:

El derecho de los supervivientes de parejas de hecho a ser beneficiarios de la pensión de viudedad se configuró en 2007 de un modo restrictivo, marcando importantes diferencias de trato respecto a las uniones matrimoniales²⁴.

Del mismo modo que se ha concretado que la pensión compensatoria deberá estar determinada judicialmente o por convenio o pacto regulador entre las partes otorgado en documento público, siempre que para fijar el importe se tenga presente la concurrencia en el perceptor de las mismas circunstancias que para el matrimonio, recogidas en el art. 97 CC.

En este punto, entendemos que resulta interesante cuando se hace un símil entre matrimonio y parejas de hecho, dado que el referido precepto del CC al hablar de las uniones conyugales dispone en esencia que: 1º) El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro (que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio), tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única; y 2º) que, a falta de acuerdo, será el juez quien determine su cuantía en base a ciertos criterios legales.

Para acabar nuestro análisis jurisprudencial cabe recordar que sólo un año después de la STS 608/2020, el TS cambió su línea jurisprudencial, y en la STS 480/2021 acordó literalmente que la prueba de la existencia de una unión de hecho no tenía que ser obligatoriamente sólo mediante la inscripción en un registro de parejas de hecho, al admitir

el certificado de empadronamiento o cualquier otro medio de prueba válido en Derecho que demuestre la convivencia de manera inequívoca.

Considerándose hoy una excepción a la regla general antes fijada pues, como ya recordó la posterior STS 372/2022, debemos seguir la destacada STS 608/2020 y, en cualquier caso, precisar el requisito de la inscripción de la pareja de hecho para, llegado el momento del fallecimiento de alguno de los dos, poder percibir una pensión de viudedad.

24. Díaz Anarte 2022, 106.

4. BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez Cortés, Juan Carlos (2022), “Un acercamiento de la regulación de las prestaciones por viudedad de las parejas de hecho a la protección dispensada por tales prestaciones a las parejas que han contraído matrimonio”, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, 5, 255-268.
- Blanco Pérez-Rubio, Lourdes (1992), *Parejas no casadas y pensión de viudedad*, Madrid.
- Díaz Anarte, María Teresa (2022), “Las parejas de hecho ante la pensión de viudedad: una revisión crítica a la luz de la última reforma legislativa”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, 4, 105-129.
- Moliner Tamborero, Gonzalo (2012), “Parejas de hecho y pensión de viudedad”, *Diario La Ley*, 7817.
- Muñoz Catalán, Elisa (2021), “La carencia de *affectio maritalis* en el concubinato como precedente de nuestra doctrina jurisprudencial sobre uniones de hecho”, *Ius Fugit*, 24, 239-265.
- Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, Miguel; Pardell Veà, Agnes (1998), “Uniones de hecho y protección social”, en Martinell Gispert-Sauch, José María; Arces Piñol, María Teresa (Coord.), *Uniones de hecho*, Lleida.
- San Martín Mazzucconi, Carolina (2017), “Parejas de hecho y acceso a la pensión de viudedad: elementos de un modelo que convendría generalizar”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 129, 47-68.
- VVAA (2021), “El TS reconoce el derecho a pensión de viudedad tras haber sido pareja de hecho durante treinta años”, en <https://www.iberley.es/noticias/ts-reconoce-derecho-pension-viudedad-haber-pareja-durante-treinta-anos-16001>
- VVAA (2022a), “El Supremo exige ahora inscripción como pareja de hecho para cobrar pensión de viudedad”, en <https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/17155-el-supremo-exige-ahora-inscripcion-como-pareja-de-hecho-para-cobrar-pension-de-viude%e2%80%a6/>
- VVAA (2022b), “Más de 12.000 euros por la pensión de viudedad: Los cambios en 2023”, en <https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/17155-el-supremo-exige-ahora-inscripcion-como-pareja-de-hecho-para-cobrar-pension-de-viude%e2%80%a6/>

TRABAJO, PERSONA, DERECHO, MERCADO

Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social



TEMAS PARA EL DEBATE



IGUALDAD SALARIAL Y DEPORTE: LA RENUNCIA A UN PRINCIPIO BÁSICO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO LABORAL

EQUAL PAY AND SPORTS: THE RESIGNATION OF A BASIC PRINCIPLE OF THE LABOR LEGAL SYSTEM

María Luisa Pérez Guerrero
Universidad de Huelva
Orcid: 0000-0002-2596-7707
malupe@uhu.es

El deporte profesional femenino atraviesa un momento convulso, tal y como lo demuestran los recientes acontecimientos. El fútbol profesional ha sido el protagonista, aunque los problemas, podemos decir, se extienden a cualquier ámbito o modalidad deportiva¹.

1. Si repasamos las noticias más recientes en nuestro país, nos encontramos con que el pasado mes de septiembre se llevaba a cabo una protesta protagonizada por las árbitras de fútbol, que se negaban a arbitrar por la indefinición de sus condiciones laborales; en un comunicado facilitado por la Real Federación Española de Fútbol, las colegiadas señalaban que “Las árbitras y árbitras asistentes de Primera División Femenina deseamos comunicar nuestra decisión unánime de no dirigir ningún encuentro del Campeonato Nacional de la Primera División en las condiciones actuales de indefinición de nuestra situación laboral y económica”. En el mismo mes, quince jugadoras de la selección española femenina de fútbol solicitaban a la Federación no ser convocadas por discrepancias con el seleccionador. En un comunicado de prensa, las quince jugadoras publicaban sus motivos, aclarando que en ningún caso se trataba de una renuncia a la selección sino una medida para pedir un “proyecto profesional” y que se reviertan situaciones que afectan su “estado emocional y personal” así como a su “rendimiento”. Decían las jugadoras en su comunicado: “Lamentamos que en el contexto del deporte femenino tengamos que llegar a este extremo (...) para conseguir avanzar en un proyecto profesional potente y ambicioso para el presente y para futuras generaciones”. Este conflicto se ha recrudecido aún más tras los últimos acontecimientos que han terminado por afectar al equipo de dirección de la Federación Española de Fútbol, recientemente renovado.

Recibido: 23/10/2023; Aceptado: 26/10/2023; Versión definitiva: 1/11/2023.

Copyright: © Editorial Universidad de Sevilla. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia de uso y distribución Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

e-ISSN: 2660-4884

Trabajo, Persona, Derecho, Mercado 7 (2023) 203-218
<https://dx.doi.org/10.12795/TPDM.2023.i7.08>

1. Una de las cuestiones en la que nos debemos centrar es en la aplicación del principio de igualdad en las condiciones laborales, incluida la salarial, entre mujeres y hombres, que tan bien anclado está en nuestro ordenamiento, ya que a nadie parece sorprender su correcta aplicación en todos los ámbitos del trabajo. Sin embargo, no ocurre así en el ámbito del deporte profesional en general y del fútbol profesional, en particular, donde, en el curso de la negociación del convenio colectivo del fútbol femenino, convenio diferente del fútbol masculino, se suscita un conflicto en relación con la subida salarial del mismo. Como consecuencia de la negociación de este convenio, la competición femenina de fútbol comenzó con una huelga de jugadoras que se ha resuelto con un acuerdo sobre el nivel salarial pactado. Sin embargo, podemos decir que el problema subsiste y es la desigualdad salarial entre los convenios colectivos firmados en el ámbito del fútbol masculino y femenino.

La recientemente aprobada Ley del Deporte² incluye referencias constantes a la necesidad de que la norma esté inspirada en el principio de igualdad recogido en el art. 14 de la Constitución, que informa nuestro ordenamiento en su conjunto. En particular, declara la Exposición de Motivos del citado texto legal que

se inspira en el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres que, de acuerdo con el art. 4 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, ha de informar el conjunto del ordenamiento jurídico.

La propia Exposición de Motivos de la Ley del Deporte señala como cuestiones que sitúan a la mujer deportista en posición desfavorable, la falta de normas que protejan las situaciones derivadas de embarazo y cuidado de hijos, así como la pérdida de ayudas y subvenciones y reducción de derechos de sufragio activo en federaciones, como consecuencia de la ausencia durante el período de descanso por maternidad.

El conjunto de normas que, en el ámbito nacional e internacional y comunitario, regulan la promoción y protección de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres es bastante amplio. Debemos partir de la base de que no hay ninguna razón para que éstas no se apliquen en el ámbito deportivo cuando quien practica un deporte lo hace de manera profesional, como fuente de ingresos y bajo la dirección y organización de un empleador o empresario deportivo, ya sea un Club, una Sociedad mercantil o una Federación deportiva.

Este acervo de normas se puede encontrar en el ámbito internacional, donde la ONU ha jugado un papel fundamental en la protección de los derechos humanos y, en particular, en la protección de los derechos fundamentales de las mujeres. Podemos encontrar referencias a la garantía de la igualdad y la lucha contra la discriminación en diversos instrumentos de la citada organización, como en la Declaración

2. Ley 39/2022, de 30 de diciembre, del Deporte (BOE del 31).

Universal de los Derechos Humanos, de 1948, en cuyo preámbulo ya se alude a la igualdad de derechos de hombres y mujeres; y en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer de 1979. También el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966, ratificado por España el 24 de abril de 1977, donde se pone de manifiesto el objetivo de garantizar el ejercicio de los derechos contenidos en el Pacto sin discriminación de ningún tipo y “asegurar su goce en condiciones de igualdad para hombres y mujeres”; en particular, establece como objetivo asegurar la igualdad efectiva en las condiciones laborales y, sobre todo, salariales³. Por su parte, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966, ratificado por España en la misma fecha que el anterior, garantiza “a hombres y mujeres la igualdad en el goce” de los derechos recogidos en el Pacto. Y, por último, podemos mencionar la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, ratificada por España en 1984⁴.

También la Organización Internacional del Trabajo (OIT, en adelante) ha realizado una labor constante de promoción de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el trabajo. Desde la elaboración del Convenio 111 en 1958 sobre la discriminación en el empleo y la ocupación, muchos son los países que han ido ratificándolo, comprometiéndose con el objetivo, marcado por este Convenio, de promover, a través de políticas nacionales,

la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto.

Este compromiso de la OIT con la igualdad en el empleo y la ocupación se extiende también al ámbito deportivo, donde la Organización reconoce la existencia de relaciones laborales de gran importancia. Como hemos tenido ocasión de avanzar, el pasado mes de septiembre de 2022 se ha llegado, en el seno de dicha organización, al primer Acuerdo Mundial sobre las condiciones de trabajo y los derechos de los futbolistas profesionales⁵. Dicho Acuerdo, que resalta la importancia del diálogo social para mejorar los derechos y las condiciones de trabajo de todos los y las

3. El art. 7 del Pacto considera necesario asegurar “a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual”.

4. Un análisis más detallado de éstos y otros instrumentos internacionales y su aplicación lo podemos encontrar en Orts Delgado, Mestre Sancho, Hortangas Carrascosa 2018, 58 y ss. Vid. también Sánchez Hernández 2019, 201 y ss.

5. Tal y como se puede leer en la página web de la OIT, el Acuerdo -en inglés “Global Labor Agreement” (GLA)- crea un nuevo marco de negociación internacional entre el Foro Mundial de Ligas (WLF), que representa a 44 ligas nacionales de fútbol profesional que comprenden unos 1.100 clubes, y FIFPRO, que representa a más de 60.000 futbolistas profesionales como empleados en la industria internacional del fútbol, a través de 66 sindicatos nacionales de jugadores en África, América, Asia, Europa y Oceanía. La ceremonia de firma fue presenciada por el Director General de la OIT, Guy Ryder.

futbolistas profesionales, pone de manifiesto el compromiso de los firmantes de “asumir una mayor responsabilidad para encontrar soluciones colectivas a los retos que afronta la industria del fútbol”. Pretende mejorar las relaciones laborales en el fútbol profesional y contribuir a su viabilidad y crecimiento. Asimismo, se centra el acuerdo en proporcionar

una plataforma para debatir las normas de protección de la salud y la seguridad de los jugadores y un compromiso para mejorar la representación y la participación de las ligas nacionales, sus clubes miembros y los sindicatos de jugadores.

Finalmente, pone el Acuerdo el acento en

la necesidad de una mayor representación y consideración del fútbol femenino, incluyendo cuestiones relacionadas con las competiciones nacionales, los clubes y las jugadoras.

A nivel europeo, el Consejo de Europa y la UE han sido proactivos a la hora de elaborar instrumentos y normas destinados a la promoción de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, especialmente importantes para el avance en la garantía de los derechos de las mujeres y la no discriminación. Así, la Carta Social Europea recoge en su art. 20 el reconocimiento del derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminación por razón del sexo; pretende, como indica el precepto, garantizar

el ejercicio efectivo del derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminación por razón del sexo,

comprometiéndose los firmantes

a reconocer ese derecho y a adoptar las medidas apropiadas para asegurar o promover su aplicación en el acceso al empleo, protección contra el despido y reinserción profesional; la orientación y formación profesionales, reciclaje y readaptación profesional; las condiciones de empleo y de trabajo, incluida la remuneración; y en el desarrollo profesional, incluida la promoción.

Por su parte, la Carta de Derechos fundamentales de la UE, en sus arts. 20-21, se refiere al principio de igualdad y no discriminación, destacando la lucha contra los factores que pueden determinar situaciones desfavorables, como son

sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual;

recogiendo en el art. 23 del mismo texto una referencia específica a la igualdad y no discriminación en materia de empleo, trabajo y retribución⁶.

También el Derecho originario de la UE contiene sendas normas referidas al principio de igualdad y no discriminación como regla general y, en particular, en lo que se refiere al ámbito laboral. Así, el TFUE fija como objetivo de la Unión la eliminación las desigualdades entre el hombre y la mujer, así como la promoción de la igualdad⁷ (art. 8). Por su parte, el art. 10 declara que

en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

Ya dentro de la Política Social también afirma el Tratado que, para la consecución de los objetivos del mismo, la UE apoyará y completará la acción de los Estados miembros, entre otros, en el ámbito de las condiciones de trabajo y “la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo”. También el art. 157 del mismo Tratado obliga a los Estados Miembros a garantizar

a aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor;

es decir, a garantizar la igualdad retributiva sin discriminación por razón de sexo⁸.

El TUE, por su parte, consagra en su art. 2 la no discriminación y la igualdad entre mujeres y hombres como valores comunes a los Estados miembros; y en el 3, como fines de la Unión, la lucha contra la discriminación y el fomento de la justicia y la igualdad entre mujeres y hombres. También en la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, en su art. 16, encontramos el deber de “garantizar la igualdad de trato entre hombres y mujeres”; así como de “intensificar” en cualquier ámbito, “las acciones destinadas a garantizar la realización de la igualdad entre hombres y mujeres”; si bien,

en particular para el acceso al empleo, la retribución, las condiciones de trabajo, la protección social, la educación, la formación profesional y la evolución de la carrera profesional.

6. Conforme a este art., “la igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución”.

7. Art. 8.

8. Vid. también el análisis normativo sobre la evolución del derecho comunitario en la materia que realiza Ferradans Caramés 2019, 20-23.

Y no son pocas las Directivas en materia de igualdad que resultan aplicables a este ámbito del deporte profesional; así, las Directivas 2000/78, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación⁹; 2006/54, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición)¹⁰, y 1992/85, del Consejo, de 19 de octubre de 1992, 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 período de lactancia; y la 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores.

No hay ninguna razón, como decimos, para que todas estas normas e instrumentos dejen de aplicarse en el ámbito del deporte, por lo que habremos de tenerlos en cuenta a la hora de analizar la cuestión de la igualdad y no discriminación de las mujeres en el deporte.

No obstante, existen otros instrumentos internacionales referidos al ámbito deportivo, donde encontramos, igualmente, referencias a la garantía de la igualdad y no discriminación entre mujeres y hombres¹¹. Así, es posible destacar que, en marzo de 2019, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU aprobó la Resolución 40/5 sobre la eliminación de la discriminación contra las mujeres y las niñas en el deporte. Por otro lado, es necesario referirnos también a la Carta Europea del Deporte, de 1975, renovada en 1992 y, recientemente en 2021, cuyo artículo 6 se refiere a la necesidad de que los Estados respeten y protejan los derechos humanos y las libertades fundamentales y establece el deber de

rabajar por la igualdad de género en y por el deporte, en particular aplicando la estrategia de integración de la perspectiva de género en el deporte.

También reconoce que “las políticas de integridad del deporte deberían utilizar un enfoque integrado de igualdad de género”¹². Finalmente, el art. 10, que reconoce el derecho al deporte, recoge el principio de no discriminación; en particular, establece que

no se permitirá ninguna discriminación en el acceso a instalaciones o actividades deportivas por motivos de raza, color, idioma, religión, género u orientación sexual, opiniones

9. DOCE, núm. 303, de 2 de diciembre de 2000, 16-22.

10. DOUE, núm. 204, de 26 de julio de 2006, 23-36.

11. Resulta interesante, en este punto, acudir al estudio que realiza Sánchez Hernández 2019, 201 y ss.

12. Art. 8.2.

políticas o de otro tipo, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra condición.

La Agenda 2030 para el desarrollo sostenible, adoptada por la Asamblea General de la ONU, incluye en su objetivo número 5, “lograr la igualdad entre géneros y empoderar a todas las mujeres y las niñas”. De este modo, el p. 37 del citado objetivo se refiere específicamente al deporte femenino, indicando que “el deporte es un importante facilitador del desarrollo sostenible” que

contribuye cada vez más a hacer realidad el desarrollo y la paz promoviendo la tolerancia y el respeto; y que contribuye también al empoderamiento de las mujeres y los hombres, las personas y las comunidades, así como a los objetivos en materia de salud, educación e inclusión social.

Desde esta perspectiva, el deporte se incluye entre los objetivos de desarrollo sostenible que propugna la ONU, siendo considerado un factor clave para el mismo. Por ello, es preciso desarrollar los valores del deporte, en especial el respeto por la igualdad y la dignidad de las personas.

Por su parte, en el ámbito internacional propiamente deportivo, la Carta olímpica incluye, entre las funciones del Comité Olímpico, la de “oponerse a todo tipo de discriminación que afecte al movimiento olímpico”; así como la de

estimular y apoyar la promoción de las mujeres en el deporte, a todos los niveles y en todas las estructuras, con objeto de llevar a la práctica el principio de igualdad entre el hombre y la mujer¹³.

En 2014 se renovó la Declaración de Brighton sobre la mujer y el deporte, primer documento internacional sobre principios para el fomento del deporte femenino. Fue aprobado en mayo de 1994 en la 1ª Conferencia sobre el Deporte Femenino y el Desafío del Cambio, celebrada en Brighton, organizada por el Consejo de Deportes de Gran Bretaña con el apoyo del Comité Olímpico Internacional. La Conferencia lanzó la Estrategia Internacional Mujer y Deporte, formuló la Declaración de Brighton y creó el Grupo de Trabajo Internacional sobre la Mujer y el Deporte. La renovación de dicho documento se produjo en 2014, durante la 6ª Conferencia Mundial del GTI sobre la Mujer y el Deporte, celebrada en Helsinki, bajo el lema “Liderar el cambio, Ser el cambio” y con el apoyo del COI¹⁴.

13. No obstante, como señala Casassa i Busquets 2019, 100, “no ha sido hasta las Olimpiadas de Londres 2012 que la participación entre hombres y mujeres se ha igualado un poco más, no ha habido paridad en la participación hasta las últimas Olimpiadas de Río 2016”.

14. Hasta junio de 2014 la Declaración de Brighton había sido ratificada por 419 organizaciones.

A estos compromisos de sostenibilidad y respeto por los valores y principios fundamentales de igualdad y no discriminación han de responder las normas que regulan la actividad física y del deporte en nuestro país. Por eso, hemos de destacar estos objetivos como parte del cumplimiento normativo exigible a las entidades deportivas.

Por su parte, Instituciones, como el Parlamento Europeo y el Consejo de Europa han elaborado Resoluciones relacionadas con la mujer y el deporte. Así, podemos destacar la Resolución del Parlamento Europeo sobre “mujeres y deporte”¹⁵ o la Resolución del Consejo de Europa sobre discriminación a las mujeres en el ámbito del deporte.

En definitiva, son muchas las Instituciones y muchos los convenios, tratados, resoluciones y normas dirigidas a garantizar la igualdad en el deporte y la lucha contra la discriminación de las mujeres en este ámbito.

Por lo que se refiere a nuestra normativa interna, en desarrollo del art. 14 de la Constitución Española, que proclama el principio de igualdad y no discriminación, se promulgó la Ley Orgánica 3/2007, de Igualdad efectiva entre mujeres y hombres, que supuso un importante avance en el ámbito de la igualdad de género. Esta norma, que resulta de aplicación también al ámbito deportivo, contiene, además, una referencia específica a la igualdad en el deporte en su art. 29, dirigiendo un mandato a los poderes públicos para que “todos los programas públicos de desarrollo del deporte” incorporen el principio “de igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres en su diseño y ejecución”. Además, incluye también un mandato dirigido al Gobierno para la promoción del deporte femenino, debiendo éste 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.

De este modo, además de aplicar al ámbito deportivo todas las medidas que encontramos en el contenido de la norma, el legislador dirige un mandato preciso y directo al Gobierno y a los poderes públicos para garantizar la promoción del deporte femenino en condiciones de igualdad; y, como dice literalmente la norma para favorecer “la efectiva apertura de las disciplinas deportivas a las mujeres”; si bien, como ha criticado algún autor, no indica en qué medida debe hacerse ni de qué forma¹⁶.

15. Iniciativa: 2002/2282 (INI);

[https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=fr&reference=2002/2280\(INI\)](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=fr&reference=2002/2280(INI)).

16. Vid. Hontangas Carrascosa 2019, 24; para quien “la ley no aclara si el Gobierno debe permitir que las mujeres se incorporen a las disciplinas practicadas hasta ahora solo por hombres y junto a estos, en igualdad de condiciones. O bien, si el principio de apertura consiste en crear nuevas disciplinas para las mujeres replicando el sistema masculino y generando categorías solo femeninas, incluso donde antes no las había”.

Tras esta norma, cuyo objetivo se centraba en “combatir todas las manifestaciones aún subsistentes de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo” y “promover la igualdad real entre mujeres y hombres, con remoción de los obstáculos y estereotipos sociales que impiden alcanzarla”, el RD-Ley 6/2019, de Medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, dio un paso más en la determinación de las políticas activas destinadas a reducir la desigualdad entre mujeres y hombres, especialmente en el ámbito laboral. La obligatoriedad de elaborar planes de igualdad, las medidas de conciliación, la consolidación de la igualdad salarial y las destinadas a mejorar la presencia femenina en los órganos de gobierno de las empresas, son algunos de los contenidos de la norma que podremos ver reflejados también en algunas normas reguladoras del deporte en nuestro país. También el ET se refiere a dicho principio de igualdad en el ámbito de las relaciones laborales, sancionando con la nulidad cualquier precepto reglamentario, cláusula de convenio colectivo, pacto individual o decisión unilateral del empresario

que dé lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de sexo,

entre otras. También se refiere este precepto a la posibilidad de negociar medidas de acción positiva en las empresas.

Es precisamente la transversalidad que encarna la Política de igualdad de género en nuestro país, la que ha determinado que los poderes públicos estén obligados a garantizarla en todos los ámbitos, incluido, por supuesto, el deporte. De ahí que la nueva Ley del Deporte contemple éste como uno de los objetivos de la nueva norma. Pretende corregir las deficiencias de la Ley del Deporte de 1990, que no contenía ninguna referencia a la igualdad de género en el deporte. Así, como se expresa en al Exposición de Motivos de la citada norma,

dimensiones como la inclusión social, la igualdad y la diversidad, la cohesión territorial y social, la transición ecológica y la innovación a través de la digitalización son fundamentales para adecuar el deporte a la realidad socioeconómica actual y futura.

Es por ello por lo que la norma toma en consideración el “crecimiento imparable del papel de las mujeres en el deporte”, ante el que declara que

esta ley permite que las distintas modalidades y especialidades deportivas, con independencia del sexo de sus deportistas, puedan ser profesionales en unas condiciones que garanticen la viabilidad y estabilidad de las competiciones en las que participen.

Y es esta misma norma la que promueve la existencia de un “marco específico de promoción de la igualdad efectiva en el deporte”¹⁷, conforme al cual, en primer lugar, se dirige un mandato a la Administración General del Estado para que desarrolle políticas públicas que se dirijan a garantizar la igualdad, especialmente en el acceso y el desarrollo posterior de la actividad física y el deporte; destacando la necesidad de promover la “integración igualitaria en los órganos de dirección, gobierno y representación de las entidades deportivas”¹⁸.

2. En materia retributiva, es el art. 28 del Estatuto de los Trabajadores, tras su modificación por el RDL 6/2019, el encargado de salvaguardar el principio de igualdad salarial. De este modo, conforme a este precepto,

el empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquella.

Definiendo a continuación al “trabajo de igual valor que otro” como aquél en el que

la naturaleza de las funciones o tareas efectivamente encomendadas, las condiciones educativas, profesionales o de formación exigidas para su ejercicio, los factores estrictamente relacionados con su desempeño y las condiciones laborales en las que dichas actividades se llevan a cabo en realidad sean equivalentes.

Sin embargo, a pesar de esta regulación, una de las cuestiones que más llama la atención en el ámbito del deporte profesional es la extraordinaria desigualdad en las condiciones de trabajo y retributivas entre las deportistas y los deportistas profesionales. A la existencia de competiciones separadas por categorías femeninas y masculinas se unen las diferencias en los tipos de contratos y, sobre todo, en los salarios percibidos por los deportistas, que se acentúa en ciertas disciplinas bastante mediáticas, como en el fútbol o el baloncesto. Los convenios colectivos que han venido regulando los salarios mínimos de los deportistas y los niveles salariales de los mismos difieren mucho de los mayoritarios sistemas de compensación de gastos que se suelen aplicar en el ámbito del deporte femenino. Así, la exagerada diferencia salarial en muchas modalidades deportivas o la existencia de contratos a tiempo parcial para las mujeres deportistas, mucho más frecuentes que para los hombres en ciertas

17. Art. 4.

18. La nueva Ley, siguiendo lo preceptuado en la LO 3/2007 de Igualdad efectiva, propone en su art. 47 que la composición de las Juntas directivas de las federaciones y de la comisión de control económico de las mismas, garantice la presencia equilibrada de mujeres y hombres, tal y como establece la DA 1ª de la citada Ley.

disciplinas como el fútbol, constituyen muestras de que las condiciones laborales distan mucho de ser iguales¹⁹.

Es por ello por lo que cada vez son más las voces que reclaman la efectiva igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el deporte, mediante el cumplimiento de las más elementales normas que garantizan el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo.

La nueva Ley del Deporte incorpora en su artículo cuarto el “Marco específico para la promoción de la igualdad efectiva en el deporte”; que contiene un conjunto de medidas que se dirigen a proteger a las mujeres deportistas y garantizar la igualdad de oportunidades en el ámbito del deporte. Sin embargo, no parece abordar plenamente y con suficiente detalle todas estas cuestiones. Ciertamente establece un mandato general dirigido tanto a la Administración General del Estado como al resto de Administraciones Públicas para el desarrollo de

políticas públicas que garanticen y pongan en marcha medidas de protección de la igualdad, la igualdad en el acceso y el desarrollo posterior de la actividad física y el deporte.

De este modo, continúa la norma indicando que la Administración deberá 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 mujeres deportistas en las relaciones laborales, deportivas, administrativas o de cualquier clase que mantengan con las mismas.

19. Vid. sobre el tema, Gezuraga Mena 2021. En el Informe Global sobre el empleo en el fútbol femenino elaborado en 2017 por FIFPRO, se ponía de manifiesto que las diferencias entre las jugadoras de fútbol: “En el extremo superior existe un pequeño grupo de jugadoras reconocidas y bien pagadas, mientras que un grupo mucho más numeroso de aficionadas (sin contratos ni sueldo y con derechos limitados), ocupa el extremo opuesto de la escala. Entre ambos, se sitúa un grupo indefinido, sin estandarización de contratos ni verdadera distinción entre el estado profesional y el aficionado”. Dicho informe se realizó tras encuestar a 3500 futbolistas. El Informe puso de manifiesto que el 50% de las jugadoras no recibían ninguna remuneración, y casi dos tercios de las que sí las recibían perciben un salario inferior a los 600 dólares por mes. Otro de los aspectos llamativos del Informe es que el 46% de las jugadoras compatibilizaba la práctica del deporte con sus estudios y el 30% con su trabajo. Y, lo más llamativo, es la tasa de abandono; pues el 90% de las jugadoras declaraba que podrían abandonar la carrera deportiva pronto. Entre las razones alegadas para abandonar la carrera se encuentran el deseo de tener una familia y razones económicas (el 47% de las jugadoras no tienen contrato de trabajo); también el interés por tener una carrera profesional al margen del deporte. Vid. también en extenso, sobre la reforma del Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores de la FIFA, Belver Alonso 2022, 113 y ss.

Este precepto se encuentra en la línea marcada por el art. 15 de la LOI, que regula la transversalidad del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres; conforme al cual dicho principio

informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos. Las Administraciones públicas lo integrarán, de forma activa, en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición y presupuestación de políticas públicas en todos los ámbitos y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades.

3. Conforme a los preceptos citados, tendríamos que preguntarnos si las diferencias salariales contenidas en algunos convenios colectivos de disciplinas deportivas como el fútbol profesional, que diferencia entre el convenio colectivo del fútbol masculino y el femenino y contiene, por tanto, mínimos salariales diferentes²⁰, es o no una forma de discriminación que merezca ser “identificada y sancionada” por la Administración tal y como establece la norma.

Hemos especificado a comienzos de nuestro estudio que las normas antidiscriminación deben aplicarse, sin excepción, al ámbito deportivo; por lo que las relativas a la discriminación salarial se encuentran incluidas en este conjunto normativo. Concretamente, el art. 28 del ET, aplicable supletoriamente al régimen jurídico de los deportistas profesionales, recién modificado por el RDL 6/2019, establece una prohibición expresa de discriminación salarial, añadiendo medidas correctoras en caso de existencia de una “brecha” salarial en la empresa. Conforme a esta normativa, y a la doctrina constitucional, sólo una razón objetiva permitiría que existiese la diferencia retributiva. Hasta el momento, la única razón parece ser de carácter económica en relación con los ingresos que una y otra competición procura a sus respectivos clubes; es decir, la rentabilidad de las diferentes competiciones, que en el ámbito del deporte masculino han generado más ingresos que las femeninas. Sin embargo, no parece una

20. Mientras que el convenio colectivo del fútbol profesional masculino, firmado entre la Liga Nacional de Fútbol Profesional (LNFP) y la Asociación de Futbolistas Españoles (AFE), contiene en su art. 24 la determinación del “sueldo mensual”, que define como “la cantidad que percibe el Futbolista Profesional con independencia de que participe o no en los partidos que este dispute” y fija en una cuantía mínima mensual para la temporada 2016/2017 6.500 euros para la primera división y 4.000 euros para la segunda (con las correspondientes actualizaciones de IPC para las temporadas siguientes); el convenio colectivo del fútbol femenino, que sólo se aplica a “las futbolistas que prestan sus servicios en clubes de primera división femenina de fútbol”, contiene en su art. 23 la referencia a la Retribución mínima garantizada, que cifra en 16.000 euros brutos anuales (por temporada) si la jugadora tiene contrato a tiempo completo o la cantidad proporcional que corresponda en función de la jornada pactada con la futbolista. Como puede comprobarse, sensiblemente menor que la prevista en el convenio del fútbol profesional masculino.

razón objetiva que pueda justificar, al menos desde el punto de vista de las leyes laborales y de la doctrina constitucional citada, dicha diferencia²¹.

La LD establece, en su art. 4.8, que, en cumplimiento de lo establecido en la LOI,

se garantizará la igualdad de premios entre ambos sexos siempre que los eventos deportivos se organicen o se encomienden a un tercero por una Administración Pública, o se financien total o parcialmente a través de fondos públicos.

Lo que también habrá de aplicarse a las dietas que los y las deportistas perciban cuando compitan con las selecciones nacionales correspondientes.

No es una afirmación rotunda del deber de garantizar por parte de las entidades deportivas, públicas o privadas, la igualdad retributiva de hombres y mujeres ante la realización de trabajos de igual valor, pero sí garantiza que las competiciones que se financien con fondos públicos tendrán los mismos premios para mujeres deportistas y para hombres, aunque las competiciones se separen por sexos.

Sin duda, habría sido más clarificador establecer esa obligación de garantizar la igualdad salarial, como lo hace el art. 28 ET que determina que debemos entender que existe “trabajo de igual valor”,

cuando la naturaleza de las funciones o tareas efectivamente encomendadas, las condiciones educativas, profesionales o de formación exigidas para su ejercicio, los factores estrictamente relacionados con su desempeño y las condiciones laborales en las que dichas actividades se llevan a cabo en realidad sean equivalentes.

21. Cfr. Ferradans Caramés 2019, 74 y ss.; para quien la desigualdad retributiva “no se corresponde de forma automática con una discriminación retributiva”; sobre la base de la siguiente argumentación: “cabe aplicar a este supuesto en toda su extensión la jurisprudencia relativa a los criterios de necesaria concurrencia para justificar la diferenciación de tratamiento: la idoneidad, necesidad y proporcionalidad justificativas de la distinción que permiten considerar, en su caso, la no existencia de una discriminación por razón de sexo”. En aplicación de esta doctrina, según la autora, las dos únicas razones que justificarían la diferencia salarial serían el mayor esfuerzo físico que pueden emplear los deportistas y el mayor rendimiento económico que aporta su actividad; concluyendo, tras una desarrollada argumentación, que el primer argumento, el del esfuerzo físico ya ha sido rechazado por el Tribunal Constitucional; mientras que la segunda razón, es decir, la mayor rentabilidad económica de la competición masculina, sí lo justificaría. En particular, dice la autora, “a nuestro juicio, la existencia, por lo general de ostensibles diferencias retributivas entre los y las deportistas profesionales solo se podría justificar por el diferente valor de mercado o comercial de la práctica deportiva profesional de unos y otras. Si se comparan ambas actividades... la rentabilidad es distinta y, por ende, la diferencia entre ingresos y gastos de los empleadores en el caso de las deportistas femeninas es probablemente muy ajustada. Por ello, en pos de conseguir la visibilización del deporte profesional femenino, su subsistencia económica y su implantación y extensión de una forma cada vez más profesionalizada, es lícito, idóneo, necesario y proporcionado admitir por ahora esta diferencia de trato”. Aclarando, para terminar, que “a medida que el deporte femenino avance, se visibilice y normalice, y se eliminen ciertos estereotipos, en un marco de responsabilidad social corporativa, estas diferencias deberían ir reajustándose.

Elementos todos ellos que podemos identificar en el deporte profesional, ya sea practicado por un hombre o por una mujer.

De este modo, conforme al art. 11 de la LOI, los poderes públicos adoptarán medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres; medidas que, como indica la norma, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso. Aunque, en este caso, no podamos estar de acuerdo con el legislador en las medidas propuestas en la Ley del Deporte.

No obstante, debemos recordar que, conforme al art. 28 ET, el empresario, en este caso, la entidad deportiva,

está obligado a llevar un registro con los valores medios de los salarios, los complementos salariales y las percepciones extrasalariales de su plantilla, desagregados por sexo y distribuidos por grupos profesionales, categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor.

Esta obligación, que también será ineludible para las empresas que se encuentran en el ámbito deportivo, debería mostrar y poner en evidencia, sin duda alguna, las diferencias salariales cuando los y las deportistas que participan en competiciones diferentes, presten servicios para la misma empresa.

Otra cuestión relevante es la falta de normas convencionales que regulen el deporte femenino; a la escasez de convenios colectivos, apenas dos, se une la dificultad para poder ejercitar adecuadamente los derechos colectivos y sindicales de las mismas. Sin duda, es de alabar la existencia de un convenio colectivo para el fútbol femenino, salvo por las críticas que merece, en nuestra opinión, la regulación separada de las condiciones de trabajo de las y los futbolistas profesionales²².

Otra cuestión que debemos considerar es que, a pesar de que el deporte más practicado por las mujeres, según el número de licencias federativas, no es el fútbol, sí que podemos afirmar que es la disciplina donde más se ha avanzado a la hora de regular las condiciones laborales de las deportistas. No obstante, también constituye un modelo en el que pueden apoyarse el resto de disciplinas de cara a aportar mayor seguridad jurídica y garantías a las mujeres en el deporte profesional.

Muchos son los retos a los que se enfrenta el deporte femenino, pero también, por el momento, muchos son los logros. La nueva Ley del Deporte, aunque con cierta timidez, aborda muchos de los problemas que afectan a la consecución de una igualdad efectiva de mujeres y hombres en el ámbito deportivo y aporta importantes soluciones para resolverlos. La obligación de elaborar protocolos de acoso, planes de igualdad y la presencia equilibrada de las mujeres deportistas en los órganos

22. Vid. también la crítica en general al deporte segregado que realiza HONTAGAS CARRAS-COSA, 2019, 42.

de dirección de las federaciones, son cuestiones que, sin duda, ayudarán a mejorar las condiciones laborales de la mujer en el deporte profesional.

La pregunta es si nuestro ordenamiento soporta la discriminación salarial en el ámbito del deporte.

BIBLIOGRAFÍA

- Bellver Alonso, Reyes (2022), “La reforma de la FIFA sobre las condiciones laborales mínimas de las mujeres futbolistas”, en Ortega Burgos, Enrique; García Caba, Miguel María (Dir.), *Derecho deportivo 2022*, Valencia, 113-127.
- Casassa i Busquets, Laura (2019), “Las dificultades de las deportistas para acceder al deporte como profesionales”, en Millán Garrido, Antonio; Ruano Delgado, David, *Género y Deporte: el régimen jurídico de la mujer deportista*, 95-111.
- Conde Colmenero, Pilar (2020), “Huelga de futbolistas por la firma del convenio: el “despertar” a las relaciones laborales colectivas”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 443, 121-136.
- Ferradans Caramés, Carmen (2019), *Análisis de la relación laboral especial de los deportistas profesionales con un enfoque de género*, Albacete.
- Gezuraga Mena, Itziar (2021), “La igualdad y el fútbol: las competiciones separadas y el nuevo convenio colectivo del fútbol femenino”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, 71.
- Hontangas Carrascosa, Julián (2019), “¿La eficacia de las leyes ante la igualdad de género en el deporte? Un estudio de derecho autonómico comparado”, en Millán Garrido, Antonio; Ruano Delgado, David (Coords.), *Género y Deporte: el régimen jurídico de la mujer deportista*, 11-43.
- López González, María José (2019), “La laboralización del deporte femenino: la odisea de la profesionalización”, en Millán Garrido, Antonio; Ruano Delgado, David (Coords.), *Género y Deporte: el régimen jurídico de la mujer deportista*, 45-50.
- Orts Delgado, Francisco; Mestre Sancho, Juan Antonio; Hortangas Carrascosa, Julián (2018), *Género y Deporte: el camino hacia la igualdad*, Madrid.
- Palomar Olmeda, Alberto (2015), “Las políticas de género en el ámbito de la actividad deportiva”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, 48.
- Palomar Olmeda, Alberto; Rodríguez García, José (2010), “De nuevo sobre la necesidad de la reconfiguración de la relación jurídica del deportista”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, 30, 153-180.
- Rodríguez García, José (2019), “Las cláusulas antiembarazo en las relaciones laborales de los deportistas”, *Revista Aranzadi del deporte y entretenimiento*, 62.

- Rodríguez Escanciano, Susana; Gómez García, Francisco Xabiere (2019), “Mujeres deportistas y relaciones laborales: puntos críticos”, *Revista Aranzadi del Deporte y Entretenimiento*, 64.
- Roqueta Buj, Remedios (2023), “Los principios de igualdad y no discriminación retributiva por razón de sexo en el ámbito del deporte profesional”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, 80.
- Sánchez Hernández, Álvaro (2019), “Panorámica completa de la efectividad del derecho fundamental a la igualdad de género en el deporte: desde el Derecho Internacional hasta el municipio de Irún”, en Millán Garrido, Antonio; Ruano Delgado, David (Coords.), *Género y Deporte: el régimen jurídico de la mujer deportista*, 201-231.
- Sánchez Pino, Antonio José; Pérez Guerrero, María Luisa (2017), “La regularización laboral de los deportistas en clubes y entidades deportivas sin ánimo de lucro y sus implicaciones en la gestión laboral y fiscal de los mismos”, en Millán Garrido, Antonio (Coord.), *Asociacionismo deportivo: diagnóstico y perspectivas*, 283-308.

TRABAJO, PERSONA, DERECHO, MERCADO

Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social



LIBROS DE INTERÉS



Pérez Guerrero, María Luisa (2022), *El futuro de los trabajadores indefinidos no fijos: una puerta hacia la estabilidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 140 páginas.

Miguel Rodríguez-Piñero Royo
Universidad de Sevilla
mrodriguez7@us.es

En el Derecho del Trabajo español hace falta valor para afrontar ciertos temas. Generalmente se piensa que son los temas novedosos los que suponen un mayor desafío, en cuanto plantean nuevas cuestiones y se debe trabajar con escasos apoyos. En realidad, a veces ocurre lo contrario, y lo difícil es trabajar asuntos de gran interés, en los que la producción científica es enorme e inmanejable. No podemos olvidar que los iuslaboralistas somos la comunidad científica más amplia en el mundo del Derecho, y tenemos como seña de identidad el ser muy productivos en términos de publicaciones. La monografía que ahora se comenta es muestra de esta productividad, en este caso de una joven profesora de la Universidad de Huelva, María Luisa Pérez Guerrero, que con ella demuestra tanto su preparación y calidad científica, como su valor.

En el tema elegido por la profesora Pérez Guerrero coinciden una serie de factores que lo hacen especialmente complicado. Se trata, en primer lugar, de una figura de construcción jurisprudencial, como es sabido. Ésta ha sido objeto, también, de cambios continuos en su régimen jurídico, que aparecen perfectamente identificados y explicados en las páginas de este libro. La actuación del legislador laboral no ha sido, además, especialmente feliz cuando ha tenido que ocuparse de ella, siendo un factor que más que otra cosa ha contribuido a incrementar la confusión en este asunto. Lleva también muchos años entre nosotros, sin que el transcurso del tiempo haya servido en modo alguno para aclarar sus elementos esenciales. Finalmente, opera en algunas de las áreas más complicadas de nuestro Derecho del Trabajo, como la contratación temporal (lo que añade el factor unioneeuropeo a la ecuación) y el empleo público.

Copyright: © Editorial Universidad de Sevilla. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia de uso y distribución Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

Figura bien tratada entre nosotros, por lo que cabría preguntarse por la oportunidad de un nuevo estudio. A ello se puede responder con varios argumentos, siendo el primero la calidad y claridad de un trabajo que permite al lector conocer, en un número razonado de páginas, todos los aspectos de esta solución jurídica. Y podría ser un segundo la extensión y estabilidad del problema, dado que el volumen de personal público en esta situación no parece descender. La autora apunta hacia uno tercero: estamos en un momento en el que la atención se ha centrado en el problema de la temporalidad en el empleo público, concentrándose en el personal interino, para el que se han buscado importantes soluciones legales. Para la profesora Pérez Guerrero, “estos trabajadores merecen que el foco de atención se centre en ellos, además de en el personal interno, porque es preciso encontrar un proyecto de futuro (...) a este colectivo de personas que se encuentran en tierra de nadie”.

Es una figura de clara naturaleza anfibológica, basada en una contradicción legal que se ha intentado gestionar, pero que nunca se ha podido superar, porque no puede hacerse: el conflicto entre dos formas de entender el empleo público, la del Derecho Público, que enfatiza las exigencias legales en sus mecanismos de acceso, como garantía de un derecho constitucional de los ciudadanos; y la del Derecho del Trabajo, que se centra en defender la estabilidad en el empleo como principio general. En el caso de contratación irregular de trabajadores públicos ambos ordenamientos chocan, en lo que puede calificarse como una verdadera guerra cultural, puesto que la solución que ofrece cada uno responde a su propia idiosincrasia reguladora. La imposibilidad de cohonestar ha forzado a negociar soluciones, y así lo hizo el Tribunal Supremo cuando creó esta figura.

En España tenemos una cierta admiración por la creación judicial del Derecho, que asociamos a los grandes sistemas jurídicos de estirpe anglosajona, a los tribunales de protección de los derechos fundamentales, o incluso al activismo innovador de jueces individuales en algunos momentos. La experiencia de los indefinidos no fijos nos pone de manifiesto tanto la vertiente positiva de este mecanismo de producción de soluciones normativas (el mero hecho de encontrar una respuesta a una pregunta imposible como la que se planteaba con esta figura ya lo es), como la negativa: inseguridad jurídica, retrasos, cambios de opinión, incongruencias entre Fallos, extensión aventurada de soluciones de unos casos a otros... Tiene ya la suficiente antigüedad y ha contemplado tantos cambios de criterio que podemos hablar, más que de una “creación”, de un verdadero “proceso creativo”.

La profesora Pérez Guerrero lo explica muy bien, identificando en el Capítulo segundo de su Monografía las grandes fases en la evolución jurisprudencial del Tribunal Supremo en relación con el reconocimiento de esta condición: creación; consolidación; el camino hacia la indemnización (en el que tanto protagonismo tuvo el llorado magistrado Alarcón Caracuel); el cambio conceptual que hizo que dejaran de considerarse trabajadores temporales; la conquista de derechos laborales; la

imposibilidad de la Administración de declarar esta condición; la extensión de la figura a las sociedades mercantiles estatales o de participación pública; y, finalmente, la aparición de una nueva modalidad, la del indefinido no fijo discontinuo. La autora nos guía en un recorrido por esta construcción del Tribunal Supremo, manejando con soltura un volumen apabullante de sentencias y de comentarios a ésta. Se acuerda también de señalar la interacción de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo con otros sujetos judiciales: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por un lado; y los órganos del orden contencioso-administrativo, por otro.

De hecho, el libro comienza por un Capítulo dedicado a las exigencias del Derecho Comunitario en relación con la igualdad de trato de los trabajadores temporales y los límites al abuso de la temporalidad, fijando el marco en el que hay que entender y valorar esta figura. Este enfoque es original, puesto que los Estudios sobre esta figura analizan el impacto de este sector del ordenamiento en un momento posterior a su definición, dado que, cronológicamente, los pronunciamientos del Tribunal de Luxemburgo, al respecto, llegaron en un momento avanzado del proceso de construcción, actuando casi más como una validación que como un motor de éste. Lo cierto es que, como muy bien ha visto la autora, el Derecho Unioneuropeo es una variable independiente que debe tenerse en cuenta desde un primer momento para poder valorar las soluciones que aporta el Derecho Interno.

En este proceso hay una línea constante, eso sí, en la dirección de incrementar tanto el campo de aplicación de la figura, tanto en lo subjetivo (a los diferentes tipos de empleado público a los que beneficia), como en lo objetivo (los derechos que se les reconocen a éstos).

Dividido en seis capítulos, el primero dedicado como se ha dicho al marco unioneuropeo, y el segundo a la evolución jurisprudencial. En el tercero se estudian los límites para el acceso a la estabilidad de estas personas, lo que implica un análisis actualizado de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, incluyendo el impacto de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público.

En el capítulo cuarto la autora realiza una taxonomía de esta figura, identificando los diferentes tipos de trabajadores indefinidos no fijos que la jurisprudencia ha ido señalando, y estableciendo las particularidades jurídicas de cada uno. Esto es un aspecto generalmente ignorado, ya que se tiende a pensar que son los problemas en la contratación los que los generan, cuando hay otras normas cuya aplicación produce el mismo efecto; el ejemplo más claro es el del artículo 43 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, ya que, en caso de cesión de trabajadores que afecte a un empleador público, la conversión en un trabajador “fijo de plantilla” puede dar lugar a este mismo contraste entre la norma administrativa y la laboral.

Todo un capítulo, el quinto, se dedica a la definición de los derechos de estos trabajadores. Y otro, el sexto y último, al futuro de la institución, a partir de las nuevas

líneas de tendencia esbozadas por los tribunales. Destaca en este sentido el debate, todavía abierto, sobre el reconocimiento de la fijeza, que no de la indeterminación, a las personas que se encuentren en esta situación. De su resolución definitiva dependerá en gran medida no sólo el estatuto jurídico del colectivo, sino incluso su propia subsistencia como situación jurídica diferenciada.

Termina el libro un capítulo de conclusiones rico y sugerente, en el que podemos encontrar soluciones a los problemas que se han ido detectando a lo largo de la obra. Este capítulo es en sí mismo una importante contribución al conocimiento de una de las figuras más singulares y complejas del Derecho del Empleo público en el siglo XXI.

El enfoque combina una presentación completa, pero sucinta a la vez, de la realidad actual de esta figura, explicando perfectamente sus orígenes y evolución. Igualmente, identifica los problemas más graves que afectan al colectivo, y deja marcados los principales espacios de mejora. Porque es un trabajo que piensa sobre todo en el futuro de esta figura, en los cambios que deben asumirse para resolver estos problemas. La denominación de la obra hace justicia, desde este punto de vista, a su contenido. Destaca, en particular, la propuesta de realizar auditorías laborales periódicas que permitan detectar los contratos que puedan estar en fraude de ley en los empleadores públicos, algo que sin duda evitaría problemas. Resultaría una solución adecuada, factible y no excesivamente complicada con los soportes tecnológicos disponibles.

Hay espacio para mejorar; hay necesidad de hacerlo; y hay una responsabilidad del legislador laboral de asegurar que se haga. La autora es, sin embargo, escéptica sobre la habilidad de éste para poder afrontar este desafío. En sus propias palabras, “a pesar de todo lo expuesto, parece que la tan reclamada intervención del legislador laboral, que ponga fin a la determinación de las condiciones y derechos laborales de los INF, ya ha tenido lugar, aunque no con la precisión y claridad que habría sido deseable. Parece más bien una intervención parcial, pronta y poco profunda, más que una solución que ponga fin al problema de forma definitiva”.

Castellano Burguillo, Emilia (2023), *La violencia en el lugar de trabajo, tratamiento actual: ¿una asignatura aún por aprobar?*, Aranzadi, 224 páginas.

Jaime Román Lemos
Universidad de Sevilla
jaime.roman.lemos@gmail.com

El presente libro, como su propio nombre hace ver, puede calificarse como un estudio y propuesta de intervención para las distintas entidades que pueden verse afectadas por las desagradables situaciones de violencia laboral que, aún a día de hoy, siguen existiendo. La obra, publicada en 2023 por la editorial Aranzadi, ha sido desarrollada en su integridad por la Prof.^a Dr.^a. Emilia Castellano Burguillo, Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en el Departamento de Derecho Público y del Trabajo de la Universidad de Huelva.

La monografía se estructura de manera brillante en siete capítulos que van conduciendo al lector desde una perspectiva más internacional del tema tratado hasta un análisis de la actualidad del mismo en España, incluyendo los principales mecanismos existentes para su tratamiento, así como propuestas a tener en consideración.

El primer capítulo obedece a la estructura clásica de muchas obras jurídicas, definiendo la metodología empleada, y delimitando del mismo modo el objeto de estudio. Los capítulos segundo y tercero ya comienzan a centrarse en normativa concreta, refiriéndose principalmente a la OIT y a la UE, respectivamente. Los capítulos cuarto y quinto se adentran en la perspectiva nacional española, esto es, la relación de la violencia laboral con los derechos fundamentales recogidos en la Constitución Española y el tratamiento que se hace de la misma en el Estado español. Finalmente, el capítulo sexto abarca los diferentes mecanismos actuales con los que se hace frente a la violencia en el trabajo, así como alguna propuesta de la autora dada su participación en la elaboración de diversas normas relacionadas con la materia, para cerrar

Copyright: © Editorial Universidad de Sevilla. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia de uso y distribución Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

e-ISSN: 2660-4884

Trabajo, Persona, Derecho, Mercado 7 (2023) 225-229

definitivamente con un séptimo y último capítulo que la investigadora dedica a realizar unas conclusiones finales.

El primer capítulo de la obra es una excelente introducción de la materia a desarrollar en la que se exponen los motivos que llevaron a la autora a optar por un objeto tan concreto como es la “violencia laboral distinta al acoso”. Precisamente los numerosos estudios sobre el acoso en el trabajo llevan a la investigadora a centrarse en un fenómeno más amplio, pero de respuesta limitada como ella misma afirma, que ha sido tratado casi con total exclusividad en los ámbitos penal y policial, pero que afecta a los derechos del trabajador. Pese a ello, ya se comienza a observar una tendencia cambiante en la que se empieza a cuestionar la responsabilidad laboral del empresario en diversas normas internacionales, europeas y nacionales.

En el capítulo segundo se destaca la existencia de una brecha entre las políticas de prevención frente a la violencia laboral y la práctica real, siendo España un país que cuenta con escasas herramientas de intervención eficaces y efectivas. Se subraya también la importancia de una definición común del término “violencia laboral”, remarcando la autora la importancia en el ámbito internacional de la proliferación de informes y estudios en la materia, sobre todo por parte de la OIT. Se dota de gran valor a la Conferencia Internacional del Trabajo de 2018, que sirvió de base para los posteriores Convenio 190 OIT y Recomendación 206 OIT (la ratificación por España de dichos instrumentos es uno de los fundamentos de esta monografía).

En esta sección de la obra se sigue destacando la intervención de la OIT en relación con España, donde se elimina la necesidad de causar un daño, bastando una conducta susceptible de ello, o incluso la reiteración antes tan referida por los tribunales ante situaciones, por ejemplo, de violencia psicológica. También se alude a la necesaria intervención de empleadores y demás actores de la actividad laboral para regular y enfrentar la cuestión analizada.

Asimismo, la autora emplea esta sección de su obra para plantearnos diversas cuestiones interesantes en relación con la violencia en el trabajo, como son la distinción entre violencia interna, violencia externa y violencia externa ejercida por individuos que realizan actividades ilegítimas; la duda acerca de la necesidad del elemento teleológico (o intencionalidad lesiva) para apreciar violencia laboral; o la participación del tercero, no solo como causante del daño, sino como posible víctima. Además, la Profesora Castellano Burguillo ahonda en la definición del concepto amplio de sujetos protegidos y del espacio o lugar donde se puede producir la violencia (términos confusos que deben quedar siempre bien definidos en el terreno laboral).

En definitiva, pues, este apartado de la obra resulta fundamental como análisis de la Recomendación 206 OIT y el Convenio 190 OIT, instrumentos indispensables en el tratamiento de la violencia laboral.

El capítulo tercero, como adelantamos en la introducción, contiene una inmejorable referencia a normativa europea en la materia. Así, la autora alude, entre otras,

a la Directiva marco 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989, por su contenido relativo a riesgos para la salud y la seguridad de los trabajadores; el Acuerdo marco de 26 de abril de 2007 que contiene una definición de violencia laboral; a la comúnmente conocida como Directiva *Whistleblowing*, donde se prevén medios de protección eficaces y seguros que animen a la colaboración, de manera que, si se sufren represalias por denunciar conductas de violencia laboral, existan vías de recurso e indemnización; o el Marco Estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo para los años 2021 a 2027. También se cita la importancia, en España, del instrumento de ratificación de la Carta Social Europea (revisada) hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996.

El cuarto capítulo ya comienza a introducirse en la esfera española, dibujando la autora una suerte de cuadrilátero de derechos constitucionales que se ven afectados por la violencia laboral, incluyendo derechos fundamentales como el derecho a la dignidad (art. 10 CE); el derecho a la igualdad de trato y no discriminación (art. 14 CE) y el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE), en relación con el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen (art. 18 CE); así como el derecho a la protección de la salud (art. 43 CE).

De igual forma, la autora continúa tratando el eje principal de la obra, realizando un encomiable esfuerzo por exponer los elementos definitorios de un acto de violencia laboral. Incluso refiere la investigadora, debido al carácter eminentemente multidisciplinar de la materia analizada, una serie de términos o factores que son más analizados desde otras disciplinas y que, para un jurista no especializado en la cuestión, pueden ser más difíciles de comprender.

El capítulo quinto termina por centrarse definitivamente en la situación española, explicando la Doctora Castellano Burguillo que los derechos constitucionales analizados en el capítulo anterior se engloban en el art. 4.2 TRET y detallando cuestiones como la intervención de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (fundamental para controlar esta disciplina).

La autora hace mención asimismo a los términos de accidente de trabajo y enfermedad profesional, relacionándolos con la materia de prevención, y más específicamente con el deber de protección del empresario y las medidas de seguridad a tomar. No teme aquí la investigadora introducirse en un tema tabú para la sociedad, pero muy necesario en el campo del Derecho del Trabajo, como es el suicidio, realizando una magnífica labor de recopilación de sentencias ilustrativas en la materia, al tratarse de suicidios derivados de enfermedades mentales generadas por problemas en el entorno laboral. Gracias al brillante estudio de la autora, podemos observar el cambio jurisprudencial que se ha producido en el último siglo, donde se ha pasado de considerar el suicidio como un acto autónomo que no puede enjuiciarse, a valorarse como posible accidente de trabajo si media la existencia de un nexo causal demostrable (donde entraría, por supuesto, la violencia laboral).

Uno de los puntos más destacados de la obra, encontrado en este capítulo, es el análisis de los casos reales de violencia externa en el sector sanitario, incluyendo numerosas gráficas, que lleva a la autora a realizar un estudio, de nuevo con diversos casos reales, de la aplicación del nuevo art. 550 CP tras la reforma de 2015, y la comparación con casos anteriores, llegando a la conclusión de que las penas distan de ser disuasorias (y abriendo la posibilidad de aplicar la justicia restaurativa que analiza en el capítulo sexto).

El sexto capítulo analiza, como decíamos al inicio, los distintos mecanismos existentes para enfrentar la violencia laboral. Comenzando por las guías para la prevención y actuación ante situaciones de violencia laboral, la autora se adentra posteriormente en un análisis de las menciones concretas a la violencia laboral presentes en convenios colectivos y planes de igualdad, elaborando un cuadro detallado al efecto. También refiere la investigadora datos sobre Boletines Oficiales relativos a protocolos, incluyendo incluso anexos del procedimiento a seguir, donde el lector puede observar distintas etapas como la evaluación de riesgos, el procedimiento propiamente dicho o las medidas preventivas. En una importante labor informativa, muy de agradecer dada la intervención de la autora (como ella misma especifica en la obra) en labores de asesoría a diversas organizaciones en la materia estudiada, la Profesora Castellano Burguillo realiza una propuesta de los que, a su entender, deben ser los requisitos que debe reunir un correcto protocolo relativo a la violencia en el trabajo.

Para cerrar esta sección, se hace una breve mención, aunque más extensa que en el capítulo anterior, a la justicia restaurativa, exponiendo la autora que es más propia del ámbito penal, pero que podría resultar aplicable al campo que nos atañe. Se presentan varios casos reales que ayudan al lector a comprender el origen, las razones y el posicionamiento de la autora acerca de este curioso, mas potencialmente provechoso, método alternativo de solución de conflictos.

Concluye la obra con un capítulo séptimo en el que la Doctora Castellano Burguillo enuncia sus conclusiones tras la investigación realizada, para cerrar dejando la puerta abierta, una vez más, a la justicia restaurativa como posible sistema para resolver los conflictos generados en materia de violencia laboral.

El ejemplar analizado es una obra que resulta realmente interesante por varias razones, siendo la principal de ellas el propio objeto de estudio, ya que como bien afirma su autora es un asunto que ha sido relativamente dejado de lado ante la proliferación de casos reales y monografías sobre el acoso. Pero no solo se adentra la investigadora en la materia de la violencia laboral (distinta al acoso), sino que lo hace de forma excepcional al abarcar de forma completa, no ya solo la definición del término, sino la concepción global en sí misma, tratando la cuestión del lugar de trabajo, las personas protegidas, la diversa normativa existente tanto a nivel nacional como internacional, así como los derechos afectados y las herramientas para hacerle frente.

Es esta además una monografía que, desde nuestro punto de vista (quizás ligeramente distorsionado por la deformación profesional propia de un jurista), y pese a ser una obra jurídica, no requiere del lector un conocimiento profundo del Derecho, de modo que consideramos que cualquier persona podría disfrutar de la misma. Para los juristas, obviamente, resulta más accesible por la utilización de distintos tecnicismos jurídicos a los que acostumbramos, pero ello no desmerece la labor realizada por la autora por estructurar la obra de una manera verdaderamente conveniente que hace, más si cabe, muy fácil la lectura de la misma. A mayor abundamiento, pese a que recomendamos una lectura completa del libro, ya que sigue un orden lógico que consideramos muy útil para el lector, la separación de los capítulos en diversos campos permite que estos puedan también leerse separadamente, en función del interés del lector. No obstante, volvemos a incidir en la recomendación de leer la obra al completo, dada su calidad, contenido y la naturalidad con la que todos los capítulos se pueden entrelazar.

En definitiva, consideramos que ésta es una obra ciertamente provechosa, especialmente por tratar un tema ligeramente abandonado que resulta fundamental en la materia laboral, además de que por su claridad puede servir no solo para los estudiosos de la temática, sino para la sociedad en su conjunto y como base para que los organismos públicos, los empleadores y los trabajadores traten el asunto de la violencia laboral como una realidad que puede ser regulada y enfrentada, mejorando el ambiente laboral para el conjunto de actores intervinientes, idea que creemos es una de las principales razones que llevaron a la autora a decidirse por investigar sobre la materia y publicar la analizada monografía.

AGENDA

Informamos de los próximos seminarios, jornadas y congresos que se celebrarán en 2024.

El XXXIV Congreso anual de la AEDTSS tendrá lugar los días 30 y 31 de mayo de 2024 en Mérida con el título “Trabajo, edad y pensiones de jubilación”. Toda la información al respecto en: https://mcusercontent.com/58a0da19df827df1f41098067/files/5e31ab8e-aa53-a867-dd66f0a5673b7c22/REGLAMENTO_XXXIV_CONGRESO_AEDTSS_MERIDA_2024.pdf

En Roma, del 17 al 20 de septiembre de 2024 se celebrará el XXIV Congreso Mundial de la SIDTSS. El título es “El trabajo en un mundo cambiante: la búsqueda de los derechos sociales y de la justicia social”. La organización más directa corre a cargo de la Università Mercatorum de Roma. Es esperable que pronto se disponga de más información en <https://isssl.org/>

Miguel Ángel Martínez-Gijón Machuca
Secretario Ejecutivo *TPDM*
mamgijon@us.es

NORMAS PARA LOS AUTORES DE LA REVISTA *TRABAJO, PERSONA, DERECHO, MERCADO*

ENVÍO DE ORIGINALES, PROCESOS DE EVALUACIÓN Y DE PUBLICACIÓN

Trabajo, Persona, Derecho, Mercado. Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social es una publicación cuatrimestral. Los textos remitidos tienen que ser originales e inéditos. Sus autores deberán comprometerse, además, a no haberlos sometido en paralelo a evaluación en otra publicación.

Los artículos originales se remitirán elaborados en letra Times New Roman, cuerpo 12, excepto título y notas a pie de página, que irán a 14 y 10 respectivamente. Interlineado sencillo y márgenes de 2,5 cm.

Se procurará que los artículos enviados no superen las 25 páginas de extensión, con un mínimo de 10.

La remisión de los trabajos se efectuará a la dirección de correo electrónico tpdmsecretaria@us.es través de la plataforma OJS, entrando en el siguiente enlace: <https://revistascientificas.us.es/index.php/Trabajo-Persona-Derecho-Merca/index>. De su recepción se acusará recibo por el mismo medio en el plazo máximo de una semana.

Los originales se remitirán en archivo Word e irán precedidos de una hoja en la que figure el nombre del autor o autores, dirección de correo electrónico, afiliación institucional, Orcid, dirección postal, teléfono y, si lo estima oportuno, la dirección particular.

La Dirección de la revista y el Consejo de Redacción se reservan el derecho de rechazar cualquier original que, por criterios formales, editoriales o de calidad, consideren que no cumple los requisitos mínimos para ser publicado. Dicha decisión se comunicará a los autores en un plazo máximo de dos meses.

Tras su aceptación a trámite, los textos recibidos iniciarán el proceso de evaluación externa a doble ciego. Cada trabajo contará al menos con dos evaluaciones de expertos externos al Consejo de Redacción. Los autores serán informados del

resultado de las evaluaciones y de la aceptación o rechazo de sus artículos en un plazo máximo de seis meses.

Si los artículos superan el proceso de evaluación, los autores deberán revisar sus textos e incorporar, en su caso, las modificaciones sugeridas por el informe de evaluación. El Consejo de Redacción velará por el cumplimiento de las reglas formales de publicación indicadas.

Los autores corregirán las primeras pruebas de sus artículos, pero no podrán introducir modificaciones significativas en el texto. Tan sólo podrán subsanar erratas y errores tipográficos o actualizar, justificadamente, aquellos puntos o cuestiones concretas que, como consecuencia del tiempo transcurrido entre la aceptación del texto y su publicación, sea necesario poner al día, siempre y cuando no alteren significativamente la composición y las condiciones de reproducción de la publicación.

Para cumplir con los estándares de calidad de revistas científicas, se condiciona la publicación de trabajos por un mismo autor al transcurso de un plazo de dos años respecto del anterior publicado.

Mediante el envío de originales, siempre que sean aceptados para su publicación, se considerará que el autor está cediendo sus derechos y autorizando a *TPDM* a dar la máxima difusión a su contenido en cualquier formato, incluida la publicación a través de su hemeroteca y a través de las páginas web del Grupo de Investigación SEJ-322 del que depende la revista.

ESTRUCTURACIÓN DE LOS TEXTOS

El título del trabajo debe figurar tanto en español como en inglés.

La autoría debe señalarse después del título, alineada a la derecha. Los nombres y apellidos se escribirán en una primera línea. La afiliación se indicará en una segunda línea. El Orcid y el correo electrónico del autor (este en cursiva) se indicarán en tercera y cuarta línea, respectivamente.

Los textos deben ir precedidos de un resumen / abstract en español y de una traducción del mismo al inglés. Los textos redactados en otro idioma deberán aportar la traducción de su resumen al español.

Los textos deben acompañarse, además, de palabras clave / keywords en español y de una traducción de las mismas al inglés. Los textos redactados en otro idioma deben acompañarse de la traducción de las palabras clave al español. El máximo de palabras clave es de cinco, separadas por punto y coma.

Se elaborará un índice general del estudio, utilizando siempre números arábigos, nunca romanos ni letras, no superando el nivel 3 (por ejemplo 2.4.3.).

El título de cada apartado reflejará literalmente, con plena coincidencia, lo expresado en el índice general del trabajo expresado al inicio. Su formato responderá a los siguientes caracteres adicionales: versalita los primeros apartados (1.); minúscula

los subapartados (1.1.); minúscula y cursiva en su tercer nivel (1.1.1.). En todos los casos, los títulos sin punto final.

El texto del artículo siempre a un espacio y sin sangrado de líneas. Se procurará evitar remarcar el texto con comillas, mayúsculas, negritas, subrayados o cursivas, si bien las palabras extranjeras deberán resaltarse mediante este último recurso. Los acrónimos y abreviaturas de leyes y términos jurídicos universales podrán emplearse sin desarrollo explicativo con carácter general; en otro caso, deberán ir precedidas de una exposición en su primer uso a través de paréntesis. Las referencias a proyectos de investigación se podrán incorporar en la primera página mediante nota a pie de página con marca asterisco junto al título del artículo (*).

Las citas textuales irán entre comillas y si superan dos líneas de longitud irán en párrafo aparte, con cuerpo 10 y sangría desde el margen izquierdo. En las notas, las citas textuales irán siempre entre comillas. No se emplearán cursivas para las citas.

Las figuras, mapas y gráficos deberán enviarse en ficheros independientes, en formato tiff o jpg. Su pertinencia será sometida a consideración de los evaluadores. En cualquier caso, el Consejo de Redacción se reserva el derecho de rechazarlos.

Todas las figuras, mapas y gráficos deberán aportar un pie de foto o título identificativo, y serán numerados en arábigos.

Al citar una figura, mapa, gráfico o tabla en el texto, debe hacerse por su número, como “figura 2” o “tabla 3”. No se referirá a ellas por suposición respecto al texto (por ejemplo: “la figura a continuación”) o su número de página (por ejemplo: “la tabla en la página 12”).

Los autores de los textos se responsabilizarán de los derechos de autor asociados a las imágenes, de los que la revista queda eximida.

Las notas a pie de página se utilizarán para incluir texto adicional explicativo o para realizar citas bibliográficas. Las referencias numéricas de las notas (en superíndice) se colocarán antes de los signos de puntuación.

Las citas bibliográficas en las notas a pie de página se realizarán utilizando las normas APA (7ª edición 2020). Es decir: los apellidos del autor, el año de publicación del trabajo y, si procede, la página o páginas citadas. Si se citan varias obras de un autor, sus respectivos años de publicación se separarán por coma, a menos que incluyan citación de páginas, en cuyo caso se separarán por punto y coma. En cambio, las obras de autores distintos se separarán siempre por punto y coma. Si se citan varias obras de un mismo autor publicadas en un mismo año, se distinguirán con letras minúsculas tras el año de edición.

Si un trabajo tiene más de un autor, y hasta tres, sus apellidos se separarán por coma. Pero si los autores son más de tres, se indicará solo el apellido del primero, seguido de coma y de *et al.* (en cursiva).

Las citas en las notas remitirán únicamente a la página o páginas pertinentes de capítulos de libros o artículos de revistas. La cita de la paginación completa se reservará para la bibliografía final.

Cuando se citen obras de más de un volumen, se citará como “vol.” y el número del mismo en romano. Si, tras la mención del volumen, fuera necesario indicar un tomo, se señalará tras un guion corto (sin espacios) y en arábigo (vol. II-1).

Cuando se quiera mencionar el editor, coordinador, director, etc., de una obra, sus apellidos figurarán en primer lugar, como si se tratara de un autor.

Ejemplos de citas en notas:

Navarro Nieto 1996.

Navarro Nieto 1996, 174-180.

Navarro Nieto 1996. 2015.

Navarro Nieto 2005a, 2005b.

Navarro Nieto 1996; 2015, 45.

Navarro Nieto 1996, 75-80; 2015.

Navarro Nieto 1996, 51; Monereo Pérez 2012, 68.

Toda la bibliografía citada en las notas a pie de página deberá agruparse en un apartado final, numerado en arábigos siguiendo el orden de los demás apartados, que se titulará ‘Bibliografía citada’ (o su equivalente en la lengua de redacción del artículo).

Se ordenará por orden alfabético de apellido de autores. En caso de varias obras de un autor, estas se enumerarán por orden cronológico (de más antiguo a más reciente). Y en caso de varias obras de un mismo autor y año, se ordenarán alfabéticamente por título y se las distinguirá con una letra minúscula después del año. Cada entrada repetirá, por completo, los apellidos y nombres de los autores, sin recurrir nunca a *idem*, *eadem* ni al uso de guiones. Si la obra tuviera DOI (Digital Object Identifier) se citará.

En la bibliografía citada final se indicará el apellido o apellidos del autor, seguido de coma, de su nombre desarrollado y el año de edición de la obra (entre paréntesis), seguido de coma. Si hay más de un autor o autora, sus nombres se separarán por punto y coma. A diferencia de las notas a pie de página, en la bibliografía final se indicarán y desarrollarán los nombres de todos los autores (no se empleará *et al.*).

En las monografías se indicará, tras la mención de la autoría, el año de su edición (entre paréntesis), seguido de coma, el título en cursiva, seguido de coma y el lugar de edición de la obra.

En los capítulos de libro se indicará, tras la mención de la autoría, el año de su edición (entre paréntesis), seguido de coma, el título entre comillas seguido de una coma y, a continuación, la información bibliográfica completa de la monografía: autoría, título, lugar de edición y las páginas (sin pp.) correspondientes. Si es necesario

hacer mención de volúmenes, se indicará “vol.” y el número del mismo en números romanos entre la editorial y las páginas.

Los artículos indicarán, tras la mención de la autoría, el año de publicación (entre paréntesis), el título entre comillas, seguido de coma, el nombre de la revista en cursiva, el número del volumen, en arábigos, seguido de coma, y la paginación completa del artículo (sin pp.). Los fascículos de las revistas se separarán con el signo / tras el volumen correspondiente, sin separación de espacios.

Cuando se cite literatura gris (tesis doctorales, informes, memorias, etc.) se facilitarán todos los datos que contribuyan a localizarla, siguiendo el modelo señalado para la bibliografía ordinaria. En el caso de tesis doctorales, se indicará el nombre del autor, año de lectura (entre paréntesis), seguido de coma, el título de la tesis, el lugar de la lectura y la institución académica en que se leyó, separado todo por comas, seguido de “tesis doctoral” (entre paréntesis).

Ejemplos de bibliografía final:

Navarro Nieto, Federico (1996), *Los despidos colectivos*, Madrid.

Gala Durán, Carolina (2011), “Crisis, reestructuración empresarial y regulación de las empresas de recolocación de trabajadores: ¿una oportunidad perdida?”, *Revista de Derecho Social*, 56, 103-120.

Goerlich Peset, José María (2012), “La extinción del contrato de trabajo en el Real Decreto-Ley 3/2012”, en García-Perrote Escartín, Ignacio; Mercader Uguina, Jesús Ricardo (dir.), *Reforma Laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Valladolid, 299-322.

Todos los documentos electrónicos que contengan DOI se citarán utilizando este localizador en detrimento de su dirección URL, y sin indicar fecha de consulta. Los documentos electrónicos que no contengan DOI se citarán indicando su dirección URL y su fecha de consulta entre corchetes [consulta: dd/mm/aaaa].

COMPROMISO ÉTICO PARA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS

Trabajo, Persona, Derecho, Mercado. Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social suscribe la *Guía de buenas prácticas para la publicación*, elaborada por el CSIC, mediante la cual se pretende establecer un código de conducta dirigido a las partes implicadas en la gestión y publicación de los resultados científicos: Consejo de Redacción, autores y revisores de los trabajos.

1. CONSEJO DE REDACCIÓN

El Consejo de Redacción de *TPDM* es el responsable de velar por la calidad científica de los artículos publicados en la revista, así como de evitar las malas prácticas en la publicación de los resultados de las investigaciones. Igualmente, es su función la edición de los trabajos recibidos en un tiempo razonable.

Dicha responsabilidad implica la escrupulosa observación de los siguientes principios:

1.1. Imparcialidad

El Consejo de Redacción debe ser imparcial al gestionar los trabajos propuestos para su publicación y ha de respetar la independencia intelectual de los autores, a quienes se debe reconocer el derecho a réplica en caso de que sus aportaciones hayan recibido una evaluación negativa.

No se deben excluir los trabajos por el hecho de que sus resultados no sean positivos para una institución, proyecto o tesis doctrinal o jurisprudencial consolidada.

1.2. Confidencialidad

Los miembros del Consejo tienen la obligación de guardar confidencialidad sobre los textos recibidos y su contenido hasta que hayan sido aceptados para su publicación. Solo entonces se puede difundir su título y autoría.

Copyright: © Editorial Universidad de Sevilla. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia de uso y distribución Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

Asimismo, ningún miembro ni persona implicada en el proceso de evaluación puede usar para sus propias investigaciones, datos, argumentos o interpretaciones contenidos en trabajos inéditos, salvo con el consentimiento expreso por escrito de quienes los hayan realizado.

1.3. Revisión de los trabajos

El Consejo de Redacción ha de asegurar que los trabajos de investigación publicados han sido evaluados por, al menos, dos especialistas en la materia, y que dicho proceso de revisión ha sido justo e imparcial.

TPDM utiliza el procedimiento de doble ciego (anonimato de quienes han elaborado el trabajo y de los evaluadores). Cuando una de las dos evaluaciones sea negativa, se podrá solicitar, a criterio del Consejo de Redacción, un tercer informe.

Las personas que sometan un trabajo a evaluación podrán proponer los nombres de posibles evaluadores de su trabajo. El Consejo se reserva la decisión de aceptar o no esta propuesta, no estando obligado a comunicar dicha decisión.

El Consejo de Redacción hará hincapié en que en el proceso de evaluación se vigilen la originalidad de los trabajos y se detecte el plagio y las publicaciones redundantes, así como los datos falsificados o manipulados. Además, se indicarán claramente las secciones de la revista cuyos contenidos están sujetos a revisión por pares. Se considerará una infracción muy grave de la *Guía de buenas prácticas* la revelación a los evaluadores del autor del artículo sometido a revisión y viceversa.

1.4. Aceptación o rechazo de manuscritos

La responsabilidad de aceptar o rechazar un trabajo para su publicación recae en el Consejo, que se apoyará en los informes recibidos sobre el mismo. Dichos informes deberán basar su dictamen sobre la calidad de los trabajos en su relevancia, originalidad y claridad de exposición.

El Consejo de Redacción puede rechazar directamente los trabajos recibidos, sin recurrir a un proceso de consulta externa, si los considera inapropiados para la revista por alguno de los siguientes motivos: carecer del exigible nivel de calidad, falta de adecuación a los objetivos científicos de la revista, inadecuación a las normas de la publicación o presentar evidencias de fraude científico.

1.5. Desautorización y noticia de irregularidad

El Consejo de Redacción se reserva el derecho de desautorizar aquellos trabajos, ya publicados, de los que posteriormente se determine su falta de fiabilidad como resultado tanto de errores involuntarios como de fraudes o malas prácticas científicas:

fabricación, manipulación o copia de datos, plagio de textos y publicación redundante o duplicada, omisión de referencias a las fuentes consultadas, utilización de contenidos sin permiso o sin justificación, etc. En caso de conflicto, el Consejo de Redacción solicitará al autor o autores las explicaciones y pruebas pertinentes para aclararlo, y tomará una decisión final basada en estas. Si solo una parte del artículo contiene algún error, este se podrá rectificar posteriormente por medio de una nota editorial o una fe de erratas. El objetivo que guía la desautorización es corregir la producción científica ya publicada, asegurando su integridad.

La revista se reserva el derecho de publicar la noticia sobre la desautorización de un determinado texto y en ella se mencionarán las razones para tal medida, a fin de distinguir la mala práctica del error involuntario. La revista notificará asimismo la desautorización a la institución a la que pertenezca el autor del artículo. La decisión de desautorizar un texto debe adoptarse lo antes posible, con el objeto de que dicho trabajo erróneo no sea citado en su campo de investigación.

Como paso previo a la desautorización definitiva, la revista podrá emitir una noticia de irregularidad, aportando la información necesaria en los mismos términos que en el caso de una desautorización. La noticia de irregularidad se mantendrá el tiempo mínimo necesario, y concluirá con su retirada o con la desautorización formal del artículo.

Los artículos desautorizados se eliminarán del número de la revista transcurridos tres meses desde la publicación de la desautorización, al efecto de que los autores afectados puedan revisar sus trabajos afectados por fuente errónea. Se conservarán, no obstante, en el archivo de la misma y solo se proporcionarán a terceros por motivos razonados de suficiente importancia.

El conflicto de duplicidad causado por la publicación simultánea de un artículo en dos revistas, se resolverá recurriendo a la fecha de recepción del trabajo en cada una de ellas.

1.6. Normas de Autoría

Las normas de presentación de originales para la revista (referentes a la extensión del resumen y del artículo, la preparación de las imágenes, el sistema para las referencias bibliográficas, etc.) deberán ser públicas.

1.7. Conflicto de intereses

El conflicto de intereses surge cuando un trabajo recibido en la revista está firmado por un miembro del Consejo de Redacción, o por quien tiene relación personal o profesional directa o está estrechamente relacionado con la investigación pasada o presente de aquel. Quien está afectado por cualquiera de estos casos debe abstenerse de intervenir en el proceso de evaluación del artículo propuesto.

2. SOBRE LA AUTORÍA DE LOS ARTÍCULOS

Los autores de los textos enviados para su publicación en la revista son los primeros responsables de su contenido, y por ello están obligados a aplicar una norma ética destinada a asegurar su originalidad y debida atribución de autoría, entre otros aspectos.

2.1. Normas de publicación

Los textos presentados para su publicación han de ser el fruto de una investigación original e inédita. Han de incluir los datos obtenidos y utilizados, así como una discusión objetiva de sus resultados. Se ha de aportar la información suficiente para que cualquier especialista pueda consultar y partir de las investigaciones realizadas así como confirmar o refutar las interpretaciones defendidas en el trabajo.

Los autores deberán mencionar adecuadamente la procedencia de las ideas o frases literales tomadas de otros trabajos ya publicados de la forma que se indica en la normativa de la revista.

Cuando se incluyan imágenes como parte de la investigación, se deberá explicar adecuadamente cómo se crearon u obtuvieron, siempre y cuando resulte necesario para su comprensión. En caso de emplear material gráfico (figuras, fotos, mapas, etc.) reproducido parcialmente en otras publicaciones, los autores deberán citar su procedencia, aportando los permisos de reproducción pertinentes si fuera necesario. Se debe evitar la fragmentación innecesaria de los artículos. Si se trata de un trabajo muy extenso, se puede publicar en varias partes, de manera que cada una desarrolle un aspecto determinado del estudio general. Se deben publicar los diferentes trabajos relacionados en la misma revista para facilitar su interpretación, seguimiento y comprensión global por parte de los lectores.

2.2 Originalidad y plagio

Los autores deben asegurar que los datos y resultados expuestos en el trabajo son originales y no han sido copiados, inventados, distorsionados o manipulados.

El plagio en todas sus formas, la publicación múltiple o redundante, así como la invención o manipulación de datos constituyen faltas graves de ética y se consideran fraudes científicos.

Los autores no enviarán a la revista originales que previamente estén sometidos a consideración en otra revista, ni enviarán ese original a otra revista en tanto no reciban notificación de su rechazo o lo retiren voluntariamente. Sin embargo, es admisible publicar un trabajo que amplíe otro ya aparecido como nota breve, comunicación o resumen en las actas de un congreso, siempre que se cite adecuadamente el texto sobre el que se basa, y que las modificaciones supongan una modificación sustancial de lo ya publicado.

También son aceptables las publicaciones secundarias si se dirigen a lectores totalmente diferentes; por ejemplo, si el artículo se publica en diferentes idiomas o si hay una versión para especialistas frente a otra dirigida al público en general. Se deberán especificar estas circunstancias y se citará apropiadamente la publicación original.

2.3. Autoría del trabajo

Quien figure como responsable del artículo ante la revista, en el caso de autoría múltiple, debe garantizar el reconocimiento de quienes hayan contribuido significativamente a la concepción, planificación, diseño, ejecución, obtención de datos, interpretación y discusión de los resultados del trabajo; en todo caso, todas las personas que lo firmen compartirán la responsabilidad del trabajo presentado. Asimismo, quien actúe como persona de contacto, debe asegurar que quienes firman el trabajo han revisado y aprobado la versión final del mismo y dan su visto bueno para su posible publicación. Si *TPDM* o los firmantes del artículo lo solicitan, se describirá de forma escueta la aportación individual de cada integrante del grupo firmante al trabajo colectivo.

2.4. Fuentes de información

En el texto del trabajo se deberán reconocer las publicaciones que hayan influido en la investigación, por lo que se debe identificar y citar en la bibliografía las fuentes originales en las que se basa la información utilizada. No ha de incluir, no obstante, citas irrelevantes o referidas a ejemplos parecidos, y no ha de abusar de las menciones a investigaciones ya asentadas en el *corpus* del conocimiento científico.

El autor no debe utilizar la información obtenida privadamente a través de conversaciones, correspondencia o a partir de algún debate con colegas en la materia, a no ser que cuente con permiso explícito, por escrito, de su fuente de información y dicha información se haya recibido en un contexto de asesoramiento científico. Un tratamiento distinto, lógicamente, presentan las entrevistas y/o encuestas que formen parte de la metodología seguida; en el primer caso, se indicará el nombre y apellidos del entrevistado y la fecha de aquella.

2.5. Errores significativos en trabajos publicados

Cuando un autor o autora descubra un error grave en su trabajo tiene la obligación de comunicarlo a la revista lo antes posible, para que se puedan hacer las modificaciones oportunas, retirarlo, retractarse o publicar una corrección o fe de erratas.

Si el posible error es detectado por cualquiera de los miembros del Consejo de Redacción, el autor está obligado a demostrar que su trabajo es correcto.

El proceso de resolución de estos conflictos es el descrito en el apartado 1.5.

2.6. Conflicto de intereses

Al texto del artículo se deberá acompañar una declaración, en la que conste la existencia de cualquier vínculo comercial, financiero o personal, que pueda afectar a los resultados y las conclusiones de su trabajo. Asimismo, se deberán indicar obligatoriamente todas las fuentes de financiación concedidas para el estudio.

3. EVALUACIÓN DE LOS TRABAJOS

Las personas que participan en la evaluación desempeñan un papel esencial en el proceso que garantiza la calidad de la publicación.

3.1. Confidencialidad

Quien realice una evaluación debe considerar el trabajo que ha de revisar como un documento confidencial hasta su publicación, tanto en el transcurso del proceso de revisión como después de este.

En ningún caso debe difundir ni usar la información, detalles, argumentos o interpretaciones contenidos en el texto objeto de revisión para su propio beneficio o el de otras personas. Únicamente en casos especiales puede recabar el asesoramiento de otros especialistas en la materia, circunstancia de la que debe informar al Editor de *TPDM*.

3.2. Objetividad

Quien realice una evaluación debe juzgar objetivamente la calidad del trabajo completo, es decir, incluyendo la información sobre la que se fundamenta la hipótesis de trabajo, los datos teóricos y experimentales y su interpretación, sin descuidar la presentación y redacción del texto.

Debe concretar sus críticas, y ser objetivo y constructivo en sus comentarios. Ha de argumentar adecuadamente sus juicios, sin adoptar posturas hostiles y respetando la independencia intelectual de quien haya elaborado el trabajo.

Quien realice una evaluación debe advertir al Editor de cualquier similitud sustancial entre el trabajo sometido a evaluación y otro artículo ya publicado, o en proceso de evaluación (publicación redundante o duplicada). Igualmente, ha de llamar la atención sobre textos o datos plagiados, falsificados, inventados o manipulados.

3.3. Prontitud de respuesta

Quien realice una evaluación debe actuar con celeridad y ha de entregar su informe en el tiempo acordado, por lo que notificará al Editor los posibles retrasos.

Asimismo, deberá comunicar al Editor lo antes posible si no se considera capaz de juzgar el trabajo encargado o cumplir su tarea en el plazo acordado.

3.4. Reconocimiento de las fuentes de información

Quien realice una evaluación debe comprobar que son citados los trabajos relevantes ya publicados sobre el tema. Con ese objetivo, revisará la bibliografía recogida en el texto sugiriendo la incorporación de las referencias omitidas.

3.5. Conflicto de intereses

Quien realice una evaluación debe rechazar la revisión de un trabajo cuando mantenga una relación profesional o personal con cualquiera de las personas que hayan intervenido en su autoría que pueda afectar a su juicio sobre dicho trabajo.

Referencias:

- CSIC, *Guía de buenas prácticas para la publicación*:
http://revistas.csic.es/public/guia_buenas_practicas_CSIC.pdf
- COPE (Committee on Publication Ethics):
<http://www.publicationethics.org>
- Directrices EASE (European Association of Science Editors):
<http://www.ease.org.uk>
- *Ethical Guidelines for Journal Publication*:
<http://sjss.universia.net/codigo-etico.jsp>

