

TEMAS LABORALES

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO
Y BIENESTAR SOCIAL

167/2023

Segundo Trimestre

167

TEMAS LABORALES

Revista Andaluza de Trabajo
y Bienestar Social

167

Junta de Andalucía
Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
Dirección y Administración
Calle Algodón, nº 1
41006 Sevilla

CONSEJO ASESOR

PRESIDENTA

ROCÍO BLANCO EGUREN

Consejera de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo

VOCALES

BEATRIZ BARRANCO MONTES	Viceconsejera de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo
JOSÉ MANUEL GÓMEZ MUÑOZ	Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
VICTOR DE SANTOS SÁNCHEZ	Director Territorial de la Inspección de Trabajo y S.S.
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Y BRAVO-FERRER	Consejero Permanente de Estado
FERMIN RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide
SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide
FRANCISCO J. PRADOS DE REYES	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Granada
PATRIZIA TULLINI	Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Bolonia
MARÍA DO ROSARIO PALMA RAMALHO	Catedrática de Derecho del Trabajo. Universidad de Lisboa
EDOARDO ALES	Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Nápoles "Parthenope"

CONSEJO DE REDACCIÓN

ROCÍO BLANCO EGUREN	Consejera de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo
JOSÉ MANUEL GÓMEZ MUÑOZ	Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
JESÚS CRUZ VILLALÓN	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Sevilla
CRISTINA CAMPAYO RODRÍGUEZ	Profesora Titular de Universidad de Economía Aplicada Universidad de Sevilla
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Granada
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Sevilla
SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide
AMPARO MARÍA MOLINA MARTÍN	Profesora Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada

DIRECTOR

JESÚS CRUZ VILLALÓN

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla

SUBDIRECTOR

SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Pablo de Olavide

SECRETARIA

AMPARO MARÍA MOLINA MARTÍN

Profesora Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada

Suscripciones y distribución

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Calle Algodón, nº 1. 41006. Tf. 955 066 200

Precio suscripción anual -incluye cuatro números trimestrales y un especial monográfico- 72 euros. Número suelto: 18 euros.

Boletín de suscripción disponible en publicaciones.carl.ceeta@juntadeandalucia.es

TEMAS LABORALES
REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL
Nº 167/2023

Segundo Trimestre

ÍNDICE

1. ESTUDIOS

Propuestas para el relanzamiento y la consolidación del empleo con apoyo en España.....	11
RICARDO ESTEBAN LEGARRETA	
Inteligencia artificial inclusiva versus discriminatoria ante la discapacidad laboral.....	47
ROSA M ^a GONZÁLEZ DE PATTO	
Inteligencia artificial y relaciones laborales: entre la significación creciente de los algoritmos y el desmentido de su neutralidad aparente.....	75
JUAN CARLOS GARCÍA QUIÑONES	
Las ayudas estatales y autonómicas para la implantación de la semana laboral de cuatro días	127
ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA	
Los créditos laborales en la Reforma Concursal de 2022.....	153
EDUARDO E. TALÉNS VISCONTI	
Huelga y nuevas tecnologías: la encrucijada de un derecho fundamental	185
JOSÉ ENRIQUE RUIZ SAURA	
La responsabilidad social corporativa como herramienta para la consecución de la igualdad de género en cadenas globales de valor	209
RAFAEL GARCÍA GARCÍA	

2. INFORMES Y DOCUMENTOS

La negociación colectiva en Andalucía en 2022	247
---	-----

3. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

RESPONSABILIDAD DE SEGURIDAD SOCIAL Universidad de Córdoba El deber de comprobación y eventual exoneración en materia de contratas y subcontratas.....	269
JOSÉ MARÍA RUZ LÓPEZ	

PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL Universidad de Málaga Las familias “monomarentales” y duración de la prestación por nacimiento y cuidado de menor: ¿una oportunidad perdida?	289
JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS Y ROCÍO MONCADA GARCÍA	

PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL Universidad de Granada El beneficio de la cotización ficticia por parto y su extensión al subsidio por desempleo para mayores de 52 años: una interpretación normativa desde el enfoque de género	315
MARÍA JOSÉ CABALLERO PÉREZ	

4. RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía	331
---	-----

PERFIL CIENTÍFICO Y CALIDAD DE LA REVISTA

TEMAS LABORALES, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, se configura como una publicación científico-técnica destinada al estudio y análisis multidisciplinar de todos los aspectos relacionados con el mundo del trabajo, el sistema de relaciones laborales y el ámbito de la protección social que le resulta propio. Por este carácter está destinada a cuantos profesionales trabajan en el ámbito de las ciencias sociales, en especial, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, la Economía del Trabajo, la Psicología Social, la Sociología del Trabajo y la Ciencia Política.

Esta publicación, que se compone de cuatro números anuales con periodicidad trimestral más un número extraordinario monográfico, sólo editará trabajos de investigación de carácter inédito y de manera exclusiva, carácter del que se habrán de responsabilizar sus autores.

ANVUR (Agencia Nacional italiana de Valoración del sistema Universitario y de la Investigación) tiene reconocido a Temas Laborales como una revista científica clase A en el área 12, ámbito que corresponde a Derecho y Ciencia Jurídica en su conjunto.

TEMAS LABORALES se encuentra incluida también en la clasificación bibliográfica de las siguientes bases de datos y organismos vinculados a la investigación:



ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE REVISTAS DE DERECHO DEL TRABAJO (IALLJ)

TEMAS LABORALES, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, es miembro de la Asociación Internacional de Revistas de Derecho del Trabajo (International Association of Labour Law Journals -IALLJ-) y mantiene acuerdos de colaboración con sus asociados, entre los que se encuentran las más prestigiosas publicaciones científicas especializadas: *Análisis Laboral* (Perú), *Arbeit und Recht* (Alemania), *Australian Journal of Labour Law* (Australia), *Bulletin de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale* (Francia), *Bulletin of Comparative Labour Relations* (Bélgica), *Canadian Labour & Employment Law Journal* (Canadá), *Comparative Labor Law & Policy Journal* (Estados Unidos de América), *Employees & Employers: Labour Law and Social Security Review* (Delavci in delodajalci-Eslovenia), *Derecho de las Relaciones Laborales* (España), *Diritti Lavori Mercati* (Italia), *Diritto delle Relazioni Industriali* (Italia), *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht* (EuZA-Alemania), *European Labour Law Journal* (Bélgica), *E-journal of International and Comparative Labour Studies* (Italia), *Giornale di Diritto del Lavoro* (Italia), *Industrial Law Journal* (Sudáfrica), *Industrial Law Journal* (Reino Unido), *International Journal of Comparative Labour Law & Industrial Relations* (Holanda), *International Labour Review* (OIT), *Japan Labor Review* (Japón), *Labour and Social Law* (Bielorrusia), *Labour Society and Law* (Israel), *Lavoro e Diritto* (Italia), *Pecs Labour Law Journal* (Hungría), *Revista de Derecho Social* (España), *Revue de Droit du Travail* (Francia), *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale* (Italia), *Russian Yearbook of Labour Law* (Rusia), *Studia z Zakresu Prawa Pracy i Polityki Społecznej* (Polonia) y *Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht* (Alemania).

Más información sobre su objeto y actividades, en <http://www.labourlawjournals.com>

HISTÓRICO Y HEMEROTECA DE LA REVISTA

Los contenidos del fondo de la Revista TEMAS LABORALES pueden ser consultados, tanto por autor, título, tipo de artículo, materia o número de edición, en la base de datos creada al efecto y disponible en la web del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, en la sección específica dedicada a la Revista "Temas Laborales": <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carlp/portal/web/guest/documentacion-investigacion/revistas-y-monografias>

FICHA TÉCNICA Y NORMAS SOBRE REMISIÓN DE ORIGINALES

La remisión de los trabajos se efectuará por correo electrónico a los miembros de Dirección de la Revista, siempre debidamente identificados y en archivos de texto que permitan su procesamiento, a alguna de las siguientes cuentas: jesuscruz@us.es y ylo sderio@upo.es. De su recepción se acusará recibo por el mismo medio en el plazo máximo una semana.

De acuerdo con el formato que caracteriza a esta publicación -que puede consultarse en detalle en el espacio web indicado-, los textos originales se remitirán elaborados con letra tipo Times New Roman, tamaño 12 -a excepción del título e índice y notas al pie, que irán a 14 y 10, respectivamente-, interlineado sencillo y márgenes de 2,5 cm. La presentación se habrá de ajustar además a las siguientes reglas de estilo:

1. ENCABEZAMIENTO

Título, todo en mayúscula, negrita, alineado a derecha.

Nombre y apellidos, en mayúscula, sin negrita, alineado a derecha.

Categoría profesional, con referencia al cuerpo y área de conocimiento, con iniciales en mayúscula, cursiva y alineado a derecha.

Universidad o centro de destino, sin negrita y alineado a derecha.

2. EXTRACTO Y PALABRAS CLAVE

En un recuadro que no deberá exceder de una página junto con el encabezamiento anterior, teniendo en cuenta que deberá duplicarse con su traducción al inglés, el autor reflejará en un extracto (*abstract*) las valoraciones, tesis o conclusiones básicas del trabajo, procurando evitar hacer un resumen del mismo que el lector pueda deducir de la lectura del índice. Junto a éste se incorporarán las palabras clave (*key words*) que se estimen indicativas de su contenido hasta un máximo de cinco, separadas por punto y coma.

3. ÍNDICE

Comenzando página nueva se elaborará un índice general del estudio, utilizando siempre números arábigos, nunca romanos ni letras, no superando el triple apartado (p.e.: 2.4.3.).

4. TÍTULOS DE LOS APARTADOS

El título de cada apartado reflejará literalmente, con plena coincidencia, lo expresando en el índice general del trabajo expresado al inicio. Su formato responderá a los siguientes caracteres adicionales: negrita y mayúscula los primeros apartados (1.); minúscula los subapartados (1.1.); minúscula y cursiva en su tercera división (1.1.1.). En todos los casos sin punto final.

5. TEXTO

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 podrán 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 deberá ir precedida de una exposición en su primer uso a través de paréntesis.

Las referencias a proyectos de investigación se pondrán incorporar en la primera página si no se excede la extensión reservada al contenido obligatorio de la misma mediante nota a pie de página con marca asterisco (*).

6. NOTAS

Las notas, que se utilizarán para incluir texto adicional, podrán confeccionarse opcionalmente a pie de página o con el sistema Harvard (autor, año de edición, página). Sólo en el este último caso se incorporará un listado bibliográfico al final del estudio.

En el caso de optar por la nota a pie se identificará debidamente al autor y la obra citada. Para la identificación del autor se utilizarán, en este orden, los dos apellidos (solo la inicial en mayúscula) y la inicial del nombre. Para la identificación de la obra se tendrá que en cuenta que los títulos de las monografías se escribirán en cursiva, figurando a continuación la editorial, lugar y año.

Los títulos de los artículos y de las participaciones en obras colectivas se escribirán entrecuadrados, tras éste, en cursiva, se indicará la revista o el libro de que se trate, así como el de su coordinador o director, entre paréntesis, en el segundo caso. En el caso de revistas, pudiéndose citar mediante su título completo sólo la primera vez, se indicará a continuación el número o tomo de orden y año separados por barra (/), así como el número de la primera y última página, si la referencia es a su conjunto, o la página concreta en otro caso, con las abreviaturas p. y pp. La cita completa de las obras sólo se realizará la primera vez. Para las siguientes bastará con citar el nombre del autor seguido de una versión abreviada del título y del acrónimo "op. cit.", si tiene más de una obra.

Ejemplos:

- Cruz Villalón, J., "Impacto de las reformas laborales sobre la negociación colectiva", TEMAS LABORALES 120/2013, pp.13-32. También, Cruz Villalón, J., "Impacto...", op. cit., TL 120/2013, p.23.

- De Soto Rioja, S., "Los sujetos de la negociación colectiva. En especial, tras las reformas operadas durante 2007", en AA.VV., Cuestiones problemáticas de la negociación colectiva (S. de Soto, Coord.), Monografías de Temas Laborales 42, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2009.

7. EXTENSIÓN

Con las reglas de formato expuestas se procurará no superar las 25 páginas de extensión con un mínimo de 10, en el caso de los estudios de doctrina.

8. CORRECCIÓN DE PRUEBAS

Los originales serán revisados para su adaptación a las reglas de estilo. Las modificaciones que el autor desee realizar con posterioridad a la remisión del documento deberán llevarse a cabo a través de Dirección mediante indicación precisa de las mismas, salvo que sean de tal entidad que requieran de una nueva maquetación pudiendo iniciarse en tal caso un nuevo proceso de evaluación. Salvo circunstancias excepcionales los autores no harán corrección de pruebas.

9. PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN

Los trabajos, previo informe externo de evaluación, serán elevados al Consejo de Redacción a efectos de decidir sobre su admisión, según criterios objetivos de calidad, actualidad, profundidad y oportunidad editorial. De su resultado, en un plazo máximo de 45 días, se dará traslado inmediato al autor.

Con el fin de garantizar la objetividad e independencia de las evaluaciones, el proceso de evaluación de originales se desarrollará de forma anónima. Por consiguiente, la revista no facilitará a los autores la identidad de los evaluadores seleccionados ni tampoco facilitará a estos últimos la identidad de los autores. El informe de evaluación hará referencia al carácter favorable o desfavorable de la evaluación sobre la base de la calificación que obtenga en relación a los siguientes ítems. El informe podrá incluir observaciones y/o recomendaciones para la mejora del mismo.

10. CESIÓN DE DERECHOS

Mediante el envío de originales, siempre que sean aceptados para su publicación, se considerará que el autor está cediendo sus derechos e internacionalmente como: la Guía de buenas prácticas de las publicaciones periódicas y unitarias, elaborada por la Agencia Estatal Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC, 2016), el Código de conducta para editores de revistas (COPE, 2011, 2019), la Guía Ética para revisores pares (COPE, 2018) y el Libro Blanco sobre la promoción de la integridad en las publicaciones de revistas científicas (CSE, 2021).

El detalle y desarrollo de estos compromisos, dirigidos tanto a autores como a revisores, se encuentra disponible en la web oficial de la Revista: <https://www.juntadeandalucia.es/empleoformacionytrabajonautonomo/portalcari/web/guest/documentacion-investigacion/revistas-y-monografias>

COMPROMISO ÉTICO DE TEMAS LABORALES

TEMAS LABORALES, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, se compromete a velar por el cumplimiento de los principios éticos y deontológicos que han de marcar todas las fases de un proceso editorial que tiene por objeto la difusión del conocimiento científico con el máximo rigor.

Los órganos ejecutivos de la Revista, Consejo de Redacción y Dirección, ratifican y hacen propio el contenido de referentes nacionales e internacionales como: la Guía de buenas prácticas de las publicaciones periódicas y unitarias, elaborada por la Agencia Estatal Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC, 2016), el Código de conducta para editores de revistas (COPE, 2011, 2019), la Guía Ética para revisores pares (COPE, 2018) y el Libro Blanco sobre la promoción de la integridad en las publicaciones de revistas científicas (CSE, 2021).

El detalle y desarrollo de estos compromisos, dirigidos tanto a autores como a revisores, se encuentra disponible en la web oficial de la Revista: <https://www.juntadeandalucia.es/empleoformacionytrabajonautonomo/portalcari/web/guest/documentacion-investigacion/revistas-y-monografias>

**LABOUR AFFAIRS
INDUSTRIAL RELATIONS AND SOCIAL WELFARE
ANDALUSIAN REVIEW
Nº 167/2023**

Second Trimester

INDEX

1. STUDIES

Proposals for the relaunch and consolidation of supported employment in Spain	11
RICARDO ESTEBAN LEGARRETA	
Inclusive versus discriminatory artificial intelligence in the face of work disability.....	47
ROSA M ^a GONZÁLEZ DE PATTO	
Artificial intelligence and labour relations: between the growing significance of algorithms and the denial of their apparent neutrality	75
JUAN CARLOS GARCÍA QUIÑONES	
State and regional aid for the implementation of the four-day working week	127
ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA	
Labour credits in the Bankruptcy Reform of 2022	153
EDUARDO E. TALÉNS VISCONTI	
Strike and new technologies: the crossroads of a fundamental right.....	185
JOSÉ ENRIQUE RUIZ SAURA	
Corporate social responsibility as a tool for achieving gender equality in global value chains.....	209
RAFAEL GARCÍA GARCÍA	

2. REPORTS AND DOCUMENTS

Collective bargaining in Andalusia 2022.....	247
--	-----

3. JUDICIAL COMMENTS

SOCIAL SECURITY RESPONSABILITIES

University of Cordoba

The duty of verification and possible exoneration in matters of contracts and subcontractors.....	269
---	-----

JOSÉ MARÍA RUZ LÓPEZ

SOCIAL SECURITY BENEFITS

University of Malaga

Single-parent families and the duration of childbirth and childcare benefit: a missed opportunity?	289
--	-----

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS Y ROCÍO MONCADA GARCÍA

SOCIAL SECURITY BENEFITS

University of Granada

The benefit of the fictitious contribution for childbirth and its extension to unemployment benefit for over 52 years: a normative interpretation from the gender perspective.....	315
--	-----

MARÍA JOSÉ CABALLERO PÉREZ

4. LEGISLATIVE REMARKS

Legislation of the autonomous community of Andalusia	331
--	-----

PROPUESTAS PARA EL RELANZAMIENTO Y LA CONSOLIDACION DEL EMPLEO CON APOYO EN ESPAÑA *

(Reflexiones a la luz de la Observación núm. 8/2022 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, sobre el derecho de las personas con discapacidad al trabajo y al empleo)

RICARDO ESTEBAN LEGARRETA

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

Universitat Autònoma de Barcelona

EXTRACTO

Palabras clave: Empleo con apoyo; discapacidad

El empleo con apoyo, regulado como programa común (RD 870/2007) y también mediante programas autonómicos propios, no es una figura consolidada ni identificable a pesar de ser un instrumento clave para el empleo ordinario de las personas con discapacidad. Asimismo el empleo con apoyo adolece de graves problemas de financiación en el marco del conjunto de programas de empleo. Se trata de una situación no compatible con la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad ni con una adecuada protección del derecho al trabajo de las personas con mayores dificultades. Catalogar el empleo con apoyo como un servicio de la cartera común contribuiría a mejorar la oferta de empleo con apoyo y a garantizar su prestación a las personas con discapacidad. En todo caso, mejorar el empleo con apoyo bajo una mirada de servicio debe llevar a una más intensa coordinación de las entidades promotoras con los servicios públicos de empleo y a tener en consideración los gastos de estructura de esas entidades. Por otra parte, hay otros elementos que deben tenerse en consideración como son la garantía de apoyos continuados, esto es, sin limitación temporal, y una mirada flexible que permita acceder a los apoyos a todos los colectivos que lo necesitan, lo que incluye situaciones de discapacidad no consolidada y prestaciones de alcance residual.

ABSTRACT

Keywords: Supported employment; disability

Supported employment, regulated in Spain as an employment common program (Royal Decree 870/2002) and also regulated by regional programs is neither a consolidated nor a recognizable tool, despite being a key instrument for the regular employment of people with disabilities. Besides, supported employment shows serious and specific funding problems within the framework of all employment programs. This is a situation that is not compatible with the Convention on the Rights of Persons with Disabilities or with proper protection of the right to work for people with deeper impairments.

* Este artículo constituye una versión ampliada y actualizada de la ponencia defendida por su autor en el Seminario “15 años de empleo con apoyo para personas con discapacidad” celebrado en la Universidad Miguel Hernández de Elche, el 7 de octubre de 2022. El autor desea expresar su agradecimiento por la colaboración y la aportación de datos de diversas personas. De una parte, al Sr Alfonso Gutiérrez, presidente de la Asociación Española de Empleo con Apoyo (AESE) y a la Sra Maria Cabré, integrante de la junta directiva de la misma entidad. De otra parte, a la Sra Glòria Canals, miembro de la junta directiva de la *Associació Catalana de Treball amb Suport* (ACTAS).

ÍNDICE

1. PLANTEAMIENTO
2. UNA PRESENTACIÓN PRELIMINAR DEL EMPLEO CON APOYO. DATOS DE IMPLANTACIÓN
 - 1.1. El empleo con apoyo. Principales rasgos definidores
 - 1.2. Algunos datos sobre la implantación del empleo con apoyo
3. LA REGULACIÓN DEL EMPLEO CON APOYO. DE LOS ACUERDOS MTAS-CERMI A LA OBSERVACIÓN NÚM. 8/2022 SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD
 - 3.1. Gestación de la regulación estatal. Objetivos del reglamento estatal de 2007
 - 3.2. Regulación actual. Entre el reglamento común estatal, un contenido legal prescindible y su difuminación en algunas convocatorias autonómicas
 - 3.3. Incidencia de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad y de la Observación 8/2022 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en la regulación del Empleo con Apoyo
4. ELEMENTOS CLAVE PARA EL RELANZAMIENTO DEL EMPLEO CON APOYO
 - 4.1. El debate en torno a la naturaleza de programa o servicio de empleo. Algunas cuestiones conexas
 - 4.1.1. La realidad actual: el empleo con apoyo como programa
 - 4.1.2. El empleo con apoyo como servicio y su posible inclusión en la cartera básica
 - 4.1.3. La financiación de otros costes del servicio
 - 4.1.4. La necesaria coordinación de las entidades promotoras con otros servicios de empleo, en especial con el servicio público de empleo
 - 4.2. Otros aspectos relevantes para una mejora del empleo con apoyo
 - 4.2.1. La relativización del vínculo empleo con apoyo y efectiva contratación de las personas usuarias
 - 4.2.2. La necesidad de añadir acciones subvencionables en el procedimiento de empleo con apoyo
 - 4.2.3. La necesidad de garantizar un empleo con apoyo sin limitación temporal
 - 4.2.4. Personas trabajadoras y trabajos contemplados en el empleo con apoyo
5. CONCLUSIONES

1. PLANTEAMIENTO

Este artículo tiene como objetivo efectuar algunas reflexiones y propuestas para relanzar el empleo con apoyo, un programa de empleo dotado de regulación estatal desde la aprobación del RD 870/2007, de 2 de julio, ordenado a una finalidad clave, como es el acceso y la consolidación de las personas con discapacidad severa en el mercado ordinario de trabajo. Sin embargo, hoy en día el empleo con apoyo (en adelante EcA) adolece de falta de consolidación y de poca visibilidad, una cuestión no menor teniendo en cuenta que el Estado español ratificó la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad en el año 2008 y que el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad ha hecho público en septiembre del pasado año su Observación núm, 8/2022, sobre el derecho de las personas con discapacidad al trabajo y al empleo¹, que otorga al empleo con apoyo una notable relevancia.

¹ <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G22/518/60/PDF/G2251860.pdf?OpenElement>

El artículo parte de una presentación de las características fundamentales de la figura y de un pequeño balance de datos (2), para pasar a continuación a un análisis de los instrumentos reguladores del EcA (3), un apartado clave en el que se examina el papel representado por el RD 870/2007 –el reglamento regulador del programa estatal–, por la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad (Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, en adelante TRLGDPD) y por los programas autonómicos propios, de notable relevancia en algunas Comunidades Autónomas. Asimismo, el apartado sirve para reflejar el impacto de la Convención Internacional en el empleo con apoyo, teniendo en consideración los ambiciosos planteamientos de la Observación núm 8/2022, ya mencionada. El último apartado del artículo (4), se centra en un análisis propositivo dirigido a la mejora del EcA en un contexto que forzosamente debería ser expansivo. En este sentido, algunas de las propuestas de mejora reivindican la naturaleza de servicio del EcA, no de un mero programa de empleo (4.1). Asimismo, el apartado 4.2 efectúa una aproximación a otros aspectos que deberían contemplarse con carácter general para lograr una mayor eficacia del EcA en sus finalidades. En este apartado son de particular interés algunos planteamientos apuntados por la nueva Ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo.

En fin, en perspectiva metodológica cabe señalar que el artículo lleva a cabo un análisis comparado del RD 870/2007, regulador del programa estatal o común, con algunos programas propios autonómicos, es decir, aquellos que se separan del programa estatal en base a las posibilidades señaladas por el RD 818/2021, de programas de empleo. En este sentido, para hacer más operativo el análisis se han seleccionado programas autonómicos propios que, en general, superan el planteamiento del programa común y pueden ser un buen modelo de cara a su perfeccionamiento; todo ello sin olvidar que el programa común es seguido por otras convocatorias autonómicas². Respecto a los programas autonómicos propios, se han tenido en cuenta de un modo particular las siguientes normas de bases: la Orden de la Región de Murcia de 20 de junio de 2022, el Decreto de bases del País Vasco 168/2019 de 29 de octubre, la Orden catalana ESS/1120/2017, de 20 de noviembre³ y la Orden de la Comunidad Valenciana 21/2016 de 20 de octubre. En ocasiones, en el análisis se han tenido en cuenta algunos matices aportados por las normas de convocatoria.

² Como se verá, algunas Comunidades Autónomas se ciñen en sus convocatorias al Decreto estatal 870/2007 de un modo muy estrecho, ya que han optado por convocar programas comunes. Este es el caso, entre otros, de la Orden Andaluza de 7 de febrero de 2017 o bien la Orden de Castilla-La Mancha 53/2019, de 5 de marzo.

³ Téngase en cuenta que fruto de la disponibilidad de fondos europeos, en Cataluña han convivido en 2022 diversas convocatorias de programas propios de empleo con apoyo, pero para el comentario se utilizará el programa más tradicional, citado en texto principal. Además, cabe señalar por su importancia el denominado “Programa Acompanya”, regulado mediante la Orden EMT/249/2021 de 7 de diciembre.

2. UNA PRESENTACIÓN PRELIMINAR DEL EMPLEO CON APOYO. DATOS DE IMPLANTACIÓN

2.1. El empleo con apoyo. Principales rasgos definidores

El empleo con apoyo es definido por el artículo 41 de la TRLGDPCD –trasunto del artículo 2 RD 870/2007–, como “el conjunto de acciones de orientación y acompañamiento individualizado en el puesto de trabajo, que tienen por objeto facilitar la adaptación social y laboral de personas trabajadoras con discapacidad con especiales dificultades de inclusión laboral en empresas del mercado ordinario de trabajo en condiciones similares al resto de trabajadores que desempeñan puestos equivalentes”.

Se trata de una figura que no se aplica de modo generalizado a todas las personas con discapacidad, sino que como se verá, es un programa restringido a personas con especiales dificultades de inclusión en la empresa ordinaria⁴. Simplificando, son beneficiarias del empleo con apoyo las personas con discapacidad psíquica en grado no inferior al 33 por 100 y las personas con discapacidad física en un grado no inferior al 65 por 100 (art. 3 RD 870/2007)⁵, más allá de algunas matizaciones autonómicas que serán abordadas oportunamente. Asimismo, el perfil de la persona beneficiaria exige la inscripción como demandante de empleo no ocupada.

La normativa estatal y autonómica –programas propios– coinciden en el objetivo del empleo con apoyo, orientado a consolidar la presencia de personas con discapacidad severa en empresas ordinarias, que deberán contratarlas en condiciones de “plena normalidad”. Por lo tanto, cabe marcar diferencias con una figura que guarda semejanzas con el empleo con apoyo: los enclaves laborales⁶, regulados en el RD 290/2004 de 20 de febrero⁷.

Más allá de las anteriores consideraciones, lo que define el empleo con apoyo es el abigarrado conjunto de acciones, señaladas en el RD 870/2007.

⁴ Cordero Gordillo, V.: *Régimen jurídico del empleo de las personas con discapacidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pág. 221, resaltaba el valor de la figura, en tanto que mecanismo específico para colectivos más vulnerables, dado que buena parte de las medidas de fomento de empleo ha tenido una aplicación generalizada e igualitaria.

⁵ Más allá de las personas con discapacidad física en grado no inferior al 65 por 100, la normativa añade a las personas sordas o con discapacidad auditiva en un grado no inferior al 33 por 100.

⁶ La similitud es notable, razón por la que tradicionalmente los enclaves han sido una suerte de subcategoría del empleo con apoyo: Jordán de Urries, B. y Verdugo Alonso, M.A.: *El empleo con apoyo en España. Análisis de variables que determinan la obtención y mejora de resultados en el desarrollo de los servicios*, Madrid, Real Patronato sobre Discapacidad, Serie Documentos 59/2003, pág. 43.

⁷ Como es sabido, el enclave es una figura mediante la cual un Centro Especial de Empleo puede desplazar a un grupo o equipo de trabajadores a una empresa ordinaria, si bien en esta

Así, su artículo 2.2 remarca que el empleo con apoyo deberá llevarse a cabo en el marco de proyectos, en los que deberán contemplarse, un amplio conjunto de acciones; “al menos” las mencionadas en el texto reglamentario⁸. En su conjunto, las acciones tendrán por objeto la detección de necesidades y la prevención de posibles obstáculos, tanto para la persona trabajadora como para la empresa que la contrata, que pongan en peligro el objetivo de inserción y permanencia en el empleo. Son clave las acciones de ajuste inicial de la persona trabajadora, así como el adiestramiento/acompañamiento en el puesto y la realización de actividades de acercamiento y mediación entre la persona en inserción, la plantilla y personas que ejerzan poder de dirección en la empresa.

Con carácter general, el planteamiento de los programas propios autonómicos sigue de cerca el prolijo listado de acciones del RD 870/2007⁹. Como matiz, cabe señalar que algunas normas autonómicas parecen simplificar este punto de partida¹⁰, al tiempo que otras lo amplían, como es el caso de las acciones de prospección laboral y de prácticas prelaborales previstas y financiadas por algunos programas autonómicos.

Asimismo, cabe destacar que algunas de las acciones integradas en el RD 870/2007 se llevarán a cabo con anterioridad a la formalización de la relación laboral, como es el caso de la orientación y asesoramiento de la persona con discapacidad. Ahora bien, la mayoría de las acciones deberían llevarse a cabo una vez se ha formalizado el contrato de trabajo entre la empresa y la persona trabajadora. Destacan en este sentido, dos acciones clave, como son (art. 2.2 RD 870/2007), el adiestramiento específico del trabajador con discapacidad en las tareas inherentes al puesto de trabajo; o bien el seguimiento del trabajador y evaluación del proceso de inserción en el puesto de trabajo. Precisamente, este dato lleva a recordar que

hipótesis ni la empresa contrata a las personas con discapacidad que prestan servicios en ella –en realidad están contratadas por un Centro Especial de Empleo–, ni el apoyo se presta de modo individualizado y bajo el visto bueno y la coordinación con la empresa ordinaria. En el caso de los enclaves, los apoyos y el seguimiento se prestan a una agrupación de trabajadores con discapacidad que desempeña su actividad de modo conjunto y en estrecha colaboración, en un régimen asimilable al trabajo en común del artículo 10 del TRLET

⁸ En este sentido, se señalan la “a) Orientación, asesoramiento y acompañamiento a la persona con discapacidad, elaborando para cada trabajador un programa de adaptación al puesto de trabajo; b) labores de acercamiento y mutua ayuda entre el trabajador beneficiario del programa de empleo con apoyo, el empleador y el personal de la empresa que comparta tareas con el trabajador con discapacidad; c) apoyo al trabajador en el desarrollo de habilidades sociales y comunitarias, de modo que pueda relacionarse con el entorno laboral en las mejores condiciones; d) adiestramiento específico del trabajador con discapacidad en las tareas inherentes al puesto de trabajo; e) seguimiento del trabajador y evaluación del proceso de inserción en el puesto de trabajo y finalmente, “f) Asesoramiento e información a la empresa sobre las necesidades y procesos de adaptación del puesto de trabajo”.

⁹ La Orden de 20 de junio de 2022 de la Región de Murcia (art. 9) seguiría este modelo.

¹⁰ Este es claramente el caso de la Orden de la Comunidad Valenciana 21/2016 (art. 4).

uno de los debates pendientes es la inclusión –y la financiación– de acciones prelaborales en el marco de los proyectos de EcA: las prácticas prelaborales y la prospección laboral.

Por otra parte, las acciones integrantes del EcA se desarrollan en un periodo temporal coincidente con la duración del proyecto, noción mencionada pero no definida, en los artículos 4 y 5 del Decreto estatal. En aras a la claridad conceptual, debe subrayarse que la noción proyecto se refiere a una propuesta de actividad de empleo con apoyo acotada temporalmente, y por la que se solicita subvención. Por lo general, los proyectos coinciden con un plazo temporal de ejecución, otorgado por las convocatorias, de en torno a un año o año y medio¹¹. Ahora bien, más allá de su acotamiento temporal en proyectos, queda abierta la cuestión a propósito de si para cada persona con discapacidad, el empleo con apoyo debe ser una acción sostenida o limitada en el tiempo.

La ejecución de los proyectos se realizará fundamentalmente bajo la responsabilidad de entidades promotoras de EcA, que por lo general son organizaciones sin ánimo de lucro y con experiencia en la gestión de programas en favor del empleo de las personas con discapacidad (art. 7 RD 870/2007)¹². La figura central en la entidad promotora es la persona preparadora laboral¹³, que es en quien ejecuta la práctica totalidad de las acciones del empleo con apoyo. Por ello, en el RD 870/2007 la subvención se centra exclusivamente en los costes laborales y de Seguridad Social de la persona que ejerce actividad de preparación laboral. En concreto, la subvención prevista en el RD 870/2007, mejorada en 2021, asciende a 33.250 euros como cifra máxima a subvencionar en concepto de salario, a la que se añadirán las cuotas patronales a la Seguridad Social a cargo de las entidades

¹¹ A título de ejemplo, la convocatoria de la orden catalana ESS/1120/2017 para 2022 (Resolución EMT/2477/2022 de 27 de julio) prevé un periodo de ejecución de las acciones que va desde enero de 2022 hasta finales de junio de 2023.

¹² El Decreto estatal contempla también a los Centros Especiales de Empleo como potenciales impulsores del EcA. Asimismo, el RD 870/2007 prevé que las propias empresas ordinarias puedan promover proyectos de EcA, aunque las convocatorias autonómicas propias examinadas excluyen en general esta posibilidad.

¹³ En este punto, como en otros, la norma no difiere del planteamiento conceptual prenормativo y más clásico del EcA formulado por Jordán de Urríes Vega, B. y Verdugo Alonso, M.A.: *El empleo con apoyo en España. Análisis...*, pág. 24, quienes subrayan como fundamental el papel del preparador/ra laboral. De acuerdo con el artículo 7 del RD 870/2007, las personas que desempeñen esta actividad deberían estar “en posesión de una titulación mínima de formación profesional o equivalente y acreditar una experiencia previa de al menos un año en actividades de integración laboral de personas con discapacidad que les capacite para la realización de funciones de su puesto”. Se trata de requerimientos modestos, sin perjuicio de que algunos programas propios sugieren o establecen planteamientos más exigentes. Así, el artículo 23 del Decreto 168/2019 del País Vasco exige título de Formación Profesional de grado medio y para el caso de las actividades de prospección se exige titulación universitaria. En el caso de la Orden de la Región de Murcia de 20 de junio de 2022 se amplía el foco más allá del nivel Formación Profesional de grado medio, mencionando los grados superiores y los títulos universitarios (art. 10).

promotoras (art. 8 RD 870/2007). Ahora bien, un debate clásico en la materia se centra en torno a la reivindicación de subvenciones por costes de estructura de las entidades promotoras. Se trata, como veremos, de un planteamiento que se sustenta en la consideración del empleo con apoyo como un servicio dotado de continuidad y de complejidad, generada esta última por el notable volumen de acciones que lo acompañan.

En fin, el empleo con apoyo constituye una actividad llevada a cabo en el marco de convocatorias públicas de financiación. Ahora bien, ello no siempre es así porque carencias diversas en materia de financiación –por la discontinuidad en las convocatorias de subvenciones¹⁴ o incluso la falta de convocatorias¹⁵, por el carácter limitado de las partidas reservadas¹⁶ o los retrasos en la publicación de las convocatorias¹⁷– han llevado a la Fundación Caja de Madrid, primero y al Programa Incorpora de la Fundación La Caixa después, a financiar con fondos privados proyectos de empleo con apoyo en el marco de su obra social. No en vano, de acuerdo con datos del Observatorio Estatal de la Discapacidad, en 2016 un 28'8 por 100 de la financiación del EcA procedía de Obras Sociales, fundaciones y otras entidades no lucrativas¹⁸. La aportación de la Fundación La Caixa es relevante en un contexto de penuria de recursos públicos si bien, no es fácil acceder a datos

¹⁴ La discontinuidad deriva de que por su naturaleza de programa, las Administraciones competentes no tienen la obligación de publicar de manera continuada convocatorias de subvenciones.

¹⁵ Por ejemplo, Asturias no ha publicado convocatoria en 2022, ni del programa común ni de programa propio. De hecho, desde 2008, año en que sí hubo una convocatoria, no ha vuelto a convocar ayudas por el empleo con apoyo. El examen de los programas de la Comunidad Autónoma de Cantabria permite deducir que hace tiempo que no hay convocatorias del programa común ni de programa propio en la materia: <https://www.empleacantabria.es/ayudas-y-subsvenciones> (consultado el 1 de febrero de 2023).

¹⁶ A mero título de ejemplo, la resolución del Servicio Andaluz de Empleo de 1 de abril de 2022, prevé para los años 2022 y 2023 una partida de 100.000 euros por año para financiar el EcA en todo el territorio de la Comunidad Autónoma. Ciertamente la resolución advierte que la partida prodría ampliarse pero es evidente que la cifra de salida es muy baja si consideramos los costes de contratación de personas preparadores de EcA y la población de la Comunidad Autónoma de Andalucía. En todo caso, la norma de bases de la convocatoria de programa común, Orden de la Consejería de Empleo, Empresa y Comercio, de 7 de febrero de 2017, señala que se financiará una persona preparadora por provincia, de modo que el gasto final debería ser algo más elevado si se conceden solicitudes en todas o en buena parte de las ocho provincias.

¹⁷ La consulta de las convocatorias permite observar que las mismas aparecen con un notable retraso, lo que obliga a las entidades prestadoras de EcA a funcionar desde principio del ejercicio sin contar todavía con las subvenciones para poder sufragar los gastos que genera la actividad. A título de ejemplo, en el ejercicio de 2022 las convocatorias de la Región de Murcia y de Cataluña son del mes de julio, pero debe añadirse el tiempo necesario para la gestión de las ayudas, antes de procederse al pago efectivo de la subvención.

¹⁸ Observatorio Estatal de la Discapacidad (OED): *Realidad, situación, dimensión y tendencias del empleo con apoyo en España en el Horizonte del año 2020*, OED, 2017, pág. 61.

precisos¹⁹. Por lo demás, ello abre la cuestión a propósito de si al empleo con apoyo financiado con fondos privados –o no financiado– le son siempre de aplicación las exigencias previstas en el RD 870/2007, o si incluso le sería de aplicación algunas ventajas, como es la regla de no exclusión de acceso a bonificaciones previstas en la Ley 43/2006, a las que me referiré en la parte final de este artículo.

En fin, probablemente la falta de un fondo específico y suficiente para el EcA tiene su causa en los costes de las medidas de fomento del empleo protegido, que han lastrado el despegue del empleo con apoyo; al menos, eso suele argumentarse por parte de los responsables autonómicos. Así, cuando se aprueba el RD 870/2007, ya había importantes compromisos en subvenciones a Centros Especiales de Empleo, especialmente las referidas a costes salariales. En este sentido, poco tiempo después de la aprobación del RD 870/2007, en el año 2009, y según datos de la Subdirección General de Políticas Activas de Empleo del SEPE²⁰, los CEE tenían ya en sus plantillas un total de 56.332 trabajadores con discapacidad, lo que generaba unos elevados costes de financiación para las arcas públicas. Solamente la medida más emblemática, la subvención por costes salariales –en aquel momento equivalentes al 50 por 100 del salario mínimo interprofesional–, generó en el año 2009 obligaciones por algo más de 256 millones de euros²¹. En el año 2021, las plantillas de estos establecimientos alcanzaron las 98.551 personas²² lo que ha

¹⁹ Los datos disponibles, extraídos del informe encargado por La Fundación la Caixa: *Valoración cuantitativa del Impacto del Programa Incorpora*, 2013, ejemplar fotocopiado, indican un retorno social sobre la inversión (SROI) de 156'7 millones de euros. Del documento se deduce que la Fundación La Caixa concedió ayudas en 2012 por valor aproximado de 20'2 millones de euros, un cantidad que aplicando los baremos actualizados del RD 870/2007 permitiría contratar actualmente más de 400 personas preparadoras laborales.

²⁰ Se mantiene el acrónimo y la denominación del Servicio Público de Empleo Estatal dado que todavía no se ha operado la transformación del SEPE en la Agencia Española de Empleo, de conformidad con lo previsto en la Disposición Adicional Primera de la Ley de 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo.

²¹ Al detalle, las subvenciones alcanzaron el montante de 246.058.176 euros. Dicha cifra se ha obtenido multiplicando la plantilla de Centros en 2009 (56.332 personas), facilitada por la Subdirección General de Políticas Activas de Empleo del SEPE, por la cuantía equivalente a la mitad del salario mínimo interprofesional de 2009 con prorrata de pagas extraordinarias (364 euros) por doce meses.

²² Son datos obtenidos de la Subdirección General de Políticas Activas de Empleo del SEPE. El cálculo prudencial a la baja de la cifra dedicada a subvenciones –en concreto 655.364.150 euros–, se ha llevado a cabo multiplicando el volumen de las plantillas con discapacidad en 2021 –98.551 personas– por el 50 por 100 del salario mínimo interprofesional de 2021 en su cuantía hasta el mes de agosto, que fue de 554'16 euros con prorrata de pagas extraordinarias por doce meses. Recuérdese que en cuantía al 100 por 100, la suma del smi fue de 1.108'33 euros con la prorrata de pagas extraordinarias. A partir de septiembre de 2021 el smi experimentó una ligera subida hasta los 1125'83 euros mensuales, con prorrata de pagas. Téngase en cuenta, de todos modos, que a partir de 2021 el RD 881/2021, de programas de empleo amplia la cuantía de la subvención por costes salariales de Centros Especiales de Empleo (art. 54) en el caso de personas con mayores dificultades de acceso al mercado de trabajo, hasta el 55 por 100 en el caso de personas contratadas mediante vínculo indefinido –y algo más en otros supuestos–, aunque debe matizarse también que dicho

generado una partida estimada de subvenciones por costes salariales de algo más de 655 millones de euros. Esta evolución no permite disponer de recursos para políticas mucho más acuciantes, como el empleo con apoyo.

2.2. Algunos datos sobre la implantación del empleo con apoyo

Una de las cuestiones más llamativas en torno al empleo con apoyo es la dificultad para acceder a datos precisos, ya que las cifras son inseguras y fragmentarias. Ciertamente, diversos documentos ofrecen datos que permitirán valorar el volumen de beneficiarios y su evolución. Ahora bien, debe clarificarse que la norma estatal, el RD 870/2007, parte de que solo son personas beneficiarias del EcA las que sean efectivamente contratadas por la empresa. Sin embargo, en la práctica, las entidades e informes suelen incluir como personas beneficiarias tanto a las empleadas como a las que se encuentran en fase de preparación previa a la contratación laboral; que podrá finalmente formalizarse o no. De ahí que los datos pueden fluctuar dependiendo de lo que entendamos por personas usuarias. A mi entender, lo razonable es incluir en el computo a todas las personas beneficiarias del acompañamiento, sean o no finalmente contratadas.

De cualquier modo, las cifras del EcA muestran un alcance muy modesto en todo su recorrido histórico. Así, de acuerdo con datos de 1999, en España había un total de 2417 personas trabajando en el marco de experiencias pioneras de empleo con apoyo²³. Datos significativamente posteriores, correspondientes a 2016 indican un estancamiento notable ya que el total de personas atendidas –trabajando o no– en el marco de proyectos de empleo con apoyo era de 2998²⁴; todo ello a pesar de que desde 2007 se contaba con el Decreto estatal que iba a constituir un revulsivo para el empleo con apoyo. Finalmente, de acuerdo con datos aproximados facilitados por la Asociación Española de Empleo con Apoyo (en adelante AESE) se estima que en 2022 había en torno a 10.000, personas beneficiarias²⁵. En el bien entendido

aumento no tuvo que trasladarse necesariamente a las convocatorias de 2021. Por lo demás, la cifra podría rebajarse ligeramente, si tenemos en cuenta que algunas Comunidades Autónomas pueden matizar las cifras a la baja regulando programas propios.

²³ Datos extraídos de Jordán de Urríes Vega, B. y Verdugo Alonso, M.A.: *El empleo con apoyo en España. Análisis...*, pág. 63. En estos datos no queda claro qué volumen de personas atendidas en proyectos de EcA no ha sido objeto de contratación laboral.

²⁴ Observatorio Estatal de la Discapacidad (OED): *Realidad, situación, dimensión y tendencias del empleo con apoyo en España...* cit, pág. 54. De todos modos, el estudio indica que 47 entidades respondieron al cuestionario, de lo que cabe deducir que no son datos exhaustivos de toda España. Se ha de apuntar que la desaparición de las líneas de ayudas del Programa de Caja Madrid, en torno a 2011, generó un impacto negativo en el volumen de proyectos de EcA disponibles.

²⁵ Dato aproximado facilitado por el Sr Alfonso Gutiérrez, presidente de la Asociación Española de Empleo con Apoyo (AESE).

de que esa cifra incluye tanto a personas que trabajan como a personas en fase de inserción, es decir, no contratadas efectivamente.

Han sido diversas las causas que han contribuido al lento despegue del EcA en España. Seguramente, las rigideces y las deficiencias en la financiación de la medida –ya señaladas– han debido tener bastante que ver. A ello se añade una muy baja tasa de actividad del colectivo beneficiario, alimentada en parte por sus escasas expectativas laborales. A título de ejemplo y en base a los datos del Instituto Nacional de Estadística, durante 2021 la tasa de actividad de dos subcolectivos clave para el empleo con apoyo, las personas con discapacidad intelectual y con trastorno mental fue, respectivamente, del 27’5 por 100 y del 29 por 100²⁶. Además, algunos informes detectan un mercado de trabajo refractario a la contratación de personas con discapacidad afectadas de especiales dificultades²⁷. En este sentido, llama la atención que en 2021, de acuerdo con datos facilitados por la Subdirección General de Políticas Activas del SEPE había un total de 47.087 personas con discapacidad afectadas por especiales dificultades trabajando Centros Especiales de Empleo²⁸, mientras que de acuerdo con los datos aproximados aportados por AESE podría haber en torno a 10.000 personas de las mismas características en proceso de empleo con apoyo; algunas de ellas como usuarias sin un efectivo vínculo laboral.

Tras esta exposición de datos se abordará un análisis básico del estado de la regulación del EcA y de las complejas relaciones entre los marcos estatal y autonómico. A todo ello se añadirán datos y reflexiones sobre las exigencias derivadas de la CIDPD en el marco regulador interno.

²⁶ Datos extraídos de <https://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?tpx=49183>

²⁷ El documento Observatorio Estatal de la Discapacidad (OED): *Realidad, situación, dimensión y tendencias del empleo con apoyo en España...*cit, pág. 72, señala que las entidades de EcA “aprecian que existe un mercado laboral poco social, que ofrece pocas oportunidades al colectivo por desconocimiento o desinterés”.

²⁸ Desglosados, los datos nos indican el siguiente detalle: 40.280 personas con discapacidad psíquica, 3921 personas con discapacidad física en grado igual o superior al 65 por 100 y 2.886 personas con discapacidad sensorial en grado igual o superior al 65 por 100.

3. LA REGULACIÓN DEL EMPLEO CON APOYO. DE LOS ACUERDOS MTAS-CERMI A LA OBSERVACIÓN NÚM 8/2022 DEL COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

3.1. Gestación de la regulación estatal. Objetivos del reglamento estatal de 2007

El empleo con apoyo se inicia en España a finales de los años ochenta y principios de los noventa²⁹ como una práctica llevada a cabo por algunas entidades pioneras que partieron del esquema de integración originado en Estados Unidos, consistente en “desplazar” los apoyos de entornos laborales protegidos a la empresa ordinaria. La LISMI no contempló el EcA ya que parecía prever que las personas con discapacidad severa deberían mantenerse *sine die* en entornos productivos protegidos (art. 41 LISMI)³⁰. Este planteamiento quedaba reforzado teniendo en cuenta que el ámbito de la relación laboral especial de personas con discapacidad –RD 1368/1985, de 17 de julio–, se circunscribía al trabajo desempeñado en los Centros Especiales de Empleo. Ahora bien, ninguna norma impide o impedía el acceso a la empresa ordinaria de personas con discapacidad severa, una cuestión subrayada por la STS de 9 de octubre de 2012 (rec 3667/2011), al apuntar en su fundamento de derecho tercero que “Los trabajadores con discapacidad pueden ser sujetos de una relación laboral ordinaria y ser contratados por cualquier empresa sin necesidad de que el empresario tenga características particulares”, lo que no obsta a la necesidad de facilitar apoyos laborales para algunos perfiles de personas con discapacidad.

La regulación del empleo con apoyo se llevará a cabo, paradójicamente, en el contexto de un giro sostenido de nuestra regulación hacia la potenciación del empleo protegido, mediante dos Acuerdos firmados entre el entonces Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y el Comité de Representantes de personas con Discapacidad, (CERMI). Fueron los llamados Acuerdos MTAS-CERMI I y II, que propiciaron importantes reformas normativas. Es en el contexto del Acuerdo MTAS-CERMI II en el que se acordó la regulación y la promoción de la figura del empleo con apoyo, que se acabaría gestando mediante el RD 870/2007³¹, una

²⁹ Jordán de Urríes Vega, B. y Verdugo Alonso, M.A.: *El empleo con apoyo en España. Análisis...*, pág. 51 y ss dan cuenta de las primeras experiencias del EcA en España.

³⁰ Nótese que la LISMI preveía que las personas con discapacidad afectadas de especiales dificultades, –“*Los minusválidos que por razón de la naturaleza o de las consecuencias de sus minusvalías*” en expresión de la Ley– debían ser empleadas en Centros Especiales de Empleo cuando no pudiesen provisional o definitivamente, ejercer una actividad laboral en la empresa ordinaria. En realidad, la falta de EcA conducía a estas personas, sin otra opción, al empleo protegido.

³¹ Sobre el proceso de gestación del Decreto estatal puede verse Esteban Legarreta, R.: “La regulación estatal del empleo con apoyo: un mecanismo necesario para el empleo de las personas

norma con dos grandes objetivos. De un lado, dotar de bases más sólidas a la figura, atribuyéndole un reconocimiento entre los programas de empleo y dando cobertura estatal a la figura del preparador laboral. De otra parte, la regulación estatal abría la puerta a una mejor y más estable financiación del EcA³², que hasta entonces se había movido en un terreno de inseguridad e inestabilidad; una situación que lamentablemente el Decreto 870/2007 no iba a mejorar significativamente³³.

En todo caso, cabe subrayar que el marco regulador autonómico tuvo relevancia antes de la aprobación del RD 870/2007 y lo ha seguido manteniendo después. En este sentido, a partir de 1995 se habían ido aprobado múltiples normas autonómicas que regularon modestamente –cuando no precariamente o con carácter experimental–, el empleo con apoyo a fin de regular bases y convocar ayudas para proyectos³⁴. Aparentemente, el RD 870/2007 iba a propiciar la dignificación y la homogeneización de la figura pero tras su aprobación³⁵ las normas reglamentarias autonómicas han conservado un papel muy relevante, sobre todo en aquellos territorios en que se han activado programas propios. En este sentido, el RD 870/2007 ha sido una norma de claros oscuros porque ha marcado unos mínimos para las Comunidades Autónomas que han optado por efectuar convocatorias de programa común y ha aumentado la visibilidad del empleo con apoyo. Sin embargo, no ha logrado avanzar de modo determinante en su consolidación.

3.2. Regulación actual. Entre el reglamento común estatal, un contenido legal prescindible y su difuminación en algunas convocatorias autonómicas

La aprobación del RD 870/2007 se llevó a cabo sin una cobertura legal definida, porque como ya se ha señalado, la LISMI, la norma general de discapacidad

con discapacidad”, en AA.VV.: *Estrategia Europea, Estado Autonómico y Política de Empleo. XVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, MTAS, 2008, págs. 603 y ss

³² Jordán de Urries Vega, B. y Verdugo Alonso, M.A.: *El empleo con apoyo en España. Análisis...*, pág. 39, expresan esas expectativas, generalizadas en el entorno de las entidades promotoras.

³³ Cordero Gordillo, V.: *Régimen jurídico del empleo...*, ob. cit., pág. 219, ya apuntaba a los pocos años de su aprobación, del escaso efecto del RD 870/2007 en la financiación de los programas de EcA.

³⁴ Jordán de Urries Vega, B. y Verdugo Alonso, M.A.: *El empleo con apoyo en España. Análisis...*, págs. 39 y 40, dan cuenta de un amplio volumen de disposiciones autonómicas reguladoras de proyectos experimentales o incipientes en el periodo 1995-2003.

³⁵ En este sentido, se ha señalado –Cavas Martínez, F.: “Instrumentos para la promoción del empleo ordinario de las personas con discapacidad”, en Fernández Orrico, J.A. (Director): *Inclusión laboral de personas con discapacidad intelectual. Respuestas a problemas de acceso y permanencia en el empleo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pág. 266.–, que el RD 870/2007 marca el punto de arranque normativo del EcA lo que es cierto desde la mirada clave de los programas estatales, aunque no podemos perder de vista los modestos antecedentes autonómicos aprobados con anterioridad.

vigente en aquel momento, no hacía ninguna referencia a esta figura. Por ello, la exposición de motivos del RD 870/2007 sustentó la regulación reglamentaria del empleo con apoyo en el artículo 17.3 TRLET según el cual “el Gobierno podrá otorgar subvenciones, desgravaciones y otras medidas para formentar el empleo de grupos específicos de trabajadores que encuentren dificultades especiales para acceder al empleo”.

Años más tarde, la aprobación del TRLGDPD comportará la aparición de una mención “de compromiso” en la Ley. Para ello, el legislador incorporaría en el nuevo texto refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad una modesta “noción” de empleo con apoyo. De hecho, la Ley (art. 41) se limita a reproducir el artículo 2.2 del RD 870/2007 señalando que “Los servicios de empleo con apoyo son el conjunto de acciones de orientación y acompañamiento individualizado en el puesto de trabajo, que tienen por objeto facilitar la adaptación social y laboral de personas trabajadoras con discapacidad con especiales dificultades de inclusión laboral en empresas del mercado ordinario de trabajo en condiciones similares al resto de los trabajadores que desempeñan puestos equivalentes”, añadiendo en su inciso final que “Los servicios de empleo con apoyo se regularán por su normativa reglamentaria”. La razón de una noción legal tan parca debe buscarse en que el TRLGDPD es un Real Decreto-Legislativo de regularización, aclaración y armonización de los textos legales precedentes (art. 82.5 CE) y por lo tanto, el Consejo de Ministros no podía entrar a detallar el EcA en el TRLGDPD, porque era un programa que en realidad no figuraba en ninguna de las Leyes refundidas³⁶. De hecho, la mera mención del empleo con apoyo en la Ley implicaba incurrir en *ultravires*, una práctica que se ha constatado en otros puntos del TRLGDPD³⁷.

Ahora bien, como se ha sugerido, ni el artículo 41 del TRLGDPD ni el RD 870/2007 han evitado que esos contenidos normativos se difuminen en las

³⁶ Como es sabido, el TRLGDPD supuso la refundición de la Ley 13/1982 de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad; de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y, en fin, de Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

³⁷ Un análisis minucioso del TRLGDPD, al menos en su parte laboral, sugiere que el redactor incurrió en *ultravires* en varios de sus apartados. Con carácter general puede verse: Esteban Legarreta, R.: “Puntos clave en perspectiva laboral del nuevo texto refundido de la Ley de Derechos de las Personas con Discapacidad”, *Temas Laborales* núm. 127, 2014, en especial el apartado 4.5. Asimismo, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha decretado la inaplicación de la asimilación de la incapacidad permanente a discapacidad (art. 4.2) por entender el Tribunal Supremo, que el Consejo de Ministros incurrió en *ultravires* al aplicar el concepto de persona con discapacidad de una de las leyes precedentes a todo el contenido del TRLGDPD. Al respecto, puede verse, entre otras, la STS de 29 de noviembre de 2018 (la primera de ellas con número de recurso 3382/2018, ya que en esa fecha se dictaron varias sobre el tema). En todo caso, la disposición final segunda de la Ley 3/2023 de 28 de febrero, de Empleo ha vuelto a introducir en el nuevo artículo 35.1 del

Comunidades Autónomas con programas más ambiciosos. No parece que fuera este el planteamiento del RD 870/2007, ya que su exposición de motivos afirmaba que el Decreto regulaba los elementos esenciales del programa, que serían de aplicación en toda España, en base a sus competencias en materia de legislación laboral (art. 149.1.7ª CE). Por ello, las Comunidades Autónomas se limitarían a “su ejecución posterior mediante la regulación de los aspectos procedimentales y de la adecuación a sus peculiaridades organizativas”. Lo cierto es que el escaso papel que el RD 870/2007 atribuía a las Comunidades Autónomas ha quedado desautorizado por los hechos y por la normativa estatal posterior, lo que genera la sensación de un marco regulador general poco definido³⁸. En este sentido, el RD 818/2021, de 11 de octubre, de programas de empleo, consolida el peso de la normativa autonómica al atribuir una mayor libertad de las Comunidades Autónomas a la hora de “desviarse” de la regulación común mediante programas propios. Por lo demás, cabe puntualizar que en sentido estricto hay poco de “legislación laboral” en el RD 870/2007, de empleo con apoyo, y por lo tanto, hay poco de competencia exclusiva estatal³⁹.

Lo cierto es que ninguno de los cuatro programas autonómicos propios de EcA analizados en este artículo mencionan el RD 870/2007, ni tan siquiera como referencia⁴⁰, lo que alimenta la sensación de dispersión en la figura. En esta línea, la dispersión se agudiza aún más en algunas Comunidades Autónomas, como es el caso de Castilla-La Mancha, en las que se ha optado por vehicular apoyos a través de subvenciones facilitadas en el marco del sistema de Servicios Sociales⁴¹. En este territorio se han puesto en marcha subvenciones que financian los denominados

TRLGDPCD la asimilación automática de las personas pensionistas de incapacidad permanente a personas con discapacidad.

³⁸ El informe del Observatorio Estatal de la Discapacidad (OED): *Realidad, situación, dimensión y tendencias del empleo con apoyo en España...*cit, pág. 64, refleja esta sensación al subrayar que “las entidades (promotoras) consideran que hace falta una legislación que facilite de manera más clara y decisiva el empleo con apoyo”, y siguen reivindicando mejoras en el contenido del Real Decreto.

³⁹ Siguiendo la lógica de la ya lejana STC 35/1982, de 14 de junio (FJ 2º), el ámbito natural de la “legislación laboral”, sería el espacio individual o colectivo de la relación laboral, y el EcA es un programa/servicio de empleo que está claramente más allá de la legislación laboral, aunque en perspectiva global pueda entenderse incluido en la misma.

⁴⁰ Ahora bien, todo ello no quita que pueda defenderse con alguna dificultad el carácter supletorio del RD 870/2007 en aquellos aspectos que no sean objeto de regulación por parte de las normas reglamentarias autonómicas en aplicación de lo previsto en el último inciso del artículo 149 de la Constitución, que como es sabido prevé la supletoriedad del derecho estatal respecto al derecho autonómico.

⁴¹ En todo caso, eso no significa que se haya dejado de convocar el programa de empleo con apoyo en Castilla-La Mancha, cuya regulación de bases se recoge en la Orden de Castilla-La Mancha 53/2019, de 5 de marzo

Servicios de capacitación sociolaboral⁴², mencionados en el artículo 37.2 b) de la Ley 14/2010, de Castilla-La Mancha, con un planteamiento similar al del empleo con apoyo, pero sin que las subvenciones estén vinculadas estrechamente a la contratación laboral de las personas usuarias, lo que permite dar un enfoque de continuidad al servicio.

3.3. Incidencia de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad y de la Observación núm 8/2022 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en la regulación del Empleo con Apoyo

La Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 (en adelante CIDPD), ratificada por España en 2008, realiza el protagonismo del empleo con apoyo, un protagonismo incrementado en fechas recientes a través de agudas indicaciones efectuadas por la Observación núm 8/2022 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁴³, un documento que tiene por objeto aclarar las obligaciones de los Estados Parte respecto al trabajo y el empleo de las personas con discapacidad a la luz de la CIDPD⁴⁴. A este respecto, cabe recordar que la CIDPD parte de un enfoque de derechos humanos fundamentado en el modelo social de la discapacidad, lo que comporta una apuesta decidida por el empleo en el medio ordinario de trabajo para todas las personas con discapacidad. A este respecto, el artículo 27 de la CIDPD establece que los Estados deberán velar por el el derecho de las personas con discapacidad “a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad”. Asimismo, el artículo 19 de la Convención efectúa una llamada a los Estados para que garanticen el derecho de las personas con discapacidad a vivir en la comunidad, con opciones iguales a las de las demás, adoptando medidas efectivas para facilitar el disfrute de ese derecho. Se trata sin duda alguna de un planteamiento dirigido a garantizar los apoyos que permitan esa vida comunitaria; unos apoyos que se mencionan con

⁴² De acuerdo con datos facilitados por la Asociación Española de Empleo con Apoyo los servicios no están todavía desarrollados reglamentariamente pero implican la concesión de una subvención anual de en torno a 3.500 euros año/por persona usuaria.

⁴³ Se trata de una Observación aprobada por el Comité en su vigésimo séptimo periodo de sesiones (15 de agosto a 9 de septiembre de 2022).

⁴⁴ Téngase en cuenta que el Comité, integrado por personas expertas independientes y regulado por los artículos 34 y ss de la CIDPD, lleva a cabo un examen de los informes presentados por los Estados Parte sobre su grado de cumplimiento de la CIDPD. A este respecto, el Comité efectúa recomendaciones y sugerencias a los Estados Parte sobre los Informes de cumplimiento e informa bianualmente (art. 39 CIDPD) de sus actividades a la Asamblea General y al Consejo Económico y Social de la Naciones Unidas, pudiendo efectuar sugerencias y recomendaciones de alcance más general. Además de estas obligaciones, el Comité puede emitir Observaciones de alcance más sectorial, como es el caso de la núm. 8/2022.

carácter genérico en el artículo 19 b]⁴⁵ y que pueden aplicarse al ámbito educativo, al laboral, al del ocio o a cualquier otro.

El planteamiento de la CIDPD comportaba un impulso evidente para el empleo con apoyo, aunque su ratificación en 2008 no coincidió con una expansión del empleo ordinario en nuestro país. Sin embargo, una de las múltiples cuestiones planteadas por la Convención era cómo interpretar su silencio respecto a los Centros Especiales de Empleo y, en general hacia todo tipo de empleo segregado, ya que el texto de la CIDPD no mencionaba dicha posibilidad.

Pues bien, transcurridos más de 16 años desde la ratificación de la CIDPD, la Observación núm 8/2022 del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad aporta una interpretación auténtica de este texto internacional, lo que va a exigir a muchos países –también a España–, un proceso general de revisión normativa y un reforzamiento del empleo con apoyo en la empresa ordinaria. La Observación 8/2022 recoge entre las obligaciones generales (Apartado IV A) que los Estados (apartado 58) “adopten medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales, promocionales y de otro tipo apropiadas para garantizar que los entornos de trabajo sean abiertos, inclusivos y accesibles”. Por si hubiese alguna duda, la Observación núm. 8/2022 añade la exigencia de que los Estados procedan a la eliminación “gradual y expedita del empleo segregado”, contenida en su apartado 81 (i), en el marco de la implementación de la Convención a nivel nacional (Apartado VI). Más allá de la complejidad de esta operación, la progresiva eliminación del empleo protegido comporta un refuerzo evidente del empleo con apoyo, ya que a medio-largo plazo la inmensa mayoría de las personas con discapacidad severa deberían emplearse en el medio ordinario de trabajo.

A la supresión del empleo protegido, la Observación 8/2022 añade una obligación básica (Apartado IV B) de interés central (apartado 63 b); la de “Promover el derecho al empleo con apoyo, incluidos los programas de asistencia laboral, orientación laboral y cualificación profesional; proteger los derechos de los trabajadores con discapacidad; y garantizar el derecho al empleo libremente elegido”. El planteamiento de la Observación núm. 8/2022 añade que el empleo con apoyo debe garantizarse no solo en el acceso, sino también en el mantenimiento del empleo subrayando que “Los Estados partes deben garantizar que las personas con discapacidad reciban apoyo para permanecer en el trabajo o hacer la transición a nuevas funciones” (apartado 46).

⁴⁵ El artículo 19 b] de la Convención se refiere a la asistencia domiciliar, residencial y a otros servicios de apoyo en la comunidad, apartado en el que cabe incluir el EcA. El texto de la Convención clarifica expresamente que entre los servicios cabe incluir la asistencia personal.

Por lo demás, la Observación 8/2022 añade una consideración transversal de relevancia, esto es, una llamada de atención (apartado 3) contra el “capacitismo”⁴⁶ entendido como un sistema de valores que tiende a minusvalorar las capacidades de las personas con discapacidad o, al menos, de algunos subcolectivos, lo que sin duda puede potenciar prejuicios sociales que lleven a las personas con discapacidad a la inactividad a la economía informal o al empleo segregado⁴⁷. No debe olvidarse que el capacitismo puede cuestionar procedimientos como el empleo con apoyo, partiendo de la minusvaloración de la capacidad de algunas personas beneficiarias del acompañamiento. Como se vera, nuestra regulación contiene algunos rasgos de capacitismo que es necesario someter a revisión.

La evolución y la clarificación de exigencias en el marco internacional exige sin duda una revisión de nuestra legislación, cuestión a la que se dedica en su conjunto el siguiente apartado.

4. ELEMENTOS CLAVE PARA EL RELANZAMIENTO DEL EMPLEO CON APOYO

En las páginas que siguen se abordarán diversas cuestiones fundamentales de cara al relanzamiento del EcA, una cuestión sugerida por el artículo 54.4 de la Ley 3/2023 de Empleo. En este sentido, la nueva Ley señala que “La Agencia Española de Empleo y los servicios públicos de empleo autonómicos, así como las entidades privadas y colaboradoras que se determinen reglamentariamente, podrán cooperar en el diseño, organización, puesta en marcha y ejecución de los servicios de empleo con apoyo, en los términos del artículo 41 del Texto Refundido de la Ley General de los Derechos de las Personas con Discapacidad y de su inclusión social, y de su normativa de desarrollo”. Al respecto, el legislador parece dispuesto a abordar una reforma de la cuestión, propósito reforzado por la disposición adicional quinta de la Ley de Empleo⁴⁸.

⁴⁶ La Observación señala que “el capacitismo y sus impactos han sido descritos como un sistema de valores que considera ciertas características típicas del cuerpo y la mente como esenciales para vivir una vida valiosa. Basados en estándares estrictos de apariencia, funcionamiento y comportamiento, las formas de pensamiento capacitistas consideran la experiencia de la discapacidad como una desgracia que conduce al sufrimiento y la desventaja e invariablemente devalúa la vida humana”.

⁴⁷ El acceso al empleo en Centros Especiales no sería una deriva del capacitismo en el caso de España ya que la mayoría de las personas que trabajan en CEE no son personas con discapacidad severa, y la tendencia creciente es la consolidación de personas con escasa discapacidad en estos entornos productivos.

⁴⁸ La disposición adicional quinta de la Ley 3/2023 de Empleo, establece que “En el marco del Libro Blanco de Empleo y Discapacidad y en desarrollo de lo señalado en el artículo 54, se establecerán las medidas legislativas, los programas y servicios de empleo necesarios en favor de las personas con discapacidad”.

En este sentido, el apartado final de este artículo analiza en primer lugar un viejo debate central; esto es, la clarificación de la naturaleza del empleo con apoyo como programa o como servicio de empleo, análisis al que se añaden algunos aspectos asociados a la propuesta en torno a la consideración del EcA –necesaria, aunque no reconocida–, de servicio. A lo anterior se añaden propuestas de otras mejoras necesarias para que el empleo con apoyo alcance la solvencia y el relieve exigidos por la CIDPD y la Observación núm 8/2022 del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

4.1. El debate en torno a la naturaleza de programa o servicio de empleo. Algunas cuestiones conexas

4.1.1. La realidad actual: el empleo con apoyo como programa

Actualmente, el RD 870/2007 (art.1) afirma la naturaleza de programa para el empleo con apoyo, lo que es confirmado por el RD 818/2021, de 28 de septiembre, de programas comunes, que lo incluye como un programa más en su artículo 50. Por lo tanto, siguiendo la definición general de programa contenida en el RD 818/2021, el empleo con apoyo sería una medida “dirigida(s) a mejorar las posibilidades de acceso al empleo (...) al mantenimiento del empleo y a la promoción profesional (...) ejecutada(s) por los servicios públicos de empleo como acciones concretas y puntuales de activación o reactivación para el empleo respecto de personas y colectivos prioritarios de acuerdo con las circunstancias del mercado de trabajo y las disponibilidades presupuestarias para su realización”. La naturaleza de programa –asumida por el Estado y por las Comunidades Autónomas– ha comportado en los últimos años algunas disfunciones relevantes para las personas beneficiarias del empleo con apoyo y para las entidades promotoras. La primera es la falta de continuidad garantizada del programa ya que en la práctica no siempre se publican en todas las Comunidades Autónomas convocatorias para financiar proyectos de empleo con apoyo

Otra consecuencia importante de la naturaleza de programa está en que las Comunidades Autónomas pueden elaborar convocatorias estrechamente vinculadas al programa común, o convocar programas propios (art. 2.3 RD 818/2021), de modo que algunas Comunidades Autónomas optan por diseñar programas propios, es decir, normas de bases en las que se introducen variaciones en las cuantías de las subvenciones, en los conceptos subvencionables, en la duración de los proyectos de empleo con apoyo, u otros.

Este estado de cosas exigiría una reflexión, porque el empleo con apoyo es una figura clave en la protección del derecho al trabajo de las personas con discapacidad severa. En la práctica, la falta de una oferta razonable y accesible de empleo con apoyo impedirá que, entre otras, las personas con discapacidad intelectual o trastorno mental, puedan acceder o consolidarse en un puesto de

trabajo en la empresa ordinaria. Asimismo, en un contexto de integración masiva en el medio ordinario, las carencias en el empleo con apoyo de mantenimiento llevarían, con toda probabilidad, a extinciones masivas por ineptitud (art. 52 a TRLET). De hecho, el empleo con apoyo de mantenimiento ha respondido más al voluntarismo de las entidades promotoras que al apoyo económico de los poderes públicos.

En suma, una deficiente cobertura del empleo con apoyo compromete el derecho al trabajo en su perspectiva individual previsto en el artículo 35.1 de nuestra Carta Magna, ya que socava en esencia la libertad (STC 22/1981, de 2 de julio, FJ 8º) de las personas con discapacidad de acceder al empleo⁴⁹ y además, para el caso de las personas ya empleadas, no contar con apoyos de seguimiento va a afectar al derecho de las personas con discapacidad a la estabilidad en el empleo. Por ello, no parece de recibo aceptar la idea de que el empleo con apoyo es un programa más, “una acción concreta y puntual” que puede fluctuar en su intensidad en base a criterios políticos y de disponibilidad presupuestaria. Por ello, en esta línea de cambio de perspectiva se realizarán a continuación algunas reflexiones.

4.1.2. El empleo con apoyo como servicio y su posible inclusión en la cartera básica

A partir de lo señalado, parecería necesario incluir el empleo con apoyo en el conjunto de los denominados servicios de empleo, una figura que va más allá de los programas del RD 818/2021, aunque la diferencia entre ambos no sea del todo clara⁵⁰. A este respecto, cabe partir de la definición prevista en el RD 7/2015, de 16 de enero, regulador de la cartera común de servicios, donde se observa que los servicios de empleo comportan una mayor complejidad y un planteamiento de continuidad, ya que según su artículo 3 a) los servicios son un “conjunto coordinado de actividades realizado por los Servicios Públicos de Empleo, que debe prestarse de forma continua y sostenida en el tiempo, y que busca atender derechos o necesidades de sus usuarios con objeto de mejorar su empleabilidad, facilitar el acceso al empleo y promover la cobertura de las necesidades del sistema productivo”. Desde el punto de vista material, es evidente que el empleo con apoyo no es una acción anecdótica o puntual, sino que se trata, también, de un “conjunto coordinado de actividades (...) que debe prestarse de forma continua y sostenida”.

⁴⁹ Sobre esta cuestión, Sastre Ibarreche, R.: *El derecho al trabajo*, Madrid, Trotta, 1996, pp, 87 a 91, defiende la desvinculación entre la libertad de trabajar y el derecho al trabajo. Ahora bien, en el caso de las personas con discapacidad afectadas por especiales dificultades, creo que es más razonable vincular la libertad de trabajar con el derecho al trabajo, lo que a su vez reforzaría el derecho a los apoyos laborales.

⁵⁰ En este sentido, más allá de que las definiciones de programa (RD 818/2021) y servicio (RD 7/2015, de 16 de enero) sean distintas, se constatan solapamientos –reales o aparentes dada la complejidad de la cuestión–. Así, mientras el artículo 7 del RD 7/2015 recoge a la orientación entre los servicios de empleo, el RD 818/2021 la menciona entre los programas de empleo (art. 17).

Por esa razón, no cabe duda de que el empleo con apoyo debería de pasar de una consideración de programa a una de servicio, como una suerte de servicio especial de intermediación y de orientación, figuras con las que el EcA guarda una estrecha relación.

Además, en el debate servicio/programa, la normativa es equívoca porque cuando el empleo con apoyo pasó a tener presencia en el articulado del TRLGDPCD (2013), el encabezamiento del artículo 41, hizo referencia a los “servicios de empleo con apoyo”, no al programa de empleo con apoyo, que es el planteamiento del RD 870/2007. Y esta referencia a los servicios no es casual porque la mutación de programa a servicio –meramente testimonial hasta el día de hoy– fue fruto de la reivindicación expresada por la Asociación Española de Empleo con Apoyo, que acabo reflejándose en el TRLGDPCD⁵¹. Y la nueva Ley de Empleo insiste de nuevo en esta naturaleza de servicio (art. 54.4). Ahora bien, la consideración legal explícita de servicio en el TRLGDPD no ha generado cambios de significación y ello es así en primer lugar, porque la referencia al servicio de empleo con apoyo del artículo 41 se hace de modo indirecto, casi con sordina, y no se señala que estemos ante un servicio de la cartera común. En segundo lugar, porque en la práctica el RD 870/2007 sigue manteniendo la naturaleza de programa para el EcA, y lo mismo hacen las normas de bases autonómicas. Además, el RD 818/2021 de programas de empleo, incluye al EcA en su conjunto regulador y le dedica su artículo 50, que constituye una remisión en blanco al RD 870/2007, de regulación común del EcA.

Sin embargo, la vinculación del empleo con apoyo con el derecho constitucional al trabajo (art. 35.1 CE) sugiere no solamente la necesidad de que aquel sea considerado un servicio estable y continuado, sino que se incluya en la cartera común de servicios dada la estrecha vinculación del empleo con apoyo con el derecho constitucional al trabajo, susceptible de protección igualitaria en toda España (art. 149.1 1ª CE). A este respecto, la cartera común de servicios está regulada por el artículo 61 de la Ley de Empleo, y es desarrollada mediante el ya mencionado RD 7/2015, de 16 de enero y agrupa los servicios “cuya prestación debe ser garantizada en todo el territorio nacional y por todos los servicios públicos de empleo” (art. 26 TRLE). A estos efectos, el RD 7/2015 tiene por objeto la regulación de principios y requisitos mínimos que deben cumplir los servicios de la cartera, que garanticen la calidad e igualdad en la atención a las personas usuarias en toda España (art. 1.1). Además, el Decreto identifica la cartera común de servicios, que estará integrada por los de: a) orientación profesional; b) colocación y de asesoramiento de empresas; c) formación y cualificación para el empleo y, en fin, d) el servicio de asesoramiento para el autoempleo y el emprendimiento.

⁵¹ Expresaba esta necesidad de paso de programa a servicio el documento de AESE (Asociación Española de Empleo con Apoyo): “Consideraciones relativas al proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su inclusión social”, documento sin fecha, pág. 10.

Uno de los obstáculos que habrá de superar el empleo con apoyo para entrar en la cartera común de servicios es su escaso volumen de usuarios potenciales, si se compara esta dimensión con los otros servicios que se dirigen al conjunto de la población activa; este sería el caso, particularmente, de la intermediación laboral. Ahora bien, esta cuestión no debería suponer un obstáculo insuperable para integrar al empleo con apoyo en el listado del RD 7/2015. Un segundo obstáculo es de carácter político teniendo en cuenta que desde antes de la aprobación del RD 870/2007 el empleo con apoyo ha sido regulado con absoluta autonomía por las Comunidades Autónomas en tanto que programa, sin olvidar que también son posibles servicios de alcance autonómico, los denominados servicios complementarios previstos en el artículo 3 e) del RD 7/2015. Por lo tanto, la posible “recentralización” no sería una cuestión exenta de polémica en el contexto siempre complicado del reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Por lo demás, la naturaleza del EcA como servicio de la cartera común debería llevar a una auténtica regulación en un texto legal, no a la mera mención del artículo 41 TRLGDPD. De hecho, no es casual que la parte esencial de los servicios de empleo más relevantes se regula en la Ley de empleo, que dedica el artículo 56 a la orientación –utilizando otras terminologías– y los artículos 40 y siguientes a la intermediación. Otra cosa es que al tratarse de un servicio especializado en personas con discapacidad convendría quizás su regulación en el TRLGDPD sin perjuicio de su mención en la Ley de Empleo.

Tras abordar el debate programa/servicio se analizarán dos cuestiones vinculadas a la reivindicada naturaleza del empleo con apoyo como servicio estable. Vaya por delante que las mejoras a introducir son viables tanto si el EcA mantiene su consideración de programa como si pasa a ser reconocido como servicio. Ahora bien, si el empleo con apoyo ha de continuar siendo un mero programa de empleo con una regulación común (RD 870/2007) y con la posibilidad de aprobación de programas propios por parte de las Comunidades Autónomas, sería necesario que, en tanto que norma de referencia, el RD 870/2007 reflejase en su texto las mejoras propuestas, y otras que se pueda considerar oportuno añadir. De este modo, las mejoras en la norma común estatal serían tenidas en cuenta por las Comunidades Autónomas que efectúen convocatorias del programa común, pero indudablemente podrían ser tenidas en consideración por las Comunidades Autónomas que aprueben programas propios, sobre todo, cuando se trate de programas de alcance más modesto

4.1.3. La financiación de otros costes del servicio

En el marco del debate servicio/programa, un cuestión clásica se ha centrado en la reivindicación de que se subvencionen los costes de estructura –mantenimiento o alquiler de locales, equipamiento informático, servicios administrativos u otros– de los servicios de empleo con apoyo. El RD 870/2007, al igual que otros programas

autonómicos propios como es el caso de la Orden de la Comunidad Valenciana 21/2016, se ha limitado a subvencionar los costes laborales y de Seguridad Social de la persona preparadora laboral. Sin duda, esa lógica responde a la presunción de que las entidades promotoras tienen sus costes de estructura cubiertos por otras vías –porque en general (en un 44’6%) son titulares de otros servicios, también subvencionados⁵²–, y al hecho de que el RD 870/2007 y otras disposiciones autonómicas conciben el empleo con apoyo como programas temporales sin necesaria continuidad.

Sin embargo, la naturaleza real de servicio unida a la relevancia del EcA a la luz de la CIDPD y de la Observación núm. 8/2022 debería llevar a contemplar la financiación de los costes de estructura en la normativa marco. Ese es el planteamiento que siguen algunas Comunidades Autónomas en sus normas de bases como es el caso de la Orden catalana ESS/1120/2017, de 20 de noviembre, de orientación, acompañamiento y apoyo, en cuya base séptima contempla la cobertura de gastos directos e indirectos que van mucho más allá de los costes de la persona preparadora laboral⁵³ y que pueden alcanzar el 25 por 100 de la subvención concedida por los costes de personas preparadoras laborales. Otro tanto cabe señalar del Decreto vasco 168/2019, que contempla gastos generales, de coordinación y otros⁵⁴ con un límite del 15 por 100 de los costes generados por la contratación de personas preparadoras laborales. En fin, la Orden de la Región de Murcia de 20 de junio de 2022 permite, como regla general la obtención de una subvención por otros costes, que equivaldrían al 10 por 100 de la subvención obtenida para la contratación de personal técnico⁵⁵. En este sentido, sería necesario que, de abordarse una regulación común como servicio de empleo, esta tuviese en consideración los costes de estructura. Alternativamente, estos costes deberían contemplarse de forma holgada en una puesta al día del RD 870/2007.

⁵² El informe del Observatorio Estatal de la Discapacidad (OED): *Realidad, situación, dimensión y tendencias del empleo con apoyo en España...* cit, pág. 52 señala que el 44’6 % de las entidades encuestadas cuentan con más de un servicio, además de la actividad de EcA. En concreto, señala el informe que “el 43’8 % cuenta también con un taller ocupacional, un 33’3 % dispone de un Centro Especial de Empleo, un porcentaje similar de las entidades ofrece “Formación profesional para el empleo”, y un 10’4 % es también agencia de colocación”.

⁵³ Se contemplan, entre otros, los gastos de espacios y equipamientos técnicos e informáticos necesarios para el desarrollo de la actuación, gastos salariales y de Seguridad Social de personal de coordinación y administrativo

⁵⁴ El artículo 25 del Decreto indica que “Se entenderá por gastos generales, los gastos corrientes correspondientes al uso de locales, comunicaciones y material fungible y de oficina”

⁵⁵ Además, en su artículo 9 prevé la posible contratación de una persona que ejercerá tareas de coordinación en proyectos de una cierta envergadura.

4.1.4. *La necesaria coordinación de las entidades promotoras con otros servicios de empleo; en especial con el servicio público de empleo*

El EcA tiene un fuerte componente de actividad de intermediación, más allá de que este ingrediente se mezcle con muchas otras acciones reflejadas en el RD 870/2007 y en la normativa autonómica. Este dato, unido a la vocación de permanencia del EcA como servicio, exige mejorar la interrelación con otras entidades que desempeñan actividad intermediadora, aunque la nueva Ley de Empleo ha mejorado la situación. Para visibilizar la naturaleza de intermediación del empleo con apoyo cabe recordar que las entidades promotoras cuentan con un listado de ofertas de empleo, que son los puestos de trabajo a cubrir por las personas usuarias. Es más, se trata de puestos de trabajo cuidadosamente identificados en el marco de la actividad prospectora de las propias entidades. Además, las entidades cuentan con una bolsa de personas demandantes, las personas usuarias de los servicios, todo ello sin perjuicio de que la normativa estatal exija que estas personas estén inscritas en el servicio público como demandantes de empleo no ocupados (art.3.1 RD 870/2007). Asimismo, son las entidades de empleo con apoyo las que casan las ofertas con las demandas de empleo, ya que predeterminan en qué empresas encajan sus personas usuarias, por lo que podríamos señalar que, entre otras cosas, el EcA implica el desempeño de intermediación. De hecho, la definición de intermediación laboral del artículo 40.1 b] de la Ley de Empleo –“la puesta en contacto las ofertas de trabajo con los trabajadores que buscan un empleo, para su colocación (...)”– permite encajar en la misma al EcA. Es más, el artículo 40 de la Ley de Empleo incluye, dentro del concepto de intermediación y pensando en colectivos de atención prioritaria, “el conjunto de apoyos necesarios para que sus circunstancias personales, sociales o familiares no se traduzcan en barreras a lo largo del proceso de intermediación laboral”.

Ahora bien, esta actividad intermediadora se lleva a cabo en el marco de una “informalidad aceptada” ya que la normativa estatal no exige que las entidades promotoras comuniquen el inicio de su actividad como agencia de colocación de conformidad con lo previsto en el artículo 43 de la Ley 3/2023 de Empleo y en el RD 1796/2010. Como matiz, el artículo 41 de la Ley de Empleo ha integrado mejor esta “informalidad aceptada”, reconociendo que las entidades promotoras de programas de políticas activas –por ejemplo, el EcA–, podrán realizar de manera complementaria actuaciones de intermediación, si bien “no precisarán constituirse como agencias de colocación”.

Sobre este particular, según datos del Observatorio Estatal de la Discapacidad⁵⁶ poco más de un 10 por 100 de entidades de EcA tenían la condición de agencia de

⁵⁶ Observatorio Estatal de la Discapacidad (OED): *Realidad, situación, dimensión y tendencias del empleo con apoyo en España...*cit, pág. 52. Se trata de datos recabados a mediados de la pasada década.

colocación, a mediados de la década pasada. Es posible que hoy en días las cifras sean más altas pero no parece que la constitución de agencias sea mayoritaria entre entidades promotoras. En todo caso, el acceso a las subvenciones exige que las Comunidades Autónomas verifiquen la capacidad y la disposición de medios de las entidades para llevar a cabo los proyectos de EcA (art. 4 RD 870/2007)⁵⁷, lo que hace innecesario exigir cumplimiento de formalidades para adquirir la condición de agencia de colocación. Ahora bien, que no se exija la constitución como agencia de colocación no significa que en algunos casos dicha condición no se tenga en cuenta para facilitar el acceso a subvenciones de programas⁵⁸ o para facilitar el acceso a algunos aplicativos de seguimiento del desarrollo de proyectos⁵⁹.

Sí parece necesario conectar mínimamente a las entidades promotoras de EcA con el circuito de la intermediación. Más en particular, se trataría de conectar a las entidades promotoras con el servicio público de empleo, teniendo en cuenta la importancia que puede tener esta interacción en el empleo de las personas con discapacidad más vulnerables. El RD 870/2007 no sugiere esta posibilidad, pero algunas normas y prácticas autonómicas han ido en esta dirección. En este sentido, debe tenerse en cuenta que las entidades que promueven proyectos de EcA disponen de un conocimiento y experiencia que puede facilitar la inserción de demandantes de empleo con discapacidad severa, inscritos en el registro de personas demandantes con discapacidad del servicio público de empleo (art. 38.2 TRLGDPD). Con esta orientación, la Orden Catalana ESS/1120/2017 (Base 2, apartado 2.3) plantea que el servicio público de empleo podrá derivar a personas con discapacidad demandantes de empleo a las entidades de EcA. A mi juicio, el planteamiento es impecable ya que se trata de potenciar la acción de los servicios públicos y de las entidades para ofrecer mínimas garantías de inserción laboral a personas con discapacidad afectadas por especiales dificultades.

Asimismo, esta conexión debería de funcionar en sentido inverso; es decir, debería contemplarse que las entidades de EcA faciliten personas usuarias –en fase inicial o de orientación de EcA– a fin de propiciar la cobertura de ofertas adecuadas presentadas ante el servicio público de empleo⁶⁰. Se pretendería que las

⁵⁷ A título de ejemplo, la Orden de la Comunidad Valenciana 21/2016, de bases en materia de EcA señala en su artículo 13.3, como criterio de valoración, la “Dotación de recursos que garantice el desarrollo idóneo de los proyectos de empleo con apoyo”.

⁵⁸ La Resolución de la Consejería de Murcia de 5 de julio de 2022, de convocatoria de ayudas para este ejercicio, establece que para acceder a las subvenciones, las entidades deben disponer de un Convenio de colaboración con el Servicio Regional de Empleo, o bien, haber obtenido con anterioridad al 20 de agosto de 2015, la autorización como agencia de colocación por parte del Servicio de Empleo.

⁵⁹ Art. 19 Orden de la Región de Murcia de 20 de junio de 2022.

⁶⁰ Consta al menos una práctica proyectada en 2018 por el Servicio de Empleo de Cataluña (SOC) pero no ejecutada efectivamente, al menos por el momento. Las líneas básicas de este planteamiento se reflejan en el documento *Proposta de Gestió d'Ofertes de Treball Per la Quota de*

entidades de EcA y sobre todo, sus personas usuarias saquen provecho de ofertas de empleo adecuadas a sus perfiles que se hayan presentado ante el servicio público de empleo. Evidentemente, será necesario valorar la adecuación del puesto de trabajo a las características de alguna o algunas personas inscritas como usuarias, siempre y cuando se trate de ofertas presentadas con la voluntad de ser cubiertas; no con la pretensión de obtener la excepcionalidad al cumplimiento de las medidas alternativas.

4.2. Otros aspectos relevantes para una mejora del empleo con apoyo

A continuación, se analizarán algunos puntos de mejora que deberían tenerse en cuenta a fin de que la figura alcance mayores niveles de calidad y de credibilidad de las que actualmente carece. A este respecto, se trata de un conjunto de propuestas que complementarían la idea del empleo con apoyo concebido como servicio. Como se verá, algunos programas autonómicos propios han avanzado en la buena dirección, si bien el panorama en el conjunto de España es desigual.

4.2.1. La relativización del vínculo empleo con apoyo y efectiva contratación de las personas usuarias

El RD 807/2007 no solo se limita a contemplar como objeto de subvención los costes salariales y de Seguridad Social de la actividad de preparación laboral, sino que además condiciona siempre y en todo caso el pago de subvenciones a la efectiva contratación de las personas con discapacidad por parte de empresas ordinarias. En este sentido, el RD 870/2007 se refiere siempre al acompañamiento de "trabajadores" con discapacidad –no de personas– (art. 7), a la vez que establece que las subvenciones se reducirán proporcionalmente "en función de la duración del contrato de cada persona trabajadora con discapacidad, así como en función de su jornada de trabajo" (art. 8). Algunos programas propios autonómicos, como el de Orden 21/2016 la Comunidad Valenciana siguen este planteamiento (art 17).

La cuestión es problemática porque el Decreto estatal contempla una serie de acciones que quedarán sin financiación si finalmente no se logra la contratación de la persona, o bien si el contrato se extingue antes de alcanzar la duración mínima de seis meses. A este respecto, ubicar a la persona con discapacidad afectada de especiales dificultades en el puesto de trabajo no será posible sin una actividad previa de preparación, que puede implicar a la propia persona usuaria e incluso a su familia. En este sentido, el artículo 2 del RD 870/2007 recoge acciones claramente anteriores a la contratación de la persona como son la orientación, asesoramiento y acompañamiento de la persona con discapacidad, además de otras dos acciones

Reserva del 2 per 100 a Favor de Persones amb Discapacitat (Pilot), mayo de 2018, elaborado por el Servicio de Intermediación del SOC.

que podrían desarrollarse antes y durante la contratación laboral, aunque el RD 870/2007 parece plantearlas como realizables tras la formalización del contrato de trabajo. Se trata del apoyo al trabajador en el desarrollo de habilidades sociales y comunitarias o el adiestramiento específico del trabajador en las tareas inherentes al puesto de trabajo, que podría ser prelaboral o laboral.

Por lo tanto, el EcA debería de contemplarse como una actividad con fases preliminares y considerar como subvencionables las acciones llevadas a cabo en favor de todas las personas usuarias, ya que de lo contrario, la tendencia natural será la apuesta por las personas más fácilmente empleables. Esta solución permitiría cubrir la preparación y el acompañamiento en el caso de inserciones laborales frustradas de corta o muy corta duración. Algunas convocatorias autonómicas subvencionan el seguimiento de todas las personas usuarias, lo que creo que debería ser la vía a seguir. Este es el caso de la Orden catalana ESS/1120/2017, de 20 de noviembre (Base 6), donde se contemplan acciones subvencionables que no necesariamente implican la contratación de todas las personas usuarias, aunque será necesario alcanzar un volumen de inserciones de al menos el 20 por 100 de las personas usuarias (Base 14.3 Orden catalana /1120/2017), un objetivo mucho más asequible. Una cosa diferente –más aceptable– es que el volumen de inserciones en anteriores convocatorias pueda ser tenido en cuenta en las convocatorias a la hora de priorizar la concesión de subvenciones.

4.2.2. La necesidad de añadir acciones subvencionables en el procedimiento de empleo con apoyo

En conexión con el apartado anterior, la aprobación del Decreto estatal puso de manifiesto una carencia grave y significativa, ya que el RD 870/2007 no contemplaba –ni contempla en la actualidad– en su artículo 2 la prospección laboral, una acción fundamental para la viabilidad del EcA. La prospección laboral, integrada en el concepto de intermediación laboral del nuevo texto de la Ley de Empleo (art. 40.2 a)), implica la búsqueda de puestos de trabajo adecuados para la posterior incorporación laboral de las personas usuarias. Se trata de una actividad que implica una fuerte inversión de recursos ya que no se limita a una mera búsqueda de ofertas de empleo, sino que requiere un análisis minucioso de los puestos, además de aplicar fuertes dosis de persuasión en el tejido empresarial y detectar necesidades de adaptación⁶¹. Sin embargo, inexplicablemente la prospección laboral no fue tomada en consideración como subvencionable por el RD 870/2007.

Afortunadamente, algunos programas autonómicos propios han ido incorporando esta actividad al abanico de acciones subvencionables. A título de

⁶¹ El artículo 24.4 del Decreto del País Vasco 168/2019 identifica de modo muy ilustrativo qué comporta llevar a cabo una adecuada actividad de prospección, que deberá incluir:

“-Información y sensibilización a las empresas ordinarias.

ejemplo, cabe destacar el tratamiento otorgado por Orden catalana ESS/1120/2017, que prevé una subvención (Base quinta) por prospección equivalente al 50 % de la subvención prevista por preparación laboral⁶², lo que da una idea del peso otorgado a la prospección. Más significativa es todavía la apuesta por la prospección del Decreto del País Vasco 168/2019 en el diseño básico del EcA⁶³, ya que la prospección tiene más peso y la norma describe con mayor detalle sus perfiles, señalándose un volumen total de subvención por entidad de 39.100 euros/ejercicio. En conclusión, la prospección debería ser prioritaria en una puesta al día del EcA; ya sea como servicio de empleo de la cartera común, ya sea en el marco de una actualización del RD 870/2007.

Más allá de las carencias en materia de prospección, la andadura autonómica del EcA ha generado la incorporación en algunos programas propios de una acción más susceptible de cuestionamiento: las denominadas prácticas prelaborales. En este sentido, las prácticas prelaborales han pasado de ser una práctica –valga la redundancia– a una realidad incorporada a algunas normas autonómicas, aunque el ejemplo más evidente⁶⁴ lo encontramos en la Orden catalana ESS/1120/2017, que contiene unas prácticas notablemente regladas y que como punto de partida, no aparecen vinculadas a ninguna actividad formativa simultánea o previa, pudiendo alcanzar las 300 horas como tiempo máximo de dedicación⁶⁵.

Es posible que las prácticas en el puesto sean muy convenientes o incluso necesarias para garantizar la posterior incorporación de algunas personas candidatas. Ahora bien, lo más razonable en estos casos es llevar a cabo una regulación de extrema prudencia, con duraciones breves –en torno a cuatro semanas– y con

-Búsqueda y captación de oportunidades individualizadas de empleo adaptadas al colectivo objeto de las adaptaciones.

-Identificación y análisis detallado de los puestos de trabajo: determinación de las características y condiciones de desarrollo del empleo a fin de obtener toda la información relevante y necesaria.

-Detección de necesidades potenciales de adaptación razonable de las características y exigencias del puesto”.

⁶² La norma catalana establece una suerte de paquete de subvenciones que incluye una subvención por contratación de persona preparadora (32.000 euros) y una subvención para la contratación de personas prospectoras de 16.000 euros.

⁶³ El artículo 24 del Decreto 168/2019, señala que la unidad básica de EcA se ha de componer de una persona prospectora y una persona preparadora laboral. Además, para ser consideradas como tales, las unidades básicas de EcA deben tener a una persona profesional de ambos ámbitos con, al menos, una dedicación del 50 por 100 de la jornada.

⁶⁴ La Orden de la Region de Murcia de 20 de junio de 2022 (art. 9), menciona la aplicación de preparadores laborales a prácticas relacionadas con títulos profesionales o laborales, pero carece de una regulación detallada como la de la Orden catalana mencionada en texto.

⁶⁵ La Orden catalana detalla otros aspectos de las prácticas prelaborales como son la dedicación diaria máxima de 5 horas, o la semanal máxima de 25 horas. Además, las prácticas deberán documentarse en un Convenio firmado por la entidad promotora, la Administración laboral y, en fin, la empresa donde se realizarán las prácticas.

supervisión de la Administración laboral a propósito de la necesidad de las mismas ya que sin perjuicio de que la normativa laboral puede tener un patrón de mayor laxitud en el terreno del empleo de las personas con discapacidad, los abusos también acechan al colectivo. No en vano, debe tenerse muy en consideración las advertencias formuladas por la Observación núm. 8/2022 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su apartado K. Cabe matizar, de todos modos, que la Observación admite el valor de “pasantías y otros planes de aprendizaje en el lugar de trabajo” a fin de “construir conexiones y comprensión entre los empleadores”, porque es evidente que una experiencia prelaboral permite una adaptación más segura y contribuirá a combatir los estereotipos. Ahora bien, dado el riesgo de abusos, la Observación núm 8/2022 llama a los Estados a regular y controlar las prácticas prelaborales, lo que a mi juicio no debería suponer una prohibición absoluta, pero sí una regulación inspirada por la prudencia. En particular, debería marcarse un tope claro de duración, que cautelarmente no debería superar las cuatro semanas, así como exigirse un convenio con un claro programa formativo. Por lo demás, cabe advertir que hoy por hoy, los apoyos en prácticas prelaborales únicamente se subvencionaran para supuestos en los que la norma autonómica lo prevea, sin perjuicio de la posterior incorporación de la persona con discapacidad a la empresa, como sucede en la Orden catalana ESS/1120/2017.

4.2.3. La necesidad de garantizar un empleo con apoyo sin limitación temporal

Una de las grandes carencias de la regulación estatal (RD 870/2007) ha sido diseñar un EcA temporal o de acceso, sin una garantía de continuidad. En este sentido, en su versión inicial el RD 870/2007 (art. 5) preveía que los proyectos de EcA tendrían una duración de entre seis meses y un año pudiéndose prorrogar hasta los dos años. Posteriormente, la reforma operada en el RD 870/2007 mediante el RD 818/2021 ha aumentado la duración máxima de los proyectos de EcA, que podrán alcanzar los tres años (art. 5.2 RD 870/2007).

La regulación es algo más flexible en el caso de las personas con discapacidad psíquica, ya que en tal supuesto se prevé que los apoyos podrán mantenerse por el tiempo indispensable cuando se detecten situaciones de especial dificultad que exijan necesidades específicas de apoyo⁶⁶. Ahora bien, no deja de ser llamativo que, con todo, el Decreto no plantea para este caso un apoyo indefinido, sino que la norma se refiere al mantenimiento “por tiempo indispensable” cuando en realidad la práctica totalidad de las personas con discapacidad psíquica van a necesitar apoyos permanentes, aunque estos sean muy residuales. Por si hubiese dudas, el Decreto 870/2007 remarca la limitación temporal en su artículo 8.4 recordando que

⁶⁶ Aquí también se ha producido una mejora evidente en comparación con la primera versión del Decreto, ya que inicialmente el periodo de prolongación en estos casos podía alcanzar los seis meses.

“no podrán otorgarse subvenciones (...) referidas a una misma persona trabajadora (...) aunque correspondan a diversos proyectos de EcA, por tiempo superior al señalado en el artículo 5.2”.

Este planteamiento responde a una idea preconcebida, según la cual las personas con necesidades de apoyo permanente deben permanecer en Centros Especiales. Sin embargo, no es ese el punto de partida de la Convención, ni de la Observación núm 8/2022. Ahora bien, más allá de esta provisión básica de apoyos prevista en el programa común, dos de los programas autonómicos examinados contemplan con notable holgura la figura de los “seguimientos”. Se trataría del apoyo subvencionado para acompañar a aquellas personas con discapacidad psíquica que necesitan un seguimiento permanente, aunque con una intensidad oscilante. Plantean esta posibilidad sin límites previos el Decreto del País Vasco 168/2019 (art. 22.3)⁶⁷ y la Orden catalana ESS/1120/2017 (Base 2, apartado 2.2. c)]. Por lo contrario, la Orden de la Región de Murcia de 20 de junio de 2022 plantea una duración máxima del acompañamiento subvencionado que sigue de cerca la referencia de RD 870/2007; es decir, un máximo de tres años con flexibilidad adicional en casos concretos. Por su parte la Orden de la Comunidad Valenciana 21/2016 plantea una duración incluso inferior al Decreto estatal ya que los acompañamientos subvencionados podrán prolongarse por un máximo de 24 meses (art 3.2), si bien parecen preverse algunos supuestos de reactivación del EcA susceptibles de ser subvencionados, más allá de los 24 meses⁶⁸.

En cualquier caso, la lógica de la CIDPD exige contemplar un reconocimiento claro del derecho continuado a los apoyos. En la práctica hoy en día esto no es así, lo que lleva a las entidades a mantener los apoyos a trabajadores ya insertados mediante una “optimización de recursos” provenientes de otras fuentes, lo que tensiona y precariza el funcionamiento de las entidades.

⁶⁷ El artículo 22.3 del Decreto del País Vasco es particularmente ilustrativo al respecto cuando señala que “podrán ser objeto de subvención las actuaciones de seguimiento y apoyo desarrolladas durante el periodo anual subvencionado, con relación a personas contratadas en ejercicios anteriores a fin de asegurar el adecuado desarrollo de la inserción, así como de cubrir las necesidades de formación y adaptación debidas a eventuales modificaciones en la actividad del puesto o cambio en el entorno laboral y contribuir al mantenimiento de los puestos de trabajo”.

⁶⁸ El artículo 4.4 de la Orden mencionada señala que “De manera excepcional se aceptará el apoyo de una persona trabajadora con diversidad funcional que haya desempeñado un puesto de trabajo en la misma empresa o grupo de empresas”, lo que se justificará en base a un cambio necesario de puesto de trabajo y a la constatación de diferencias sustanciales entre las funciones actuales y las anteriores”.

4.2.4. Personas trabajadoras y trabajos contemplados en el empleo con apoyo

A) Discapacidades contempladas en la medida

Tradicionalmente, el EcA se ha dirigido a impulsar el empleo de los trabajadores con mayores dificultades en el acceso al mercado de trabajo, según expresión reflejada en la exposición de motivos del RD 870/2007 y en el artículo 5 c] del RD 818/2021. A grandes rasgos, se trataría de aquellas personas que encajarían en la noción de personas con discapacidad psíquica cuyos subcolectivos se describen con notable detalle en el artículo 3.1 a) del RD 870/2007. Se trataría de personas con parálisis cerebral, personas con trastorno de la salud mental, personas con discapacidad intelectual o personas con trastorno del espectro del autismo, siempre que se alcance el grado del 33 por 100 de discapacidad. A este respecto, las reformas operadas en el Decreto estatal han incorporado, entre las personas beneficiarias, a las que acreditan capacidad intelectual límite, que serían las que muestran, según los baremos vigentes de discapacidad, “al menos un 20 por 100 de discapacidad intelectual y que no alcancen el 33 por 100”. A este respecto, una mirada a las convocatorias autonómicas permite observar que algunas no reflejan entre las personas beneficiarias a las que acrediten la condición de persona con inteligencia límite, como es el caso de la Orden de la Comunidad Valenciana 21/2016. En este punto, como en otros, cabría traer a colación la supletoriedad del Decreto estatal en aras a exigir que los acompañamientos de personas con inteligencia límite se subvencionen en base a las convocatorias. En todo caso, la lógica de los programas autonómicos propios no permite encajar con facilidad la supletoriedad del programa estatal (RD 870/2007).

Las peculiaridades de la enfermedad mental han llevado a alguna convocatoria a asumir el acompañamiento de personas en situación “transitoria” o no consolidada pero objetivamente necesitadas de acompañamiento⁶⁹. Este planteamiento debe mantenerse abierto porque en algunos casos la discapacidad puede no estar consolidada pero la necesidad de apoyos sí puede ser objetivable, de modo que su no provisión frustrará el derecho al trabajo de esas personas potencialmente usuarias. A este respecto, no hay que olvidar que el Tribunal Constitucional en su sentencia 51/2021 de 15 de marzo, en el marco del derecho a adaptaciones, ya ha llamado la atención a propósito de la necesidad de flexibilizar la estricta exigencia de la discapacidad en un grado no inferior al 33 por 100.

Más allá de las personas con discapacidad psíquica, el RD 870/2007 y las normas autonómicas contemplan también entre los beneficiarios de los apoyos

⁶⁹ Se trata del denominado *Programa Acompanya* de Cataluña (2022) ya citado, aunque no ha sido objeto de comentario en este artículo, en cuyo artículo 10 de la normativa de bases (Orden EMT/249/2021, de 27 de diciembre), se prevé el acceso a apoyos subvencionados a personas que acrediten el trastorno de la salud mental mediante un informe del servicio que lleva a cabo el seguimiento terapéutico.

laborales a las personas con discapacidad física en un grado no inferior al 65 por 100, un colectivo que en general no está necesitado de apoyos laborales con la misma intensidad⁷⁰, lo que ha llevado a algún programa de EcA a otro tipo de intervención⁷¹. Como matiz añadido a lo anterior, el RD 870/2007 contempla también como subvencionables los acompañamientos de personas sordas o con discapacidad auditiva en un grado igual o superior al 33 por 100, un colectivo necesitado de apoyos, dadas las particularidades de la discapacidades auditivas. A este respecto, cabe subrayar que la reforma operada en el año 2021 sobre el RD 870/2007 ha normalizado su derecho a los apoyos, teniendo en cuenta que en la versión inicial del Decreto este subcolectivo no aparecía en el artículo 3, sino que era objeto de mención en su disposición adicional primera.

En cualquier caso, como tendré ocasión de insistir más adelante, cabe presumir que las personas beneficiarias del EcA tienen capacidad laboral para desempeñar las funciones del puesto, lo que exigiría una cierta flexibilidad a la hora de apreciar la capacidad de ejercer su derecho al trabajo.

B) Personas inscritas como demandantes de empleo. La necesidad de contemplar a las personas en mejora de empleo

Tanto el Decreto 870/2007 como la normativa autonómica prevén con carácter general la necesidad de que las personas beneficiarias del EcA se encuentren en su situación de desempleo e inscritas como tales ante el servicio público de empleo (art. 3.1 RD 870/2007), excepción hecha del supuesto de personas con discapacidad contratadas por Centros Especiales de Empleo, que podrían beneficiarse de la figura aunque no se encuentren en situación de desempleo, a fin de transitar a un puesto de trabajo en la empresa ordinaria. Aparentemente, la exigencia tiene sentido considerando que el EcA puede ser una herramienta de particular utilidad para facilitar el tránsito del desempleo –o de la inactividad– al empleo en el medio ordinario de trabajo.

Ahora bien, desde una perspectiva de detalle, la protección del derecho al trabajo del colectivo debería llevar a considerar como subvencionables las situaciones de mejora de empleo en un sentido amplio, teniendo en cuenta que las personas con discapacidad tienen el derecho a escoger libremente su trabajo, no solo cuando se encuentran en situación de desempleo, sino también cuando aspiran un cambio hacia un mejor empleo o a un empleo que comporte una jornada de trabajo

⁷⁰ Al respecto, no es casual que en la tabla de dedicación-tipo de la persona preparadora laboral establecida en el artículo 7 de RD 870/2007, esta no podrá ser inferior a un octavo de la jornada por persona con discapacidad física acompañada, tratándose de un volumen de dedicación sensiblemente inferior al previsto para otros colectivos.

⁷¹ Es llamativo el matiz de la Orden de la Región de Murcia de 20 de junio de 2022 (art.8) que parece reservar a las personas con discapacidad física un subprograma más liviano, denominado “de gabinetes de orientación e inserción laboral”, en el que no parece primar tanto el acompañamiento mediante persona preparadora laboral.

más amplia. En este sentido, la única mejora de empleo actualmente contemplada en los acompañamientos subvencionados (RD 870/2007), es la que comporta pasar del empleo protegido al empleo ordinario, lo que a mi juicio, no encaja con el espíritu de la CIDPD ni con la Observación núm 8/2022. A mayor abundamiento, el RD 818/2021, en el marco de la regulación general de los programas de empleo (art. 3.1) no plantea objeciones a la posibilidad de que las personas en proceso de mejora de empleo sean beneficiarias de programas.

Sobre la cuestión, se ha de lamentar que el único precedente que recogía la posibilidad de acceder al EcA en clave de mejora de empleo –la Orden catalana ESS/1120/2017, de 20 de noviembre– ha suprimido el acceso para mejora de empleo tras la reforma introducida en 2022⁷². Por lo demás, debe tenerse en cuenta que el régimen de bonificaciones sobre cuotas patronales de Seguridad Social permite el acceso a las mismas para aquellos empleadores que contraten trabajadores en el marco del programa de EcA en un contexto claro de mejora de empleo como es el de los trabajadores con discapacidad que hayan finalizado su contrato de trabajo indefinido en los tres meses anteriores a la formalización del nuevo contrato. Así se prevé en el artículo 6.3 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre⁷³, para el crecimiento del empleo⁷⁴.

C) Los trabajos residuales y el empleo con apoyo

Otro elemento problemático destacado se encuentra en la exclusión de EcA de trabajos que cabría tildar de residuales, y que no parecerían rentables a la luz de la escasez de recursos que ha caracterizado al EcA en toda su andadura. A este respecto, el RD 870/2007 excluye de la subvención las prestaciones de servicios que estén por debajo del 50 por 100 de la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable, así como las de los contratos de trabajo de duración inferior a los seis meses (RD 870/2007). En ambos casos pesa el deseo de no incentivar prestaciones laborales de carácter precarizante, y la pretensión de favorecer inserciones con un mayor volumen de jornada –y por ende, de salario–, así como la de incentivar la contratación indefinida o temporal de mayor duración, todo ello sin perjuicio de que la normativa no establece limitaciones o prohibiciones en la contratación

⁷² Se trata de la Orden EMT180/2022, de 20 de julio, que limita los beneficiarios del EcA a las personas desempleadas e inscritas.

⁷³ Téngase en cuenta que para las personas con discapacidad se mantiene específicamente en vigor la aplicación de la Ley 43/2006, en virtud de lo dispuesto en la disposición adicional quinta del Real Decreto-Ley 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral.

⁷⁴ En realidad, la no aplicación de la exclusión del artículo 6.1 d] de la Ley 43/2006 –haber puesto fin a la relación laboral indefinida precedente dentro de los tres meses anteriores a la nueva contratación–, se daría también porque quedan fuera de esta exclusión los trabajadores con especiales dificultades de inserción laboral, lo que incluye casi a la práctica totalidad de beneficiarios del empleo con apoyo, exceptuando a las personas con discapacidad auditiva por debajo del 65 por 100.

a utilizar⁷⁵. Las dificultades en la inserción del colectivo hacen razonable exigir tiempo para consolidar a la persona con discapacidad en el puesto. En cualquier caso, parece claro que la supresión del contrato de obra operada a través del RDL 32/2021 ha limitado el margen para formalizar contratos temporales de más de seis meses, sin perjuicio del margen que el artículo 15.2 TRLET da a la negociación colectiva sectorial para prolongar hasta un año los contratos por circunstancias de la producción. Y sin olvidar, además, el contrato temporal de fomento del empleo de las personas con discapacidad que permanece vigente, con una duración inicial no inferior de un año y máxima de tres (disposición adicional primera Ley 43/2006).

La proliferación de la contratación fija discontinua tras la reforma de 2021 abre la cuestión a propósito de la admisión del contrato fijo-discontinuo (art. 16 TRLET) en el marco del EcA⁷⁶. Ciertamente, ni el RD 870/2007 ni los programas autonómicos propios hacen referencia a la cuestión⁷⁷ de modo que dado que se trata de un contrato indefinido, encaja en los requisitos del artículo 2.2. del RD 870/2007. Sin embargo, parece claro que las interrupciones en la actividad –especialmente cuando sean prolongadas–, son negativas para la consolidación del trabajador y para garantizarle un Servicio Social alternativo en los períodos en los que no se desempeñe actividad laboral.

Sin duda, es mucho más compleja la exigencia de jornadas mínimas no inferiores al 50 por 100 de la jornada a tiempo completo comparable, ya que este planteamiento puede excluir de la subvención a trabajadores con escasa capacidad –al menos en fases iniciales–, o con dificultades de compatibilidad de prestaciones con el empleo; significativamente, con pensiones no contributivas. En suma, la exigencia de jornadas holgadas puede condenar a la inactividad por falta de apoyos a las personas que, paradójicamente, están más necesitadas de ellos, razón por la cual es imprescindible que la regulación del programa común, así como los autonómicos propios, supriman esta restricción por incurrir en capacitismo⁷⁸. De lo contrario, esta regla operaría como una suerte de listón de inadmisión al trabajo

⁷⁵ Cavas Martínez, F.: “Instrumentos para la promoción...”, ob. cit. pág. 267, señala que a falta de norma excluyente será posible la contratación fija discontinua; en cambio, no tienen fácil encaje en el EcA los contratos formativos”.

⁷⁶ Como se ha señalado, Cavas Martínez, F.: “Instrumentos para la promoción...”, ob. cit. pág. 267, no ve obstáculos legales a la utilización del empleo con apoyo en el marco de la contratación fijo-discontinua.

⁷⁷ Es significativo que la Orden de la Región de Murcia de 20 de junio de 2022 no haga referencia a la cuestión, teniendo en cuenta la incidencia de esta tipología contractual en esa Comunidad Autónoma.

⁷⁸ Cabe matizar que el Decreto vasco 168/2019 establece un límite más flexible ya que la jornada del seguimiento a subvencionar debería de ser, al menos, equivalente al 35 por 100 de una persona a tiempo completo comparable. Se trata de un planteamiento meritorio pero seguramente insuficiente en algunos casos, sin olvidar las exigencias de la CIDPD y de la Observación núm. 8/2022.

por falta de capacidad, una posibilidad que la Observación núm 8/2022 combate frontalmente en su apartado 56 al señalar que los Estados deberían evitar interferir directa o indirectamente en el disfrute del derecho al trabajo. Por lo demás, el régimen jurídico de las bonificaciones a las cuotas patronales a la Seguridad Social deja en evidencia esta norma restrictiva ya que el artículo 3.7 de la Ley 43/2006 no pone objeciones a bonificar contratos de trabajo de jornada residual.

5. CONCLUSIONES

La regulación del programa común de EcA, el RD 870/2007, tuvo como objetivo fundamental impulsarlo en perspectiva uniformizadora así como alcanzar un mayor reconocimiento de la figura aprovechando su carácter de programa estatal. Sin embargo, el mantenimiento y la proliferación de programas autonómicos propios, anteriores y posteriores a la aprobación del Decreto estatal, no han permitido que el EcA sea una figura claramente identificable. Tampoco ayuda a su consolidación la falta de convocatorias en algunas Comunidades Autónomas. A ello contribuye una mención muy limitada del EcA en el TRLGDPCD. En este contexto, el RD 818/2021 de programas de empleo ha consolidado el reconocimiento de la capacidad autonómica de aprobar programas propios. Además, algunas Comunidades Autónomas han activado sus competencias en materia de Servicios Sociales para impulsar otras formas “no laborales” de EcA.

Los años de rodaje del RD 870/2007 no han servido tampoco para superar otro mal endémico en el EcA como es la escasa e irregular financiación, lo que se traduce en la publicación tardía de convocatorias –avanzado el ejercicio y con efectos retroactivos– y la escasez de las partidas reservadas al programa por algunas Comunidades Autónomas. A este respecto, el auge y la expansión de los Centros Especiales de Empleo ha absorbido una gran cantidad de recursos que no han permitido la reserva de fondos suficientes para el impulso definitivo del EcA. Todo ello se traduce en unas cifras de personas beneficiarias muy limitadas, que aún serían menores sin algunas aportaciones privadas a su financiación.

La irrupción de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad en 2006 y sobre todo, la interpretación dada a la misma por la Observación núm. 8/2022 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad cuestionan este estado de cosas. En el caso de España, los poderes públicos deben dar pasos rigurosos en aras a reducir progresivamente el empleo protegido, al tiempo que debe garantizarse la accesibilidad al mercado ordinario de trabajo mediante apoyo laboral disponible a lo largo del desarrollo de la relación laboral.

El artículo sugiere dos vías alternativas para consolidar el EcA. De un lado, asumir su consideración como un servicio de la cartera común, con mejoras significativas en su planteamiento y garantías de acceso. Alternativamente, sería

necesario mejorar significativamente algunos de los elementos más importantes del programa común, el RD 870/2007, lo que vinculará a las Comunidades Autónomas que publican convocatorias del programa común, al tiempo que influirá en los estándares de los programas propios de las Comunidades Autónomas que optan por no convocar ayudas en el marco del programa común. No obstante, esta segunda opción no garantiza que todas las Comunidades Autónomas impulsen el EcA, entre otras cosas porque actualmente no hay continuidad de convocatorias en todas las Comunidades Autónomas.

Con carácter prioritario, el EcA debería recibir la consideración de servicio de la cartera común en base a diversos elementos como son la complejidad de la figura y la necesaria continuidad del EcA, circunstancias que no encajan con la idea de un programa de empleo, una acción más anecdótica y de menor recorrido. A ello se añade que el artículo 41 del TRLGDPCD considera al EcA un servicio de empleo, no un programa. Todo ello sin olvidar la estrecha vinculación del EcA con el derecho constitucional al trabajo (art. 35.1 CE) de las personas con discapacidad afectadas de mayores dificultades. Consolidar el EcA como servicio de empleo exigiría además una regulación legal de mayor contenido que podría abordarse en la Ley de empleo o en el TRLGDPCD.

Más allá de la naturaleza servicio o programa, algunas de las mejoras propuestas tienen una particular vinculación con la naturaleza reivindicada de servicio de empleo. Así, la consideración de servicio del EcA debería llevar a contemplar la financiación de los gastos de estructura, teniendo en cuenta que la prestación del servicio consume también este tipo de recursos. Asimismo, los servicios de EcA deberían optimizar su eficacia –y también su eficiencia– conectándose estrechamente con los servicios públicos de empleo. A este respecto, los servicios de EcA llevan a cabo actividad intermediadora y deben coordinarse fluidamente con los servicios públicos de empleo para a) atender a los usuarios con discapacidad inscritos en estos últimos, así como para b) aprovechar las ofertas presentadas por las empresas ante el servicio público de empleo, lo que permitiría activar sus tareas de prospección.

La revisión del marco jurídico del EcA debería tener en consideración la subvención de acciones de acompañamiento, generalmente prelaborales, que no desemboquen en un contrato de trabajo. El régimen vigente en el programa común (RD 870/2007) y en buena parte de los programas propios, hace poco atractivo el acompañamiento de los trabajadores con menor nivel de empleabilidad ya que caso de inserciones frustradas, las actuaciones preliminares no son rentables para las entidades promotoras

Respecto a las acciones subvencionables es urgente financiar dos acciones ignoradas por el RD 870/2007. La primera de ellas es la prospección laboral, una acción que debería contemplarse de modo prioritario considerando su imprescindibilidad y la gran cantidad de recursos que las entidades ponen en

marcha para obtener un raonable volumen de ofertas de empleo que los servicios públicos de empleo no podrían facilitar en condiciones adecuadas. A lo anterior se une la conveniencia de regular y de subvencionar prácticas prelaborales, que pueden contribuir a una mayor eficacia del EcA así como a la superación de estereotipos. En este terreno, deben tomarse cautelas para evitar una utilización abusiva e injustificada de las prácticas. Ciertamente, la prospección y las prácticas prelaborales se abordan en algunos programas propios de Comunidades Autónomas, pero sería necesario que el programa común tuviese en cuenta esta necesidad.

En línea de subrayar lo prioritario, es imprescindible suprimir los topes temporales en el acceso a los apoyos laborales. El RD 870/2007 y otros programas propios autonómicos han ampliado los plazos de acceso al EcA, especialmente en el caso de las personas con discapacidad psíquica. Sin embargo, debe reconocerse el derecho al EcA de seguimiento y a su intensificación cuando concurren circunstancias que lo justifiquen, máxime teniendo en cuenta el deber de potenciar la inserción en el medio ordinario de trabajo, propugnado por el CIDPD y exigido por la Observación núm. 8/2022, del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En lo que concierne al marco de las personas beneficiarias, el EcA debería partir de un planteamiento flexible mostrado en otros momentos para algunas situaciones, como es el caso de las personas afectadas de sordera. En determinados contextos “grises”, el no acceso al EcA es garantía de expectativas laborales frustradas e inactividad. Ese sería el caso, en estos momentos, de las personas bajo tratamiento por enfermedad mental que no disponen de reconocimiento formal de discapacidad. En esta línea de flexibilidad, la regulación común –como programa o como servicio–, debería contemplar el derecho al acompañamiento no solo de las personas desempleadas o en activo en Centros Especiales de Empleo, sino que también debería tenerse en consideración a las personas inscritas en mejora de empleo, una posibilidad contemplada en el pasado en algún programa autonómico.

En fin, la especial relevancia del EcA para las personas con discapacidad afectadas de especiales dificultades debería llevar a contemplar la subvención por contratos de trabajo con una jornada inferior al 50 por 100 de un trabajador a tiempo completo comparable. De lo contrario, se condiciona de un modo extraordinario el acceso al trabajo de colectivos particularmente vulnerables y con muy escasa tasa de actividad.

INTELIGENCIA ARTIFICIAL INCLUSIVA VERSUS DISCRIMINATORIA ANTE LA DISCAPACIDAD LABORAL

ROSA M^a GONZÁLEZ DE PATTO

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

EXTRACTO

Palabras clave: Inteligencia artificial; empleo; discapacidad; discriminación

Los efectos inclusivos de los sistemas de Inteligencia Artificial (IA) en el empleo de las personas con discapacidad no son desdeñables, aunque tampoco lo es su potencial lesivo de derechos fundamentales, en particular, el derecho a la igualdad y no discriminación. Estos desafíos hacen necesario un marco regulatorio que aporte un sistema integral y efectivo de garantías frente al impacto discriminatorio de la IA en este colectivo especialmente vulnerable. Recientes iniciativas legislativas: la reforma de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad, la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación y la nueva Ley de empleo 3/2023 contienen algunos elementos innovadores en refuerzo de la tutela antidiscriminatoria (preventiva, restitutoria, reparadora y disuasoria) de las personas con discapacidad, si bien su análisis permite detectar importantes lagunas que debilitan su efectividad frente a los efectos lesivos de estos sistemas emergentes. Por ello, resultará esencial una labor jurisdiccional de interpretación y aplicación evolutiva de este arsenal jurídico a la luz de nuestra Carta de Derechos Digitales y del Reglamento europeo de inteligencia artificial (RAI).

ABSTRACT

Keywords: Artificial intelligence; employment; discrimination; disability

The inclusive effects of Artificial Intelligence (AI) technologies on the employment of persons with disabilities are not negligible, although neither is their potential to harm fundamental rights, in particular the right to equality and non-discrimination. These challenges require a regulatory framework that provides a comprehensive and effective system of legal guarantees against the discriminatory impact of AI on this particularly vulnerable group. Recent legislative initiatives: the reform of the General Law on the Rights of Persons with Disabilities, Law 15/2022 of 12 July, comprehensive measures for equal treatment and non-discrimination and the new Employment Law 3/2023 contain some innovative elements to strengthen anti-discrimination protection (preventive, restorative, restorative and dissuasive) for persons with disabilities, while its analysis allows us to identify important gaps that weaken its effectiveness against the harmful effects of these emerging systems. For this reason, a jurisdictional work of interpretation and evolutionary application of this legal arsenal will be essential in the light of our Digital Bill of Rights and the European regulation on artificial intelligence (RAI).

ÍNDICE

1. AGENDA 2030, SISTEMAS IA Y DISCAPACIDAD
2. IA Y EMPLEO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD. OPORTUNIDADES Y DESAFÍOS
 - 2.1. IA inclusiva
 - 2.1.1. IA y adaptación de puestos de trabajo
 - 2.1.2. Otros enfoques inclusivos de la IA en el empleo de personas con discapacidad
 - 2.2. La IA discriminatoria: sus riesgos como factor de exclusión en el empleo de las personas con discapacidad
 - 2.2.1. Sistemas IA en los procesos de selección y contratación
 - 2.2.2. IA y evaluación del desempeño
 - 2.2.3. IA y cualificación digital: la brecha de las personas con discapacidad
3. IA Y SU IMPACTO EN LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LA DISCAPACIDAD
4. CONCLUSIÓN FINAL

1. AGENDA 2030, SISTEMAS IA Y DISCAPACIDAD

La digitalización de las relaciones de trabajo, especialmente intensa en la segunda década de siglo XXI a través de las llamadas Tecnologías de Utilidad General (TUG), en especial los sistemas de Inteligencia Artificial (IA), Big Data y blockchain, ha tenido un efecto verdaderamente disruptivo porque ha transformado de modo intensivo y radical los procesos productivos, las condiciones de trabajo de millones de trabajadores y la gestión de los recursos humanos en las empresas de prácticamente todos los sectores de actividad. Y no se trata de un proceso que, como en transformaciones tecnológicas precedentes, haya afectado principalmente a trabajos no cualificados sino que, en este caso, ha repercutido igualmente en puestos de alta cualificación y complejidad¹.

Abordar el análisis del impacto de la IA en el empleo implica, necesariamente, la consideración su doble dimensión: la positiva o inclusiva, por un lado, así como su dimensión negativa o discriminatoria, por otro, especialmente si el objeto de estudio se centra en un colectivo vulnerable, como el de las personas con discapacidad.

En efecto, en positivo, la digitalización de múltiples funciones y tareas y las nuevas oportunidades para el teletrabajo mediante las emergentes tecnologías IA están contribuyendo a la eliminación de obstáculos y mejora de la accesibilidad en el ámbito del empleo de las personas con discapacidad, por lo que, desde esa perspectiva, se pone así al servicio del cumplimiento del Objetivo 8 de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030: promover la igualdad, el pleno empleo inclusivo y el trabajo decente para todos. En esa misma línea se inscribe nuestra nueva Ley de Empleo (LE), aprobada definitivamente por el Congreso de los Diputados el 16 de febrero de 2023, tras incorporar las enmiendas introducidas en el texto por la Cámara Alta, relativas precisamente a las personas con discapacidad, con la finalidad de reducir la brecha digital de este colectivo que la norma reconoce expresamente

¹ Cruz Villalón, J.: “Transformación digital y relaciones laborales”, Blog de Jesús Cruz Villalón, Reflexiones y comentarios de cuestiones sociales y laborales de actualidad, <https://jesuscruzvillalon.blogspot.com/2021/04/transformacion-digital-y-relaciones.html>, 26 abril 2021.

como prioritario para las políticas activas de empleo (Cap. V, art. 54), incluyendo provisiones específicas para la evitación de sesgos discriminatorios, el fomento del empleo y la mejora de su empleabilidad.

Pero, como se ha dicho, la digitalización basada en IA tiene otra dimensión contrapuesta desde la perspectiva de la inserción laboral y protección social de la discapacidad. En negativo, además de su potencialidad lesiva de otros derechos fundamentales del conjunto de las personas trabajadoras (derecho a la intimidad, derecho a la protección de datos, derecho a la integridad física, derecho a la integridad moral), que, como acertadamente se ha apuntado, obliga a una relectura de su ejercicio y tutela², en el caso de las personas con discapacidad puede verse particularmente concernido el derecho a la igualdad y no discriminación. En efecto, si las nuevas tecnologías IA no son suficientemente accesibles, albergan sesgos respecto al acceso, mantenimiento y/o promoción en el empleo y no se garantiza efectivamente la adquisición de competencias digitales para la adaptación a los cambios, representarán un factor de desigualdad y, por ende, de exclusión social y laboral de este colectivo.

En esa clave de necesario equilibrio entre los progresos y los riesgos de discriminación y exclusión que conlleva la tecnología IA en su proyección en el mercado de trabajo de las personas con discapacidad, se han pronunciado diversas instituciones internacionales. Así, la OIT en el Informe *World Employment and Social Outlook 2021* (Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo 2021)³, así como la Comisión sobre la Banda Ancha para el Desarrollo Sostenible, creada en 2010 por la Unión Internacional de Telecomunicaciones y la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), ha puesto de relieve la necesidad de que las personas con discapacidad participen en la creación de herramientas de inteligencia artificial para garantizar sus efectos inclusivos. Del mismo modo, la Recomendación sobre la Ética de la Inteligencia Artificial, aprobada por su Conferencia General en su 41ª reunión, hace hincapié en el principio de no discriminación por motivos de discapacidad⁴. También ha incidido de forma exhaustiva en esta problemática el Relator Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad en su último Informe presentado al Consejo de Derechos Humanos de la ONU⁵.

A nivel nacional, en lo que respecta a España, el bloque normativo antidiscriminatorio en materia de discapacidad está integrado, en primer lugar (cronológicamente), por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de los derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social (LGD), recientemente reformada por la Ley 6/2022, de 31 de marzo, para reforzar su finalidad inclusiva. En segundo lugar, por la ambiciosa Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y

² Cruz Villalón, J.: “Transformación digital y relaciones laborales”, cit.

³ World Employment and Social Outlook 2021: The Role of Digital Labour Platforms in Transforming the World of Work (Ginebra, OIT, 2021).

⁴ Vid. en <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000379920.page=14>.

⁵ A/HRC/49/52: Derechos de las personas con discapacidad - Informe del Relator Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, Naciones Unidas, 2022.

la no discriminación, dictada con el objeto de transponer integral e integradamente el bloque de Directivas europeas antidiscriminatorias, que incorpora ya algunos elementos de atención a los sistemas IA. Esta norma, en efecto, contiene algunas previsiones específicas, acordes con la Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial, la Carta de Derechos Digitales y de las iniciativas europeas en torno a la Inteligencia Artificial, frente a la discriminación por razón de discapacidad, pero pese a ser la pretensión del legislador “convertirse en el mínimo común normativo que contenga las definiciones fundamentales del derecho antidiscriminatorio español y, al mismo tiempo, albergue sus garantías básicas”⁶, deja algunos resquicios, como veremos más adelante, frente a las nuevas fuentes de discriminación vinculadas a la digitalización IA, restando así efectividad a la tutela antidiscriminatoria.

Finalmente, a la espera aun del Libro Blanco de Empleo y discapacidad, promovido los Ministerios de Derechos sociales y Agenda 2030 y el Ministerio de Trabajo y Economía Social, el 2 del presente mes de marzo 2023 entrará en vigor la nueva Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo (BOE 1 marzo 2023) (en adelante, LE), cuya principal innovación es la incorporación de previsiones específicas y acordes a los desafíos de los sistemas IA en el empleo. Así, por un lado, impone un deber de vigilancia a cargo de los servicios públicos de empleo en evitación de que las herramientas IA utilizadas en el seno del Sistema Nacional de empleo (SNE) para la adopción de decisiones automatizadas sobre los demandantes de empleo contengan sesgos discriminatorios, para lo cual establece la obligación de evaluaciones anuales de impacto de las mismas y la correlativa de su modificación para la eliminación de dichos sesgos, caso de detectarse (art. 17.2 LE). Por otro lado, se da cumplimiento al principio de transparencia de estos sistemas IA (art. 17.3), que, por otra parte, quedan incluidos en el ámbito de las acciones de empleabilidad, erigidas ahora por la norma en elemento basilar de las Políticas activas de empleo (PAE). Precisamente, para garantizar el derecho-deber a la empleabilidad la Ley 3/2023 prevé la creación de herramientas IA de apoyo a la toma de decisiones para la mejora de la empleabilidad de las personas, en especial la de colectivos prioritarios, entre los que se encuentra el de discapacidad (art. 54).

En este escenario y tras numerosos documentos precedentes sobre la materia⁷, se encuentra en avanzada fase de tramitación la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial)⁸, con la pretensión de dotar de uniformidad a las respuestas de los ordenamientos nacionales desde un enfoque equilibrado entre los progresos de la digitalización y la garantía de que las

⁶ Vid. Monereo Pérez, J.L., Rodríguez Escanciano, S. y Rodríguez Iniesta, G. “Contribuyendo a garantizar la igualdad integral y efectiva: la ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación”. Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum. n° 4, 2022.

⁷ Para el examen de los documentos comunitarios precedentes (2019- 2021) sobre la materia, vid. Rojo Torrecilla, E.: “Tecnología y relaciones laborales. A vueltas con el impacto de la inteligencia artificial, algoritmos, robótica y tecnologías conexas en el mundo del trabajo”. Consultado en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/08/tecnologia-y-relaciones-laborales.html>

⁸ Propuesta de Reglamento por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial (COM(2021) 206 final]. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/DOC/?uri=CELEX:52021PC0206&from=ES>

nuevas tecnologías IA, de modo que éstas se desarrollen y funcionen de acuerdo con los valores, los derechos fundamentales y los principios de la UE⁹. La primera aportación del Reglamento a destacar, por su interés e importancia para clarificar la confusión conceptual existente hasta ahora, es la delimitación restrictiva de la definición de “sistemas de inteligencia artificial” o “sistemas IA” para distinguirlos de otros sistemas de *software* más clásicos. Así, para el art. 3.1, un «sistema de IA» es “un sistema concebido para funcionar con elementos de autonomía que, a partir de datos e información generados por máquinas o por seres humanos, infiere la manera de alcanzar una serie de objetivos, utilizando para ello estrategias de aprendizaje automático o estrategias basadas en la lógica y el conocimiento, y produce información de salida generada por el sistema, como contenidos (sistemas de inteligencia artificial generativa), predicciones, recomendaciones o decisiones, que influyen en los entornos con los que interactúa el sistema de IA”¹⁰.

En este orden de cosas, resulta oportuno un estudio y análisis crítico de las oportunidades y desafíos que las emergentes tecnologías IA implican en el ámbito del empleo y la protección social de las personas con discapacidad, centrado en el derecho de igualdad y no discriminación, con un abordaje desde la perspectiva del marco regulatorio existente a nivel europeo y nacional enderezado a ponderar si resulta suficiente y adecuado para la tutela antidiscriminatoria integral y efectiva de las personas con discapacidad.

2. IA Y EMPLEO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD. OPORTUNIDADES Y DESAFÍOS

A modo de premisa, conviene contextualizar el objeto de estudio atendiendo a los perfiles del mercado de trabajo de las personas con discapacidad, y, en este sentido, a día de hoy, los datos de empleo, y por ende, de inclusión sociolaboral de personas con discapacidad en España arrojan datos ambivalentes.

Así, en materia de contratación, las cifras son positivas y esperanzadoras. Según el Informe Tecnología y Discapacidad 2022 de Fundación Adecco¹¹, la contratación de personas con discapacidad ha recuperado su vitalidad previa a la pandemia covid-19. En efecto, tras su hundimiento en 2020, del -25%, 2021 se saldó con un crecimiento de 14% y, en lo que llevamos de 2022, ha crecido un 32% con respecto al mismo periodo del pasado ejercicio, superando en un 13% los niveles de contratación previos a la pandemia. El Informe incide en los factores de este importante repunte en la contratación de personas con discapacidad: por un lado, la reactivación de los sectores del turismo y la hostelería; por otro lado, el avance de las políticas de responsabilidad

⁹ Un acopio de las valoraciones doctrinales, mayoritariamente positivas, de la propuesta de Reglamento IA, en Rojo Torrecilla, E.: “Tecnología y relaciones laborales. A vueltas con el impacto de la inteligencia artificial, algoritmos, robótica y tecnologías conexas en el mundo del trabajo”, cit.

¹⁰ Propuesta transaccional aprobada por el Consejo (Telecomunicaciones) el 6 diciembre de 2022. Consultado en: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14954-2022-INIT/es/pdf>

¹¹ Informe Tecnología y Discapacidad 2022, 11ª edic., Fundación Adecco, julio 2022; disponible en <https://fundacionadecco.org/informes-y-estudios/informe-tecnologia-y-discapacidad/>

social corporativa, con la toma de conciencia sobre los beneficios que los valores de la diversidad e inclusión reportan a la competitividad y la sostenibilidad empresarial; y finalmente, por lo que aquí interesa, el progreso e impacto de la digitalización de los procesos productivos, que está permitiendo la participación y la aportación de talento e inserción de las personas con discapacidad gracias a nuevos e innovadores procesos y herramientas digitales. Nos situamos, por tanto, en un escenario de consolidación de la economía digital y de progreso disruptivo y acelerado de la IA en prácticamente todos los sectores de actividad y empresas, que, como se ve, abre nuevas y buenas oportunidades para la inclusión laboral de este colectivo.

Como contrapunto a la coyuntura positiva de los dos últimos años en el plano de la contratación, los datos son más pesimistas en otros indicadores no menos importantes, cual es la tasa de actividad. En efecto, el citado Informe de la Fundación Adecco recoge que el contingente de personas con discapacidad en edad laboral que comparece en el mercado de trabajo en búsqueda de empleo es muy inferior a las personas sin discapacidad; datos que son confirmados en el Informe del Mercado de Trabajo de las Personas con Discapacidad del Observatorio de Ocupaciones del Sepe 2022 (con datos de 2021)¹². Así, el 65,7% de las personas discapacitadas en edad de trabajar no tiene empleo ni lo busca, es decir, son inactivos, un dato que se ha mantenido casi inalterable durante la última década. De este modo, la tasa de actividad del colectivo es 41,8 puntos inferior a la de la población sin discapacidad (76,1%), una brecha que aumenta notablemente con la edad y el grado de discapacidad reconocido. También influye en este indicador el tipo de discapacidad, ya que, según fuentes del movimiento asociativo, el porcentaje sería aún mayor en el caso de las personas con discapacidades intelectuales y/o problemas de salud mental, supuestos en los que la inactividad se dispararía hasta el 80% o 90%. Se trata de una brecha mucho más acusada que la basada en el género, pues la tasa de actividad y empleo de las mujeres es ahora ligeramente superior a la de los hombres y las diferencias son menos acusadas que en el caso de personas sin discapacidad.

En este contexto, la emergencia de las tecnologías IA podría servir de factor catalizador para la mejora de la inserción laboral del colectivo y, con ello, contribuiría a igualar los estándares de protección existentes para el resto de la población trabajadora. En concreto, los avances residirán en tres ámbitos, sobre los que se profundizará más adelante¹³:

- a) la implementación de tecnologías adaptadas y productos de apoyo tecnológicos, que facilitan las tareas a realizar de las personas con discapacidad, esto es, en la adaptación tecnológica de los puestos de trabajo a base de equipos y sistemas para aumentar la movilidad, la audición, la visión o las capacidades de comunicación del trabajador/a discapacitado.

¹² file:///C:/Users/rgpat/Downloads/Informe-Mercado-Trabajo-Discapacidad-2022-Datos2021%20(1).pdf

¹³ Informe Tecnología y Discapacidad 2022, Fundación Adecco, 11ª edición, julio 2022, cit.

- b) la robotización y la digitalización de los puestos de trabajo, que conllevan un gran potencial para eliminar las barreras de discriminación basadas en variables y roles que tradicionalmente han perjudicado a las personas con discapacidad¹⁴.
- c) La consolidación del teletrabajo, una modalidad de prestación de servicios especialmente adecuada para personas con discapacidad, especialmente física o funcional, al evitar los desplazamientos del domicilio del trabajador/a.

Ahora bien, como ya se dijo, sin perjuicio de que las nuevas tecnologías digitales pueden convertirse, en el sentido apuntado, en grandes aliadas del proceso de inclusión socio-laboral de las personas con discapacidad, no deben soslayarse sus riesgos, a los que habrá de atenderse con medidas adecuadas de prevención ex ante y tutela jurídica ex post para que el binomio IA- trabajo decente sea un binomio de éxito en un colectivo tan especialmente vulnerable.

Llegados a este punto, es el momento de abordar estas dos versiones de la IA en función de sus efectos en el ámbito del empleo y la protección social: la IA inclusiva y la IA discriminatoria.

2. RETOS DEL BINOMIO IA-TRABAJO DECENTE DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. IA INCLUSIVA VS. IA DISCRIMINATORIA

2.1. IA inclusiva

2.1.1. IA y adaptación de puestos de trabajo

Ya se ha señalado que uno de los beneficios más visibles que representan las tecnologías basada en IA es el de facilitar la adaptación de los puestos de trabajo y así garantizar el derecho de igualdad en el acceso, mantenimiento y promoción en el empleo de las personas con discapacidad, lo que además redundará en el incremento de la productividad y competitividad de las empresas y en la mejora de su política de responsabilidad social.

En este sentido, los datos que aporta el Informe de la Fundación Adecco “Tecnología y Discapacidad” 2022¹⁵ reflejan que un altísimo porcentaje de las personas con discapacidad encuestadas constata los beneficios que reportan las tecnologías digitales, reconociendo su contribución a la inclusión (91,8%), y, particularmente un 48% afirma que facilitan las adaptaciones necesarias para sortear barreras físicas y/o audiovisuales que les ha permitido su acceso o mantenimiento del empleo.

¹⁴ Vid, en este sentido, Goñi Sein, J.L.: “Innovaciones tecnológicas, inteligencia artificial y derechos humanos en el trabajo”, Documentación Laboral nº 17, 2019.

¹⁵ Informe “Tecnología y discapacidad”, Fundación Adecco, 11ª edición, julio 2022.

Esta funcionalidad de la digitalización basada en IA resulta de enorme trascendencia al ponerse al servicio del cumplimiento de la obligación empresarial de realizar “ajustes razonables” con el objeto de preservar el derecho a la igualdad de trato de las personas con discapacidad en el empleo, prevista en el artículo 5 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación y el art 40.2 de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad. Como se sabe, el concepto de “ajustes razonables” se refiere a las modificaciones o adaptaciones del “lugar de trabajo” (en los términos de la norma europea) que favorezcan el mantenimiento del empleo, dotando de este modo de efectividad al principio de igualdad y no discriminación. En transposición al ordenamiento interno del art. 5 de la Directiva, el art. 40.2 de nuestra Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (LGD)¹⁶ incluye la obligación empresarial de adoptar medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa para garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo, desempeño del trabajo y la promoción. Por su parte, el art. 4.1 de la Ley 15/2022 considera vulneración del derecho fundamental de igualdad y no discriminación la denegación de ajustes razonables y, después el art. art.6.1.a), recepcionando jurisprudencia previa, establece que se considerará discriminación directa imputable al empleador la denegación de ajustes razonables a las personas con discapacidad, añadiendo que, a tal efecto, se entiende por ajustes razonables las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran para facilitar la accesibilidad y la participación y garantizar a las personas con discapacidad el ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos.

Como se sabe, sobre la interpretación del alcance de este concepto existe una consolidada doctrina del TJUE, que establece que el incumplimiento de esta obligación de “ajustes razonables” o adaptaciones adecuadas del “lugar de trabajo” en el caso de los trabajadores/as con discapacidad priva de legitimidad a medidas empresariales de carácter disciplinario y medidas extintivas de la relación laboral basadas en el incumplimiento o insuficiencia en el cumplimiento de las obligaciones del puesto de trabajo, considerando que determinan una discriminación directa (o indirecta) por razón de discapacidad, en el sentido de la Directiva 2000/78/CE. En cuanto a cómo debe interpretarse el concepto “ajustes razonables”, en el sentido de la Directiva y a la luz de los artículos 21 y 26 del CDFUE y de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas de 2006, el TJUE tiene establecido que los «ajustes razonables para las personas con discapacidad» implican que “el empresario deberá tomar las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, ejercerlo o progresar profesionalmente, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario” (STJUE de 21 de octubre de 2021(asunto C-824/19)).

No obstante, el problema interpretativo reside también en la extensión del concepto. En este sentido, la STJUE de 11 de septiembre de 2019 (C-397/18)

¹⁶ Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

determinó que conforme a la previsión de la Directiva, “no es obligatorio (...) mantener en un puesto de trabajo a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate” por razón de su discapacidad. Y desde este enfoque amplio y flexible de los ajustes, la STS 22 de febrero 2018 (rec. 160/2016) amplía el ámbito de las adaptaciones necesarias, incluyendo en ellas la movilidad funcional, a propósito del despido objetivo por ineptitud de una trabajadora que padece una enfermedad psíquica. En tal supuesto el TS resuelve que no concurre un motivo discriminatorio por razón de discapacidad en la decisión extintiva si la empresa había adoptado previamente medidas tendentes a la readaptación de la concreta situación de la actora a *otros puestos de trabajo* que pudieran minimizar las consecuencias de la afectación.

Este enfoque hermenéutico de nuestro Tribunal Supremo es avalado por la más reciente STJUE de 10 de febrero 2022 (asunto C-485/20). La posición empresarial en el litigio principal mantenía que el art. 5 de la Directiva se refiere, en cuanto a los ajustes razonables que deban llevarse a cabo, “al lugar de trabajo”, por lo que éstos se deberían limitarse al empleo desempeñado por el trabajador con discapacidad y, en consecuencia, “no pueden servir para adscribirle a otro puesto de trabajo”. Contrariamente, el Tribunal de Luxemburgo opta por una interpretación integradora del concepto vinculándolo no al mantenimiento del puesto desempeñado sino a la conservación del empleo, por lo que “la recolocación en otro puesto de trabajo puede ser una medida de adaptación adecuada y, en este sentido, un ajuste razonable a efectos del artículo 5 de esta Directiva”, con la salvaguarda de que dicho ajuste no suponga “una carga excesiva” para el empleador y que exista “por lo menos un puesto de trabajo vacante que el trabajador en cuestión puede ocupar”.

Pues bien, si, como se ha apuntado, las medidas de adaptación requeridas por la legislación europea y nacional (art. 40.2 LGD y 6.1 Ley 15/2022) están supeditadas a que no supongan una carga excesiva para la empresa, las tecnologías basadas en IA pueden contribuir a la adecuación, agilidad y sostenibilidad económica de las mismas, esto es, a su implantación sin que supongan un coste financiero desproporcionado para el empleador¹⁷. En este sentido, quizá resulte adecuado implementar políticas de desgravaciones fiscales y/o de bonificaciones en las cotizaciones y reforzar las subvenciones públicas para promover y facilitar la adquisición de estos recursos a pymes.

Finalmente, conviene señalar que el recurso por parte de las empresas a las tecnologías IA no sólo resulta adecuado para atender a los preceptivos ajustes o adaptaciones previos a medidas extintivas de la relación laboral, sino también para facilitar el cumplimiento de las cuotas de reserva impuestas ex lege tanto a empresas (públicas y privadas), ex art. 42 LGD, cuanto a las AAPP (art. 59 TREBEP), por lo que la certificación de excepcionalidad para la aplicación a medidas alternativas de externalización con centros especiales de empleo exigible a las primeras (art. 2 RD 364/2005) debería de supeditarse a la inversión en herramientas de este tipo para la adaptación de puestos de trabajo.

¹⁷ A/HRC/49/52: Derechos de las personas con discapacidad - Informe del Relator Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, Naciones Unidas, 28 diciembre 2021.

2.1.2. Otros enfoques inclusivos de la IA en el empleo de personas con discapacidad

La inclusión laboral de las personas con discapacidad podría acelerarse por otras vías también basadas en las nuevas tecnologías IA.

Por un lado, mediante la robotización o implementación de software de automatización de decisiones en los procesos productivos, herramientas, ambas, con un gran potencial para eliminar barreras basadas en variables como la fuerza física, las capacidades audio-visuales o la capacidad cognitiva, inercias o roles que tradicionalmente vienen perjudicando a las personas con discapacidad. Sin embargo, estas ventajas no ocultan los riesgos de sustitución de puestos de trabajo humanos mediante medidas extintivas fundadas en causas técnicas u organizativas¹⁸.

Y por otro lado, como se adelantó supra, con el refuerzo y extensión del teletrabajo, donde la presencia de herramientas IA es muy potente. El teletrabajo, en efecto, está facilitando a las personas con discapacidad el acceso al empleo y el desempeño del puesto de trabajo evitando el factor desplazamiento que lo obstaculiza o complica, sobre todo en los supuestos de discapacidad física y mental, y en menor medida en los trabajadores con discapacidad intelectual¹⁹. Con todo, sin perjuicio de las indudables ventajas que reporta el teletrabajo en la destrucción de barreras de accesibilidad en el empleo, el tantas veces mencionado Informe Adecco 2022 recuerda que la convivencia y la interacción son la base para la integración y la normalización social de la discapacidad, por lo que, desde esta perspectiva, la digitalización no debería desplazar totalmente el trabajo presencial, siendo aconsejable apostar por modelos híbridos que combinen lo mejor de ambas formas de trabajo para que éste no se desarrolle con merma de las relaciones sociales y de convivencia en el centro de trabajo, que también son importantes a efectos inclusivos.

Por otra parte, conviene traer aquí a colación la brecha por cualificación que se ha detectado en el teletrabajo, que puede afectar negativamente a las oportunidades del colectivo de la discapacidad. En efecto, la Encuesta general de organización laboral²⁰ arroja datos preocupantes en este sentido. Así, mientras los encuestados del sector de las finanzas solían trabajar de manera presencial casi por completo, los empleados en los llamados sectores STEM, en particular en el sector tecnológico o startups (Meta, Twitter, Amazon, entre otras), trabajaban mayoritariamente en sus hogares. Como señala Aksoy, uno de los autores del precitado Informe, una gran parte del mercado laboral no puede teletrabajar nunca o casi nunca y queda privada de sus beneficios. En general, son los trabajadores/as cualificados los que tienen mayor posibilidad de acceso al teletrabajo en tanto que los no cualificados

¹⁸ Vid. SJS/10 Las Palmas de Gran Canaria 23 de septiembre 2019 (núm. 470/2019), que declara improcedente un despido objetivo de una trabajadora por automatización de las funciones del puesto de trabajo.

¹⁹ Vid. Informe Adecco “Tecnología y Discapacidad” 2022, cit.

²⁰ Aksoy, Cevat Giray; Jose Maria Barrero, Nicholas Bloom, Steven J. Davis, Mathias Dolls, Pablo Zarate: *Global Survey of Working Arrangements*, G-SWA, National Bureau of Economic Research, enero 2023; disponible en: <https://www.iza.org/publications/dp/15870/time-savings-when-working-from-home>

se ven abocados al trabajo presencial; así, las ventajas del primero favorecen mayoritariamente a los trabajadores/as de un nivel económico y educativo más alto, mientras que los empleados de menor renta y baja cualificación, perfil prevalente en el colectivo de la discapacidad, se ven privados de aquéllas²¹. Un dato, pues, a tener en cuenta en las acciones de empleabilidad, que el legislador pretende erigir en el eje de la nueva Ley de Empleo, en lo referente especialmente a los colectivos prioritarios, como el de la discapacidad.

2.2. La IA discriminatoria: sus riesgos como factor de exclusión en el empleo de las personas con discapacidad

Las indudables y constatadas ventajas señaladas no deben soslayar, sin embargo, la atención y el debate sobre los desafíos de la IA para las relaciones laborales en general y de las personas con discapacidad en particular. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha apoyado varias iniciativas que analizan diversos elementos de la inteligencia artificial y sus implicaciones para el futuro del trabajo y, en concreto, sobre la economía de la inteligencia artificial y su relación con el mercado laboral²². En este estudio se advierte sobre la necesidad abordar los riesgos de desigualdad y exclusión que pueden generar y de arbitrar medidas que garanticen que los beneficios del progreso tecnológico basado en la inteligencia artificial sean ampliamente compartidos por un colectivo vulnerable como el de las personas con discapacidad. Este mismo enfoque se mantiene en el informe World Employment and Social Outlook 2021 (Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo 2021)²³.

Veamos dónde residen los principales riesgos de discriminación y exclusión y valoremos si el marco regulatorio existente ofrece garantías adecuadas y suficientes frente a ellos²⁴.

2.2.1. Sistemas IA en los procesos de selección y contratación

Uno de los riesgos más señalados y frecuentes, de momento, se vincula a los posibles efectos excluyentes de los sistemas IA utilizados en los procesos de reclutamiento y selección de trabajadores/as. No es casual que la Propuesta de Reglamento europeo de Inteligencia Artificial (propuesta transaccional, 6 diciembre 2022) los incluya en el nivel de “alto riesgo”, en función de su grado de posible

²¹ Ibidem.

²² Ekkehard Ernst, Rossana Merola y Daniel Samaan: “The economics of artificial intelligence: implications for the future of work”, Ilo future of work research paper series, nº 5, OIT, 2018; disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/--cabinet/documents/publication/wcms_647306.pdf

²³ World Employment and Social Outlook 2021: The Role of Digital Labour Platforms in Transforming the World of Work (Ginebra, OIT, 2021)

²⁴ Para un completo y sistemático análisis de los distintos ámbitos en los es aplicada la IA en la toma de decisiones que afectan a los trabajadores en general y los mecanismos jurídicos para hacer frente a su uso indiscriminado, vid. Rivas Vallejo, P.: *La aplicación de la inteligencia artificial al trabajo y su impacto discriminatorio*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.

afectación de derechos fundamentales, para someterlos por ello a obligaciones reforzadas que garanticen su uso legal, ético y seguro.

En el caso de las personas con discapacidad este riesgo se centra, sobre todo, en el derecho a la igualdad de trato y no discriminación, tal como señala el informe del Relator Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas²⁵. Así, herramientas de inteligencia artificial como los chatbots (chatGPT, en su versión más reciente) que se utilizan en las entrevistas de los procesos selectivos pueden ser inaccesibles para los candidatos que necesiten un lector de pantalla. Asimismo, las herramientas digitales de cribado de currículos pueden suponer un obstáculo para los candidatos con discapacidad cuando los suyos no reflejen prácticas previas o competencias para el trabajo telemático. Igualmente sucede con los algoritmos diseñados para los sistemas de cribado por vídeo para el reconocimiento facial (sistemas categorización biométrica) y de reconocimiento de emociones (estabilidad emocional, extroversión, impulsividad o capacidad de atención en los datos de las entrevistas) y de características personales de los candidatos (sistemas de categorización biométrica), que, sin perjuicio de utilizarse conforme a las restrictivas limitaciones impuestas para el tratamiento de datos biométricos por el Reglamento General de Protección de datos 2016/679 (art. 9.2.b RGPD), conllevan también un fuerte potencial discriminatorio por razón de discapacidad. En efecto, estos sistemas de cribado no son capaces, en ocasiones, de leer las expresiones faciales en caso de discapacidad o las interpretan de forma inadecuada debido a rasgos o atributos atípicos de estos candidatos, precipitando así exclusiones del proceso, antes de la intervención de un entrevistador humano, por el mero hecho de haber sido objeto de una ponderación negativa en el previo proceso de calificación por la herramienta de inteligencia artificial en el que se valora su grado de empleabilidad.

Por otra parte, los posibles sesgos discriminatorios de los sistemas IA en la selección vienen determinados por los datos utilizados para el entrenamiento del sistema. Así, si la fuente de datos para el aprendizaje prima el rendimiento y la productividad, los candidatos con discapacidad quedarían en desventaja²⁶, al igual que sucede cuando el criterio para determinar el nivel de conocimientos y competencias es el tiempo invertido en completar una prueba online ya que, en tal caso, las personas con discapacidad que utilizan tecnologías de apoyo pueden verse en situación de desventaja sobre todo cuando la plataforma utilizada para realizar las pruebas no es suficientemente accesible.

Este potencial discriminatorio queda claramente reflejado en el Informe Adecco “Tecnología y Discapacidad” 2022, según el cual más de la mitad de los encuestados (57%) manifiesta dificultades para buscar trabajo online (envío de candidatura, registro en portales de empleo, etc.) y un 52% afirma desconocer o no sentirse cómodo realizando videoentrevistas debido a los inconvenientes que encuentran en la instalación, manejo y funcionamiento de herramientas como

²⁵ A/HRC/49/52: Derechos de las personas con discapacidad - Informe del Relator Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, Naciones Unidas, diciembre 2021, cit.

²⁶ Goñi Sein, J.L.: “Innovaciones tecnológicas, inteligencia artificial.....”, cit.

Teams, Zoom o Meet. El traslado de casi todas las fases de la búsqueda de empleo a entornos digitales determina, pues, que las personas que aún no han superado la barrera tecnológica, como sucede en mayor medida en el colectivo de la discapacidad, encuentran mayores dificultades para afrontar el proceso, es decir, que se encuentren en situación de desigualdad de oportunidades de partida.

En consecuencia, la implementación de controles o auditorías de sesgos y de ajustes razonables en los procesos selectivos con herramientas IA resulta esencial para evitar los efectos discriminatorios y excluyentes que pueden engendrar dichos sistemas para los candidatos con discapacidad. En ese sentido, se incardina el mandato imperativo de la nueva Ley 3/2023, de Empleo (art. 17.2) de sometimiento a auditorías anuales a los sistemas de adopción automatizada de decisiones relativas a personas demandantes de empleo que se implementen en el SNE, lo que habríamos de poner en relación con las específicas acciones de intermediación ex art. 40.2.c) LE, que prevé que la selección para un puesto de trabajo de las personas idóneas para el mismo se ha de “evitar cualquier sesgo o estereotipo de género, edad o discapacidad”. Por su parte, en relación con los mencionados ajustes o adaptaciones, el art. 40.2.d) LE atribuye a los servicios públicos de empleo y agencias de colocación (tanto las ordinarias cuanto las colaboradoras, ex art. 41.1.b LE) la responsabilidad de la puesta a disposición de la persona solicitante de empleo, especialmente si se encuentra entre los colectivos de atención prioritaria del artículo 50 (entre ellos, los demandantes con discapacidad ex art. 54) “el conjunto de apoyos necesarios para que sus circunstancias personales, sociales o familiares no se traduzcan en barreras a lo largo del proceso de intermediación laboral”.

Escenario distinto se abre, sin embargo, cuando se trate de procesos selectivos desarrollados al margen del SNE, esto es, directamente por las empresas ofertantes de empleo por sí mismas o externalizados a través de empresas de selección de personal. En tal caso, no resultan aplicables las precitadas garantías específicas relativas a los sistemas IA incorporadas por la LE3/2023, si bien, cabría reconducir la búsqueda de tutela jurídica por otras vías. Veamos cuáles.

Por un lado, la última reforma de la LGD 1/2013 (operada por la Ley 6/2022, de 31 de marzo de 2022) incorpora algunos elementos de interés a este respecto. Se trata del nuevo concepto de “accesibilidad universal” incorporado por el legislador. En efecto, la aplicación de las garantías de los derechos de igualdad y no discriminación y accesibilidad universal en el ámbito del empleo (art. 5. i) ha de ponerse en conexión con el reformado concepto de accesibilidad universal, ex nuevo art. 2.k LGD, que ahora aparece vinculado a los diseños inclusivos, lo que indudablemente habría de reclamarse a los algoritmos de los sistemas IA que, en su caso, se utilicen en los procesos selectivos realizados directamente por los empleadores o a través de empresas de selección de personal. Desde esta perspectiva, el diseño algorítmico no inclusivo supondría una discriminación indirecta, o incluso directa, de los candidatos con discapacidad (art. 9.2 Ley 15/22), en función, respectivamente, de que los datos de aprendizaje o entrenamiento del sistema aun siendo aparentemente neutros perjudiquen a las personas con discapacidad, o bien cuando ignoren deliberadamente la diversidad funcional si ésta es una variable condicionante de las decisiones automatizadas del sistema (en el

segundo caso), lo que activaría los mecanismos de tutela sancionadora y reparadora antidiscriminatorios previstos en la Ley 15/2022 (arts. 25-39).

Por otra parte, la Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación 15/2022 (art. 9.1) establece una prohibición genérica de toda limitación, segregación o exclusión fundadas en discapacidad en el acceso al empleo tanto privado como público, “incluidos los criterios y sistemas de selección”. Ello unido a la tipificación como discriminación directa la denegación de ajustes razonables (art. 6.1) –lo cual sería también predicable de los sistemas utilizados en los procesos selectivos–, conduciría a la obligación empresarial de incluir dichos controles y, en su caso, los ajustes necesarios, en los procesos de selección. Pero obsérvese que dichos preceptos no hacen referencia alguna específica y expresa a los sistemas IA. Para encontrarnos con la mención a estos sistemas automatizados de adopción de decisiones se ha de acudir al art. 23 de la precitada Ley, que prevé la implementación de mecanismos para la prevención y eliminación de sesgos, transparencia y rendición de cuentas, incluyendo el diseño y los datos de entrenamiento, así como las evaluaciones de impacto que determinen su efectos discriminatorios, en el ámbito de los procesos (en general) que sean exclusiva responsabilidad de las Administraciones Públicas (AA.PP.), sin referencia al sector privado. Pero, así y todo, tampoco se configuran aquí como deberes imperativos: los términos legales “favorecerán”, “promoverán” o “priorizarán” utilizados en el precepto en relación a políticas y prácticas relacionadas con el uso de “algoritmos involucrados en la toma de decisiones” y al uso de una Inteligencia Artificial ética, confiable y respetuosa con los derechos fundamentales, apuntan tan solo a desiderátum o a buenas prácticas desprovistas de fuerza vinculante, lo que indudablemente merma la efectividad de la tutela antidiscriminatoria pretendida por la Ley, que, en este punto, nace ya obsoleta.

Esta perspectiva nos sitúa, por tanto, ante la inexistencia de obligación legal de los empleadores privados y públicos de adoptar mecanismos de control de sesgos, transparencia de datos y algoritmos de aprendizaje y evaluación de impacto discriminatorio en las herramientas IA utilizadas en los procesos de selección (o de evaluación del desempeño, como luego veremos) de personal. Queda así el legislador lejos de su pretensión de complitud al abordar los nuevos factores de riesgo, las nuevas formas de discriminación y desaprovecha la oportunidad de consagrar legalmente un nuevo motivo específico de discriminación algorítmica y de normativizar las ambiciosas previsiones de la Carta de Derechos digitales (apartado XXV)²⁷, en especial para las personas con discapacidad, único modo de

²⁷ El Apartado XXV. 2 de la Carta establece que en el desarrollo y ciclo de vida de los sistemas de inteligencia artificial: a) Se deberá garantizar el derecho a la no discriminación cualquiera que fuera su origen, causa o naturaleza, en relación con las decisiones, uso de datos y procesos basados en inteligencia artificial. b) Se establecerán condiciones de transparencia, auditabilidad, explicabilidad, trazabilidad, supervisión humana y gobernanza. En todo caso, la información facilitada deberá ser accesible y comprensible. c) Deberán garantizarse la accesibilidad, usabilidad y fiabilidad. Por su parte, el punto 3 reconoce el derecho de las personas a solicitar una supervisión e intervención humana y a impugnar las decisiones automatizadas tomadas por sistemas de inteligencia artificial que produzcan efectos en su esfera personal y patrimonial.”, en la línea de los requisitos exigibles a los sistemas de alto riesgo en la Propuesta de Reglamento europeo IA.

dotar de plena efectividad al derecho a la igualdad y no discriminación en el empleo reconocido en el art. 9. apartados 1 y 2 Ley 15/2022 .

Ante esta ostensible y rechazable laguna de nuestra última ley antidiscriminatoria, habría que optar por una interpretación integradora y evolutiva de las mencionadas reglas imperativas establecidas en los arts. 6.1, 9.1, así como la del art. 25.1 Ley 15/22 que, con carácter genérico, obliga a la aplicación de métodos o instrumentos suficientes para la detección de la discriminación y a la adopción de medidas preventivas necesarias para evitarla, obligaciones todas ellas que, sólo vía interpretativa, habrían de entenderse exigibles específicamente a las herramientas IA utilizables por los empleadores privados y las AAPP a la luz de la Carta de Derechos digitales, pese al hándicap de su valor programático. De este modo, tanto la discriminación derivada del incumplimiento de las obligaciones preventivas ex art. 25, cuanto el mero hecho de producirse el resultado discriminatorio en este momento de acceso al empleo, en el sentido del art. 9.2 Ley 15/22, con independencia de que se hayan implementado o no mecanismos preventivos de control de sesgos en la herramienta IA utilizada, surgirían las responsabilidades administrativas y civiles del empleador que la ley establece. Por lo demás, es la única interpretación posible conforme a los principios de la Carta de Derechos digitales (apartado XXV) y a las obligaciones reforzadas previstas en la propuesta de Reglamento europeo por el que se establecen normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial (Reglamento IA). para los sistemas IA de alto riesgo (arts. 9-16), máxime cuanto se trate de un colectivo prioritario y de extrema vulnerabilidad.

Con este enfoque, cabría activar, vía interpretativa, el sistema integral e integrado de garantías antidiscriminatorias de la Ley 15/2022, que, en contraste con las debilidades señaladas en lo relativo a la protección específica frente a los sistemas IA (prácticamente ausente en la norma), constituye uno de sus mayores logros: la tutela preventiva (ex ante), y la tutela ex post, sancionadora, restitutoria y reparadora frente al resultado discriminatorio. En lo atinente, en primer lugar, a la responsabilidad administrativo-sancionadora a propuesta de la Inspección de Trabajo²⁸, la Ley (arts. 9.4 y 46) efectúa un reenvío a la LISOS, que, como es sabido, tipifica las discriminaciones en el acceso al empleo como infracción muy grave (art. 16.1.c). Y respecto a la responsabilidad civil por los daños y perjuicios que puedan derivarse del resultado lesivo, ésta se ventilará, vía judicial, al amparo del art. 25.2 Ley 15/2022, a través aquí del cauce procesal de tutela de derechos fundamentales (arts. 177-184 LRJS). La responsabilidad de la empresa habrá de incluir tanto la restitución, con la correspondiente nulidad de la conducta o medida lesiva, cuanto la indemnización suficiente hasta lograr la reparación plena y efectiva de los daños producidos, incluidos los morales (restitutio in integrum) (art. 26). A mayor abundamiento, se explicitan las reglas de onus probandi propias de los actos lesivos de derechos fundamentales, en el sentido de que la mera aportación por el

²⁸ El art. 9. 4. Ley 15/22 mandata a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, un control particular del respeto del derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo para lo que deberá incluir en su plan anual de actividades el desarrollo de planes específicos sobre igualdad de trato y no discriminación en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo.

afectado de indicios de la discriminación prohibida activará la inversión de la carga de la prueba en los litigios en los que se ventile una demanda por discriminación (art. 30). Por lo demás, la norma flexibiliza las reglas de legitimación procesal activa para las demandas por discriminación (art. 39), dando cabida, por lo que ahora interesa, a las organizaciones representativas de la discapacidad.

Sin perjuicio de esta tutela judicial ex post frente al resultado discriminatorio, resultaría muy oportuna la participación de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad también en el diseño de estos sistemas IA, como medida preventiva ex ante de evitación de sesgos para velar por el cumplimiento de la accesibilidad de los mismos. En este sentido, se ha de invocar no solo la Directiva antidiscriminatoria 2000/78 sino también la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 2006, que exige la participación de las personas con discapacidad y de sus organizaciones, junto a empresarios y sindicatos, en la definición de las políticas a nivel europeo y estatal relativas al desarrollo, adquisición e implantación de sistemas de inteligencia artificial que incidan en el ámbito específico del empleo de este colectivo. En cualquier caso, y a la espera de que se implementen efectivamente estos cauces de participación, lo aconsejable y razonable sería, como señala el Relator sobre los derechos de personas con discapacidad en su Informe, que las legislaciones nacionales pospusieran la autorización de implantación de sistemas de cribados curriculares y de reconocimiento facial en los procedimientos de selección y control del rendimiento laboral hasta tanto se realice la auditoría de su impacto, también en este caso con la participación de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad, amén de la correspondiente a la representación legal de los trabajadores mediante los nuevos derechos de información incorporados en el art. 64.4. d) ET²⁹.

Con todo, las señaladas insuficiencias respecto a los sistemas IA y el debilitamiento que de ello deriva en las garantías antidiscriminatorias en el empleo de personas con discapacidad frente a sus riesgos, habrá de ser compensado, como

²⁹ “Derecho a ser informados por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles”. Por otra parte, conforme a la Guía algorítmica del MITES 2022, las obligaciones informativas de la empresa deberán incluir: 1. El uso de algoritmo y sistemas de inteligencia artificial para la toma de decisiones de gestión de personas, incluyendo tanto a personas trabajadoras como a personas candidatas a un puesto de trabajo. 2. El uso de algoritmos o sistemas de inteligencia artificial para la elaboración de perfiles de las personas para su aplicación en el ámbito laboral. 3. Las concretas decisiones de gestión de personas que son tomadas mediante algoritmos o sistemas de decisión automatizada: selección de personas, contratación, asignación de tareas, control de la productividad, promociones, ascensos, etc. 4. El tipo de tecnología utilizada por parte del algoritmo y, entre otras cuestiones, si esta genera un algoritmo de “caja negra” o si se trata de un algoritmo de aprendizaje continuo. 5. El concreto software o producto utilizado y, en su caso, si cuenta con algún tipo de certificación la empresa suministradora y, en su caso, si la empresa ha realizado alguna alteración sobre el producto. 6. El grado de intervención humana cualificada en las decisiones adoptadas mediante el uso de algoritmos y sistemas de decisión automatizada, incluida la elaboración de perfiles. En concreto, la competencia y autorización de la persona humana para apartarse de la decisión adoptada por el algoritmo empresa suministradora y, en su caso, si la empresa ha realizado alguna alteración sobre el producto. Vid. Información algorítmica en el

ya se ha señalado, con una interpretación y aplicación judiciales integradoras y evolutivas de conformidad a la Carta y a la Propuesta de Reglamento IA (propuesta transaccional aprobada por el Consejo UE el 6 de diciembre 2022)³⁰. Conviene señalar que la norma europea incluye entre los sistemas IA de “alto riesgo” para los derechos fundamentales los aplicables en el ámbito del empleo, y en concreto los “*destinados a utilizarse para la contratación o selección de personas físicas, especialmente para anunciar puestos vacantes, clasificar y filtrar solicitudes o evaluar a candidatos en el transcurso de entrevistas o pruebas*” (art. 6.2 y Anexo III. 4.a), lo que supone indudablemente un progreso frente a la IA discriminatoria ya les impone unos requisitos reforzados para evitar efectos lesivos. Dichos requisitos: evaluación de conformidad, gestión de riesgos de sesgos, gobernanza de datos, transparencia y vigilancia humana (arts.9-15), representan obligaciones exigibles durante toda la vida útil del sistema a los agentes de la cadena de valor del mismo, si bien es cierto que el grueso de las mismas se hace recaer en los proveedores de los sistemas y en mucha menor medida a los usuarios finales –por lo que aquí interesa a los empleadores–, quedando en este caso reducidas a responsabilidades secundarias: evaluación de la adecuación de los datos de entrada a los fines del sistema (art. 29.3), y a garantizar la vigilancia humana de su correcto funcionamiento, con suspensión de su utilización de detectarse riesgo de lesión de derechos fundamentales (art. 29.4). Este descompensada distribución de deberes, unida a las escasas implicaciones que la propuesta de Reglamento tiene, en general, para los posibles afectados por intromisiones ilegítimas en derechos fundamentales y, en particular, sobre la posibilidad de impugnar legalmente los resultados lesivos consumados, frustran en parte las altas expectativas que en se han depositado respecto a su potencial tuitivo. Conviene señalar, en este sentido, que el legislador europeo no incluye previsión alguna de vías de impugnación directa por parte de los afectados y se limita a incorporar un régimen sancionador por infracciones de los requisitos exigibles a los sistemas IA regulados en la norma llamado a ser desarrollado por los Estados, estableciendo no obstante como condicionante mínimo para los legisladores nacionales que las sanciones sean efectivas, proporcionadas y disuasorias (art. 71).

2.2.2. IA y evaluación del desempeño

Los sistemas IA de evaluación del desempeño de los trabajadores se basan, como es sabido, en indicadores que miden la eficiencia y productividad del trabajador desde diferentes planos: en función de las competencias y su rendimiento (cantidad y calidad de trabajo) y en función de la salud financiera de la empresa y la satisfacción de clientes y usuarios. Estas herramientas instauradas de forma progresiva e intensiva en la gestión de recursos humanos, se utilizan para la adopción automatizada de decisiones empresariales de gran calado en la relación de

ámbito laboral. Vid. Guía práctica y herramienta sobre la obligación empresarial de información sobre el uso de algoritmos en el ámbito laboral, MITES, mayo 2022.

³⁰ Adoptada en la sesión del Consejo de ministros de Transportes, Telecomunicaciones y Energía de los días 5 y 6 de diciembre 2022. <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14954-2022-INIT/es/pdf>

trabajo de los empleados: en materia retributiva (primas o incentivos), movilidad funcional y geográfica, promoción profesional, o, incluso, decisiones extintivas (ceses o despidos).

De nuevo aquí el riesgo de efectos perversos en el plano de la igualdad de las personas con discapacidad está servido, ya que no es descartable (más bien todo lo contrario) que los datos que alimentan estos sistemas (macrodatos) y los algoritmos IA utilizados para el autoaprendizaje o entrenamiento del sistema, aunque parezcan objetivamente neutros, puedan estar basados en patrones históricos o actuales de discriminación (incluso sin intervención humana) y tener un impacto discriminatorio indirecto en la evaluación del desempeño (competencia y rendimiento) de trabajadores/as con discapacidad. De hecho, en la práctica de la gestión de recursos humanos los modelos algorítmicos de evaluación del rendimiento laboral parecen estar ignorando sistemáticamente criterios de orden jurídico-laboral objeto de especial tutela jurídica frente a la discriminación, como es la discapacidad³¹. Pues bien, pese a la dificultad, cuando no la imposibilidad, de establecer una conexión fehaciente entre los datos y las conclusiones o decisiones a las que llega el algoritmo, esto es, para la determinación de dónde se encuentra el sesgo de la decisión automatizada a fin de impugnar la medida empresarial basada en ella, en nuestro Derecho prevalece, como se ha dicho, una responsabilidad objetiva del empleador derivada del propio resultado discriminatorio: responsabilidad administrativa, responsabilidad civil reparadora y anulatoria de la medida empresarial discriminatoria, en el sentido ya analizado supra para los procesos de selección (arts. 25-32 y 46 Ley 15/2022).

En todo caso, reiterar que también los sistemas de IA aplicables en este campo son considerados de alto riesgo en la propuesta de Reglamento europeo IA (art. 6.2 y Anexo III.4.b): “IA destinada a utilizarse para tomar decisiones relativas a la promoción y resolución de relaciones contractuales de índole laboral, a la asignación de tareas y al seguimiento y evaluación del rendimiento y la conducta de las personas en el marco de dichas relaciones”, y, por ello, resultan tributarios de las obligaciones reforzadas de control y evaluación de impacto ex arts. 9-15 señaladas supra.

2.2.3. IA y cualificación digital: la brecha de las personas con discapacidad

Para dotar de efectividad a los beneficios de las tecnologías IA en el empleo de las personas con discapacidad es imprescindible la adquisición de competencias digitales compatibles con la transformación de los procesos productivos, los puestos de trabajo y las demandas de las empresas, para evitar un efecto perverso de desigualdad y exclusión. Esto se traduce en la necesidad de promover y reforzar las políticas públicas de formación³² el ámbito universitario, pero sobre todo en las enseñanzas no universitarias (Secundaria y Formación profesional reglada y

³¹ Vid. Rivas Vallejo, P.: “Sesgos de género en el uso de inteligencia artificial para la gestión de las relaciones laborales: análisis desde el derecho antidiscriminatorio”, e-Revista Internacional de la Protección Social, 2022, Vol. VII, nº 1.

³² En este sentido, vid. Cruz Villalón, J., op. cit.

para el empleo) por ser los niveles educativos prevalentes en las personas con discapacidad, incidiendo en la adquisición de competencias y cualificaciones relativas a alfabetización digital, programación, redes sociales y otras ocupaciones emergentes en las ofertas de empleo; cualificaciones y competencias en las que el colectivo de la discapacidad sigue significativamente infrarrepresentado.

En efecto, la demanda de perfiles en áreas STEM (ciencia, tecnología, ingeniería y matemáticas) es creciente en el mercado de trabajo y situados en un contexto de fuerte emergencia de la economía digital y, especialmente, el trabajo en plataformas, es crucial que las personas con discapacidad puedan adquirir competencias para desenvolverse en igualdad de condiciones que el resto de los trabajadores/as en el entorno online. En tal escenario, el requerimiento de competencias digitales no solo se vincula a los perfiles más especializados sino que se ha extendido a múltiples y diversos puestos de trabajo, incluso no cualificados, en la mayoría de los sectores de actividad.

Desde esta perspectiva, la urgencia de dotar de competencias digitales a las personas con discapacidad se deja sentir en dos planos: en el acceso al empleo, habida cuenta los procedimientos cada vez más sofisticadamente digitalizados de selección, y ya constituida la relación laboral, en el desempeño del puesto de trabajo al objeto de asegurar su mantenimiento y promoción profesional.

Por lo que respecta a lo primero, la digitalización ha trasladado al entorno online, como se ha dicho, casi todas las fases de búsqueda de empleo: desde el envío de la candidatura hasta la realización de entrevistas o dinámicas grupales. El entorno digital tiene sus propios códigos y presenta diferencias significativas con respecto a los procesos selectivos presenciales, exigiendo el conocimiento y destrezas en el uso de determinadas herramientas (videollamadas, encuestas o entrevistas telemáticas y la propia conexión a internet). Por todo ello, las personas que aún no han superado la barrera tecnológica, particularmente las personas con discapacidad mental e intelectual, encuentran grandes dificultades para afrontar el proceso selectivo y, después, también en el desempeño del puesto de trabajo, haciendo imprescindibles en estos casos el acompañamiento personalizado y la adquisición de competencias tecnológicas. Este reforzamiento de las competencias digitales debe centrarse, sobre todo, en los niveles de enseñanza primaria y secundaria ya que, según el Informe del mercado de trabajo de las personas con discapacidad 2022³³, es en estos niveles educativos donde se concentra la mayor tasa de contratación del colectivo (70%).

Así las cosas, ¿aporta el marco normativo herramientas para enfrentarse a esta brecha digital de las personas con discapacidad? La nueva Ley 3/2023, de Empleo, contiene elementos positivos e innovadores a este respecto.

Como premisa de partida, conviene aclarar cuál es el ámbito subjetivo de la norma a efectos de los servicios y prestaciones del SNE y su aplicación a las personas con discapacidad, que como se ha reiterado se contempla como colectivo de atención prioritaria de las políticas activas de empleo. El art. 50.1, *in fine* LE

³³ Informe del mercado de trabajo de las personas con discapacidad. Estatal (Datos 2021). Observatorio de las Ocupaciones del SEPE, a partir de datos de 2021.

atribuye la condición jurídica de personas con discapacidad, que presentan mayores dificultades de acceso al mercado de trabajo a: las personas con parálisis cerebral, con trastorno de la salud mental, con discapacidad intelectual o con trastorno del espectro del autismo, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento; así como las personas con discapacidad física o sensorial con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por ciento³⁴.

Dicho esto, centrémonos ahora en las aportaciones de la norma respecto a la mejora de competencias digitales del colectivo. Ya en su Preámbulo, el legislador erige la empleabilidad en el elemento nuclear de la reforma de las políticas activas de empleo, a la que dedica su Título III, Cap. II, conforme al enfoque del Acuerdo marco europeo sobre digitalización³⁵. El propio concepto legal de “empleabilidad” se centra en la adaptación a la evolución de la tecnología (art. 34 LE) y el legislador reformista de las PAE configura el mantenimiento y la mejora de la empleabilidad como un derecho y un deber de las personas demandantes de los servicios públicos de empleo (art. 35 LE), en desarrollo del constitucional derecho al trabajo, ex artículo 35 CE. Pues bien, como se adelantó supra, en garantía de la efectividad de dicho derecho-deber y del fomento de la proactividad de las personas demandantes de servicios de empleo, la Ley establece la creación de herramientas de apoyo a la toma de decisiones para la mejora de la empleabilidad basadas “en datos y evidencias estadísticas” –esto es, sistemas IA– (art. 36.3 LE), prestando especial atención a la eliminación de las mismas de sesgos y estereotipos de cualquier índole, especialmente de discapacidad (art. 39 LE).

Por otra parte, el manejo y aprovechamiento de herramientas digitales y tecnológicas se configuran en la Ley como “competencias básicas” para la empleabilidad (art. 38 LE), convirtiendo al SNE en garante de “la plena accesibilidad y la no discriminación en el uso de dichas herramientas” para las personas con discapacidad (conforme a la enmienda introducida por el Senado en el precepto)³⁶; en tanto que la mejora de estas competencias digitales se establece como objetivo prioritario de las acciones de empleabilidad de los servicios públicos de empleo, que atenderán a la evitación de discriminaciones y estereotipos de cualquier índole, especialmente de discapacidad, en su diseño e implementación y se adecuarán al perfilado e itinerario trazados individualmente a cada demandante de empleo, con especial atención a los colectivos prioritarios de la políticas de empleo (art. 37 LE), entre los que está el de personas con discapacidad (arts. 50 y 54 LE).

Precisamente respecto a este colectivo, el legislador incorpora dos mandatos a los servicios públicos de empleo y, por extensión, a las entidades colaboradoras. Por un lado, en atención a su mayor dificultad de inserción laboral, la norma prevé

³⁴ La delimitación del ámbito subjetivo de la ley en lo concerniente al colectivo de la discapacidad es más preciso y detallado que el establecido en la LGD 2018 (art. 4.1-2)

³⁵ Acuerdo marco europeo sobre digitalización, junio 2020; disponible en https://www.businessseurope.eu/sites/buseur/files/media/reports_and_studies/2020-06-22_agreement_on_digitalisation_-_with_signatures.pdf

³⁶ Enmienda n.º 114, de los Senadores Cervera Pinart i Cleries i González (GPN), asumida en la votación final del proyecto de ley en el Congreso de Diputados.

el diseño de itinerarios individuales y personalizados de empleo que combinen las diferentes medidas y políticas (de intermediación y empleabilidad) debidamente ajustadas al perfil profesional y a las necesidades específicas de las personas con discapacidad. Resulta un acierto, en este sentido, la previsión legal de fortalecer la coordinación a tal efecto entre los SEPE y los servicios sociales, y de habilitar los mecanismos, protocolos e instrumentos jurídicos necesarios para ello (art. 50.2 LE). El impacto de la IA también se proyecta, precisamente, en la elaboración de los perfiles individualizados de los usuarios, que permitirá la evaluación de la persona demandante de empleo con vistas a facilitar el ulterior diseño de un itinerario personalizado formativo o de búsqueda activa de empleo o emprendimiento adecuado. Esta prestación, incluida en el Catálogo de servicios garantizados de personas demandantes de servicios de empleo, se efectuará (art. 56.1.a) LE) con el soporte de datos y evidencias estadísticas para la mejora de su empleabilidad (de nuevo llamamiento a sistemas IA). Otro tanto sucede en el abordaje del diagnóstico de la situación de partida de la persona usuaria, que tendrá en cuenta sus habilidades, competencias, formación y experiencia profesional, así como su edad y pertenencia a colectivos prioritarios. Se trata de una prestación que también forma parte del Catálogo de instrumentos de empleabilidad (art. 56.1.a), parrf. segundo LE) y sirve de premisa para el perfilado de los usuarios con discapacidad y el posterior diseño, en su caso, de los itinerarios personalizados de empleo.

Por otro lado, la Ley mandata a los SEPE no solo el diseño y puesta en marcha de acciones positivas de empleabilidad incluidas en el catálogo legal de instrumentos de empleabilidad, que serán seleccionadas en función del perfil específico de estos demandantes de empleo, sino que se les encomienda además la introducción de las “adaptaciones necesarias” para su plena efectividad en la inserción laboral del colectivo (art. 54.3 LE). Estas adaptaciones, que seguramente serán igualmente necesarias en muchos casos en el diseño de los itinerarios individuales y personalizados de empleo de los usuarios con discapacidad para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades, abren otro espacio para la utilidad inclusiva de la IA en la consecución y sostenibilidad financiera de las mismas.

Así las cosas, la doble faz inclusiva y excluyente de los sistemas IA se proyecta, como se ha apuntado, en lo referente en la evaluación de perfiles para el diseño de itinerarios de inserción, en el acceso a las acciones de formación, así como en los propios programas y acciones formativas, que habrán de implementarse y desarrollarse con la referencia de la Propuesta de Reglamento IA, que incluye como de “alto riesgo” dichas herramientas también en el ámbito de la formación profesional (art. 6.2 y Anexo III. Ap.3. a-b).

Igualmente ha de ser valorado positivamente el abordaje legal de la formación especializada del personal de la Agencia Nacional de Empleo y los SEPE autonómicos (art. 30 LE), incorporando el compromiso del SNE de mantener una plantilla con perfiles técnicos y de gestión suficientemente especializados en el desarrollo de políticas activas de empleo para dar respuesta a las nuevas realidades y a los diferentes perfiles demandantes de ocupación, con mención específica a

las personas con discapacidad³⁷. Parece lógico que el requerimiento de que dicha formación o cualificación sea dinámica, esto es, adecuada a las nuevas realidades sociales, económicas y tecnológicas y, por tanto, incluya las competencias digitales para atender de forma específica y adaptada a los demandantes de empleo con discapacidad.

Finalmente, el art. 33 LE (“Sistema de formación en el trabajo”), sin perjuicio de remitir su regulación a su normativa específica, incluye la mejora de las competencias digitales entre sus fines (art. 33.2.c LE)³⁸, y, en garantía de este enfoque legal de formación en competencias digitales de los trabajadores ocupados debería aplicarse a fondo la negociación colectiva, cuya centralidad en la respuesta jurídica garantista ante los desafíos de la disrupción digital es incuestionable y necesaria³⁹.

3. IA Y SU IMPACTO EN LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LA DISCAPACIDAD

El derecho a la protección social tiene en caso de personas con discapacidad dos planos complementarios: por un lado, el acceso a las prestaciones del sistema público de Seguridad Social (nivel contributivo y asistencial) y, por otro, el derecho a acceder a los servicios sociales (de apoyo familiar, de prevención de deficiencias y de intensificación de discapacidades, de promoción de la autonomía personal, de información y orientación, de atención domiciliaria, de residencias, de apoyo en su entorno, servicios residenciales, de actividades culturales, deportivas, ocupación del ocio y del tiempo libre (art. 50.1 LGD), así como a las prestaciones del sistema de dependencia.

En este caso nos centraremos en el primer plano, el derecho a la acción protectora de la Seguridad Social, un aspecto importante a tener en cuenta en el análisis crítico de las políticas de inclusión de las personas con discapacidad. Según los datos facilitados por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones (MISSM) al final del año 2021 este colectivo representaba el 1,52% del total de afiliados a la Seguridad Social. Un porcentaje ligeramente superior al de 2020 (1,50%). Es precisamente la importancia creciente de este colectivo uno de los aspectos a destacar de los datos aportados por la Tesorería General de la Seguridad Social. El crecimiento que experimenta la afiliación de personas con discapacidad en 2021 es superior a la media nacional en 1,94 puntos porcentuales. Analizando el comportamiento de la afiliación desde una perspectiva temporal más amplia, se observa que 2020 es el año que registra una leve disminución desde 2015, tanto

³⁷ En virtud en este caso de la enmienda n.º 108, de los Senadores Cervera Pinart y Cleries i González (GPN), aprobada en el Senado, por la que se modifica el apartado 1 del art. 30 LE.

³⁸ El art. 33. c) LE establece, en la búsqueda de la efectividad de lo que también se configura ex lege como derecho-deber a la formación, una serie de fines, entre ellos: “mejorar las competencias profesionales de las personas trabajadoras y sus itinerarios de empleo y formación, especialmente las competencias digitales y de sostenibilidad, que inciden en su desarrollo profesional y personal.”

³⁹ En este sentido, Cruz Villalón, J., op. cit.

para las personas sin discapacidad como para el colectivo objeto de este trabajo, tendencia negativa derivada de la crisis económica y del impacto de la pandemia covid-19, mientras que en 2021 se retoma la tendencia alcista.

Por tramos de edad, el incremento más importante de afiliación (17%) se produce en el tramo de edad de menores de 25 años, a bastante distancia del incremento experimentado por las personas de 45 o más años (6,03%) y de la franja de 25-44 años (1,36%), lo que supone un progreso notable en la ocupación de los jóvenes con discapacidad. Con todo, en términos absolutos, los datos revelan que la mayor parte de los afiliados con discapacidad son trabajadores con 45 años o más, y, en clave de género, el dato negativo es que en todos los tramos de edad, la afiliación de los hombres es superior a la de las mujeres.

En este orden de cosas, conviene aportar algunas reflexiones sobre la efectividad de la protección social de las personas con discapacidad a cargo del sistema de Seguridad Social y dilucidar la proyección que en este ámbito pueda tener la IA.

En primer lugar, debe admitirse que las características de nuestro modelo de Seguridad Social no contribuyen a la protección efectiva de situaciones de necesidad del colectivo. En efecto, se trata de un sistema basado principalmente en el principio de contributividad (sin perjuicio de la existencia del nivel asistencial o no contributivo) y por ello, tributario de un modelo tradicional de trayectorias laborales estables y de carreras de seguro de larga duración, que a día de hoy está en quiebra para los trabajadores en general y, en particular, para los trabajadores con discapacidad, por lo que resulta poco eficiente y efectivo.

Los datos estadísticos son bastantes reveladores en este sentido. Si nos atenemos a los ofrecidos en el Informe del Observatorio de Ocupaciones sobre el mercado de trabajo de las personas con discapacidad (2022), casi el 70% de la contratación laboral del colectivo en 2021 es temporal, amén de los contratos específicos para el fomento de empleo que también son de naturaleza temporal, mientras que en lo referente a la jornada de trabajo, casi el 40% son concertados a tiempo parcial. Pero es que si atendemos a la serie histórica de los últimos doce años, la tasa de temporalidad en el empleo de los trabajadores discapacitados ha tenido una tendencia alcista: desde el 83% del año 2007 al 88,47% correspondiente a 2021, al igual que ha sucedido con la tasa de parcialidad, con incrementos progresivos en la misma serie histórica: desde el 14,49% hasta el 20,49% de 2021 (una subida de seis puntos porcentuales). Temporalidad, parcialidad y prevalencia de empleos de baja cualificación conforman un escenario causante de las debilidades de la cobertura del sistema de protección social a los trabajadores discapacitados en lo concerniente a todas las prestaciones de la acción protectora, incluida el desempleo, por no hablar de los que quedan excluidos de las prestaciones básicas y solo amparados por el nivel no contributivo y ahora por el nuevo Ingreso Mínimo Vital, con un compleja y hasta ahora limitada cobertura frente a realidades como el desempleo de larga duración y la pobreza de este colectivo especialmente vulnerable.

Con esa premisa, ¿cuál es el impacto de la IA en el acceso a y la gestión de las prestaciones sociales públicas de las personas con discapacidad?

En el marco del objetivo de digitalización de las AAPP y de los servicios públicos, la de la Seguridad Social y, en general, del sistema de protección social en España se plantean como objetivos prioritarios desde la convicción de que la introducción de sistemas basados en IA para la gestión de los procesos de afiliación, cotización y prestaciones públicas para las personas con discapacidad reporta indudables ventajas de agilidad, celeridad y transparencia. Sin entrar aquí en la trayectoria seguida por los sucesivos Gobiernos para cumplir con este objetivo⁴⁰, nos centraremos en la actuación más reciente: el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (2021), en el que se sustenta el Proyecto tractor de digitalización de la Seguridad Social, que prevé inversiones con el objeto de avanzar en la automatización y mejora de los sistemas que dan soporte a los procesos de negocio del MISSM y la GISS, especialmente los vinculados a la afiliación, recaudación y cotización, maximizando la utilización de los servicios y herramientas comunes de la Administración; la digitalización de los trámites, la innovación y optimización de los procesos, así como la integración y explotación avanzada de información a gran escala proveniente de fuentes y organismos externos.

Pero sin perjuicio de los beneficios que la digitalización reporta aquí, tampoco están ausentes los riesgos. Por eso, la transformación digital de los procedimientos de Seguridad Social debe realizarse sin detrimento de los derechos de las personas con discapacidad, y, en este sentido, habrá que contar con las previsiones establecidas al respecto en la Carta de Derechos digitales, en busca de compaginar la introducción de tecnologías digitales con la garantía de los derechos de los ciudadanos frente a la digitalización en el ámbito de las AAPP. Recuérdese que, concretamente, en lo relativo a los derechos digitales de la ciudadanía en sus relaciones con las Administraciones públicas (apartado XVI), la Carta reconoce el derecho de igualdad en el acceso a los servicios públicos y en las relaciones digitales con las Administraciones públicas para lo que se promoverán políticas públicas activas que garanticen el acceso todos a los sistemas y los procedimientos. Sin embargo, cuando se refiere a la universalidad y la neutralidad de las tecnologías usadas por las Administraciones públicas, así como a su diseño y uso conforme a los principios éticos e inclusivos de la Carta, es menos contundente supeditando este objetivo a criterios de oportunidad (“cuando sea posible”), garantías que se pretende extender a los proveedores de servicios que colaboren por medios digitales. Asimismo, el punto 6 contempla la reparación de los daños causados por actividades o decisiones digitales de las AAPP, por toda lesión que las personas físicas o jurídicas sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, de acuerdo con las leyes.

La problemática que engendra la IA en este punto es de enorme interés respecto al colectivo de la discapacidad. Así, el Informe del Relator especial de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad⁴¹ alerta también sobre

⁴⁰ Para una sistematización y análisis de las iniciativas legislativas para la digitalización de las AAPP, vid. Adsuara Varela, B.: “La Administración Digital del siglo XXI. Una visión de futuro”, en AA.VV.: Digitalización y protección social. 30 desafíos para 2030, Gerencia de Informática de la Seguridad Social (GISS), 2021.

⁴¹ Informe del Relator Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, Consejo de Derechos Humanos ONU, cit.

los riesgos de efectos discriminatorios, desde la perspectiva de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en lo que atañe al ámbito de la protección social (apartado 30). Así, advierte que la inteligencia artificial está transformando la relación del Estado con las personas con discapacidad, erigiendo a IA y a otras tecnologías emergentes en los custodios de las prestaciones de protección social y, en ese contexto, el acceso a determinadas prestaciones, como el subsidio por desempleo u otras prestaciones sociales públicas, puede verse restringido por sistemas IA si éstos se basan en conjuntos de datos sesgados y algoritmos discriminatorios.

Ante ese indubitado riesgo y teniendo en cuenta la prevalencia de la pobreza, incluso de la pobreza extrema, en el colectivo de la discapacidad, el Informe insiste en lo crucial de adoptar medidas que eviten que estos sistemas denieguen indebidamente a las personas con discapacidad el derecho a recibir prestaciones, subsidios, servicios y ayudas públicas. De lo contrario, advierte, podría quedar concernido el derecho reconocido en el art. 28 de la Convención (derecho a un nivel de vida adecuado y a la protección social). El derecho a la protección social se establece en el artículo 28, párrafo 2 de la Convención, y garantiza una serie de medidas que incluyen programas de asistencia para las personas discapacitadas que viven en la pobreza. Desde esa perspectiva, el Relator advierte que a medida que los Gobiernos avanzan hacia la adopción de decisiones basadas en la inteligencia artificial en los servicios y prestaciones financiadas por el Estado, prestaciones de seguridad social, de servicios sociales o ayudas específicas para hacer frente a los gastos relacionados con la discapacidad, esa adopción de decisiones puede producirse de forma opaca e incluso discriminatoria.

Esta problemática no nos resulta ajena. Baste recordar la surgida en la gestión del Ingreso Mínimo Vital (IMV), una prestación especialmente dirigida a colectivos vulnerables y en buena medida a personas con discapacidad, con un lamentable cúmulo de errores en el cálculo de la cuantía de la prestación correspondiente a los beneficiarios o en las solicitudes de devolución de cantidades indebidamente percibidas. En buena medida estas carencias obedecen a insuficiencia de personal, pero también a la brecha digital que sufren los colectivos más vulnerables que carecen o tienen graves dificultades de acceso al entorno digital en donde se desarrollan ya mayoritariamente estos procedimientos de Seguridad Social. No se trata, desde luego, de una cuestión baladí, como lo demuestra la reciente Recomendación del Consejo Europeo, de 23 de enero 2023, “sobre una renta mínima adecuada que procure la inclusión activa”⁴², que se centra en el objetivo de lucha contra la pobreza y la exclusión social promoviendo la regulación en los EEMM de una ayuda a la renta adecuada mediante una renta mínima, acompañada de medidas que faciliten el acceso efectivo de las personas que carecen de recursos a servicios esenciales y de capacitación, y la promoción de la inserción laboral de aquellas personas que pueden trabajar.

Precisamente por estar vinculados a situaciones de necesidad extrema, los regímenes de renta mínima deben ser accesibles para todos, por lo que habrá de

⁴² Diario Oficial UE, viernes 3 febrero 2023.

tenerse en cuenta, aquí con mayor motivo, la brecha digital a la hora de conceder acceso a la información y la asistencia, principalmente a través de herramientas en línea. Las repercusiones negativas de esta brecha son particularmente visibles para las personas con discapacidad y las personas mayores, para los que los procedimientos administrativos deben simplificarse con el objeto de garantizar la igualdad de oportunidades y una mejor integración de los servicios a través ajustes y adaptaciones.

Por ello, cobra aquí especial importancia la previsión, ya comentada, del art. 23 de la Ley Integral de Igualdad 15/2022, de “impulsar” el control de sesgos discriminatorios y auditorias en los sistemas algorítmicos aplicables en los procedimientos de las AA.PP, donde se incluyen indubitadamente los correspondientes a las entidades gestoras de la Seguridad Social, aunque lo deseable hubiera sido establecer obligaciones imperativas y no meras recomendaciones. Pero, además y sobre todo, la observación del principio de “Accesibilidad universal” que informa la LGD (art. 2. k LGD) y, en especial, la “accesibilidad cognitiva”, que se despliega y hace efectiva a través de la lectura fácil, sistemas alternativos y aumentativos de comunicación, pictogramas y otros medios humanos y tecnológicos disponibles para tal fin. La accesibilidad universal presupone, a su vez, el cumplimiento del principio de “Diseño universal o diseño para todas las personas” (art. 2. l. LGD), que exige que los procesos y herramientas puedan ser utilizados por todas las personas en la mayor extensión posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado, si bien ello no excluirá los “productos de apoyo” para grupos particulares que los necesiten, donde entran obviamente las personas con discapacidad. En consecuencia, en todos los procedimientos de Seguridad Social relativos a prestaciones basados en IA debería garantizarse la accesibilidad cognitiva (art. 23.1 en relación con el art. 28 1-3 y 29 bis LGD) y, en su caso, los apoyos complementarios necesarios para personas con discapacidad (art. 23.2.c LGD). En caso contrario, la falta de accesibilidad y diseño universal, y, en su caso, la denegación de apoyos o ajustes producirían un resultado discriminatorio para las personas con discapacidad que activaría la aplicación del régimen de tutela reparadora previsto en los arts. 25 a 30 de la Ley 15/2022, integral de Igualdad.

Finalmente, es importante traer aquí a colación que en la Propuesta de Reglamento europeo de Inteligencia Artificial los sistemas digitales basados en IA que se implementen en las AAPP para la gestión de servicios públicos son considerados también de “alto riesgo” (Anexo III.5.a), lo que implica la exigencia de un marco regulatorio con un plus de restricciones y controles previos (disponibilidad, cantidad e idoneidad de los datos requeridos, transparencia e información a los usuarios) para preservar la indemnidad de los derechos fundamentales de los mismos. La Propuesta de Reglamento incluye específicamente a los sistemas destinados a ser “utilizados por las autoridades públicas para evaluar el derecho a prestaciones y servicios de asistencia pública, así como para conceder, revocar o reclamar dichas prestaciones y servicios” es decir, las prestaciones del sistema de Seguridad Social, Asistencia Social y del Sistema de dependencia, en definitiva, del conjunto del sistema de protección social.

4. CONCLUSIÓN FINAL

A modo de conclusión final, en lo relativo al impacto de las tecnologías IA en el empleo la protección social de las personas con discapacidad la clave reside en que Estados, instituciones internacionales y europeas, expertos en derechos humanos, organizaciones de personas con discapacidad, la sociedad civil y los agentes privados converjan en la consecución de un marco regulatorio realista y efectivo que sitúe la tutela de los derechos de las personas con discapacidad, en particular el derecho a la igualdad de trato y no discriminación, en el centro del desarrollo y aplicación de la inteligencia artificial en el ámbito del trabajo. En este sentido, los avances de nuestro ordenamiento jurídico aportados por la reciente reforma de la LPD, la Ley integral de igualdad 15/2022 y en menor medida la nueva Ley de Empleo 3/2023, resultan insuficientes por no incorporar expresa y específicamente la discriminación algorítmica como nueva forma de discriminación y, por ello, fracasan en el cumplimiento del objetivo del legislador: incorporar las nuevas formas de discriminación y dotar de una tutela integral y eficaz a las personas trabajadoras en general y, en particular al colectivo de las personas con discapacidad frente a los crecientes desafíos de la IA en el ámbito del empleo y de la protección social.

No se trata de prohibir el uso de la tecnología automatizadora por parte de empresas y de las Administraciones Públicas en las relaciones de trabajo y en los procesos relativos a acceso a la prestaciones sociales públicas, puesto que sus ventajas no son desdeñables en el plano de la inclusión, sino de contar con marco regulatorio que obligue a empleadores y gestores públicos a seleccionar con responsabilidad y rigor la tecnología IA a utilizar para la adopción de decisiones automatizadas antes de su adquisición y después, a su sometimiento regular, durante toda su vida útil, a controles o auditorias de impacto discriminatorio, máxime si van a afectar a colectivos vulnerables como el de la discapacidad (tutela preventiva ex ante). Además y sin perjuicio de lo anterior, en el supuesto de que los sistemas IA lesionen el derecho de igualdad y no discriminación, la tutela jurídica ex post habrá de ser integral y efectiva (restitutoria, reparadora y disuasoria) y basada en la responsabilidad objetiva por el resultado discriminatorio. Las últimas normas que conforman el sistema jurídico español antidiscriminatorio aportan algunos pero insuficientes elementos de progreso en este sentido, por lo que sus clamorosas lagunas respecto a los sistemas IA deberán ser integradas, llegado el caso, por la labor interpretativa integradora y evolutiva de nuestros jueces y tribunales sociales a la luz de la Carta de Derechos Digitales y al Reglamento IA, pese a sus también señaladas debilidades. Esta es la única vía posible para que la digitalización mejore, en lugar de socavar, la razón de ser del Estado de Derecho⁴³, sobre todo cuando afecte a colectivos vulnerables.

⁴³ BARRIO ANDRÉS, M.: “El nuevo paradigma del Estado algorítmico de Derecho”, en AA.VV.: *Digitalización y protección social. 30 desafíos para 2030*, Gerencia de Informática de la Seguridad Social (GISS), 2021.

INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y RELACIONES LABORALES: ENTRE LA SIGNIFICACIÓN CRECIENTE DE LOS ALGORITMOS Y EL DESMENTIDO DE SU NEUTRALIDAD APARENTE

JUAN CARLOS GARCÍA QUIÑONES

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid

EXTRACTO

Palabras clave: Algoritmo, inteligencia artificial, digitalización, legislación, empleo

Los algoritmos, o más genéricamente la inteligencia artificial, están adquiriendo un protagonismo creciente en las relaciones laborales, en línea con su evolución en el resto de ramas del Derecho y en muchas facetas de nuestra vida en sociedad. En el ámbito del Derecho del Trabajo, la importancia de los algoritmos se manifiesta en materias como la instauración de la lógica algorítmica como instrumento de toma de decisiones en la empresa; la utilización de los algoritmos como método de selección de personal; el papel de los algoritmos en el ejercicio del poder de dirección del empresario; o la aplicación de los algoritmos como mecanismos de control y seguimiento empresarial. Este cambio de paradigma plantea un debate sobre la necesidad de una regulación legal para la utilización de los algoritmos; analizando cuestiones como el papel de los derechos fundamentales en la era de los algoritmos; la estrategia europea en inteligencia artificial; el encaje de los algoritmos en la regulación legal sobre la subrogación contractual por cambio de titularidad de la empresa (art. 44 del Estatuto de los Trabajadores); o la instauración de una normativa específica sobre algoritmos en las relaciones laborales. Y ello, sin olvidar el papel trascendente de la negociación colectiva en la nueva era de cambio tecnológico. Junto con la necesidad de preservar el equilibrio necesario entre la evolución de los algoritmos y el secreto empresarial. Argumentos todos que examinamos en el presente estudio, conscientes del reto mayúsculo que se abre para el Derecho Laboral, obligado a gestionar con dosis notables de “inteligencia natural” el aluvión de interrogantes surgidos con ocasión de la “inteligencia artificial”.

ABSTRACT

Keywords: Algorithm, artificial intelligence, digitization, legislation, employment

Algorithms, or more generically artificial intelligence, are acquiring a growing role in labor relations, in line with their evolution in other branches of Law and in many facets of our life in society. In the field of Labor Law, the importance of algorithms is manifested in matters such as the establishment of algorithmic logic as a decision-making tool in the company; the use of algorithms as a method of personnel selection; the role of algorithms in the exercise of the entrepreneur's power of direction; or the application of algorithms as control mechanisms and business monitoring. This paradigm shift raises a debate on the need for legal regulation for the use of algorithms, analyzing issues such as the role of fundamental rights in the age of algorithms; the European strategy on artificial intelligence; the fit of the algorithms in article 44 of the Workers' Statute; or the establishment of specific regulations on algorithms in labor relations. And this, without forgetting the important role of collective bargaining in the new era of technological change. Along with the need to preserve the necessary balance between the evolution of algorithms and business secrecy.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. SIGNIFICACIÓN DE LOS ALGORITMOS EN EL ESTADO ACTUAL DE DESARROLLO DE LAS RELACIONES LABORALES
3. MANIFESTACIONES RELEVANTES DE LOS ALGORITMOS EN LAS RELACIONES LABORALES
 - 3.1. Instauración de la lógica algorítmica como instrumento de toma de decisiones en la empresa
 - 3.2. Utilización de los algoritmos como método de selección de personal
 - 3.3. El papel de los algoritmos en el ámbito del poder de dirección empresarial
 - 3.4. Aplicación de los algoritmos como mecanismos de control y seguimiento empresarial
4. EL DEBATE SOBRE LA NECESIDAD DE UNA REGULACIÓN LEGAL DE LOS ALGORITMOS EN LAS RELACIONES LABORALES
 - 4.1. El papel de los derechos fundamentales en la era de los algoritmos
 - 4.2. Estrategia europea en inteligencia artificial
 - 4.3. El encaje de los algoritmos en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores
 - 4.4. Implementación de una regulación legal específica en materia de algoritmos para las relaciones laborales
5. EL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA NUEVA ERA DE CAMBIO TECNOLÓGICO
6. ALGORITMO Y SECRETO EMPRESARIAL
7. VALORACIÓN CONCLUSIVA

1. INTRODUCCIÓN

La instauración de los algoritmos, o más genéricamente de la inteligencia artificial, en la dinámica actual de las relaciones laborales se ha asentado progresivamente como una realidad incuestionable¹. Constatación que, sin embargo, no limita su extensión al ámbito acotado del Derecho Laboral. Por el contrario, su expansión resulta apreciable, con igual o mayor intensidad, en otros muchos órdenes de la vida en sociedad, con el reto que ello supone para las distintas ramas del Derecho a la hora de pergeñar soluciones válidas frente a los numerosos interrogantes que se plantean. No en vano, bajo ese referente común de los algoritmos –o más ampliamente de la inteligencia artificial–, se constatan hoy manifestaciones relevantes en materias tan heterogéneas como la transformación digital de la Administración Pública, con afectación así del Derecho Administrativo, por alusión a la implantación de experiencias como el sistema de contratación sobre *blockchain* o la traslación a la Administración de herramientas utilizadas en el sector privado como la actuación automatizada, la inteligencia artificial,

¹ Alrededor del concepto de algoritmo desde esa perspectiva del Derecho del Trabajo, véase Zappalà, L., “Algoritmo”, AA. VV.: *Lavoro e tecnologie (Dizionario del diritto del lavoro che cambia)*, Giappichelli Editore, Torino, 2022, págs. 17 y ss.; Mercader Uguina, J. R., *Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, págs. 17 y ss.

explotando *big data*, o el aprendizaje automático²; junto con la concepción de la tecnología *blockchain* y los *smart contracts* como elementos positivos de cara a la eficiencia, la transparencia y la seguridad de la Administración Pública³.

Compartiendo parecida lógica, se aprecian igualmente distintas expresiones del fenómeno que analizamos en el Derecho Financiero y Tributario, sin ir más lejos, las incógnitas que suscita la tributación de la robótica y la inteligencia artificial. Aspecto éste de clara interacción entre esta rama del Derecho y el Derecho del Trabajo, cuya problemática alcanza aspectos tales como la confrontación entre robot y trabajador desde esa perspectiva fiscal, constatada la inadaptación del sistema tributario a la nueva realidad que plantea la robótica y la inteligencia artificial; o el aumento exponencial de las dificultades derivadas de los datos y los algoritmos a la hora de reconfigurar las instituciones fiscales concernidas, hasta el punto de identificar dichos datos y algoritmos como verdaderos límites del Derecho Tributario, una vez asumida su incapacidad actual para abarcarlos⁴. Por más que, sin abandonar todavía esta parcela del ordenamiento jurídico, haciendo gala de una visión más positiva, se ha examinado también la inteligencia artificial en clave de oportunidad para la mejora de la Hacienda Local, con desarrollo de distintas actuaciones generales y particulares provistas de un impacto importante a esos efectos, sumado al análisis de algunas cuestiones vinculadas con la tramitación administrativa automatizada⁵.

La situación descrita se repite asimismo, con su caracterización propia, en el ámbito del Derecho Mercantil, por alusión a materias como la incorporación de la “inteligencia artificial autónoma” en el órgano de administración de la empresa, mediante la utilización de expresiones como el “ciber-consejero” o el “robot-administrador”, de modo que la aplicación de *software* permite emular potencialmente la actuación de la persona física y la consiguiente capacidad para sustituirla, con apertura no obstante de numerosos interrogantes por resolver, comenzando por la propia noción de “inteligencia artificial (AI) autónoma” desde su vinculación con la “personalidad robótica”; o las cuestiones que surgen como consecuencia de la incorporación de la inteligencia artificial en el órgano de administración, por ejemplo, desde su conexión con la actividad de los administradores y el “interés social”, su proyección en las funciones de gestión

² En este sentido, véase Tejedor Belsa, J., “Transformación digital, “blockchain” e inteligencia artificial en la Administración Pública”, *Revista española de Derecho Administrativo*, Civitas, núm. 209, 2020, BIB 2020/37309, págs. 1 y ss.

³ Con la referencia de esta línea de argumentación, véase Caicedo García, J., “Tecnología blockchain y smart contracts para una administración pública más eficiente, transparente y segura”, *Actualidad Administrativa*, núm. 4, 2020, págs. 1 y ss.

⁴ A este respecto, véase Sánchez-Archidona Hidalgo, G., “La tributación de la robótica y la inteligencia artificial como límites del Derecho financiero y tributario”, *Revista Quincenal Fiscal*, núm. 12/2019, BIB 2019/5802, págs. 1 y ss.

⁵ En este sentido, con desarrollo de este argumento, véase Acín Ferrer, Á., “La inteligencia artificial (AI) y el uso de bots, podrían mejorar la Hacienda local”, *La Administración Práctica*, núm. 5, 2019, BIB 2019/5379, págs. 1 y ss.

y representación, las repercusiones en la estructura del consejo, o el régimen de responsabilidad de la inteligencia artificial autónoma; hasta llegar a las denominadas “entidades algorítmicas” como resultado de la expansión de la inteligencia artificial autónoma en la estructura de las organizaciones⁶. En definitiva, manifestaciones novedosas estas últimas de una difuminación de la figura del empresario “clásico”, desde la perspectiva de su configuración societaria, con las implicaciones que ello comporta para el Derecho Mercantil.

Al igual que, desde la perspectiva del Derecho Civil, se ha analizado asimismo la inteligencia artificial en relación con los posibles daños que puedan derivarse de su uso, con la consiguiente identificación de distintos modelos de regulación jurídica, a efectos de sentar las bases del régimen de responsabilidad por daños causados mediante la inteligencia artificial⁷. O respecto a la interacción entre la inteligencia artificial y los vehículos autónomos, con la atención puesta en los interrogantes que suscita el régimen de responsabilidad civil ante los nuevos retos tecnológicos, necesitado de una revisión profunda de la normativa existente para ofrecer una respuesta jurídica satisfactoria a la realidad social imperante, considerando aspectos como el presente y el futuro inmediato de los vehículos autónomos, o la identificación de la figura del fabricante como responsable del vehículo autónomo⁸. Responsabilidad civil por daños causados a cargo de la inteligencia artificial que está en el origen igualmente de nuevos retos planteados a nivel de la Unión Europea, al albur de cuestiones como la responsabilidad del robot inteligente por los daños que cause a terceros, diferenciando la responsabilidad del fabricante del robot, la responsabilidad del empresario que lo utiliza, o la propia responsabilidad del usuario del robot⁹.

En esa misma línea, las situaciones enumeradas conviven además con otros supuestos de aplicación potencial de la inteligencia artificial, relevantes también dentro del ámbito jurídico, vinculados por ejemplo con las consecuencias de una hipotética implantación de la inteligencia artificial en el sistema judicial, como sucede en la actualidad, con un destacado grado de desarrollo, en algunos modelos de Derecho Comparado como EE. UU. o Argentina, considerando las implicaciones que podrían suscitarse en nuestro ordenamiento de avanzar en semejante tendencia, con el referente inexcusable de los derechos fundamentales y la Constitución

⁶ A este respecto, véase Muñoz Pérez, A. F., “La “inteligencia artificial (IA) autónoma” en el órgano de administración”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 60, 2020, BIB 2020/36730, págs. 1 y ss.

⁷ En este sentido, véase Portellano, P., “Inteligencia artificial y responsabilidad por productos”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 316/2020, BIB 2020/34348, págs. 1 y ss.

⁸ En este sentido, véase Hernández Esteban, E., “Inteligencia artificial y vehículos autónomos: el régimen de la responsabilidad civil ante los nuevos retos tecnológicos”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 48, 2018, págs. 1 y ss.

⁹ En relación con este argumento, ampliamente, véase Núñez Zorrilla, M^a C., “Los nuevos retos de la Unión Europea en la regulación de la responsabilidad civil por los daños causados por la inteligencia artificial”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 66, 2018, págs. 9 y ss.

Española¹⁰. Del mismo modo que han sido objeto de atención doctrinal, igualmente, las referencias constitucionales a la digitalización y la automatización del empleo público¹¹. O en relación con las implicaciones que comporta la inteligencia artificial desde su vinculación con la protección de datos, por alusión a cuestiones como la privacidad por diseño y transparencia, o la minimización de datos y decisiones automatizadas¹².

En definitiva, un abanico amplio de supuestos en diferentes parcelas de la realidad –y por ende con afectación a distintas ramas del ordenamiento jurídico–, de los que solo hemos dado una muestra indiciaria, que comparten no obstante la nota común de haber contribuido a propiciar una transformación muy intensa en aquellas áreas donde se proyectan, ampliables a buen seguro en el futuro próximo, colocando al Derecho en el brete de ofrecer soluciones satisfactorias bajo la presión de esa vertiginosa evolución. Sea como fuere, se confirma que la sorpresa, el estupor, la improvisación o la falta de adaptación inicial no constituyen en cualquier caso rasgos exclusivos del Derecho Laboral, reconocibles por contra en el conjunto de órdenes jurídicos concernidos. En coherencia con el *tempus* pausado que requiere el Derecho para la conformación sólida de sus previsiones. Máxime, cuando los cambios son de tanta trascendencia y se precipitan con cadencia tan corta, como sucede en general con las materias vinculadas a la inteligencia artificial.

Más todavía, incidiendo en la importancia manifiesta de las cuestiones que interactúan alrededor de la misma, que supera con mucho una transformación más o menos coyuntural, la demanda de respuestas ante semejante fenómeno ha traspasado el ámbito jurídico, para entrar también en consideraciones de tipo organizacional¹³; o en otras de naturaleza más claramente extra jurídica todavía, como puede ser

¹⁰ Para el desarrollo de todas estas cuestiones, véase Ortiz Hernández, S., Garrós Font, I. y Romera Santiago, M^a N., “Hacia la implantación de la inteligencia artificial en nuestro sistema judicial”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3/2020, BIB 2020/8846, págs. 1 y ss.; Ercilla García, J., “Tribunales virtuales y procedimiento online: solución de contingencia ante pandemias o evolución necesaria”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 2020, págs. 257 y ss.

¹¹ En este sentido, véase Barrero Ortega, A., “Acotaciones constitucionales a la digitalización y automatización del empleo público”, *Temas Laborales*, núm. 149, 2019, págs. 51 y ss.

¹² A este respecto, véase González Ruiz, F. J., “Inteligencia artificial: implicaciones en materia de protección de datos”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 950, 2019, BIB 2019/2488, págs. 1 y ss.; Todolí Signes, A., “La gobernanza colectiva de la protección de datos en las relaciones laborales: “big data”, creación de perfiles, decisiones empresariales automatizadas y los derechos colectivos”, *Revista de Derecho Social*, núm. 84, 2018, págs. 69 y ss.

¹³ En este sentido, véase Arruga Segura, M^a C., *La transformación digital en las relaciones laborales y en la organización del trabajo*, Temas La Ley, Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2020, págs. 37 y ss.; Benraïss, L., “Enjeux organisationnels et managériaux de l’IA pour la gestion du personnel: vers un DRH “augmenté””, *Droit Social*, núm. 2, 2021, págs. 110 y ss.; De Stefano, V., “Masters and servers”: collective labour rights and private government in the contemporary world of work”, *The international journal of comparative labour law and industrial relations*, Vol. 36, núm. 4, 2020, págs. 425 y ss.; García Jiménez, M., “Gobernanza colectiva y trabajo en la economía digital: ¿qué futuro?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social del Centro de Estudios Financieros*, Comentarios, casos prácticos, núm. 459, 2021, págs. 113 y ss.

la temática del diálogo entre el hombre y la máquina¹⁴; o esa apelación a la ética¹⁵. Sin que ello pueda servir, en cualquier caso, como excusa para sortear la necesidad de implementar soluciones tangibles ante las nuevas incertidumbres generadas. O expresado en otros términos, la búsqueda de referentes filosóficos o éticos –que deben acompañar y estar presentes necesariamente–, no puede sin embargo sustituir la obligación de abordar la problemática suscitada mediante soluciones radicalmente jurídicas.

En este sentido, el artículo 23 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, *integral para la igualdad de trato y la no discriminación*, bajo la rúbrica de “Inteligencia Artificial y mecanismos de toma de decisión automatizados”, incluye un mandato a las administraciones públicas, dentro del marco de la Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial, de la Carta de Derechos Digitales, y de las iniciativas europeas en torno a la inteligencia artificial, para favorecer la puesta en marcha de mecanismos que obliguen a los algoritmos a tener en cuenta criterios de minimización de sesgos, transparencia y rendición de cuentas, siempre que ello resulte factible técnicamente, mecanismos que habrán de estar presentes en el diseño de los algoritmos y datos de entrenamiento, abordando también su potencial impacto discriminatorio mediante la realización de las correspondientes evaluaciones de impacto, a efectos de determinar la presencia del posible sesgo discriminatorio (artículo 23.1). A ello le sigue la previsión, dirigida también a las administraciones públicas para, dentro de sus competencias en el ámbito de los algoritmos involucrados en procesos de toma de decisiones, priorizar la transparencia en el diseño y la implementación y la capacidad de interpretación de las decisiones adoptadas por los mismos (artículo 23.2). Junto con un encargo, proyectado esta vez de manera conjunta hacia las administraciones públicas y las empresas, para promover el uso de una inteligencia artificial ética, confiable y respetuosa con los derechos fundamentales, siguiendo en especial las recomendaciones de la Unión Europea en este sentido (artículo 23.3). Y concluir con una mención sobre la promoción de un sello de calidad de los algoritmos (artículo 23.4). En definitiva, previsiones legales que inciden directamente en nuestra materia de estudio, con un contenido mejorable en lo que a nivel de exigencia se refiere para conjugar los numerosos peligros potenciales de los algoritmos, con disposiciones dirigidas sobre todo –aunque no solo– a las administraciones públicas como se ha visto, pero demostrativas en cualquier caso de la conciencia y del interés del legislador por abordar de manera tangible toda esa problemática compleja existente alrededor de los algoritmos, o más extensamente de la inteligencia artificial, en lo que podría definirse como un primer paso loable.

¹⁴ Alrededor de este argumento, véase Devillers, L., “Le dialogue homme-machine”, *Futuribles*, núm. 433, 2019, págs. 51 y ss.

¹⁵ A este respecto, véase Cortina Orts, A., “Ética de la inteligencia artificial”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, Vol. 96, 2019, págs. 379 y ss.

2. SIGNIFICACIÓN DE LOS ALGORITMOS EN EL ESTADO ACTUAL DE DESARROLLO DE LAS RELACIONES LABORALES

Sin perder de vista las premisas examinadas, con la atención puesta en el Derecho del Trabajo, igual de compleja resulta cuando menos la evaluación de los efectos que está produciendo la transformación acaecida de la mano de los algoritmos –o más ampliamente de la inteligencia artificial– en el ámbito de las relaciones laborales, como corrobora el interés notable que ha concitado semejante evolución en época reciente entre la doctrina, la jurisdicción y el resto de operadores jurídicos que interactúan alrededor del Derecho Laboral¹⁶. En realidad, la cuestión no es tanto que la digitalización se haya convertido en argumento central de atención, cuanto que el tratamiento actual de numerosas instituciones laborales no puede hacerse con abstracción del factor tecnológico. Conclusión plenamente aplicable a los algoritmos y, por extensión, a la inteligencia artificial.

Por citar solo algunas muestras relevantes, desde el principio de transparencia en la ejecución automatizada del contrato de trabajo, con esas referencias de la tecnología *blockchain* y la inteligencia artificial, analizando cuestiones como el *smart contract*, su aplicación al contrato de trabajo con implicaciones en el ámbito de la retribución, desde su conexión con el cumplimiento del *smart contract* por parte del trabajador, o desde la perspectiva del tratamiento intensivo de los datos de carácter personal del trabajador¹⁷; el análisis de los procesos de decisión a cargo de la inteligencia artificial bajo esa lógica de la automatización impredecible; los interrogantes que plantea la transparencia y control del contrato de trabajo autoejecutable; la propia configuración de los *smart labour contracts*¹⁸; la implantación de los algoritmos en la actuación de la administración laboral y la Seguridad Social¹⁹; el surgimiento de nuevos colectivos vulnerables como

¹⁶ En este sentido, por todos, desde una lógica omnicomprensiva de las distintas cuestiones que plantea la inteligencia artificial en el ámbito del trabajo, véase Álvarez Cuesta, H., *El impacto de la inteligencia artificial en el trabajo: desafíos y propuestas*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020, págs. 17 y ss.

¹⁷ A este respecto, véase Villalba Sánchez, A., “El principio de transparencia en la ejecución automatizada del contrato de trabajo: una aproximación jurídica a la tecnología “blockchain” y a la inteligencia artificial”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 224/2019, BIB 2019/9021, págs. 1 y ss.; Valdeolivas García, Y., “Derechos de información, transparencia y digitalización”, AA. VV.: *Digitalización, recuperación y reformas laborales (XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social)*, Colección Informes y Estudios, Serie Empleo, núm. 62, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2022, págs. 187 y ss.; Mercader Uguina, J. R., “La gestión laboral a través de algoritmos”, AA. VV.: *Digitalización, recuperación y reformas laborales (XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social)*, Colección Informes y Estudios, Serie Empleo, núm. 62, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2022, págs. 280 y ss.

¹⁸ En este sentido, véase Gauthier, G., “Contratos de trabajo inteligentes”, AA. VV.: *Cambiando la forma de trabajar y de vivir*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 133 y ss.

¹⁹ A este respecto, véase Vela Díaz, R., “Digitalización y nuevos trámites automatizados: las decisiones algorítmicas impregnan la actuación de la administración laboral y de seguridad social”, *Trabajo y Derecho*, núm. 83, 2021, págs. 173 y ss.; Ramos Quintana, M. I., “Reforma de

consecuencia de la tecnología y la consiguiente necesidad de protección social de los mismos²⁰; el impacto de las nuevas tecnologías en el mercado laboral y su incidencia respectiva en el empleo del futuro²¹; la focalización de la digitalización sobre las pymes, desde el acierto que supone analizar cualesquiera materias referidas a las relaciones laborales considerando la dimensión de la empresa²²; la proyección de la inteligencia artificial en la prevención de riesgos laborales²³; la posibilidad de prestación de cuidados a cargo de la inteligencia artificial²⁴; o, desde una visión más general, el estudio de los nuevos retos que plantean los algoritmos en los ámbitos respectivos del Derecho, la tecnología y la ética²⁵.

En coexistencia con otras posiciones doctrinales abiertamente críticas con las consecuencias derivadas de la digitalización, hasta el punto de conceptualizar la misma como un elemento de fractura del mercado de trabajo²⁶; cuando se alude directamente a la automatización de la desigualdad, bajo una concepción de las

la Seguridad Social y digitalización”, AA. VV.: *Digitalización, recuperación y reformas laborales (XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social)*, Colección Informes y Estudios, Serie Empleo, núm. 62, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2022, págs. 121 y ss.; Mercader Uguina, J. R., *Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo*, cit., págs. 111 y ss.

²⁰ En este sentido, véase Hierro Hierro, J., “Protección social de nuevos colectivos vulnerables”, AA. VV.: *Digitalización, recuperación y reformas laborales (XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social)*, Colección Informes y Estudios, Serie Empleo, núm. 62, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2022, págs. 157 y ss.

²¹ En este sentido, véase Hidalgo Pérez, M. A. *El empleo del futuro: un análisis del impacto de las nuevas tecnologías en el mercado laboral*, Deusto, Barcelona, 2018, págs. 9 y ss.; JIMENO, J. F., “Innovaciones tecnológicas, demanda de trabajo y empleo”, *Economistas*, núm. 165, 2019, págs. 95 y ss.; Petropoulos, G., “The impact of artificial intelligence on employment”, AA. VV.: *Work in the digital age*, London, New York: Rowman & Littlefield International, 2018, págs. 119 y ss.; Valverde Asencio, A. *Implantación de sistemas de inteligencia artificial y trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2020, págs. 15 y ss.

²² En este sentido, véase Martínez Calabuig, J., “Las pymes y la digitalización: balance y perspectivas”, *Economistas*, núm. 172/173 extra, 2021, págs. 267 y ss.

²³ A este respecto, véase Aguilar Del Castillo, M^a C., “El uso de la inteligencia artificial en la prevención de riesgos laborales”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 8, núm. 1, 2020, págs. 262 y ss.; Salas Porras, M^a, “Aportaciones de la seguridad y salud en el trabajo para la implementación global del trabajo decente en la sociedad digital-robotizada”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 7, núm. 4, 2019, págs. 5 y ss.

²⁴ En este sentido, véase Nurock, V., “¿Puede prestar cuidados la Inteligencia Artificial?”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Vol. 38, núm. 2, 2020, págs. 219 y ss.

²⁵ En este sentido, véase Ginès I Fabrellas, A., “La gestión algorítmica del trabajo: nuevos retos jurídicos, tecnológicos y éticos”, AA. VV.: *Digitalización, recuperación y reformas laborales (XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social)*, Colección Informes y Estudios, Serie Empleo, núm. 62, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2022, págs. 295 y ss.

²⁶ En este sentido, véase Cabeza Pereiro, J., “La digitalización como factor de fractura del mercado de trabajo”, *Temas Laborales*, núm. 155, 2020, págs. 13 y ss.

herramientas propias de la tecnología avanzada como instrumentos de supervisión y castigo a los pobres²⁷; mediante una llamada a la necesidad de proteger a los trabajadores en la era digital, a partir del concurso simultáneo de factores como la tecnología, la subcontratación y la creciente precariedad del trabajo²⁸; al contraponer de manera gráfica, desde ese referente de la inteligencia artificial, la expresión de “trabajadores disminuidos” frente a la de “organizaciones aumentadas”²⁹; con el análisis del consentimiento de los trabajadores de las plataformas de alimentos en la gestión algorítmica, desde una perspectiva “foucaultiana”, de modo que todo saber implica poder y todo poder un saber específico, por lo que cualquier discurso está atravesado por relaciones inherentes de poder, concebidos entonces los algoritmos como una gran fuente potencial de poder susceptible de desequilibrar la balanza a favor del empresario, en detrimento del equilibrio que debe presidir la relación laboral³⁰. Pareceres que confirman la presencia de un interrogante por resolver, según cuál sea el resultado final, considerando la vinculación entre inteligencia artificial y relaciones laborales, a partir de esa alternativa básica entre los riesgos y las expectativas de mejora³¹. Aceptada la premisa de que la convivencia del trabajo con la inteligencia artificial constituye una realidad inevitable que se debe gestionar, cuya integración va a marcar la configuración de los empleos en el futuro³². Un desafío que, con ese referente de la inteligencia artificial, condicionará a buen seguro también la propia configuración del derecho al empleo³³.

Interacción entre la inteligencia artificial y las cuestiones que giran alrededor de las relaciones laborales que se reivindica como una pauta repetida asimismo en el Derecho Comparado, con la referencia destacada de algunos modelos próximos

²⁷ En desarrollo de esta idea, ampliamente, véase Eubanks, V., *La automatización de la desigualdad: herramientas de tecnología avanzada para supervisar y castigar a los pobres*, Capitán Swing, Madrid, 2021, págs. 13 y ss.

²⁸ A este respecto, véase Berg, J., “Protecting workers in the digital age: technology, outsourcing, and the growing precariousness of work”, *Comparative labor law & policy journal*, Vol. 41, núm. 1, 2019, págs. 69 y ss.; Varela De Albuquerque Dalprá, J., “La protección del trabajo digno mediante los impactos de las nuevas formas de robótica laboral, inteligencia artificial y nuevas tecnologías”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 8, núm. 3, 2020, págs. 208 y ss.

²⁹ En este sentido, véase Ferguson, Y. “Des travailleurs diminués dans des organisations augmentées?”, *Droit Social*, núm. 2, 2021, págs. 133 y ss.

³⁰ En este sentido, véase Galière, S., “When food-delivery platform workers consent to algorithmic management: a Foucauldian perspective”, *New technology, work and employment*, Vol. 35, núm. 3, 2020, págs. 357 y ss.

³¹ Para el desarrollo de este argumento, véase Fantoni-Quinton, S., “L’intelligence artificielle porteuse de risque ou promesse d’amélioration pour la pénibilité et la qualité de vie au travail?”, *Droit Social*, núm. 2, 2021, págs. 128 y ss.

³² Alrededor de esta idea, véase García Díez, J., “Los empleados del futuro: conviviendo con la inteligencia artificial”, *Economistas*, núm. 165, 2019, págs. 90 y ss.

³³ En este sentido, véase Gardes, D., “Le droit à l’emploi face à l’intelligence artificielle”, *Droit Social*, núm. 2, 2021, págs. 115 y ss.

al nuestro como el sistema francés³⁴, alemán³⁵ o italiano³⁶. De manera que, más allá de las materias concretas, el tratamiento dado desde las tribunas doctrinales confirma la existencia de una problemática común, evidenciando la necesidad de garantizar a nivel transnacional una base mínima legal, con el reto y la oportunidad que ello supone sin ir más lejos para el Derecho de la Unión Europea. Por más que el papel asumido hasta el momento por el Derecho Comunitario evidencie todavía un grado insuficiente de implicación a cargo de las instituciones y la legislación europeas, como tendremos ocasión de analizar después con mayor detenimiento, desde una lectura crítica.

En esta línea, debe subrayarse igualmente la preocupación justificada que ha generado entre las organizaciones sindicales la implantación acelerada de los algoritmos —o más genéricamente de la inteligencia artificial— en la dinámica de las relaciones laborales, conscientes de los peligros potenciales que se abren para el trabajador a partir de esa nueva realidad, confirmando su sempiterna condición

³⁴ En este sentido, véase Amauguer-Lattes, M. C., “Le dialogue social: outil de régulation de l’intelligence artificielle dans l’entreprise”, *Droit Social*, núm. 2, 2021, págs. 146 y ss. Benraïss, L., “Enjeux organisationnels et managériaux de l’IA pour la gestion du personnel: vers un DRH “augmenté””, cit., págs. 110 y ss.; Blin-Franchomme, M. P., “Le défi d’une IA inclusive et responsable”, *Droit Social*, núm. 2, 2021, págs. 100 y ss.; Dehaese, C., “IA et robots: disparition de nos emplois ou nouvelles compétences pour le futur?: le regard d’un acteur de la formation professionnelle”, *Droit Social*, núm. 2, 2021, págs. 120 y ss.; Desbarats, I., “Les objets connectés au travail: quelles regulations pour quels enjeux?”, *Droit Social*, núm. 2, 2021, págs. 139 y ss.; Devillers, L., “Le dialogue homme-machine”, cit., págs. 51 y ss.; Escande-Varniol, M. C., “Relaciones laborales y derechos fundamentales en la era digital: una visión desde el derecho francés”, *Temas Laborales*, núm. 155, 2020, págs. 145 y ss.; Fantoni-Quinton, S., “L’intelligence artificielle porteuse de risque ou promesse d’amélioration pour la pénibilité et la qualité de vie au travail?”, cit., págs. 128 y ss.; Ferguson, Y., “Des travailleurs diminués dans des organisations augmentées?”, cit., págs. 133 y ss.; Gardes, D., “Le droit à l’emploi face à l’intelligence artificielle”, cit., págs. 115 y ss.; Michaud, O., “La protection des travailleurs à l’heure de l’IA: point de vue de l’avocat”, *Droit Social*, núm. 2, 2021, págs. 124 y ss.; Portnoff, A. Y., “Intelligence artificielle: opportunités et risques”, *Futuribles*, núm. 426, 2018, págs. 5 y ss.; Poumarède, M., “Intelligence artificielle, responsabilité civile et droit du travail”, *Droit Social*, núm. 2, 2021, págs. 152 y ss.; Zaraté, P., “L’intelligence artificielle d’hier à aujourd’hui: introduction générale”, *Droit Social*, núm. 2, 2021, págs. 106 y ss.

³⁵ A este respecto, véase Haipeter, T., “Digitalisation, unions and participation: the German case of “industry 4.0””, *Industrial relations journal*, Vol. 51, núm. 3, 2020, págs. 242 y ss.

³⁶ En este sentido, véase Bano, F., “Il lavoro invisibile nell’agenda digitale di Europa 2020”, *Lavoro e Diritto*, Vol. 34, núm. 3, 2020, págs. 475 y ss.; “Quando lo sfruttamento è smart”, *Lavoro e Diritto*, Vol. 35, núm. 2, 2021, págs. 303 y ss.; De Stefano, V., “Automation, artificial intelligence, and labor protection”, *Comparative labor law & policy journal*, Vol. 41, núm. 1, 2019, págs. 3 y ss.; “Masters and servers”: collective labour rights and private government in the contemporary world of work”, cit., págs. 425 y ss.; “Negotiating the algorithm”: automation, artificial intelligence and labor protection”, *Comparative labor law & policy journal*, Vol. 41, núm. 1, 2019, págs. 15 y ss.; Tiraboschi, M., “Research work in the industry 4.0 era: the Italian case”, *E-journal of international and comparative labour studies*, Vol. 6, núm. 2, 2017, págs. 13 y ss.; Fernández Sánchez, S., “Relaciones laborales y derechos fundamentales en la era digital: una visión desde el derecho italiano”, *Temas Laborales*, núm. 155, 2020, págs. 177 y ss.

como parte débil del contrato de trabajo³⁷. En efecto, los recelos expresados son normales, desde luego comprensibles, considerando la posición de ventaja “estructural” del empresario dentro del contrato de trabajo, de manera que cualquier oportunidad de modificación que se abra, vinculada con la gestión de dicha relación, puede alentar la tentación de perpetuar –y sobre todo intensificar aún más– ese *statu quo* preexistente. Máxime, cuando el fenómeno alcanza la dimensión de los algoritmos dentro del contexto de la relación laboral. En resumen, se dan todas las condiciones para la configuración de un escenario incierto, como derivación de una coyuntura donde la dimensión potencial del cambio impulsado o simplemente intensificado –según qué supuestos– por los algoritmos, en cuestiones básicas que afectan directa o indirectamente a la relación laboral, será en cualquier caso mayor y más veloz que la respuesta improvisada a nivel jurídico, más todavía cuando se trata de anticiparse a los cambios o prevenir los perjuicios derivados de esa profunda transformación.

De aceptar la premisa acerca de la influencia creciente de los algoritmos en el contexto actual de las relaciones laborales, surge enseguida el interrogante sobre cómo abordar jurídicamente esta nueva realidad, a cuyos efectos cabe identificar diferentes grados de intensidad. Una primera lectura, la más condescendiente con el *statu quo* actual, permitiría defender que la configuración del ordenamiento jurídico-laboral, tal cual está, ofrece base suficiente para interpretar cualesquiera situaciones que puedan concurrir en la práctica, también con la influencia destacada de los algoritmos –o más genéricamente de la inteligencia artificial–. Posición ésta seguramente errada, por conformista, desactualizada y descontextualizada, a la vista de la situación imperante. Una segunda opción, intermedia en lo que al grado de intervención legal se refiere, abogaría por incluir referencias puntuales a los algoritmos en aquellas instituciones donde los mismos han adquirido una influencia acreditada, en alusión por ejemplo a su instauración como instrumento decisivo para la toma de decisiones en la empresa; su utilización como mecanismo de selección de personal; en el ámbito del poder de dirección empresarial; o por su virtualidad como herramienta de control y seguimiento, por enumerar solo algunas de las manifestaciones más relevantes que confirman la influencia de los algoritmos en las relaciones laborales. En tercer lugar, como opción más rompedora, pero no necesariamente forzada considerando la implantación extendida de los algoritmos y su potencial transformador, consistiría en promover una regulación para el uso de los algoritmos con una dimensión transversal dentro del ordenamiento jurídico-laboral.

Por lo demás, en este debate abierto acerca del posicionamiento que debe asumir el legislador para salir al paso de la problemática heterogénea planteada como consecuencia de esa generalización en la utilización de los algoritmos, con

³⁷ Para un análisis exhaustivo de la problemática compleja que plantean los algoritmos -o más ampliamente la inteligencia artificial- desde esa perspectiva del interés sindical, véase UGT, “Las decisiones algorítmicas en las relaciones laborales”, *Servicio de Estudios de la Confederación / Análisis y contextos*, 2021, págs. 1 y ss.

la referencia puesta en las relaciones laborales, debe citarse una nueva variable a considerar, como es la creación de la Agencia Española de Supervisión de la Inteligencia Artificial, a efectos de posibilitar el control de los algoritmos, que ha visto la luz con la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, *de fomento del ecosistema de las empresas emergentes* (BOE de 22 de diciembre de 2022), cuya Disposición adicional séptima lleva por rúbrica precisamente la de “Creación de la Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial”. En relación con su configuración, de acuerdo con lo previsto en el artículo 91 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, *de Régimen Jurídico del Sector Público*, se autoriza su creación como organismo público con personalidad jurídica pública, patrimonio propio, plena capacidad de obrar y potestades administrativa, inspectora y sancionadora que se le atribuyan en aplicación de la normativa nacional y europea en relación con el uso seguro y confiable de los sistemas de inteligencia artificial (Disposición adicional séptima. Uno). Mientras que, en relación con los fines que deben guiar la actuación de la Agencia, se alude, por su orden, a: a) La concienciación, divulgación y promoción de la formación, y del desarrollo y uso responsable, sostenible y confiable de la inteligencia artificial; b) La definición de mecanismos de asesoramiento y atención a la sociedad y a otros actores relacionados con el desarrollo y uso de la inteligencia artificial; c) La colaboración y coordinación con otras autoridades, nacionales y supranacionales, de supervisión de inteligencia artificial; d) El fomento de entornos reales de prueba de los sistemas de inteligencia artificial, para reforzar la protección de los usuarios; e) La supervisión de la puesta en marcha, uso o comercialización de sistemas que incluyan inteligencia artificial y, especialmente, aquellos que puedan suponer riesgos significativos para la salud, seguridad y los derechos fundamentales (Disposición adicional séptima. Dos). Coherente con esos propósitos más generales o aperturistas, concepción acertada considerando la amplitud del fenómeno a fiscalizar, la referencia legal que comentamos renuncia por tanto a incluir una mención específica sobre el encargo de auditar de forma periódica los algoritmos de las redes sociales y el asesoramiento a los Sindicatos en el cumplimiento de la regulación de algoritmos de la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, *por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales*. Respecto a su ubicación y régimen jurídico, se dispone su adscripción a la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, rigiéndose por lo establecido en su estatuto orgánico y por lo dispuesto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, *de Régimen Jurídico del Sector Público* (Disposición adicional séptima. Tres). Y para finalizar, sobre la asistencia jurídica, consistirá en el asesoramiento y la representación y defensa en juicio de la Agencia, correspondiendo a los Abogados del Estado integrados en el Servicio Jurídico del Estado (Disposición adicional séptima. Cuatro).

Semejante previsión legal tiene un contenido parecido, pero no idéntico, a su antecedente en la Disposición adicional en la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, *de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022* –en concreto, la Disposición

adicional centésima trigésima–, bajo esa misma rúbrica de “Creación de la Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial”, configurada como agencia estatal con personalidad jurídica pública, patrimonio propio y autonomía en su gestión, con potestad administrativa (Disposición adicional centésima trigésima. 1)³⁸. Del mismo modo que se prevé su actuación con plena independencia orgánica y funcional de las administraciones públicas, de forma objetiva, transparente e imparcial, mencionando como objetivos de la Agencia la implementación de medidas destinadas a la minimización de riesgos significativos sobre la seguridad y salud de las personas, así como sus derechos fundamentales, que puedan derivarse del uso de sistemas de inteligencia artificial, bajo una actuación combinada mediante actuaciones propias, actuaciones en coordinación con otras autoridades competentes cuando sea aplicable, y actuaciones de apoyo a entidades privadas (Disposición adicional centésima trigésima. 2). Adicionalmente, se incorporan también entre los cometidos de la Agencia, confirmando de nuevo la magnitud de su función, el desarrollo, supervisión y seguimiento de los proyectos enmarcados dentro de la Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial, junto con aquellos impulsados por la Unión Europea, con una atención particular a aquellos relativos al desarrollo normativo sobre inteligencia artificial y sus posibles usos (Disposición adicional centésima trigésima. 3). La regulación concluye con un apartado dedicado a su propia configuración orgánica, cuando señala su adscripción a la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial, dentro del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, así como la vinculación de su actuación según lo establecido en su estatuto orgánico y por lo dispuesto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, *de Régimen Jurídico del Sector Público* (Disposición adicional centésima trigésima. 4). En definitiva, la significación de la novedad contenida en la Disposición adicional que se comenta limita su previsión al impulso de una ley para la creación de una agencia de supervisión de inteligencia artificial, bien que con un grado apreciable de concreción.

La Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial, publicada en noviembre de 2020, se enmarca dentro de la estrategia España Digital 2025, incluyendo entre sus ambiciosos objetivos, por su conexión específica con nuestro objeto de estudio, la promoción de la creación de empleo cualificado mediante el impulso de la formación y la educación, junto con el estímulo del talento español y la atracción del talento global; la incorporación de la inteligencia artificial como factor de mejora de la productividad, de la eficacia en la Administración Pública, así como motor del crecimiento económico sostenible e inclusivo; la generación de un entorno de confianza de la inteligencia artificial, tanto en el plano tecnológico, como en el

³⁸ Concretamente, la Disposición adicional centésima trigésima de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, *de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022*, tiene su origen en una propuesta de Más País para dirigir 5 millones de euros a la creación de una agencia nacional de auditoría de algoritmos, con plena independencia orgánica y funcional, y encargada de auditar de forma periódica los algoritmos de las redes sociales y asesorar a los Sindicatos en el cumplimiento de la regulación de los algoritmos de la Ley “Rider” -Ley 12/2021, de 28 de septiembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales-.

regulatorio y en el de su impacto social; o el impulso del debate a nivel global sobre el desarrollo tecnológico de valores humanistas (*Human-Centered AI*), centrado en velar por el bienestar de la sociedad, creando y participando en foros y actividades divulgativas para el desarrollo de un marco ético garante de los derechos individuales y colectivos de la ciudadanía.

Como se ha podido ver, la proyección potencial de las previsiones contenidas, primero, en la Disposición adicional centésima trigésima de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, *de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022*, y después, en la Disposición adicional séptima de la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, *de fomento del ecosistema de las empresas emergentes*, trascienden con mucho del ámbito de las relaciones laborales, desde la concepción un tanto “impostada” del legislador cuando se refiere, también entre ese elenco de objetivos, a la potenciación de la inteligencia artificial inclusiva y sostenible, como vector transversal para afrontar los grandes desafíos de la sociedad, con alusiones específicas a la reducción de la brecha de género³⁹, la brecha digital⁴⁰, así como el apoyo a la transición ecológica y la vertebración territorial.

Con independencia del cumplimiento –o menos– de las expectativas ambiciosas que previene la Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial, la sola creación de la Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial constituye *per se* una nueva variable a considerar de manera obligatoria, con potencialidad para facilitar o complicar, según qué supuestos, el tratamiento estrictamente legal que pueda merecer en el ordenamiento jurídico-laboral –por ser éste el ámbito sobre el que centramos nuestra atención– la influencia creciente de los algoritmos en las relaciones laborales, bajo esa lógica de potenciar un mayor intervencionismo a través de dicho órgano administrativo. A la espera de cómo sea el discurrir de la misma una vez se consolide su funcionamiento, aunque resulte apresurado aventurar un juicio de valor sobre semejante iniciativa, entendemos que la tarea de preservar los derechos fundamentales de los trabajadores como prevención frente a un hipotético uso abusivo de los algoritmos requiere, sobre todo, de un tratamiento legal adecuado dentro de la normativa laboral, en coherencia con la preservación de los referentes existentes también a nivel constitucional, al albur de las distintas alternativas que mencionábamos en párrafos anteriores –u otras que puedan plantearse–, como premisa para su interpretación y aplicación posterior por parte de la jurisdicción. De manera que la creación de la Agencia, contrariamente a lo que se pretende, pudiera constituir un elemento de distorsión dentro del ordenamiento jurídico, de cara al correcto tratamiento en el mismo de la materia que analizamos.

³⁹ En relación con la brecha de género, véase Rodríguez González, S., “Brechas de género y transformación digital”, *Revista de Derecho Social*, núm. 88, 2019, págs. 199 y ss.

⁴⁰ En relación con la brecha digital, véase Martínez Girón, J., “Sobre la brecha digital generacional de la clase media española. Un análisis perspectivístico de Derecho Comparado, relativo a un colectivo gigante de contribuyentes en riesgo de exclusión social”, AA. VV.: *Digitalización, recuperación y reformas laborales (XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social)*, Colección Informes y Estudios, Serie Empleo, núm. 62, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2022, págs. 321 y ss.

Conscientes, no obstante, del riesgo que supone aventurar un juicio tan temprano, a falta todavía de monitorizar su recorrido a partir de su implantación.

En definitiva, el conjunto de cuestiones enumeradas guardan una clara interrelación entre sí. En los epígrafes que siguen desarrollamos su estudio, bajo una sistemática donde se analizan de manera individualizada cuestiones como la instauración de la lógica algorítmica con la condición de instrumento de toma de decisiones en la empresa, la utilización de los algoritmos como método de selección de personal, el papel de los algoritmos en el ámbito del poder de dirección empresarial, o la aplicación de los algoritmos como mecanismos de control y seguimiento empresarial. Expresiones todas que jugarían a favor de la necesidad de regular normativamente la utilización de los algoritmos, considerando factores como la vigencia –más todavía, el reforzamiento– de los derechos fundamentales en la era de los algoritmos; la estrategia europea en inteligencia artificial, con la significación asumida en este sentido por el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, *relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos –en adelante RGPD–)*; o el posible encaje de los algoritmos en la redacción actual del artículo 44 del ET. Sin perder de vista la función irrenunciable que está llamada a desempeñar la negociación colectiva en la nueva era de cambio tecnológico (artículo 37.1 de la CE en relación con el artículo 28.1 de la CE). De igual modo que corresponde asimismo incluir un apartado específico sobre algoritmos y secreto empresarial, haciendo referencia a las garantías de transparencia de los resultados de su utilización.

3. MANIFESTACIONES RELEVANTES DE LOS ALGORITMOS EN LAS RELACIONES LABORALES

El argumento sobre la significación creciente de los algoritmos en las relaciones laborales, evidenciado cada vez de manera más elocuente, en línea con las razones expuestas en los epígrafes anteriores, se refleja después de manera tangible en aplicaciones concretas como son, por su orden, la instauración de la lógica algorítmica como instrumento de toma de decisiones en la empresa; la utilización de los algoritmos como método de selección de personal; el papel de los algoritmos en el ámbito del poder de dirección empresarial; o su aplicación como mecanismo de control y seguimiento empresarial. Expresiones que conforman, en cualquier caso, un listado abierto a futuro, acreditativas del protagonismo de los algoritmos –o más genéricamente de la inteligencia artificial– en la configuración actual de las empresas, de sus modelos de negocio –con esa apelación al papel potencial del algoritmo como “corazón del negocio empresarial”– y de organización y gestión de las relaciones laborales. Manifestaciones que analizamos, de forma individualizada, en los apartados siguientes.

3.1. Instauración de la lógica algorítmica como instrumento de toma de decisiones en la empresa

En el momento actual constituye una realidad incuestionable la transformación digital del sistema productivo, que condiciona ya y va a condicionar más todavía en el futuro la realidad de la empresa, de modo que todo lo relacionado con la inteligencia artificial se presenta, incluso se reivindica, como instrumento fundamental hacia la búsqueda de la eficiencia y la productividad. A partir de esta premisa, la utilización de los algoritmos como herramienta para la toma de decisiones se proyecta, de forma cada vez más intensa, en los distintos ámbitos de las relaciones laborales⁴¹. Desde esta lógica, la asunción progresiva del uso de algoritmos por las empresas está derivando decisiones que entran y siguen entrando dentro del poder de dirección “tradicional” hacia modelos de toma de decisión aparentemente objetivos o neutrales, ajenos a cualquier componente de subjetividad, arbitrariedad o discrecionalidad empresarial. Por más que después semejante conclusión pueda resultar muy controvertida en la práctica –si no abiertamente desmentida–, ante los peligros nuevos que surgen para los trabajadores por el uso masivo de algoritmos, como trataremos de desarrollar a lo largo de nuestro estudio. De manera que encuentran plena justificación los recelos o, más moderadamente, las cautelas manifestadas desde los sindicatos y la doctrina laboralista. Máxime, cuando esa utilización de los algoritmos tiende a generalizarse, ya en el momento actual, con una proyección hacia buena parte de las facetas que conforman la autonomía organizativa del empresario, bajo una clara vocación expansiva. Recelos y cautelas que han tomado forma de manera concreta, bien que con un grado de ambición moderado, en el apartado segundo del artículo 23 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, *integral para la igualdad de trato y la no discriminación*, como se ha señalado ya, cuando mandata a las administraciones públicas para, dentro de sus competencias en el ámbito de los algoritmos involucrados en procesos de toma de decisiones, priorizar la transparencia en el diseño y la implementación y la capacidad de interpretación de las decisiones adoptadas por los mismos.

3.2. Utilización de los algoritmos como método de selección de personal

Entre los ámbitos de las relaciones laborales donde los algoritmos están llamados a desempeñar un papel más destacado está la contratación laboral, sin ir más lejos, en relación con la utilización de la inteligencia artificial a cargo de las empresas como método de selección de personal, presente siempre la necesidad de conjugar de manera compensada las variables respectivas de precisión y equidad⁴². En este contexto, existe una primera lectura, favorable a la virtualidad de los sistemas algorítmicos como instrumentos de selección de personal, sobre la base de

⁴¹ En desarrollo de esta idea, véase Mercader Uguina, J. R., *Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo*, cit., págs. 81 y ss.

⁴² En este sentido, véase Desiere, S. “Using artificial intelligence to classify jobseekers: the accuracy-equity trade-off”, *Journal of social policy*, Vol. 50, núm. 2, 2021, págs. 367 y ss.

su eficacia aparente a efectos de evaluar de manera homogénea un conjunto amplio de personas, mediante la utilización de coordenadas idénticas durante la ejecución del proceso. La utilización de algoritmos evitaría entonces, presuntamente, la desigualdad arbitraria y la discriminación.

Desde esta perspectiva, su objetivo estaría dirigido solo a la obtención de la máxima eficiencia, en este caso vinculada con el proceso de selección, al margen –por lo menos indiciariamente– de cualesquiera elementos subjetivos personales imbuidos de intuiciones o prejuicios. Con dicha lógica, cuando la empresa adopta esta estrategia en los métodos de selección de su personal, la decisión de contratación se dejaría entonces en manos de un *software* “neutral”, a partir de los parámetros incorporados a la aplicación de que se trate y una vez definido con detalle también el perfil profesional requerido, apelando a variantes diversas como la titulación académica, los años de experiencia, o la trayectoria profesional, entre otras muchas posibles.

Sin embargo, esa inicial sensación de “neutralidad” u “objetividad” en los procesos de selección de personal aparece, no obstante, claramente condicionada –cuando no abiertamente desmentida–, una vez que el factor subjetivo no desaparece por el hecho de someter la contratación a semejante protocolo. Al contrario, dicha subjetividad existe, solo que su presencia se materializa no en la contratación, como acto final del proceso de selección de personal, sino en una fase anterior de diseño del perfil profesional del candidato buscado, comprometiendo así –o sesgando según qué casos– el resultado final. Y ello, con el agravante añadido de que esta fórmula novedosa empleada en los procesos de selección de personal, derivación del nuevo papel decisor dado a los algoritmos, al contrario de lo que se pretendería, puede dificultar de manera notable el control sobre la presencia de esos elementos discriminatorios. No sorprende, por tanto, que la doctrina se haya hecho eco sobre los riesgos de discriminación asociados a la utilización de los algoritmos, específicamente, en esta parcela de la selección de personal⁴³. Por

⁴³ En este sentido, véase Olarte Encabo, S., “La aplicación de inteligencia artificial a los procesos de selección de personal y ofertas de empleo: impacto sobre el derecho a la no discriminación”, *Documentación Laboral*, núm. 119, Vol. 1, 2020, págs. 79 y ss.; Pérez Guerrero, M^a L., “Nuevas formas de discriminación en el acceso al empleo: algoritmos, Covid-19 y discriminación lingüística”, AA. VV.: *Presente y futuro de las políticas de empleo en España*, Bomarzo, Albacete, 2021, págs. 124 y ss.; Sáez Lara, C., “Acceso al empleo, inteligencia artificial y prohibición de discriminación”, AA. VV.: *Presente y futuro de las políticas de empleo en España*, Bomarzo, Albacete, 2021, págs. 101 y ss.; “Algoritmos y discriminación en el empleo: un reto para la normativa antidiscriminatoria”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 232, 2020, págs. 88 y ss.; Rodríguez-Piñero Royo, M., “Acceso al empleo, formación y contratación en el contexto de la digitalización”, AA. VV.: *Digitalización, recuperación y reformas laborales (XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social)*, Colección Informes y Estudios, Serie Empleo, núm. 62, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2022, págs. 59 y ss.; Mercader Uguina, J. R., *Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo*, cit., págs. 74 y ss.

más que la vinculación potencial entre algoritmos y discriminación alcance un recorrido bastante más amplio, excediendo con mucho de esta materia concreta⁴⁴.

Sea como fuere, los recelos que se señalan no son nuevos. En este sentido, dentro del contexto europeo, el Grupo de Trabajo del artículo 29 (GT Art. 29 –actual Comité Europeo de Protección de Datos–), en su condición de grupo de trabajo europeo independiente ocupado de cuestiones relacionadas con la protección de la privacidad y de los datos personales hasta la entrada en vigor del RGPD, mencionaba ya los riesgos derivados del empleo de estas fórmulas en sus Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679 (WP251rev.01), cuando refiere que: *“la elaboración de los perfiles y las decisiones automatizadas pueden plantear riesgos importantes para los derechos y libertades de las personas que requieren unas garantías adecuadas. Estos procesos pueden ser opacos. Puede que las personas no sean conscientes de que se está creando un perfil sobre ellas que no entiendan lo que implica. La elaboración de perfiles puede perpetuar los estereotipos existentes y la segregación social. Asimismo, puede encasillar a una persona en una categoría específica y limitarla a las preferencias que se le sugieren (...) En algunos casos, la elaboración de perfiles puede llevar a predicciones inexactas. En otros, puede llevar a la denegación de servicios y bienes, y a una discriminación injustificada”*. Esto es, la creación de perfiles puede ser determinante para condicionar un resultado, a partir de una adscripción apriorística de la persona en uno u otro perfil, reduciendo o ahogando según qué casos los márgenes de su propia individualidad, que el Derecho estaría llamado a preservar, en favor de una pretendida estandarización.

A partir de estas premisas, resulta muy revelador lo expresado en su Considerando 58 sobre el principio de transparencia, cuando afirma que: *“es especialmente pertinente en situaciones en las que la proliferación de agentes y la complejidad tecnológica de la práctica hagan que sea difícil para el interesado saber y comprender si se están recogiendo, por quién y con qué finalidad, datos personales que le conciernen...”*. De igual modo que el Considerando 71 señala cómo: *“El interesado debe tener derecho a no ser objeto de una decisión, que puede incluir una medida, que evalúe aspectos personales relativos a él, y que se base únicamente en el tratamiento automatizado y produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar; como la denegación automática de una solicitud de crédito en línea o los servicios de contratación en red en los que no medie intervención humana alguna. Este tipo de tratamiento incluye la*

⁴⁴ En este sentido, alrededor de esas variables que conforman trabajo, algoritmos y discriminación, véase Fernández García, A., “Trabajo, algoritmos y discriminación”, AA. VV.: *Vigilancia y control en el derecho del trabajo digital*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020, págs. 505 y ss.; Rivas Vallejo, M^a P., *La aplicación de la inteligencia artificial al trabajo: su impacto discriminatorio*, Monografías Aranzadi, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020, págs. 207 y ss.; Todolí Signes, A., “Algorithms, artificial intelligence and automated decisions concerning workers and the risks of discrimination: the necessary collective governance of data protection”, *Transfer*, Vol. 25, núm. 4, 2019, págs. 465 y ss.

elaboración de perfiles consistente en cualquier forma de tratamiento de los datos personales que evalúe aspectos personales relativos a una persona física, en particular para analizar o predecir aspectos relacionados con el rendimiento en el trabajo, la situación económica, la salud, las preferencias o intereses personales, la fiabilidad o el comportamiento, la situación o los movimientos del interesado, en la medida en que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar. Sin embargo, se deben permitir las decisiones basadas en tal tratamiento, incluida la elaboración de perfiles, si lo autoriza expresamente el Derecho de la Unión o de los Estados miembros aplicable al responsable del tratamiento, incluso con fines de control y prevención del fraude y la evasión fiscal, realizada de conformidad con las reglamentaciones, normas y recomendaciones de las instituciones de la Unión o de los órganos de supervisión nacionales y para garantizar la seguridad y la fiabilidad de un servicio prestado por el responsable del tratamiento, o necesario para la conclusión o ejecución de un contrato entre el interesado y un responsable del tratamiento, o en los casos en los que el interesado haya dado su consentimiento explícito. En cualquier caso, dicho tratamiento debe estar sujeto a las garantías apropiadas, entre las que se deben incluir la información específica al interesado y el derecho a obtener intervención humana, a expresar su punto de vista, a recibir una explicación de la decisión tomada después de tal evaluación y a impugnar la decisión. Tal medida no debe afectar a un menor”. Lo expresado se podría resumir en la idea de que detrás de cada decisión existe –o debe existir– siempre una motivación, sin que las personas concernidas por la misma puedan permanecer absolutamente ajenas a las razones que amparan dicha solución, por muy tecnificado que resulte el proceso dispuesto para su adopción, como premisa para una eventual impugnación posterior de esa decisión. De manera que la utilización de la tecnología, paradójicamente, puede instrumentalizarse de forma interesada o incluso tendenciosa, como factor de confusión u opacidad en lugar de elemento objetivador.

Para advertir acto seguido, en párrafo separado, que *“A fin de garantizar un tratamiento leal y transparente respecto del interesado, teniendo en cuenta las circunstancias y contexto específicos en los que se tratan los datos personales, el responsable del tratamiento debe utilizar procedimientos matemáticos o estadísticos adecuados para la elaboración de perfiles, aplicar medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar, en particular, que se corrijan los factores que introducen inexactitudes en los datos personales y se reduce al máximo el riesgo de error; asegurar los datos personales de forma que se tengan en cuenta los posibles riesgos para los intereses y derechos del interesado y se impidan, entre otras cosas, efectos discriminatorios en las personas físicas por motivos de raza u origen étnico, opiniones políticas, religión o creencias, afiliación sindical, condición genética o estado de salud u orientación sexual, o que den lugar a medidas que produzcan tal efecto. Las decisiones automatizadas y la elaboración de perfiles sobre la base de categorías particulares de datos personales únicamente deben permitirse en condiciones específicas”.* Se proyectan entonces sobre la figura del responsable del tratamiento, con el resultado que se ha visto, muchas de las obligaciones destinadas a preservar los derechos de los interesados, como

contribución para conjugar, preventivamente al menos, los eventuales peligros que se ciernen sobre la materia controvertida.

Los recelos expresados por el RGPD, según los términos que se han visto, tienen luego continuidad en el artículo 22, cuando, bajo la rúbrica de “Decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles”, incorpora, en su apartado 1, una prohibición general de las decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado, al reconocer el derecho de todo interesado “... *a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar*”; esto es, sin intervención personal. Por más que después, en su apartado 2, incluye determinadas excepciones a esa prohibición general, de manera que no tendrá aplicación en el supuesto de que la decisión resulte “*necesaria para la celebración o la ejecución de un contrato entre el interesado y un responsable del tratamiento*” (artículo 22.2.a); o cuando esté “*autorizada por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento y que establezca asimismo medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado*” (artículo 22.2.b); o para el caso de que tenga su base “*en el consentimiento explícito del interesado*” (artículo 22.2.c). Relación de excepciones que relativizan la rotundidad aparente de esa prohibición general inicial del artículo 22.1 del RGPD, vinculada con las decisiones basadas solo en el tratamiento automatizado.

Existe por tanto sustrato normativo para defender que las decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles que producen efectos jurídicos en el interesado o le afectan de manera significativa de modo similar (reproduciendo aquí los términos del artículo 22.1 del RGPD), requiere la concurrencia de garantías reforzadas para preservar los derechos de los interesados, como ha subrayado con acierto la doctrina⁴⁵, con su correspondiente materialización en los aspectos siguientes:

- a) Garantía de minimización de los datos tratados para estos fines, de acuerdo con el artículo 5 del RGPD, cuando, dentro de los “Principios relativos al tratamiento”, señala, en su apartado 1.c), que: “*Los datos personales serán: ... c) Adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados («minimización de datos»)*”. Esta exigencia adquiere especial relevancia en el ámbito de los tratamientos automatizados. La previsión normativa actúa, no obstante, en el momento ulterior de su aplicación sobre cada supuesto concreto, con la dificultad que supone la relativa indefinición de los términos del supuesto de hecho normativo referidos a la “adecuación”, “pertinencia” o “limitación” de la utilización de los datos personales en relación con la finalidad de su tratamiento.
- b) Exigencia de una información significativa sobre la lógica aplicada, en línea con la existencia de un “derecho a la transparencia algorítmica”. El RGPD ofrece

⁴⁵ En este sentido, véase Mercader Uguina, J. R., “La gestión laboral a través de algoritmos”, cit., págs. 280 y ss.

algunas pautas para determinar de manera más precisa el alcance del derecho citado para su aplicación potencial a cada supuesto concreto. En este sentido, dentro del Capítulo III “Derechos del interesado”, Sección 1 “Transparencia y modalidades”, el artículo 12, regulador de la “Transparencia de la información, comunicación y modalidades de ejercicio de los derechos del interesado”, incorpora una serie de pautas bajo la fórmula de obligaciones impuestas al responsable del tratamiento. En lo que nos interesa, el precepto se refiere a la información que ha de facilitar al interesado el responsable del tratamiento *“en forma concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, con un lenguaje claro y sencillo, en particular cualquier información dirigida específicamente a un niño”*. Se precisa también, en el inciso siguiente, el régimen formal de facilitación de dicha información: *“La información será facilitada por escrito o por otros medios, inclusive, si procede, por medios electrónicos. Cuando lo solicite el interesado, la información podrá facilitarse verbalmente siempre que se demuestre la identidad del interesado por otros medios”* (artículo 12.1 del RGPD).

Considerando estas premisas, a partir del tratamiento dado por el RGPD, la doctrina ha sistematizado cuatro caracteres básicos para la configuración de la cuestión que analizamos, en aras de alcanzar ese delicado equilibrio entre todas las variables que concurren⁴⁶. En primer lugar, el ofrecimiento de información significativa sobre la lógica aplicada no obliga necesariamente a una explicación completa de los algoritmos utilizados; en segundo lugar, la información sí debe reunir la exhaustividad suficiente para que el interesado esté en disposición de entender los motivos de la decisión; en tercer lugar, la complejidad no constituye una excusa para no ofrecer al interesado la información requerida; y, en cuarto lugar, el responsable del tratamiento debe informar al interesado sobre los criterios empleados para adoptar la decisión, con manejo de fórmulas sencillas.

- c) Obligación de efectuar auditorías algorítmicas a cargo de los responsables del tratamiento, garantizando la evaluación periódica de los conjuntos de datos, del mismo modo que corresponde también a esos mismos responsables del tratamiento la introducción de procedimientos y medidas adecuados para evitar errores, imprecisiones o discriminaciones. La referencia a las auditorías se reitera, por lo demás, en varios preceptos del RGPD, como el artículo 28, “Encargado del tratamiento”, cuando incluye dentro de sus obligaciones, en el número 3. h), la de poner a disposición del responsable *“... toda la información necesaria para demostrar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el presente artículo, así como para permitir y contribuir a la realización de auditorías, incluidas inspecciones, por parte del responsable o de otro auditor autorizado por dicho responsable”*; el artículo 39, sobre las “Funciones del delegado de protección de datos”, señalando, entre esas funciones, en su número 1. b), la de *“supervisar el cumplimiento de lo dispuesto en el presente*

⁴⁶ En este sentido, véase Mercader Uguina, J. R., “Algoritmos y Derecho del Trabajo”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 52, 2019, págs. 67 y ss.

Reglamento, de otras disposiciones de protección de datos de la Unión o de los Estados miembros y de las políticas del responsable o del encargado del tratamiento en materia de protección de datos personales, incluida la asignación de responsabilidades, la concienciación y formación del personal que participa en las operaciones de tratamiento, y las auditorías correspondientes"; el artículo 47, dedicado a las "Normas corporativas vinculantes", al disponer en su número 2 la inclusión imperativa entre dichas normas, como mínimo, de "los mecanismos establecidos dentro del grupo empresarial o de la unión de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta para garantizar la verificación del cumplimiento de las normas corporativas vinculantes. Dichos mecanismos incluirán auditorías de protección de datos y métodos para garantizar acciones correctivas para proteger los derechos del interesado. Los resultados de dicha verificación deberían comunicarse a la persona o entidad a que se refiere la letra h) y al consejo de administración de la empresa que controla un grupo empresarial, o de la unión de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta, y ponerse a disposición de la autoridad de control competente que lo solicite" (artículo 47.2.j); y el artículo 58, que regula en su número 1 los poderes de investigación que corresponden a cada autoridad de control, entre los que se incluye "llevar a cabo investigaciones en forma de auditorías de protección de datos" (artículo 58.1.b).

En este sentido, existe algún precedente en la negociación colectiva, como el III Convenio Colectivo de Puertos del Estado y Autoridades Portuarias (BOE de 9 de julio de 2019), cuyo Anexo XII, incluye diversas menciones a la utilización de algoritmos, en relación con el procedimiento de selección de los empleados por parte del departamento de recursos humanos mediante la aplicación del algoritmo de distancias con respecto al perfil necesario; en relación con las garantías de objetividad en la selección, al asegurar que "los perfiles personales de todos los trabajadores y las herramientas de medida (algoritmo de distancia) están a disposición de los miembros de la Comisión Local"; así como respecto a la aplicación del algoritmo de jerarquización de ocupaciones sobre los perfiles de competencias para conseguir una puntuación para la teórica ocupación de "Representante Estatal". Así como el Convenio Colectivo para los Establecimientos Financieros de Crédito (BOE de 28 de diciembre de 2022), cuyo artículo 35 está dedicado a los "Derechos ante la inteligencia artificial", señalando que "Las nuevas herramientas basadas en algoritmos pueden aportar valor hacia una gestión más eficiente de las Empresas, ofreciendo mejoras en sus sistemas de gestión. Sin embargo, el desarrollo creciente de la aportación de la tecnología requiere de una implantación cuidadosa cuando se aplica en el ámbito de las personas. Por ello, las personas trabajadoras tienen derecho a no ser objeto de decisiones basadas única y exclusivamente en variables automatizadas, salvo en aquellos supuestos previstos por la Ley, así como derecho a la no discriminación en relación con las decisiones y procesos, cuando ambos estén basados únicamente en algoritmos, pudiendo solicitar, en estos supuestos, el concurso e intervención de las personas designadas a tal efecto por la Empresa, en caso de discrepancia", para continuar afirmando en su párrafo segundo que "Las Empresas informarán a la RLT sobre el uso de la analítica de datos o los sistemas

de inteligencia artificial cuando los procesos de toma de decisiones en materia de recursos humanos y relaciones laborales se basen exclusivamente en modelos digitales sin intervención humana”, y concluir diciendo en el tercer y último párrafo que “Dicha información, como mínimo, abarcará los datos que nutren los algoritmos, la lógica de funcionamiento y la evaluación de los resultados”.

Por más que, con esa referencia de la negociación colectiva reciente en el tiempo, son todavía mayoría los convenios colectivos que contienen cláusulas dedicadas a los derechos digitales, sin incorporar no obstante ninguna mención a los algoritmos ni a la inteligencia artificial, como sucede por ejemplo con el Convenio Colectivo Estatal para el Comercio de Distribuidores de Especialidades y Productos Farmacéuticos (BOE de 23 de septiembre de 2022); el III Convenio Colectivo de Bureau Veritas Inversiones, SL (BOE de 14 de julio de 2022); el XXII Convenio Colectivo de Ámbito Estatal para las Industrias Extractivas, Industrias del Vidrio, Industrias Cerámicas y para las del Comercio Exclusivista de los Mismos Materiales (BOE de 24 de junio de 2022); el Convenio Colectivo del Sector de Grandes Almacenes (BOE de 11 de junio de 2021); o el XXIV Convenio Colectivo del Sector de la Banca (BOE de 30 de marzo de 2021).

3.3. El papel de los algoritmos en el ámbito del poder de dirección empresarial

Otro de los ámbitos donde los algoritmos pueden alcanzar una significación importante, siempre dentro del contexto de las relaciones laborales, es el relativo al ejercicio del poder de dirección del empresario. Hasta el momento, las plataformas digitales son el campo donde los algoritmos han logrado un desarrollo más intenso, permitiendo a los “proveedores” individuales proporcionar directamente sus servicios al mercado. En efecto, la inclusión del modelo algorítmico en el sistema informático permite la asignación en cada momento de las tareas al profesional que reúne los requisitos mejor adaptados a las necesidades del cliente, por lo que esa asignación se produce de manera automática. El proceso automatizado vendría a sustituir una hipotética decisión discrecional de asignación del cliente a un determinado profesional, efectuada por el jefe o responsable.

Un resultado parecido puede producirse, igualmente, en la aplicación de los algoritmos a otras cuestiones como la planificación de horarios, gestionados por un *software* configurado bajo esos parámetros de necesidades objetivas, lo que puede redundar en peligros adicionales para las personas trabajadoras, por ejemplo, un aumento en la imprevisibilidad del horario del trabajo, condicionado así por el interés empresarial, y gestionado a través de la aplicación algorítmica, con el objetivo de adecuar de forma “automática” y de la manera más ajustada posible el horario laboral de los trabajadores al volumen de trabajo que se precisa en cada momento.

Por lo demás, la expansión progresiva de los algoritmos dentro del contexto de las relaciones laborales ha llevado ya a distintos pronunciamientos judiciales a fijar, en su apartado de hechos probados, las funciones algorítmicas que realiza la plataforma. Por ejemplo, la STSJ de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª)

núm. 1449/2020, de 12 de mayo, en relación con la asignación por la aplicación de pedidos a un concreto repartidor de entre los disponibles siguiendo el criterio de menor coste; STSJ de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 1432/2020, de 7 de mayo, respecto a la utilización de criterios técnicos y funcionales para asignar los pedidos a los repartidores de manera automática o bien manual (pedidos no atendidos), dejando en todo momento la opción al repartidor de rechazar cualquier servicio que no sea de su agrado, sin que ello suponga una penalización en su puntuación; STSJ de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 5776/2020, de 18 de diciembre, en referencia al sistema de ranquin o escala valorativa de los diferentes repartidores como medio incorporado al algoritmo para la asignación de cada reparto; o la STS (Sala de lo Social) núm. 805/2020, de 25 de septiembre, respecto al control de la actividad de los repartidores por el empresario y no solo el resultado mediante la gestión algorítmica del servicio con las valoraciones de los repartidores, complementado con la asignación de los servicios en función de esas valoraciones.

A la vista de todas las consideraciones expuestas, las finalidades para la utilización empresarial de algoritmos pueden reconducirse básicamente a tres, como ha sistematizado la doctrina⁴⁷, junto con una cuarta vinculada con la decisión automatizada sobre el término de la relación contractual⁴⁸, con el resultado que exponemos a continuación:

- a) La asignación de la actividad concreta, de manera que la aplicación algorítmica asigna los trabajos al prestador de servicios más próximo, como uno de los factores a considerar, junto con la inclusión de otras variables distintas que asumen asimismo una determinada influencia en esa decisión “automática” o “automatizada” de la propia asignación, como el rastreo de los trabajos propuestos y aceptados por parte del prestador de servicios en el pasado, junto con el promedio de la evaluación recibida en todos esos supuestos por parte de los usuarios de los servicios prestados. Fenómeno complejo, como puede apreciarse, con el concurso simultáneo de los distintos elementos enumerados, que la doctrina ha definido gráficamente como una subasta de servicios coordinada por el algoritmo⁴⁹.
- b) Asignación de tarifas por medio de la gestión algorítmica, con variación de los precios de los servicios en función de los picos de demanda, a modo de precios dinámicos, de forma que el volumen de demanda existente en cada momento resulta determinante para condicionar la fluctuación de la tarifa estándar. La referencia del precio de los servicios a su vez puede utilizarse también por

⁴⁷ En este sentido, véase Mercader Uguina, J. R., “La gestión laboral a través de algoritmos”, cit., págs. 271-272; “Algoritmos y Derecho del Trabajo”, cit., págs. 66-67.

⁴⁸ En este sentido, véase Goñi Sein, J. L., “Innovaciones tecnológicas, inteligencia artificial y derechos humanos en el trabajo”, *Documentación Laboral*, núm. 117, Vol. 2, 2019, pág. 60; “Defendiendo los derechos fundamentales frente a la inteligencia artificial (Lección Inaugural del Curso Académico 2019-2020 pronunciada por el Profesor Doctor José Luis Goñi Sein)”, *UPNA*, Pamplona, 2019, págs. 8-9.

⁴⁹ Mercader Uguina, J. R., “Algoritmos y Derecho del Trabajo”, cit., pág. 66.

los prestadores de los mismos para decidir el momento de prestación de los servicios, aprovechando la posibilidad que ofrece el algoritmo respecto al control del precio de los ofertantes.

- c) Evaluación del rendimiento, como resultado de las posibilidades que abren las aplicaciones algorítmicas a partir de la clasificación y valoración del grado de satisfacción en relación con la prestación de los servicios. Objetivo que se logra mediante la inclusión, prácticamente generalizada, de sistemas de evaluación sobre la satisfacción por los servicios prestados, imbuidos además de una gran inmediatez, como sucede en la práctica totalidad de las plataformas. Esta práctica es susceptible de extenderse en su uso, potencialmente, a una amplia mayoría de modelos de empresa. En este sentido, resulta importante la gestión de los propios datos por los interesados, a cuyos efectos puede citarse la Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de junio de 2017, *sobre una Agenda Europea para la economía colaborativa* [2016/2003(INI)], cuyo ordinal 43, ubicado dentro del apartado dedicado al “Impacto en el mercado laboral y derechos de los trabajadores”, señala “... *la importancia de que los trabajadores de las plataformas colaborativas puedan beneficiarse de la portabilidad de las evaluaciones y calificaciones, que constituyen su valor en el mercado digital, así como de facilitar la transferibilidad y acumulación de las evaluaciones y calificaciones en las diferentes plataformas al tiempo que se respetan las normas relativas a la protección de datos y la privacidad de todas las partes implicadas...*”; en paralelo, se alerta sobre los peligros de arbitrariedad inherentes a la utilización de esos instrumentos para la valoración del desempeño, avisando ese mismo ordinal 43, citado, de “... *la posibilidad de que se produzcan prácticas desleales y arbitrarias en las evaluaciones en línea, lo que puede afectar a las condiciones laborales y a los derechos de los trabajadores de las plataformas colaborativas, así como a su capacidad para conseguir empleo*”; problemática que justifica entonces, como se sigue de la lectura del propio ordinal 43, que “... *los mecanismos de evaluación y calificación deben elaborarse de forma transparente, y que se debe informar y consultar a los trabajadores en los niveles adecuados, así como con arreglo a las legislaciones y prácticas de los Estados miembros, sobre los criterios generales utilizados para la elaboración de dichos mecanismos*”.

Todos estos elementos permiten concluir que la instauración de algoritmos, a pesar de su aparente objetividad, no presupone por sí misma la eliminación de la arbitrariedad en las cuestiones atinentes a la evaluación del rendimiento, de no incorporar además, junto con ellos, otros mecanismos correctores para asegurar su adecuada utilización. Circunstancia ésta que conviene tener presente máxime cuando, vertientes disciplinarias al margen, los sistemas diseñados para la evaluación del desempeño y la evaluación de objetivos aparecen ligados al establecimiento de sistemas de retribución variable.

- d) Decisión automatizada sobre la terminación de la relación contractual, como consecuencia de esa aplicación “automática” por los algoritmos de los parámetros predeterminados, hasta el punto de condicionar la propia permanencia del prestador de servicios. Y ello, en función de factores tales

como un determinado volumen de encargos aceptados; o la evaluación dada por los usuarios de los servicios prestados, para el caso de no alcanzar los umbrales fijados. Elementos que, en conjunto o separados, podrían derivar entonces en una desconexión automática de las personas trabajadoras de la plataforma.

3.4. Aplicación de los algoritmos como mecanismos de control y seguimiento empresarial

La utilización de los algoritmos encuentra asimismo un claro recorrido potencial, dentro de las relaciones laborales, en aspectos decisivos de la vigilancia y el control de los trabajadores por medio de sistemas de videovigilancia, teléfonos, instrumentos de geolocalización, controles biométricos, correos electrónicos y navegación por internet, etc., con lo que ello supone en términos de aumento de su efectividad desde la perspectiva de la vigilancia empresarial. Incremento que se traduce a su vez, paralelamente, en una elevación potencial de los riesgos de abuso por parte del empresario, como ha señalado la doctrina⁵⁰. En primer lugar, en relación con el tratamiento del rostro con software de reconocimiento facial dentro de los datos biométricos. Y, en segundo lugar, respecto de los datos de los trabajadores recabados mediante dispositivos inteligentes portátiles (por ejemplo, reloj inteligente, etc), proporcionados por el propio empresario y susceptibles de utilización por el mismo como elementos de rastreo y registro de la actividad de los trabajadores, dentro y fuera del lugar de trabajo. Esta última dimensión puede suponer un peligro específico, además, respecto de aquellos datos particularmente sensibles, como son todos los relacionados con la salud de los trabajadores, sobre los que el RGPD dispone, como principio general, la prohibición de su tratamiento. Los riesgos de abuso en el ejercicio del poder empresarial de vigilancia y control del trabajo pueden aumentar sobremanera como resultado de la utilización de algoritmos, según el protagonismo que asuman estos a partir de todas las combinaciones posibles entre el conjunto de datos obtenidos, con consecuencias tangibles respecto a una hipotética invasión de la privacidad de los trabajadores.

Todo ello justifica la preocupación mostrada desde la órbita sindical ante la implantación y utilización progresiva de los algoritmos en las relaciones de trabajo. Cuando además los algoritmos, en su condición de mecanismos de control, facilitan la precisión en el ejercicio o la aplicación del mismo, incluso la generalización de dicho control. Sin embargo, paradójicamente, esa minuciosidad aparente puede transformarse a veces en un instrumento engañoso (muestra de caras, elegir un número...). Por ejemplo, el usuario de un determinado servicio puede caprichosamente apretar una cara u otra –o responder con un número– a la hora de manifestar su grado de satisfacción con el servicio recibido, sin que exista

⁵⁰ En este sentido, véase Mercader Uguina, J. R., “La gestión laboral a través de algoritmos”, cit., págs. 274 y ss.; *Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo*, cit., págs. 90 y ss.; Molina Navarrete, C., “Duelo al sol” (digital): ¿un algoritmo controla mi trabajo?, *Revista de Trabajo y Seguridad Social del Centro de Estudios Financieros*, Comentarios, casos prácticos, núm. 457, 2021, págs. 5 y ss.

garantía de que dicha actuación “mecánica” o poco reflexiva por parte del usuario (elección de la cara, tocar un botón, decir un número, ...), responde en verdad a la calidad del servicio prestado. Si bien como contraste, conviene recordarlo también, la utilización de algoritmos en algunos casos y con observancia de las garantías debidas, puede ser beneficiosa en determinados ámbitos, como la prevención de riesgos laborales, según subraya la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo en su Informe titulado “*Estudio prospectivo sobre riesgos nuevos y emergentes para la seguridad y salud en el trabajo asociados a la digitalización en 2025*”.

El citado Informe incorpora referencias frecuentes a los algoritmos, con consecuencias positivas o negativas para los trabajadores, según qué casos, en alusión a cuestiones como la incidencia potencial en el padecimiento de estrés por parte de los trabajadores como consecuencia de la falta de transparencia de los algoritmos, sobre todo en los denominados “algoritmos de aprendizaje profundo” (técnica que utiliza una familia de algoritmos que procesan información en redes neuronales profundas, donde lo que sale de un nivel se introduce en el siguiente); la presencia cada vez más intensa de los algoritmos informáticos dentro de los métodos de gestión digitalizados, con el peligro para los trabajadores de pérdida del control sobre el contenido, el ritmo y la planificación del trabajo, así como el modo de llevarlo a cabo, con consecuencias en forma de estrés laboral, problemas de salud y bienestar, baja productividad, incremento de las bajas por enfermedad, presión sobre el rendimiento, ansiedad y baja autoestima, en contraste con otras posibles consecuencias positivas como derivación de una supervisión más efectiva de la situación del trabajador y un mejor conocimiento de los riesgos en materia de seguridad y salud en el trabajo en general; una presión sobre el rendimiento como presupuesto de un eventual desajuste entre las capacidades físicas y cognitivas de los trabajadores y las exigencias laborales, consecuente con la incorporación de algoritmos integrados de mejora continua, compelidos los trabajadores a rendir con la misma velocidad y eficiencia que la máquina, dando lugar a un fenómeno denominado “el látigo digital” (nuevas formas de disciplina y control establecidas mediante el uso de tecnologías de la información y la comunicación, de modo que los horarios de los trabajadores se fijan y se supervisan por ordenador, a menudo con un algoritmo integrado de mejora continua basado en el promedio de tiempo que tardan los trabajadores en completar determinadas tareas); la significación que adquiere la ética y la transparencia cuando el proceso decisorio se ejerce mediante algoritmos, con consecuencias sobre la confianza y la aceptación de dichos sistemas por los trabajadores, así como respecto de sus niveles de estrés y otros aspectos de su salud mental; la influencia de los algoritmos en el aumento de la autonomía de los trabajadores, favoreciendo estructuras organizativas más horizontales, con menos mandos intermedios, con el consiguiente impacto negativo que ello puede tener en el campo de la seguridad y salud en el trabajo, junto con la influencia negativa para la salud mental de los trabajadores consecuente con la pérdida de la interacción social general en el trabajo; la utilización que pueden hacer las empresas de los algoritmos para demostrar el cumplimiento de la normativa de seguridad y salud en el trabajo así como en los supuestos de

accidentes de trabajo, además de aprovechar los macrodatos que generan los algoritmos de cara a una evaluación más precisa de los riesgos y la adopción de medidas de prevención eficaces; la privación de tareas y la pérdida de cualificación que puede derivarse para determinados trabajadores como consecuencia de la generalización de los algoritmos en la empresa, limitados a funciones exclusivas de supervisión, con exigencia de menores niveles de conocimientos y experiencia, perdiendo la capacidad de adoptar decisiones propias al margen de la actuación “automatizada” del algoritmo, con riesgo de tedio y pérdida de concentración para el trabajador; la posibilidad de que la automatización derivada de los algoritmos retire a los humanos de los entornos peligrosos, en paralelo con la introducción no obstante de nuevos riesgos alentados particularmente por la transparencia de los algoritmos subyacentes y las interfaces hombre-máquina; la influencia positiva de los algoritmos de supervisión de la inteligencia artificial, basados en interfaces de trabajo, de cara a la protección del equilibrio entre la vida profesional y la vida privada del trabajador, preventivos frente a las prácticas de trabajo no saludables; o el beneficio que se deriva para los trabajadores del hecho de que los robots y los algoritmos informáticos llevan a cabo actualmente muchas de las tareas rutinarias y repetitivas, por más que semejante consecuencia esté sometida no obstante a determinados condicionantes vinculados con la propia configuración de cada empresa o del contenido inherente al trabajo desempeñado.

Sea como fuere, el examen efectuado sobre algunas expresiones relevantes en la utilización de algoritmos, dentro de las relaciones laborales, no desmiente una conclusión con validez genérica para todas ellas, como es que la presencia de los mismos, a pesar de su aparente objetividad, no anula la existencia del elemento subjetivo empresarial respecto a la toma de decisiones que afectan al trabajador. Un componente de subjetividad que se materializa, precisamente, en el momento de configurar las pautas que rigen el funcionamiento de cada algoritmo. La conclusión es válida para las distintas manifestaciones analizadas, así como respecto de cualesquiera otros supuestos donde los algoritmos pudieran adquirir un protagonismo similar en el futuro. En definitiva, como ha señalado la doctrina, la utilización de criterios sesgados en la configuración del algoritmo puede afectar negativamente al trabajador en aspectos tales como las oportunidades de empleo, la promoción laboral o la propia estabilidad en el empleo⁵¹. Razonamientos que alientan el debate sobre la necesidad de implementar una regulación legal específica del uso de los algoritmos para el ámbito laboral, que abordamos en el epígrafe siguiente.

⁵¹ En este sentido, véase Goñi Sein, J. L., “Innovaciones tecnológicas, inteligencia artificial y derechos humanos en el trabajo”, cit., pág. 65; “Defendiendo los derechos fundamentales frente a la inteligencia artificial (Lección Inaugural del Curso Académico 2019-2020 pronunciada por el Profesor Doctor José Luis Goñi Sein)”, cit., pág. 18.

4. EL DEBATE SOBRE LA NECESIDAD DE UNA REGULACIÓN LEGAL DE LOS ALGORITMOS EN LAS RELACIONES LABORALES

Como se adelantaba anteriormente, el examen efectuado en los epígrafes previos sobre la significación creciente de los algoritmos en el estado actual de desarrollo de las relaciones laborales, analizando de manera individualizada algunas de sus manifestaciones más relevantes como la instauración de la lógica algorítmica en cuanto instrumento de toma de decisiones en la empresa, la utilización de algoritmos como método de selección de personal, el papel de los algoritmos en el ámbito del poder de dirección empresarial, o la aplicación de algoritmos como mecanismos de control y seguimiento empresarial, ofrece pautas suficientes para plantear el debate acerca de la necesidad de una regulación legal específica respecto al uso de los algoritmos en la empresa. Un debate que, seguramente, por situar las cosas en su medida justa, tampoco alcanza a cuestionar la virtualidad innata del Derecho Laboral a la hora de disciplinar la nueva realidad al modo renovado en que se presenta. Por más que la discusión sobre la crisis del Derecho del Trabajo constituya en verdad un argumento recurrente entre la doctrina⁵². Más todavía cuando el cambio sobre el que se proyectan las normas laborales va de la mano del desarrollo tecnológico⁵³. Circunstancia que estimula las aportaciones para dotar de cobertura jurídica esas situaciones de tránsito, como sucede con las plataformas⁵⁴.

En este orden de cosas, en una primera lectura pudiera pensarse que el ordenamiento jurídico, con su configuración actual, ofrece base suficiente para regular adecuadamente la transformación que está acaeciendo en las relaciones laborales como consecuencia del incremento en la utilización de algoritmos, mediante una apelación reforzada a la función de los derechos fundamentales en cuanto garantes de ámbitos de libertad personal concretos; las directrices emanadas

⁵² En este sentido, por todos, véase Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “La difícil coyuntura del Derecho del Trabajo”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2011, págs. 75 y ss.; Lantarón Barquín, D., “De la supervivencia de las categorías y la evolución de las realidades: reflexiones en torno al derecho del trabajo”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 225, 2019, págs. 117 y ss.

⁵³ En este sentido, véase Baldwin, R., “Globalización 4.0 y el futuro laboral”, *Economistas*, núm. 165, 2019, págs. 69 y ss.; Mercader Uguina, J. R., *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 79 y ss.; “La gestión laboral a través de algoritmos”, cit., págs. 253 y ss.; Molina Navarrete, C., “Economía de datos, mercados digitales de empleo y gestión analítica de personas: retos para la transición a una “sociedad del e-trabajo decente”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social del Centro de Estudios Financieros*, Comentarios, casos prácticos, núm. 459, 2021, págs. 5 y ss. También, con la referencia de las plataformas, véase Pérez Del Prado, D., “El debate europeo sobre el trabajo de plataformas: propuestas para una directiva”, *Trabajo y Derecho*, núm. 77, 2021, págs. 1 y ss.

⁵⁴ A este respecto, véase Rodríguez Fernández, M^a L., “Nuevas formas de empleo digital: el trabajo en plataformas. Diez propuestas para su regulación internacional”, AA. VV.: *Digitalización, recuperación y reformas laborales (XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social)*, Colección Informes y Estudios, Serie Empleo, núm. 62, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2022, págs. 91 y ss.

de la estrategia europea en inteligencia artificial, junto con las disposiciones derivadas del RGPD; o la interpretación integradora que puedan realizar los tribunales sobre el encaje de los algoritmos en la regulación del artículo 44 del ET, sobre las sucesiones empresariales, en el contexto de los denominados “elementos inmateriales” de la empresa, en línea con lo señalado por algún representante de la doctrina⁵⁵. Todo ello, complementado además con la función importante que corresponde asumir a la negociación colectiva.

Sin embargo, como alternativa, podría concluirse igualmente que la transformación actuada mediante la generalización en el uso de los algoritmos dentro de las relaciones laborales justificaría, por sí misma, la implementación de una regulación específica sobre semejante cuestión. Y ello, con la finalidad de afrontar, desde una mayor efectividad y más garantías de éxito, los nuevos peligros que se ciernen sobre el trabajador, como parte débil del contrato de trabajo frente a la posición del empresario. Máxime, si tenemos en cuenta la protección insuficiente que se deriva en la actualidad de la sola existencia a nivel europeo de un marco ético para orientar el desarrollo de los algoritmos, dejando a un lado la contribución estimable del RGPD.

Todo ello, en la idea de que la protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos personales constituye un derecho fundamental (artículo 18.4 de la CE), lo mismo que los derechos a la intimidad y a la igualdad y a no sufrir discriminaciones (artículos 18.1 y 14 de la CE), cuyo respeto debe quedar garantizado frente a eventuales decisiones automatizadas llevadas a cabo mediante algoritmos con virtualidad potencial para lesionarlos, pudiendo requerir entonces garantías específicas para afrontar los riesgos inherentes a la inteligencia artificial, como ha reparado la doctrina⁵⁶. En este sentido, se ha perdido tal vez una buena oportunidad para incorporar, dentro de la regulación sobre los derechos digitales laborales que recoge la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, *de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales*, un precepto específico dedicado a esta cuestión. Texto legal que ha dado lugar, como se sabe, a la primera regulación legal de los derechos digitales laborales en nuestro ordenamiento.

Con estos precedentes, el artículo 23 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, *integral para la igualdad de trato y la no discriminación*, bajo el título de “Inteligencia Artificial y igualdad de trato y la no discriminación”, ha materializado, con el contenido moderado que se ha visto, una primera iniciativa del legislador, en cualquier caso positiva, para conjurar algunos de los numerosos peligros potenciales asociados a la generalización de los algoritmos, o más extensamente

⁵⁵ En este sentido, véase Mercader Uguina, J. R., “La gestión laboral a través de algoritmos”, cit., pág. 265.

⁵⁶ Sáez Lara, C., “Algoritmos y discriminación en el empleo: un reto para la normativa antidiscriminatoria”, cit., pág. 85. En este sentido también, ampliamente, alrededor de las garantías y responsabilidades de los sistemas de inteligencia artificial y los instrumentos dispuestos para la igualdad algorítmica, véase Mercader Uguina, J. R., *Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo*, cit., págs. 157 y ss.

de la inteligencia artificial. Bien que no con la suficiente rotundidad como para zanjar el debate abierto acerca de la necesidad de una regulación específica sobre algoritmos.

4.1. El papel de los derechos fundamentales en la era de los algoritmos

Como se ha señalado anteriormente, la gestión de los aspectos laborales que afectan al trabajador mediante la utilización de los algoritmos, para el supuesto de que se utilicen en su configuración criterios sesgados, puede resultar abiertamente discriminatoria, desmintiendo una apariencia inicial de neutralidad. No extraña entonces que la doctrina, consciente de los peligros abiertos con el nuevo escenario tecnológico, haya sido sensible al estudio de esa vinculación entre derechos fundamentales y relaciones laborales a partir de la influencia del factor digital⁵⁷. Y ello, ya sea desde una perspectiva más general ya sea sobre aspectos concretos como la reputación digital⁵⁸. Sensibilidad doctrinal sobre el fenómeno descrito que se manifiesta igualmente, con parecido nivel de atención, en el Derecho Comparado⁵⁹.

Así sucederá, por ejemplo, cuando la recopilación de datos de los trabajadores se utilice para adoptar decisiones con efectos jurídicos o efectos relevantes sobre los mismos, en cuestiones importantes como el acceso al trabajo, su inclusión en un determinado nivel profesional, o el tratamiento dispensado en materia salarial. En este sentido también, vinculado específicamente con las plataformas, se ha subrayado la edad como un claro factor de discriminación, considerando la trascendencia que se otorga a la misma para la búsqueda de empleo en dichas plataformas, de manera que, admitiendo con carácter general la discrecionalidad empresarial en la contratación, frente a lo que pudiera parecer en una impresión inicial, el uso de los algoritmos acentúa precisamente ese factor de discrecionalidad en el acceso al empleo⁶⁰.

⁵⁷ A este respecto, en relación con la significación de los derechos fundamentales en el contexto de las nuevas tecnologías, véase Valdés Dal Ré, F., “Nuevas tecnologías y derechos fundamentales de los trabajadores”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 2, 2019, págs. 129 y ss.; Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “Derechos fundamentales y Derecho del Trabajo en el contexto de la economía digital”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 10, 2020, págs. 1233 y ss.

⁵⁸ En este sentido, véase Pazos Pérez, A., La reputación digital mediante algoritmos y los derechos fundamentales de los trabajadores, AA. VV.: *Vigilancia y control en el derecho del trabajo digital*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2020, págs. 487 y ss.

⁵⁹ A este respecto, véase Escande-Varniol, M. C., “Relaciones laborales y derechos fundamentales en la era digital: una visión desde el derecho francés”, cit., págs. 145 y ss.; Fernández Sánchez, S., “Relaciones laborales y derechos fundamentales en la era digital: una visión desde el derecho italiano”, cit., págs. 177 y ss.

⁶⁰ En este sentido, véase Sáez Lara, C., “Algoritmos y discriminación en el empleo: un reto para la normativa antidiscriminatoria”, cit., págs. 87-88.

Del mismo modo que constituye también un argumento recurrente el riesgo potencial de discriminación, con origen en la utilización de los algoritmos –o más genéricamente de la inteligencia artificial–, desde su proyección específica sobre la mujer⁶¹. En definitiva, el conjunto de manifestaciones enumeradas en relación con esa posible discriminación provocada por la aplicación de los algoritmos o la inteligencia artificial, resulta tan reprochable como la discriminación efectuada mediante la sola intervención humana, con la obligación consiguiente de eliminar cualquier sesgo discriminatorio que pueda tener lugar tanto en la fase de acopio de datos como en la fase de entrenamiento y programación de algoritmos. Advertido que la responsabilidad empresarial resulta incuestionable en semejantes hipótesis, con aplicación de las normas legales y convencionales prohibitivas de la discriminación y el artículo 14 de la CE.

La doctrina ha subrayado, con buen criterio, que el RGPD constituye actualmente la normativa más efectiva para garantizar el respeto de los derechos fundamentales en el ámbito de la inteligencia artificial, asegurando una intervención humana tanto en las decisiones automatizadas como en la elaboración de perfiles que determinan consecuencias jurídicas, mediante el establecimiento de un derecho de explicación junto con la evaluación de impacto de la inteligencia artificial sobre la protección de datos, instrumentos ambos relevantes para la preservación de los derechos fundamentales⁶². Concretamente, en relación con la obligación de evaluar el impacto de la inteligencia artificial sobre los derechos fundamentales, el artículo 35 del RGPD, bajo la rúbrica de “Evaluación de impacto relativa a la protección de datos”, señala en su número 1 que *“Cuando sea probable que un tipo de tratamiento, en particular si utiliza nuevas tecnologías, por su naturaleza, alcance, contexto o fines, entrañe un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas, el responsable del tratamiento realizará, antes del tratamiento, una evaluación del impacto de las operaciones de tratamiento en la protección de datos personales. Una única evaluación podrá abordar una serie de operaciones de tratamiento similares que entrañen altos riesgos similares”*.

Esta previsión tiene continuidad después en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de *Protección de Datos Personales y Garantías de los Derechos Digitales*, cuando regula las “Obligaciones generales del responsable y encargado del tratamiento”, concretando en su artículo 28.2 una serie de supuestos donde se

⁶¹ En este sentido, véase Álvarez Cuesta, H., “Discriminación de la mujer en la industria 4.0: cerrando la brecha digital”, AA. VV.: *La discriminación de la mujer en el trabajo y las nuevas medidas legales para garantizar la igualdad de trato en el empleo*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020, págs. 331 y ss.

⁶² En este sentido, véase Sáez Lara, C., “Algoritmos y discriminación en el empleo: un reto para la normativa antidiscriminatoria”, cit., págs. 96 y ss.; Todolí Signes, A., “Control tecnológico: una propuesta de aplicación del triple juicio de proporcionalidad conforme a la normativa europea de protección de datos”, AA. VV.: *Digitalización, recuperación y reformas laborales (XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social)*, Colección Informes y Estudios, Serie Empleo, núm. 62, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2022, págs. 223 y ss.

enumeran los mayores riesgos que podrían producirse, en alusión a las “situaciones de discriminación” (artículo 28.2.a); la privación a los afectados de sus derechos y libertades o el posible impedimento del ejercicio del control sobre sus datos personales (artículo 28.2.b); así como la evaluación de aspectos personales de los afectados con el fin de crear o utilizar sus perfiles personales, específicamente, mediante el análisis o la predicción de aspectos referidos a su rendimiento en el trabajo, su situación económica, su salud, sus preferencias o intereses personales, su fiabilidad o comportamiento, su localización o sus movimientos (artículo 28.2.d). Lo cual no obsta para poner de manifiesto que, como se ha reparado también, la proyección del RGPD se dirige principalmente a la tutela del derecho a la protección de datos, circunstancia ésta que permitiría cuestionar, al menos en parte, la propia idoneidad del RGPD en relación con la tutela antidiscriminatoria⁶³.

Con estos precedentes, la doctrina ha identificado asimismo algunos rasgos inherentes a la discriminación que tiene su origen en los algoritmos, por alusión en primer lugar a su invisibilidad, con lo que ello supone de cara a su potencialidad adicional para frustrar los objetivos de las leyes antidiscriminatorias, junto con su instrumentación para reproducir las desigualdades a una mayor escala; en segundo lugar, su contribución para aumentar potencialmente la extensión y la intensidad del efecto discriminatorio incorporado al proceso de toma de decisiones a través de algoritmos; y, en tercer lugar, la complejidad técnica asociada a la configuración de los sistemas algorítmicos, con intervención de múltiples elementos técnicos y humanos⁶⁴.

A este respecto, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “Inteligencia artificial: anticipar su impacto en el trabajo para garantizar una transición justa” (DOUE de 6.12.2018), dentro de su apartado “Preparar una transición justa”, concretamente el 7.3, alerta sobre la necesidad de sensibilización de los investigadores, expertos y especialistas respecto a la posible mala utilización de los resultados de sus investigaciones, con la inclusión consiguiente de directrices éticas sobre la inteligencia artificial como garantía para la protección de la igualdad y la no discriminación. En este mismo sentido, el Documento de la Comisión Mundial de la OIT titulado “Trabajar para un futuro más prometedor”, elaborado con ocasión del centenario de la OIT, alude al deber de informar a los trabajadores sobre cualquier control que se realice en el lugar de trabajo, junto con la necesidad de imponer límites a la recopilación de datos que puedan dar lugar a discriminación, sin ir más lejos, los relativos a la sindicación.

Asimismo, con la referencia de las plataformas digitales, la aplicación de los algoritmos puede generar riesgos de deshumanización del trabajador que lleva a cabo el reparto del producto, con lo que ello supone en términos de socavar la dignidad de la persona, como consecuencia de las operaciones adoptadas por

⁶³ A este respecto, véase Sáez Lara, C., “Algoritmos y discriminación en el empleo: un reto para la normativa antidiscriminatoria”, cit., pág. 97.

⁶⁴ En este sentido, véase Sáez Lara, C., “Algoritmos y discriminación en el empleo: un reto para la normativa antidiscriminatoria”, cit., págs. 90 y ss.

el propio sistema algorítmico, con resultados contrarios a la honorabilidad y estabilidad en el empleo del trabajador, ausente éste además en el proceso de toma de decisiones y sin posibilidad tampoco de impugnar la decisión adoptada por el algoritmo⁶⁵. Dignidad del trabajador que tiene reflejo en el artículo 20 del ET, cuando regula, en su número 3, la facultad del empresario de “*adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad*”. Todo ello, complementado también con la mención a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10.1 de la CE, con los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, así como el respeto a la ley y a los derechos de los demás, como fundamento del orden político y de la paz social.

Por lo demás, los algoritmos utilizados en el ámbito de las relaciones laborales pueden dar lugar potencialmente también a la elaboración subrepticia de perfiles sobre la salud y la vida privada del trabajador, con la consiguiente vulneración de su derecho a la intimidad personal, garantizado junto con el derecho a la intimidad familiar, el derecho al honor y a la propia imagen por el artículo 18.1 de la CE.

La vigencia y protección de los derechos fundamentales en el ámbito del trabajo digital han sido objeto igualmente de alguna referencia en documentos de organismos internacionales, como el elaborado por la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo de la OIT, que lleva por título “Trabajar para un futuro más prometedor”, ya citado, cuando señala precisamente, dentro de sus propuestas de aumentar la inversión en las instituciones del trabajo, la necesidad de “*encauzar y administrar la tecnología a favor del trabajo decente*”, lo que conlleva también la adopción de un enfoque de la inteligencia artificial “*bajo control humano*” como garantía para que “*las decisiones definitivas que afectan al trabajo sean tomadas por personas*”, además de establecer un “*sistema de gobernanza internacional de las plataformas digitales del trabajo que exija a estas plataformas (y a sus clientes) que respeten determinados derechos y protecciones mínimas*” y advertir de que “*los avances tecnológicos requieren también de la reglamentación del uso de datos y de la responsabilidad sobre el control de los algoritmos en el mundo del trabajo*”⁶⁶.

Apelación al concepto de “trabajo decente” que también ha utilizado la doctrina, por ejemplo, para interconectar esas variables de seguridad y salud,

⁶⁵ A este respecto, véase Goñi Sein, J. L., “Innovaciones tecnológicas, inteligencia artificial y derechos humanos en el trabajo”, cit., pág. 66; “Defendiendo los derechos fundamentales frente a la inteligencia artificial (Lección Inaugural del Curso Académico 2019-2020 pronunciada por el Profesor Doctor José Luis Goñi Sein)”, cit., pág. 19.

⁶⁶ En relación con el trabajo decente, por todos, Véase Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “Derechos en el trabajo y trabajo decente”, *Relaciones Laborales*, núms. 15-18, 2012, págs. 67 y ss. Y, anteriormente en el tiempo, alrededor del concepto de “trabajador pobre”, véase Rodríguez-

por un lado, y sociedad digital-robotizada, por otro lado⁶⁷. En este sentido, constatada la generalización en la utilización de la expresión “trabajo decente”, como consecuencia del consenso actual existente acerca de la insuficiencia de la sola alusión al “trabajo” como referente válido para garantizar unos estándares mínimos de derechos laborales del trabajador, apelando a su condición de parte débil del contrato de trabajo, no estaría demás defender igualmente la oportunidad de implantar la expresión “algoritmo decente” para evidenciar la vigilancia que merece esa evolución en las instituciones laborales de la mano del factor tecnológico, desde una perspectiva comprometida con la preservación del carácter tuitivo del Derecho del Trabajo.

En esa misma lógica, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “Inteligencia artificial: anticipar su impacto en el trabajo para garantizar una transición justa”, citado, dentro del apartado referido a “Conclusiones y recomendaciones”, concretamente el 1.8, recomienda que *“las directrices éticas sobre la IA que elabore la Comisión establezcan un límite claro en la interacción entre los trabajadores y las máquinas inteligentes, de modo que el ser humano no se convierta nunca en ejecutor de la máquina”*. De manera que, demandando una inteligencia artificial inclusiva, dispone el deber de estas directrices para *“establecer principios de participación, responsabilidad y apropiación de los procesos de producción, de modo que, como se subraya en la Constitución de la OIT, el trabajo brinde a quienes lo realizan la satisfacción de utilizar en la mejor forma posible sus habilidades y conocimientos y de contribuir al máximo al bienestar común”*.

Paradójicamente, cuando se habla tanto sobre el fenómeno de la digitalización desde muy variadas versiones, bajo una aparente aceptación pacífica de esa carrera vertiginosa hacia la tecnificación, emerge ahora por generación espontánea un nuevo reto que consiste, precisamente, en aunar los esfuerzos necesarios a la búsqueda de esa “personalización” de la máquina o del proceso tecnológico de que se trate, promoviendo –o mejor, asegurando– la incorporación, dentro de la configuración de la inteligencia artificial, de algunos rasgos de sesgo “humanizador”, con utilización de expresiones reveladoras de esa intención como “inclusiva” o “responsable”⁶⁸.

Con estos antecedentes, el apartado tercero del artículo 23 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, *integral para la igualdad de trato y la no discriminación*, como se ha visto, incorpora un mandato dirigido conjuntamente a las administraciones públicas y a las empresas de cara a la promoción del uso de una inteligencia artificial ética, confiable y respetuosa con los derechos fundamentales, siguiendo

Piñero y Bravo-Ferrer, M., “Trabajadores pobres y Derecho del Trabajo”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2009, págs. 27 y ss.

⁶⁷ En este sentido, véase Salas Porras, M^a, “Aportaciones de la seguridad y salud en el trabajo para la implementación global del trabajo decente en la sociedad digital-robotizada”, cit., págs. 5 y ss.

⁶⁸ Vinculado con ese desiderátum de una inteligencia artificial “inclusiva” y “responsable”, véase Blin-Franchomme, M. P., “Le défi d’une IA inclusive et responsable”, cit., págs. 100 y ss.

en especial las recomendaciones de la Unión Europea a este respecto. Previsiones que, en verdad, actúan casi a modo de recordatorio para cumplir lo que ya existe.

4.2. Estrategia europea en inteligencia artificial

Desde una retrospectiva reciente, en el ámbito de la Unión Europea se han implementado distintas iniciativas para garantizar que el desarrollo de la inteligencia artificial resulte compatible con un marco ético y el respeto de los derechos fundamentales. En esta línea, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, sobre *Inteligencia artificial para Europa* (Bruselas, 25.4.2018, COM(2018) 237 final), expresó la necesidad de garantizar el establecimiento de un marco ético y jurídico apropiado basado en los valores de la Unión y la Carta de Derechos Fundamentales mediante la elaboración de directrices éticas en relación con la inteligencia artificial, por alusión a cuestiones como el futuro del trabajo, la equidad, la seguridad, la protección, la inclusión social y la transparencia de los algoritmos, teniendo en cuenta los derechos fundamentales.

Del mismo modo que se subraya la necesidad de concentrar esfuerzos para ayudar a los trabajadores que ocupan aquellos puestos de trabajo susceptibles de experimentar una mayor transformación, hasta incluso desaparecer, como consecuencia de la automatización, la robótica y la inteligencia artificial, a cuyos efectos habrá de garantizarse también el acceso de todos los ciudadanos, incluidos los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia, a la protección social, conforme al pilar europeo de derechos sociales⁶⁹. Se pone de relieve, igualmente, que si bien la autorregulación puede proporcionar un primer conjunto de índices de referencia con respecto a los cuales sea posible valorar las aplicaciones y resultados de la inteligencia artificial, las autoridades públicas deben garantizar, en cualquier caso, que los marcos reglamentarios para el desarrollo y el uso de las tecnologías de inteligencia artificial estén en consonancia con los valores y derechos fundamentales.

Previsión que tiene su continuación lógica en el compromiso asumido por la Comisión de supervisar la evolución de la situación y, para el supuesto de que fuera necesario, revisar los marcos jurídicos existentes para su adaptación a los nuevos retos específicos que puedan surgir, con una mención particular a la garantía del respeto de los valores básicos y los derechos fundamentales de la Unión Europea. En coherencia con lo anterior, la Comisión señala la importancia de conseguir la plena movilización de una pluralidad de participantes, entre ellos los sindicatos, para la creación y el funcionamiento de una amplia plataforma multilateral, la Alianza europea de la IA, que trabaje sobre todas las facetas de la inteligencia artificial. De igual forma que la Comisión asume el compromiso de supervisar,

⁶⁹ En relación con debate en torno a los algoritmos y el futuro del empleo, previsiblemente menor como consecuencia de la digitalización, véase Mercader Uguina, J. R., *Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo*, cit., págs. 201 y ss.

entre otras cuestiones, los cambios que se produzcan a nivel jurídico y social y la situación del mercado laboral.

La Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Plan coordinado sobre la inteligencia artificial* (Bruselas, 7.12.2018, COM(2018) 795 final) subraya las inquietudes suscitadas por los cambios introducidos por la inteligencia artificial, insistiendo en la garantía de un marco ético y legal adecuado, cuyo éxito requiere como elemento esencial de una coordinación a nivel europeo. Al tiempo que demanda la configuración del marco regulatorio con la suficiente flexibilidad para promover la innovación y garantizar, simultáneamente, niveles altos de protección y seguridad.

Por su parte, el Grupo Independiente de Expertos de alto nivel sobre Inteligencia Artificial (creado por la Comisión Europea en junio de 2018), con el objetivo de promover una inteligencia artificial fiable, ha elaborado unas “Directrices éticas sobre una Inteligencia Artificial fiable”, en base a tres criterios rectores por alusión a su licitud, con cumplimiento de todas las leyes y reglamentos aplicables; su respeto de los principios y valores éticos; y su robustez, desde la doble perspectiva técnica y social. La observancia de los principios éticos comprende el respeto de la autonomía humana, la prevención del daño, la equidad y la explicabilidad, así como la necesidad de prestar una atención especial a las situaciones caracterizadas por asimetrías de poder, como las que pueden producirse entre empresarios y trabajadores, con el deber de implementar medidas para mitigar los riesgos para la democracia, el Estado de Derecho o la justicia distributiva. Grandes objetivos que tienen su concreción respectiva, de nuevo, en la acción y supervisión humanas, la gestión de la privacidad y de los datos, la transparencia, diversidad, no discriminación y equidad, bienestar social, garantía de trazabilidad y elaboración de auditorías.

El repaso a las resoluciones europeas tiene su continuidad en la Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de febrero de 2019, sobre una política industrial global europea en materia de inteligencia artificial y robótica (2018/2088(INI)), sensible con la premisa de que el uso de la inteligencia artificial por sí solo no garantiza la verdad ni la equidad, pudiendo surgir sesgos en la forma de recopilar los datos y de escribir el algoritmo como derivación de los sesgos presentes en la sociedad, de manera que la calidad de los datos, junto con el diseño de los algoritmos y los procesos de reevaluación constante, deben evitar la aparición de sesgos (Considerando U). El mayor desarrollo de los procesos de toma de decisiones automatizados y basados en algoritmos y su creciente utilización incidirán sin duda en las elecciones que toman las empresas, siendo necesario implementar medidas de salvaguardia, de control y verificación por parte de personas (Considerando W). A este respecto, subraya cómo la inteligencia artificial es un concepto que abarca una amplia gama de productos y aplicaciones, desde la automatización hasta los algoritmos, debiendo abordarse con cautela una ley o regulación integral de la inteligencia artificial en detrimento de regulaciones sectoriales. Destaca asimismo que los algoritmos de los sistemas de toma de decisiones no deben utilizarse sin

una evaluación algorítmica de impacto preliminar, a menos que esté claro que no tienen un impacto significativo en la vida de las personas. Alerta sobre el riesgo de los algoritmos estáticos y opacos y la necesidad consiguiente de no crear ni potenciar sesgos y de incorporar obligatoriamente consideraciones sobre sesgo, transparencia, explicabilidad, rendición de cuentas y equidad, desde el inicio de la fase de diseño y a lo largo de todo el ciclo de desarrollo hasta su aplicación, mediante directrices de buenas prácticas. El conjunto de datos y el algoritmo deben evaluarse y someterse a pruebas periódicas para garantizar la exactitud de la toma de decisiones. En definitiva, se hace un acertado diagnóstico sobre los riesgos derivados de los algoritmos –o más ampliamente, de la inteligencia artificial–, por un lado, y de las cautelas necesarias para conjurarlos, por otro lado. Riesgos y cautelas asociados a los algoritmos que, con la referencia del ordenamiento español, han tenido una previsión reciente en el artículo 23 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, *integral para la igualdad de trato y la no discriminación*, como se ha señalado ya, bajo la rúbrica de “Inteligencia Artificial y igualdad de trato y la no discriminación”.

En la misma línea hay otros documentos elaborados por la Agencia Europea de los Derechos Fundamentales en aras de preservar la observancia de los derechos fundamentales frente a los riesgos específicos derivados de la inteligencia artificial (European Union Agency for Fundamental Rights (FRA) *#BigData: Discrimination in data-supported decision making*, 2018; y *Data quality and artificial intelligence, mitigating bias and error to protect fundamental rights*, 2019).

Las propuestas del Parlamento Europeo han tenido continuidad después en tres Informes aprobados en octubre de 2020 enfocados a la regulación de la inteligencia artificial para impulsar la innovación, el respeto de estándares éticos y la confianza en la tecnología. El primero de dichos Informes, centrado en cuestiones éticas, propone cómo garantizar la seguridad, la transparencia y la responsabilidad para evitar cualquier forma de sesgo y discriminación, así como el respeto de los derechos fundamentales. Por su parte, el segundo de los Informes, dedicado a la responsabilidad civil, tiene el objetivo de generar confianza como consecuencia de la protección a los ciudadanos, junto con la promoción de la innovación, así como la garantía de seguridad jurídica a las empresas. El tercer Informe se centra en los derechos de propiedad intelectual, apelando a la creación de un sistema efectivo que permita el desarrollo de la inteligencia artificial junto con el correspondiente registro de las patentes y los nuevos procesos creativos, tratando de resolver el interrogante acerca de a quién pertenece la propiedad intelectual de aquello que se ha desarrollado íntegramente con inteligencia artificial.

Después, con fecha 20 de enero de 2021, el Parlamento Europeo ha propuesto determinadas directrices sobre el uso de la inteligencia artificial en los sectores militar y civil, subrayando en cualquier caso la necesidad del control humano sobre los sistemas de inteligencia artificial. El Parlamento Europeo trabaja actualmente en otros muchos aspectos vinculados con la inteligencia artificial en sus Comisiones de Cultura (la inteligencia artificial en la educación, cultura y en el

sector audiovisual) o de Libertades Civiles (el uso de la inteligencia artificial en el ámbito del Derecho penal).

Mención obligada merece también la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión (COM/2021/206 final), de 21 de abril de 2021. Seguramente, el texto más ambicioso y elaborado de entre todos los surgidos sobre la materia en el contexto de la Unión Europea. Y ello, bajo ese objetivo general declarado de garantizar el adecuado funcionamiento del mercado interior mediante la creación de las condiciones necesarias para el desarrollo y uso de inteligencia artificial fiable en la Unión. Sumado a una serie de objetivos específicos como son, en primer lugar, establecer requisitos concretos para los sistemas de inteligencia artificial y obligaciones a todos los participantes de la cadena de valor para garantizar que los sistemas de inteligencia artificial que se introducen en el mercado y se utilizan sean seguros y respeten la legislación vigente sobre los derechos fundamentales y los valores de la unión; en segundo lugar, garantizar la seguridad jurídica para facilitar la inversión e innovación en inteligencia artificial mediante la especificación de los requisitos y obligaciones esenciales y los procedimientos de conformidad y cumplimiento que deben seguirse para introducir o utilizar un sistema de inteligencia artificial en el mercado de la Unión; en tercer lugar, mejorar la gobernanza y la aplicación efectiva de la legislación vigente sobre los derechos fundamentales y los requisitos de seguridad aplicables a los sistemas de inteligencia artificial mediante la provisión de nuevas competencias, recursos y normas claras a las autoridades pertinentes en materia de procedimientos de evaluación de la conformidad y de control *a posteriori* y la división de las funciones de gobernanza y supervisión entre los niveles nacional y de la Unión; y, en cuarto lugar, facilitar el desarrollo de un mercado único de aplicaciones legales, seguras y fiables de la inteligencia artificial y evitar la fragmentación del mercado mediante la adopción de medidas a escala de la Unión Europea con el fin de fijar requisitos mínimos para que los sistemas de inteligencia artificial sean introducidos y utilizados en el mercado de la Unión de conformidad con la legislación vigente en materia de derechos fundamentales y seguridad. Sobre esta base, en fechas recientes (diciembre de 2022), el Consejo de la Unión Europea ha adoptado su posición común (orientación general) sobre el Reglamento de Inteligencia Artificial, encaminado como se ha dicho a garantizar que los sistemas de inteligencia artificial introducidos en el mercado de la Unión Europea y utilizados en la Unión sean seguros y respeten la legislación vigente en materia de derechos fundamentales, así como los valores de la Unión. Advertida, efectivamente, la consideración de la propuesta de Reglamento presentada por la Comisión en abril de 2021 como elemento clave de la política de la Unión Europea encaminada a fomentar el desarrollo y la adopción, en todo el mercado único, de una inteligencia artificial segura y legal respetuosa con los derechos fundamentales. Texto que, no obstante, ha sido objeto de algunas modificaciones relevantes en su versión final frente a su redacción originaria, en cuestiones como la definición de

la inteligencia artificial, usos de la inteligencia artificial para la aplicación de la ley, seguros categorizados como de alto riesgo y transparencia.

Próximo asimismo en el tiempo, con ocasión del Pleno de mayo de 2022, el Parlamento Europeo ha diseñado una hoja de ruta de la Inteligencia Artificial para la Unión Europea, con aprobación de varias propuestas para el desarrollo de la inteligencia artificial a largo plazo. Y ello, sobre la base de lo expuesto en un Informe final de la Comisión especial sobre Inteligencia Artificial en la Era Digital (AIDA, por sus siglas en inglés), donde, mediante un enfoque integral, pretende conseguir una posición común a largo plazo que garantice los valores y objetivos principales de la Unión Europea sobre la inteligencia artificial, al tiempo que dé continuidad a los esfuerzos legislativos de la Unión Europea en este ámbito. Objetivos importantes, máxime cuando el Informe citado constata el retraso de la Unión Europea en el desarrollo, la investigación y la inversión en inteligencia artificial, con la consiguiente necesidad de redoblar los esfuerzos, advertida la importancia de la misma para la transformación digital de la Unión Europea, junto con el previsible impacto cada vez mayor en la economía y la vida cotidiana. De manera que corresponde a las normas, garantías y reglamentos de la Unión Europea, garantizar que la inteligencia artificial aporte enormes beneficios a todos los ámbitos de la Unión Europea, desde la transición ecológica y la salud hasta la industria, la gestión pública, la agricultura y —en lo que nos ocupa de manera directa por nuestro objeto de estudio— la productividad laboral. Con una advertencia a la Unión Europea para actuar con rapidez en el establecimiento de normas claras basadas en sus propios valores, ya que de lo contrario esas normas van a conformarse en otro lugar. En definitiva, se concibe el desarrollo de la inteligencia artificial como algo inevitable, si bien existe margen para influir en su configuración jurídica con arreglo a los valores propios de la Unión Europea, de legislar con prontitud.

Desde estas premisas, el Informe citado sobre inteligencia artificial propone la creación de un entorno normativo favorable, que incluya una legislación dinámica y una gobernanza moderna, reparando en la fragmentación existente actualmente en la legislación nacional y de la Unión Europea, sumado a su lentitud y la ausencia de seguridad jurídica. En este sentido, se plantea, como apoyo a la innovación y para evitar la carga normativa, que solo las aplicaciones de alto riesgo de la inteligencia artificial estén estrictamente reguladas. En una primera impresión, entendemos que esta apuesta por la desregulación —o si se quiere, por esa regulación selectiva—, constituye desde luego una propuesta arriesgada, seguramente polémica, por mucho que la inteligencia artificial sea en efecto una materia susceptible de sucumbir a los riesgos de un normativismo excesivo. Todo lo cual evidencia, en definitiva, lo difícil que resulta encontrar el punto de equilibrio adecuado a la hora de acometer su regulación.

Al margen de esta cuestión, el Informe repara también en la dependencia de los datos por parte de las tecnologías de la inteligencia artificial, con la necesidad consiguiente de revisar y ampliar el intercambio de datos en la Unión Europea, de modo que la plena integración y armonización del mercado único digital de la

Unión Europea contribuya al intercambio transfronterizo y la innovación. De igual forma que se considera necesario reforzar la infraestructura digital, garantizando el acceso a los servicios a todos los ciudadanos, con el apoyo consiguiente al despliegue de la banda ancha, la fibra y la 5G, junto con la prioridad hacia las tecnologías emergentes clave, como la computación cuántica. En paralelo, se menciona asimismo el deber de la Unión Europea a favor de la adquisición de competencias de inteligencia artificial para que las personas tengan las habilidades necesarias para la vida y el trabajo, con su consiguiente repercusión positiva de cara a la generación de confianza en la tecnología, el fomento de la innovación, junto con el apoyo a los centros de excelencia y a los expertos de la Unión Europea, como estrategia para evitar la fuga de cerebros. Todo ello se completa, además, con la obligación de abordar los aspectos militares y de seguridad de la inteligencia artificial, así como el deber de la Unión Europea de cooperar a nivel internacional con socios afines para promover su visión enfocada a las personas y al valor de la Unión Europea. Sea como fuere, en un futuro próximo resulta previsible la implementación de nuevos instrumentos, jurídicamente vinculantes, relacionados con la inteligencia artificial, algunos de los cuales tendrán a buen seguro una incidencia cierta en el campo de las relaciones laborales.

4.3. El encaje de los algoritmos en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores

El progresivo aumento de los algoritmos está provocando efectos constatables en la configuración de las empresas, resultado de dos procesos simultáneos que desembocan en una cierta desmaterialización de las empresas, por un lado, y en la revalorización de los activos intangibles, por otro lado. Estas transformaciones pueden conducir a revisar la interpretación del artículo 44 del ET, como ha puesto de manifiesto la doctrina, cuyo alcance podría ponerse en cuestión como consecuencia de esa “ingravidez empresarial”, de manera que la delimitación del elemento objetivo que está en la base del supuesto de hecho del precepto estatutario no puede resultar ajena a esa evolución de la configuración empresarial⁷⁰.

Semejante inquietud doctrinal ha tenido ya algún reflejo en determinados pronunciamientos judiciales. En este sentido, puede citarse la STSJ de Asturias de 21 de marzo de 2017 (Rec. 6/2017), donde se concluye acerca de la existencia de una unidad productiva autónoma, a efectos de aplicación del artículo 44 del ET, con base en un conjunto de aplicaciones y desarrollos informáticos, bases de datos y ficheros, conceptuando su transmisión como una sucesión de empresa a efectos laborales, al tiempo que se subraya la primacía de los medios informáticos sobre los elementos personales u otros elementos materiales, sobre la base de *“la relevancia y preponderancia de las ya conocidas aplicaciones informáticas sobre el elemento personal, y la imprescindibilidad de aquéllas para poder continuar el servicio”*.

⁷⁰ En este sentido, véase Mercader Uguina, J. R., “La gestión laboral a través de algoritmos”, cit., pág. 265.

Por su parte, en el ámbito del Derecho de la Unión, puede citarse asimismo la STJUE de 8 de mayo de 2019 (Asunto C-194/18, Caso *J.D. c. Banka Koper*), una decisión que sitúa en el centro del debate jurídico las transmisiones inmateriales de empresas, en un supuesto de transferencia de la totalidad de los servicios financieros de un banco a una sociedad de bolsa que excluye la cesión de personal. El Tribunal de Justicia resuelve que el hecho de que una segunda empresa se haga cargo de los instrumentos financieros y de los demás activos de clientes de una primera empresa, a raíz del cese de actividad de ésta en virtud de un contrato que obliga a celebrar la normativa nacional, aun cuando los clientes de la primera empresa gocen de la libertad de no confiar la gestión de sus títulos en bolsa a la segunda empresa, puede constituir una transmisión de empresa o de parte de empresa si está demostrada la existencia de una cesión de clientela⁷¹.

En definitiva, la interpretación que vayan asumiendo los distintos órganos jurisdiccionales en sus resoluciones futuras sobre esta cuestión –con la consolidación o no de esa apertura jurisdiccional en la aplicación del artículo 44 del ET respecto a la adecuación del concepto de empresa o entidad económica a que se refiere la norma con la realidad que representa hoy, donde los algoritmos y el resto de elementos inmateriales asumen cada vez un protagonismo más importante–, puede resultar determinante para condicionar la necesidad o no de una modificación legislativa a ese respecto. De manera que, a la espera de una interpretación jurisprudencial consolidada, podría ser pronto todavía para pronunciarse abiertamente a favor de la modificación del artículo 44 del ET, en coherencia con el *tempus* que precisa cualquier cambio normativo.

4.4. Implementación de una regulación legal específica en materia de algoritmos para las relaciones laborales

La necesidad de instrumentar una regulación legal específica en garantía de los derechos de los trabajadores ante la utilización masiva de algoritmos en las relaciones laborales ha sido objeto de mención en documentos de organismos internacionales. El Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “Inteligencia artificial: anticipar su impacto en el trabajo para garantizar una transición justa”, citado en epígrafes anteriores, destaca precisamente, al referirse a la inteligencia artificial y a las relaciones de trabajo, cómo “*la posibilidad que el Reglamento General de Protección de Datos ofrece a los Estados miembros de prever, por ley o mediante convenios colectivos, normas más específicas para garantizar la protección de los derechos y libertades en materia de tratamiento de los datos personales de los trabajadores en el marco de las relaciones laborales, representa una auténtica palanca que deben aprovechar los Estados y los interlocutores sociales*” (apartado 6.10). Previsión plenamente aplicable a los algoritmos, extensible asimismo a la negociación colectiva.

⁷¹ En relación con la significación de esta Sentencia respecto a las transmisiones inmateriales de empresas, véase Mercader Uguina, J. R., “La gestión laboral a través de algoritmos”, cit., pág. 265.

Por su parte, sobre la obligación de implementar una regulación legal abunda igualmente el Informe de la Comisión Mundial para el Futuro del Trabajo, de la OIT, “Trabajar para un futuro más prometedor”, ya citado, cuando recomienda a los gobiernos y a las organizaciones de empleadores y de trabajadores efectuar un seguimiento del impacto de las nuevas tecnologías en el trabajo, orientando su desarrollo de forma que se respete la dignidad de los trabajadores y considerando la posibilidad de adoptar nuevas normativas en este sentido. La doctrina, con buen criterio, ha apelado a la necesidad de volver al control social de los cambios tecnológicos, como fórmula para velar por la exigencia del respeto de ciertos derechos y protecciones mínimas⁷².

A este respecto, se puede afirmar que el control social y político de las transformaciones justifica plenamente la necesidad de que el legislador asuma un papel activo para la regulación de la utilización de los algoritmos en el ámbito de las relaciones laborales, fijando unas bases mínimas, preventivas de hipotéticos malos usos que puedan hacerse sobre los mismos, sobre todo –aunque no solo– desde la parte empresarial, con la consiguiente salvaguarda de la posición del trabajador, como parte débil del contrato de trabajo. Con todo lo que ello significa, también, como valor referencial de cara a un tratamiento posterior más específico, si se quiere más incisivo, a cargo de la negociación colectiva. También desde una dimensión supranacional, como sucede con esa referencia al Acuerdo Marco Europeo sobre digitalización, con la significación que ello conlleva de cara a subrayar la importancia de la norma pactada⁷³.

Preferiblemente, una regulación legal de nivel europeo, que supere la fase inicial de observancia de principios éticos y los sustituya por otra más incisiva con adopción de principios de actuación netamente jurídicos y de cumplimiento imperativo, con su consiguiente materialización posterior en los distintos sistemas jurídicos nacionales de los Estados miembros. Una regulación jurídica que podría cubrir distintos aspectos concretos, en línea con las inquietudes sindicales, por alusión a cuestiones como la inclusión de pruebas de fiabilidad en los procesos algorítmicos, el impulso de la igualdad de género y la diversidad en la configuración de los algoritmos, la generalización del uso de auditorías en los procesos algorítmicos, la implicación de las administraciones públicas en el estudio de las consecuencias de la aplicación de los algoritmos sobre los derechos y libertades de los trabajadores, o la creación de un marco adecuado de infracciones y sanciones en relación con los malos usos de los algoritmos cuando deriven en consecuencias perjudiciales para los trabajadores⁷⁴.

⁷² En este sentido, véase Goñi Sein, J. L., “Innovaciones tecnológicas, inteligencia artificial y derechos humanos en el trabajo”, cit., pág. 67; “Defendiendo los derechos fundamentales frente a la inteligencia artificial (Lección Inaugural del Curso Académico 2019-2020 pronunciada por el Profesor Doctor José Luis Goñi Sein)”, cit., pág. 21.

⁷³ A este respecto, véase Sepúlveda Gómez, M^a, “El Acuerdo Marco Europeo sobre digitalización: el necesario protagonismo de la norma pactada”, *Temas Laborales*, núm. 158, 2021, págs. 213 y ss.

⁷⁴ En este sentido, véase UGT, “Las decisiones algorítmicas en las relaciones laborales”, cit., págs. 1 y ss.

En este escenario, como se ha señalado ya, se debe citar el artículo 23 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, *integral para la igualdad de trato y la no discriminación*, con la rúbrica de “Inteligencia Artificial y mecanismos de toma de decisión automatizados”, cuyas previsiones sin embargo no alcanzan el grado de ambición suficiente como para zanjar el debate abierto acerca de la necesidad de una regulación legal que salga al paso de los riesgos asociados al uso masivo de los algoritmos, o más extensamente, de la inteligencia artificial. Relativización en el halago que, en cualquier caso, no desmiente la valoración positiva que nos merece la iniciativa del legislador.

5. EL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA NUEVA ERA DE CAMBIO TECNOLÓGICO

La negociación colectiva está llamada a ser un instrumento fundamental en la nueva era de cambio tecnológico, permanente y acelerado, donde asume un protagonismo creciente la utilización de algoritmos. Aseveración compartida igualmente en el ámbito del Derecho Comparado, sin ir más lejos, con la referencia del modelo francés⁷⁵; o con la perspectiva puesta en el sistema italiano⁷⁶. Esta calificación de su papel como fundamental se acoge también por el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones / Plan coordinado sobre la inteligencia artificial” (COM (2018) 795 final), cuando en sus “Conclusiones y recomendaciones” refiere, en el último inciso del apartado 1.7, que “*El diálogo social desempeña un papel fundamental cuando se trata de anticipar los cambios y las necesidades relacionadas con el ámbito laboral*”.

En esta misma línea, el propio Dictamen citado, dentro del apartado 5 dedicado a la “anticipación del cambio”, apela al diálogo social como una de las herramientas más adecuadas para hacer frente a los retos sociales de la digitalización, mandatando que sea una práctica constante con el fin de preparar las transformaciones de un modo socialmente responsable, además de subrayar que el diálogo social constituye uno de los mejores garantes de la paz social y la reducción de las desigualdades, con la consiguiente apelación a la gran responsabilidad que ostentan las instituciones de la Unión Europea en el fomento de ese diálogo social (apartado 5.1). Corresponde entonces al diálogo social difundir el conocimiento sobre las perspectivas de transformación de los procesos de producción a escala de las empresas y los sectores, apreciar las nuevas necesidades en términos de

⁷⁵ Para el desarrollo de este argumento, con esa apelación al diálogo social, véase Amauguer-Lattes, M. C., “Le dialogue social: outil de régulation de l’intelligence artificielle dans l’entreprise”, cit., págs. 146 y ss.

⁷⁶ Específicamente, con la referencia del modelo italiano, véase Borelli, S., “Contrattazione dell’algoritmo”, AA. VV.: *Lavoro e tecnologie (Dizionario del diritto del lavoro che cambia)*, Giappichelli Editore, Torino, 2022, págs. 44 y ss.

cualificaciones y formación, así como dirigir la utilización de la inteligencia artificial a la mejora de los procesos organizativos y de producción, el aumento de las cualificaciones de los trabajadores, la optimización de los recursos liberados para el desarrollo de nuevos productos y servicios, o la mejora de la calidad del servicio al cliente (apartado 5.2).

Con parecido sentido se pronuncia igualmente la Resolución del Parlamento Europeo de 15 de junio de 2017, sobre una Agenda Europea para la economía colaborativa (2017/2003 (INI)), que incluye en su apartado 38 una apelación específica a los Estados miembros para que “... *en colaboración con los interlocutores sociales y otras partes interesadas pertinentes, evalúen de forma proactiva y con una lógica de anticipación la necesidad de modernizar la legislación en vigor, en particular los sistemas de seguridad social, con el fin de adaptarlos a los avances tecnológicos al tiempo que se garantiza la protección de los trabajadores*”; y a los interlocutores sociales, alentándolos para que, cuando sea necesario “*actualicen los convenios colectivos de forma que las normas de protección en vigor puedan mantenerse también en el entorno laboral digital*”. Mientras que, más adelante, en el apartado 39, subraya “*la necesidad de proteger los derechos de los trabajadores en los servicios colaborativos, ante todo el derecho de los trabajadores a organizarse, a emprender acciones colectivas y a negociar convenios colectivos, con arreglo a las prácticas y legislaciones nacionales*”.

Por su parte, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, *de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales* (LOPD), incorpora asimismo en su artículo 91 una invocación a la negociación colectiva para “*establecer garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral*”. Mención que puede tener una aplicación y una significación importante también respecto a la utilización de algoritmos dentro del ámbito de las relaciones laborales.

Aun con todos estos precedentes, como se ha señalado ya, resulta constatable sin embargo, con carácter general y hasta el momento, que las cuestiones vinculadas con los algoritmos no han tenido todavía una presencia significativa ni generalizada en la negociación colectiva. De manera que, existiendo consenso en el qué (necesidad de que la negociación colectiva asuma un papel activo en el tratamiento de los algoritmos), va a resultar bastante más difícil, todavía diferido en el tiempo, la materialización de criterios definidos sobre el cómo (concretar en cada caso el tratamiento que debe darse en los convenios colectivos sobre la utilización de los algoritmos).

6. ALGORITMO Y SECRETO EMPRESARIAL

El análisis sobre la significación de los algoritmos en el estado actual de las relaciones laborales, junto con la necesidad de implementar una regulación legal y/o convencional para su utilización en dicho ámbito, merece asimismo un apartado

específico para analizar esa interrelación entre algoritmo y secreto empresarial. En efecto, el protocolo de actuación empresarial, cuando el mismo aparece sustentado en la utilización de algoritmos, con las dimensiones analizadas y cualesquiera otras que surjan en el futuro, puede ser clave para el éxito de la empresa, como resultado de la inversión efectuada por la misma en desarrollo y talento (empresas algorítmicas). Hasta el punto de reivindicar el papel del algoritmo como elemento de transformación de las fuentes de datos con una incidencia cierta para la reducción de gastos y el incremento de ingresos. En este sentido, la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública –denominada hasta 2020 Dirección General de los Registros y del Notariado–, en su Resolución de 4 de diciembre de 2019, señala que un algoritmo es la materialización de *know how*, catalogable como bien inmaterial de carácter patrimonial, susceptible de valoración económica, con cumplimiento de los requisitos del artículo 58.1 de la Ley de Sociedades de Capital para ser objeto de aportación al capital de una sociedad.

Sin embargo, a pesar del reconocimiento de su valor en los términos que se han visto, los algoritmos incorporan, no obstante, una dificultad específica en relación con su protección, como consecuencia del hecho de no ser patentables, una vez que el artículo 52 del Convenio sobre Concesión de Patentes Europeas (suscrito por España mediante Instrumento de Adhesión de España al Convenio sobre concesión de Patentes Europeas, hecho en Munich el 5 de octubre de 1973 [BOE de 30 de septiembre de 1986]), bajo la rúbrica de “Inventiones patentables”, afirma en su número 2 que *“No se considerarán invenciones a los efectos del párrafo 1, en particular: a) Los descubrimientos, las teorías científicas y los métodos matemáticos; ... c) Los planes, principios y métodos para el ejercicio de actividades intelectuales, para juegos o para actividades económicas, así como los programas de ordenadores”*. Negativa que confirma, en parecidos términos, la Ley 24/2015, de 24 de julio, de *Patentes*, cuyo artículo 4, bajo el título de “Inventiones patentables”, refiere igualmente en su apartado 4 que *“No se considerarán invenciones en el sentido de los apartados anteriores, en particular: a) Los descubrimientos, las teorías científicas y los métodos matemáticos (...); c) Los planes, reglas y métodos para el ejercicio de actividades intelectuales, para juegos o para actividades económico-comerciales, así como los programas de ordenadores”*.

En esta línea, también, puede traerse a colación la Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, *sobre la protección jurídica de programas de ordenador*, cuando señala que *“solo se protege la expresión del programa de ordenador y que las ideas y principios implícitos en los elementos del programa (...) no pueden acogerse a la protección de los derechos de autor con arreglo a la presente Directiva”*, por lo que *“en la medida en que la lógica, los algoritmos y los lenguajes de programación abarquen ideas y principios, estos últimos no están protegidos con arreglo a la presente Directiva”*.

De igual modo que la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, sobre *Inteligencia artificial para Europa* (Bruselas, 25.4.2018,

COM(2018) 237 final), trata de la responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial, bajo la rúbrica de “Seguridad y responsabilidad”, subrayando cómo la aparición de la inteligencia artificial, en particular el complejo ecosistema que la hace posible y su configuración en relación con la adopción autónoma de decisiones, exige una reflexión sobre la idoneidad de algunas normas establecidas en materia de seguridad y de cuestiones de Derecho civil relativas a la responsabilidad.

Con estos precedentes, constatada la exclusión de los algoritmos de los derechos de propiedad industrial e intelectual, su herramienta legal de protección debe buscarse entonces en la Ley 1/2019, de 20 de febrero, *de Secretos Empresariales*, para lo que resulta imprescindible que se trate de información o conocimiento secreto, definido como aquello que *“no es generalmente conocido por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información o conocimiento en cuestión, ni fácilmente accesible para ellas”*, según señala el artículo 1 del Texto legal citado. En definitiva, de lo dispuesto en la norma legal transcrita se deduce entonces que solo cabe impedir la utilización por terceros no autorizados del algoritmo desarrollado previo mantenimiento del carácter secreto del mismo.

A este respecto, también, en el ámbito internacional, en 2020 se ha dictado la primera sentencia que declaraba ilegal un algoritmo, precisamente, entre otras razones, con base en ese carácter secreto del mismo. Concretamente, la Sentencia del Tribunal distrito de La Haya de 5 de febrero de 2020, que anuló la recopilación de datos y la elaboración de perfiles de riesgo de los ciudadanos holandeses, al dictaminar que el sistema establecido por el gobierno holandés para detectar el nivel de riesgo de defraudación de los ciudadanos, concretamente detectar fraudes en relación con la Seguridad Social y el pago de impuestos, sistema que recibe la denominación SyRI (acrónimo de System Risk Indication), vulnera el artículo 8, párrafo 2, del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), por no cumplir las exigencias de proporcionalidad, carecer de transparencia y vulnerar las previsiones sobre el derecho al respeto a la vida privada que reconoce el texto convencional citado, cuando regula el derecho al respeto a la vida privada y familiar en los términos de que *“Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”*, para especificar a continuación, en párrafo separado, que *“No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”*. De manera que el Tribunal, reconociendo *“el objetivo legítimo y de gran relevancia social de evitar un delito”*, razona no obstante que *“el modelo de riesgo elaborado en estos momentos por SyRI puede tener efectos no deseados, como estigmatizar y discriminar a la ciudadanía, por la ingente cantidad de información que recoge”*. Y así, rechazando el argumento invocado de contrario por parte del Ministerio en orden a que *“el sistema solo liga datos que el Estado ya posee, y dibuja con ellos*

un árbol de decisión (un modelo de predicción), de modo que no se usa la IA ni tampoco algoritmos de autoaprendizaje”, concluye, sin embargo, asegurando que semejante afirmación “*no se puede comprobar, porque la legislación que permite el uso de SyRI no es lo bastante transparente*”. También manifiesta el Tribunal que no había recibido suficiente información sobre el sistema, “*ya que el Estado mantiene en secreto la forma de calcular la posibilidad de fraude*”.

Por su parte, en el ámbito interno, puede citarse igualmente la Sentencia nº 805/2020, de 25 de septiembre de 2020, del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (rec. 4746/2019), sobre la consideración de los repartidores de la compañía Glovo como falsos autónomos, en la cual consideraba a la empresa más que una mera intermediaria, basándose, entre otras cosas, en que “*ha establecido medios de control que operan sobre la actividad y no solo sobre el resultado mediante la gestión algorítmica del servicio*”, por medio de “*una función de coste-beneficio que busca la mejor combinación posible pedido-repartidor que minimice la suma de costes*”. De modo que el análisis jurídico requiere, por tanto, considerar las funciones que ejecuta el algoritmo, algo para lo que puede resultar necesario conocerlo.

De esta manera, corresponde resolver entonces sobre la necesidad de transparencia en el uso de los algoritmos, lo que llevaría a declarar el deber de las empresas de proceder a su revelación, lo cual podría entrar en conflicto directo con la protección de esa fórmula de éxito, en tanto que será factible replicar el algoritmo para el caso de que llegue a conocimiento de terceros. Una solución intermedia entre todos esos intereses en juego podría venir por la vía de instaurar auditorías de realización obligatoria, a la que ya nos hemos referido en algunos pasajes anteriores de nuestro estudio, como una manera de compatibilizar el interés empresarial de no revelar la propia fórmula del algoritmo, por un lado; junto con la garantía de que sus resultados son sometidos a control, de manera que se ponga en evidencia cualquier comportamiento contrario a la ley, por otro lado. A este respecto conviene también diferenciar entre el algoritmo, que como ha dicho algún representante de la doctrina puede ser el corazón de la empresa⁷⁷, y las consecuencias de su utilización, así como los datos utilizados para la propia creación del algoritmo que pueden comprender sesgos, de género u otro tipo.

En este sentido, puede mencionarse la Sentencia del Tribunal Ordinario de Bolonia de 31 de diciembre de 2020 (Caso Deliveroo), la cual ha declarado un algoritmo discriminatorio, concretamente, la existencia de una situación de discriminación indirecta contra los trabajadores de Deliveroo, en la medida que la plataforma opta por desconocer ciertas causas de ausencia del *riders* de la sesión de trabajo que había reservado, lo cual lleva a la Sentencia citada a considerar que Deliveroo se escuda en una supuesta condición como trabajadores autónomos y en la aparente neutralidad de la norma, si bien semejante neutralidad en verdad no es tal. De esta manera, incurre en discriminación indirecta como resultado de

⁷⁷ Mercader Uguina, J. R., “La gestión laboral a través de algoritmos”, cit., pág. 264.

dar el mismo trato a situaciones distintas, de modo que cuando la plataforma tiene en cuenta ciertas situaciones que no inciden negativamente en la puntuación del *rider* y no admite otras (por ejemplo, huelga o enfermedad del trabajador), está efectuando una elección consciente como empresa, por la que se colocan al mismo nivel todas las ausencias del puesto de trabajo (entendiendo por tal, no iniciar sesión en el área geográfica y dentro de los quince minutos), distintas de las que se deban a un accidente o al mal funcionamiento de la plataforma⁷⁸.

Por su parte, el acuerdo sobre el trabajo de los *riders*, al que han llegado Gobierno, sindicatos y empresarios, ha tenido finalmente su plasmación en la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, *por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales*, cuyo artículo único, bajo la rúbrica de “Modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre”, dispone en su apartado uno la introducción de una nueva letra d) en el artículo 64.4 del ET, con la redacción siguiente: “d) Ser informado por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles”⁷⁹.

Se trata, en definitiva, de una norma elemental de transparencia, para la salvaguarda del algoritmo y los sistemas de inteligencia artificial como bienes o instrumentos empresariales, al tiempo que sitúa el deber de información en los parámetros en que se basan cuando tengan una incidencia cierta en las condiciones de trabajo, acceso y mantenimiento del empleo y elaboración de perfiles, a fin de evitar bien resultados discriminatorios o lesivos de derechos de los trabajadores bien ejercicios opacos o no transparentes de la toma de decisiones empresariales y de la aplicación del poder de dirección empresarial. Por más que corresponde después a la negociación colectiva un importante papel, de cara a la concreción del precepto en cada realidad empresarial.

⁷⁸ En relación con la doctrina que expresa esta Sentencia, véase Fernández Sánchez, S., “Frank, el algoritmo consciente de Deliveroo: comentario a la Sentencia del Tribunal de Bolonia 2949/2020, de 31 de diciembre”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social del Centro de Estudios Financieros*, Comentarios, casos prácticos, núm. 457, págs. 179 y ss.

⁷⁹ A este respecto, véase Gómez Gordillo, R., “Algoritmos y derecho de información de la representación de las personas trabajadoras”, *Temas Laborales*, núm. 158, 2021, págs. 161 y ss.; Todolí Signes, A., “Spanish riders law and the right to be informed about the algorithm”, *European Labour Law Journal*, Vol. 12, núm. 3, 2021, págs. 399 y ss.

7. VALORACIÓN CONCLUSIVA

El conjunto de manifestaciones donde existe una presencia relevante de la utilización de algoritmos, analizadas de manera individualizada a lo largo de nuestro estudio con el recorrido que se ha visto, por alusión a materias como la instauración de la lógica algorítmica como instrumento en los procesos de toma de decisiones por las empresas, la utilización de algoritmos como método de selección de personal, el papel de los algoritmos en el ámbito del poder de dirección empresarial, junto con la aplicación de los algoritmos como mecanismos de control y vigilancia del trabajo y de las personas que lo prestan, ofrece una muestra reveladora de la importancia que han adquirido los mismos en el ámbito de las relaciones laborales, así como de su significación creciente en el futuro próximo.

De igual modo, el examen efectuado de dichas manifestaciones confirma una conclusión con validez genérica para todas ellas, cual es que su utilización, a pesar de esa objetividad o neutralidad aparente, en realidad no elimina la presencia de elementos subjetivos en la toma de decisiones empresariales que afectan a los trabajadores. Un componente de subjetividad que se materializa, precisamente, en el momento de configurar las pautas que rigen el funcionamiento de los distintos algoritmos. Conclusión que resulta extensible, por lo demás, a cualesquiera otros ámbitos donde los algoritmos puedan adquirir una presencia relevante en el futuro. Con el agravante de que las propias fórmulas empleadas con ocasión del nuevo papel decisor dado a los algoritmos, como sucede en las distintas expresiones examinadas, dificulta de manera notable el control sobre la existencia de eventuales elementos de discriminación.

Por lo demás, los distintos aspectos analizados justifican claramente las preocupaciones evidenciadas desde el interés sindical como consecuencia de la implantación y extensión de los algoritmos en las relaciones de trabajo, constatado que la utilización de criterios sesgados en la configuración del algoritmo puede afectar negativamente al trabajador en aspectos tales como las oportunidades de empleo, la promoción laboral o la propia estabilidad en el empleo. De manera que, con las pautas que ofrecen los distintos argumentos analizados, está desde luego plenamente fundamentado el debate acerca de la necesidad de implementar una regulación legal específica sobre el uso de los algoritmos en el ámbito laboral. Discusión en la que nos pronunciamos a favor de acometer dicha regulación, bajo esa finalidad de asegurar los derechos de los trabajadores, analizados que han sido los nuevos peligros que se ciernen sobre los mismos como parte débil del contrato de trabajo, frente a la posición natural de superioridad del empresario. Máxime, en ese escenario de difusión generalizada en el uso de los algoritmos, con una tendencia creciente a futuro.

En este sentido, como desarrollamos en nuestro estudio, sería conveniente que dicha regulación tuviera una plasmación a nivel de la Unión Europea, con la conformación de obligaciones jurídicas vinculantes, superando el actual estadio de recomendaciones de carácter ético para orientar el desarrollo de los algoritmos, aparte de la contribución estimable que hace a este respecto el RGPD, en los términos que hemos analizado a lo largo de los epígrafes anteriores. Por más que,

desde una aproximación constitucional, la protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos personales constituye un derecho fundamental (artículo 18.4 de la CE), lo mismo que los derechos a la intimidad y a la igualdad y a no sufrir discriminaciones (artículo 18.1 y 14 de la CE), cuyo respeto debe quedar garantizado frente a eventuales decisiones automatizadas llevadas a cabo mediante algoritmos con virtualidad potencial para lesionarlos, pudiendo requerir entonces garantías específicas para afrontar los riesgos inherentes a la inteligencia artificial.

Sea como fuere, con la referencia de nuestro ordenamiento jurídico, se ha perdido una buena ocasión para haber incorporado un precepto específico sobre la inteligencia artificial en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de *Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales*, como Texto que incorpora la primera regulación legal de los derechos digitales laborales en España. Si bien, como se ha señalado, la conformación actual de nuestro sistema jurídico constitucional ofrece, no obstante, herramientas importantes para neutralizar jurídicamente bastantes de esos peligros que se ciernen sobre los trabajadores como consecuencia de la utilización masiva de algoritmos. De manera que corresponde a los derechos fundamentales, derechos de libertad o inmunidad, en las relaciones de trabajo, con sus contenidos propios y fuerza vinculante, desplegar su importante capacidad reactiva frente a sus eventuales lesiones.

En el plano de las propuestas y de la legalidad vigente, las directrices emanadas de la estrategia europea en inteligencia artificial y, especialmente, las disposiciones derivadas del RGPD, han de tener efectos frente a la utilización indebida de los algoritmos. De igual modo que podría encontrarse un referente asimismo para la protección de los trabajadores, vinculado con la materia que analizamos, en la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, con mención del artículo 21, bajo esa rúbrica de “no discriminación”, cuyo texto comienza con una alusión a la prohibición de “toda discriminación”.

De otro lado, como se ha señalado también, entre las cuestiones concretas a regular sobre algoritmos, conformando un listado abierto de propuestas, deberían tener cabida materias como la inclusión de pruebas de fiabilidad en los procesos algorítmicos, el impulso de la igualdad de género y la diversidad en la configuración de los algoritmos, la generalización del uso de auditorías en los procesos algorítmicos, la implicación de las administraciones públicas en el estudio de las consecuencias de la aplicación de los algoritmos sobre los derechos y libertades de los trabajadores, o la creación de un marco adecuado de infracciones y sanciones en relación con los malos usos de los algoritmos cuando deriven en consecuencias perjudiciales para los trabajadores. Todo ello, complementado además con la función importante e irrenunciable que corresponde asumir, a este mismo respecto también, a la negociación colectiva, como se reconoce por otra parte en numerosos documentos de organismos internacionales, por más que actualmente el resultado sea todavía insuficiente, constatado que las cuestiones relacionadas con los algoritmos no han alcanzado al día de hoy una presencia significativa ni generalizada en la negociación colectiva.

Por su parte, la significación de los algoritmos en el ámbito de las relaciones laborales debe analizarse también desde su interacción con el secreto empresarial.

En este sentido, corroborada la exclusión de los algoritmos de los derechos de propiedad industrial e intelectual, su herramienta legal de protección está en la Ley 1/2019, de 20 de febrero, *de Secretos empresariales*, a cuyos efectos resulta imprescindible que se trate de información o conocimiento secreto. Aspecto éste en el que han incidido distintos pronunciamientos judiciales, en referencia a la Sentencia del Tribunal distrito de La Haya de 5 de febrero de 2020, así como la STS de 25 de septiembre de 2020 (rec. 4746/2019), como hemos tenido ocasión de examinar. Con estos precedentes, en relación con la necesidad de transparencia en el uso de los algoritmos, la instauración legal del deber de las empresas de proceder a su revelación podría entrar en conflicto directo con la protección del mismo, llegando así a conocimiento de terceros. En esta ecuación de difícil equilibrio, una solución intermedia puede venir por la instauración de auditorías obligatorias, como fórmula para compatibilizar el interés empresarial de no revelar la fórmula del algoritmo, con la garantía de sometimiento del mismo a control en evitación de cualquier comportamiento contrario a la Ley.

Sea como fuere, no cabe asociar tampoco automáticamente la utilización de algoritmos con el perjuicio para los trabajadores, por lo que ello supone de simplificar en demasía una ecuación donde entran en juego numerosas variables, como se ha podido comprobar, que habrán de tenerse en cuenta para concluir con una valoración u otra. Lo que sí parece incuestionable es el aumento del riesgo potencial que se deriva para el trabajador como consecuencia de las posibilidades amplias de un mal uso a cargo del empresario que ofrecen los algoritmos, ante el avance imparable de la tecnología. De manera que corresponde entonces al Derecho del Trabajo extremar las precauciones para asegurar una utilización correcta de los mismos, con respeto del equilibrio imprescindible entre las posiciones respectivas de trabajador y empresario, como partes del contrato de trabajo, optando entre las distintas respuestas posibles. Alternativas de solución que son, precisamente, donde se sitúa el centro de la discusión, como se ha tenido ocasión de examinar a lo largo de nuestro estudio.

Una encrucijada donde, por las razones comentadas, el Derecho Laboral no puede ni debe abstraerse, sin conformarse tampoco con una actitud pasiva, debiendo por el contrario afanarse en contribuir a la configuración de un escenario normativo con reglas claras para una adecuada preservación de todos los intereses en juego. En efecto, se ha dicho ya, la apelación a referencias de naturaleza ética o filosófica, convenientes y seguramente necesarias, no pueden sustituir sin embargo la necesidad de enfrentar el reto abierto mediante soluciones radicalmente jurídicas. Con todos estos precedentes, como se ha analizado a lo largo de nuestro estudio, el artículo 23 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, *integral para la igualdad de trato y la no discriminación*, con la rúbrica de “Inteligencia Artificial y mecanismos de toma de decisión automatizados”, constituye seguramente un primer paso en la buena dirección. Si bien corresponde al legislador seguir perseverando en el futuro, bajo ese objetivo declarado de cerrar los eventuales espacios de impunidad que puedan surgir dentro de un contexto dominado por la generalización en el uso de los algoritmos, o más genéricamente de la inteligencia artificial.

LAS AYUDAS ESTATALES Y AUTONÓMICAS PARA LA IMPLANTACIÓN DE LA SEMANA LABORAL DE CUATRO DÍAS

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA

Profesor Agregado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universitat Oberta de Catalunya (UOC)

EXTRACTO

Palabras clave: jornada semanal, cuatro días laborables, subvenciones

En este artículo se analizan las subvenciones del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo y de la Comunidad Valenciana destinadas a promover la reducción de jornada laboral mediante la implantación de la jornada semanal de cuatro días. Se exponen también las ventajas e inconvenientes de este tipo de jornada, tanto a nivel global como a nivel de empresa, así como los dos casos más importantes de implantación y los aspectos jurídico-laborales a tener en cuenta.

ABSTRACT

Keywords: working time, four working days, grants

This article analyses the grants from the Ministry of Industry, Trade and Tourism and the Valencian Community aimed at promoting the reduction of working hours through the introduction of a four-day work week. The advantages and challenges of this type of working hours, both at a global level and at company level, together with the two most important cases of implementation and the legal and labour aspects to be taken into account, are also presented.

ÍNDICE

1. EL CRECIENTE INTERÉS POR LA SEMANA LABORAL DE CUATRO DÍAS ASPECTOS JURÍDICO-LABORALES A TENER EN CUENTA
 - 1.1. Caso Desigual: implantación mediante modificación sustancial de condiciones de trabajo
 - 1.2. Caso Telefónica: implantación mediante negociación colectiva
2. EL PROGRAMA DE AYUDAS DE LA COMUNIDAD VALENCIANA
 - 2.1. Requisitos
 - 2.2. Cuantía de la subvención
 - 2.3. Obligaciones
 - 2.4. Reintegro de la subvención
 - 2.5. Valoración de la iniciativa
3. LAS SUBVENCIONES DEL MINISTERIO DE INDUSTRIA, COMERCIO Y TURISMO
 - 3.1. Requisitos
 - 3.2. Gastos subvencionables y cuantía de la subvención
 - 3.3. Obligaciones
 - 3.4. Reintegro de la subvención
 - 3.5. Valoración y comparación con el programa de la Comunidad Valenciana
4. CONCLUSIONES

1. EL CRECIENTE INTERÉS POR LA SEMANA LABORAL DE CUATRO DÍAS

La reducción de la jornada laboral constituye, quizás, la más antigua reivindicación de los movimientos sindicales. En los últimos tiempos, tras un lapso donde esta cuestión parecía relegada a la negociación colectiva o a normativa centrada en factores personales como la conciliación de la vida laboral y familiar, ha resurgido en forma de propuestas para la reducción de la semana laboral a tan solo cuatro días, quedando la misma en 32 horas semanales, no estando en ningún caso ante propuestas de contratación a tiempo parcial ni ante una mera concentración horaria sin alteración de la jornada. Y en España esa idea de la semana laboral de 4 días (en adelante, SL4) no ha venido del mundo sindical, sino del político, con el programa electoral del partido Más País-Equo para las elecciones del 10 de noviembre de 2019, que incluyó la propuesta “Semana laboral de 32 horas o 4 días entre 2025 y 2030”, sin pérdida de salario. Alegaron como motivos “las evidentes ventajas sociales y ambientales: reparto justo e igualitario de la carga de trabajo remunerado; mejor conciliación familiar para que el trabajo no remunerado (esencialmente de cuidados y de mantenimiento doméstico) se reparta de forma equitativa entre hombres y mujeres; reducción de los desplazamientos al trabajo y más tiempo para implicarnos en actividades bajas en carbono: deportivas, culturales, etc. y una economía más próspera debido a una mejor salud de las personas trabajadoras”¹.

¹ Más País-Equo, *Programa Elecciones generales 10N. Reducido*, 2019, p. 5, en <https://maspais.es/uploads/programa.pdf>. Última consulta: 7 de febrero de 2023.

La idea de la SL4 no es nueva puesto que se conocen experiencias desde finales de los años 60 del siglo XX, estudiándose sus efectos en el ámbito empresarial y psicosocial². Por ejemplo, se ha aplicado en empresas de diversos países, tanto en el sector público (ayuntamiento³ y Estado de Utah⁴ en Estados Unidos) como en el privado (empresa de servicios financieros Perpetual Guardian de Nueva Zelanda)⁵. Sin embargo, como se ha indicado, en los últimos años se ha vuelto a hablar de este tipo de jornada en ámbitos políticos (Nueva Zelanda, Bélgica, etc.) y se fomenta su implantación desde algunas organizaciones o plataformas como “Autonomy” (Reino Unido)⁶.

A partir del anuncio del citado programa electoral proliferaron en los medios de comunicación artículos sobre este tipo de jornada y a finales de ese mismo año 2019 la empresa jienense Software DELSOL fue la primera en implantarla en España⁷. Desde entonces otras empresas españolas de todos los tamaños (pequeñas, medianas y grandes) e incluso diversos sectores en ocasiones muy dispares (hostelería, comercio, tecnológico, etc.) han manifestado que han adoptado la SL4.

A finales de 2020 el Gobierno acordó con el partido Más País-Equo la puesta en marcha de un proyecto piloto de reducción de jornada laboral⁸, que no se materializó hasta finales de 2022 mediante la publicación de la Orden ICT/1238/2022, de 9 de diciembre, por la que se establecen las bases reguladoras de subvenciones para el impulso de la mejora de la productividad en pequeñas y medianas empresas industriales a través de proyectos piloto de reducción de la jornada laboral (BOE de 16 de diciembre de 2022). Apenas seis meses antes, en

² Hodge, B.J. y Tellier, R.D., “Employee Reactions to the Four-Day Week”, CALIFORNIA MANAGEMENT REVIEW, Vol. 18, 1/1975, p. 25.

³ Hyatt, E. y Coslor, E., “Compressed lives: how «flexible» are employer-imposed compressed work schedules?”, PERSONNEL REVIEW, Vol. 47, 2/2018, pp. 278-293.

⁴ Wadsworth, L.L. y Facer, R.L., “Work–Family Balance and Alternative Work Schedules: Exploring the Impact of 4-Day Workweeks on State Employees”, PUBLIC PERSONNEL MANAGEMENT, Vol. 45, 4/2016, pp. 382-404.

⁵ Delaney, H. y Casey, C., “The promise of a four-day week? A critical appraisal of a management-led initiative”, EMPLOYEE RELATIONS: THE INTERNATIONAL JOURNAL, Vol. 44, 1/2022, pp. 176-190.

⁶ Esta plataforma ha publicado en febrero de 2023 los resultados de un proyecto de implantación de SL4 en 61 empresas de Reino Unido, afectando a unas 2.900 personas trabajadoras. Véase Lewis, K. et al, *The results are in: the UK's four-day week pilot*, Autonomy Research, Crookham Village, 2023, en <https://autonomy.work/wp-content/uploads/2023/02/The-results-are-in-The-UKs-four-day-week-pilot.pdf>. Última consulta: 24 de febrero de 2023.

⁷ Un análisis sobre esta empresa en particular puede verse en Melgar Abad, S., *La jornada laboral de 4 días. Caso de estudio: Software DELSOL*, Trabajo Final del Máster Universitario en Dirección y Gestión de Recursos Humanos, Universitat Oberta de Catalunya, 2020, en <http://hdl.handle.net/10609/121809>. Última consulta: 7 de febrero de 2023.

⁸ El acuerdo deriva del apoyo de Más País-Equo a la convalidación del Real Decreto Ley 36/2020, de 30 de diciembre, según Álvarez de la Rosa, M., “Tiempo de trabajo y productividad: la jornada semanal de cuatro días”, TRABAJO Y DERECHO, Extra 13/2021, p. 6.

la Comunidad Valenciana se habían convocado unas ayudas similares destinadas específicamente a empresas que adoptasen la SL4 o que redujesen su jornada semanal a 32 horas. Ambas iniciativas serán analizadas en este trabajo.

Por extraño que parezca, el mundo sindical ha sido el último en sumarse, aunque UGT prefiere hablar de 32 horas semanales centrandolo la importancia en las horas y no en el día de la semana que se convertiría en festivo. Aun así, se aceptaría la SL4 si se acordase vía negociación colectiva definiéndose la forma de la “nueva jornada laboral (6 horas diarias, semana laboral de 4 días, etc.), en función de la realidad y características propias de cada sector y empresa”, sin reducción de salario y aprovechando las ventajas de la digitalización⁹. A nivel global, UGT ha señalado las siguientes ventajas de esta iniciativa.

En primer lugar, permite redistribuir el empleo asalariado reduciéndose el subempleo y las horas extraordinarias no pagadas¹⁰. Si bien hay quien ha negado esta ventaja¹¹, se conocen casos de implantación de SL4 que han comportado un aumento de la contratación en la empresa, incluso sin reducir la jornada hasta las 32 horas semanales (caso La Francachela¹², caso Software DELSOL¹³, caso Toldos Porriño¹⁴).

En segundo lugar, permite una mejora generalizada de la calidad de vida de las personas trabajadoras, recuperando así el sentido inicial de la reivindicación de la jornada a 40 horas, enfocada en trabajar menos horas para poder vivir mejor. La reducción de horas implica también regular horarios, huyendo de una excesiva flexibilidad. Todo ello conllevaría un impacto favorable sobre los sistemas nacionales de salud (al reducirse la presión sobre el sistema sanitario) y la esperanza de vida de la población; o una reducción de los niveles de absentismo y la rotación del personal debido a enfermedades ligadas al ámbito laboral, resultando también beneficioso para los empleadores¹⁵.

En tercer lugar, permite impulsar la igualdad de género, un mayor equilibrio entre la vida laboral, familiar y personal, tanto para hombres como para mujeres, contribuyendo a un reparto más justo de los trabajos remunerados y no remunerados.

⁹ UGT, *Por una jornada laboral de 32 horas semanales*, Servicio de Estudios de la Confederación, Madrid, 2021, p. 36, en <https://servicioestudiosugt.com/por-una-jornada-de-32-horas-semanales/>. Última consulta: 7 de febrero de 2023.

¹⁰ UGT, *Por una jornada laboral de 32 horas...*, op. cit., pp. 19-20.

¹¹ Sala Franco, T. y Lahera Forteza, J., *La transformación del tiempo de trabajo ¿Hacia la jornada laboral semanal de 4 días?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 180 y ss; Álvarez de la Rosa, M., “Tiempo de trabajo y productividad...”, op. cit., p. 10.

¹² <https://lafrancachela.com/2020/11/la-francachela-pioneras-en-introducir-la-semana-laboral-de-4-dias/>. Última consulta: 7 de febrero de 2023.

¹³ Melgar Abad, S., *La jornada laboral de 4 días...*, op. cit., pp. 35-36.

¹⁴ <https://www.atlantico.net/articulo/economia/toldos-porrino-implanta-4-dias-trabajo-bajar-sueldo/20211021235902871237.html>. Última consulta: 7 de febrero de 2023.

¹⁵ UGT, *Por una jornada laboral de 32 horas...*, op. cit., pp. 22-23.

Respecto al mercado laboral, podría incrementar la participación laboral de las mujeres (como consecuencia de la creación adicional de puestos de trabajo) y la posibilidad de que accedan a puestos de trabajo con más horas, en condiciones de igualdad (con relación a la disponibilidad horaria), respecto a los hombres¹⁶.

En cuarto lugar, permite una reducción de la presión medioambiental¹⁷. Esta ventaja ha sido alegada por muchas de las empresas que han implantado la SL4 (caso Software DELSOL¹⁸, caso Zataca Systems¹⁹, caso La Francachela²⁰), un beneficio que va más allá del específico ahorro energético.

Finalmente, el crecimiento de la industria del ocio y del tiempo libre²¹ sería el último de los beneficios a nivel general o global en caso de que se generalizase la SL4 en todos los sectores, por ejemplo, vía legislación estatal.

Pero la SL4 también ofrece ventajas y beneficios a nivel puramente empresarial, que en ocasiones afectan tanto a empresa como a trabajadores. Por ejemplo, al facilitarse la conciliación laboral y familiar, mejorarse la calidad de vida (salud física y mental) y aumentarse el salario ya que se trabaja menos horas (y se ahorra en desplazamientos), la persona trabajadora puede encontrarse más motivada y satisfecha en la empresa por lo que se reduce la posibilidad de rotación del personal²². La empresa mantiene así una plantilla sin cambios constantes que provocan gastos de selección y formación de las nuevas incorporaciones. Asimismo, la SL4 resulta un excelente elemento de atracción de talento hacia la empresa (aumento de candidaturas espontáneas).

Por otro lado, permite aumentar la productividad (caso Software DELSOL²³, caso Grupo Deluxe²⁴) y los ingresos²⁵, aunque no queda claro si esa consecuencia es producto de la SL4 o intervienen otros factores como nueva tecnología, reorganización de procesos, etc. En todo caso, en la mayoría de empresas y en los programas de ayudas del Ministerio y de la Comunidad Valenciana se menciona el aumento de la productividad o la mejora de resultados como un motivo para la

¹⁶ *Ibidem*, pp. 23-25.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 25-27.

¹⁸ Melgar Abad, S., *La jornada laboral de 4 días...*, op. cit., pp. 35-36.

¹⁹ *Ibidem*, pp. 36-37.

²⁰ <https://lafrancachela.com/2020/11/la-francachela-pioneras-en-introducir-la-semana-laboral-de-4-dias/>. Última consulta: 7 de febrero de 2023.

²¹ Miñarro Yanini, M., “Del fallido debate de la jornada de «35» horas al de «32»: la dialéctica entre reducción o distribución de la jornada de trabajo”, *REVISTA DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL*. CEF 456/2021, p. 8.

²² Lewis, K. et al, *The results are in...*, op. cit., pp. 6-7.

²³ Melgar Abad, S., *La jornada laboral de 4 días...*, op. cit., pp. 35-36.

²⁴ *Ibidem*, p. 38.

²⁵ Lewis, K. et al, *The results are in...*, op. cit., p. 7.

implantación de este tipo de jornada. Asimismo, las empresas que dejan de producir los viernes ahorran en gastos de energía.

Por último, se potencia la reducción del absentismo por dos motivos: la persona trabajadora dispone de más tiempo para gestiones personales a realizar en el nuevo día no laborable; y la mejora en la calidad de vida podría reducir las bajas por incapacidad temporal.

Pero no todo resulta positivo. Así, se han detectado los siguientes inconvenientes de la SL4:

En primer lugar, resulta complicada su implantación a nivel estatal pues implica un cambio de paradigma muy importante. Pese a las declaraciones políticas, proyectos piloto y demás, no la vemos viable ni siquiera a largo plazo. Hay quien afirma que las actuales medidas de flexibilidad horaria son mejores que una reducción general de la jornada²⁶.

En segundo lugar, a nivel empresarial lo primero que observa la empresa es un aumento de los costes salariales a corto plazo²⁷. Además, la motivación y satisfacción de las personas trabajadoras, así como la atracción y retención del talento, no suelen ser una prioridad empresarial excepto en sectores donde resulta difícil contratar personal. Para esas materias quizás simplemente ayuda la posibilidad de trabajo a distancia.

En tercer lugar, pueden cometerse errores de tipo legal por la complejidad para implantar la SL4 con la normativa actual, exponiéndose la empresa a conflictos colectivos o demandas judiciales, como veremos en próximas páginas.

Finalmente, cabe la posibilidad de que la SL4 provoque riesgos psicosociales (estrés, etc.) para las personas trabajadoras en el caso de que la reducción de jornada no lleve aparejada una reducción de la carga de trabajo y se intensifique el control empresarial de la producción²⁸.

2. ASPECTOS JURÍDICO-LABORALES A TENER EN CUENTA

En nuestra opinión, antes de que una empresa opte por implantar la SL4 debe tener claro a dónde quiere llegar con este cambio. Así, resulta imperativo realizar un análisis exhaustivo de la organización empresarial, ver si se pierde

²⁶ Sala Franco, T. y Lahera Forteza, J., *La transformación del tiempo de trabajo...*, op. cit., p. 185.

²⁷ De hecho, la imposibilidad de mantener los salarios reduciendo la jornada de trabajo es el principal motivo por el que el 62,4% de las empresas no se ve capaz de implantar dicha medida, Infoempleo, Adecco, *XXV edición del Informe Infoempleo Adecco: Oferta y Demanda de Empleo en España, 2022*, en <https://www.adeccoinstitute.es/descarga-la-xxv-edicion-del-informe-infoempleo-adecco-oferta-y-demanda-de-empleo-en-espana/>. Última consulta: 7 de febrero de 2023.

²⁸ Delaney, H. y Casey, C., “The promise of a four-day week?...” , op. cit., p. 186.

tiempo en tareas improductivas, si deben reorganizarse procesos, si falta personal o habrá que formarlo, si habrá que adquirir nueva tecnología, el estado financiero, etc. además de un examen de la normativa laboral y del convenio colectivo de aplicación. Este análisis ya es un beneficio en sí mismo porque ayuda a mejorar a la empresa e incluso a innovar, aunque después no se adopte la SL4. Por ejemplo, debe observarse la viabilidad de que la empresa produzca únicamente de lunes a jueves (caso Grupo Deluxe) o de que la empresa produzca de lunes a viernes (e incluso de que la empresa no cese su producción en ningún momento, caso La Francachela) pero los trabajadores solo lo hagan durante cuatro días, rotándose o no los días festivos (caso Software DELSOL, caso Toldos Porriño)²⁹.

La implantación de una SL4 no viene regulada específicamente en la normativa laboral aunque toda mejora de las condiciones de los trabajadores es, en principio, lícita (art. 3 del Estatuto de los Trabajadores, ET). Por lo tanto, a la hora de acometer esta medida debe analizarse la normativa laboral, el convenio colectivo aplicable y la jurisprudencia relacionada.

En primer lugar, la implantación de la SL4 no puede conllevar un perjuicio en la remuneración de las personas trabajadoras. De ahí que se entienda que una SL4 implique necesariamente un mantenimiento de los salarios y de la cotización a la Seguridad Social. Para poder disminuir la remuneración la empresa está obligada a seguir el procedimiento de inaplicación de condiciones de trabajo para la cuantía salarial fijada en convenio colectivo (art. 82.3 ET) o bien la modificación sustancial de condiciones de trabajo (MSCT) para el resto de prestaciones salariales (art. 41 ET). No parecen instrumentos adecuados para instaurar una SL4 por diversos motivos. Por ejemplo, la inaplicación es de carácter temporal y no podrá prolongarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en la empresa; además requiere acuerdo con los representantes legales de los trabajadores. Por otro lado, si la MSCT afecta a una determinada cantidad de la plantilla³⁰ requiere iniciar un período de consultas con la representación legal de las personas trabajadoras pudiendo llegarse en el peor de los escenarios a la vía judicial y a que la empresa se vea obligada a restituir a la plantilla a sus condiciones salariales iniciales. Cuestión distinta es que se mantenga la cuantía salarial pero se reduzca ligeramente porque la percepción de algunos complementos salariales esté vinculada a la prestación de servicios en día laborable. Al reducirse de cinco a cuatro días laborales, entendemos que esa pérdida estaría justificada. Por otro

²⁹ Fernández García, A., “La semana laboral de 4 días: experiencias y propuestas para una reorganización empresarial” en AA.VV., *El mantenimiento y continuidad de la empresa y de su actividad desde la perspectiva legal y fiscal* (Delgado García, A.M., Dir.), Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp. 585-609.

³⁰ Según el art. 41.2 ET, la modificación que, en un periodo de noventa días, afecte al menos a:

- a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.
- b) El diez por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.
- c) Treinta trabajadores, en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores.

lado, si existe remuneración variable vinculada a la consecución de objetivos debe tenerse en cuenta que con un día menos de trabajo es muy posible que se deban reformular los criterios para su percepción.

En segundo lugar, parece lícito que la empresa reduzca la jornada de trabajo a cuatro días laborables siempre que las horas diarias de trabajo no aumenten, ya que no habría perjuicio alguno para la plantilla. En caso contrario, podríamos encontrarnos ante una MSCT que afecta a la jornada de trabajo (art. 41.1.a ET). Por ejemplo, si la jornada era de 40 horas semanales y 8 horas diarias no constituye una MSCT reducirla a 32 horas semanales y 8 horas diarias pero sí podría serlo establecerla en 36 horas semanales y 9 horas diarias. En principio no sería posible aumentar la jornada ordinaria a más de 9 horas, salvo que por convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se establezca otra distribución del tiempo de trabajo diario, respetando en todo caso el descanso entre jornadas (art. 34.3 ET).

En todo caso, un aumento de la jornada diaria de una hora en el marco de una SL4 entendemos que supone una MSCT porque conlleva un potencial daño o perjuicio para el trabajador que no queda compensado con el nuevo día festivo³¹. Tampoco podemos desconocer que existen casos en que la jurisprudencia ha dictaminado que no constituye MSCT ampliar 15 minutos la jornada de forma ocasional, destinada a formación³², así como entrar media hora más tarde al trabajo saliendo también media hora más tarde, en segmentos horarios que no afectan a los transportes públicos y únicamente durante los meses de verano³³. Al igual que cuando hemos hablado de cuantía salarial, esta decisión de la empresa podría acabar en los tribunales y con trabajadores rescindiendo sus contratos y percibiendo la indemnización tasada.

En tercer lugar, debería formalizarse por escrito el hecho de que la jornada a tiempo completo pasa a ser de 32 horas semanales en cómputo anual, en otras palabras, formalizar que implantar una SL4 no supone que los trabajadores presten servicios a tiempo parcial, por lo que tampoco deberían aplicarse las normas de cotización a la Seguridad Social derivadas de la contratación a tiempo parcial.

³¹ El sacrificio relevante/oneroso, el daño en los trabajadores afectados, que no queda compensado de algún modo, es un elemento a destacar como relevante para apreciar si una modificación de las condiciones de trabajo es sustancial, Beltran de Heredia Ruiz, I., “Sobre el concepto de modificación sustancial de las condiciones de trabajo: a propósito de los controladores aéreos”, Blog “Una mirada crítica a las relaciones laborales”, 2017, en <https://ignasibeltran.com/2017/03/28/sobre-el-concepto-de-modificacion-sustancial-de-las-condiciones-de-trabajo-a-proposito-de-los-controladores-aereos/>. Última consulta: 7 de febrero de 2023. Véase la STS, Sala 4ª, de 12 de septiembre de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:4782).

³² STS, Sala 4ª, de 17 de enero de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:799).

³³ STS, Sala 4ª, de 10 de octubre de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:5990). Parece una “consideración del tiempo del trabajador desfasada de las actuales circunstancias en las que vivimos” en palabras de Eguaras Mendini, F., “El salario emocional”, JURISDICCIÓN SOCIAL, REVISTA DE LA COMISIÓN DE LO SOCIAL DE JUEZAS Y JUECES PARA LA DEMOCRACIA 236/2022, p. 24.

De este modo, el trabajo a tiempo parcial en la empresa pasaría a tomar como referencia las 32 horas semanales que sería “la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable” (art. 12.1 ET)³⁴.

Todo este proceso resulta más óptimo si se cuenta con representación legal de las personas trabajadoras e incluso si se cuenta con convenio colectivo de empresa. En este caso consideramos necesario negociar la implantación de la SL4 con dicha representación legal así como modificar el convenio colectivo de empresa incluyendo la nueva jornada máxima laboral. En caso de que el convenio colectivo aplicable sea de ámbito superior al de empresa, no consideramos necesario acudir al proceso de inaplicación de condiciones de trabajo (art. 82.3 ET) porque la SL4 supone mejores condiciones para la plantilla afectada excepto en los supuestos que hemos señalado (aumento de jornada diaria, reducción de salario).

Finalmente, téngase en cuenta que la reducción de jornada vía SL4 podría considerarse como una condición más beneficiosa por lo que su supresión en un futuro podría comportar la obligación de acudir al procedimiento de MSCT³⁵.

¿Se han seguido estas indicaciones a la hora de implantar la SL4 en empresas españolas? No lo sabemos. La mayor cantidad de información al respecto nos ha llegado de las propias empresas afectadas y de los medios de comunicación por lo que hemos constatado que faltan datos para saber si se han seguido los cauces legales establecidos e incluso desconocemos si la SL4 sigue en vigor en todos los casos anunciados³⁶. Quizás los supuestos más fiables sean los de Telefónica y Desigual, las empresas más grandes en adoptar este tipo de jornada. El primero, por el recurso a la negociación colectiva, con posterior publicación en el BOE. El segundo, por la información difundida a través de notas de prensa, con exceso de detalles que tampoco deja en buen lugar las prácticas de la empresa.

2.1. Caso Desigual: implantación mediante modificación sustancial de las condiciones de trabajo

Esta gran empresa catalana de comercio textil implantó la SL4 en octubre de 2021 para el personal de sus oficinas centrales (500 personas), exceptuando los equipos comerciales y de operaciones. Ha quedado establecida una jornada de lunes a jueves y en uno de esos días se prestan servicios en modalidad de teletrabajo.

³⁴ La doctrina ha afirmado que “la jornada de cuatro días semanales, precisa de una regulación legal que también contemple límites estructurales en el contrato a tiempo parcial y en la fijación de su jornada de trabajo”, Álvarez de la Rosa, M., “Tiempo de trabajo y productividad...”, op. cit., p. 3.

³⁵ STSJ de Galicia, Sala Social, de 29 de diciembre de 2020 (ECLI:ES:TSJGAL:2020:7591). Habrá que estar a los requisitos para el nacimiento de la condición más beneficiosa pues no siempre una reducción de jornada promocionada por la empresa la constituirá. En ese sentido, véase la STS, Sala 4^a, de 17 de julio de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:3997).

³⁶ Los experimentos pueden ser “puro marketing” en palabras de Miñarro Yanini, M., “Del fallido debate de la jornada...”, op. cit., pág. 6.

Esta medida ha implicado una reducción del 6,5% del salario porque la empresa ha asumido una parte de dicha reducción. Se pretendía favorecer la conciliación de la vida laboral y familiar así como la atracción y retención de talento³⁷.

Este es el primer caso en el que ha trascendido públicamente el procedimiento para implantar la SL4, pese a tratarse realmente de una MSCT de carácter colectivo. Desoyendo lo dispuesto en el art. 41 ET, la empresa impulsó una votación entre las personas trabajadoras afectadas que se organizó y llevó a cabo por una comisión de trabajadores creada *ad hoc*. El resultado de la votación fue de un 86% de votos a favor y la empresa comunicó mediante su página web que para quien no aceptase la nueva jornada “se procederá a aplicar las medidas que dicte la ley” refiriéndose al contenido del art. 41 ET, especialmente a la indemnización prevista de veinte días de salario por año de servicio establecida en caso de MSCT (art. 41.3 ET)³⁸.

2.2. Caso Telefónica: implantación mediante negociación colectiva

El caso de SL4 de Telefónica de España y sus empresas asociadas es el primero que puede verse reflejado en un convenio colectivo, por lo que nos resulta el más fiable a efectos informativos. Puede verse en la Resolución de 19 de agosto de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registran y publican los acuerdos de modificación y prórroga del II Convenio colectivo de Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, SAU (BOE de 1 de septiembre de 2021). Este acuerdo sustituye al Anexo V del II Convenio colectivo sobre “Nuevas formas de trabajo: Teletrabajo y flexwork. Acuerdo de teletrabajo en TDE, TME y TSOL” y establece, entre otras medidas, la denominada “jornada semanal flexible bonificada” que se ha difundido en los medios y por la propia empresa como una SL4.

Esta medida se inició con un piloto de 3 meses de duración, desde el 1 de octubre hasta el 31 de diciembre de 2021. Una Comisión de Ordenación del Tiempo de Trabajo analizó los datos de seguimiento y la empresa optó por su continuidad durante un año.

Se trata de una medida voluntaria que solicita la persona interesada y que debe formalizarse por escrito. Se establece un sistema de concesión según los siguientes criterios: (i) serán concedidas todas las peticiones que se realicen hasta alcanzar un máximo del 10% de las personas trabajadoras que conforman la Dirección básica; (ii) las peticiones que superen ese porcentaje se resolverán siguiendo criterios organizativos y de actividad; (iii) esta medida se extenderá a todas las unidades de la empresa, si bien, en aquellas en las que la forma de organización y prestación

³⁷ https://www.desigual.com/es_ES/Desigual-employees-approve-the-4day-working-week.html. Última consulta: 7 de febrero de 2023.

³⁸ https://www.desigual.com/es_ES/Desigual-statement-4day-working-week.html. Última consulta: 7 de febrero de 2023.

de la actividad se pueda ver afectada por su implementación, como entre otros en los sistemas de trabajo a turnos, la empresa analizará de manera individualizada todas las peticiones con el fin de que no se vea alterada la actividad ni el sistema de trabajo.

La “jornada semanal flexible bonificada” implica prestar servicios de lunes a jueves, 8 horas diarias, sin que se modifique el tipo de jornada que la persona trabajadora viniera realizando (partida³⁹ o continua⁴⁰).

Respecto al salario, considerando el cómputo de jornadas de invierno y verano, se reduce proporcionalmente 5,5 horas/semana de los conceptos fijos a percibir como consecuencia de esta medida. Esta reducción se aplica también a la retribución variable. La empresa bonifica el 20% de los conceptos retributivos fijos, exclusivamente, que deja de percibir la persona trabajadora por esas horas no trabajadas. Este porcentaje de bonificación cotiza a la Seguridad Social a todos los efectos. Por lo tanto, si bien se reduce el tiempo de trabajo en un 20%, el salario solo se reduce en un 16%.

Se prevé la reversibilidad de la medida “por razones de actividad a instancia de las empresas o por parte de la persona trabajadora”, con el preaviso de un mes y causa justificada. Si es la persona trabajadora quien solicita la reversibilidad, no podrá instar una nueva petición.

Por lo tanto, parece que estamos ante una medida de reducción de jornada bonificada, pues se reduce el salario y la cotización a la Seguridad Social, pero de forma voluntaria para la plantilla, a diferencia del caso Desigual.

La finalidad de esta SL4 es favorecer la “flexibilidad y la conciliación de la vida personal y familiar”. Se supone también que “incrementará el compromiso, favorecerá la atracción y fidelización del mejor talento y por tanto los resultados a nivel general”, permitiendo avanzar hacia una cultura enfocada al desempeño y a los resultados de la actividad, así como a la racionalización de los horarios.

3. EL PROGRAMA DE AYUDAS DE LA COMUNIDAD VALENCIANA

La Comunidad Valenciana fue pionera en aprobar un programa de ayudas para empresas que quisieran implantar la SL4, adelantándose al proyecto piloto

³⁹ Para los profesionales con jornada partida el horario será de 7:30 horas (o de 9:30) hasta las 17:00 horas (o hasta las 18:30), con una interrupción mínima para la comida de una hora y una flexibilidad a la entrada de dos horas. En los casos en que el inicio de la jornada se produzca entre las 7:30 horas y las 8:00 horas, el tiempo mínimo de comida se incrementará en los mismos minutos en que se hubiera anticipado la entrada de la mañana. En cualquier caso, la salida no podrá realizarse antes de las 17:00 h.

⁴⁰ Para los profesionales con jornada continuada el horario será de 7:30 horas (o de 8:30) hasta las 15:30 horas (o hasta las 16:30), sin que se devengue cheque comida, plus jornada partida o similar.

estatal. De este modo, se publicó la Orden 7/2022, de 16 de junio, de la Conselleria de Economía Sostenible, Sectores Productivos, Comercio y Trabajo, por la que se aprueban las bases reguladoras del programa de ayudas para el establecimiento de incentivos a la reducción de la jornada laboral a cuatro días o treinta y dos horas semanales y a la mejora de la productividad en las empresas valencianas (DOCV de 30 de junio de 2022).

Un mes más tarde se convocaron dichas ayudas mediante la Resolución de 2 de agosto de 2022, de la Dirección General de Trabajo, Bienestar y Seguridad Laboral, por la cual se convocan ayudas destinadas al establecimiento de incentivos a la reducción de la jornada laboral a cuatro días o treinta y dos horas semanales y a la mejora de la productividad en las empresas con centros de trabajo situados en la Comunidad Valenciana, para el ejercicio 2022 (DOCV de 24 de agosto de 2022).

Esta norma viene motivada por los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) números 8 (Trabajo decente y crecimiento económico), 5 (Igualdad de género) y 3 (Salud y bienestar). Se pretenden desarrollar las “mejores condiciones posibles para las personas, para la sociedad y para el medio ambiente” así como “promover una mejora duradera de la productividad del trabajo, que favorezca la generación de valor añadido y la retención de talento en las empresas valencianas”. Finalmente, también se quiere contribuir a ampliar la conciliación familiar, personal y laboral, y a la disminución de las emisiones de carbono vinculadas a la movilidad laboral y a los usos intensivos de energía.

La norma regula una serie de subvenciones destinadas al incremento de la productividad en las empresas y a paliar los costes de las mismas ocasionados como consecuencia de la adopción de medidas de racionalización de la jornada laboral.

3.1. Requisitos

Pueden ser beneficiarias las empresas privadas, cualquiera que sea su forma jurídica, que tengan ubicado en la Comunidad Valenciana el centro o centros de trabajo por el cual optan a las ayudas. No pueden haber sido sancionadas por infracción laboral que haya sido calificada como grave o muy grave y cuya resolución administrativa sancionadora haya adquirido firmeza. Además, deben estar al corriente de sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social.

En primer lugar, deben elaborar un compromiso empresarial de reducción de la jornada laboral ordinaria a tiempo completo aplicable al centro de trabajo. Este deberá consistir en una reducción mínima del 20% de la jornada en cómputo semanal, cuando la jornada ordinaria sea equivalente a 40 horas semanales. Si en el momento de solicitud de la ayuda la empresa tiene implantada una jornada en cómputo semanal inferior a las 40 horas, el compromiso empresarial será de reducción a 32 horas semanales. Si la reducción es mayor de ese 20% habrá más posibilidades de obtener la subvención, según consta en la norma.

Este compromiso se establecerá para una duración temporal mínima de un año, prorrogable hasta tres años, y afectará única y exclusivamente a personas trabajadoras con contrato indefinido a tiempo completo.

En segundo lugar, dicho compromiso empresarial afectará, como mínimo, al siguiente número de personas trabajadoras, en función del volumen de la plantilla⁴¹:

- a) En empresas de menos de 10 personas trabajadoras afectará obligatoriamente al 30% de las mismas. En cualquier caso, el mínimo de personas trabajadoras afectadas por la reducción de jornada en la empresa o centro de trabajo debe ser de, al menos, dos personas trabajadoras⁴². Para las empresas de hasta 10 personas en plantilla se reserva el 25% del presupuesto de estas ayudas.
- b) En empresas de entre 10 y 49 personas trabajadoras afectará obligatoriamente al 30% de las mismas. En este tipo de empresa el mínimo de personas trabajadoras afectadas debe ser de, al menos, tres personas trabajadoras. Para las empresas de hasta 49 personas en plantilla se reserva el 25% del presupuesto.
- c) En empresas de 50 o más personas trabajadoras afectará obligatoriamente al 20% de la plantilla. Para esta categoría de empresa se reserva el 50% del presupuesto por lo que parece que son las principales destinatarias de este programa quizás porque tengan mayor capacidad de reorganizarse para implantar la reducción de jornada.

La norma indica que para la obtención de la subvención se tendrá en cuenta el porcentaje de personas destinatarias en relación con la totalidad de la plantilla, por lo que a mayor número de personas afectadas más posibilidades habrá de puntuar para recibir la subvención.

Se exige una cierta paridad de género en la propuesta del número de personas trabajadoras afectadas. Así, se deberá contar con una participación similar de

⁴¹ Para el cálculo del número de personas trabajadoras de una empresa se tendrá en cuenta la plantilla total de la misma a la fecha de presentación de la solicitud de la ayuda, de acuerdo con las siguientes reglas:

- Computan todas las personas trabajadoras de la empresa cualquiera que sea la forma de contratación laboral, incluidas las personas con contratos fijos discontinuos y con contratos de duración determinada.

- Cada persona con contrato a tiempo parcial se computará, con independencia del número de horas de trabajo, como una persona más.

- A este número de personas deberán sumarse los contratos de duración determinada, cualquiera que sea su modalidad que, habiendo estado vigentes en la empresa durante los seis meses anteriores, se hayan extinguido en el momento de efectuar el cómputo. En este caso, cada cien días trabajados o fracción se computará como una persona trabajadora más.

⁴² En el supuesto de que alguna de las personas trabajadoras incluidas en el programa de reducción de la jornada laboral, finalice su relación laboral con la empresa -por cualquier causa- durante el año de vigencia del mismo, en el plazo máximo de un mes desde el fin de la relación laboral, la empresa deberá sustituirla por otra persona trabajadora incorporándola al programa, debiendo comunicar esta sustitución al órgano concedente de la ayuda. En cualquier caso, la persona que sustituya a la persona trabajadora que finalizó su relación laboral, deberá ser contratada en el mismo grupo profesional al que pertenecía la persona sustituida.

hombres y mujeres en relación con la distribución de género preexistente en el conjunto de la plantilla con contrato de trabajo a tiempo completo, permitiéndose como máximo una desviación del 10%.

En tercer lugar, el compromiso empresarial de reducción de jornada no podrá afectar a las bases de cotización y retribuciones salariales que legal o convencionalmente resultasen de aplicación si se hubiese mantenido el 100% de la duración ordinaria de la jornada de trabajo en cómputo anual.

En cuarto lugar, deben elaborar un “Plan de Reducción de la Jornada Laboral y Mejora de la Productividad” que deberá indicar las medidas organizativas o formativas que se prevén implementar para optimizar el tiempo de trabajo. Este Plan deberá recoger una serie de indicadores (incluyendo la evolución de la productividad del trabajo en la empresa) que serán evaluados de manera periódica. El contenido mínimo a incorporar es el siguiente: (i) memoria justificativa de la implantación del Plan y su repercusión e impacto sobre las personas trabajadoras y la productividad de la empresa; (ii) descripción del sistema de registro de la jornada laboral implantado en la empresa; (iii) determinación, en su caso, de la distribución irregular de la jornada; (iv) programación de la formación dirigida a las personas trabajadoras durante el año natural; (v) medidas adoptadas para garantizar la desconexión digital; (vi) parámetros e indicadores utilizados por la empresa para la medición de la productividad en la misma, así como el sistema de evaluación periódica de la misma; (vii) sistema de seguimiento del programa de reducción de jornada y mejora de la productividad implantado por la empresa.

El citado Plan resulta clave para obtener la subvención pues a la hora de puntuar se valorará la coherencia y calidad del proyecto: previsión de resultados, actuaciones, incidencia en la mejora e incremento de la productividad de la empresa.

En quinto lugar, deben suscribir un acuerdo con la representación legal de las personas trabajadoras sobre la aplicación del programa previsto. En caso de no existir dicha representación el acuerdo deberá alcanzarse con las organizaciones sindicales más representativas o representativas del sector de actividad al que pertenezca la empresa. El acuerdo deberá establecer la constitución de una Comisión de Seguimiento del programa que semestralmente, al menos, deberá revisar la información sobre la evolución del mismo. Nada se indica en cuanto al número de personas que conformarán dicha Comisión, ni su distribución empresarial.

En sexto lugar, deben suscribir un compromiso empresarial de colaboración con la Conselleria de Economía Sostenible, Sectores Productivos, Comercio y Trabajo en la evaluación y seguimiento del programa. Para este último objeto, las empresas deben autorizar la cesión de datos y estadísticas anonimizadas a efectos exclusivos del estudio científico de los resultados del programa por parte de universidades y centros de investigación.

En séptimo lugar, deben acreditar que cuentan con un plan de igualdad registrado por la autoridad laboral cualquiera que sea el número de personas trabajadoras de

la empresa. Recuérdesse que las empresas de menos de 50 trabajadores no tienen una obligación legal de disponer de plan de igualdad, excepto si así lo dispone el convenio colectivo aplicable o se ha acordado con la autoridad laboral en un procedimiento sancionador (art. 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres). Por lo tanto, para acceder a este programa de ayudas se exige un plus en materia de igualdad.

Finalmente, mencionar que la existencia en la empresa de un departamento o persona responsable de Recursos Humanos (RRHH) que se encargue del despliegue y seguimiento del programa otorga más puntuación a la hora de obtener la subvención. Según la norma, a menor tamaño de plantilla mayor puntuación se obtiene, por lo que a las empresas pequeñas les interesa contar con este perfil.

Resulta importante señalar que estas ayudas son incompatibles con cualquier otra para el mismo hecho subvencionable. Por lo tanto, las empresas valencianas beneficiarias de esta ayuda autonómica no pueden acceder a las ayudas estatales, como veremos más adelante.

3.2. Cuantía de la subvención

Durante el primer año completo de aplicación del programa las empresas beneficiarias recibirán una subvención de 5.492,19 euros por cada persona trabajadora incorporada al Plan de reducción de la jornada laboral. La cuantía se va reduciendo y durante el segundo año y tercer año completos de aplicación del programa la subvención será de 2.746,10 euros y de 1.373,05 euros, respectivamente, por cada persona trabajadora que mantenga reducida su jornada laboral. En conclusión, el importe total máximo de la subvención que podrá percibir una empresa beneficiaria será de 9.611,34 euros por cada persona trabajadora adscrita.

Asimismo, se establece como importe máximo de la cuantía a percibir por una misma empresa la cantidad de 200.000 euros en el cómputo total de la duración del Plan establecido a tres años. Esto significa que el máximo número de personas trabajadoras por las que una empresa puede recibir esta subvención es de veinte, aunque la medida de reducción de jornada pueda alcanzar a un número mayor de personas.

El abono de la subvención anual se efectuará a las empresas beneficiarias del siguiente modo: (i) un anticipo del 30% del importe de la subvención anual en el plazo de un mes a partir de la fecha de notificación de la resolución de concesión; (ii) el 70% restante, a la finalización del plazo de un año desde que se inició el “Plan de Reducción de la Jornada Laboral y Mejora de la Productividad”, una vez se haya justificado el cumplimiento de la realización de la acción subvencionada.

3.3. Obligaciones

Las empresas beneficiarias deberán presentar una memoria de actuación justificativa del cumplimiento de las condiciones impuestas en la resolución de

concesión de la subvención, con indicación de las actividades realizadas y de los resultados obtenidos, actuaciones, personas trabajadoras que se han beneficiado de la reducción de la jornada laboral, incidencia el incremento de la productividad de la empresa, así como la plantilla de personas trabajadoras de la empresa en el momento de la concesión de la ayuda y en el momento de la justificación de la misma, acompañando los documentos justificativos que acrediten el cumplimiento de lo indicado en la citada memoria de actuación.

Además, deberán: (i) presentar la información estadística sobre los resultados obtenidos por la ejecución del plan que les sea requerida, para su seguimiento y evaluación por la dirección general competente en materia de trabajo; (ii) facilitar cuantos informes cualitativos y cuantitativos se les soliciten por la dirección general competente al objeto de conocer el desarrollo del programa; (iii) cooperar con la dirección general competente para facilitar el seguimiento y evaluación del Plan presentado por la empresa; (iv) facilitar a la dirección general competente una memoria final sobre el desarrollo del plan, de acuerdo con los modelos o indicadores que para ello se determinen y en los plazos que se establezcan en la resolución de concesión.

3.4. Reintegro de la subvención

La ayuda deberá reintegrarse totalmente en caso de incumplimiento del compromiso de reducción mínima del 20% de la jornada en cómputo semanal durante el año de vigencia del mismo, si su jornada ordinaria de trabajo era previamente de 40 horas semanales, o bien el incumplimiento en la reducción de la jornada a 32 horas semanales, si su jornada ordinaria de trabajo era previamente inferior a 40 horas semanales.

También cabe reintegro total si en la fase de justificación de la ayuda el informe del Instituto Valenciano de Competitividad Empresarial (IVACE) advierta que la empresa no ha acreditado el incremento o la mejora de la productividad en la misma.

Finalmente, cabe reintegro parcial en caso de que no se haya procedido a la sustitución de la persona afectada que cause baja en la empresa, aplicándose el criterio de proporcionalidad en función del tiempo de mantenimiento que restara por completar si la extinción de la relación laboral de la persona trabajadora se hubiera producido por baja voluntaria, discapacidad sobrevenida, muerte o despido disciplinario o por causas objetivas no declarado improcedente.

3.5. Valoración de la iniciativa

Parece que a quien más le puede interesar este programa es a las empresas de 20 personas trabajadoras que ya tuvieran pensado implantar la SL4 y que dispongan de plan de igualdad registrado así como de delegado de personal y una persona encargada de la gestión de los RRHH. En todo caso, la carencia de un

plan de igualdad así como de representación legal de las personas trabajadoras en la empresa puede conllevar el no llegar a tiempo para solicitar la subvención, ya que la empresa debería acudir a organizaciones sindicales tanto para negociar el plan de igualdad⁴³ como para la suscripción del acuerdo y la constitución de la Comisión de Seguimiento del programa.

Por otro lado, y como hemos indicado en un epígrafe anterior, si no se aplica esta medida a toda la plantilla podría haber dificultades para definir al “trabajador a tiempo completo comparable” (art. 12.1 ET) en caso de nuevas contrataciones a tiempo parcial.

Por último, nos queda la duda de si, una vez finalizados los 3 años de subvención, las empresas renunciarán a la SL4. Por ese motivo, creemos que podría haberse enfocado la cuestión, más que en el incentivo económico por persona trabajadora, en subvencionar un asesoramiento a las empresas para la implantación de la SL4: análisis de la viabilidad, la productividad, la posible mejora en las condiciones laborales, la tecnología y formación necesarias, etc. Este asesoramiento sí se financia en las subvenciones estatales, como se verá.

El día 24 de noviembre de 2022, Enric Nomdedéu i Biosca, Secretario autonómico de Empleo de la Comunidad Valenciana, anunció los primeros resultados sobre esta medida⁴⁴. Así, pese a que 118 empresas pidieron información sobre el programa de ayudas, solo 45 presentaron la solicitud. Finalmente, únicamente 5 empresas consiguieron cumplir los requisitos e iniciaron el proyecto a finales de 2022.

Los problemas que han detectado pueden resumirse en dos: (i) fue una medida novedosa que se publicó en verano por lo que hubo poco tiempo para presentar la documentación requerida (ii) el requisito de disponer de un Plan de igualdad frenó a muchas pymes ya que al no existir para ellas dicha obligación legal, carecían del mismo y no tuvieron tiempo material de implantarlo. Pese a ello, se han animado a solventar esta cuestión para la convocatoria de 2023, lo que las autoridades consideran un éxito porque indirectamente se ha provocado que empresas sin obligación de tener un Plan de Igualdad se animen a negociarlo.

De cara a futuras convocatorias se ha previsto modificar el ámbito subjetivo porque se presentaron bastantes cooperativas y no se había contemplado la posibilidad de que el socio cooperativo pudiera incluirse en el compromiso empresarial, aunque sí las personas trabajadoras. Asimismo, se quiere incluir a las ONG ya que al menos una con más de 30 personas en plantilla se mostró interesada en el programa de ayudas.

⁴³ Art. 5.3 del Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo.

⁴⁴ <https://youtu.be/QvykbbqTPqY?t=2941>. Última consulta: 7 de febrero de 2023.

4. LAS SUBVENCIONES DEL MINISTERIO DE INDUSTRIA, COMERCIO Y TURISMO

Paradójicamente, no aparece mención alguna a la SL4 en la tan esperada Orden ICT/1238/2022, de 9 de diciembre, por la que se establecen las bases reguladoras de subvenciones para el impulso de la mejora de la productividad en pequeñas y medianas empresas industriales a través de proyectos piloto de reducción de la jornada laboral. No obstante, cabe implantarla mediante estas subvenciones, como se verá.

El objetivo de estas ayudas, reducir la jornada laboral, se desarrolla en el marco de un proceso de evaluación continua que permite hacer un seguimiento de la efectividad de las propuestas subvencionadas. Así, tras la finalización de los proyectos piloto regulados en esta norma se realizará un estudio que permita evaluar y comparar los diferentes tipos de medidas que se hayan puesto en marcha, por los diferentes tipos de empresas y con planteamientos organizativos, tecnológicos o de negocio también diferentes. De este modo, se podrán elaborar una serie de recomendaciones finales y generar conocimiento, debate público y extraer recomendaciones para una futura toma de decisiones y elaboración de políticas públicas basadas en resultados analíticos reales.

4.1. Requisitos

Lo primero que llama la atención es que, a diferencia del programa de la Comunidad Valenciana, no todas las empresas privadas pueden ser beneficiarias. Así, deben ser:

- a) Pymes, esto es, sociedades que tengan consideración de pequeñas y medianas empresas, con personalidad jurídica propia, legalmente constituidas en España y debidamente inscritas en el registro correspondiente, que no formen parte del sector público⁴⁵.
- b) Que desarrollen una actividad industrial de las encuadradas en el Anexo I de la Orden (“Sector de actividad de las potenciales entidades beneficiarias”) al menos durante un periodo de tres años contados hasta la fecha de fin de plazo de solicitud⁴⁶.

⁴⁵ Remite la norma a la definición de pyme establecida en el Anexo I del Reglamento UE nº 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado. Por lo tanto, pymes serían: (i) empresas que ocupan a menos de 250 personas y cuyo volumen de negocios anual no excede de 50 millones de euros o cuyo balance general anual no excede de 43 millones de euros; (ii) empresas que ocupan a menos de 50 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 10 millones de euros; (iii) empresas que ocupan a menos de 10 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 2 millones de euros.

⁴⁶ La lista remite a diversos epígrafes de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE 2009), por ejemplo: actividades de producción a escala industrial (alimentación, bebidas,

c) Con domicilio fiscal y principal centro operativo de trabajo en España, manteniéndolos al menos durante los dos años de duración del proyecto piloto.

No pueden ser beneficiarias si han sido declaradas insolventes, en concurso, inhabilitadas, condenadas por sentencia firme a la pena de pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas o por delitos de prevaricación, cohecho, malversación de caudales públicos, tráfico de influencias, fraudes y exacciones ilegales o delitos urbanísticos, y otras situaciones recogidas en el art. 13.2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones. Asimismo, se valora en la puntuación la viabilidad económica y financiera de la solicitante.

En primer lugar, deben elaborar un compromiso empresarial de reducción de la jornada laboral ordinaria a tiempo completo que refleje una reducción mínima del 10% de la jornada en cómputo semanal. Este compromiso se establecerá para una duración temporal mínima de dos años⁴⁷, computable desde la concesión de la ayuda, y afectará únicamente a personas trabajadoras con contrato indefinido a tiempo completo.

Debemos indicar que cuanto más jornada se reduzca y personas trabajadoras participen, mayor puntuación se sumará para obtener la subvención. De este modo, si se afectan hasta 20 personas, se obtiene la máxima puntuación con más del 30% de jornada reducida media. Si se afectan entre 21 y 52 personas, se obtiene la máxima puntuación con más del 25% de jornada reducida media. Finalmente, si se afectan entre 53 y 249 personas, se obtiene la máxima puntuación con más del 20% de jornada reducida media. Visto lo anterior, puede afirmarse que las que adopten una SL4 obtendrán mayor puntuación.

En segundo lugar, este compromiso empresarial en ningún caso afectará a las retribuciones salariales que legal o convencionalmente correspondiesen al 100% de la jornada laboral.

En tercer lugar, debe garantizarse que el número de mujeres participantes en el proyecto responda al porcentaje de distribución de género existente en la totalidad de la plantilla con contrato indefinido a tiempo completo, permitiéndose una desviación del 10%. Dicho porcentaje de mujeres participantes puede ser superior, pero no inferior.

tabaco, textil, madera, papel, cuero, artes gráficas, química, petróleo, farmacia, plástico, metalurgia, etc.), valorización a escala industrial de materiales, determinadas actividades complementarias a la producción industrial (envasado y empaquetado, depósito y almacenamiento, reparación a escala industrial de maquinaria y equipo, etc.) y algunas actividades de servicios a la industria (diseño industrial, ensayos y análisis técnicos, etc.).

⁴⁷ El proyecto inicial de Más País-Equo proponía que las ayudas e incentivos económicos se prolongasen durante tres años con el fin de compensar los salarios que se mantuvieran intactos pese a la reducción de horas de trabajo, Más País-Equo, *Propuesta de Proyecto piloto de reducción de jornada laboral y mejora de la productividad*, 2021, en https://maspais.es/wp-content/uploads/2021/02/Proyecto_piloto_de_reducci%C3%B3n_de_jornada_laboral_y_mejora_de_la.pdf. Última consulta: 7 de febrero de 2023.

En cuarto lugar, dicho compromiso empresarial afectará, como mínimo, al siguiente número de personas trabajadoras, en función del volumen de la plantilla de la empresa o centro de trabajo⁴⁸:

- a) En plantillas de hasta 20 personas debe afectarse al menos al 30% de ellas y, si se supera el 90%, se obtiene la máxima puntuación en la valoración.
- b) En plantillas de entre 21 y 52 personas trabajadoras debe afectarse al menos al 25% de ellas y, si se supera el 75%, se obtiene la máxima puntuación en la valoración.
- c) En plantillas de entre 53 y 249 personas también el mínimo a afectar es del 25%, pero se obtiene la máxima puntuación en la valoración con solo superar el 55%.

Se valora positivamente la afectación de mujeres y personas con discapacidad por lo que un porcentaje de más de 55% y del 5%, respectivamente, sobre el total de personas trabajadoras que se reducen la jornada, supone una mayor puntuación en la valoración.

En quinto lugar, deben explicarse las medidas organizativas o formativas para optimizar el tiempo de trabajo a implementar durante toda la duración del proyecto piloto, que redunden en la mejora de la productividad de la empresa. En este sentido, la acreditación de este aumento esperado de la productividad es lo que más puntuación supone en la valoración. Por lo tanto: (i) debe efectuarse una correcta descripción de las actividades de la empresa, la trayectoria consolidada en su sector y la posesión de un modelo de negocio sólido, bien definido e innovador, donde se justifique la pertinencia de realizar el proyecto que se presenta; (ii) debe justificarse la pertinencia de las acciones de mejora de la productividad a implementar por la empresa de acuerdo con las áreas de mejora identificadas previamente, definiendo los objetivos operativos propios de cada una, su alcance y la planificación de su desarrollo. Se evalúa la correcta imbricación de estas actividades con el modelo de negocio, de manera que se valoran aquellos proyectos de mejora que alcancen áreas centrales y productivas de la actividad de la empresa y su modelo de negocio y, por tanto, que generen resultados de mayor calado; (iii) debe establecerse un sistema de seguimiento del proyecto de mejora de productividad; (iv) deben detallarse y desglosarse las fases, acciones, herramientas y resultados esperados en el cronograma, al menos, a los doce meses y a los veinticuatro meses; (v) se valora

⁴⁸ Para el cálculo del número de personas trabajadoras de una empresa o centro de trabajo se tendrá en cuenta la plantilla total de la misma a la fecha de presentación de la solicitud de la ayuda, de acuerdo con las siguientes reglas:

- Computarán todas las personas trabajadoras de la empresa cualquiera que sea la forma de contratación laboral, incluidas las personas con contratos fijos discontinuos y con contratos de duración determinada.
- Cada persona con contrato a tiempo parcial se computará, con independencia del número de horas de trabajo, como una persona más.
- A este número de personas deberán sumarse los contratos de duración determinada, cualquiera que sea su modalidad.

el nivel de involucración de la plantilla, tanto de aquella parte que se reducirá la jornada como de la que no.

En sexto lugar, debe definirse una batería de indicadores que permita la medición del impacto de las acciones planteadas en el proyecto en términos de productividad, económico-financieros, medioambientales o laborales. A la hora de puntuar la solicitud, se tendrá en cuenta: (i) la correcta formulación de los indicadores propuestos; (ii) su adecuación a los objetivos de medición de impacto, evaluación de resultados y establecimiento de mecanismos de control; (iii) la variedad de los ámbitos de los indicadores; (iv) el sistema de evaluación periódica; (v) la viabilidad de los resultados esperados establecidos en función de la adecuación del incremento esperado de los datos de partida de los indicadores relacionado con las acciones del proyecto.

Por último, con carácter previo a la solicitud se exige acuerdo con la representación legal de las personas trabajadoras. En caso de no existir esta representación, el acuerdo deberá alcanzarse con las organizaciones sindicales más representativas del sector correspondiente, empresa o bien mediante una comisión negociadora elegida por las personas trabajadoras, tal y como recoge el art. 41.4 ET. Este redactado permite que las empresas que no cuenten con representación legal no tengan que depender de organizaciones sindicales para cumplir este requisito, a diferencia del programa de ayudas de la Comunidad Valenciana. Por otro lado, parece que la comisión de seguimiento solo estará formada por representantes de la parte empresarial, aunque en todo caso deberán ser propuestos mediante acuerdo con la parte social.

4.2. Gastos subvencionables y cuantía de la subvención

A diferencia de la sencillez del programa de la Comunidad Valenciana, que establece una cantidad por persona trabajadora afectada por la reducción de jornada, esta subvención de carácter estatal pretende sufragar una serie de gastos indicados en la norma, de compleja cuantificación.

Aunque se coincide en el importe máximo a percibir por empresa (200.000 euros), se financiará como máximo el 90% del presupuesto financiable, consistente en los siguientes conceptos (gastos subvencionables):

En primer lugar, contempla parte de los costes salariales del personal afectado, esto es, gastos que debe soportar la empresa como consecuencia de la reducción de la jornada laboral durante el primer año, y que incluyen la parte proporcional de sus costes brutos de empleo (sueldos y cotizaciones sociales). El coste horario individual máximo financiable será de 60 euros. La parte de estos costes que se subvenciona viene determinada por el tamaño de la empresa y se establece un límite máximo subvencionable de 150.000 euros. Según la norma, en empresas de hasta 10 personas trabajadoras, se subvenciona el 90% de este gasto. En empresas de entre 11 y 52 personas trabajadoras, se subvenciona el 80% de este gasto.

Finalmente, en empresas de entre 53 y 249 personas trabajadoras, se subvenciona el 75% de este gasto.

En segundo lugar, se incluyen los gastos de contratación de servicios externos de asesoramiento para el diseño o rediseño de procesos afectados por el proyecto piloto y directamente vinculados a la producción de bienes y servicios de la empresa, o costes de personal implicado en esas mismas funciones⁴⁹. Para la justificación de dichos gastos se deberán confeccionar partes horarios firmados por los empleados. El coste horario individual máximo financiable será de 60 euros. Se subvenciona hasta el 80% del gasto debidamente justificado.

En tercer lugar, se subvenciona el 100% del gasto derivado del informe realizado por un auditor de cuentas (obligación que veremos en el siguiente epígrafe), cuyo importe máximo subvencionable no podrá exceder del 1% de la totalidad del presupuesto subvencionable del proyecto.

Finalmente, y aunque no resulta un gasto obligatorio a efectuar, se incluye la contratación de servicios de formación relativa a la optimización del tiempo de trabajo de los trabajadores afectados. Se subvenciona hasta el 100% del gasto debidamente justificado.

Los mencionados gastos deberán realizarse en el plazo de doce meses a contar desde el día siguiente a la resolución de concesión, excepto el derivado del informe de auditoría, que podrá realizarse dentro del plazo concedido para presentar la documentación justificativa.

Respecto al pago, se realizará de una sola vez tras la correspondiente certificación acreditativa sobre la justificación de las actuaciones ligadas a la subvención, a la finalización del plazo de realización de los gastos asociados al proyecto piloto.

Destacar que estas subvenciones podrán acumularse con cualquier otra ayuda pública, siempre que se refiera a costes financiables identificables diferentes. Por lo tanto, parece que no resultará compatible con el programa de ayudas de la Comunidad Valenciana.

4.3. Obligaciones

Las empresas beneficiarias deberán presentar la documentación justificativa de las actividades financiadas en los tres meses siguientes a la finalización de la actuación, esto es, del plazo de realización de los gastos del proyecto. Esta documentación incluye: (i) una memoria técnica que contendrá indicación de las medidas llevadas a cabo y de los resultados obtenidos, según la metodología de trabajo y los indicadores de seguimiento propuestos en la solicitud; (ii) una memoria económica que refleje una relación del gasto subvencionable

⁴⁹ Puede ser personal con contrato laboral indefinido, personal autónomo socio de la empresa y personal autónomo económicamente dependiente.

documentado (nóminas, facturas, justificantes de pagos, etc.); (iii) un informe de auditoría contable y técnica, que incluirá la comprobación por parte del auditor de la ejecución y pago del total del presupuesto subvencionable del proyecto, con base en el cual se ha calculado el importe y límite de las ayudas.

Por otro lado, durante el segundo año de duración del proyecto piloto y aunque no haya gasto financiable, debe mantenerse la reducción de jornada presentada en la solicitud así como el resto de condiciones establecidas en la convocatoria exigidas a los beneficiarios.

Otras obligaciones estipuladas son: (i) realizar y acreditar las actuaciones subvencionadas; (ii) colaborar con las actuaciones de comprobación y control; (iii) conservar los documentos; (iv) comunicar incidencias o cambios; (v) comunicar la renuncia a la ayuda solicitada en el momento en que se produzca la certeza de la no ejecución y, en su caso, en el plazo máximo de dos meses desde la resolución de concesión; (vi) en toda referencia en medios de difusión a inversiones financiadas a partir de estas subvenciones se deberá indicar que han sido financiadas por el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo.

4.4. Reintegro de la subvención

El incumplimiento de los requisitos establecidos dará lugar a la pérdida del derecho al cobro de la ayuda e incluso a la obligación de devolver los importes percibidos más los intereses de demora correspondientes.

Se considera cumplimiento aproximado de modo significativo al total el equivalente a un 60% o superior de realización del presupuesto financiable del proyecto. En este caso, y siempre que se acredite una actuación inequívocamente tendente a la satisfacción de los compromisos y de las condiciones de otorgamiento de la ayuda, el reintegro será parcial y consistirá en el pago anticipado más los intereses de demora, en el porcentaje correspondiente a la inversión no efectuada o no justificada. También cabe reintegro parcial en caso de incumplimiento parcial de los fines para los que se concedió la ayuda o de la obligación de justificación.

Por otro lado, se considera incumplimiento total del proyecto: (i) el equivalente a un porcentaje inferior al 60% de realización del presupuesto financiable; (ii) el falseamiento, la inexactitud o la omisión en los datos suministrados por el beneficiario que hayan servido de base para la concesión o para la determinación de condiciones específicas de la resolución de concesión; (iii) el incumplimiento del contenido del plan de innovación organizativa y mejora de la productividad; (iv) la resistencia, excusa, obstrucción o negativa a las actuaciones de comprobación desde el momento del pago de la ayuda hasta que se produzca el cierre administrativo del expediente, así como el incumplimiento de las obligaciones contables, registrales o de conservación de documentos cuando de ello se derive la imposibilidad de verificar el empleo dado a los fondos percibidos, el cumplimiento del objetivo, la realidad y regularidad de las actividades financiadas, o la concurrencia de subvenciones, ayudas, ingresos o recursos para la misma finalidad.

4.5. Valoración y comparación con el programa de la Comunidad Valenciana

En el momento de redactar este trabajo, es pronto para valorar el éxito de estas subvenciones estatales por lo que parece más oportuno comparar su diseño con el del programa de ayudas de la Comunidad Valenciana.

La primera diferencia que llama a la atención de estas subvenciones estatales es que se circunscriben a pymes del sector industrial, mientras que en la Comunidad Valenciana se admite como beneficiaria a cualquier tipo de empresa. Si bien una empresa de mayor tamaño quizás no precise de este tipo de ayudas económicas, la exigencia de que la actividad sea industrial no parece muy justificada.

Una vez examinados los requisitos, parece que las mayores beneficiadas serán las empresas con cuentas saneadas, con trayectoria estabilizada en el mercado y con recursos para cuantificar y justificar los gastos financiados, tarea muy compleja atendiendo a lo dispuesto en el Anexo V de la norma. En este último aspecto, resulta mucho mejor el sistema establecido por el programa de ayudas de la Comunidad Valenciana que simplemente otorga una cantidad por participante. Además, en este último caso el proyecto puede durar de uno a tres años mientras que en proyecto estatal durará solo dos, por lo que hay que valorar si merece la pena el esfuerzo para ese período de tiempo.

Respecto a la reducción de jornada, la norma estatal exige un mínimo del 10% mientras que en la Comunidad Valenciana se exige un mínimo del 20% o 32 horas si la jornada era inferior a 40 horas semanales. En ambos casos aumenta la puntuación en la valoración cuanto más se reduzca la jornada aunque en las subvenciones del Ministerio esa puntuación también depende del número de personas afectadas.

En cuanto a esto último, en ambas normas se establece un mínimo similar de participantes en función del tamaño de la empresa y el cómputo de ese número apenas varía. En ambos supuestos, a mayor plantilla afectada, mayor puntuación en la valoración. También coinciden en que la retribución de esas personas no puede verse reducida.

En materia de igualdad, vemos más positivo lo establecido en la norma estatal, pues no se exige plan de igualdad, que es lo que ha dejado fuera de la convocatoria a muchas empresas en la Comunidad Valenciana. En ambos casos se exige un mínimo de paridad en la participación, que ya nos parece un elemento suficiente para garantizar la igualdad entre hombres y mujeres. Además, en la subvención estatal se valora también la inclusión de mujeres y personas con discapacidad.

Respecto a la obligación de acuerdo con la representación legal de las personas trabajadoras, también lo establecido por la orden ministerial nos parece más adecuado pues, en caso de carecer de dicha representación en la empresa, se puede acordar con una comisión *ad hoc*, sin depender de la disponibilidad de las organizaciones sindicales, más teniendo en cuenta que la implantación de una SL4 no tiene por qué llevarse a cabo necesariamente mediante negociación colectiva⁵⁰.

⁵⁰ Así también se afirma en Sala Franco, T. y Lahera Forteza, J., *La transformación del tiempo de trabajo...*, op. cit., p.189 aunque también se indica que la negociación colectiva es el

Finalmente, tanto en la norma estatal como en la autonómica lo que más puntúa a la hora de valorar las solicitudes de las empresas es la elaboración de un plan con las medidas para reducir jornada, indicadores, etc. Ya dijimos en anteriores epígrafes que para implantar una SL4 lo primero debería ser realizar un análisis exhaustivo de la organización empresarial para saber el punto de partida y el punto de destino. Por otro lado, nos resulta curioso que la norma autonómica obligue a describir el sistema de registro de jornada pero no lo haga la orden ministerial, cuando parece una cuestión básica a la hora de abordar cualquier materia relacionada con la jornada laboral.

5. CONCLUSIONES

El creciente interés por la SL4 ha culminado en dos programas de ayudas económicas para favorecerla: uno en la Comunidad Valenciana y otro de ámbito estatal promovido desde el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo. Además, desde 2019 en España han ido implantando este tipo de jornada empresas de diversos tamaños y sectores. Así, tenemos casos de empresas que producen de lunes a jueves (el denominado *Friday off*), de lunes a viernes (o incluso toda la semana) con rotación del nuevo día festivo entre empleados, que mantienen el salario anterior íntegro, que reducen una parte del salario no proporcional a la jornada reducida (“compartir” el coste entre empresa y trabajador), etc. En todo caso, creemos que el programa de ayudas de la Comunidad Valenciana ha establecido el modelo de SL4 que más se ajusta a nuestra legislación laboral, aunque la propuesta ministerial también se aproxima bastante: prestación de servicios durante cuatro días a la semana, 32 horas semanales en cómputo anual, mediando acuerdo con la representación legal de las personas trabajadoras y sin reducción salarial ni de cotización a la Seguridad Social.

No vamos a negar que una generalización a nivel estatal o mundial de la SL4 traería numerosos beneficios medioambientales, de calidad de vida, conciliación familiar y laboral, aumento de la industria del ocio, etc. No obstante, opinamos que decretar como festivo el viernes no deja de ser algo prácticamente inviable a corto y medio plazo, manifiesten lo que manifiesten diversas figuras políticas internacionales y nacionales. Implicaría un cambio social muy profundo y se ha afirmado que serían necesarios cambios legales así como la intervención de la negociación colectiva⁵¹. De este modo, el legislador debería fijar los elementos precisos de derecho necesario (límite de la jornada diaria, exigencia de descanso entre jornada y jornada y fórmula de calcular la jornada en un tiempo dado de referencia) así como buscar soluciones para que la disminución de la jornada

medio idóneo para reducir la jornada (p. 183). Está última fórmula también es preferida por Álvarez de la Rosa, M., “Tiempo de trabajo y productividad...”, op. cit., y, obviamente, por UGT, *Por una jornada laboral de 32 horas...*, op. cit., p. 48.

⁵¹ UGT, *Por una jornada laboral de 32 horas...*, op. cit., p. 36.

no generase paro y supusiese salarios inferiores⁵². En todo caso, las últimas aportaciones doctrinales en esta materia consideran que con la actual regulación del tiempo de trabajo ya se proporciona suficiente flexibilidad para no precisar de una SL4 de forma global⁵³. Asimismo, afirman que podrían incrementarse las horas extras⁵⁴ en lugar de disminuir el desempleo y que la iniciativa debería comportar un reparto de costes entre empresas, personas trabajadoras y Estado⁵⁵.

En nuestra opinión, creemos más probable que Estado y los agentes sociales acuerden adoptar una jornada de 32 horas semanales distribuidas en los actuales cinco días laborables. Piénsese que la subvención estatal analizada en este trabajo es fruto de un pacto entre el Gobierno y un partido político, a cambio de ciertos apoyos parlamentarios. Por lo tanto, no se incluía inicialmente en la agenda política del Gobierno y, además, se constata una cierta urgencia en su elaboración y publicación, todo ello poco antes de finalizar el año 2022, con dos meses para presentar la solicitud teniendo en medio el período navideño. Parecen elaboradas “a regañadientes”, si se nos permite la expresión. Por eso, a nivel estatal nos arriesgamos a afirmar que no continuarán este tipo de subvenciones. Sin embargo, la Comunidad Valenciana, que parece concienciada en la materia, ya ha informado de que se convocarán también en 2023 y no descartamos que otras Comunidades Autónomas convoquen ayudas similares en un futuro. En nuestra opinión, deberían imitar los aspectos positivos de la norma estatal que hemos detectado y descrito, referentes al acuerdo con la representación legal de las personas trabajadoras, los requisitos vinculados a la igualdad, etc. dejando de lado la limitación de empresas beneficiarias y la complejidad para calcular los gastos subvencionables.

Como conclusión, parece que la SL4 tiene más futuro a nivel empresarial que a nivel global. Así, cada vez más empresas se muestran interesadas en implantarla y las ayudas públicas descritas pueden ayudar a ello.

⁵² Álvarez de la Rosa, M., “Tiempo de trabajo y productividad...”, op. cit., p. 6.

⁵³ Sala Franco, T. y Lahera Forteza, J., *La transformación del tiempo de trabajo...*, op. cit., pp. 171 y ss.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 188.

⁵⁵ Por un lado, los trabajadores mantendrían el salario pero no tendrían aumentos periódicos o estos serían escasos. Por otro lado, las empresas deberían dedicar una parte de la pérdida de producción para contratar nuevo personal. Finalmente, el Estado debería bonificar las cuotas a la Seguridad Social de las nuevas contrataciones, crear incentivos fiscales a quien redujese la jornada y permitir desde la ley una mayor flexibilidad de la jornada en cómputo anual, *Ibidem*, p. 181. Otra doctrina ha propuesto que las subvenciones de fomento de la contratación se utilicen para incentivar la reducción del tiempo de trabajo e incluso mutualizar en parte dicho coste entre las empresas corriendo a cargo parte del gasto de la cuota del Fondo de Garantía Social que se ingresa todos los meses por la empresa, Toscani Giménez, D., “La jornada laboral de 4 días o 32 horas a la semana con el mismo sueldo”, *CAPITAL HUMANO* 364/2021, pp. 160-161.

LOS CRÉDITOS LABORALES EN LA REFORMA CONCURSAL DE 2022

EDUARDO E. TALÉNS VISCONTI
*Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social*
Universidad de Valencia

EXTRACTO

Palabras Clave: concurso de acreedores, créditos laborales, reforma legal, privilegio, protección del crédito

La Ley 16/2022, de 5 de septiembre ha introducido numerosos cambios en materia de Derecho Concursal. En el presente artículo me centraré, exclusivamente, en el análisis de la reforma llevada a cabo sobre el régimen jurídico de los créditos laborales. En este sentido, el objetivo de la reforma ha sido, principalmente, tratar de buscar una mayor protección del crédito laboral en todos los incidentes posibles.

ABSTRACT

Key Words: *bankruptcy, work credits, legal reform, privilege, credit protection*

Law 16/2022, of September 5, has introduced numerous changes in Spanish bankruptcy law. In this article I will focus, exclusively, on the analysis of the reform carried out on the legal regime of labor claims. In this sense, the objective of the reform has been, mainly, to seek greater protection of labor credit in all possible incidents.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: LA REFORMA RECIENTE DE LA LEY CONCURSAL
2. NOVEDADES INTRODUCIDAS EN RELACIÓN CON LA TUTELA DEL CRÉDITO LABORAL
 - 2.1. La nueva calificación de la indemnización por accidente de trabajo y enfermedad profesional
 - 2.2. La nueva regulación del crédito laboral en los concursos sin masa
 - 2.3. El nuevo régimen jurídico de la exoneración del pasivo de las personas físicas: aspectos laborales
 - 2.4. El plazo para recurrir la lista de acreedores y la inclusión o calificación del crédito laboral
 - 2.5. La inclusión de los créditos laborales en el convenio y los límites sobre su alteración
 - 2.6. La calificación de los créditos laborales devengados tras la aprobación de un convenio con los acreedores
 - 2.7. Los créditos laborales en el “preconcurso” y la incidencia de los planes de reestructuración sobre los mismos
 - 2.8. El nuevo proceso especial para microempresas y la dinámica del crédito laboral dentro del mismo
3. REFLEXIONES FINALES: LUCES Y SOMBRAS DE LA REFORMA EN RELACIÓN CON LA PROTECCIÓN DE LOS CRÉDITOS LABORALES

1. INTRODUCCIÓN: LA REFORMA RECIENTE DE LA LEY CONCURSAL

Desde que la Ley Concursal se promulgó en el año 2003 (Ley 22/2003, de 9 de julio) han sido muchas las reformas que han afectado a este texto, unas con mayor intensidad que otras. Algunas de estas leyes se han orientado de forma exclusiva a modificar la Ley Concursal, mientras que otras han repercutido a dicho texto desde otra serie de disposiciones contenidas en normas de ámbito más general. En el concreto caso del proceso concursal, los escenarios de crisis económica han sido los que normalmente han auspiciado la mayoría de estas reformas. Seguramente, el legislador proyectó en un primer momento el proceso concursal como una situación en cierta medida residual, donde, por lo demás, podía ser más o menos razonable que las empresas pasaran por este incidente singular con visos de supervivencia. Sin embargo, la evidencia empírica durante los años de la crisis económica iniciada –más o menos– en el año 2008, sacó a la luz el ligero optimismo del legislador, así como algunas de las incorrecciones de esta incipiente Ley. Fue en un contexto económico y social complicado cuando el proceso concursal sufrió sus primeras transformaciones normativas con cierto calado.

Sin embargo, en esta breve introducción partiremos de la actual vorágine normativa iniciada en el año 2020 con la aprobación del nuevo Texto Refundido de la Ley Concursal y cuya entrada en vigor tuvo lugar el día 1 de septiembre del año 2020. La DF 8ª de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, habilitó al Gobierno para aprobar un texto refundido de la Ley 22/2003, de 9 de julio. La finalización del plazo establecido para la refundición motivó que en la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales, se incluyera

una nueva DF 3ª que habilitaba un nuevo plazo para aprobar el mencionado texto refundido a propuesta de los ministros de Justicia y del entonces denominado de Economía y Empresa. Esta autorización incluyó la facultad de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que debían de ser refundidos. Este requerimiento tuvo respuesta con el ya mencionado RDLeg. 1/2020, de 5 de mayo, cuya EM justificó de la siguiente manera: “las dificultades que, tras tantas reformas, suscita la lectura y la interpretación de las normas legales e incluso la comprensión de la lógica interna del sistema concursal vigente exigían no posponer por más tiempo esa tarea que, aunque delicada, resulta insoslayable afrontar”. Desde mi punto de vista esta reforma era necesaria, especialmente en materia de Derecho Concursal Laboral, donde coexistían demasiadas dudas interpretativas, muchas de ellas motivadas por el distinto avance producido entre el ET y la LC. El Texto Refundido del año 2020 alteró la ubicación sistemática de todos los preceptos concursales, multiplicando el número de artículos sin que correspondan con los de la legislación anterior (a título de ejemplo, en materia laboral, la competencia del Juez del Concurso que se ubicaba en el artículo 8.3 LC, pasó a regularse en el artículo 53 TRLC –y así con todo–). En mi opinión, en estos momentos la norma está mejor estructurada y es más clara en muchos puntos. En este sentido, la norma concursal dedica un artículo a cada materia, evitando que un mismo precepto incluya cuestiones distintas o heterogéneas y, además, el epígrafe de cada artículo anticipa su objeto.

Ahora bien, no todos los cambios producidos sobre el régimen jurídico de las relaciones laborales de las empresas concursadas consistieron en “meros retoques” o en una operación de armonización y de mejor encaje sistemático. Antes, al contrario, el TRLC no se limitó a ejecutar una mera refundición y como bien nos anticipó su EM: “de ahí que, al redactar el texto refundido, el Gobierno no se haya limitado a reproducir, con mejor orden, las normas legales objeto de la refundición, sino que haya debido incidir en esa normativa en una muy delicada labor para cumplir fielmente la encomienda recibida. Ordenar un texto que las sucesivas reformas habían desordenado; redactar las proposiciones normativas de modo que sean fáciles de comprender y, por ende, de aplicar, y eliminar contradicciones –o incluso normas duplicadas o innecesarias– han sido pautas esenciales que han guiado la encomienda recibida”. Como se verá de forma más detenida en algún epígrafe más concreto de este estudio, la norma fue considerada “ultra vires” en algunas de sus previsiones. No cabe perder de vista que, de acuerdo con el artículo 82 CE, la delegación legislativa al Gobierno contiene un alcance limitado que puede consistir en una “mera formulación de un texto único” o también se permite “regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos”. Desde luego, lo que no puede hacer es cambiar por completo el sentido de un precepto, alterando su contenido.

El TRLC de 2020 convivió con la crisis sanitaria originada por el COVID-19 que, en términos jurídicos, provocó la aprobación de medidas urgentes, de naturaleza temporal y extraordinaria, con incidencia, entre otras muchas materias, en el ámbito del Derecho Concursal. Desde mi punto de vista, seguramente la reforma del TRLC no fue demasiado afortunada por varios motivos: por dictarse en

un momento de crisis sanitaria, en sus inicios, cuando más incertidumbre existía en nuestro país; , por tener que coexistir con reales decretos de urgencia, de compleja lectura e interpretación, provocando cierta inseguridad jurídica; por la necesidad (en el corto plazo) de transponer la Directiva 2019/1023, que obligó a revisar el texto concursal para volver a reformarlo; y, en último término, aunque no por ello menor, por la deficiente técnica legislativa utilizada.

Finalmente, se aprobó la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, que constituye el último hito en la materia. Dicha norma se aprobó, principalmente, para dar oportuno cumplimiento a la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019. La señalada norma europea tiene como finalidad establecer mecanismos de alerta ante el riesgo de insolvencia, dar una regulación más completa y coherente a los procesos de reestructuración preventiva de las deudas, simplificar el derecho concursal, aumentar la eficiencia, aligerar costes y ampliar las posibilidades de obtención del beneficio de liberación de deudas. Desde la constatación de que el 90% de los concursos acaban en liquidación, la UE, a través de esta nueva Directiva de insolvencia, persigue facilitar la reestructuración de empresas en crisis que, a pesar de sus dificultades financieras, presenten ciertos visos de viabilidad. De tal suerte que la Directiva 2019/1023 pivota en torno a los mecanismos de alerta temprana, los marcos de reestructuración preventiva y los planes de reestructuración. España debía de transponer dicha Directiva a nuestro ordenamiento y los trámites parlamentarios culminaron con la aprobación de la ya mencionada Ley 16/2022, de 5 de septiembre, que entró en vigor el pasado 26 de septiembre (excepto en algunas de sus partes, por ejemplo, el proceso especial para microempresas que se pospone para el 1 de enero de 2023¹). Un poco antes se aprobó la Ley Orgánica 7/2022, de 27 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en materia de Juzgados de lo Mercantil, que contiene importantes novedades en relación con la competencia judicial para resolver litigios planteados en materia laboral.

La Ley 16/2022 recoge numerosos cambios y abre nuevos horizontes y perspectivas de estudio, además de suponer importantes retos interpretativos. Se trata de una norma muy extensa que modifica numerosos preceptos y que, incluso, ha creado *ex novo* nuevas instituciones, incidentes y procesos. En cuanto a las nuevas instituciones, la norma regula un moderno y renovado sistema de “Derecho preconcursal”. La Directiva 2019/1023 exige la introducción en la legislación nacional de uno o varios marcos de reestructuración preventiva, debiendo de

¹ La Disposición final decimonovena señala que: “La presente ley entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», con excepción del libro tercero del texto refundido de la Ley Concursal, que entrará en vigor el 1 de enero de 2023, salvo el apartado 2 del artículo 689, que entrará en vigor cuando se apruebe el reglamento a que se refiere la disposición transitoria segunda de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y la disposición adicional undécima referida a los aplazamientos y fraccionamientos de deudas tributarias por la Agencia Estatal de Administración Tributaria, que entrará en vigor el 1 de enero de 2023”.

entender estos como unos “procedimientos ágiles y con una participación reducida de la administración judicial, dirigidos a la consecución de acuerdos entre empresas viables y sus acreedores, preferentemente en un estadio temprano de dificultades financieras”. El objetivo perseguido por este nuevo sistema puede ser doble: de un lado, que se produzca una reestructuración rápida y temprana que pueda contribuir a la subsistencia de la actividad empresarial y, de otro lado, descongestionar los juzgados de lo mercantil, que tendrán en este nuevo proceso un papel más residual o secundario. En España este proceso “preconcursal” se ha canalizado a través de los denominados “planes de reestructuración”. Desde el punto de vista laboral nos tendremos que preguntar acerca de la gestión de las relaciones laborales en el seno del mencionado proceso (principalmente si los créditos laborales pueden quedar afectados por los “planes de reestructuración” y sobre el modo de gestionar las medidas de ajuste sobre la plantilla de trabajadores).

Otra novedad de mucho calado que encierra la Ley 16/2022 ha sido la regulación de un procedimiento de segunda oportunidad más eficaz, ampliándose de manera decidida la relación de deudas que pueden quedar exoneradas e introduciendo la posibilidad de la exoneración sin liquidación previa del patrimonio del deudor, a través de un plan de pagos, permitiendo de este modo que conserve su vivienda habitual y sus activos empresariales. Este nuevo sistema se ha denominado exoneración del pasivo insatisfecho (“EPI”) y del mismo se pueden beneficiar los deudores que sean una persona natural (persona física) si reúnen una serie de requisitos legales. En el ámbito laboral nos tendremos que preguntar si existen créditos laborales cuyo pago por parte del empresario puede quedar exonerado y con qué límites.

La presente reforma también ha adoptado múltiples modificaciones procedimentales dirigidas a agilizar el procedimiento, facilitar la aprobación de un convenio cuando la empresa sea viable y una liquidación rápida cuando no lo sea. La duración del procedimiento concursal incluida la fase común se ha intentado acortar con la finalidad de que no se dilate demasiado en el tiempo (el nuevo artículo 508 *bis* TRLC dispone que, con carácter general, la fase común debe durar un máximo de 12 meses). También se reducen los plazos para dictar resoluciones judiciales y para subsanar defectos procesales y todo en ello en aras de intentar una correcta celeridad del procedimiento.

En línea con lo anterior, otra de las novedades más significativas ha sido la regulación de un nuevo proceso especial para el caso de las “microempresas”, que viene marcado por una simplificación procesal y por el carácter telemático de todos (o casi todos) los incidentes del mismo. Este nuevo proceso va dirigido a empresas que normalmente tengan menos de diez empleados y un volumen de facturación y pasivo que no llegue a los límites fijados por el artículo 685 TRLC. En este procedimiento especial la intervención del Juez del Concurso se reduce a momentos muy puntuales, manteniendo el empresario sus facultades empresariales, sin necesidad de nombrar una administración concursal, cuya participación será voluntaria cuando expresamente lo soliciten los acreedores en determinados casos y circunstancias. Aquí las cuestiones que deberemos de

intentar clarificar son, básicamente, el tema de la gestión de las relaciones laborales en este concreto proceso especial y los aspectos relacionados con el régimen de pagos y reconocimiento de créditos a favor de los trabajadores y la viabilidad de acudir al Fondo de Garantía Salarial.

La Ley 16/2022 también contempla otra serie de novedades en relación con el Derecho del Trabajo, además de la inserción de cuestiones laborales en los nuevos incidentes y procesos especiales. Como ejes vertebradores, de un lado, un incremento de la participación de las personas trabajadoras, señaladamente a través de sus representantes legales, de otro, un más que notorio aumento de la protección del crédito laboral, que se hace notar en los distintos incidentes y procesos concursales (tanto en los existentes con carácter previo a la reforma, como en los que han sido creados de forma inédita).

En definitiva, la Ley 16/2022 ha supuesto un cambio de paradigma en nuestro Derecho Concursal. La propia EM de la norma se hace eco de este nuevo modelo, indicando textualmente: “esta reforma legislativa va a suponer el detonante de un cambio integral de la situación de los procedimientos de insolvencia en nuestro país, siendo clave para su flexibilización y agilización, y para favorecer los mecanismos concursales, con el fin último de facilitar la reestructuración de empresas viables y la liquidación rápida y ordenada de las que no lo son”. Seguramente estamos ante la reforma concursal más intensa e importante, que ha incidido sobre el propio sistema, alterando el proceso y creando nuevas instituciones e incidentes. Una Ley que en pocos años ha sido alterada en varias ocasiones nos demuestra la complejidad de la institución, su viveza y proyección práctica y su problemática, pues las distintas reformas no han terminado por resolver las situaciones jurídicas que regula (señaladamente, la continuidad de la actividad empresarial). Muchos de estos problemas no son desconocidos en el ámbito laboral, donde la exégesis de la norma ha sido especialmente compleja, es por ello por lo que, la homogeneización entre las disposiciones de la Ley Concursal y del Estatuto de los Trabajadores debería de ser lo suficientemente elevada como para proyectar interpretaciones jurídicas lo más certeras posibles y coadyuvar con ello a una mayor seguridad jurídica.

2. NOVEDADES INTRODUCIDAS EN RELACIÓN CON LA TUTELA DEL CRÉDITO LABORAL

2.1. La nueva calificación de la indemnización por accidente de trabajo y enfermedad profesional

La presente reforma ha incidido de manera decisiva sobre algunos aspectos nucleares en relación con la protección del crédito laboral. Uno de estos cambios se ha producido sobre el texto del artículo 242 TRLC, que es el que regula los créditos que deben de ser considerados contra la masa. En este sentido, la reforma ha incluido dentro de esta calificación a las indemnizaciones por accidente de

trabajo o enfermedad profesional, cualquiera que sea la fecha de la resolución que los declare.

Con anterioridad a la presente reforma, la indemnización por falta de medidas de seguridad e higiene era considerada como un crédito concursal o contra la masa en función de la fecha de su devengo. En este sentido, podía ser un crédito concursal (de carácter privilegiado) si dicha cuantía existía con anterioridad a la declaración del concurso. Por su parte, podría calificarse como un crédito contra la masa en caso contrario, es decir, si su devengo era posterior a la declaración del concurso. En definitiva, el debate doctrinal se tenía que centrar en determinar cuál era el momento en el que se devengaba la cita indemnización.

En la actualidad, tras la reforma de la Ley 16/2022 este debate es totalmente estéril, dado que, *ex lege*, todo crédito de esta naturaleza que el empresario adeude al trabajador será, en todo caso, considerado contra la masa. En consecuencia, da exactamente igual que la indemnización se haya devengado antes o después de la declaración del concurso. En este punto el legislador concursal ha roto con el principio general consistente en que las deudas contra la masa son normalmente las devengadas tras la declaración del concurso. Esta opción legislativa no es algo que sea muy habitual, aunque ya cuenta con algún precedente, justamente, en relación con el Derecho del Trabajo, puesto que, desde los orígenes de la institución concursal, ya desde el año 2003, el legislador optó por considerar contra la masa los salarios de los treinta días de trabajo anteriores a la declaración del concurso. Estamos en ambos casos ante una ficción legal que persigue la protección del crédito en cuestión. En el caso particular de los accidentes laborales y las enfermedades profesionales que traen causa en una ausencia de medidas de seguridad e higiene por parte del empresario late el principio de cobertura total de la contingencia y pretende evitar que este crédito pueda quedar sin cobertura. Evidentemente, si estamos ante un crédito concursal, pese a que se le dote de carácter privilegiado, las expectativas de cobro son menores que en el caso en el que la calificación recibida es contra la masa.

En cualquier caso, como es de sobra conocido, el importe de las indemnizaciones en el caso de accidentes o enfermedades profesionales puede estar asegurado a través del correspondiente seguro de responsabilidad civil patronal. En estos casos, el crédito que la entidad aseguradora mantiene con la empresa corre distinta suerte, pues el regreso o reembolso tendrá la consideración de crédito concursal ordinario. Llama la atención que el carácter ordinario del crédito se haya establecido en el artículo 242 TRLC, que se ocupa de ordenar los créditos contra la masa. Quizás sea porque no existe un artículo específico que regule los créditos ordinarios, ya que estos son todos aquellos que no pueden incluirse en otra calificación distinta. Pero más allá de esta consideración de carácter sistemático, lo cierto es que el crédito de la entidad aseguradora se califica de un modo que considero algo erróneo. Estoy de acuerdo en que si el crédito se ha devengado con anterioridad a la declaración del concurso su calificación sea de concursal de naturaleza ordinaria. Ahora bien, si su devengo es posterior, entiendo que este crédito debería de haberse considerado contra la masa (me estoy refiriendo al crédito de la entidad aseguradora).

Seguramente esta sería la interpretación que cabría en caso de que el legislador no hubiera dispuesto nada al respecto. Pero lo cierto es que el legislador sí que querido proclamar de forma expresa la naturaleza de este crédito y ha optado por dotarle un *estatus* de crédito ordinario, incardinándolo en un precepto que regula los créditos contra la masa y sucediendo a otra frase que indica: “*cualquiera que sea la fecha de la resolución que los declare*”. Opino que la indiferencia de la fecha de la resolución de declare una cuantía indemnizatoria a favor del trabajador accidentado o enfermo también opera para la entidad aseguradora, por lo que su calificación será en calidad de crédito ordinario en todo caso.

Vista la regulación vigente, los escenarios que se pueden dar sobre esta materia son, básicamente, los siguientes:

- a) Indemnización por accidente de trabajo o enfermedad profesional que no esté cubierta por seguro alguno: toda la cuantía será calificada como crédito contra la masa.
- b) Indemnización por accidente de trabajo o enfermedad profesional cubierta por el seguro en su totalidad, siendo dicha entidad quien abona todo el importe a la persona o personas beneficiarias: toda la cuantía será calificada como un crédito concursal ordinario.
- c) Indemnización por accidente de trabajo o enfermedad profesional que está cubierta por el seguro, pero que su importe no lo está en su totalidad: en este caso la cuantía que la empresa deba directamente al trabajador será calificada como crédito contra la masa, mientras que la parte que deba de ingresar a la entidad aseguradora será calificada como crédito concursal ordinario.

Por su parte, el recargo de prestaciones no se ha regulado de la misma manera. En este sentido, el artículo 280.1 TRLC ha mantenido dentro de los créditos concursales privilegiados al recargo sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral devengadas con anterioridad a la declaración de concurso. De este modo, la redacción actual del precepto ha eliminado a las indemnizaciones por accidente de trabajo o enfermedad profesional que, tal y como hemos visto en los anteriores párrafos, han pasado a ser considerados contra la masa. En el caso del recargo de prestaciones su importe será considerado contra la masa cuando se haya devengado con posterioridad a la declaración del concurso, siendo concursal de carácter privilegiado cuando se devengue con anterioridad (y será privilegiado por toda su cuantía, sin topes ni límites). En este punto parece que el legislador se ha quedado a mitad camino en lo que a la protección de este tipo de créditos se refiere, dado que ha se ha centrado en la indemnización derivada de la responsabilidad por un accidente de trabajo o enfermedad profesional, dejando al recargo de prestaciones que su calificación se guíe según la fecha de su devengo. Quisiera llamar la atención, simplemente, en el dato consistente en que el recargo de prestaciones no puede ser asegurado y, además, su cuantía tampoco queda cubierta por parte del Fondo de Garantía Salarial, por lo que el responsable directo del pago es, en todo caso, el propio empresario y no siendo una cuestión baladí que el crédito sea calificado como concursal o contra la masa (calificación que nunca

es baladí, pero creo que aún lo es menos cuando el trabajador no tiene ningún organismo público o privado que pueda asumir el pago).

2.2. La nueva regulación del crédito laboral en los concursos sin masa

Otro cambio bastante significativo es el que se ha llevado a cabo sobre el nuevo esquema de pago y satisfacción de los créditos contra la masa en los casos de insuficiencia de masa activa para poder hacer frente a los mismos. El legislador reformista ha incidido en esta cuestión tanto para los casos en los que la insuficiencia de masa ocurre desde el momento de la propia declaración del concurso, como para los casos en los que acontece con posterioridad, es decir, en cualquier fase de la tramitación del proceso.

Empezando por la declaración del concurso sin masa *ab origine*, cabe indicar que la Ley 16/2022 ha eliminado la subsección 4.^a de la sección 2.^a del capítulo I del título XI del libro primero, integrada por los artículos 470 a 472 TRLC. Dicho de una forma más clara, que se han suprimido los denominados “concursos exprés”. En este sentido, con anterioridad a la reforma era posible que el Juez de lo Mercantil dictara un auto que en unidad de acto declarara el concurso de acreedores y, a su vez, su conclusión, cuando se pudiera constatar de manera evidente que la masa activa presumiblemente era insuficiente para la satisfacción de los posibles gastos del propio procedimiento. En estos casos, la posición de los trabajadores en relación con sus créditos pasaba por solicitar las prestaciones de FOGASA. Dado que el concurso se había declarado y cerrado en unidad de acto no había nombramiento de administración concursal que pudiera certificar nada, ni lista de acreedores. De tal suerte que la solución jurídica pasaba por una reclamación del crédito laboral por la vía de la jurisdicción social en busca de una declaración de insolvencia que fuera título habilitante para poder solicitar el pago de la prestación de FOGASA. Tras la Ley 16/2022 los concursos sin masa se han pasado a regular en los artículos 37 *bis* a 37 *quinquies* TRLC. El nuevo artículo 37 *ter* TRLC señala que en estos casos el Juez dictará auto declarando el concurso de acreedores al que incorporará el pasivo que resulte de la documentación y, en principio, sin más pronunciamientos. Este auto se remitirá para su publicación en el BOE (en el suplemento del tablón edictal judicial único) y también se publicará en el Registro Público Concursal. Frente a dicho auto, el acreedor o acreedores que representen el cinco por ciento del pasivo pueden solicitar el nombramiento de un administrador concursal (disponen de quince días desde la publicación del edicto). Ahora bien, la participación del administrador concursal en este procedimiento especial no es para emitir un informe que recoja la existencia y calificación de los créditos. Su participación está tasada y se reduce, principalmente, a mostrar su parecer sobre la culpabilidad o no del concurso. En caso de que el administrador concursal aprecie la existencia de indicios del artículo 37 *ter* TRLC, el artículo 37 *quinquies* TRLC establece que “*el juez dictará auto complementario con los demás pronunciamientos de la declaración de concurso y apertura de la fase*

de liquidación de la masa activa, continuando el procedimiento conforme a lo establecido en esta ley”.

En resumidas cuentas, si no se nombra administrador concursal o este concluye que no hay culpabilidad del deudor solamente tendremos un pasivo incorporado a un auto del Juez del Concurso sobre el que no ha existido contradicción. En estos casos no hay informes ni administración concursal que pueda certificar el crédito laboral. Por su parte, si el deudor es persona física podría solicitar la exoneración de pasivo al que más adelante me referiré en otro epígrafe. Por este motivo, la Circular 2/2022 emitida por la Secretaría General de FOGASA concluye que el organismo no puede responder ante este escenario. La solución pasaría, pues, por una demanda interpuesta en la jurisdicción social. Dado que la empresa es insolvente, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 23.2 LRJS, el órgano judicial deberá de citar a FOGASA. En principio, parece que no existirá obligación de citar a la administración concursal (desde luego, esto no será así cuando ni siquiera haya sido nombrada), pero entiendo que tampoco cuando lo haya sido, pues la concursada no tiene limitadas sus facultades empresariales. Con una declaración de insolvencia dictada en el seno de la jurisdicción social considero que FOGASA sí que respondería de las prestaciones. Entiendo que esta es la solución jurídica más segura que se desprende de la lectura del nuevo e “inacabado” procedimiento de declaración de concursos sin masa previsto en los artículos 37 *bis* a 37 *quinquies* TRLC. La opción más segura transita por buscar una declaración de insolvencia dentro de la jurisdicción social, de lo contrario el FOGASA denegará su prestación de acuerdo con lo indicado en su Circular antes mencionada. Esto se podría haber solucionado desde el tenor a través de varias sencillas fórmulas:

- a) Se podría haber introducido una previsión en el artículo 33 ET que, además de exigir que el crédito laboral esté incluido en la lista de acreedores o sea certificado por el administrador concursal, en casos de los concursos sin masa bastara con la relación contenida en el auto del Juez de lo Mercantil que refleja el pasivo de la empresa.
- b) Otra alternativa hubiera sido incorporando alguna previsión dentro del propio proceso concursal: por ejemplo, incluyendo la posibilidad de que el administrador concursal pueda certificar la deuda laboral; o bien que se le encomendara realizar un informe con los créditos existentes.
- c) También se podría haber solucionado permitiendo discutir aspectos relacionados con los créditos, quizás a través de un incidente concursal que pudiera al Juez del Concurso dictar una sentencia que acreditara la existencia y cuantía de un determinado crédito laboral.

Es posible que los órganos mercantiles puedan acudir a algún tipo de criterio “imaginativo” tendente a resolver este problema, tendremos que esperar a la evolución de la cuestión. Pero, desde luego, parece que, con la lectura sistemática de los artículos 37 *bis* a 37 *quinquies* TRLC y 33 ET la solución legal más segura, aunque no por ello la más convincente ni la más efectiva ni eficaz, sea que la persona trabajadora reivindique su crédito en el seno de la jurisdicción social (opción más segura, pero, desde luego, más larga y tediosa).

La solución podría ser distinta en los casos en los que el administrador concursal aprecie la existencia de los indicios a que se refiere el artículo 37 *ter* TRLC, dado que la norma establece que “*el juez dictará auto complementario con los demás pronunciamientos de la declaración de concurso y apertura de la fase de liquidación de la masa activa, continuando el procedimiento conforme a lo establecido en esta ley*”. Tendremos que esperar la evolución de este tema, pero parece que la norma ordena abrir la fase de liquidación y si el procedimiento continúa conforme a lo establecido en la ley quizás sí que tengamos un informe del administrador concursal o, cuanto menos, si este órgano persiste en el proceso, podrá certificar los créditos laborales que puedan permitir el acceso a las prestaciones de FOGASA. Si no hay créditos suficientes para cubrir los créditos con la masa entiendo que la ordenación de estos se tendría que llevar a cabo de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 250 TRLC, sin que existan créditos concursales que puedan quedar cubiertos. Con todo, como acabo de aseverar, los trabajadores podrían cobrar todo o parte de sus créditos de manos de FOGASA, siempre y cuando el administrador concursal pueda certificarlos y el órgano judicial cite al ente administrativo como parte del proceso para que pueda efectuar las alegaciones pertinentes.

También ha sufrido un importante cambio la dicción del 250 TRLC que con la redacción anterior contenía una lista *numerus clausus* de créditos, ordenados y jerarquizados que el Tribunal Supremo consideró que constituía una lista autónoma y separada². La Ley 16/2022 ha optado por eliminar la lista que existía con anterioridad. Esto no quiere decir que los créditos no estén ordenados y jerarquizados (sí que lo están), pero el nuevo artículo 250.3 TRLC remite a la lista del artículo 242.1 TRLC, es decir, la de los créditos que son considerados contra la masa.

En seguida volveré sobre este tema, puesto que, con anterioridad a los enumerados en la indicada lista, hay que cubrir los créditos “imprescindibles” para la liquidación de la masa activa. Aquí volvemos a encontrar novedades, dado que con anterioridad a la reforma de la Ley 16/2022 el artículo 250 TRLC no decía cuáles eran estos créditos “imprescindibles”. En estos momentos el artículo 250.2 TRLC sí que establece cuáles son estos créditos “imprescindibles” y, entre otros, señala que adquieren esta condición los adeudados por los salarios devengados después de la apertura de la fase de liquidación, mientras existan trabajadores con contrato en vigor. Repárese que el precepto utiliza exclusivamente el término

² La ordenación crediticia anterior a la reforma vigente era, básicamente, la siguiente:

1.º Los créditos salariales de los últimos treinta días de trabajo efectivo en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional.

2.º Los créditos por salarios e indemnizaciones en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago.

3.º Los créditos por alimentos devengados tras la apertura de la fase de liquidación en cuantía que no supere el salario mínimo interprofesional.

4.º Los créditos por costas y gastos judiciales del concurso de acreedores.

5.º Los demás créditos contra la masa.

salarios, por lo que otra serie de conceptos de naturaleza extrasalarial, incluidas las indemnizaciones por despido, no entran dentro de este carácter “imprescindible”. Esta limitación tiene todo el sentido porque la norma utiliza el concepto de créditos “*imprescindibles para la liquidación de la masa*”, por lo que solamente cumplen esta condición los salarios de los eventuales trabajadores que persistan con su contrato en vigor durante este proceso de liquidación. Con todo, en esta fase de liquidación lo normal es que la mayoría de los contratos de trabajo, por no decir todos, se hayan extinguido previamente, en cuyo caso no existirán créditos salariales que entren dentro de este concepto “imprescindible”. Seguramente el legislador está pensando en aquellos trabajadores, muy pocos, que puedan ayudar de algún modo u otro en las labores conclusivas de la empresa, en su última etapa, quizás con algún tipo de gestión normalmente de naturaleza administrativa y de colaboración con la administración concursal o para intentar dar salida a los últimos productos o servicios. Si los activos de la empresa no pueden cubrir ni siquiera estos créditos considerados “imprescindibles”, el pago de estos se realizará a prorrata en todos ellos.

Una vez que se han podido satisfacer los créditos “imprescindibles”, tanto laborales como los de otra clase, la normativa vigente nos conduce a una suerte de “espiguelo”, en el sentido de que para ordenar correctamente los pagos cabe acudir a los artículos 242 y 250 TRLC, respectivamente. En este sentido, de acuerdo con el orden previsto en el artículo 242 TRLC, lo primero que se tendrá que abonar, en su caso, es el importe íntegro del crédito indemnizatorio por accidente de trabajo o enfermedad profesional. En este punto cabe tener en cuenta que será, exclusivamente, la parte del crédito que deba de abonar la empresa directamente a la persona trabajadora afectada por el accidente o enfermedad profesional ocasionado por falta de medidas de seguridad. Desde mi punto de vista, el importe que haya podido abonar la entidad aseguradora a la persona afectada y que, en su caso, pueda exigir al empresario, no participará del régimen de pagos de los concursos sin masa, al tratarse de un crédito concursal ordinario.

Una vez satisfecho este importe, en el hipotético caso en el que exista un crédito de esta naturales (algo que por lo demás no será demasiado común), nos tenemos que alejar momentáneamente de la ordenación del artículo 242 TRLC, puesto que, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 250.4 TRLC, seguirán en el orden de prelación los créditos devengados tras la declaración del concurso por salarios e indemnizaciones por la extinción de los contratos de trabajo, hasta el triple del SMI.

Posteriormente, cubiertos todos los anteriores, cabrá pagar, en su caso, los créditos salariales por los últimos 30 días de trabajo efectivo anteriores a la declaración del concurso, hasta el duplo del SMI). Es posible que si la insuficiencia de masa se ha producido ya avanzado el proceso concursal estos créditos ya se hayan pagado. Detrás de estos les siguen otra serie de créditos de naturaleza no laboral que se alejan del objeto de este estudio.

2.3. El nuevo régimen jurídico de la exoneración del pasivo de las personas físicas: aspectos laborales

Otra de las novedades más significativas de la reforma de la Ley 16/2022 ha sido, sin lugar a duda, la incidencia que ha tenido esta sobre el régimen jurídico de la denominada “segunda oportunidad”, es decir, la posibilidad de que a un deudor persona física o natural se le puedan perdonar (exonerar) todo o parte de sus deudas. De hecho, la Directiva 2019/1023 obliga a todos los Estados miembros al establecimiento de un mecanismo de “segunda oportunidad”, con la finalidad de implementar un proceso de homogeneización que resulta imprescindible para el buen funcionamiento del mercado único europeo. Sobre la línea de flotación de este mecanismo de “segunda oportunidad” descansa la idea de poder permitir que el deudor vuelva a emprender, reincorporándose con éxito a la actividad productiva.

El sistema previsto en nuestra legislación interna se articula en dos modalidades de exoneración: la exoneración con liquidación de la masa activa o la exoneración con plan de pagos. Pero para poder transitar esta senda, el deudor persona física debe de cumplir con ciertos estándares relacionados con el principio de la buena fe profesional, que actúa como una especie de piedra angular del sistema. A tal efecto, el deudor debe de cumplir con una serie de conductas objetivas tasada por el artículo 487 TRLC, pues de lo contrario no podrá acogerse al beneficio de la exoneración de su pasivo. El mencionado precepto establece una serie de requisitos que deben de acreditar estas personas que vienen marcados, principalmente, por el hecho de no haber sido condenados ni sancionados por una serie de cuestiones y, entre ellas, se incluyen sanciones administrativas firmes recibidas por infracciones laborales a lo largo de los diez años anteriores, o acuerdos de derivación de responsabilidad (cabe entender solidaria), salvo que se hubiera satisfecho dicha responsabilidad. Tampoco pueden haber sido condenados por un delito, entre otros, contra la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores (siempre que la pena máxima señalada sea igual o superior a tres años, salvo que en la fecha de presentación de la solicitud de exoneración se hubiera extinguido la responsabilidad criminal y se hubiesen satisfecho las responsabilidades pecuniarias derivadas del delito). Existen, desde luego, otra serie de parámetros relacionados con el canon de la buena fe en la gestión de la actividad económica, pero en lo que aquí nos interesa, simplemente destacar que se incluyen dentro de este tipo de conductas que no se hayan recibido sanciones administrativas ni condenas que guarden relación con el Derecho del Trabajo, pues, de lo contrario, estas pueden llegar a frustrar el mecanismo de “segunda oportunidad”.

Por lo que se refiere al ámbito objetivo de protección, la regla general consiste en que el deudor de buena fe puede quedar exonerado de todas sus deudas, es decir, rige en esta sede un principio general de dispensa. Así lo manifiesta el artículo 489 TRLC, que expresa en su primera frase “*la exoneración del pasivo insatisfecho se extenderá a la totalidad de las deudas insatisfechas*”, debiendo de entender comprendidos tanto los créditos concursales como los devengados contra la masa. Ahora bien, pese a esta primera aproximación general, la norma incorpora una serie

de excepciones en la cual incluye una lista de créditos que debemos de considerar *numerus clausus* y ser interpretada de una forma excepcional y restrictiva. Se trata de una serie de créditos que por su especial naturaleza no pueden quedar exonerados o, dicho de otro modo, que el deudor sigue estando obligado a su abono o satisfacción con cargo a sus bienes y derechos. Dentro de este elenco podemos encontrar algunos créditos de índole laboral. Pero antes de entrar en ellos me gustaría señalar dos apuntes de cierto interés: en primer lugar, que la Directiva 2019/1023, en su artículo 23, deja plena libertad a los Estados para que regulen estas excepciones, incorporando un breve listado en el que la exoneración se puede limitar y en el que llama la atención de que no encontremos ninguna referencia sobre los créditos a favor de los trabajadores. Por lo tanto, la inclusión de una serie de deudas laborales entre las deudas que no se pueden exonerar ha sido fruto del designio de nuestro legislador interno. En segundo lugar, también llama la atención que en la exposición de motivos de la Ley 16/2022, cuando se explican brevemente los créditos que no se pueden exonerar y su justificación no se haya hecho ninguna referencia a los laborales, siendo que, como veremos, sí que han sido incluidos en el articulado de la norma. Entrando de lleno en la lista de créditos laborales que no pueden quedar exonerados, de acuerdo con el artículo 489 TRLC, on los siguientes:

- a) Las deudas por responsabilidad civil derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, cualquiera que sea la fecha de la resolución que los declare. No hace ninguna distinción el precepto sobre si el crédito debe de estar asegurado o no, distinción que sí que existe a la hora de determinar su calificación como concursal o contra la masa. Por lo tanto, parece que dicha indemnización, bien la tenga que abonar el empleador al trabajador afectado o bien a la entidad aseguradora, no se podrá exonerar. Si el legislador hubiera querido hacer distinciones las habría hecho, como ocurre con la dicción del artículo 242 TRLC. Por lo demás, tampoco se establecen topes ni límites de ningún tipo, por lo que la deuda se tendrá que pagar en su integridad.
- b) Tampoco se podrán exonerar los créditos salariales referidos a los 60 días anteriores a la declaración del concurso (hasta el triple del SMI). Se trata de un límite de días desconocido y sobre el que no existe precedente dentro de la legislación concursal, ni tampoco en el Estatuto de los Trabajadores, ni en la Directiva europea (que como se indicó previamente no dice nada sobre los créditos laborales). En este punto estamos ante créditos concursales, porque se han devengado con anterioridad a la declaración del concurso, excepto los relativos a los 30 últimos días de trabajo efectivo (que son créditos contra la masa). El importe salarial que no se puede exonerar será el calculado hasta el triple del SMI (por lo que la cuantía que exceda sí que quedaría exonerada). Tampoco se podrán exonerar los salarios que se han “*devengado durante el procedimiento*”. Entiendo que el precepto se refiere a los salarios que son considerados contra la masa, es decir, los devengados con posterioridad a la declaración del concurso. A diferencia de los créditos por los últimos 60 días de trabajo efectivo anteriores a la declaración del concurso, los salarios contra la masa no están limitados a un número de días concreto, ni tampoco a un importe máximo tomando como referencia el SMI, por lo que parece que el empresario

seguirá estando obligado al pago de toda la deuda salarial devengada contra la masa.

Cabe reparar en que el precepto utiliza en ambos casos el término “deudas por salarios”, por ende, las indemnizaciones (incluidas la de despido) y cualquier otra deuda de carácter extrasalarial (incluidos los salarios de tramitación. Aquí sería necesaria explicación adicional porque esta cuestión ha sido tradicionalmente polémica), sí que participarán del régimen general de exoneración. Por lo tanto, estos créditos laborales se extinguirán por razón de la exoneración y los trabajadores ya no podrán ejercer ningún tipo de acción frente el deudor tendente a su cobro (así lo dispone expresamente el artículo 490 TRLC). Con todo, los trabajadores podrían recibir todo el importe de la deuda o parte de este si solicitan la prestación de FOGASA y reúnen los requisitos para obtener la misma. Otra posibilidad puede ser en el caso en el que exista otra empresa que pueda resultar responsable de manera solidaria con el empleador principal, puesto que el artículo 492.1 TRLC establece que la “*exoneración no afectará a los derechos de los acreedores frente a los obligados solidariamente con el deudor (...) por disposición legal o contractual*”. Para ello, evidentemente, debe de existir otra empresa a la que el trabajador pueda reclamar esa deuda que ya no va a recibir en ningún caso de su empleador concursado, demanda que entiendo que deberá de plantearse ante los órganos de la jurisdicción social únicamente frente a la otra/s empresas/s, puesto que frente al deudor principal ya hemos visto que no se puede ejercer ningún tipo de acción (aunque podría ser llamado, eso sí, para probar la eventual relación industrial o comercial que pudiera hacer derivar la responsabilidad hacia otra empresa).

Otra duda que se puede plantear en este punto es sobre si la deuda salarial que no se puede exonerar es por el importe bruto o neto y si cabe incluir los intereses por mora. Parece que el importe que cabe escoger en este caso es el importe neto, ya que siendo la exoneración la regla general, el abono de los salarios es una excepción y, por lo tanto, el trabajador debería de recibir la cuantía que le corresponde, siendo la parte del salario que hay que asignar a la Agencia Tributaria y a la TGSS susceptible de resultar exonerada si la misma entra dentro de los límites legales a los que más adelante me referiré.

Por lo que respecta a los intereses, dado que la norma no los excluye y alude expresamente a la “deuda salarial”, considero que por tal hemos de entender que se refiere al principal más los intereses. Respecto de los créditos contra la masa tiene sentido porque los salarios sí que siguen devengando intereses, dado que estos no se paralizan. Por este motivo, por “deuda salarial” devengada “durante el procedimiento”, debemos de entender incluidos los intereses por mora del 10 por ciento previstos en la legislación laboral (pues en caso contrario el legislador lo debería de haber indicado expresamente, como así ha hecho en otras partes de la Ley Concursal en relación, precisamente, con los intereses). Por lo que se refiere a los créditos por los 60 últimos días de trabajo efectivo, al ser créditos devengados con anterioridad al concurso, el artículo 152 TRLC proclama el principio general de suspensión del devengo de intereses, excepto para el caso los créditos salariales que sí que los devengarán, pero calculados de acuerdo con el interés legal del

dinero. Todos estos intereses, no obstante, se paralizarán en el momento de la exoneración, ya que estos no se devengarán durante el plan de pagos (artículo 496 *bis* TRLC).

En último término, cabe señalar que estos créditos salariales que no pueden quedar exonerados lo serán “*siempre que su pago no hubiera sido asumido por el Fondo de Garantía Salarial*”. Por lo tanto, si FOGASA se ha hecho cargo de toda la deuda salarial, el crédito sí que se exonerará, toda vez que de la lectura del precepto cabe deducir que el ente administrativo no podrá subrogarse, quedando toda la deuda perdonada y sin posibilidad de recuperación. Ahora bien, si, por cualquier motivo, la persona trabajadora no puede acudir a FOGASA o este organismo le ha denegado la prestación, los límites serán los que he comentado con anterioridad, sin que la exégesis genere mayores dudas interpretativas. El problema podría venir cuando el FOGASA haya abonado una parte de la prestación salarial (por llegar a sus topes legales) y quede parte de la deuda por salarios que satisfacer. En estos casos, cuando toda la deuda sea de la parte no “exonerable” (es decir, entre toda dentro de los lindes del artículo 489.1 4º TRLC), considero que no existirán demasiados problemas en convenir en que la cuantía abonada por el FOGASA quedará exonerada y que no lo estará por toda la cuantía que reste, es decir, que la diferencia seguirá siendo una obligación de pago que deberá de asumir el empresario. Pero, mayores complejidades pueden tener los casos en los que la deuda es muy elevada, ya sea por afectar a muchas mensualidades, y que existan salarios que no se puedan exonerar, mientras que otros sí que lo sean. Aquí el problema radica en que FOGASA abonará una determinada cuantía calculada sobre la totalidad de la deuda, es decir, que no dictará una resolución que parece el crédito en función de si cubre crédito contra la masa o concursal. Si entendemos que el importe abonado por FOGASA (su prestación) estará totalmente exonerado, la duda está en si el deudor persona física podría alegar lo siguiente: que toda la parte abonada por este organismo queda exonerada, pudiendo aducir que hay otra parte del crédito (que supere el triple SMI o que sea anterior a los 60 días de trabajo anteriores a la declaración del concurso) que también se le tendría que exonerar en su integridad (es decir, que toda la parte abonada por FOGASA se coja de la parte de la deuda no exonerable). Por su parte, al trabajador (acreedor) le interesará la postura contraria, es decir, alegar que FOGASA ha abonado su prestación de la parte que puede quedar exonerada, para así poder solicitar de su empleador el resto de la deuda salarial no “exonerable”³. Aquí no podemos acudir a las reglas

³ Veamos la dinámica anterior con un ejemplo numérico empleando cifras sencillas para su mayor comprensión. Supongamos que la deuda salarial total asciende a 10.000 euros. Imaginemos que 6.000 euros son anteriores a la declaración del concurso (3.000 referidos a los 60 últimos días de trabajo efectivo y los otros 3.000 por un periodo anterior) y los otros 4.000 euros son posteriores a la declaración del concurso. Pues bien, supongamos que FOGASA abona una prestación que asciende a 6.000 euros (por lo que todavía restan 4.000 euros por abonar). En este supuesto imaginado acabado de plantear, es dable pensar que a la empresa le interese que esos 6.000 euros abonados por FOGASA sean de la deuda más actual y que sea todo de la parte no “exonerable” (todo el crédito contra la masa -4.000- y parte del concursal). De este modo, solo tendría la obligación de

sobre imputación de pagos, dado que FOGASA no va a recuperar la prestación, es decir, no se subroga y por ello el problema no consiste en tratar de repartir importes pecuniarios entre el ente administrativo y el trabajador afectado. Desde mi punto de vista, aquí no creo que quepa una interpretación *pro operario*, pues no estamos aplicando legislación laboral, por lo que cabe acudir al principio general que impera en esta sede y que supone que “*la exoneración del pasivo insatisfecho se extenderá a la totalidad de las deudas insatisfechas*” (artículo 489.1 TRLC). No cabe perder de vista que el trabajador, en su calidad de acreedor, se rige por la legislación concursal y por este motivo considero que le resultan de aplicación los principios propios de esta institución y, concretamente, los derivados del beneficio de exoneración de pasivo insatisfecho y “segunda oportunidad”. Por esta razón, parece lógico entender que, siendo la exoneración la regla general aplicable, cabrá deducir de la parte abonada por FOGASA, en primer lugar, el crédito salarial que se puede exonerar, por lo que puede que finalmente el trabajador reciba, si se utiliza esta regla, una cuantía menor.

c) Por lo que se refiere a los créditos de la TGSS, en estos momentos, la redacción vigente del artículo 489.1 5º TRLC parte del principio contrario, es decir, cabe partir del criterio general de que el crédito público no se puede exonerar. No obstante, en el caso particular de las deudas de Seguridad Social, sí que pueden quedar exonerados los importes adeudados hasta alcanzar la cifra de diez mil euros (siendo los primeros cinco mil de exoneración directa y el resto del 50% hasta alcanzar los indicados diez mil euros). Como se podrá apreciar, la exoneración de deudas de derecho público queda sujeta a ciertos límites y, además, solo podrá producirse en la primera exoneración del pasivo insatisfecho y no así no en las sucesivas.

Sobre los créditos laborales que han sido exonerados (sean por indemnizaciones o salarios que superen los límites vistos con anterioridad o bien los mantenidos contra la Seguridad Social centro de los topes legales), el acreedor ya no podrá interponer acción de ningún tipo. En sentido contrario, respecto de la parte no exonerada de cualquier crédito, el acreedor sí que mantendrá las acciones pertinentes (artículo 490 TRLC). No obstante, la norma concursal no resuelve cuál es el órgano competente para conocer las demandas presentadas en relación con la reclamación del crédito laboral no “exonerable”, es decir, si esta corresponde al Juez del Concurso. Desde mi punto de vista, dado que el proceso concursal permanece abierto, al tratarse el litigio del reconocimiento y/o ejecución del pago

pagar 1.000 euros al trabajador (porque los 6.000 de FOGASA quedan perdonados y los 3.000 que superan los 60 días anteriores a la declaración del concurso también quedan exonerados, por lo que restarían por pagar 1.000 euros). Del lado contrario, al trabajador le interesará plantear que los 6.000 euros del FOGASA se extraen primero de la deuda “exonerable” o bien la más antigua (en este escenario la empresa le debería de pagar toda la diferencia, es decir, 4.000 euros). De acuerdo con lo explicado más arriba en el texto, el criterio que entiendo que cabría aplicar es el primero, es decir, que en este supuesto el trabajador solamente tendría derecho a seguir reclamando la cantidad de 1.000 euros, quedando el resto de la deuda exonerada para el empleador (sin perder de vista que el trabajador ya ha recibido una parte de manos de FOGASA).

de un crédito, la competencia le corresponde al Juez del Concurso. Apoya esta tesis lo dispuesto por el artículo 499.2 TRLC que, en el contexto de un plan de pagos, señala que “*las acciones declarativas y de ejecución de los acreedores de deuda no exonerable o de las nuevas obligaciones asumidas por el deudor durante el plazo del plan de pagos se ejercerán ante el juez del concurso por los trámites del incidente concursal*”. Por lo tanto, la parte del crédito no exonerable e, incluso, las nuevas deudas laborales que se puedan originar durante este proceso deberán de ejecutarse a través del incidente concursal “común” ante el propio Juez del Concurso.

2.4. El plazo para recurrir la lista de acreedores y la inclusión o calificación del crédito laboral

Como cualquier otro acreedor, los trabajadores también tienen el deber de comunicar los créditos por deudas que el empresario tiene con ellos. Con todo, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 260 TRLC la administración concursal debe de reconocer de oficio en su informe aquellos créditos laborales que obren en la documentación de la empresa. Por ello, podría llegarse a convenir que, *a priori*, la comunicación del crédito es potestativa para el trabajador⁴. Ahora bien, es posible que el administrador concursal haya calificado el crédito de manera errónea o equivocada o que los datos de la empresa no sean correctos. No debemos de olvidar en este punto que el *onere* o carga de comunicar el crédito le corresponde siempre al acreedor, aun cuando se goce de este privilegio de reconocimiento automático.

En este sentido, los acreedores (entre ellos los trabajadores) tienen a su alcance la posibilidad de impugnar judicialmente el crédito no reconocido o incorporado de forma distinta a la pretendida dentro de la lista de acreedores, procedimiento que se sustanciará por los trámites del incidente concursal “común”. De este modo, una vez presentado el informe por parte del administrador concursal en el juzgado y, en su caso, notificado a los interesados, estos dispondrán de un plazo de 10 días para impugnar la lista de acreedores.

Hasta la reforma de la Ley 16/2022 esta notificación podía ser a través del correo electrónico, es decir, notificándose expresamente o, en caso contrario, el acreedor podía darse por enterado a través de la publicación del informe en el Registro Público Concursal y el tablón de anuncios del juzgado. De este modo, la Ley Concursal diseñaba dos cómputos diferentes, dependiendo de si el acreedor se había personado en el proceso o no. En el primer caso, el *dies a quo* comenzaba a contar a partir del día siguiente de la notificación llevada a cabo por parte del administrador concursal., la fecha para computar el plazo. En el segundo, el plazo de 10 días era a partir del día siguiente de la publicación en el Registro Público Concursal o en tablón de anuncios correspondiente (la más tardía, en caso de que

⁴ En este sentido, Veiga Copo, A.B. *La masa pasiva del concurso de acreedores*, Ed. Thomson-Civitas. 2010, página 117.

no coincidan). En consecuencia, la Ley Concursal preveía un plazo de 10 días común para todos los interesados, si bien, el *dies a quo* variaba en función de si el acreedor estaba o no personado en el proceso.

La Ley 16/2022 ha incidido directamente sobre el cómputo de este plazo de 10 días para impugnar la lista de acreedores, indicando que *“el plazo para impugnar el inventario y la lista de acreedores se contará desde la inserción de esos documentos en el Registro público concursal”*. Por lo tanto, en estos momentos la ley ya no diferencia el *dies a quo* en función de si el acreedor está personado en el proceso y se le ha notificado o no el informe por parte del administrador concursal. La reforma concursal ha hecho tabla rasa en este punto y a partir de su entrada en vigor todos los acreedores dispondrán, sin distinción, de un plazo de 10 días para poder recurrir la lista de acreedores, momento que empezará a contar desde la publicación de la misma en el Registro Público Concursal. Por lo tanto, con independencia de la notificación del informe, todo trabajador debe de estar atento a la publicación de la lista de acreedores en el correspondiente registro. Es posible que los representantes de los trabajadores puedan ejercer esta labor, dado que el nuevo artículo 294.2 TRLC establece que *“la administración concursal remitirá el informe y los documentos anejos por correo electrónico al deudor, a aquellos que hubiesen comunicado sus créditos de cuya dirección electrónica tenga constancia, estén o no incluidos en la lista de acreedores, y a quienes, aunque no fueran acreedores, estuvieran personados en el concurso”*. Es posible que los representantes legales de los trabajadores también sean acreedores o que, aun no siéndolo puedan estar personados en el proceso, razón por la cual recibirán la lista provisional de parte de la administración concursal. La Ley 16/2022 ha suprimido el contenido del artículo 295 TRLC que decía que *“quien esté personado en el concurso de acreedores tendrá derecho a solicitar y a obtener de inmediato, a su costa, copia del informe de la administración concursal y de los documentos complementarios”*. Por lo tanto, para la representación legal de los trabajadores no debe de suponer un coste la obtención de la lista provisional que deberán de recibir de forma gratuita en caso de ser acreedores o estar personados en el proceso, pudiendo de esta manera ejercer su labor de vigilancia y orientación a sus compañeros/as a los que representan en aras de estar pendientes del plazo otorgado para recurrir.

2.5. La inclusión de los créditos laborales en el convenio y los límites sobre su alteración

En este epígrafe se dará cuenta de un par de cambios introducidos a la hora de negociar un convenio con los acreedores, como posible salida a la situación de insolvencia.

Desde luego, los créditos laborales pueden quedar afectados por un convenio con los acreedores a través de distintas fórmulas y procesos sobre los que aquí no se va a entrar, siendo el propósito de este estudio analizar los cambios producidos por mor de la Ley 16/2022. Pero como punto de partida cabe aseverar que los

créditos laborales también pueden llegar a participar de las quitas y/o esperas del convenio.

Ahora bien, a través del convenio se pueden negociar otras tantas medidas en relación con las deudas del empresario, pero no todas ellas alcanzan a los trabajadores, siendo que la reforma vigente ha intentado poner coto a muchas de ellas. Sin embargo, el nuevo artículo 318 TRLC establece un elenco de prohibiciones que alcanzan a los créditos laborales que no pueden sufrir un cambio respecto de su ley aplicable ni pueden convertirse en acciones o participaciones sociales, ni en préstamos participativos, ni tampoco en otro crédito con rango distinto al previsto en el propio TRLC. En definitiva, que los créditos de los trabajadores tienen su origen en lo previsto en la legislación laboral y el convenio no puede alterar esta cuestión, ni tampoco puede perdonarse la deuda a cambio de una dación en pago, ni alterar su calificación rebajando su orden de prelación) ni sustituirla por el ofrecimiento de acciones o participaciones de la empresa. Sobre esta cuestión el artículo 327 TRLC también ha sufrido alguna variación en su redacción que, leído de manera conjunta con el citado artículo 318 TRLC nos da a entender la imposibilidad de que el crédito de los trabajadores pueda ser convertido en participaciones o acciones de la sociedad.

Para el caso de los créditos de la TGSS, el artículo 318.3 TRLC ha incorporado tras la reforma que la propuesta de convenio *“no podrá suponer quita ni espera respecto de los créditos correspondientes a los porcentajes de las cuotas de la seguridad social a abonar por el empresario por contingencias comunes y por contingencias profesionales, así como respecto de los créditos correspondientes a los porcentajes de la cuota del trabajador que se refieran a contingencias comunes o accidentes de trabajo y enfermedad profesional”*. En este sentido, la protección del crédito público, en este caso respecto de las cotizaciones a la Seguridad Social, alcanza a la imposibilidad de que se pueda pactar a través de un convenio quitas y/o esperas respecto de las cuotas por contingencias comunes y profesionales, tanto de la parte que le corresponde abonar al empresario como de la parte que le incumbe al trabajador. Se trata, sin duda, de la cuantía más elevada de las cotizaciones a la Seguridad Social cuyos importes se tendrán que abonar en sus estrictos términos. En sentido contrario, de la nueva redacción del precepto se deduce que sí que se podrán pactar quitas o esperas respecto de otros elementos de la cotización, por otros conceptos distintos a las contingencias comunes y profesionales.

2.6. La calificación de los créditos laborales devengados tras la aprobación de un convenio con los acreedores

La Ley 16/2022 también ha incidido sobre la calificación que merecen los créditos que se originan (devengan) dura la fase de cumplimiento del convenio que ha sido aprobado con los acreedores.

Con anterioridad a la reforma, la Sala de lo Social de Tribunal Supremo se había ocupado de asentar que los conflictos suscitados entre los trabajadores y

el empresario que guardaban relación con los créditos originados en la fase de cumplimiento de un convenio con los acreedores debían de ser resueltos por los órganos de la jurisdicción social. Así lo resolvió la STS de 17 de abril de 2018⁵, en los siguientes términos: “*la conclusión que se extrae es clara: una vez aprobado el convenio concursal, los acreedores concursales no sujetos al convenio así como los acreedores que hubieran adquirido su crédito después de aprobado el convenio, podrán iniciar ordinariamente ejecuciones o continuar con las que hubieran iniciado; ejecuciones que no se acumularán al proceso concursal, puesto que el efecto específico del concurso, consistente en la paralización de la ejecución y la atracción de las ejecuciones al concurso, ha sido enervado desde la eficacia del convenio*”. Esta misma interpretación ha sido repetida posteriormente por la STS de 9 de enero de 2019⁶ y unos años antes por el Auto dictado por la Sala Especial de Conflictos con fecha de 28 de septiembre de 2015⁷. En similares términos, la STS de 31 de enero de 2019⁸, resolvió un supuesto concreto en el que se discutió acerca de la competencia para ejecutar los créditos devengados con posterioridad a la aprobación de un convenio, concluyéndose que estos deben de hacerse efectivos en el seno del orden jurisdiccional social.

Hasta la aprobación de la Ley 16/2022 los créditos adeudados tras la aprobación judicial del convenio eran créditos que quedaban extramuros de la competencia del Juez del Concurso (por no ser ni concursales ni contra la masa). Ahora bien, en estos momentos, el nuevo artículo 414 *bis* TRLC nos obliga a una reflexión sobre el particular, puesto que establece como novedad que los créditos contraídos durante el cumplimiento del convenio son de naturaleza concursal. Esta nueva regulación conduce a plantear si la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que consideraba que la competencia para conocer sobre las demandas de los créditos devengados en esta fase es de los órganos de la jurisdicción social, puede mantenerse o si por el contrario debería de modificarse.

Considero que esta jurisprudencia no se ha visto alterada si atendemos a la ubicación sistemática del reformado artículo 414 *bis* TRLC. El precepto (“*especialidades en caso de incumplimiento del convenio*”) se ubica dentro del capítulo titulado “*De los efectos de la apertura de la fase de liquidación*”. De modo que la interpretación correcta tendría que ser la siguiente:

- a) Cuando el crédito laboral se devengue durante la fase de cumplimiento de convenio y en tanto en cuanto no se declare el incumplimiento del mismo y, por ende, no se abra la fase de liquidación, la doctrina del TS se habría de mantener. En este sentido, podemos concluir que los trabajadores que quieran reclamar el pago de su crédito laboral durante la fase de cumplimiento del convenio y, en

⁵ STS de 17 de abril de 2018, rec. 934/2016.

⁶ STS de 9 de enero de 2019, rec. 2738/2016.

⁷ ATS (Sala Especial de Conflictos de Competencia) de 28 de septiembre de 2015, Conf. Comp. 14/2014.

⁸ STS de 31 de enero de 2019, rec. 1141/2017.

tanto que no se abra la liquidación, tendrán que demandar ante la jurisdicción social e, incluso, mientras esta situación no cambie, se podrá recabar la tutela ejecutiva sobre dichos créditos dentro de este mismo orden jurisdiccional.

- b) Ahora bien, esta situación cambiará cuando se abra la fase de liquidación tras la declaración de incumplimiento del convenio (o la declaración por nulidad del convenio aprobado). Cuando se produzca cualquiera de estos acontecimientos el trabajador afectado ya no podrá plantear la demanda ante los órganos de la jurisdicción social. En este nuevo escenario será de nuevo el Juez del Concurso quien tenga la competencia: en estos casos se debe de reponer a la administración concursal o nombrar una nueva y ya no se podrán iniciar ejecuciones laborales separadas (y las iniciadas se tendrán que paralizar). De esta manera los créditos laborales se tendrán que ordenar conforme a las reglas propias de la legislación concursal (de acuerdo con la clasificación de los créditos concursales, sin que puedan ser considerados contra la masa). La novedad en este punto reside en que los créditos laborales (salariales o indemnizatorios) que han sido originados durante la fase de cumplimiento del convenio serán calificados, una vez abierta la liquidación, como créditos concursales. A partir de este momento cualquier controversia suscitada en relación con el reconocimiento y/o pago de los mismos se tendrá que llevar a cabo de acuerdo con lo establecido en el TRLC.

2.7. Los créditos laborales en el “preconcurso” y la incidencia de los planes de reestructuración sobre los mismos

La Ley 16/2022 ha regulado en su nuevo Libro Segundo el “Derecho preconcursal”. Se trata de una regulación muchísimo más extensa que la prevista en las anteriores versiones de la norma. De entrada, cabe indicar que han desaparecido los “acuerdos extrajudiciales de pagos” y con ello la figura del mediador/a concursal. También se ha superado con creces la regulación de los extintos acuerdos de refinanciación de la deuda, que anteriormente ocupaban un espacio menor dentro del articulado de la ley. En estos momentos, la reforma gira en torno al denominado “plan de reestructuración”, que se enmarca dentro de los mecanismos de “alerta temprana” reconocidos por la Directiva 2019/1023. En este sentido, las herramientas de “alerta temprana” despliegan sus efectos en un contexto anterior a la insolvencia real o inminente y se implementan, precisamente, con el objetivo de evitar esta situación y poder salvaguardar la viabilidad económica⁹.

No es el propósito de este epígrafe comentar las múltiples cuestiones que se desprenden del nuevo “Derecho preconcursal”, ni agotar las dudas e inconsistencias que arroja dicho proceso, sino más bien intentar despejar los principales aspectos que guardan relación con el régimen jurídico de los créditos laborales.

En relación con la eventual afectación de los créditos laborales por parte de los “planes de reestructuración” de la deuda, debemos de tener en cuenta lo

⁹ Gómez Asensio, C. “Alerta temprana y exoneración de pasivo”, *La insolvencia del deudor persona natural ante la transposición de la Directiva 2019/1023*, Ed. Aranzadi, 2021, página 69.

regulado por el artículo 616.2 TRLC, que textualmente deja fuera de los mismos a “*los créditos derivados de relaciones laborales distintas de las del personal de alta dirección*”. Efectivamente, este precepto se ocupa de regular los créditos que pueden ser afectados por los planes de reestructuración, dejando fuera de los mismos los créditos del personal laboral “común” sujeto al Estatuto de los Trabajadores. Repárese como el precepto utiliza, con destacada amplitud, el término “*créditos derivados de relaciones laborales*”, por lo que aquí debemos de incluir cualquier tipo de deuda, ya sea salarial o extrasalarial, siempre que la misma derive del contrato de trabajo. En definitiva, cabe concluir que las deudas laborales no seguirán el tratamiento general de la mayoría de los créditos dentro del nuevo proceso “preconcursal”, no quedando sometidos a las reglas que la legislación concursal establece para los planes de reestructuración. Esto supone, entre otras cuestiones, que no pueden verse sometidos a quitas ni esperas, ni pueden cambiar su calificación, ni convertirse en acciones o participaciones, etc. Esto no quiere decir que no se puedan adoptar decisiones empresariales en relación con los salarios u otra serie de conceptos extrasalariales, pero las mismas se deberán de regir por lo dispuesto por el Estatuto de los Trabajadores (por ejemplo, la modificación de condiciones del artículo 41 ET o el “descuelgue” salarial del artículo 82.3 ET). Más difícil parece la afectación de las indemnizaciones, por ejemplo, las derivadas de la extinción del contrato de trabajo, que al no poder entrar dentro de los planes de reestructuración deberán de abonarse en su estricta cuantía.

El hecho de que los créditos derivados de las relaciones laborales no puedan quedar afectados por los planes de reestructuración resuelve otro importante interrogante normalmente asociado a la declaración del concurso, como es el caso de la suspensión de las ejecuciones laborales separadas. Pues bien, toda vez que estos créditos no entran dentro de los planes de reestructuración, sí que será posible que se puedan iniciar ejecuciones separadas (o bien continuar con las que han sido previamente iniciadas dentro de la jurisdicción social), tal y como reza el artículo 606 TRLC. A esta misma conclusión ha llegado la Circular 2/2022 emitida por parte de la Secretaría General de FOGASA que reconoce expresamente que se pueden iniciar o continuar las ejecuciones de los créditos laborales cuando se está tramitando un plan de reestructuración. Esto supone que durante esta fase “preconcursal”, en principio, FOGASA no se hará cargo de las prestaciones reguladas por el artículo 33 ET: primero, porque no existe todavía una declaración de insolvencia (concurso de acreedores), segundo, porque los créditos no están ordenados en una lista de acreedores, ni existe administración concursal que pueda certificarlos, en último lugar, porque el plan de reestructuración no es un título habilitante ni causa de solicitar las prestaciones de FOGASA. En definitiva, en tanto que no se declare el proceso concursal, la única vía de cobro de prestaciones debe de pasar, inexorablemente, por una declaración de insolvencia obtenida en un proceso de ejecución laboral. Ahora bien, la Circular de FOGASA antes mencionada recoge una regla dirigida a las Unidades Periféricas para que se opongán a la declaración de insolvencia por parte de los órganos de la jurisdicción social en el caso de empresas que hayan aprobado un plan y continúen con la actividad. En mi opinión, que la empresa continúe su actividad no impide que pueda ser insolvente,

pero, desde luego, lo que está claro es que durante el “preconcurso” si un trabajador quiere reclamar un crédito deberá de obtener tutela dentro de la jurisdicción social, dado que mientras que el concurso no haya sido declarado formalmente, incluso podrá ejecutarse dentro de este mismo orden jurisdiccional.

En sentido contrario, sí que pueden quedar afectados por los planes de reestructuración los créditos mantenidos con el personal laboral “especial” de alta dirección, sobre los que sí que podrán pactarse una serie de modificaciones muy variopintas y que pueden ir desde la modificación de las cuantías adeudadas (términos y condiciones), fecha de vencimiento, conversión en crédito participativo o subordinado, etc. Por lo tanto, el crédito que ostente el personal directivo podrá quedar al albur de lo negociado en los citados planes de reestructuración de la deuda de acuerdo con la regulación prevista en el TRLC. Además de lo anterior, el artículo 621 TRLC prevé la posibilidad de que el contrato de trabajo del personal de alta dirección pueda extinguirse si así se acuerda en el plan de reestructuración. El señalado precepto también contempla la opción de dejar en suspenso este contrato, en cuyo caso el directivo/a afectado/a podría responder solicitando la extinción indemnizada del mismo. En lo que concierne a los créditos resultantes de las citadas medidas, aquí sí que se prevé expresamente la posibilidad de solicitar al Juez de lo Mercantil la moderación de la indemnización pactada (“cláusulas blindaje”). La operación consiste en minorar la indemnización resultante hasta el tope de 20 días por año de servicio, que es la misma que la que le correspondería a un trabajador “común” a causa de su despido objetivo. Por lo demás, cualquier demanda planteada por parte del directivo/a afectado/a se tendrá que dirigir al propio Juez del Concurso, que asume la competencia para conocer de dichos litigios.

El hecho de los que los créditos del personal laboral de alta dirección puedan quedar afectados por los planes de reestructuración supone, entre otras cuestiones, que la ejecución laboral separada no pueda iniciarse en estos casos (o bien quede en suspenso mientras se tramita el “preconcurso”). Así se deduce del artículo 601 TRLC, que establece un plazo general de tres meses en los que la ejecución separada debe de quedar en suspenso o inadmitirse nuevas demandas, pues de lo contrario podría frustrarse el plan de reestructuración. Por este motivo, el directivo/a en cuestión no podrá solicitar la ejecución de su crédito dentro de la jurisdicción social durante este plazo. Toda vez que no podrá obtener una declaración de insolvencia en la vía social no podrá acudir a FOGASA hasta que, en su caso, se declare el concurso de acreedores, por lo que las expectativas de cobro de su crédito dependerán, en principio, de lo pactado en el plan de reestructuración.

2.8. El nuevo proceso especial para microempresas y la dinámica del crédito laboral dentro del mismo

Otra de las novedades más destacadas de la reforma ha sido la creación, por primera vez en España, de un nuevo procedimiento especial para canalizar los procesos concursales que afecten a las microempresas.

En primer lugar, debemos de aclarar qué es lo que entiende el legislador concursal por microempresas a estos efectos. El artículo 685 TRLC dispone que este proceso especial se aplicará a aquellas empresas que hayan empleado durante el año anterior a la solicitud de inicio del procedimiento especial una media de menos diez trabajadores y que además tengan un volumen de negocio anual inferior a setecientos mil euros o un pasivo inferior a trescientos cincuenta mil euros según las últimas cuentas cerradas en el ejercicio anterior a la presentación de la solicitud. De la lectura del precepto podemos deducir que se tienen que dar ambos requerimientos, es decir, tratarse de una empresa con menos de diez trabajadores y que además tenga una cifra de negocios o un pasivo inferior a las cifras fijadas por la norma, puesto que si se incumple uno de ellos el proceso se tramitará por la vía ordinaria o común.

Por lo que se refiere al número de trabajadores exigido por el precepto, me gustaría destacar que la norma utiliza como parámetro la media de trabajadores durante el último año. Esto supone que en la práctica va a ser posible que en el momento de la declaración del concurso el número de trabajadores de la empresa pueda ser superior a diez, siempre y cuando a lo largo del último año la media haya sido inferior a este número. La existencia de más de diez trabajadores a la hora de solicitar el concurso de acreedores puede tener incidencia a la hora de llevar a cabo medidas de ajuste en la plantilla. En sentido contrario, también podría suceder que una empresa presente en el momento de solicitarse el concurso un número de trabajadores inferior a diez, pero que durante el año anterior haya tenido más empleados de media (por ejemplo, porque antes de la solicitud haya llevado a cabo extinciones de naturaleza colectiva). En este último supuesto el proceso a seguir no será el especial para microempresas sino el proceso ordinario o común (pues la medida durante el año anterior es superior a diez). Calcular el número de trabajadores con la media de la plantilla durante el último año es una fórmula acertada que refleja con cierta verosimilitud la magnitud de la empresa pretendida por el legislador. Cabe mencionar, asimismo, que el número de trabajadores exigido viene representado por aquellos que presten servicios a tiempo completo, por lo que los contratos a tiempo parcial computarán menos a los efectos de este cálculo (por ejemplo, dos trabajadores a media jornada serían a los efectos de este cómputo como un único trabajador). De tal manera que una empresa podría entrar en el proceso especial para microempresas con más de diez trabajadores siempre que tenga varios contratos concertados a tiempo parcial.

Una vez identificadas qué empresas son las que entran dentro de este proceso considero que es importante esbozar, siquiera de una forma somera, las partes en las que se divide el mismo (dado que el tratamiento del crédito laboral será distinto

en función de la fase en la que nos encontremos). De entrada, cabe anticipar que el legislador ha pretendido diseñar un procedimiento que reduzca notablemente los costes fijos del propio sistema concursal: para ello ha optado por eliminar bastantes trámites y ha reducido la participación de profesionales e instituciones a aquellos supuestos imprescindibles o cuyo coste sea voluntariamente asumido por las partes (de hecho, el proceso especial para microempresas no cuenta con el nombramiento necesario de una administración concursal, que solamente podrá participar en algunos incidentes a solicitud de parte interesada). Por su parte, la intervención del Juez del Concurso solo se producirá para adoptar las decisiones más relevantes del procedimiento o cuando exista una cuestión litigiosa que las partes eleven al juzgado. Por lo demás, el procedimiento se evacuará a través de una serie de formularios normalizados, de forma telemática y sin coste alguno para los interesados.

Este nuevo proceso conjetura un sistema único y simplificado que se divide en dos fases alternativas o acumulativas, que son: a) el proceso de continuación (que supone la continuidad de la actividad empresarial a través de la aprobación de un plan de pagos); b) el proceso de liquidación (que supone la disolución de la sociedad). En el caso de un autónomo (persona física) que tramite su concurso por esta vía, me gustaría comentar simplemente que podrá acceder al mecanismo de “segunda oportunidad” (exoneración del pasivo insatisfecho visto con anterioridad), tanto si se opta por el plan de pagos como por la liquidación.

Centrándome ya en la tutela de los créditos laborales, cabe diferenciar su régimen jurídico en función de si estamos ante un plan de continuación o ante un proceso de liquidación.

En el primero de los casos, es decir, en el plan de continuación, hay que tener en cuenta que se trata de un intento de salvaguardar la actividad empresarial y este podrá ser presentado junto con la solicitud de apertura del procedimiento especial o bien en los diez días hábiles siguientes a la declaración de apertura del concurso. En resumidas cuentas, el procedimiento de continuación consiste en un plan de pagos que puede contener quitas o esperas sobre los créditos y en el que la empresa también tiene que explicar los mecanismos con los que pretende cumplir con la propuesta presentada. En dicho plan de pagos podrán quedar afectados, en principio, cualquier tipo de créditos, salvo, entre otros, “*los créditos derivados de relaciones laborales distintas de las del personal de alta dirección*” (artículo 698.3 TRLC)¹⁰. Como se podrá apreciar, el legislador utiliza una terminología amplísima

¹⁰ La redacción es un poco confusa en el final de la oración, pues textualmente expresa lo siguiente: “*cualquier crédito, incluidos los créditos contingentes y sometidos a condición, puede ser afectado por el plan de continuación, salvo los créditos de alimentos derivados de una relación familiar, de parentesco o de matrimonio, los créditos derivados de daños extracontractuales, los créditos derivados de relaciones laborales distintas de las del personal de alta dirección ni en el supuesto de los créditos públicos, la parte que deba calificarse como privilegiada*”. Por este motivo, quizás puedan existir dudas sobre si la calificación de que el crédito no afectado sea la parte privilegiada se refiere a todos los créditos exceptuados del plan (lo que incluiría los laborales)

(“créditos derivados de las relaciones laborales”) con lo que aquí tenemos que incluir la totalidad de deudas mantenidas con los trabajadores, sean del tipo que sean, siempre, claro está, que traigan causa en el contrato de trabajo. Esto significa que los créditos laborales no pueden sufrir quitas o esperas y deben de satisfacerse en sus estrictos términos. Ello no es óbice para que los salarios puedan quedar afectados, de manera directa o indirecta a través de cualquier mecanismo legal previsto en la legislación laboral, pero lo que no sería admisible durante este proceso de continuación es alterar la deuda preexistente con las personas de la plantilla de trabajadores. En sentido contrario, de forma similar a lo que ocurre con los planes de reestructuración dentro del proceso preconcursal, las deudas mantenidas con el personal de alta dirección sí que pueden quedar afectadas por el plan de pagos aprobado en el contexto de un proceso especial para microempresas.

El hecho de que los créditos laborales (a excepción del personal laboral de alta dirección) no puedan quedar afectados por el plan de continuación da respuesta a otro interrogante que se puede plantear en esta sede, en concreto, cabe concluir que la ejecución laboral no queda paralizada con la entrada en concurso a través del procedimiento especial que transita por un plan de continuación. En este sentido, el artículo 694.4 TRLC expresa que la apertura del procedimiento especial supondrá la paralización de las ejecuciones judiciales o extrajudiciales sobre los bienes y derechos del deudor, pero que esta no alcanzará a las ejecuciones de los créditos que no se vean afectados por el plan de continuación. En definitiva, que el procedimiento especial para microempresas no paraliza las ejecuciones laborales, por lo que estas podrán seguir su curso (excepto si el crédito discutido es el de una persona con contrato especial de alta dirección, en cuyo caso, no se podrán aceptar ejecuciones laborales separadas y las que se encuentren tramitándose se deberán de suspender una vez declarado el concurso).

La posibilidad de ejecutar las sentencias que hayan reconocido la existencia de un crédito laboral es, desde luego, una posible vía para poder cobrar eventuales prestaciones por parte del FOGASA. Efectivamente, dentro del plan de continuación, en principio, no se nombra a ningún administrador concursal que emita un informe y elabore una lista de acreedores, ni que pueda certificar el crédito (siendo todos ellos requisitos necesarios para poder acceder a las prestaciones de FOGASA). Además, el concurso especial de microempresas no ha recogido expresamente la notificación del procedimiento a FOGASA, por lo que si esto no se produce tampoco abonará sus prestaciones. En definitiva, en el itinerario de continuación puede que FOGASA no abone sus prestaciones, por lo que el trabajador se vería abocado a buscar la declaración de insolvencia dentro de la jurisdicción social, extremo que es perfectamente posible toda vez que la tutela ejecutiva no ha

y bien si se refiere sólo a los créditos públicos. El hecho de que todo el elenco de créditos está separado por comas y al llegar al crédito público se utilice la dicción “ni en el supuesto”, me lleva a entender que la exigencia de que el crédito sea privilegiado se refiere solo a los créditos públicos, por lo que los demás créditos de la lista no pueden quedar afectados (sin limitaciones, es decir, por toda su cuantía).

quedado paralizada. Mayor dificultad puede encontrar en este punto el personal laboral de alta dirección, cuya tutela ejecutiva sí que queda en suspenso, por lo que seguramente tenga que esperar y pasar por lo que se acuerde en el plan de continuación.

Por lo que se refiere al crédito público, las deudas con la TGSS sí que pueden quedar afectadas por el plan de pagos. Ahora bien, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 691 *bis* TRLC, si el deudor no le comunica su situación concursal en el plazo de setenta y dos horas, los créditos de la TGSS ya no podrán sufrir quitas o esperas. En caso de poder aplicarse quitas o esperas, la normativa vigente no permite que se afecte a los porcentajes de las cuotas de la Seguridad Social por contingencias comunes y contingencias profesionales correspondientes tanto a la empresa como al trabajador. Por lo demás, si durante el plan de continuación se devengan nuevas obligaciones frente a la Seguridad Social, cualquier empresa que no se encuentre al corriente en el cumplimiento de estas entrará en fase de liquidación (artículo 699 *quater* TRLC).

Si nos situamos en el contexto de un itinerario de liquidación, situación que puede venir como una suerte de sanción a través de varias vías, cabe apuntar que la apertura de la misma supone la disolución de la sociedad (artículo 694.3 *ter* TRLC). La apertura de dicho procedimiento especial de liquidación se comunicará a los acreedores y será sometida a publicidad registral (artículo 705.3 TRLC). De acuerdo lo dispuesto por el artículo 706.1 TRLC, cualquier acreedor (entre ellos los trabajadores) dispondrán de veinte días hábiles desde la apertura del procedimiento especial de liquidación, para formular alegaciones en relación con la cuantía, características y naturaleza de su crédito, o respecto del inventario de la masa activa, que deberán de presentar por medios electrónicos y a través de formulario normalizado. Seguramente en este proceso haya que estar más pendiente que en el proceso ordinario, porque aquí no hay un administrador concursal que de oficio tenga que reconocer y calificar los créditos laborales. Por este motivo, la diligencia a la hora de revisar la cuantía y características de los créditos tiene que ser algo mayor.

Dentro de este mismo plazo, cualquier acreedor (en nuestro caso trabajadores) puede solicitar la inclusión de su crédito en el caso en el que no aparezca reflejado en el pasivo publicado o notificado. El artículo 706.4 TRLC prevé la celebración de una vista para determinar la inclusión o no del crédito debatido y la calificación que merezca otorgarle. La calificación de los créditos no tiene un listado especial ni específico, por lo que cabe aplicar el sistema previsto para el proceso ordinario, por lo que el crédito laboral será contra la masa o concursal de acuerdo con las reglas comunes.

Respecto de la posibilidad de acudir a FOGASA, nuevamente, resulta necesario que el órgano judicial lo cite, pues en caso contrario puede que no se haga cargo de las prestaciones. Cuando el FOGASA sea parte en el proceso y se haya solicitado el nombramiento de una administración concursal, el artículo 713.2 TRLC indica que esta *“podrá realizar aquellas funciones que le son expresamente*

reconocidas en este libro”, por lo que considero que sí que podría certificar la existencia y cuantía de un crédito laboral (y con este certificado el interesado podría acudir a FOGSA)¹¹. En el caso contrario, es decir, si no existe administración concursal nombrada, entiendo que el trabajador podría discutir el crédito a través del incidente concursal y en este escenario considero que la resolución judicial debería de servir para que FOGASA asumiera su responsabilidad (por la vía del artículo 706.4 TRLC)¹².

3. REFLEXIONES FINALES: LUCES Y SOMBRAS DE LA REFORMA EN RELACIÓN CON LA PROTECCIÓN DE LOS CRÉDITOS LABORALES

Uno de los objetivos de la reciente reforma concursal llevada a cabo por mor de la Ley 16/2022 ha sido; el fortalecimiento de la protección del crédito laboral (tanto sobre las deudas devengadas frente a los trabajadores como frente a la TGSS), como ha podido verse a lo largo de este estudio. Sin duda esta parcela ha sido, seguramente, uno de los aciertos de la reforma.

La protección del crédito laboral se ha producido a través de diversas instituciones y distintas fórmulas. Es el caso, por ejemplo, de la consideración incondicionada como crédito contra la masa de las indemnizaciones por responsabilidad civil en caso de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales. La protección de este tipo de créditos no se ha quedado simplemente en esta clasificación más generosa, sino que en los casos de los concursos sin masa su prelación es también muy importante, pues se sitúa justo por detrás de los créditos imprescindibles para la liquidación. Junto con ello, en los casos del deudor persona

¹¹ En sentido contrario, la Circular 2/2023 emitida por la Secretaría General de FOGASA, acudiendo a los artículos 706 y 709 TRLC considera que los certificados de la administración concursal no tienen validez, porque no confecciona la lista ni decide su carácter definitivo. Por su parte, sí que concluye que se pueden certificar por el administrador concursal los créditos contra la masa pendientes.

¹² La Circular 2/2023 emitida por la Secretaría General de FOGASA admite que el procedimiento especial de liquidación es el único en el que, en su caso, se pueden solicitar las prestaciones de garantía salarial. De este modo, de acuerdo con la misma, cuando FOGASA haya sido citado para ser parte del procedimiento, la documentación que las personas interesadas debe de aportar es la siguiente:

- Auto de apertura de la fase de liquidación.
- Copia testimoniada de la lista de acreedores presentada por el deudor en la que conste que contra los créditos de los trabajadores no se han hecho alegaciones y, en caso de que se hayan hecho, copia testimoniada con diligencia de firmeza del auto del Juez del Concurso en el que se decida sobre la solicitud de inclusión o modificación del crédito del acreedor laboral.
- Documentación preceptiva de acuerdo con la legislación laboral: a) salarios pendientes de pago (no es necesario aportar título habilitante); b) en caso de indemnizaciones aportar el título habilitante (sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa en casos de fuerza mayor).

física, se ha previsto que estas indemnizaciones no puedan quedar exoneradas en ningún caso o, dicho de otro modo, que el deudor sigue estando obligado a su pago. Llama la atención, no obstante, que sobre el recargo de prestaciones en casos de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales no se haya seguido este mismo esquema más garantista. Asimismo, también resulta llamativa la calificación de este tipo de créditos cuando una entidad aseguradora ha cubierto todo o parte de su importe.

Muy importante entiendo que ha sido la protección del crédito laboral dispensada en las nuevas instituciones y procesos creados *ex novo* por la Ley 16/2022 (los planes de reestructuración en el “preconcurso” y de pagos en el procedimiento de continuación en el proceso especial para microempresas). En ambos casos se ha dejado a los créditos laborales fuera de los acuerdos de reestructuración de la deuda. Esto significa que su existencia, cuantía, plazos y demás pormenores no pueden quedar al albur de lo negociado en este tipo de planes. La afectación del crédito laboral, particularmente el salario, se deberá llevar a cabo, en su caso, por las vías normales dentro de dispuesto por la normativa laboral. Distinta regulación se ha previsto respecto de las deudas mantenidas con el personal laboral de alta dirección, puesto que este tipo de créditos (tanto salariales como indemnizatorios) pueden quedar afectados por los planes de reestructuración durante el concurso o los planes de pagos en el procedimiento de continuación del proceso de microempresas.

El tratamiento del crédito laboral en los concursos sin masa producidos durante el proceso también ha experimentado cambios en aras de una mayor y mejor tutela. De entrada, la reforma ha incluido expresamente los créditos que cabe considerar imprescindibles para la liquidación y, entre ellos, encontramos los salarios devengados durante esta fase. Por su parte, tal y como he comentado previamente, una vez liquidados los créditos indispensables, se tendrá/n que abonar, en su caso, la/s eventual/es indemnizaciones por responsabilidad civil derivada de accidentes laborales o enfermedades profesionales. Seguidamente irían créditos por salarios e indemnizaciones (devengados contra la masa) y posteriormente el denominado “superprivilegio salarial” (salarios de los treinta días anteriores a la declaración del concurso).

También se han incluido ciertos privilegios en relación con el nuevo régimen jurídico de la exoneración del pasivo insatisfecho en el caso de las personas físicas. En este sentido, junto con los créditos por indemnizaciones por la responsabilidad civil por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, la ley ha previsto que el empresario tampoco pueda quedar exonerado de una serie de créditos salariales. Se ha incluido igualmente el beneficio de parte de la deuda mantenida con la TGSS, mientras que otra parte no puede quedar exonerada.

En último lugar, la protección del crédito también se ha previsto en otra serie de fases, como por ejemplo con ciertas limitaciones relacionadas con el convenio. Por el contrario, el tratamiento del crédito del personal laboral de alta dirección ha sido bien distinto, pues ya en 2020 (con el Texto Refundido de la Ley Concursal)

se optó por subordinar el crédito de los mismos. Ahora, tras la reforma de la Ley 16/2022 vemos como el crédito de los directivos sí puede quedar afectado por los planes de reestructuración (preconcurso) y los planes de pagos (en el proceso especial para microempresas).

Pese a que, en líneas generales, el tratamiento del crédito laboral haya mejorado *ex lege* con la nueva redacción, en la práctica se pueden dar algunos problemas, principalmente, porque se ha dejado pasar por alto algunas cuestiones interesantes en relación con el garante del pago de los créditos, es decir, FOGASA. A la reforma le ha preocupado mucho el estatus del crédito público, pero no ha tenido en cuenta a FOGASA en ninguno de los nuevos incidentes (ni el concurso, ni los concursos sin masa, ni el proceso de microempresas). Señaladamente, en los concursos sin masa declarados *ab origine* existen bastantes dudas interpretativas sobre la forma en la que los trabajadores puedan llegar a cobrar sus créditos. También plantean problemas otro tipo de procedimientos creados *ex novo*, como es el caso de proceso especial para microempresas. En consecuencia, estas cuestiones pueden llevar a que, en la práctica, en determinados supuestos, los trabajadores no lleguen a cobrar o, cuanto menos, retrasen mucho el percibo de sus créditos por parte, siquiera, del ente administrativo.

HUELGA Y NUEVAS TECNOLOGÍAS: LA ENCRUCIJADA DE UN DERECHO FUNDAMENTAL *

JOSÉ ENRIQUE RUIZ SAURA

Contratado Predoctoral-FPU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia

EXTRACTO

Palabras Clave: Huelga, nuevas tecnologías, esquirolaje, teletrabajo.

Los cambios en los modelos productivos y en el sistema de relaciones laborales que, progresivamente, se van consolidando en la época actual, han evidenciado la necesidad de dotar de seguridad jurídica al ejercicio de la huelga como derecho fundamental recogido en nuestra Constitución de 1978 y reconocido sin cortapisas en los ordenamientos jurídicos de los Estados sociales modernos. En el presente trabajo, se analiza la forma en que las nuevas tecnologías vienen condicionando el desarrollo de los conflictos colectivos a día de hoy y, en particular, cómo afectan a la puesta en marcha de ceses en la prestación de servicios. Se constata que, estos nuevos sistemas de trabajo están provocando el desplazamiento de las formas clásicas de articulación de la protesta, y a su vez revelan una serie de límites legales que el vigente marco sociolaboral, debe disponerse a afrontar.

ABSTRACT

Key Words: Strike, new technologies, scabbing, teleworking.

The changes in the productive models and in the system of labor relations that are progressively consolidating in the current era, have evidenced the need to provide legal certainty to the exercise of the strike as a fundamental right included in our Constitution of 1978 and recognized without restrictions in the legal systems of modern social States. In the present work, we analyze the way in which new technologies have been conditioning the development of collective conflicts today and, in particular, how they affect the implementation of cessations in the provision of services. It is verified that these new work systems are causing the displacement of the classic forms of articulation of the protest, and in turn reveal a series of legal limits that the current socio-labour framework must be prepared to face.

* El presente trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación “LA ACTIVIDAD SINDICAL Y DERECHOS COLECTIVOS EN LAS RELACIONES LABORALES DEL SIGLO XXI”, realizado en el Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia con la financiación del Ministerio de Universidades (FPU 19/02487).

ÍNDICE

1. PLANTEAMIENTO INICIAL DE LA CUESTIÓN
2. EL LÍMITE A LA UTILIZACIÓN DE MEDIOS TÉCNICOS DURANTE UNA HUELGA: ¿PODEMOS DELIMITAR EL ALCANCE DEL ESQUIROLAJE TECNOLÓGICO?
 - 2.1. Génesis del esquirolaje tecnológico y conceptualización jurídica
 - 2.2. Primeras sentencias del Alto Tribunal
 - 2.3. El criterio cambiante de los periodos 2000-2005 y 2006-2012
 - 2.4. La importancia de la STC de 2/02/2017 y pronunciamientos siguientes
 - 2.5. Consideraciones en torno al esquirolaje tecnológico
3. EL EJERCICIO DEL DERECHO DE HUELGA EN EL MARCO DEL TRABAJO *ONLINE*
 - 3.1. Problemática específica de la huelga en el teletrabajo
 - 3.2. Las primeras huelgas en el teletrabajo
4. LAS NOVEDOSAS HUELGAS EN EL ÁMBITO DE LA ECONOMÍA DE PLATAFORMAS
 - 4.1. Las huelgas de desconexión
 - 4.2. El caso español
5. CONCLUSIONES

1. PLANTEAMIENTO INICIAL DE LA CUESTIÓN

A nivel laboral, el conflicto colectivo tiene como exponente más relevante y significativo el ejercicio del derecho de huelga, que se caracteriza por el cese temporal de la actividad desempeñada por los prestadores de servicios con la finalidad de “forzar al empresario a sucumbir a las pretensiones colectivamente solicitadas”¹.

Esta concepción sigue siendo mayoritariamente aceptada en la actualidad. Muestra de ello es que, a finales del año 2019, la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Michelle Bachelet, incidió en el carácter “fundamental” del derecho de huelga como mecanismo que ayude a evitar “los excesos de las empresas” en las relaciones laborales derivadas de las nuevas tecnologías².

Sin embargo, el inicio y mantenimiento de una huelga en la nueva economía de principio del siglo XXI, se está convirtiendo en un reto cada vez mayor para quienes la organizan y participan en ella. Y es que, actualmente, los importantes avances tecnológicos permiten la fácil sustitución de determinadas actividades

¹ Domínguez Morales, A., “Representación colectiva y negociación de derechos de trabajadores en plataformas”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, cit., pág. 164.

² “También tenemos razón al poner de relieve la situación de las personas empleadas en la industria informática, a menudo en condiciones precarias o en la economía sumergida, que pierden todos los beneficios inherentes al empleo fijo. Es fundamental que estas personas puedan disfrutar de todos sus derechos humanos, entre otros el derecho a la afiliación sindical y a la huelga. En determinados casos, el ejercicio de esos derechos puede poner coto a los excesos de las empresas” (discurso programático pronunciado por Michelle Bachelet, Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en octubre de 2019).

productivas por el desempeño de tareas a través de máquinas, así como la flexibilización temporal y espacial de los servicios a prestar.

Consecuentemente, el ritmo alcanzado por la tecnología aplicable a los medios de producción, en muchos casos, incide en las posibilidades de las empresas para reaccionar frente a una huelga y solventar el impacto del cese de la mano de obra sobre la organización productiva.

Además, otra realidad propia de esta nueva era es que, sin lugar a dudas, el teletrabajo está adquiriendo una importancia cada vez mayor en el mundo laboral, viéndose acelerada esta importancia aún más a raíz de la llegada del Covid-19 y su impacto a nivel social y económico. De esta manera, el trabajo *online* ha desbordado los esquemas temporales y espaciales propios de la organización del trabajo fordista, lo cual ha conllevado la llegada de nuevas problemáticas derivadas, esencialmente, de una mayor dificultad para articular cualquier protesta colectiva en un escenario de frecuente confusión entre la jornada de trabajo y el espacio de tiempo reservado a la vida personal de la persona trabajadora.

2. EL LÍMITE A LA UTILIZACIÓN DE MEDIOS TÉCNICOS DURANTE UNA HUELGA: ¿PODEMOS DELIMITAR EL ALCANCE DEL ESQUIROLAJE TECNOLÓGICO?

2.1. Génesis del esquirolaje tecnológico y conceptualización jurídica

El esquirolaje externo³ es el único supuesto de sustitución de trabajadores huelguistas prohibido expresamente en el art. 6.5 del RDL 17/77. Sin embargo, la jurisprudencia ya ha consolidado un criterio que, huyendo de un positivismo extremo, admite la tutela del derecho fundamental ante otras acciones de boicot empresarial no vetadas normativamente de forma expresa. Así ocurrió en el caso del esquirolaje interno⁴.

El esquirolaje tecnológico puede considerarse una evolución del interno, pues consiste en recurrir a medios técnicos preexistentes en la empresa para cubrir provisionalmente la realización de tareas que deja de asumir la persona huelguista.

Los ejemplos más habituales de esta casuística están en las huelgas que tienen incidencia en retransmisiones de televisión o radio, en las cuales, la prestación de trabajo de los huelguistas es sustituida por grabaciones efectuadas con anterioridad y que permiten la transmisión sin intervención de persona alguna. No obstante, se prevé que esta modalidad de esquirolaje tenga un protagonismo cada vez mayor no

³ Se produce, básicamente, cuando quienes realizan las sustituciones no formaban parte de la plantilla de la empresa o, en su caso, del centro de trabajo en el momento de iniciarse la huelga.

⁴ Tiene lugar cuando, en un contexto de huelga, el empresario recurre al personal contratado no huelguista para reasignarle tareas que habitualmente no realiza y que son propias de quienes sí han secundado esa medida.

sólo en el sector de la radio y la televisión, sino también en otros sectores, dados los significativos avances que están teniendo lugar en el campo de la digitalización y la automatización de tareas⁵.

De hecho, una muestra ilustrativa de ello en un contexto completamente diferente al del sector audiovisual, lo constituye el supuesto de hecho analizado en la STSJ Andalucía (Málaga) 1633/2013, de 10 octubre⁶. Ésta vino a señalar en su FJ 3º que, en un contexto de huelga secundada por el personal que vendía billetes de tren en ventanilla, no podía considerarse contrario a derecho que la empresa subcontratista encargada del servicio de utilización de máquinas de autoventa continuara con la prestación de dicho servicio a través de la expedición de billetes mediante máquinas de autoventa e, incluso, que asumiera una mayor demanda del mismo durante esa coyuntura. Todo ello, bajo el razonamiento siguiente:

“(…) la empresa ya contaba con el sistema de venta automática de billetes mediante máquinas expendedoras instaladas en las principales estaciones, como también ofrece el de venta “online” en internet. Y si dichos medios auxiliares de venta de billetes, por las razones que fueren, como por ejemplo una mayor afluencia de viajeros derivada de épocas vacacionales, eventos esporádicos, etc., necesitan una mayor atención al viajero, la empresa adjudicataria de dichos medios auxiliares de venta, puede implementar las necesidades puntuales mediante la reorganización de sus medios materiales, informáticos o humanos, sin que ello suponga sustitución de los trabajadores operarios de venta de billetes en taquilla, al ser un medio de puesta a disposición del viajero del título para efectuar su viaje, independiente de aquél”

Pues bien, no cabe duda de que éste es un escenario que no pudo ser tenido en cuenta en el momento de elaborar la norma aprobada en el año 1977 y vigente aún para regular el derecho de huelga. Consecuentemente, es la jurisprudencia quien está llamada por el momento a abordar las soluciones más ecuanímes a los diversos supuestos que se plantean sobre esta cuestión.

Todo ello nos conduce a analizar el concepto de esquirolaje tecnológico, que se trata de una tercera modalidad de esquirolaje⁷ consistente en la sustitución de la prestación “actual” o “física” de los trabajadores participantes en la protesta por otro tipo de prestaciones “virtuales” o “automáticas”.

En este sentido, el Alto Tribunal, no ha mantenido un criterio invariable a lo largo de las últimas décadas. Actualmente, a diferencia de su postura inicial, sí considera contraria a derecho que, para la sustitución de personas trabajadoras que secundan una huelga lícita, se recurra a medios técnicos o mecánicos no utilizados

⁵ Cordero Gordillo, V., “La sustitución de trabajadores huelguistas por medios tecnológicos”, *Lex Social*, cit., págs. 352 y 353.

⁶ Rec. 1093/2013.

⁷ Esta modalidad se suma al esquirolaje externo y al esquirolaje interno.

de forma habitual en la empresa. Tanto es así que se considera que esta práctica supone vaciar *de facto* en contenido esencial de este derecho fundamental⁸.

Por ello, la importancia de estudiar la jurisprudencia generada en los últimos años sobre esta modalidad de huelga, radica en que por razones de seguridad jurídica se hace necesario concretar hasta qué punto queda limitada la posibilidad de utilizar a medios tecnológicos para amortiguar o evitar las consecuencias derivadas de la huelga.

2.2. Primeras sentencias del Alto Tribunal

En los primeros pronunciamientos del TS sobre la utilización de herramientas técnicas o tecnológicas durante una huelga, surgieron criterios dispares sobre la consideración que merecían estas prácticas.

En ambos casos, se trata de sentencias que abordan una casuística desarrollada en el sector audiovisual. En la primera de ellas, la STS nº de 16 de marzo de 1998⁹, trata lo acaecido durante una huelga de los trabajadores de Canal Suren junio de 1996. En esa ocasión, la empresa, que habitualmente emitía su programación desde un centro de Málaga, desvió la señal de satélite a una unidad móvil situada en la población sevillana de Carmona, y continuó su emisión desde allí. Finalmente, se declara antijurídica la práctica de la empresa en base que, según expuso en el FJ 5º de la sentencia, el derecho fundamental de los trabajadores “quedaría vacío de contenido, si durante el periodo de huelga, se pudieran emitir y mantener, no solo informativos, sino también al resto de la programación habitual”. Tanto es así que, esa emisión de contenido televisivo diferente a lo que sería un mero noticiario, fue considerado por el TS como un “exceso notable” que supera los “parámetros racionales y de proporcionalidad” en los cuales habría de armonizarse el interés de los trabajadores de ese servicio público y el derecho a la información de la ciudadanía en ese contexto de huelga legal¹⁰.

⁸ Ruiz Saura, J.E., “El esquirolaje en la empresa del siglo XXI. Repaso jurisprudencial del caso español”, *Revista DELOS*, Especial Noviembre 2021, pág. 45.

⁹ Rec. 1884/1997.

¹⁰ Es cierto que el derecho constitucional de huelga, garantizado por el art. 28 CE, no es un derecho absoluto, y que cuando se trata de servicios públicos -como puede ser la televisión- han de mantenerse las garantías necesarias para sostener los servicios esenciales de la comunidad, entre los que se encuentra el derecho a recibir la información, tutelado en el art. 20.1.d). Pero esta limitación no puede enervar aquel derecho constitucional del trabajador, cuyo derecho quedaría vacío de contenido, si durante el periodo de huelga, se pudieran emitir y mantener, no solo informativos, sino también al resto de la programación habitual. De contrario, la armonización de los intereses de los trabajadores de la empresa y de los usuarios del mencionado servicio público debe hacerse dentro de parámetros racionales y de proporcionalidad. Atendiendo a tal proporcionalidad se fijaron los servicios mínimos a que se refiere la sentencia impugnada, y de esta resolución deriva que los mismos no fueron respetados por la parte hoy recurrente, que se excedió notablemente en cuanto a su programación.

Con posterioridad a esta primera sentencia sobre esquirolaje tecnológico, fue dictada la STS de 27 de septiembre de 1999¹¹, que entra conocer sobre lo ocurrido en la huelga que tuvo lugar el día 12 de marzo de 1997, entre las 20:30 y 23:00 horas, protagonizada por los trabajadores de TVE Catalunya, S.A. En esta ocasión, ocurrió que “como consecuencia de los avances técnicos y de los enlaces preexistentes a la huelga, TV3 cuenta con las imágenes, sin haber sustituido a sus trabajadores en las habituales tareas de captación, sino en virtud del contrato aludido entre EUMOVIL (empresa proveedora de servicios de filmación de eventos) y FORTA (Federación de Organismos o Entidades de Radio y Televisión Autonómicos)”¹². Finalmente, el TS se posiciona de manera menos restrictiva a como lo hizo en su anterior resolución con respecto a la utilización de medios técnicos para sobrellevar una situación de cese en la prestación de servicios por parte de su plantilla. De tal forma que, tras analizar lo acontecido a lo largo del FJ 4º de la sentencia, concluye señalando que la forma de proceder por parte de TVE Catalunya, S.A., se ajusta a la legalidad contenida en el RDL 17/1977 y al art. 28.2 CE.

¹¹ Rec. 1825/1998.

¹² “(...) el proceso técnico de retransmisión del partido, que consistió en que EUMOVIL, mediante sus cámaras instaladas en el estadio (eso sí, utilizando los mismos cuadros eléctricos de conexión que Televisión de Catalunya S.A.) envió “la señal a la unidad móvil de esta empresa en el exterior y desde la misma y a través del Centro de Comunicaciones de Cataluña se reenvía desde la Torre de Collserola a la sede de Retevisión en Madrid y desde este punto se distribuye a cada una de las Televisiones Autonómicas”. (...) según el hecho probado octavo “Al disponer de un enlace permanente con la Torre de Collserola recibe ininterrumpidamente las señales que viajan a través de la misma y puede por tanto emitir por antena cualquiera de ellas ...sin intervención de personal alguno al estar ya preprogramada la emisión con anterioridad al día de la huelga... se emite sin comentarios y sin inclusión de los títulos, anuncios publicitarios, escenas animadas o cualquier otro grafismo de los habitualmente utilizados durante la emisión de partidos de fútbol por TV3”. (...)Y es que hay una realidad innegable: la empresa tenía respecto del partido dos funciones: Captación de imágenes y retransmisión. La primera la omite de manera absoluta, soportando los efectos del ejercicio del derecho de huelga por sus trabajadores. Y advierte a los restantes medios televisivos que no cuenten con su acostumbrada actuación en esta concreta fase de la actividad generadora de productos televisivos. FORTA logra sustituir tal sujeto industrial de captación de imágenes mediante el contrato suscrito con EUMOVIL, cuya intervención (ya vimos que lícita desde la cuestión litigiosa), proporciona la imagen del partido a todas y cada una de las Televisiones que ostentan el derecho exclusivo de su transmisión. Y, como consecuencia de los avances técnicos y de los enlaces preexistentes a la huelga, TV3 cuenta con las imágenes, sin haber sustituido a sus trabajadores en las habituales tareas de captación, sino en virtud del contrato aludido entre EUMOVIL y FORTA. Tampoco se configura en esta situación una conducta contraria a las prevenciones del artículo 6.4 del Real Decreto-Ley de Relaciones de Trabajo, ni un desconocimiento del contenido identificador del derecho de huelga proclamado por el art. 28 de la Constitución”.

2.3. El criterio cambiante de los periodos 2000-2005 y 2006-2012

Con carácter previo al análisis de la jurisprudencia más cercana en el tiempo, es preciso contextualizar la evolución de los planteamientos del TS con respecto al esquirolaje tecnológico, pasando de una visión permisiva a otra más prohibicionista. La primera etapa de este tránsito se situaría en el periodo 2000 a 2005, donde el esquirolaje tecnológico, básicamente, no era considerado una vulneración del derecho de huelga.

En este sentido, el FJ 2º de la STS de 4 de julio del año 2000¹³ (Rec. 75/2000), de manera expresa, descartó la existencia de impedimento legal alguno que permitiera tachar de antijurídico al esquirolaje tecnológico:

“(…) no hay precepto alguno que prohíba al empresario usar los medios técnicos de los que habitualmente dispone en la empresa, para atenuar las consecuencias de la huelga. Si, a pesar de haberse efectuado, con los paros de los trabajadores que participaron en ella, las emisiones no fueron interrumpidas, sin que los huelguistas fueran sustituidos por otros trabajadores, ni extraños a la empresa, ni de su propia plantilla, el derecho fundamental no se ha vulnerado”.

Unos años más tarde, el TS volvió a reafirmar este posicionamiento en su sentencia de 9 de diciembre de 2003¹⁴, que analizaba la licitud de que la mercantil “dentro de las horas de huelga intermitente y fuera de los espacios informativos, propiamente dichos, hubiera retransmitido spots publicitarios que ya tenían enlatados”. Y en este caso, además de reiterar lo señalado en la anterior sentencia, matizó en su FJ 13º que “La propia característica de la publicidad pone de relieve la ausencia de la actividad propia de una cadena de televisión y compatibiliza el derecho fundamental de huelga con el, también, derecho de continuidad de la actividad empresarial en términos adecuados”¹⁵.

¹³ Rec. 75/2000.

¹⁴ Rec. 41/2003.

¹⁵ “(…) la parte recurrente imputa a la empresa el que dentro de las horas de huelga intermitente y fuera de los espacios informativos, propiamente dichos, hubiera retransmitido spots publicitarios que ya tenían enlatados, con lo que obtuvo un beneficio económico importante y para lo que utilizó, aunque fuese muy brevemente, a trabajadores integrantes de los servicios mínimos. Al respecto, es de significar que si la empresa se ve forzada en virtud de la huelga declarada en su ámbito a la paralización de su actividad normal y solo puede emitir el 50% de los informativos y los espacios gratuitos de propaganda electoral establecidos por la Junta Electoral, no cabe, en buena lógica jurídica, admitir que viole la esencia del derecho fundamental de huelga al ocupar el resto del tiempo de esta última con material propagandístico, ya enlatado con anterioridad, y para cuya emisión solo se precisa pulsar un botón. La propia característica de la publicidad pone de relieve la ausencia de la actividad propia de una cadena de televisión y compatibiliza el derecho fundamental de huelga con el, también, derecho de continuidad de la actividad empresarial en términos adecuados”.

Sin embargo, esta primera etapa permisiva llega a su fin a raíz de los pronunciamientos del TC contenidos en sus sentencias 183/2006¹⁶, 184/2006¹⁷, 191/2006¹⁸ y 194/2006¹⁹, todas con fecha de 19 de junio. Esto supone el inicio de un periodo que abarca los años transcurridos desde 2006 a 2012 y que, en síntesis, se caracteriza por emplear un criterio significativamente más restrictivo con respecto a la sustitución de trabajadores en huelga por medio de nuevas tecnologías.

En esa ocasión, el contexto de todos los supuestos de hecho analizados se ubica en la huelga general convocada para el 20 de junio de 2002, así como en las connotaciones asociadas dentro de la misma al RD 531/2002, de 14 de junio, que fijaba los servicios mínimos correspondientes a las emisoras de radio y las cadenas de televisión competencia del Estado. Concretamente, fueron fijados unos servicios mínimos consistentes en “la emisión, dentro de los horarios habituales de difusión, de una programación previamente grabada” y “la producción y emisión de la normal programación informativa”. Todo ello, dio lugar a la controversia de que la fijación de esos servicios podía incurrir en una vulneración del derecho de huelga.

Pues bien, del análisis de las antedichas resoluciones, subyace la idea de que recurrir a programas pregrabados para su posterior emisión en el horario habitual de ese medio, es una práctica que viene motivada por una finalidad que no es ajustada a derecho, como es evitar la interrupción de la programación de radio y televisión. Por ello, se considera que ésta sería una conducta contraria derecho y atentatoria contra los legítimos intereses de los trabajadores, ya que “se priva de esta forma de repercusión apreciable a la huelga, substrayéndole su virtualidad como medio de presión y de inequívoca exteriorización de los efectos del paro laboral efectivamente producido mediante la exigencia de una apariencia de normalidad del servicio, contraria, como ya hemos señalado, al derecho de huelga”.

En definitiva, el TC vino a establecer que, la decisión de considerar servicio mínimo a la emisión de programación grabada con carácter previo, supone una restricción desproporcionada al derecho de huelga²⁰. No en vano, aunque se tratase de una programación realmente de naturaleza informativa, el mero hecho de ser pregrabada lo despoja de la inmediatez y actualidad que justifica limitar el derecho de huelga en beneficio del derecho a comunicar y recibir información.

Además, el TC remarcó que no cabe admitir que toda la programación de un cadena de televisión o una emisora de radio guarde por sí misma relación con el derecho a la información (art. 20.1.d CE), sino que buena parte de sus contenidos diarios irían destinados al “puro entretenimiento” de la audiencia, lo cual es

¹⁶ Rec. 1116/2003.

¹⁷ Rec. 1118/2003.

¹⁸ Rec. 7727/2003.

¹⁹ Rec. 6182/2004.

²⁰ Cordero Gordillo, V., “La sustitución de trabajadores huelguistas por medios tecnológicos”, *Lex Social*, cit., págs. 344-345.

completamente ajeno a garantizar cualquier otro derecho fundamental que pudiese colisionar con el de huelga.

Unos años más tarde, el TS matizó la doctrina del TC referida en los párrafos precedentes. Lo hizo a través de dos sentencias emitidas en 2012. En primer lugar, la STS de 11 de junio de 2012²¹ acota el alcance de la prohibición de emitir programación pregrabada durante el transcurso de una huelga. Para ello, expone que “lo que veda la doctrina del Tribunal Constitucional mencionada es que se califique como servicio esencial y que, por tanto, pueda ser atendida por trabajadores asignados a estos servicios (por ejemplo, en labores de control, conexión o supervisión) la gestión de una programación pregrabada que no tiene valor informativo alguno (...). Pero de ahí, no cabe deducir que, como se trata de una actividad no calificable como servicio esencial, no pueda realizarse por la empresa”²².

Posteriormente, la STS de 5 de diciembre de 2012²³, ha sido menos permisiva que la anterior resolución, señalando que es contraria al derecho de huelga la mera emisión automática de contenido informativo y publicitario preprogramado, al margen de que sean o no empleadas personas trabajadoras para hacerlo posible. Concretamente, expone que “también se lesiona este derecho cuando una empresa del sector de radiodifusión sonora y televisión emite programación o publicidad por medios automáticos”²⁴.

Estas dos sentencias señalaron la posibilidad de que el derecho de huelga sea vulnerado, además de empleando medios humanos para sacar adelante actividades que puedan superar los servicios decretados como esenciales, mediante el recurso

²¹ Rec. 110/2011.

²² “(...) se ha probado que “la emisión se produjo de manera completamente automática”. No hay, por tanto, ninguna lesión del derecho de huelga, porque lo que veda la doctrina del Tribunal Constitucional mencionada es que se califique como servicio esencial y que, por tanto, pueda ser atendida por trabajadores asignados a estos servicios (por ejemplo, en labores de control, conexión o supervisión) la gestión de una programación pregrabada que no tiene valor informativo alguno y que, sin embargo, al emitirse, creando la imagen de una continuidad del servicio, puede perjudicar los objetivos de la huelga. Pero de ahí, no cabe deducir que, como se trata de una actividad no calificable como servicio esencial, no pueda realizarse por la empresa. La actividad podrá realizarse, como cualquier otra, siempre que no se asignen a ella trabajadores encargados de los servicios mínimos, es decir, si se realiza con personal no huelguista y sin utilizar personal incluido en la prohibición de sustitución del art. 6.5 del Real Decreto-Ley 17/1977, o si se realiza de forma totalmente automática”.

²³ Rec. 265/2012.

²⁴ “No sólo en el supuesto de que se utilicen medios humanos (trabajadores asignados a la prestación de servicios mínimos) para la realización de actividades que exceden de los servicios decretados como esenciales, se lesiona el derecho de huelga, sino que también se lesiona este derecho cuando una empresa del sector de radiodifusión sonora y televisión emite programación o publicidad por medios automáticos, en el caso de que dicha actividad empresarial, aun cuando sea mediante la utilización de medios mecánicos o tecnológicos, priva materialmente a los trabajadores de su derecho fundamental, vaciando su contenido esencial de manera que no cabe el uso de las prerrogativas empresariales, aún amparadas en la libertad de empresa, para impedir la eficacia del

a instrumentos tecnológicos para la emisión de programación o publicidad en los casos de empresas de radio o televisión. De tal manera que, en estos casos, el ejercicio del poder de dirección y el derecho a la libertad de empresa, quedarían supeditados a la efectividad del legítimo ejercicio de la huelga como derecho fundamental.

2.4. La importancia de la STC de 2/02/2017 y pronunciamientos siguientes

Tras las dos etapas señaladas anteriormente, en las cuales el TS presentó un criterio cambiante, la fundamentación jurídica contenida en la STC nº 17/2017, de 2 de febrero²⁵, ha sido de gran relevancia.

El origen de este litigio está fechado en 29 de septiembre de 2010, en un contexto de huelga general a nivel nacional. Además, ese día estaba prevista la emisión en directo de un partido de fútbol a las 20:45h en la cadena autonómica de televisión Telemadrid. No obstante, a raíz del seguimiento de la huelga, la señal del partido llegó directamente desde el estadio (Mestalla, en Valencia) sin locución ni edición.

Durante la retransmisión de ese partido, la cadena sólo contaba con dos trabajadores que no habían secundado la huelga: el locutor y un técnico. Finalmente, la señal fue recibida en la cadena a través del servicio de un trabajador ubicado en el control central, el cual tenía entre sus cometidos exigibles la conmutación de señales. Tras ello, la señal fue devuelta de forma automática a control central, y desde allí, nuevamente se envió a grafismo. Fue allí donde el coordinador insertó el logotipo de la cadena en una esquina del plano valiéndose de la herramienta habitualmente utilizada para ello en grafismo²⁶.

Con carácter previo, la STSJ de Madrid resolvió en su sentencia nº 777/2012, de 23 de julio²⁷ que la forma de actuar de la mercantil no podía considerarse atentatoria contra el derecho fundamental de huelga de los accionantes. Posteriormente, tras pasar por el TS y ver inadmitido su recurso de casación para unificación de doctrina, el demandante recurrió en amparo ante el TC. Una vez allí, el Ministerio Fiscal interesó que se concediera el amparo pretendido al sindicato Confederación General del Trabajo (en adelante, CGT), ya que consideraba que la actuación de la empresa se dirigió a minimizar los efectos de la huelga sirviéndose para ello de la decisiva actuación de un trabajador que operaba en un departamento (control central) que habitualmente no tiene por cometido el de cursar la señal televisiva, de otro que actúa como coordinador de la sección de grafismo, y de la redirección de

derecho de huelga, y ello por la propia naturaleza de este derecho y también del de libertad de empresa que no incorpora a su contenido facultades de reacción frente al paro”.

²⁵ Rec. 1168/2014.

²⁶ Sanz Pérez, A., “El poco conocido caso de las máquinas que impidieron hacer huelga”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 2017, págs. 1 y 2.

²⁷ Rec. 3623/2012.

la señal a un decodificador alternativo, que solo se emplea en casos excepcionales si es que por el predeterminado no pudiera transmitirse la programación.

Finalmente, el TC desestimó el amparo solicitado por CGT en base a la fundamentación de que lo acontecido era encuadrable dentro del “ejercicio del poder de organización de los medios de producción con los que se cuenta en la empresa”. Concretamente, así lo indicó en el FJ 7º se la referida sentencia:

“(…) la empresa utilizó medios técnicos de los que disponía, de uso no habitual, para retransmitir el partido de Champions el día de la huelga, y para ello se sirvió de trabajadores no huelguistas que siguieron realizando las funciones propias de su categoría (...).

Nuestras SSTC 123/1992 y 33/2011, atendiendo al objetivo inspirador del art. 6.5 del Real Decreto-ley 17/1977, han considerado que constituye un ejercicio abusivo del *ius variandi* del empresario la sustitución interna de los trabajadores no huelguistas durante la huelga. Sin embargo, en el presente supuesto no estamos ante el ejercicio del *ius variandi* que corresponde al empresario, pues, los no huelguistas no han desarrollado funciones distintas a las que tienen asignadas, sino ante el ejercicio del poder de organización de los medios de producción con los que se cuenta en la empresa.

.../...

No hay duda de que la libertad del empresario, por lo que respecta a sus facultades de organización y dirección de los trabajadores, queda restringida por el ejercicio del derecho de huelga, mas no hay precepto alguno que, durante este ejercicio, prohíba al empresario usar los medios técnicos de los que habitualmente dispone en la empresa para mantener su actividad. Una actividad que, como se ha dicho, es inherente a la lesividad del ejercicio de la huelga e instrumental al ejercicio del derecho al trabajo de aquellos trabajadores que han decidido no sumarse a la misma.

De otra parte, exigir al empresario que no utilice medios técnicos con los que cuenta en la empresa supone imponer al empresario una conducta de colaboración en la huelga no prevista legalmente. La utilización de medios ya existentes en la empresa es compatible con el derecho de huelga”.

Sin embargo, esta misma sentencia contiene un Voto Particular (en adelante, VP) formulado por el Magistrado Valdés Dal-Ré (y al que se adhirieron la Vicepresidenta, Adela Asua, y el Magistrado Juan Antonio Xiol), abiertamente discrepante con el fallo y, por ende, con su fundamentación.

En primer lugar, este VP muestra una visión distinta sobre un aspecto muy relevante a la hora de valorar la antijuridicidad de la organización del trabajo llevada a cabo por la empresa durante la huelga. Se trata de la asignación de tareas a trabajadores que, en condiciones normales, no habrían de asumir esos cometidos:

“(…) la retransmisión del evento deportivo el día de huelga se articuló e instrumentó mediante la actividad laboral de un trabajador no huelguista cuya categoría excedía con creces la de los trabajadores que optaron por secundar la huelga”.

Por último, en su parte final, el VP considera que el criterio de la sentencia supone entrar en una “reducción progresiva de la tutela que el contratante débil en la relación laboral precisa de la norma fundamental”. Y para concluir, hace una profunda reflexión sobre el escenario en el que se van a desarrollar las relaciones laborales en un futuro no muy lejano, su incidencia sobre los derechos fundamentales y el papel que debería jugar su máximo garante:

“Las renovadas fuentes de incidencia empresarial en la efectividad de los derechos fundamentales, al amparo de los nuevos medios técnicos a los que recurre para hacer más penetrante su actuación limitativa e impeditiva de la tutela constitucional, requieren respuestas constitucionales también nuevas, que garanticen la protección de los derechos más esenciales de los trabajadores en un grado asimilable al que ofreció nuestra jurisprudencia en el pasado, cuando dichos medios tecnológicos carecían del desarrollo y de la potencialidad restrictiva con los que ahora cuentan”.

Además de lo anterior, otro sector doctrinal se ha mostrado crítico con la fundamentación que hace el TC en esta resolución²⁸. Para ellos, el constituyente no va más allá de emitir argumentos que se estancan en la legalidad ordinaria y evitan desarrollar la interpretación constitucional de los derechos fundamentales que se espera del TC, así como que incurre en contradicción consigo mismo al realizar “una interpretación a *sensu contrario*, que en resoluciones anteriores había censurado”. Incluso, de forma incisiva, se ha llevado al absurdo la fundamentación de la referida sentencia, al señalar que “basta que el día antes de la huelga se pulse un botón, que asegure la continuidad de la actividad empresarial, o que se empleen medios empresariales tecnológicos ya existentes para desactivar la huelga”.

Más adelante, la STS de 13 de julio de 2017²⁹, dio acogida a la doctrina constitucional analizada. En este caso, el TS no apreció que fuera atentatorio contra el derecho de huelga que la conducta de la empresa Vodafone, que en ese momento, tenía subcontratada con varias mercantiles (entre ellas, Indra) el servicio de atención telefónica y averías. Para llevar a cabo este servicio, se utilizaba un dispositivo automático que redistribuía entre las distintas contratistas las llamadas recibidas en momentos de saturación de las líneas. El funcionamiento del dispositivo era automático, valiéndose de algoritmos para la distribución de la carga de trabajo entre las distintas empresas como “respuesta a los picos de demanda y al tiempo de recuperación de llamadas, de manera que, si se producen retrasos relevantes, se distribuye a otros proveedores”.

²⁸ Cordero Gordillo, V., “La sustitución de trabajadores huelguistas por medios tecnológicos”, *Lex Social*, cit, pág. 349.

²⁹ Rec. 25/2017, caso Indra y Vodafone.

En este escenario, las personas trabajadoras de la Indra, es decir, la subcontrata, iniciaron una huelga. Sin embargo, durante el periodo en que estaba previsto ese cese en la actividad, la referida aplicación informática fue empleada para reasignar a otras empresas subcontratistas la mayor parte de llamadas al servicio de atención al cliente.

A pesar de que, ante supuestos similares, el TS venía declarando la vulneración del derecho de huelga, en esta ocasión resolvió de forma diferente. Para ello, se valió de los siguientes argumentos:

- 1º) El dispositivo automático al que se achaca la vulneración del derecho de huelga estaba creado por la empresa principal, no por Indra, para distribuir los requerimientos entre los subcontratistas.
- 2º) Dicho dispositivo estaba establecido de manera general en respuesta a los picos de demanda.
- 3º) Se trata de un sistema de reparto de llamadas (entre las contratistas), que viene operando con carácter previo a la huelga de la contratista Indra.

En definitiva, esta nueva resolución argumenta que “no ha quedado acreditado que las empresas activasen estrategia o tecnología específica para boicotear la huelga” en el caso de autos. De esta forma, el TS ha asumido el criterio contenido en la doctrina de la STC 17/2017, de 2 febrero, esto es, que “(...) la protección constitucional del derecho de huelga impone limitaciones al empresario pero no le obliga, ni a él ni a los empleados que deciden ejercer su derecho a trabajar, a contribuir al éxito de la protesta”.

Cabe añadir a lo anterior que, llegado a este punto, también se puede considerar como criterio consolidado que el uso de los medios técnicos de los que ya disponía la empresa por parte los trabajadores que no secundan el paro, no sea entendido como una vulneración del derecho de huelga, siempre y cuando estos trabajadores no asuman funciones impropias de su cargo para sustituir a los huelguistas.

Más recientemente, en línea con lo anterior, el TS en su sentencia nº 153/2021, de 3 de febrero³⁰, entró a conocer las prácticas llevadas a cabo por la mercantil Ericsson durante el desarrollo de una huelga por parte de su plantilla en España. En esa ocasión, la empresa no sólo siguió contando con la habitual herramienta corporativa de su propiedad, para la gestión y administración de las incidencias derivadas del servicio a clientes (la llamada Workforce Management, WFM). La particularidad se dio por el hecho de que, en lugar de tramitar estas incidencias de la misma forma que antes de comenzar la huelga, esto es, desde un centro de despacho localizado en Bucarest (Rumanía), se optó por “despachar los casos a una contrata llamada Zener que no suelen realizar trabajos en estos centros de trabajo”³¹.

³⁰ Rec. 36/2019.

³¹ Hecho Probado 15º.

En esta sentencia, que ya ha sido analizada en páginas anteriores, confluyen prácticas encuadrables en el esquirolaje externo (se recurre a una subcontrata) y en el esquirolaje tecnológico (se emplea un mecanismo de automatización de procesos). Aunque, lo destacable en esta ocasión, es que se atribuye a la empresa la responsabilidad de que los medios técnicos de su propiedad, sean utilizados de una forma respetuosa con el derecho de huelga que se encontraba ejercitándose en ese momento por parte de su plantilla. Así lo señala la referida sentencia en su FJ 3º:

“Sostienen las recurrentes que la atribución de la asignación de las incidencias se hace de forma automática, lo que, a su juicio, permite negar toda intencionalidad contraria a la eficacia de la huelga.

Ciertamente, queda probado que la gestión de incidencias se lleva a cabo a través de una herramienta y que se efectúa la asignación desde una ubicación en Rumanía. Ahora bien, esos medios técnicos son propiedad de las demandadas y, por tanto, sometidos a su dirección y control. Es más, precisamente la automatización hace más difícilmente explicable que cupiera una atribución de tareas a personas distintas a las que, en buena lógica, se hallaban en el sistema de asignación “automatizado”, por ser las que tenían atribuidas las mismas”.

2.5. Consideraciones en torno al esquirolaje tecnológico

Si bien hemos asistido a no pocas resoluciones sobre el esquirolaje tecnológico en los últimos años, también es significativo que se ha dado una casuística muy variada en la mayoría de sentencias analizadas. Todo ello, nos conduce a identificar supuestos de hecho concretos en los cuales las connotaciones del esquirolaje serán diferentes. En este sentido, se distinguen los tres siguientes supuestos³²:

a) Cuando la empresa se dota de medios técnicos o tecnológicos con posterioridad a la huelga

En ese caso, cabe pensar que la actuación de la empresa pretende limitar los efectos de dicha huelga o amortizarlos. Por tanto, puede entenderse que se trataría de una conducta vulneradora del derecho de huelga y que, lo dispuesto en el art. 6.5 RDL 17/1977, es aplicable por analogía.

De hecho, en la STC 17/2017, concretamente, en el último párrafo del FJ 7º, se corrobora este criterio. No en vano, así se desprende de la interpretación a sensu contrario de dicho párrafo: “los medios técnicos ya existían (no fueron adquiridos expresamente para hacer frente a los efectos de la huelga) y los trabajadores que no secundaron la huelga no realizaron funciones distintas a las que les corresponden”.

³² Cordero Gordillo, V., “La sustitución de trabajadores huelguistas por medios tecnológicos”, *Lex Social*, cit, págs. 350-352.

- b) Cuando la empresa emplea medios técnicos y tecnológicos con los que ya contaba antes de iniciarse la huelga, pero es necesaria la participación de uno o varios trabajadores para su puesta en funcionamiento

En esta situación, será necesario determinar si los trabajadores participantes se ocupan de sus funciones habituales en la empresa o si, contrariamente, asumen tareas impropias con motivo de la coyuntura de huelga. Esto último, ya de por sí supondría una vulneración del derecho de huelga por parte de la mercantil al haberse incurrido en esquirolaje interno, al margen de la existencia o no del esquirolaje tecnológico.

Si los trabajadores que hayan decidido no sumarse a la huelga continúan con sus funciones habituales anteriores al conflicto, habrá que entrar a valorar hasta qué punto concurre o no un supuesto de esquirolaje tecnológico contrario al derecho de huelga. Para ello, ha de distinguirse si la conducta de la empresa implica que el contenido del derecho de huelga quede materialmente vaciado de contenido o no. Evidentemente, se trata de una tarea compleja que requiere analizar las peculiaridades de cada caso para “valorar si, efectivamente, el empleo de medios técnicos ha conseguido el efecto de neutralizar o, al menos, minimizar la efectividad de la huelga, privando así a los trabajadores de su derecho fundamental”³³.

- c) Cuando la empresa emplea medios técnicos y tecnológicos con los que ya contaba antes de iniciarse la huelga, y además, funciona de manera totalmente autónoma, sin requerir de ninguna intervención humana

En un caso como éste, lo esencial para que no se produzca esquirolaje será que los medios técnicos empleados durante la huelga sean los mismos que se utilizan con carácter rutinario para el desarrollo de la actividad productiva, y no que se trate de una posibilidad a la que se recurra de forma excepcional.

Así mismo, el hecho de que la máquina requiera la mera supervisión de algún trabajador para que pueda funcionar de forma automática durante el transcurso de la huelga, supondría que la una práctica de la empresa deba considerarse vulneradora del derecho fundamental.

3. EL EJERCICIO DEL DERECHO DE HUELGA EN EL MARCO DEL TRABAJO *ONLINE*

El desempeño de una actividad laboral bajo la modalidad *online* o teletrabajo no es óbice para que la persona trabajadora en cuestión sea titular del derecho de huelga con la misma extensión que cualquier otro trabajador por cuenta ajena. De

³³ Cordero Gordillo, V., “La sustitución de trabajadores huelguistas por medios tecnológicos”, *Lex Social*, cit, pág. 352.

hecho, así viene recogido con claridad en los arts. 19.1 y 19.3 de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia^{34,35}.

No obstante, al margen de la anterior precisión legal, es inevitable que el ejercicio de la huelga por alguien en régimen de teletrabajo conlleve una serie de particularidades que lo diferencien de un trabajador presencial.

Como es sabido, con carácter general, un trabajador presencial ejercita su derecho de huelga absteniéndose de acudir a su centro de trabajo, motivado por la pretensión de paralizar u obstaculizar el normal desenvolvimiento del ciclo productivo o la prestación de servicios propia de la mercantil que alberga el conflicto laboral. Sin embargo, en el caso de un teletrabajador, su forma de secundar una huelga consistirá en apagar el ordenador u otros dispositivos electrónicos, eludir la atención de llamadas telefónicas, evitar la recepción de correos electrónicos, hacer caso omiso a reuniones virtuales y sistemas de mensajería instantánea, etc., y en definitiva, dejar de estar a disposición de la empresa para cualquier reclamo de una previa prestación de servicios a distancia³⁶.

En este sentido, la doctrina³⁷ advierte de dificultades para poner en marcha de una huelga auspiciada por teletrabajadores y basada en reivindicaciones propias de ese colectivo. Sobre todo, si la modalidad de trabajo *online* no representase a una proporción mayoritaria de la plantilla, lo cual pondría en entredicho la legitimidad del colectivo de teletrabajadores para la convocatoria de esa huelga, forzándoles a contar con apoyo de centrales sindicales con un nivel suficiente de representatividad, con el de la representación legal de los trabajadores y/o con el respaldo expreso de la mayoría del conjunto de personas trabajadoras restante. Todo ello, en base a las exigencias de legitimación determinadas para la promoción de una huelga en el art. 3.2 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo³⁸.

³⁴ BOE de 9 de julio de 2022.

³⁵ “Las personas trabajadoras a distancia tendrán derecho a ejercitar sus derechos de naturaleza colectiva con el mismo contenido y alcance que el resto de las personas trabajadoras del centro al que están adscritas.

.../...

Deberá garantizarse que las personas trabajadoras a distancia pueden participar de manera efectiva en las actividades organizadas o convocadas por su representación legal o por el resto de las personas trabajadoras en defensa de sus intereses laborales, en particular, su participación efectiva presencial para el ejercicio del derecho a voto en las elecciones a representantes legales”.

³⁶ Valle Muñoz, F.A., *Los derechos colectivos en las nuevas formas de trabajo tecnológico*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2021, págs. 39 y 40.

³⁷ De las Heras García, A., “Relaciones colectivas y teletrabajo”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, núm. 5, 2017, pág. 19.

³⁸ “Están facultados para acordar la declaración de huelga:

a) Los trabajadores, a través de sus representantes (...).
 b) Directamente los propios trabajadores del centro de trabajo, afectados por el conflicto (...).”.

En consecuencia, la naturaleza colectiva que la legislación atribuye al derecho de huelga, supone que la posibilidad de convocar la misma esté vedada a un grupo minoritario de trabajadores en la empresa³⁹. Por tanto, en el supuesto de que ese grupo minoritario de empleados sea de teletrabajadores que aspiren a reivindicar condiciones específicas, para que esa huelga pueda llevarse a cabo, sería necesaria colaboración de sindicatos representativos o la solidaridad del resto de la plantilla con trabajo presencial hasta aglutinar al menos a la mayoría de los empleados del centro de trabajo en el que estén adscritos.

3.1. Problemática específica de la huelga en el teletrabajo

Las diferencias indicadas en líneas anteriores sobre cómo llevar a cabo el derecho de huelga por parte de los trabajadores bajo la modalidad *online*, inevitablemente, también van unidas de una forma paralela a la posibilidad de diferentes prácticas para conculcar este derecho por la parte empresarial. No en vano, la utilización de herramientas tecnológicas en un contexto de huelga es habitualmente problemática. Y esto es algo que también sucede en el campo del teletrabajo, puesto que el mismo conlleva especiales dificultades para el control del esquirolaje, tanto tecnológico como interno y externo. De hecho, estas dificultades se ven agravadas en el teletrabajo gracias a las alternativas que ofrecen los recursos tecnológicos con que cuenta la empresa en cuestión. No en vano, son muchas las conductas empresariales que podrían dirigirse a vulnerar el derecho de huelga de los trabajadores, pero la problemática fundamental para el ámbito específico del esquirolaje, radica en que “la empresa podría recurrir a otros trabajadores o a otras empresas de cualquier parte del mundo para que sustituyeran a los huelguistas casi con total impunidad, por la dificultad de control y prueba”⁴⁰.

Además, también se viene poniendo de relieve⁴¹ la seria dificultad que puede entrañar el control del esquirolaje por parte de un teletrabajador que, siendo ajeno a la empresa o excediendo ilegalmente las funciones propias de su puesto, se preste a colaborar con la mercantil en detrimento de la huelga. No en vano, cabe recordar que este esquirolaje puede ocurrir en contextos en los que el trabajo *online* se lleve a cabo bajo un horario de trabajo flexible o no determinado. Pues bien, esta situación habilitaría a esa persona a aportar mano de obra fuera del horario vedado por la huelga, o incluso, con carácter previo a la fecha de inicio efectivo de la propia huelga.

³⁹ Domínguez Morales, A., “Derechos colectivos de los trabajadores a distancia en el Real Decreto-Ley 28/2020 de 22 de septiembre: problemas de aplicación práctica”, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, núm. 3, 2021, pág. 164.

⁴⁰ Cordero Gordillo, V., “La sustitución de trabajadores huelguistas por medios tecnológicos”, *Lex Social*, núm. 29, 2019, pág. 352.

⁴¹ De las Heras García, A., “Relaciones colectivas y teletrabajo”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, cit., pág. 20.

Aunque, en puridad esta forma de operar no implique la prestación de servicios, cualquier acuerdo entre empresa y teletrabajador en esta línea sería constitutivo de una vulneración del derecho fundamental de huelga⁴². Pero, pese a la ilicitud de estas prácticas, su peligro radica en la dificultad de identificarlas.

3.2. Las primeras huelgas en el teletrabajo

A pesar de las dificultades constatadas para ejercer este derecho fundamental en un contexto de trabajo *online*, ya han tenido lugar las que se han considerado “las primeras huelgas en teletrabajo”. Fundamentalmente, se han producido en empresas dedicadas al telemarketing o al *contact center*, que son actividades que cada vez son llevadas a cabo con mayor frecuencia por medio de trabajo remoto.

En este sentido, puede destacarse que, el 29 de marzo de 2021, se produjo un paro de dos horas por parte de las personas trabajadoras de la mercantil Majorel, empresa dedicada a la actividad de *call center* y cuya plantilla se encuentra mayoritariamente trabajando desde su domicilio. Esta huelga fue convocada por las organizaciones sindicales CCOO, UGT y SAT “para reclamar la mejora de las condiciones de trabajo”⁴³. Posteriormente, el 28 de mayo del mismo año, nuevamente se produjo una huelga en el seno de la misma empresa motivada por las mismas reivindicaciones.

También cabe destacar la huelga convocada por CGT para el 21 de octubre de 2021 en los centros de A Coruña, Zaragoza, Barcelona, Málaga y Madrid de la mercantil Abai Group, empresa compuesta en su mayoría por personal que teletrabaja y que se dedica a prestar servicios de atención telefónica. Además, también han tenido lugar paros en la actividad de servicios autonómicos de atención telefónica de emergencias (los conocidos como teleoperadores del 112), como ocurrió en Castilla y León el 12 de agosto de 2022.

En el año 2022, ha tenido lugar una serie de huelgas sucesivas en todo el sector del *call center*, el cual se caracteriza por la prestación de servicios mediante el trabajo remoto de la mayor parte de empleados. Las mismas han tenido la finalidad de ejercer presión sobre la Asociación de Compañías de Experiencia con el Cliente (CEX), la patronal del sector, a quienes los sindicatos acusan de bloquear las negociaciones del convenio estatal llamado a regular esta actividad. A principios de año, se iniciaron las protestas que tuvieron como punto álgido las huelgas convocadas por USO el 13 y 14 de abril, y las convocadas por UGT y CCOO los días 13 y 26 de mayo y 13 de junio de 2022.

Y más recientemente, el pasado 28 de noviembre de 2022 tuvo lugar una nueva huelga con una duración de 24 horas, lo que derivó en dificultades importantes para

⁴² Valle Muñoz, F.A., *Los derechos colectivos en las nuevas formas de trabajo tecnológico*, cit., pág. 40.

⁴³ Disponible en: https://www.diariodejerez.es/jerez/conflicto-laboral-majorel-primera-huelga-teletrabajo_0_1560445041.html (última revisión en fecha de 21/12/2021)

que se dispensara el servicio telefónico de atención al cliente en empresas como Telefónica, Vodafone, Más Móvil, Jazztel, Orange, Santander, BBVA, Openbank, Iberdrola o Endesa. La misma fue convocada por CGT (el tercer sindicato más representativo del sector tras CCOO y UGT) y secundada por otros sindicatos como ELA, la CIG o el SAT, y ha estado motivada por las discrepancias surgidas entre la parte social y la patronal durante la negociación de la tabla salarial del convenio sectorial.

En este caso y otros similares, los trabajadores ordinarios que llevan a cabo sus cometidos laborales bajo la modalidad presencial, no se ven en la necesidad de informar previamente al empresario de su intención de secundar la huelga o de continuar trabajando durante la misma. Simplemente, dejan de asistir al centro de trabajo durante el desarrollo del paro o continúan con su actividad en tiempo y lugar de trabajo, pero no ocurre lo mismo cuando se trata de teletrabajadores. Por ello, una controversia que subyace a raíz de estas huelgas es si resulta adecuado que, aquellos teletrabajadores que secunden el paro, comuniquen a la empresa y al comité de huelga que lo harán⁴⁴, ante el riesgo de que su decisión cesar temporalmente en su la actividad pase inadvertida debido a la ausencia de una vigilancia específica por parte del empleador. Y es que, como se ha señalado anteriormente, es problemática la verificación de la adhesión del teletrabajador a la huelga cuando la prestación de servicios se produce fuera de las dependencias de la empresa. Incluso, ante un aparente éxito de los piquetes informativos que escenifique un seguimiento total del cese en el trabajo, puede esconderse que haya trabajadores que permanezcan activos bajo la modalidad *online* de manera encubierta. De hecho, en el caso de la referida huelga sectorial del *Call Center*, CGT denunció las prácticas antisindicales de las principales empresas del sector se han constatado cuando el día de huelga se ha disparado el teletrabajo para evitar que la gente secundara la huelga⁴⁵.”

Para hacer frente a situaciones como las descritas, se ha reflexionado sobre la posibilidad de que los piquetes informativos cuenten con la facultad de acceder a los domicilios o lugares donde tiene lugar el teletrabajo⁴⁶. No obstante, como no puede ser de otra manera, la doctrina⁴⁷ aclara que esta posibilidad tiene un nulo

⁴⁴ Valle Muñoz, F.A., *Los derechos colectivos en las nuevas formas de trabajo tecnológico*, cit., pág. 40.

⁴⁵ Disponible en: https://cgt.org.es/la-huelga-de-24-horas-satura-los-centros-de-llamadas-del-sector-del-call-center/?pk_campaign=feed&pk_kwd=la-huelga-de-24-horas-satura-los-centros-de-llamadas-del-sector-del-call-center (última revisión en fecha de 9/12/2022)

⁴⁶ Lafont Nicuesa, L., “El teletrabajo desde la perspectiva de la protección de los derechos constitucionales del trabajador”, *Información Laboral. Legislación y Convenios Colectivos*, núm. 9, 2004, pág. 19.

⁴⁷ De las Heras García, A., “Relaciones colectivas y teletrabajo”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, cit., pág. 20.

recorrido por suponer una colisión con derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio⁴⁸.

4. LAS NOVEDOSAS HUELGAS EN EL ÁMBITO DE LA ECONOMÍA DE PLATAFORMAS

4.1. Las huelgas de desconexión

En el ámbito de la economía de plataformas virtuales (en adelante, EPV), la huelga ha adoptado nuevas formas de vehicularse. Son diversas las acciones colectivas de protesta surgidas en este nuevo escenario laboral, pero puede destacarse entre ellas la consistente en que los prestadores de servicios acometan una salida de la plataforma simultánea y cuidadosamente pactada. El efecto perseguido (y habitualmente conseguido) es que la asignación de pedidos de los clientes quede bloqueada, generándose una imposibilidad temporal de que funcione el servicio. Coloquialmente, esta forma de canalizar la protesta laboral es conocida como “huelga colectiva” o “huelga de desconexión”.

Se trata de una nueva variante de medida de presión circunscrita a la EPV. Y más concretamente, a aquellas empresas del sector que aún no han extendido o reconocido la laboralidad formal de todas aquellas personas con las que conciertan la prestación de los servicios vinculados a su *app*. Esto hace que, al menos a nivel formal, la empleadora no pueda exigir a un trabajador autónomo⁴⁹ su presencia en la aplicación para asumir pedidos en un momento concreto, ni cabe la imposición de medidas disciplinarias por un supuesto abandono del puesto de trabajo.

La posibilidad de articular esta medida por parte de una colectividad de trabajadores no fue *a priori* contemplada por las principales mercantiles de la EPV. No en vano, el número necesario de personas trabajadoras para el adecuado reparto de pedidos por parte de la plataforma, suele estar cubierto en la mayoría de casos. Pero las tornas se invierten cuando las personas prestadoras del servicio llegan a un cuerdosuficientemente amplio a nivel cuantitativo para inutilizar la gestión algorítmica de pedidos y entregas.

Esta es una manifestación del carácter “líquido” que a menudo envuelve muchos aspectos de la EPV, en contrapunto con la mayor rigidez de la organización del trabajo de hace unas décadas. Por ello, la desconexión de la aplicación por parte de los prestadores de servicios para reforzar la presión al empleador en un contexto de conflicto laboral, se ha convertido en un arma importante para la organización grupal de trabajadores en estas nuevas realidades laborales. De hecho, como

⁴⁸ Art. 18 CE: “El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito”.

⁴⁹ Habitualmente “falso autónomo”.

viene observándose en los últimos años, se ha constatado que resulta una medida difícilmente gestionable para las plataformas virtuales.

Consecuentemente, queda patente que el imaginario clásico de la organización y desarrollo de una huelga ha dejado de ser el único posible en contextos de conflictividad dentro de empresas que se valen de algoritmos para la gestión de personal, fundamentalmente, en la EPV⁵⁰.

4.2. El caso español

En nuestro país, la primera “huelga de desconexión” tal cual ha sido conceptualizada en el apartado anterior, tuvo lugar el 2 de julio de 2017, entre las 20:00 y las 23:00. Fue en el seno de la mercantil Deliveroo⁵¹ y tuvo un alcance nacional. Posteriormente, se produjeron experiencias similares en la empresa Glovo de forma más local.

Una de las huelgas más destacadas fue la ocurrida en Zaragoza el 9 de septiembre de 2018 entre las 20:30 y las 23:00, siendo este un horario deliberadamente elegido por tratarse de la hora punta habitual en este servicio de reparto. En esa ocasión, se dieron cita en Plaza de España de la ciudad zaragozana una cantidad superior a cincuenta *riders* para abandonar temporalmente de la aplicación de Glovo al unísono. A ello se sumó que varias decenas más de repartidores se quedaron en sus domicilios y también se mantuvieron inactivos. De esta forma, se logró el objetivo pretendido de colapsar la aplicación. De hecho, Glovo, es decir, la empresa en cuestión, no fue capaz de recuperar el funcionamiento de la aplicación durante todo el espacio de tiempo escogido por los huelguistas para la desconexión su duración.

Además de lo ocurrido en Zaragoza, también se produjo una casuística similar a la de Zaragoza durante la desconexión de los repartidores de Glovo en Madrid el día 16 de septiembre de 2018 entre las 21:00 y las 23:00. En este caso, la huelga de desconexión fue analizada por Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid, quien en su sentencia 53/2019, de 11 de febrero, entró a conocer el despido de uno de los promotores de la protesta resolución que se analizó la actuación de uno de los impulsores de la referida huelga. Si bien el actor operaba como “falso autónomo” mientras participó activamente en la huelga de desconexión, la empresa decidió prescindir de sus servicios al conocer implicación en la protesta. Frente a ello, la sentencia determina la nulidad del despido efectuado. Y para ello, fundamenta dicha decisión en el derecho del trabajador a promover y participar este tipo de parones o huelgas, aun cuando las mismas no sean estrictamente lícitas⁵². Este

⁵⁰ Göerlich Peset, J.M., “Digitalización y derecho de huelga”, *Temas laborales*, cit., pág. 102.

⁵¹ Disponible en: https://www.eldiario.es/catalunya/trabajo/repartidores-deliveroo-convocan-primera-economia_1_3306408.html (última revisión en 19/08/2021).

⁵² “El único dato fáctico en que tales imputaciones se apoyan es el mensaje de voz colgado por el actor en una cuenta whatsapp denominada “Paro glovomadrid” (...). La lectura de dicho mensaje sólo evidencia la opinión del demandante en relación con dicho paro volcada en una cuenta

criterio fue posteriormente refrendado por la STSJ de Madrid 1223/2019, de 18 de diciembre⁵³.

Posteriormente, se produjo otro hecho comparable al anterior en Barcelona dos años más tarde, el 1 de agosto de 2019, también en el seno de Glovo. Incluso, cabe señalar que, en esta ocasión, los *riders* constituyeron un comité de huelga través de los cauces previstos legalmente. Todo ello, con la intención de negociar colectivamente con la mercantil, algo a lo que esta nunca estuvo dispuesta a aceptar.

Estos hechos fueron abordados por la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 31 de Barcelona 193/2019, de 11 de junio, que nuevamente declaró nula la decisión empresarial de prescindir varios de los promotores de esta protesta y miembros del comité de huelga. Se consideró para ello que, la “huelga de desconexión” y las denuncias públicas efectuadas previamente, quedaban enmarcadas y amparadas por el legítimo ejercicio de los derechos fundamentales de libertad sindical y huelga de estos repartidores⁵⁴. Y ese criterio, fue igualmente corroborado por el TSJ de Cataluña en su sentencia 2557/2020, de 16 de junio⁵⁵, que indicó que la manera de proceder de la empresa se trataba de una reacción a “la actividad sindical desplegada en defensa de los derechos laborales reconocidos a los reclamantes”, considerándose que formaba parte de la misma la actuación de los *riders* demandantes en calidad de miembros de un comité de huelga.

Es significativo que, pese a que la llamada *Ley Rider*⁵⁶ establece la presunción de laboralidad del trabajo desempeñado por repartidores “mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital”⁵⁷, empresas como las referidas anteriormente aún siguen empleando en gran medida a personas trabajadoras por cuenta propia. Por ello, tiene importancia que, resoluciones como las reseñadas en este apartado, también reconozcan el

colectiva de whatsapp sin que pueda interpretarse como una medida de incitación a secundar la huelga ni de coacción a otros repartidores. Sus palabras entran dentro del ejercicio de su libertad de expresión. No pueden por ello ser causa de despido y además al haberse reaccionado así se atenta contra el ejercicio de ese derecho fundamental lo que arrastra la tacha de nulidad del despido por esta causa realizado. Reconoce el actor su participación en los paros previstos el 16-9-2018 entre las 21 y 23 horas. Sabido es que la mera participación en una huelga, aun incluso ilícita, no justifica el despido”.

⁵³ Rec. 714/2019.

⁵⁴ Art. 28 CE.

⁵⁵ Rec. 5997/2019 (FJ 5).

⁵⁶ Ley 12/2021, de 28 de septiembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales (BOE nº 233, de 29/09/2021).

⁵⁷ Disposición Adicional Vigésimotercera. Presunción de laboralidad en el ámbito de las plataformas digitales de reparto.

derecho a medidas de conflicto colectivo en este tipo de contextos laborales no formalizados⁵⁸.

5. CONCLUSIONES

En la era de la economía digital, derechos colectivos como el de huelga están altamente condicionados por fenómenos como la virtualidad de los centros de trabajo, la externalización de actividades y la consolidación de la empresa-red⁵⁹. Además, todo ello ocurre sin que iniciativas legislativas recientes, como es el caso de la modificación del art. 42 ET, parezcan haber revertido esta realidad en gran medida.

No obstante, pese a que la concepción clásica de la huelga no es tan fácil de llevar a cabo en entornos laborales tan novedosos con la EPV, la creatividad de sus principales actores ha permitido que se pongan en marcha nuevas medidas de presión. El mejor exponente de ello podría ser las conocidas como “huelgas de desconexión”, es decir, el colapso premeditado de los servicios de una *app* por medio de quienes estaban llamados a asumir esa prestación de servicios.

Además, es preciso contextualizar esta cuestión poniendo énfasis en que, con frecuencia, estas acciones de protesta llevadas a cabo por los *riders* logran ser percibidas emblemáticas en el terreno sociopolítico. De hecho, desde distintos espacios de opinión, las mismas son empleadas para focalizar la deriva que sigue el sistema de relaciones laborales en su conjunto. Por ello, el argumentario de los colectivos de *riders* u organizaciones sindicales que los respaldan⁶⁰ recurre con frecuencia a que, la situación de precariedad que motiva sus protestas, no es sino el reflejo del proceso de desregulación laboral y reformas neoliberales desarrollado desde las últimas décadas del siglo pasado⁶¹.

En lo concerniente a fenómenos como el esquirolaje tecnológico, la escasez de medidas regulatorias del derecho de huelga en nuestro ordenamiento, ha sido uno de los factores que ha propiciado un largo debate jurisprudencial con postura contradictorias desde finales del siglo pasado hasta prácticamente la actualidad⁶². En síntesis, las líneas rojas admitidas a día de hoy para diferenciar la conducta

⁵⁸ Ruiz Saura, J.E., “Huelga y trabajo autónomo económicamente dependiente en la actualidad”, *Temas Laborales*, núm. 164, 2022, págs. 154.

⁵⁹ Esteve Segarra, M.A., “Desafíos de las relaciones colectivas de trabajo en las empresas de plataforma”, *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y protección social*, vol. 3, nº 3, 2022, pág. 59.

⁶⁰ V. gr., *Riders x Derechos* a nivel más informal, o CGT *Riders* como ejemplo de agrupación en torno a un sindicato formal.

⁶¹ Haidar, J., Diana Menéndez, N. y Arias, C., “¿La organización vence al algoritmo? Plataformas de reparto y procesos de organización de los trabajadores de delivery en Argentina”, *Revista Pilquen*, núm. 23, 2020, pág. 24.

⁶² Valle Muñoz, F.A., “La incidencia de las nuevas tecnologías en el ejercicio del derecho de huelga”, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 52, 2020, pág. 163.

empresarial ajustada a derecho de la que sería una vulneración del derecho de huelga, por un lado, pivotan sobre la disyuntiva de que los medios tecnológicos empleados estuvieran o no a disposición de la empresa antes de comenzar la huelga, y además, que para la utilización de dichas herramientas sea necesaria o no la intervención de personas trabajadoras, las cuales a su vez, deberá verificarse si lo hacen actuando dentro de sus funciones habituales o excediendo las mismas en esa coyuntura concreta.

Por otra parte, el ejercicio de la huelga está irremediabilmente sujeto a peculiaridades en el ámbito del teletrabajo. Concretamente, el aislamiento de la persona trabajadora con respecto a su centro de adscripción o la dispersión de quienes teletrabajan con respecto al conjunto de la plantilla, son algunas de las peculiaridades más evidentes⁶³. En cualquier caso, esto no puede ser óbice para que el legislador lleve a cabo las medidas necesarias para que el ejercicio de este derecho fundamental se garantizado en términos prácticos y en igualdad de condiciones con respecto a cualquier otra persona trabajadora de la plantilla.

⁶³ *Ibid.*

LA RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA COMO HERRAMIENTA PARA LA CONSECUCCIÓN DE LA IGUALDAD DE GÉNERO EN CADENAS GLOBALES DE VALOR

RAFAEL GARCÍA GARCÍA

Profesor de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales
Facultad de Derecho, UCAM Universidad Católica de Murcia

EXTRACTO

Palabras clave: Responsabilidad Social Corporativa; igualdad efectiva entre hombres y mujeres; cadenas globales de valor

Las organizaciones empresariales tienen la responsabilidad de contribuir a una sociedad más justa e igualitaria, incluso por encima de las obligaciones legales, y es aquí donde entra en juego la Responsabilidad Social Corporativa.

Este compromiso adquiere una especial importancia en cadenas globales, donde las exigencias de los ordenamientos jurídicos pueden variar en función de la localización geográfica.

Aunque las conductas relacionadas con la RSC son voluntarias, el sector público desempeña un importante papel en el fomento de las mismas. Además, las propias administraciones públicas intervienen en el mercado.

La igualdad de oportunidades tiene que formar parte de los valores de toda empresa responsable socialmente, lo que implicará una reinterpretación de las relaciones con sus grupos de interés que recoja sus necesidades en materia de igualdad de género y diseñe políticas en consecuencia.

ABSTRACT

Keywords: *Corporate Social Responsibility; effective equality between men and women, global value chains*

Business organizations have the responsibility to contribute to a more just and equal society, even beyond legal obligations, and this is where Corporate Social Responsibility comes into play. This commitment acquires special importance in global chains, where the requirements of legal systems may vary depending on the geographical location.

Although CSR-related behaviors are voluntary, the public sector plays an important role in promoting them. In addition, the public administrations themselves intervene in the market.

Equal opportunities must be part of the values of every socially responsible company, which will imply a reinterpretation of relations with its interest groups that reflects their needs in terms of gender equality and design policies accordingly.

ÍNDICE

1. LA RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA COMO INSTRUMENTO DE CONTRIBUCIÓN DE LA EMPRESA EN LA TRANSFORMACIÓN SOCIAL EN UN CONTEXTO GLOBAL
 - 1.1. Responsabilidad Corporativa y transformación social
 - 1.2. La corresponsabilidad de los agentes sociales y la mundialización: Los Objetivos de Desarrollo Sostenible y el concepto de trabajo decente
2. EL PAPEL DE LOS PODERES PÚBLICOS EN LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LAS EMPRESAS
 - 2.1. El concepto de la Responsabilidad Social de la Empresa: su fundamento en la voluntariedad
 - 2.2. La promoción de comportamientos éticos de las empresas. Intervención de las Administraciones públicas
3. FUNDAMENTO DE LAS INTERVENCIONES DE LOS AGENTES SOCIALES EN MATERIA DE IGUALDAD: LA IGUALDAD FORMAL Y LA IGUALDAD EFECTIVA
 - 3.1. La igualdad en el ordenamiento jurídico español. Especial referencia a la Ley Orgánica 3/2007, de igualdad efectiva de mujeres y hombres
 - 3.2. La Estrategia Europea para la Igualdad de Género 2020-2025
4. LA RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA Y EL FOMENTO DE LA IGUALDAD EFECTIVA ENTRE MUJERES Y HOMBRES EN LA EMPRESA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO
 - 4.1. La RSC y el fomento de la igualdad: ¿existe espacio para acciones de carácter voluntario?
 - 4.2. El papel de la Responsabilidad Social en la Ley Orgánica 3/2007 y normativa de desarrollo
 - 4.3. El papel de la Responsabilidad Social en la consecución de la igualdad en otras normas de nuestro Ordenamiento jurídico
5. LA RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA COMO HERRAMIENTA DE CAMBIO SOCIAL EN CADENAS GLOBALES DE VALOR
 - 5.1. El marco global de la RSC. La deslocalización
 - 5.2. El fomento de la igualdad de oportunidades en cadenas globales de valor
6. LA DILIGENCIA DEBIDA Y EL RESPETO DE LOS DERECHOS HUMANOS POR LAS EMPRESAS MULTINACIONALES
 - 6.1. El concepto de Diligencia Debida
 - 6.2. La información no financiera y la difusión del resultado de las políticas de igualdad de las empresas
 - 6.3. Los acuerdos marco transnacionales
7. CONCLUSIONES

1. LA RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA COMO INSTRUMENTO DE CONTRIBUCIÓN DE LA EMPRESA EN LA TRANSFORMACIÓN SOCIAL EN UN CONTEXTO GLOBAL

1.1. Responsabilidad Corporativa y transformación social

Parece una cuestión socialmente muy arraigada que el objetivo de la empresa es ganar dinero, obtener beneficios económicos. Cuántos más, mejor¹. Sin embargo, obtener el máximo beneficio económico no es, ni puede ser en una sociedad sana, la función o el objetivo principal de una empresa, sea esta de carácter público o privado. Tal cosa sería tanto como confundir el fin con los medios.

No es que ganar dinero sea algo negativo, de hecho, es perfectamente legítima y necesaria la obtención de beneficios en el marco del respeto a la legalidad. Lo que ocurre es que ganar dinero es, simplemente, un medio, algo necesario para la supervivencia. El objetivo de la empresa no es ganar dinero en el mismo sentido en el que el objetivo de la persona no es respirar, o alimentarse.

También adquiere una gran importancia el cómo se obtienen esos beneficios económicos, y si parte de ellos revierte en la sociedad. Lo que podríamos llamar “creación de valor social”, entendido como la contribución a un mayor bienestar para el conjunto de la sociedad en que la empresa está incardinada².

En resumen, la consecución de un mundo socialmente más cohesionado, una sociedad más justa y próspera, y ecológicamente más segura y sostenible³.

Las organizaciones, tanto como las personas, tienen la responsabilidad de contribuir al desarrollo de una sociedad más justa e igualitaria, y aquí es donde entra en juego la Responsabilidad Social Corporativa (en adelante, RSC), que tiene su fundamento en la exigencia de una mayor corresponsabilidad (con el presente y con el futuro) de los actores económicos, políticos y sociales.

¹ En la línea clásica del famoso artículo del premio Nobel Milton Friedman publicado en el *New York Times* el 13 de septiembre de 1970, en el que afirmaba que “existe sólo una responsabilidad social de las empresas: utilizar sus recursos y participar en actividades diseñadas para aumentar sus ganancias siempre que se mantenga dentro de las reglas del juego, es decir, participar en una competencia abierta y libre sin engaños ni fraudes”. Friedman, N. “A Friedman doctrine - The Social Responsibility Of Business Is to Increase Its Profits”, *New York Times*, September 13, 1970, Section SM, Page 17. (<https://www.nytimes.com/1970/09/13/archives/a-friedman-doctrine-the-social-responsibility-of-business-is-to.html>.)

² Salas Fumás, V. “Responsabilidad Social Corporativa (RSC) y Creación de Valor Compartido. La RSC según Michael Porter y Mark Kramer”. *Revista de Responsabilidad Social de la Empresa*. Núm. 9. 2011. Página 19.

³ Gay Herrero, S. “Políticas públicas de fomento y apoyo de la responsabilidad social corporativa” *Revista vasca de economía social* Núm. 5, 2009, página 48.

En el contexto social y económico actual, ninguna empresa se puede permitir dar la espalda a las preocupaciones relacionadas con su papel y su actuación en la comunidad en la cual operan.

Las empresas no pueden ser pequeñas burbujas aisladas de la sociedad en la que se insertan⁴. No pocas veces, además, el comportamiento transparente y responsable de las empresas repercute de forma positiva en su credibilidad y reputación, traduciéndose en un aumento de sus beneficios económicos, por más que no los haya perseguido de forma directa⁵.

El concepto de Responsabilidad Social Corporativa radica en esta exigencia de una mayor corresponsabilidad (con el presente y con el futuro) de los actores económicos, políticos y sociales en la construcción de una sociedad más próspera, con mayores niveles de justicia y equidad y con un medio ambiente más limpio y seguro.

Este compromiso con la responsabilidad adquiere una especial importancia en cadenas globales, donde las exigencias de los ordenamientos jurídicos pueden variar en función de la localización geográfica de los distintos proveedores y consumidores.

La capacidad, por parte, especialmente, de las grandes empresas multinacionales para instalar o abandonar un estado u otro en función de los costes de producción (que no son, necesariamente, los económicos) y las mayores o menores facilidades “regulatorias” ofrecidas por los gobiernos de los países interesados, puede llevarlas a tratar de moverse, en la práctica, en “un espacio no sujeto a reglas construido a la medida de sus intereses⁶.”

En este sentido, la extensión de la práctica de la descentralización de la producción y el trabajo a través de colaboradores externos localizados en los diferentes países, no puede convertirse en una dispersión de la responsabilidad y la elusión por la empresa de las regulaciones de sus países de origen.

Antes bien, la Responsabilidad Social ha de conducir a la empresa, cuando menos, a la exigencia de cumplimiento de los mínimos legislativos a lo largo de todos los eslabones de la cadena de valor y, partiendo de ello, tratar de ir incluso más allá, transformando en la práctica las sociedades en las que desempeñan su actividad productiva.

⁴ De Castro Sanz, M. “La Responsabilidad Social de las Empresas, o un nuevo concepto de empresa”. *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, núm. 53, 2005, página 30.

⁵ Giner Lloret, A. “Las empresas transnacionales y los Derechos Humanos”. En *Lan Harremanak*, núm. 19. 2008. Página 71.

⁶ Sanguinetti Raymond, W. “La tutela de los derechos fundamentales del trabajo en las cadenas de producción de las empresas multinacionales” en Escudero Rodríguez, R. (Coord.). *La negociación colectiva en España, un enfoque interdisciplinar*. Comisiones Obreras, CCOO: Cinca, Madrid, 2008. Página 448.

Por paradójico que parezca, la propia empresa multinacional, de la misma manera que tiene capacidad para eludir la legislación de los estados, también la tiene para “garantizar un núcleo básico de derechos a todos los trabajadores que participan en los procesos de producción a ellas vinculados”, con independencia del país en el que desempeñen su actividad laboral⁷.

La empresa ha de mirar más allá de sus paredes, y tener en cuenta a todos los colectivos que pueden verse influidos por sus decisiones, como los accionistas, trabajadores, consumidores, la comunidad en la que se encuentra situada, la competencia y la sociedad en general⁸. Lo que se conoce, en el ámbito de la Responsabilidad Social Corporativa como *Stakeholders*⁹.

Así, una empresa es socialmente responsable cuando responde satisfactoriamente a las expectativas que, sobre su funcionamiento, tienen los distintos grupos de interés, respecto de sus diferentes intereses y necesidades, no solamente en lo que se refiere a los productos o servicios que ofrece, sino también en cuanto a la comprensión y desempeño de su función social.

La responsabilidad social no se puede quedar en un simple instrumento de *marketing* o blanqueamiento de imagen que evite regulaciones normativas más exigentes con las conductas empresariales¹⁰. Puede (y debe) ser una gran palanca de transformación capaz de mover a las empresas para que colaboren en la construcción de un proyecto de sociedad que se guíe por un sentido de la responsabilidad ética, que se comprometa con la dignidad humana, con la justicia, con la libertad, con la igualdad y con el respeto al entorno medioambiental.

Para ello, ya no resulta suficiente con el respeto a la ley, esto es, con la no transgresión de los valores socialmente adoptados y elevados a norma, sino que se espera de las empresas que participen de manera activa en el cambio social, adoptando comportamientos comprometidos que sirvan de referencia para sus trabajadores, proveedores, clientes y para la sociedad en general. No asumir ese compromiso tiene, cada vez más, un mayor efecto en la reputación de las empresas, con consecuencias directas en su cuenta de resultados¹¹.

⁷ *Ibidem*, Página 451.E

⁸ Elosegui Itxaso, M. “El Libro Verde de la RSC de la Comisión Europea y la Teoría de los Stakeholders desde una perspectiva de género”. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, Núm. 21, 2010. Página 18.

⁹ Término que procede de un juego de palabras, tomado de uno de sus significados en inglés entre *Stockholder* (accionista) y *Stakeholder* (depositario de una apuesta, en juegos como el póquer). Es decir, todos los que se juegan o arriesgan algo, no necesariamente económico, sino otros intereses como el ser tratado con dignidad en la empresa, o la propia sostenibilidad de su ecosistema.

¹⁰ *Vid.* Hernández Zubizarreta, J. “la responsabilidad social corporativa y las empresas transnacionales: de la ética de la empresa a las relaciones de poder”. *Lan Harremanak*, núm. 19. 2008. Páginas 17-49.

¹¹ Así, como manifiesta el Plan de Acción Nacional de Empresas y Derechos Humanos de España de 2017, las empresas “son cada vez más conscientes de que el respeto de los derechos

No en vano, el respeto y protección de los derechos humanos es una reivindicación muy arraigada en la ciudadanía, de manera que los estados y las empresas, en las sociedades modernas, no pueden dar la espalda a este compromiso social, actuando contra los posibles impactos negativos que su actividad puede causar en los derechos de las personas de aquellos lugares en los que radican¹².

1.2. La corresponsabilidad de los agentes sociales y la mundialización: Los Objetivos de Desarrollo Sostenible y el concepto de trabajo decente

Esta corresponsabilidad de los agentes sociales se tiene clara por organismos como la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) prácticamente desde sus principios fundacionales.

Así, el 10 de mayo de 1944 se firma, en el seno de la OIT, la Declaración de Filadelfia.

En ella se formulan, como principios básicos, los siguientes:

El trabajo no es una mercancía.

- La libertad de expresión y de asociación es esencial para el progreso constante.
- La pobreza, en cualquier lugar, constituye un peligro para la prosperidad de todos.
- Todos los seres humanos sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad y de seguridad económica y en igualdad de oportunidades.

La Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) centra su programa en cuatro pilares: creación de empleo, protección social, derechos en el trabajo y diálogo social.

Para ello, la Conferencia tuvo claro el papel fundamental que han de desempeñar los gobiernos, en el ámbito interno y en el internacional, pero también los representantes de los trabajadores y de los empleadores, colaborando con los gobiernos.

Sin la contribución del sector privado en su papel de colaboración y diálogo con el gobierno, no va a ser posible la consecución de los objetivos, puesto que, en numerosas ocasiones, los estados no tienen capacidad para aplicar leyes nacionales a las empresas transnacionales radicadas en su suelo, y el propio estado de origen

humanos constituye además un activo en términos de negocio”. (Gobierno de España, Plan de Acción Nacional de Empresas y Derechos Humanos, (<http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/DerechosHumanos/Documents/170714%20PAN%20Empresas%20y%20Derechos%20Humanos.pdf>) (consultado el 25 de abril de 2023).

¹² Martínez Nadal, A. “Empresa y Derechos Humanos: perspectiva de Derecho Mercantil” en Revista de Derecho Mercantil n°320/2021. Pág 3.

no regula los perjuicios provocados por empresas de su nacionalidad en otros países distintos¹³.

En esta misma línea se encuentran los llamados principios Ruggie, “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica en el marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”, que fueron elaborados por el Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie, el Representante Especial adjuntó los Principios Rectores a su informe final al Consejo de Derechos Humanos (A/HRC/17/31), que también incluye una introducción a dichos Principios y un resumen del proceso que llevó a su elaboración. El Consejo de Derechos Humanos hizo suyos los Principios Rectores en su resolución 17/4, de 16 de junio de 2011. Estos principios son aplicables a todos los estados y a todas las empresas, sean o no transnacionales, y descansan sobre tres pilares, que suponen el reconocimiento de

- a) Las actuales obligaciones de los Estados de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos y las libertades fundamentales;
- b) El papel de las empresas como órganos especializados de la sociedad que desempeñan funciones especializadas y que deben cumplir todas las leyes aplicables y respetar los derechos humanos;
- c) La necesidad de que los derechos y obligaciones vayan acompañados de recursos adecuados y efectivos en caso de incumplimiento.

Estos tres pilares dan lugar, a su vez, a los tres capítulos en los que se estructura este texto, esto es, respectivamente, “el deber del estado de proteger los derechos humanos”, “la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos” y el “acceso a mecanismos de reparación”

Se recogen 31 principios en torno a la obligación de los estados de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos dentro de su territorio, y de las empresas de respetar los derechos humanos, lo que se concreta en “abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros, así como en hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación”

En este sentido, se enuncia que “Los Estados no deben dar por supuesto que las empresas siempre prefieren o se benefician de la inacción pública, y deben considerar una combinación inteligente de medidas –nacionales e internacionales, obligatorias y facultativas– para promover el respeto de los derechos humanos por las empresas”

Un importante paso adelante en esta misma filosofía son los objetivos de desarrollo sostenible, adoptados por la Asamblea General de la ONU el 25 de septiembre de 2015, en declaración que contenía el siguiente párrafo: “Estamos resueltos a poner fin a la pobreza y el hambre en todo el mundo de aquí a 2030, a

¹³ Giner Lloret, A. “Las empresas transnacionales y los Derechos Humanos”. *Op.Cit.* Página 73.

combatir las desigualdades dentro de los países y entre ellos, a construir sociedades pacíficas, justas e inclusivas, a proteger los derechos humanos y promover la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de las mujeres y las niñas, y a garantizar una protección duradera del planeta y sus recursos naturales”.

Entre estos objetivos se encuentra el logro de la igualdad de género (objetivo 5) y la consecución del trabajo digno y el desarrollo económico sostenible (objetivo 8) y, dentro del mismo, (objetivo 8#1) la consecución del “trabajo decente y crecimiento económico”, entendiendo este logro como la oportunidad, para las personas, de obtener un empleo productivo y seguro, capaz de generar un ingreso justo, así como la mejora de las perspectivas de desarrollo personal, integración social, participación en la vida social y la igualdad de trato y oportunidades de hombres y mujeres.

Ambos objetivos se orientan a centrar los esfuerzos en la consecución de la igualdad de género, tema que, en el ámbito concreto de la contribución de la Responsabilidad Social Corporativa, va a ocupar el presente trabajo y que, en el caso del objetivo 8, se vincula de manera directa con el concepto de “trabajo decente”, un concepto acuñado por la OIT en 1999¹⁴, y que es esencial y transversal en la configuración de estos objetivos de desarrollo sostenible en el contexto de un panorama laboral globalizado, hasta tal punto que se puede afirmar, como hace la OIT que “El objetivo de Trabajo Decente para Todos y los compromisos definidos en la Declaración del Milenio van de la mano”¹⁵. De esta forma, en el seno de las Naciones Unidas, ya en 2004, la Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización, grupo independiente de alto nivel, señaló en sus recomendaciones que: “El trabajo decente para todos debería convertirse en un objetivo global y perseguirse a través de políticas más coherentes en el seno del sistema multilateral”.

Para la consecución del objetivo 8, además, es esencial la internacionalización, la cooperación para el desarrollo. Es obvio que las empresas que ejercer su actividad de manera global, a través del ejercicio de la actividad relativa a su Responsabilidad Social Empresarial están llamadas a desempeñar un papel esencial, dado que los objetivos del milenio, como la Responsabilidad Social Corporativa, no son legislación de obligado cumplimiento, aunque su voluntad de influencia en los gobiernos de los países los convierte en muy importantes para la generación de cambios sociales, culturales, económicos y hasta tecnológicos que den lugar a potenciales cambios legislativos, cara a la consecución de una normativa que respete unos derechos laborales mínimos en todos los países. Se trata de conseguir que la mundialización se convierta en una fuerza positiva para todos los habitantes del planeta, en torno a los conceptos de “globalización justa” y de “trabajo decente”.

¹⁴ Oficina Internacional del Trabajo. 1999. Memoria del Director General: Trabajo decente. Disponible en: <https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm>. Seguramente se puede traducir mejor como “trabajo digno”, pero utilizamos aquí “trabajo decente” por su amplia difusión.

¹⁵ OIT, “La Declaración del Milenio, los ODM y el Programa de Trabajo Decente de la OIT: una visión de conjunto” en <http://www.ilo.org/mdg>

De acuerdo con la OIT, frente a la globalización, surge el concepto de trabajo decente, que significa no solo tener trabajo para todos, sino garantizar que el trabajo sea de calidad y dote a las personas de mejores perspectivas de desarrollo personal y libertad para organizar y participar en las decisiones que afectan sus vidas¹⁶.

En este contexto globalizado, el objetivo más importante de la Responsabilidad Social Corporativa es determinar cómo puede aumentar la aportación del sector privado en la solución de las principales preocupaciones y retos económicos, sociales y ambientales a los que nos enfrentamos como sociedad, en un mundo globalizado¹⁷, en torno a los cuatro pilares que, de acuerdo con el programa de la OIT, deben sostener y orientar los objetivos sociales y económicos, como son las oportunidades de empleo, el reconocimiento de los derechos laborales, la protección social y el fomento del diálogo entre organizaciones de empleadores y trabajadores para la formulación de las políticas gubernamentales para la eliminación de la pobreza¹⁸. No se trata, en suma, de abordar la creación de empleo como fin neutro. En realidad, se trata de promover y garantizar puestos de trabajo de calidad, que aseguren condiciones dignas de trabajo y empleo para las personas trabajadoras¹⁹. El trabajo decente está vinculado con el acceso a una vida digna²⁰.

Por otra parte, es indudable que todavía hoy, en muchos países, las mujeres tienen un papel social subordinado al hombre, lo que hace que carezcan de acceso a la propiedad y a los recursos económicos, que adquieren a través del trabajo asalariado por cuenta ajena prácticamente como única forma. A este trabajo acceden, además, en condiciones de franca desigualdad, con una gran segmentación ocupacional e importantes sesgos verticales y horizontales de género, y centradas, además, en el trabajo doméstico y el cuidado de familiares, tarea que realizan casi exclusivamente ellas, viéndose sometidas a una suerte de doble jornada de trabajo²¹. En definitiva, pese a “los avances de la mujer en el mercado de trabajo, persiste la discriminación, las mujeres se concentran en el trabajo doméstico, una de las ocupaciones donde se registra más déficit de trabajo decente²²”. Situaciones

¹⁶ OIT “Building a future with decent work”. 102nd Session of the International Labour Conference. Geneva 2013.

¹⁷ Gay Herrero, S. “Políticas públicas de fomento y apoyo de la responsabilidad social corporativa” *Op. Cit.*, página 48.

¹⁸ OIT, “El Trabajo Decente y los ODM: Una visión de conjunto” disponible en <http://www.ilo.org/mdg>

¹⁹ López Ahumada, J.E. “La relación del ODS número 8 con la función protectora del Derecho del Trabajo”, en *Noticias Cielo Laboral*, N° 11 2021.

²⁰ Vargas Jiménez, E. y Pérez Ramos, S. P. El trabajo precario y el trabajo decente: su impacto en la salud y en el desarrollo sostenible. *Revista Interamericana de Psicología Ocupacional*, 38(2), 2019. Página 139

²¹ Rivas Torres, F. Obando Uzcátegui, L. y Castillo Blanco, V. “Dimensión de género en la concepción del trabajo decente: desafío impostergable de la Agenda 2030”. *Revista Visión Gerencial*, 19(1), 2020, páginas 142-144.

²² Organización de los Estados Americanos. Comisión Interamericana de Mujeres, Avance de la igualdad de género en el marco del trabajo decente. Septiembre de 2011, Págs 15 y ss.

que, con matices, persisten más allá de la sociedad occidental. A ello se une, dada la discriminación social, la menor preparación con la que, en la mayoría de ocasiones, cuentan las mujeres, lo que las lleva a aceptar trabajo de menor calidad, trabajos precarios y en economía sumergida, sin protección social.

El fomento del trabajo decente, en este sentido, está directamente conectado con la eliminación de desigualdades de género en el ámbito laboral, tanto para la entrada en el mismo como a la hora de su desempeño (salario, condiciones de trabajo) y de la formación y promoción en condiciones de igualdad.

El mencionado objetivo 5 de la agenda 2030, como objetivo transversal directamente conectado con el 8, relaciona la consecución de la igualdad de género en el ámbito laboral con el trabajo decente al tiempo que la configura como fundamento del verdadero desarrollo político, social y económico, de los países, como una responsabilidad de gobiernos y agentes sociales, en un contexto de respeto de los derechos humanos, y que requiere la colaboración de los sectores público y privado²³.

Avanzar en las metas del ODS 5, lograr la igualdad de género y empoderar a todas las mujeres y las niñas, es un elemento clave también para lograr el ODS 8, de manera especial si nos fijamos en las metas 8.5. con la que se busca lograr “el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos los hombres y mujeres, incluidos los jóvenes y las personas con discapacidad, y la igualdad de remuneración por trabajo de igual valor”; y 8.8. centrada en “Proteger los derechos laborales y promover un entorno de trabajo seguro y protegido para todos los trabajadores, incluidos los trabajadores migrantes, en particular las mujeres migrantes y las personas con empleos precarios”.

En materia laboral, este objetivo recoge la necesidad de “eliminar la discriminación contra las mujeres; visibilizar el trabajo no remunerado, asalariado y de seguridad social y garantizar la participación plena e igualdad de oportunidades de la mujer a todos los niveles de la sociedad, tanto en el sector público como en el sector privado”. Este objetivo se ha de traducir en medidas eficaces que vayan al origen de la discriminación laboral de las mujeres, fundamentada principalmente en la creencia social de que ellas son las encargadas de las tareas domésticas y del cuidado y atención a la familia y a los hijos, lo que condiciona el acceso al empleo y a la educación, así como la calidad de los puestos de trabajo y la promoción en las empresas, así como las propias condiciones laborales²⁴.

En el contexto de la Unión Europea, los ODS forman parte de la Estrategia Europea 2020 para garantizar la consecución de un crecimiento inteligente,

²³ El art. 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos indica que “Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo”.

²⁴ Sierra Hernáiz, E. “Objetivos de desarrollo sostenible e igualdad de género: una perspectiva laboral”, en *Revista Internacional y Comparada de relaciones laborales y derecho del empleo* Volumen 6, núm. 4 octubre-diciembre de 2018. Páginas 31-33.

sostenible e integrador, que fija, entre otros objetivos, el de alcanzar: “una economía con un alto nivel de empleo que promueva la cohesión económica, social y territorial”, haciendo referencia explícita a la adopción de “medidas que promuevan la igualdad entre los sexos para lograr aumentar la participación laboral de las mujeres y promover el equilibrio de la vida laboral y familiar”. Asimismo, en el ámbito laboral, se resalta la necesidad de seguir obteniendo avances en el aprovechamiento del talento de las mujeres y aumentar su participación en el mercado laboral, a través de políticas activas²⁵”.

Los objetivos de desarrollo sostenible, que no constituyen legislación de obligado cumplimiento (aunque sí influyen en los países y en las sociedades y, por ende, en los gobiernos) son una oportunidad inmejorable para que entre en juego la acción de la Responsabilidad Social Empresarial,

Por otra parte, más allá de la actividad de la Organización de las Naciones Unidas o de organismos como la OCDE²⁶, esta es una materia acogida también por numerosos estándares internacionales. Fundamentalmente, y dado el carácter voluntario de la RSE, en el marco del *soft law*. Como el *Global Reporting Initiative*, que, en líneas generales, aporta una metodología de elaboración y contenido de los informes de rendición de cuentas voluntarias sobre el desempeño social y ambiental de las organizaciones, la certificación voluntaria creada por la organización norteamericana *Social Accountability International* (SAI), basada en los acuerdos internacionales referentes a la justicia social y los derechos de los trabajadores, y que certifica el sistema de gestión de la empresa en lo relacionado con la prevención de riesgos, eliminación de trabajos infantiles y forzados, así como la justicia en las remuneraciones, la AA 1000, norma creada por el ISEA ((Instituto para la Contabilidad Social y Ética), y que evalúa el informe de sostenibilidad de la empresa, haciendo especial hincapié en el cumplimiento de la ley, la política de responsabilidad social establecida y la propia percepción que tenga la compañía sobre su deber ético y moral o, por fin, la norma ISO 26000, creada con el objetivo de guiar a las organizaciones en cuanto a los principios de responsabilidad social y de cómo integrar el comportamiento sostenible en sus estrategias, prácticas y procesos²⁷.

²⁵ Comisión Europea “2020: Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”, COM 2010. Páginas 14 y ss.

²⁶ Así, iniciativas como las, Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. Revisión de 2011, <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf> o la OIT, Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social, https://www.ilo.org/empent/Publications/WCMS_124924/lang--es/index.htm

²⁷ Vid. Muriel Páez, M. “Marco legal de la Responsabilidad Social en el Mundo”, en Revista Conjeturas Sociológicas, septiembre-diciembre 2021.

2. EL PAPEL DEL SECTOR PÚBLICO EN LA RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA

2.1. El concepto de la Responsabilidad Social de la Empresa: su fundamento en la voluntariedad

Aunque se trate de legislación no obligatoria, en la Responsabilidad Social Empresarial, como se verá de inmediato, y de acuerdo con los planteamientos de los diferentes organismos internacionales que venimos recogiendo, el sector público desempeña, también, un importante papel, de manera particular en el fomento y en la creación de la conciencia social para el desarrollo de la misma.

En este punto, hay que recordar, de entrada, algo esencial: el fundamento de la Responsabilidad Social de la Empresa es la voluntariedad. La adopción de las políticas y conductas en el marco de esta responsabilidad social no puede, por definición, ser exigible legalmente y, de hecho, resultaría imposible articular, a través exclusivamente de normas jurídicas de derecho imperativo, la respuesta adecuada de las empresas y otros actores sociales a los problemas y desafíos a los que nos enfrentamos, en un contexto globalizado y en continuo cambio²⁸. No se trata de un mayor celo en el cumplimiento de la legalidad vigente, se trata de asumir compromisos voluntarios que vayan más allá de la misma. En este sentido, la obligación legal, en aras de la transparencia, de rendir cuentas, no afecta al carácter voluntario de los compromisos asumidos²⁹.

El libro Verde de la Comisión Europea definía a la Responsabilidad Social Corporativa como “la integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores”³⁰. Se trata de asumir la responsabilidad por los impactos que genera la empresa en su entorno, más allá del marco legislativo.

Por su parte, el Foro de Expertos en Responsabilidad Social establece la siguiente definición: “La Responsabilidad Social de una Organización es, además del cumplimiento estricto de las obligaciones legales vigentes, la integración voluntaria en su gobierno y gestión, en su estrategia, políticas y procedimientos, de las preocupaciones sociales, laborales, medioambientales y de respeto a los derechos humanos que surgen de la relación y el diálogo transparentes con sus grupos de interés, responsabilizándose así de las consecuencias y los impactos que se derivan de sus acciones”³¹.

²⁸ Gay Herrero, S. “Políticas públicas de fomento y apoyo de la responsabilidad social corporativa” *Op. Cit.*, página 48.

²⁹ Bataller Grau, J. “Desmontando tópicos sobre la responsabilidad social de la empresa”, en *Revista de Derecho Mercantil* num.323/2022. Pág. 3.

³⁰ Comisión de Las Comunidades Europeas. “*Libro Verde: Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas*” COM (2001) 366 final. 2001. Página 7.

³¹ Ministerio De Trabajo Y Asuntos Sociales. “*Informe-conclusiones del Foro de Expertos sobre Responsabilidad Social Empresarial*”. 2007. Página 7.

Así pues, se trata de un conjunto de obligaciones éticas de la empresa, más allá de la legislación vigente, con origen en la interacción con los diferentes grupos de interés, así como del desempeño de la propia actividad empresarial, de la que se derivan impactos en el ámbito social, medioambiental, laboral y de derechos humanos de los que la empresa es responsable, en función de su tamaño y de la naturaleza de sus operaciones.

El Libro Verde de la Comisión Europea, además, habla de una doble dimensión, interna y externa, de la responsabilidad social, que ha de ser considerada de forma global, integrando ambas.

La interna iría referida al interior de la empresa, recogiendo medidas para trabajadores (gestión de recursos humanos, igualdad, prevención de riesgos laborales, gestión del cambio, etc.), así como estudiando la reducción del impacto ambiental en la utilización de recursos y materias primas, o en la disminución de deshechos y emisiones.

La dimensión externa, por su parte, orienta sus medidas al impacto de la organización en otros grupos de interés, aquellos que trascienden los muros de la empresa (comunidades locales, proveedores, consumidores, socios, derechos humanos y transparencia, biodiversidad, etc.)³².

Respetar la normativa aplicable (sea la ley y otras normas, sean los convenios colectivos), en suma, es un requisito previo a la entrada en escena de la responsabilidad social empresarial. Este aspecto esencial de voluntariedad no significa, en los modernos estados sociales, que las diferentes administraciones públicas deban limitarse a dictar y hacer cumplir las normas, y excluirse de todo aquello que tenga que ver con la responsabilidad social empresarial. Hay que diferenciar entre las acciones públicas para incentivar conductas que tengan un impacto positivo en la sociedad y la imposición de la práctica de las mismas.

Obviamente, y así lo recuerda el citado Libro Verde de la Comisión Europea, la prioridad es siempre el establecimiento de un marco legislativo que defina unas reglas del juego uniformes, a partir de las cuales establecer e implementar las prácticas socialmente responsables³³.

2.2. La promoción de comportamientos éticos de las empresas. Intervención de las Administraciones públicas

Más allá de ese marco legal, la promoción de comportamientos éticos y la contribución de las empresas al cambio social es algo deseable, algo que supone una mejora de la sociedad, por lo que es importante que las Administraciones Públicas, como garantes del interés de los ciudadanos, adopten una disposición para actuar

³² Comisión De Las Comunidades Europeas. “*Libro Verde: Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas*” COM (2001) 366 final. 2001. Páginas 8-17.

³³ *Ibidem*. Página 7.

a favor de la Responsabilidad Social Empresarial. Para ello, diseñarán políticas y estrategias que se orienten a potenciar las aportaciones de las empresas, de modo que se consolide un tejido empresarial más comprometido, eficiente, innovador y competitivo, y que contribuya al cambio de su entorno³⁴.

En este sentido, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, fue pionera en nuestro ordenamiento a la hora de otorgar un papel a las administraciones públicas en la promoción de la Responsabilidad Social de las Empresas, ya en muchos casos convertida en legislación imperativa en aspectos como la obligatoriedad de los estados de información no financiera (a los que se refiere el artículo 39 de esta ley en los apartados 1 “En particular, el Gobierno pondrá a su disposición un conjunto de características e indicadores para su autoevaluación en materia de responsabilidad social, así como modelos o referencias de reporte, todo ello de acuerdo con los estándares internacionales en la materia” 2. “El conjunto de características, indicadores y modelos de referencia a que se refiere el apartado anterior deberá atender especialmente a los objetivos de transparencia en la gestión, buen gobierno corporativo, compromiso con lo local y el medioambiente, respeto a los derechos humanos, mejora de las relaciones laborales, promoción de la integración de la mujer, de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, de la igualdad de oportunidades y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y del consumo sostenible, todo ello de acuerdo con las recomendaciones que, en este sentido, haga el Consejo Estatal de la Responsabilidad Social Empresarial, constituido por el Real Decreto 221/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Consejo Estatal de Responsabilidad Social de las Empresas” (donde, como se puede ver, se hace expresa referencia a la materia de igualdad y .3, en el ámbito de las Sociedades Anónimas, que “podrán hacer públicos con carácter anual sus políticas y resultados en materia de Responsabilidad Social Empresarial a través de un informe específico basado en los objetivos, características, indicadores y estándares internacionales mencionados en los apartados anteriores. En todo caso, en dicho informe específico deberá constar si ha sido verificado o no por terceras partes”).

Este precepto ya ha sido superado por la legislación posterior, la hacerse obligatoria la presentación de estos informes a partir de la entrada en vigor de la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, por la que se modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad, para empresas que cumplan los requisitos establecidos (número de trabajadores, consideración de interés público, volumen de negocio, activos). Con todo, constituyó un hito en la intervención pública en materias que hasta entonces pertenecían exclusivamente a la responsabilidad social.

³⁴ Gay Herrero, S. “Políticas públicas de fomento y apoyo de la responsabilidad social corporativa” *Op. Cit.*, página 51

En la concreta materia de igualdad, las Administraciones Públicas cuentan, en nuestro ordenamiento, con la herramienta que les brinda el artículo 35 de la Ley Orgánica de Igualdad, que les conmina a determinar los ámbitos en que, por razón de la existencia de una situación de desigualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, las bases reguladoras de las correspondientes subvenciones puedan incluir la valoración de actuaciones de efectiva consecución de la igualdad por parte de las entidades solicitantes. A estos efectos podrán valorarse, entre otras, las medidas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar, de Responsabilidad Social, o la obtención del distintivo empresarial en materia de igualdad.

Si el sector público desarrolla medidas dirigidas a favorecer estilos de gestión más responsables con la sociedad y el medioambiente, contribuirá decisivamente a que las empresas desarrollen y den prioridad a iniciativas de Responsabilidad Social Corporativa que redunden en un mayor beneficio para sus grupos de interés.

En este sentido, el “Informe del Congreso de los Diputados para potenciar y promover la responsabilidad social de las empresas” elaborado en 2007 por la Subcomisión para potenciar y promover la Responsabilidad Social de la Empresas, incardinada en la Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales del Congreso de los Diputados, describía cuatro posibles papeles que los poderes públicos pueden desempeñar respecto del fomento de la RSC³⁵:

1. Un papel regulador, que defina los mínimos exigibles en la actuación empresarial y el control de su cumplimiento. Este rol requiere una intervención pública normativa en materia de responsabilidad social, para exigir mayor transparencia informativa, mayores controles y mejores mecanismos de supervisión donde la autorregulación se demuestre insuficiente. Incluimos aquí las funciones de supervisión y control.
2. Un papel facilitador, capaz de potenciar el que las empresas y los demás agentes sociales se comprometan con las políticas de responsabilidad social, aportando fondos para la investigación, información o formación.
3. Un papel armonizador, para la colaboración entre el sector público y privado y la sociedad civil, mediante la promoción del diálogo y el establecimiento de acuerdos y medidas.
4. Un papel promotor y sensibilizador, respaldando y difundiendo el concepto y la práctica de la responsabilidad social. A través de herramientas como la publicación de documentos oficiales o el reconocimiento de la labor de las organizaciones, a través de premios o menciones.

En este punto, no podemos olvidar que también las diferentes administraciones públicas son agentes que intervienen en el mercado (la administración compra, contrata trabajadores, realiza funciones de inversor...), lo que le tendría que llevar a asumir de manera ejemplar los principios y comportamientos propios de la Responsabilidad Social Empresarial, y a trasladar estos principios a sus relaciones

³⁵ Gay Herrero, S. “Políticas públicas de fomento y apoyo de la responsabilidad social corporativa” *Op. Cit.*, páginas 52-53.

de subcontratación, exigiendo su cumplimiento, priorizando y recompensando en las contrataciones públicas a aquellas empresas que demuestren un comportamiento socialmente responsable.

En muchas materias, además de la mencionada igualdad de oportunidades (prevención de riesgos laborales, medio ambiente, empleo de discapacitados, etc.) se va concediendo cada vez un mayor peso legislativo a la Responsabilidad Social, de manera que el cumplimiento de la ley constituya una condición necesaria pero no suficiente para ser socialmente responsable³⁶.

En todo caso, dejar la medida de lo Socialmente Responsable exclusivamente en manos de las empresas, sigue siendo una cuestión que ha de ser ponderada de manera prudente por parte de los poderes públicos.

3. FUNDAMENTO DE LAS INTERVENCIONES DE LOS AGENTES SOCIALES EN MATERIA DE IGUALDAD: LA IGUALDAD FORMAL Y LA IGUALDAD EFECTIVA

De los muchos aspectos que puede recoger la Responsabilidad Social de las empresas, en adelante vamos a centrar el objeto de nuestro estudio en la consecución de la igualdad de oportunidades y, más concretamente, de la igualdad entre mujeres y hombres, atendiendo al papel que la responsabilidad social puede desempeñar en la materia, en el contexto concreto de las cadenas globales de valor.

Dirigiremos nuestra atención al lugar que nuestra vigente Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, otorga a la responsabilidad social. Trataremos de responder también a la pregunta de si queda algún espacio para la responsabilidad social empresarial en una materia que cada vez viene siendo más regulada por el legislador, a través de la ampliación del contenido mínimo de los Planes de Igualdad, y la obligatoriedad de registros salariales y auditorías retributivas.

Como punto de partida, es necesario resaltar que, evidentemente, la igualdad de género forma parte esencial de los objetivos de compromiso social que las empresas pueden integrar, de forma voluntaria, a través de sus políticas e instrumentos de Responsabilidad Social Corporativa. De hecho, si atendemos a documentos como el Libro Verde relativo a Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas, presentado por la Comisión Europea en 2001, la igualdad entre hombres y mujeres, particularmente en aspectos retributivos y de perspectivas profesionales, ha de ser una de las prioridades, junto al compromiso medioambiental, que han de orientar la Responsabilidad Social Empresarial.

³⁶ Blázquez Manzano, A., Sánchez Hernández, M.I., Gallardo Vázquez, D. “Paradojas del análisis conceptual de la Responsabilidad Social Empresarial “. *Revista de Responsabilidad Social de la Empresa*. Nº 21. 2015. Página 22

En un ámbito más amplio, el Pilar Europeo de Derechos Sociales aprobado conjuntamente por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión el 17 de noviembre de 2017, y firmado por todos los Estados Miembros durante la Cumbre social en favor del empleo justo y el crecimiento, celebrada en Gotemburgo, en su Capítulo I, Objetivo 2, hace referencia a la igualdad de género, manifestando que “la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres debe garantizarse y fomentarse en todos los ámbitos, incluso en lo que respecta a la participación en el mercado laboral, las condiciones de trabajo y de empleo y la carrera profesional. Las mujeres y los hombres tienen derecho a la igualdad de retribución para un trabajo equivalente”. Este objetivo ha dado lugar a una importante actividad de la Comisión Europea, destacando la Estrategia Europea para la Igualdad de Género 2020-2025, enviada por la Comisión el 5 de marzo de 2020, y la propuesta de Directiva de Transparencia Retributiva, enviada el 4 de marzo de 2021.

3.1. La igualdad en el ordenamiento jurídico español. Especial referencia a la Ley Orgánica 3/2007, de igualdad efectiva de mujeres y hombres

En nuestro derecho, la Constitución reconoce la igualdad en tres dimensiones distintas³⁷: como valor jurídico superior del ordenamiento jurídico (artículo 1.1. junto con la libertad, la justicia y el pluralismo político), como principio (artículo 9.2, “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”), y como derecho fundamental (artículo 14, que determina que “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”).

La ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres desarrolla este derecho, en lo que se refiere específicamente a la igualdad entre hombres y mujeres, concretando, en su artículo 3, que “El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil”.

La igualdad, pues, desde el punto de vista puramente teórico, está plenamente reconocida en nuestro ordenamiento jurídico, como lo está a nivel universal, incluyendo, el principio de igualdad de retribución por trabajo de igual valor.

Dado que, en la práctica, la situación sigue lejos de ser la ideal, resulta de gran interés introducir una reflexión teórica, la distinción entre igualdad formal e igualdad real, material o efectiva.

³⁷ Vid. Pérez Luño, A.E. “Sobre la Igualdad en La Constitución Española” En *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo. IV 1987. Páginas 140-152.

Esta es una de las distinciones que introduce nuestra Ley Orgánica de Igualdad que, ya en su Exposición de Motivos expresa textualmente como “el pleno reconocimiento de la igualdad formal ante la ley, aun habiendo comportado, sin duda, un paso decisivo, ha resultado ser insuficiente”, y que y que trata de dar respuesta a una pregunta que, actualmente, resulta muy pertinente, y que se puede formular de la siguiente manera: si desde hace tantos años, se viene proclamando y desarrollando este derecho, si tan proscrita está la desigualdad de género por multitud de leyes, ¿por qué, entonces, nos seguimos encontrando, en muy diversos ámbitos, y en particular en el ámbito empresarial, con situaciones de desigualdad? La respuesta es que existe una igualdad formal, referida a este reconocimiento legal, sin duda un primer paso fundamental y necesario, pero que no resulta suficiente para alcanzar la igualdad real, efectiva, basada en la existencia de no discriminación en las prácticas sociales, que se refiere a la igualdad como principio y que, tal y como establece el artículo 9.2 de la Constitución, se consigue a través de políticas activas, dirigidas a “promover las condiciones” para que la igualdad sea real y efectiva.

Así. Se otorga fundamento constitucional a la intervención de los poderes públicos para resolver las barreras existentes para la consecución de la igualdad, trascendiendo el mero concepto de igualdad formal, limitada al plano jurídico, para hacer que esta igualdad sea “realizable y efectiva”³⁸.

Si el reconocimiento legal es inequívoco, y las empresas, con carácter general, no discriminan de manera premeditada u obedeciendo a unos determinados prejuicios (si se comparan dos trabajadores concretos, es posible que toda diferencia tenga una explicación razonable, o que incluso, en una empresa y una ocupación concreta, las mujeres cobren lo mismo e incluso más que los hombres por un trabajo similar) y, sin embargo, la brecha salarial, como demuestran todas las estadísticas, con carácter general, persiste, es obvio que existen barreras invisibles que hacen que se repita el patrón.

Estas barreras son, muy especialmente, sociales (desempeño por las mujeres de las tareas asistenciales, del cuidado de familiares, dedicación a la maternidad, segregación del mercado laboral entre tareas tradicionalmente desempeñadas por hombres y trabajos reservados casi exclusivamente a mujeres, etc.) y, derivadas de éstas, laborales (un menor reconocimiento de aquellas labores desempeñadas por mujeres).

La igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres hace referencia a la participación activa y equilibrada de todas las personas, independientemente de su género, en las diferentes áreas de la vida: pública y privada. Requiere, por tanto, la eliminación de todas las barreras existentes para mejorar la participación de las mujeres y los hombres en igualdad de condiciones en el ámbito económico,

³⁸ Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M. “Igualdad y no discriminación en el empleo”. En *Derecho y conocimiento: anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento*. Núm. 1. 2001. Página 484

político y social. Esto incluye, obviamente, el ámbito laboral. Esto es, que mujeres y hombres, además de ser tratados como iguales respecto del reconocimiento de derechos y obligaciones, cuenten también con las mismas oportunidades para su ejercicio y su cumplimiento³⁹.

Dado que, ante situaciones de desigualdad real y efectiva “la adopción de un Derecho neutro no es una decisión neutral⁴⁰”, conseguir este objetivo requiere adoptar medidas y políticas concretas, incluyendo, si es necesario, la discriminación positiva⁴¹.

Tras la publicación de la Ley Orgánica de Igualdad, muchas han sido las normas que vienen a desarrollar y profundizar la consecución de un verdadero cambio social en la materia. Introduciendo nuevas herramientas de transparencia retributiva, como el registro y la auditoría salarial (Real Decreto 902/2020 de 13 de octubre), o introduciendo medidas para la negociación, contenido y registro de herramientas existentes, especialmente los planes de igualdad (Real Decreto 901/2020 de 13 de octubre). La ampliación de las obligaciones legales va estrechando el campo de las medidas voluntarias en el marco de la Responsabilidad Corporativa, como más adelante se examinará.

Además de estos dos Reales Decretos, es imprescindible hacer referencia, en el ámbito más genérico de la lucha por la igualdad y contra cualquier tipo de discriminación, la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Esta ley gira en torno a dos objetivos: la prevención y la eliminación de toda discriminación⁴².

En la exposición de motivos de esta Ley se deja clara la voluntad de constituirse como un “...mínimo común normativo que contenga las definiciones fundamentales del derecho antidiscriminatorio español y, al mismo tiempo, albergue sus garantías básicas...”

Es importante especificar que la Ley se refiere a la aplicación, perfectamente legítima, de medidas de discriminación positiva, de manera que no considera discriminación la diferencia de trato derivada de una disposición, conducta, acto, criterio o práctica que pueda justificarse objetivamente por una finalidad legítima y como medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla.

³⁹ García Campa, S, Ventura Franch, A. “El nuevo concepto de igualdad efectiva de mujeres y hombres en el ordenamiento jurídico español. Su aplicación en el ámbito laboral a través de las acciones positivas y la corresponsabilidad. En *Revista Internacional y comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Volumen 9, número 2, abril-junio de 2021. Página 149.

⁴⁰ Rey Martínez, F. “¿De qué hablamos cuando hablamos de igualdad constitucional?” *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 45. 2011. Página 178.

⁴¹ Zoco Zabala, C. “Igualdad entre mujeres y hombres tras 40 años de Constitución Española”. UNED. *Revista de Derecho Político* N.º 100, septiembre-diciembre 2017, Páginas 217 y ss.

⁴² *Vid.* Alonso Arana, M. “La nueva ley integral para la igualdad de trato y no discriminación. (Análisis normativo Ley 15/2022, de 12 de julio)” *Aranzadi Digital* 1/2022.

3.2. La Estrategia Europea para la Igualdad de Género 2020-2025

En el ámbito de la Unión Europea, y en el marco de la normativa no obligatoria, en marzo de 2020 se aprueba la Estrategia Europea para la Igualdad de Género⁴³.

Este documento presenta actuaciones y objetivos políticos para avanzar de forma sustancial hacia una Europa con mayor igualdad de género, con el horizonte puesto en el año 2025, y recoge tanto medidas específicas como, la incorporación de la perspectiva de género de una manera transversal, a través de todas las fases del diseño de las políticas y en todos los ámbitos de actuación de la Unión Europea.

Sus líneas fundamentales son:

- Combatir la Violencia de género, aplicando los términos del Convenio de Estambul e impulsando una red de prevención y persecución de estos delitos en el ámbito de la Unión Europea. Mejora de las indemnizaciones a las víctimas y aumento de castigos a los culpables.
- En el concreto ámbito sociolaboral, para hacer frente a la violencia y el acoso, la Comisión insta a los Estados miembros a ratificar el convenio núm. 190 de la OIT de la Organización Internacional del Trabajo relativo a la lucha contra la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, así como también a aplicar las normas vigentes de la UE sobre la protección de los trabajadores ante el acoso sexual, y a sensibilizar a la población respecto de ellas.
- Eliminar los estereotipos que determinan los roles tradicionales de la mujer (cuidado de la familia) y el hombre (trabajador y persona dedicada a procurar el sustento de la misma) y que se consideran importantes generadores de desigualdades.
- Lograr una economía basada en la igualdad de género, en la que hombres y mujeres puedan ser independientes económicamente. Profundizar en la aplicación del principio de igualdad de retribución por trabajo de igual valor, y dar visibilidad a la “brecha de género” en el ámbito salarial y de las pensiones, al tiempo que se lucha contra ella.
- Igualdad en los puestos de poder, tanto en sector público como privado. Ruptura de los llamados “techos de cristal”.
- Integración de la perspectiva de género, de manera transversal, en todas las políticas de la Unión Europea.
- Inversiones para la consecución de la igualdad: asistencia social, creación de empresas por mujeres, lucha contra la segregación en cualquier ámbito laboral o educativo. Etc. En particular, trabajar para la atracción de mujeres al ámbito científico.
- Fomento de la igualdad más allá de la Unión Europea, en todo el mundo, a través de acuerdos de cooperación.

⁴³ *Vid.* Rojo Torrecilla, E. “UE. Estrategia para la igualdad de género entre mujeres y hombres 2020-2025. Notas a su contenido sociolaboral”, en el blog del autor, “el nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales” entrada del día 8 de marzo de 2020. (<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/03/ue-estrategia-para-la-igualdad-de.html>)

4. LA RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA Y EL FOMENTO DE LA IGUALDAD EFECTIVA ENTRE MUJERES Y HOMBRES EN LA EMPRESA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO

4.1. La RSC y el fomento de la igualdad: ¿existe espacio para acciones de carácter voluntario?

El informe de la subcomisión para potenciar y promover la responsabilidad social de las empresas del Congreso de los Diputados del Parlamento español (el llamado Libro Blanco de la Responsabilidad Social Empresarial), establecía, entre sus recomendaciones de medidas, “el fomento de la igualdad entre hombres y mujeres en todos los planos de la actividad de la empresa”, afirmando, en ese sentido, que “una política integral de Responsabilidad Social debe incluir un compromiso firme y decidido por ir superando esas desigualdades y debe tener aplicación en todos los planos de actividad empresarial” (Recomendación nº 11)⁴⁴.

Asimismo, uno de los objetivos de la Ley Orgánica de Igualdad es el de integrar la igualdad en la vida interna de las empresas, en la cultura empresarial y en el mundo laboral.

Es obvio que la igualdad de oportunidades tiene que formar parte de los valores de toda empresa responsable socialmente. La empresa, en conclusión, ha de proponerse garantizar la igualdad de oportunidades de mujeres y hombres a través de medidas y acciones en sus dimensiones externa e interna, lo que implicará una reinterpretación de las relaciones con sus grupos de interés que recoja sus necesidades en materia de igualdad de género y diseñe políticas en consecuencia⁴⁵. Esto es, considerando a los trabajadores como *stakeholders* o parte interesada, la igualdad de oportunidades no puede sino ocupar un lugar preeminente en la responsabilidad social. Las empresas tienen que incluir entre sus valores fundamentales la igualdad, la equidad y la no discriminación de género, y que este compromiso se vea reflejado en sus acciones de Responsabilidad Social Empresarial. Estas acciones han de llevar a un diseño de las políticas de igualdad y conciliación orientadas a aumentar la posibilidad del desarrollo profesional de la mujer y el acceso a escalas profesionales que rompan con el llamado “techo de cristal”⁴⁶.

⁴⁴ Congreso De Los Diputados “*informe de la subcomisión para potenciar y promover la responsabilidad social de las empresas*”. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. Serie D, núm. 423. 31 de julio de 2006. Pág. 115.

⁴⁵ Larrieta, I., Velasco, E., Aldamiz-Echevarría, C., Fernández De Bobadilla, S. Intxaurburu, M. G. “La responsabilidad social como instrumento para el fomento de la igualdad de género en la empresa: la responsabilidad social de género”. Op.Cit. Página 185.

⁴⁶ González González, M. “Perspectiva de género en las empresas. Hacia la igualdad laboral a través de la responsabilidad social empresarial”, en Cuestiones de género: de la igualdad y la diferencia. Nº. 16 2021, Página 713.

La cuestión es si esto se consigue con el estricto cumplimiento de la ley o si hay un espacio para acciones de carácter voluntario. Es decir, la pregunta que, en este punto, se suscita, es la siguiente: En un marco que viene resultando ya tan regulado, ¿qué papel es el que le podemos reservar a la RSC? ¿Deja la ley algún margen para la Responsabilidad Social Empresarial, libre y voluntaria, de las empresas? La respuesta, no puede ser otra, es sí.

Que la voluntariedad sea componente connatural a la Responsabilidad Social Corporativa no puede excluir la existencia de políticas públicas que, por otra parte, parten del propio texto constitucional. Voluntaria no es sinónimo de unilateral.

La Responsabilidad Social Corporativa tampoco consiste solamente en prácticas filantrópicas o convenios con ONG, etc. Una empresa que limite sus responsabilidades a prácticas de esta naturaleza, pero que en su actuación y gestión diarias además de rozar la ilegalidad no entable procesos de gestión y relación con empleados, clientes, inversores, accionistas y proveedores (control de subcontratas, etc.), no será una empresa socialmente responsable por muchos y variados proyectos de acción social que tenga concertados estará, sencillamente, escondiendo o “maquillando” su irresponsabilidad. En efecto, si lo que se pretende es fomentar en las empresas prácticas de esta naturaleza, si se quiere dotar a este tipo de iniciativas del rigor y la seriedad que demanda la sociedad, lo razonable es involucrar al poder político y requerir que desarrolle una intervención que estimule a las organizaciones a ir más allá de la ley, que les dote de instrumentos para ello.

De esta manera, más allá del estricto cumplimiento de la ley, cualquier esfuerzo que las empresas realicen para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, y la promoción de la igualdad efectiva en la empresa, estará incardinada en una política de recursos humanos comprometida con el cambio social, imprescindible para una Responsabilidad Social Corporativa digna de tal nombre⁴⁷. La empresa, en este sentido, puede actuar en materia de igualdad no sólo a nivel interno sino, sobre todo, en el seno de la comunidad en la que se inserta.

4.2. El papel de la Responsabilidad Social en la Ley Orgánica 3/2007 y normativa de desarrollo

La Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres parte de esta base y dedica el Título VII, La igualdad en la responsabilidad social de las empresas, a establecer el marco jurídico regulador de la Responsabilidad Social Corporativa (artículos 73 a 75). En ellos señala, respecto de las acciones de responsabilidad social de las empresas en materia de igualdad, que: “Las empresas podrán asumir la realización voluntaria de acciones de responsabilidad social, consistentes en medidas económicas, comerciales, laborales, asistenciales o de otra naturaleza, destinadas a promover condiciones de igualdad entre las mujeres y los hombres en el seno de la empresa o en su entorno social” (Artículo 73). Resalta, en

⁴⁷ Merino Segovia, A. “El tratamiento de la RSC en la ley de Igualdad”. En *Lan Harremanak*. Núm 19. 2008. Páginas 119-120.

este artículo, la expresión de la voluntariedad de las acciones. Deja claro que toda medida aplicada en la empresa e impuesta por la ley no es Responsabilidad Social Corporativa sino responsabilidad legal o jurídica.

El art 74 se refiere a la posibilidad de “hacer uso publicitario de estas acciones”. En esta línea se insertan incentivos públicos como la posibilidad de obtener el distintivo de igualdad de la empresa anunciado por la ley en su artículo 50, “para reconocer a aquellas empresas que destaquen por la aplicación de políticas de igualdad de trato y de oportunidades con sus trabajadores y trabajadoras, que podrá ser utilizado en el tráfico comercial de la empresa y con fines publicitarios”.

En los siguientes apartados de este artículo se incluye la regulación de este distintivo (requisitos para su obtención y solicitud, criterios que se han de valorar, duración del distintivo, acciones de seguimiento, prórroga, entre otras).

Por fin, el artículo 75 se centra en la Participación de las mujeres en los Consejos de administración de las sociedades mercantiles.

Estas acciones se insertan en lo que la doctrina ha denominado Responsabilidad Social de Género, como “una variante de la Responsabilidad Social de las Empresas, entendida como la responsabilidad de una empresa ante los impactos de las políticas de género que sus decisiones o actividades ocasionan en la sociedad y se manifiesta mediante un compromiso ético que contribuye al desarrollo de la igualdad real entre mujeres y hombres, tanto a las personas trabajadoras como a otros grupos de interés externos”⁴⁸.

La Responsabilidad Social de Género, de conformidad con el citado artículo 73, estará constituida por las medidas tendentes a eliminar la discriminación de la mujer, adoptadas por empresa de manera voluntaria, con el fin de promover condiciones de igualdad entre mujeres y hombres.

De esa manera, la dirección manifiesta un compromiso explícito de contribuir, de forma prioritaria, al desarrollo de la igualdad real entre mujeres y hombres, dentro y fuera de la empresa. Y para ello, establece las correspondientes acciones y dota de los recursos necesarios.

Esto implica reglas no escritas de comportamiento de la organización, que pueden vertebrar desde la selección de personal a la retribución, pasando por la formación, la promoción, las medidas de conciliación, hasta las propias acciones publicitarias y de sensibilización que la empresa pueda decidir. Por supuesto, en este mismo marco, la empresa ejercerá también el control sobre sus subcontratistas y proveedores⁴⁹.

Además de esta referencia expresa a la RSC en el Título VII de la ley, existen otros preceptos que responden a esta filosofía en cuanto a ir más allá de las

⁴⁸ Kahale Carrillo, D.T. “*La Responsabilidad Social de Género*”. Madrid- Thompson Reuters Aranzadi. 2013. Página 84.

⁴⁹ Merino Segovia, A. “El tratamiento de la RSC en la ley de Igualdad”. *Op. Cit.* Página 122

obligaciones legales, y que constituyen el terreno propio de la RSC en esta materia, como son:

- El posible establecimiento de planes de igualdad en las empresas que no están obligadas a ello, previa consulta a la representación de los trabajadores (art. 45.5 LOI). En este ámbito, el art. 49 LOI señala que el Gobierno establecerá medidas de fomento, especialmente dirigidas a las pymes, que incluirán el apoyo técnico necesario.
- El art. 44 LOI manifiesta que los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras de manera que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio. Existe aquí un margen para un comportamiento socialmente responsable por parte de las empresas, mejorando lo previsto en la normativa vigente.
- Las medidas recogidas en el art. 43 LOI, para favorecer el acceso de las mujeres al empleo y la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo entre mujeres y hombres.
- El citado artículo 50, referido al distintivo de igualdad.
- Los arts. 33 y 34 LOI donde se recoge la posibilidad de que las Administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, a través de sus órganos de contratación y en relación con la ejecución de los contratos que celebren, establezcan condiciones especiales con el fin de promover la igualdad entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo, de acuerdo con lo establecido en la legislación de contratos del sector público. Medida que constituye un importante incentivo para las empresas que operan en el ámbito de la contratación pública, o la obtención de subvenciones.
- El artículo 35 insiste en este último aspecto, al manifestar que las Administraciones Públicas determinarán los ámbitos en que, por razón de la existencia de una situación de desigualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, las bases reguladoras de las correspondientes subvenciones puedan incluir la valoración de actuaciones de efectiva consecución de la igualdad por parte de las entidades solicitantes. A estos efectos podrán valorarse, entre otras, las medidas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar, de RS, o la obtención del distintivo empresarial en materia de igualdad.

4.3. El papel de la Responsabilidad Social en la consecución de la igualdad en otras normas de nuestro Ordenamiento jurídico

No podemos olvidar, como principio general en esta materia, el artículo 15 de la Ley Orgánica de Igualdad, que establece que “el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Público”. Este llamado “principio de transversalidad” implica la consideración de esta dimensión de género en la interpretación de todas las normas, así como la vinculación de todos los poderes públicos; legislativo,

ejecutivo y judicial⁵⁰ La igualdad es un principio informador de nuestro ordenamiento jurídico, de acuerdo con nuestro propio texto constitucional, que lo recoge ya desde el mismo artículo primero.

De manera más concreta, la Ley 2/2011 de Economía Sostenible promueve incentivar y promocionar a las empresas, instituciones públicas y privadas y organizaciones, el desarrollo de políticas de responsabilidad social prestando una especial atención a la igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

En definitiva, y de manera análoga, la RSC se configura como mecanismo fundamental en materia de igualdad, de manera que sirva para corregir desequilibrios existentes, formular nuevos objetivos y fomentar prácticas y actuaciones en las empresas que escapen al ámbito del mero cumplimiento normativo, complementando y mejorando los mínimos legales de obligado cumplimiento

Así entendida la Responsabilidad Social, la igualdad formará parte de la gestión misma, integrada como un valor más de la cultura corporativa, no impuesto por norma legislativa alguna.

Lo esencial, desde este enfoque, no es actuar aisladamente sobre aspectos concretos como la conciliación sino “integrar la perspectiva de género como un eje transversal del pensamiento y la cultura organizacional”⁵¹.

También se refiere a la Responsabilidad Social Corporativa en materia de igualdad la Ley 15/2022 para la igualdad de trato y no discriminación, que, en su artículo 33, bajo el epígrafe “la promoción del derecho a la igualdad de trato y no discriminación”, habilita a las empresas para realizar acciones de responsabilidad social que promuevan la igualdad y no discriminación: medidas económicas, comerciales, laborales, asistenciales o de otra naturaleza. De ellas se debe informar a la representación legal de los trabajadores, pudiendo las empresas hacer uso publicitario de sus acciones.

5. LA RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA COMO HERRAMIENTA DE CAMBIO SOCIAL EN CADENAS GLOBALES DE VALOR

5.1. El marco global de la RSC. La deslocalización

La globalización plantea, como ya se ha comentado, un dilema ético fundamental a las grandes compañías multinacionales. La deslocalización, sea a través de la subcontratación de todo o de parte de la producción (*outsourcing*)

⁵⁰ Segoviano Astaburuaga, M^a.L. “Hacia la igualdad real” en Actualidad Jurídica Aranzadi, nº 974 2021. Pág 3.

⁵¹ Medina Vicent, M. “Responsabilidad Social de Género y obligatoriedad moral”. En *Femeris*, Vol. 2, Núm. 1. 2017. Páginas 42-43.

o simplemente a través del llamado *offshoring* (localización de la producción en otro país) es un fenómeno que afecta fundamentalmente a cadenas de producción intensivas en mano de obra, pues los países emergentes poseen claras ventajas salariales.

Así ocurre fundamentalmente con sectores como los textiles, confección y calzado, así como con las fases más estandarizadas de las producciones de material electrónico, entre otros⁵².

Ante la posibilidad de eludir, con la deslocalización, las legislaciones más avanzadas (en materia laboral, ambiental o de derechos humanos), trasladando sus sedes o subcontratando actividades en países emergentes, con legislaciones más permisivas, a las empresas se les plantea una cuestión decisiva: ¿debe asumir la empresa la legislación de su país de origen?, o ¿puede aprovecharse de legislaciones más laxas si el país en el que opera se lo permite?⁵³

A medida que se fue desarrollando el fenómeno de la globalización, paulatinamente desde finales de la década de los años 60 del siglo pasado y de una forma más acusada a partir de los últimos años del siglo y los primeros del siglo XXI, muchas compañías desarrollaron cadenas globales de valor. Localizando y relocalizando las diferentes actividades (compra de materias primas, fabricación de partes del producto, ensamblaje, almacenamiento, etc.) en función de las ventajas comparativas (coste, mano de obra, legislación ambiental, fiscal o laboral, entre otras), que les permite, en ocasiones, prácticas empresariales que en el país del que la compañía es originaria serían inaceptables. En el ámbito laboral, esto puede producir una importante tensión a la baja respecto de los derechos laborales de los trabajadores.

En muchas cadenas de valor, como textiles y electrónica, donde los productos se venden en mercados altamente competitivos basados fundamentalmente en el precio, hay poco incentivo de mercado para que una empresa multinacional intente iniciar códigos de conducta y cadenas de valor responsable en la industria, dado que los estándares de respeto a derechos humanos y de mejora de condiciones laborales no tienen un impacto visible en el producto final, a la hora de competir en el mercado⁵⁴.

También resulta relevante la disyuntiva entre el respeto de las costumbres locales y las prácticas respetuosas con los Derechos Humanos (en países donde la mujer, o determinadas etnias o grupos sociales, resulten discriminados).

⁵² Fernández-Otheo Ruiz, C.M., Labrador Salas, L., Myro Sánchez, R. “Deslocalización de empresas y actividades productivas en España. Una primera aproximación” En AA.VV. (Yagüe Guillén, M.J., Coord.) “*Nuevos enfoques del marketing y la creación de valor*” Colección Mediterráneo Digital. Núm 11. Almería. Fundación Cajamar. 2007. Página 58.

⁵³ Ast, F. “Ética de negocios internacionales, la próxima frontera de la responsabilidad social”. *Revista de Responsabilidad Social de la Empresa*. Núm. 21. 2015. Página 38.

⁵⁴ Lundan, S. M. “Los Derechos Humanos en las cadenas de valor multinacionales” en *Revista de Responsabilidad Social de la Empresa*, n° 9 (Vol. 3 n°3) Septiembre-diciembre de 2011. Pág. 219.

El debate acerca de cómo ha de ser el comportamiento éticamente correcto de las empresas permanece abierto desde entonces⁵⁵.

Se trata de un problema que no se puede solucionar fácilmente a través de la legislación de los estados (ni siquiera mediante normas transnacionales o tratados internacionales). En particular, en legislaciones que, como la laboral o la fiscal, revisten un carácter muy territorial, por lo que tienden al fracaso al afrontar problemas globales.

Además, la estructura de empresa tradicional que opera de forma vertical a través de sucursales ha ido dando lugar a estructuras nuevas, constituidas por conglomerados de empresas independientes pero controladas mediante vínculos contractuales para mantenerlas bajo la dirección de una empresa multinacional, que es quien determina las estrategias y toma las principales decisiones⁵⁶.

El contexto legal en el que se mueven las compañías multinacionales no es un contexto global uniforme, sino que está constituido por multitud de reglas, legales y contractuales, locales e internacionales, de carácter multilateral o bilateral que, en ocasiones, se traducen en privilegios para las empresas que aportan inversiones desde fuera de los países, con el fin de favorecer las mismas⁵⁷.

El hecho de que no exista una legislación de carácter global, así como los organismos capaces de hacerla cumplir, ha hecho fracasar la mayor parte de los intentos en la línea de crear normativas capaces de solucionar problemas de carácter global. La publicación de diversos estándares voluntarios (ISO 26000, SA 8000, GRI, etc.) ha servido para una mejor mentalización de las empresas y consumidores, pero no ha solucionado los problemas de fondo.

Los consumidores sí pueden tener un mayor peso, y presionar a las propias corporaciones para que, a través de la búsqueda de una mejor reputación, mediante las acciones voluntarias a través de la Responsabilidad Social, practiquen la ética en los negocios y, al menos en lo esencial, respeten el estándar legislativo de sus lugares de origen, así como las normas y costumbres del país en el que están operando. Se persigue, en este ámbito, que sean las propias empresas multinacionales las que ejerzan como garantes del respeto, al menos, de los derechos fundamentales y las condiciones de trabajo, y lo hagan precisamente a través de la Responsabilidad Corporativa y la prevención del daño reputacional.

De esta forma, se busca un punto de equilibrio entre los intereses de todos los grupos vinculados con ella, ya que el objetivo de una empresa, desde el punto

⁵⁵ *Ibidem*. Página 41.

⁵⁶ Sanguinetti Raymond, W. “la construcción de un nuevo derecho transnacional del trabajo para las cadenas globales de valor”, en Homa Pública. Revista internacional de derechos humanos y empresas, vol 6 nº1. 2022, Pág. 2.

⁵⁷ Lundan, S. M. “Los Derechos Humanos en las cadenas de valor multinacionales” Op. Cit. Pág. 207.

de vista de la Responsabilidad Social, consiste en atender las necesidades de sus grupos de interés⁵⁸.

En estos casos, la mayor dificultad estriba en encontrar valores comunes, que trasciendan a los diferentes lugares y culturas, con sus valores sociales y sus niveles propios de desarrollo. Por eso, el activismo y la difusión de prácticas en determinados países emergentes, son fundamentales para la concienciación de la opinión pública de los países occidentales, donde radican mayoritariamente los consumidores de esas multinacionales. Este valor del prestigio de las empresas está, como se sabe, en la base de la aplicación de las políticas de Responsabilidad Social, a través del desarrollo de los códigos éticos globales, que fijen “pautas de comportamiento hacia consumidores, empleados, inversores, proveedores, competidores y las comunidades locales”⁵⁹.

Las empresas que externalizan o deslocalizan su producción también externalizan los impactos sociales y medioambientales negativos derivados de su actividad⁶⁰.

Por este motivo, cobra una enorme importancia la introducción de la Responsabilidad Social en la gestión responsable de los proveedores (pautas de selección y evaluación del comportamiento que tengan en cuenta los impactos sociales y medioambientales) o de la colaboración con los mismos, de manera especial si esta cadena es global.

Es cada vez más común establecer cláusulas en los contratos o instar a la firma de códigos éticos para trabajar con proveedores, o bien realizar una colaboración activa para remover aquellos obstáculos que impiden al proveedor un comportamiento socialmente más responsable. Las empresas, en este ámbito, utilizan instrumentos como las declaraciones públicas, las normas o protocolos de empresas, los códigos éticos o los acuerdos marco internacionales⁶¹.

Combinando ambas técnicas (la exigencia y la colaboración), el riesgo de incumplimiento de estándares éticos derivado de la globalización se puede convertir en oportunidad de desarrollo de la cultura de respeto a los derechos humanos.

Para ello, resulta esencial que las empresas tengan una conducta conforme con los llamados principios de diligencia debida, a la hora de tomar medidas para tener conocimiento, prevenir y responder a los efectos negativos de sus actuaciones sobre los derechos humanos. Por su importancia, dedicaremos un apartado específico

⁵⁸ Freeman, E. R. “*Strategic Management: a Stakeholder Approach*”, Cambridge University Press. 2010. Página 25 y ss.

⁵⁹ Ayuso Siart, S. Roca Puigvert, M. “La RSC en la cadena de suministro: ¿riesgo u oportunidad?” *Revista de Responsabilidad Social de la Empresa*. Núm. 21. 2015. Página 66.

⁶⁰ Ast, F. “Ética de negocios internacionales, la próxima frontera de la responsabilidad social”. *Op. Cit.* Página 38.

⁶¹ Sanguinetti Raymond, W. *Op. Cit.* Pág. 7

para profundizar en las obligaciones derivadas de la diligencia debida en el respeto de los derechos humanos por las empresas en un contexto globalizado.

5.2. El fomento de la igualdad de oportunidades en cadenas globales de valor

En todo caso, las empresas tendrán en cuenta el contexto cultural del país en el que radica o tienen externalizada toda o parte de su producción, realicen un diagnóstico lo más objetivo posible de sus prácticas y de los efectos potenciales y reales de las mismas y adoptar una política que se base en el respeto a los derechos humanos en la toma de decisiones⁶².

Por lo que respecta a la igualdad de oportunidades, el establecimiento de políticas de Responsabilidad Social y el fomento de las mismas por los diferentes agentes públicos y privados ha de tener en cuenta la creciente feminización de la pobreza, el trabajo de las mujeres en los últimos eslabones de las cadenas de valor, el especial impacto del cambio climático en las mujeres, su dedicación principal a labores de cuidado o su papel como consumidoras⁶³.

Además, es muy mayoritaria la presencia de mujeres en las cadenas de valor mundiales (en particular en sectores como el textil o el agroalimentario), en puestos de trabajo precarios, inseguros y peor remunerados⁶⁴. Sin embargo, se viene constatando que las iniciativas y programas en materia de promoción de la igualdad rara vez van a las verdaderas causas de la discriminación de género, y tampoco se ocupan de las prácticas de las empresas vendedoras y proveedoras⁶⁵.

Las empresas multinacionales tienen una enorme capacidad de influencia en el cumplimiento de las reglas laborales y otras condiciones del lugar de trabajo, y para ello es necesario que la empresa principal ejerza un control efectivo sobre los proveedores. Sin embargo, en muchas ocasiones los criterios para la compra o subcontratación el criterio no va más allá de los precios, la cantidad y unos estándares mínimos de calidad del producto, sin preguntarse si esas empresas filiales respetan los derechos humanos.

Una Responsabilidad Social Corporativa digna de tal nombre deberá contemplar estos aspectos, estableciendo códigos de conducta y cadenas de valor responsables.

⁶² Giner Lloret, A. “Las empresas transnacionales y los Derechos Humanos”. *Op. Cit.* Página 79.

⁶³ Larrieta, I., Velasco, E., Aldamiz-Echevarría, C., Fernández De Bobadilla, S. Intxaurburu, M. G. *Op. Cit.* Página 196.

⁶⁴ Barrientos, S. Bianchi, L., Berman, C., “La igualdad de género y la gobernanza de las cadenas de valor mundiales. Promoción de los derechos de las trabajadoras”. *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 138, núm. 4. 2019. Páginas 789-790.

⁶⁵ *Ibidem.* Página 790.

Para desarrollar y poner en funcionamiento estos estándares mínimos de conducta, las asociaciones con las empresas locales y la colaboración con las mismas puede ser mucho más eficaz que un modelo basado en la auditoría interna o de terceros⁶⁶.

6. LA DILIGENCIA DEBIDA Y EL RESPETO DE LOS DERECHOS HUMANOS POR LAS EMPRESAS MULTINACIONALES

6.1. El concepto de Diligencia Debida

Ya se ha hecho referencia en este texto a los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos de Naciones Unidas de 2011. En ellos se hace particular hincapié en que las empresas dispongan de un proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos para la identificación, prevención, mitigación y rendición de cuentas de sus potenciales impactos sobre los derechos humanos. Este proceso deberá incluir una evaluación del impacto real y potencial de sus actividades sobre los derechos humanos, la integración de las conclusiones y la actuación al respecto; el seguimiento de las respuestas y la comunicación de la forma en que se hace frente a las consecuencias negativas (Principio 17 desarrollado en los principios posteriores, especialmente los Principios 18 a 21 que definen sus componentes esenciales)⁶⁷.

Por lo tanto, aquellas empresas que deseen observar una conducta responsable en materia de derechos humanos habrán de adoptar las medidas necesarias para prevenir y en su caso minimizar los impactos negativos y reparar los daños derivados, si quieren actuar con la debida diligencia. La referencia a estas consecuencias de la actividad empresarial sobre los derechos humanos viene referida no solamente a los impactos directos, producidos por sus propias operaciones, sino que se ha de extender a aquellos impactos a los que puedan estar contribuyendo a través de sus relaciones comerciales con terceras empresas⁶⁸.

Esta referencia a la diligencia debida no viene acompañada de una definición concreta de la misma, más allá de su identificación con aquella serie de acciones que han de ser desarrolladas por las empresas para identificar, prevenir y minimizar los efectos adversos sobre los derechos humanos que puedan derivar del desempeño

⁶⁶ Lundan, S.L., “Los Derechos Humanos en las cadenas de valor de empresas multinacionales”. En *Revista de Responsabilidad Social de la Empresa*. Núm. 9. Septiembre-diciembre 2011. Página 218.

⁶⁷ Martínez Nadal, A. Op. Cit. Pág. 10.

⁶⁸ García Esteban, A. “Potencial y límites de la responsabilidad empresarial en las cadenas globales de valor: el régimen de subcontratación de ‘propia actividad’ como fuente de inspiración normativa” en *Iuslabor* 1/2021, Pág. 238

de su actividad⁶⁹. Esto es así porque el concepto variará en función del tamaño y circunstancias de la empresa en cuestión. En todo caso, y de acuerdo con este concepto de diligencia debida, la gestión de los derechos humanos de toda sociedad sólo será diligente, si cuenta con un proceso específico en el que afronte al menos la realización de cuatro tareas⁷⁰:

- la identificación y evaluación de los posibles impactos que su actividad genera en los derechos humanos (reales o potenciales, directos o indirectos, a lo largo de toda la cadena de suministro). Se trata de una tarea esencial, teniendo en cuenta que esos impactos se pueden traducir en responsabilidades penales o civiles o, cuando menos, producir un importante daño en la reputación.
- La aprobación y adopción de medidas dirigidas a prevenir o a minimizar las consecuencias de esos daños, una vez se estén produciendo o ya se hayan producido.
- Seguimiento y evaluación de estas medidas (establecimiento de indicadores, tanto cuantitativos como cualitativos).
- Comunicación interna y externa de estos principios y compromisos, así como de las actuaciones realizadas.

En todo caso, estos principios, sean de Naciones Unidas, sean los de la OCDE, que pertenecen al ámbito del llamado *soft law*, fueron adoptados con la idea de influir en la normativa de los estados, de manera que den lugar a normativa vinculante.

Así ocurrió, por ejemplo, con la directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la divulgación de información no financiera, revisada y ampliamente modificada posteriormente por la Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 por la que se modifican el Reglamento (UE) n.º 537/2014, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y la Directiva 2013/34/UE, por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas.

Existen, además, diferentes normas que imponen la puesta en marcha de procesos de diligencia debida a las empresas en determinados sectores de actividad, aunque no suelen dejar de manera suficientemente clara las condiciones para ser consideradas responsables por los daños que se produzcan. Así, normas como el Reglamento UE 995/2010, que regula las obligaciones de los comercializadores de maderas y productos derivados o el Reglamento UE 2017/821, que introduce obligaciones en materia de diligencia debida para los importadores de estaño, tantalio, wolframio y sus minerales y oro originarios de zonas de conflicto o alto riesgo.

⁶⁹ Martínez Nadal, A. Op. Cit. Pág. 21

⁷⁰ Noval Pato, J. “¿Los derechos humanos en la agenda del gobierno corporativo? En especial, la obligación de due diligence”, en Revista de derecho de sociedades, nº 60 2020. Pág. 15.

En España se adoptó, en 2017, el plan de acción nacional de empresas y derechos humanos, con el objetivo de fomentar la aplicación de estos principios, aún en el ámbito de la normativa no vinculante, sin dar lugar a iniciativas legislativas concretas, más allá de la trasposición de las disposiciones de la Unión Europea⁷¹.

Este concepto de diligencia debida ha sido también empleado por la Unión Europea de manera más reciente, en iniciativas como la propuesta de Directiva sobre la diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial, adoptada por la Comisión Europea el 23 de febrero de 2022, en cumplimiento de la resolución con recomendaciones a la Comisión Europea sobre debida diligencia y responsabilidad empresarial (2020/2129(INL) de 10 de marzo de 2021, con el objetivo de fomentar un comportamiento empresarial sostenible y responsable y acorde con el respeto de los derechos humanos y los aspectos medioambientales en las operaciones y la gobernanza empresarial, incluyendo sus cadenas de valor. Se trata de legislación de obligado cumplimiento, de tal manera que el incumplimiento de las obligaciones que recoja podrá dar lugar a la imposición de sanciones, así como a un régimen de responsabilidad civil que establecerá cada Estado miembro, dado que la empresa será “la última responsable de los impactos adversos que se generen en relación con los derechos humanos o el medioambiente, si esta no establece las medidas necesarias de prevención y/o mitigación”. Este régimen de Responsabilidad Civil, sin embargo, es de difícil aplicación dado que requiere que la empresa principal tenga una capacidad de influencia decisiva sobre las demás (derechos de propiedad, contratos específicos,...) que rara vez se puede demostrar⁷².

Esta norma tiene como finalidad principal generar efectos positivos respecto de “la armonización, la seguridad jurídica, las condiciones de competencia equitativas y la mitigación de las ventajas competitivas injustas de terceros países derivadas de unos niveles de protección más bajos, así como del *dumping* social y medioambiental en el comercio internacional.”

En todo caso, la rendición de cuentas supone siempre la adquisición de compromisos y, aún en los casos en los que no existe ninguna norma que obligue a tomar determinadas actuaciones o a someterse a la verificación por parte de terceros, lo cierto es que las empresas multinacionales suelen hacerlo, para mejorar su reputación y adquirir legitimidad ante las sociedades de sus países de origen o de aquellos en los que residen sus consumidores o destinatarios de sus productos.

En todo caso, y ante el avance de la legislación obligatoria en materia de diligencia debida y rendición de cuentas, convierte a estos instrumentos en elementos de gran trascendencia a la hora de exigir responsabilidades a las empresas multinacionales en cadenas globales de suministro.

⁷¹ Real Decreto-ley 18/2017, de 24 de noviembre por el que se modifican el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad.

⁷² García Esteban, A. Op. Cit. Pág. 245.

6.2. La información no financiera y la difusión del resultado de las políticas de igualdad de las empresas

Dentro del respeto a los derechos humanos y las acciones que las empresas han de poner en marcha para actuar con la debida diligencia, está claro, a estas alturas de nuestro estudio, que se deberá de incluir aquellas que inciden sobre el fomento de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. Por este motivo, a la hora de comunicar las acciones a través de los informes de divulgación de la información no financiera, se habrá de hacer referencia a las acciones que se lleven a cabo en esta materia.

En concreto, estos informes habrán de versar sobre las acciones tomadas por las empresas en referencia al medioambiente, los derechos humanos, la lucha contra la corrupción y el soborno, así como también en el ámbito relativo a personal, donde entre la necesaria información acerca de las políticas de diversidad, incluidas las relacionadas con el género. Así se recogía, por ejemplo, en el apartado 3 de las Directrices de la Comisión Europea (CE,2017b) para ayudar a las empresas a aplicar la Directiva 2014/95/EU⁷³, que ha sido modificada, pero en lo relativo a la información sobre sostenibilidad y medio ambiente.

Para empresas con sede en España, y con la actual legislación sobre igualdad, hay que tener en cuenta la obligatoriedad de tomar medidas en materia de igualdad para todas las empresas, que se convierte en la elaboración de un plan de igualdad para empresas a partir de 49 trabajadores (o que así se acuerde en sanción o en convenio), junto con la adopción de otros instrumentos, particularmente en materia de transparencia retributiva. Estos planes de igualdad han de ser evaluados periódicamente para su puesta al día, por lo que tienen unos objetivos cuantificables y una serie de indicadores que las empresas establecen para la medición del cumplimiento de los mismos. Si bien, como se ha visto, la obligatoriedad de la presentación del estado no financiero alcanza a empresas que, salvo excepciones, son de muy superior tamaño.

En todo caso, la disponibilidad de información acerca de las medidas adoptadas y de su eficacia facilita mucho la elaboración y difusión de los informes en este ámbito. La legislación obligatoria, en este caso, se convierte en un buen instrumento para la medición del estado de estas medidas.

Se ha visto también como la obligación alcanza a la necesidad de elaborar el informe, pero no a la forma y el contenido exacto del mismo, para lo que se puede utilizar algunos de los estándares que aquí se han explicado brevemente. Por este motivo, la guía metodológica publicada por la propia Unión Europea no es obligatoria, si bien constituye una base para conocer el contenido de estos estados. Así, entre los seis apartados que recoge, el apartado 4.6 relativo a “cuestiones

⁷³ Saitua Iribar, A. “Diversidad de género como parte de la RSC y sostenibilidad en las empresas. Avances para la mejora de la divulgación de información no financiera sobre las políticas de igualdad y sus resultados”, en Lan Harremanak/38. 2017 pág. 182.

específicas”, hace referencia a las cuestiones Sociales y relativas al Personal (subapartado b). En él se incluye lo relativo a diversidad (incluyendo la diversidad de género).

No podemos olvidar, en este punto, que la guía toma como referencia, entre otros documentos, la Agenda 2030 que, sabemos, recoge un objetivo referido muy específicamente a la igualdad (el 5.5. que, textualmente, encomienda Velar por la participación plena y efectiva de las mujeres y la igualdad de oportunidades de liderazgo a todos los niveles de la adopción de decisiones en la vida política, económica y pública”)⁷⁴.

6.3. Los acuerdos marco transnacionales

Un instrumento ciertamente poderoso, y cada vez más utilizado para lograr la garantía de unas condiciones mínimas de empleo a nivel global, son los acuerdos marco transnacionales o internacionales. Estos acuerdos utilizan la creación de redes globales de producción y venta que pueden ser una herramienta idónea para asegurar el “respeto de los principios básicos de la convivencia humana y del trabajo”, generando un “sistema de identidad común, que, sin olvidar las particularidades de las sociedades y culturas locales en las que la empresa se implanta, se convierta en un modo común de ser, una cara reconocible de la compañía, visible en todos los países en los que opera”⁷⁵.

En general, estos acuerdos suelen abordar el cumplimiento, por parte de las empresas transnacionales, en su cadena de valor, de las normas fundamentales del trabajo establecidas por la OIT, estableciendo un estándar de cumplimiento y respeto de los derechos laborales a lo largo de la cadena de suministro, incluyendo disposiciones sobre las condiciones de trabajo, jornada, seguridad y salud laboral, capacitación de las personas trabajadoras o en materia de igualdad⁷⁶.

Las empresas los sitúan en el marco de la Responsabilidad Social Empresarial, como los códigos de conducta, y son un instrumento útil para establecer estándares mínimos de cumplimiento y respeto de los derechos laborales de los trabajadores con la participación de los sindicatos de trabajadores, puesto que sus disposiciones son exigidas por las empresas matrices a lo largo de toda la cadena de suministro, como mínimos para cualquier empresa local que quiera contratar con ellas.

Se han realizado fundamentalmente en empresas del sector textil, como garantía del trabajo decente y ante la presión de sociedades y consumidores y el daño reputacional producido por algunos sucesos que han tenido lugar en países

⁷⁴ *Ibidem*. Pág. 193.

⁷⁵ Fernández Fernández, R. Deslocalización productiva y condiciones mínimas de trabajo a nivel mundial en los acuerdos marco internacionales”, en *Documentación Laboral n.º 118, vol III*, año 2019. Pág. 50.

⁷⁶ Maira Vidal, M.M. “los acuerdos marco internacionales: sentando las bases de la negociación colectiva de ámbito supranacional” en *Lan Harremanak* 30/2014. Pág. 138.

emergentes en forma de accidentes causados por las precarias condiciones laborales, como el derrumbe del edificio Rana Plaza, en abril de 2013 en Bangladesh⁷⁷, que, a efectos prácticos, se tradujo en la firma del acuerdo conocido como ACCORD, y que aglutinaba a más de 200 marcas a nivel global⁷⁸, para garantizar unas condiciones mínimas de trabajo y seguridad (indemnizaciones por despido, medidas de seguridad y reubicación, formación en prevención de riesgos, establecimiento de comités de seguridad y salud, creación de un mecanismo de rendición de cuentas, etc).

Este acuerdo permite validar diferentes fábricas y establecimientos de acuerdo con unos estándares determinados.

Un gran cantidad de empresas multinacionales tienen acuerdos similares, como Total, Carrefour, Peugeot, Citroen de Francia, Thyssen Krupp, Bosch, Daimler, Volkswagen de Alemania y Gamesa, telefónica o Inditex de España, Ikea de Suecia, entre otras muchas.

Este tipo de herramientas pueden ser extendidas a nivel global y alcanzar aspectos materiales como la igualdad de género, que de momento tratan de una manera genérica, referidos especialmente a diferencias salariales o a no discriminación en el empleo. dada su demostrada eficacia en el respeto a los derechos fundamentales y el establecimiento de estándares mínimos.

7. CONCLUSIONES

1. La Responsabilidad Social Corporativa se configura como mecanismo fundamental en materia de igualdad, para corregir desequilibrios existentes, formular nuevos objetivos y fomentar prácticas y actuaciones en las empresas que escapan al ámbito del mero cumplimiento normativo, complementando y mejorando los mínimos legales. Para ello, puede utilizar algunas de sus obligaciones, como los planes de igualdad y las políticas de conciliación, e ir más allá en sus medidas. Asimismo, pueden exigir a sus proveedores y subcontratas el cumplimiento de sus obligaciones y objetivos en la materia.
2. El hecho de que la Responsabilidad Social Corporativa sea, por definición, voluntaria, no nos puede llevar a pensar que el sector público ha de estar al margen. Antes bien, las administraciones públicas tienen que desempeñar un papel fundamental en el fomento de prácticas responsables, no dejando que sean las entidades privadas quienes establezcan lo que es o no responsable, o los valores fundamentales vigentes en una sociedad.

⁷⁷ Incendio de un edificio que albergaba cuatro fábricas textiles superpuestas en sus 8 pisos, y su derrumbe se resume en: 1.134 personas fallecidas, y más de 2.500 heridos, muchos de ellos de gravedad. Constituyó el más grave accidente industrial de la historia. En él operaban proveedores de algunas empresas españolas como Inditex, Mango o El Corte Inglés.

⁷⁸ Como las españolas Inditex, El Corte Inglés, Mango, Mayoral Moda Infantil, Desigual y Madness.

3. Las empresas pueden transformar, en las sociedades locales en las que se asientan, las relaciones entre mujeres y hombres, a lo largo de las cadenas globales de valor. De manera indirecta ya que, de entrada, son las empresas, quienes más contribuyen a la hora de determinar los recursos a los que tienen acceso ambos géneros y la forma en la que pueden participar en la economía. Al ser las principales generadoras de empleo, determinan la forma y grado de remuneración de las diferentes habilidades, capacidades y esfuerzos de mujeres y hombres, a qué puestos de trabajo pueden acceder unos y otros, y cómo se recompensa y promociona el esfuerzo en cada caso. También pueden actuar, por sí o a través de agentes de desarrollo u ONG de manera directa, a través del diseño y financiación de proyectos de desarrollo local (formación, sensibilización, etc.) dirigidos específicamente al fomento de la igualdad.
4. En cuanto a la cadena de valor, si una empresa desea realizar una gestión responsable en materia de género han de extender ese compromiso a proveedores y subcontratistas, potenciando que éstas incorporen la igualdad en sus agendas. En este sentido, y en el caso de cadenas globales, se considera que la empresa principal puede tener una mayor repercusión en los proveedores y subcontratas. que las propias leyes del país en el que radican, normalmente mucho más permisivas.
5. Las iniciativas que persigan la igualdad de género en cadenas globales de valor deberán partir de una evaluación de las necesidades o ser parte de un proceso de “debida diligencia”, evaluando los impactos de las prácticas discriminatorias en las mujeres trabajadoras y tratando de prevenirlos o, al menos, repararlos, a través de acciones concretas. Además, deberían contar con las personas trabajadoras para su diseño e implantación.
6. Además de la elaboración de códigos éticos, siempre en el marco de la normativa voluntaria, un instrumento ciertamente poderoso, y cada vez más utilizado para lograr la garantía de unas condiciones mínimas de empleo a nivel global, son los acuerdos marco transnacionales o internacionales. Estos acuerdos utilizan la creación de redes globales de producción y venta que pueden ser una herramienta idónea para asegurar el “respeto de los principios básicos de la convivencia humana y del trabajo, y una importante vía para generar contextos de protección de los derechos humanos en las cadenas globales de valor.
7. En las cadenas de valor globales es muy pertinente cuestionarse si realmente los códigos de conducta, los acuerdos transnacionales, la Responsabilidad Social y la autorregulación (ciertamente deseables y valorables) son realmente efectivas en lo que respecta al desarrollo y aplicación de los Derechos Humanos, en particular del derecho a la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. El cumplimiento social carece de mecanismos de rendición de cuentas sobre las prácticas relativas a los derechos de los trabajadores, por lo que, en ocasiones, estas acciones de Responsabilidad se quedan en meras operaciones publicitarias o de maquillaje de las verdaderas prácticas (no siempre ejemplares), pues no suelen suponer valoraciones objetivas sino informes procedentes de parte interesada. En este sentido, se propone aquí que se posibilite la intervención de algún tipo de autoridad o el establecimiento de un marco regulatorio global que, al menos, sea capaz de recoger unos mínimos o de evaluar el compromiso real de las empresas.

Informes y Documentos

LA NEGOCIACION COLECTIVA EN ANDALUCÍA EN 2022

Durante 2022 se ha asistido a una reactivación de la negociación colectiva, como ponen de manifiesto los ratios globales de convenios en vigencia expresa y convenios originarios en nuestra comunidad autónoma, que vuelven a alcanzar cifras prepandémicas. En este sentido los convenios colectivos en vigencia expresa suponen un incremento del 5% respecto a 2021, alcanzando ratios similares a 2020. El aumento de los convenios colectivos con vigencia expresa tiene su mayor reflejo en el repunte de la actividad negociadora que marcan los 251 convenios originarios que alcanzando cifras de 2019 suponen un incremento del 17% respecto a 2021 y del 65% respecto a 2020.

A 31 de diciembre de 2022 el número de convenios colectivos andaluces existentes en nuestra comunidad alcanza la cifra de 1.562 que afectan a 1.613.733 de personas trabajadoras y a 304.937 empresas, según los datos facilitados por las mesas negociadoras con ocasión del registro del convenio colectivo.

Atendiendo a la diversa situación jurídica en la que se encuentre el convenio colectivo, podemos clasificar los convenios colectivos en convenios colectivos en vigencia expresa (convenios que se encuentran dentro de la vigencia expresada en el convenio- a su vez a efectos estadísticos los diferenciamos en primeros convenios, convenios originarios y convenios revisados: Serían primeros convenios aquellos que se negocian por primera vez, convenios originarios aquellos que se firman en el año en curso pero traen causa de convenios anteriores, convenios revisados aquellos que se encuentran dentro de la vigencia inicial pactada pero en los años posteriores a su firma), convenios colectivos en prórroga tácita (convenios que han finalizado su vigencia inicial pactada pero que al no ser denunciados se prorrogan de año en año automáticamente), convenios colectivos en ultraactividad indefinida (convenios que han finalizado su vigencia inicial pactada, han sido denunciados y se encuentran en ultraactividad hasta la firma del siguiente convenio), convenios colectivos en ultraactividad limitada (convenios que han finalizado su vigencia inicial pactada, han sido denunciados y se encuentran en ultraactividad hasta una fecha determinada) y convenios colectivos con ultraactividad vencida (convenios que han finalizado su vigencia inicial pactada, han sido denunciados y su ultraactividad ha traspasado su fecha de finalización, jurídicamente habrían decaído si así lo han pactado).

Con estas premisas el número de convenios colectivos en nuestra comunidad en vigencia expresa o prórroga tácita ascendió a 1267 convenios colectivos dando cobertura a 184.763 empresas y 1.103.877 trabajadores. Junto a ellos, 263 convenios terminaron el año en ultraactividad (118.524 empresas y 494.646 trabajadores) y por tanto son convenios colectivos sobre los que recae el deber de negociarlos. 32 convenios colectivos más se encontraban en tramitación ante la autoridad laboral. Atendiendo al ámbito funcional de los convenios colectivos se distinguen convenios colectivos de sector y convenios colectivos de empresa. De forma similar a lo que sucede en el resto del Estado, en la negociación

colectiva andaluza es clara la supremacía numérica de los convenios de empresa. Sin embargo, esta situación se altera drásticamente si se analizan estos mismos datos desde la perspectiva del grado de afectación, ya que resulta patente la primacía de los convenios sectoriales respecto de los de empresa. Estos convenios por tanto tienen un papel fundamental en orden a asegurar la mayor cobertura posible de empresas y personas trabajadoras, no en vano durante 2022 han dado cobertura al 99,5% de las empresas y al 89,3% de las personas trabajadoras. Dada la importancia cualitativa de estos convenios colectivos de sector, resulta pertinente realizar un análisis específico de los mismos. El número de convenios colectivos de sector en nuestra comunidad en vigencia expresa o prórroga tácita a 31 de diciembre ascendió a 114 convenios colectivos dando cobertura a 183.610 empresas y 965.273 trabajadores. Junto a ellos, 45 convenios más se encontraban en ultraactividad (118.306 empresas y 465.773 trabajadores), 2 convenios colectivos más se encontraban en tramitación ante la autoridad laboral. Si centramos el análisis en los 680 convenios con vigencia expresa a 31 de diciembre de 2022 podemos indicar que los mismos suponen un incremento del 5% respecto a 2021, y alcanzando ratios similares a 2020. El aumento de los convenios colectivos con vigencia expresa tiene su mayor reflejo en el repunte de la actividad negociadora que marcan los 251 convenios originarios que alcanzando cifras de 2019 suponen un incremento del 17% respecto a 2021 y del 65% respecto a 2020. Por otra parte el análisis de estos convenios colectivos con vigencia expresa nos permite conocer cuál es el incremento salarial ponderado pactado (ISP) en estos convenios, así como cuál es la jornada anualizada ponderada. El ISP se situó en 2022 en el 2,76%, si bien los convenios originarios establecieron un ISP del 3,1%. Si bien se trata de magnitudes muy por encima de los años anteriores, ambas se encuentran alejadas del IPC. Por su parte la jornada anualizada ponderada se situó en 1.772,68 horas, magnitud similar al año anterior.

Igualmente reseñable han sido la firma de tres nuevos convenios de sector inexistentes antes en nuestra comunidad autónoma, dos de ellos de nivel autonómico: los convenios de ocio educativo y animación sociocultural, y el convenio colectivo del profesorado de religión de Andalucía. Por su parte a nivel provincial se firmó el convenio colectivo de transporte de pasajeros de Málaga en vehículo de transporte VTC. Junto a estos tres convenios los otros 47 convenios de sector originarios de 2022 son de manera provincializada los siguientes:

- **Almería**
 - Estudios técnicos y oficinas de arquitectura y oficinas y despachos en general
 - Hostelería y turismo
 - Limpieza de edificios y locales
 - Transporte de mercancías por carretera
 - Transportes de viajeros por carretera
- **Cádiz**
 - Agencias marítimas de la provincia de Cádiz -apemar
 - Amarre y desamarre de buques en el puerto bahía de Algeciras

- Comercio minorista de alimentacion (de detallistas, de ultramarinos, supermercados y autoservicios)
- Distribuidores de butano
- Industrias almadrabras
- Limpieza de edificios y locales
- Oficinas y despachos
- Pompas fúnebres
- Transportes de mercancías por carretera de larga distancia
- Transportes sanitarios en ambulancias y colectivos
- **Córdoba**
 - Comercio
 - Construcción y obras públicas
 - Industrias vinícolas, licoreras y alcoholeras
 - Limpieza de edificios y locales
 - Transportes de mercancías por carretera
- **Granada**
 - Industria del aceite y sus derivados
 - Industria de la madera
 - Industrias siderometalúrgicas
 - Limpieza de edificios y locales de centros no hospitalarios
 - Manipulado y envasado de frutas, hortalizas, patata temprana y exc. De granada y provincia
 - Transporte interurbano de viajeros por carretera
- **Huelva**
 - Comercio de alimentación
 - Hostelería
 - Montajes
 - Suministros industriales
 - Transportes por carretera
- **Jaén**
 - Comercio en general
 - Comercio del metal y electricidad
 - Oficinas y despachos
- **Málaga**
 - Limpieza de aviones
 - Limpieza de edificios y locales
 - Transp mercancías por carretera, agencias de transp. Despachos, almacenist, operadores logísticos
- **Sevilla**
 - Ayuda a domicilio
 - Empleados de fincas urbanas
 - Fabricación y venta de mantecados y productos de Estepa

Hostelería

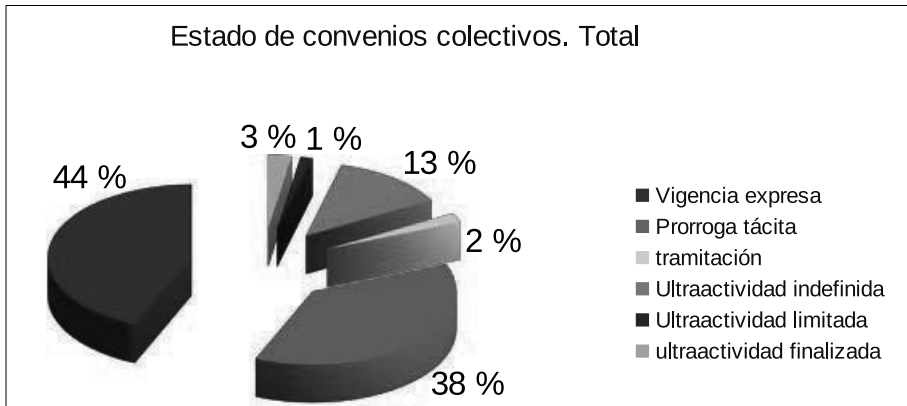
Industrias de tintorerías, lavanderías, limpieza y planchado de ropa

Lavanderías industriales de uso no doméstico

Limpieza de edificios y locales

Transporte de mercancías por carretera

Transportes interurbanos de viajeros de autobuses

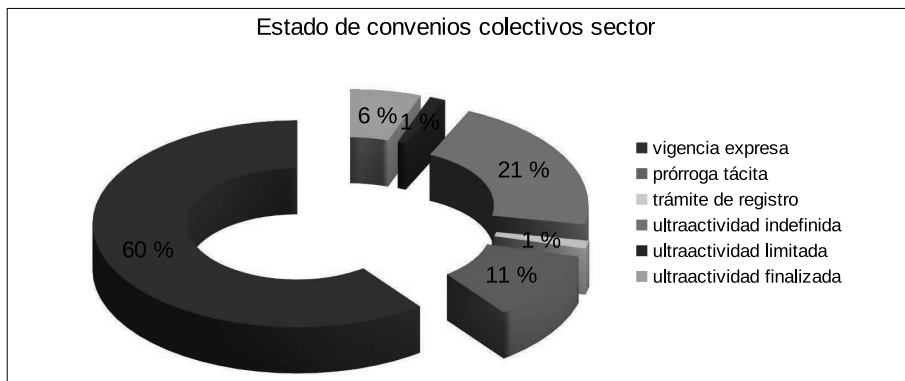


Porcentualmente, a 31 de diciembre de 2022, el 44% de convenios colectivos de Andalucía estaba en vigencia expresa, el 38% en vigencia prorrogada tácitamente. El 13% de los convenios estaba en ultraactividad indefinida, el 1% estaba en ultraactividad limitada, un 3% habría finalizado su ultraactividad en 2022, el resto se encontraba en tramitación ante la Autoridad Laboral.

Atendiendo al ámbito funcional de los convenios colectivos se distinguen convenios colectivos de sector¹ y convenios colectivos de empresa². De forma similar a lo que sucede en el resto del Estado, como hemos indicado en la negociación colectiva andaluza es clara la supremacía numérica de los convenios de empresa. Sin embargo, esta situación se altera drásticamente si se analizan estos mismos datos desde la perspectiva del grado de afectación, ya que resulta patente la primacía de los convenios sectoriales respecto de los de empresa. Estos convenios por tanto tienen un papel fundamental en orden a asegurar la mayor cobertura posible de empresas y personas trabajadoras. Dada la importancia cualitativa de estos convenios colectivos de sector, resulta pertinente realizar un análisis específico de los mismos.

¹ Son convenios colectivos que dan cobertura a una pluralidad de empresas y personas trabajadoras dentro de un sector de actividad. Son negociados por los sindicatos y asociaciones empresariales más representativas del sector concreto.

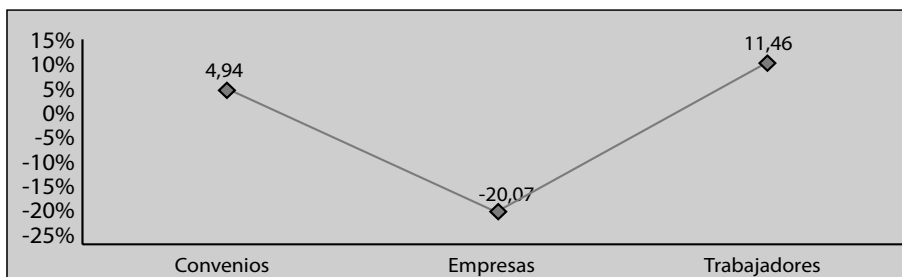
² Son convenios colectivos que se aplican únicamente en la empresa que lo negocia. Se negocia por los representantes de los trabajadores en la empresa directamente con el representante de la empresa.



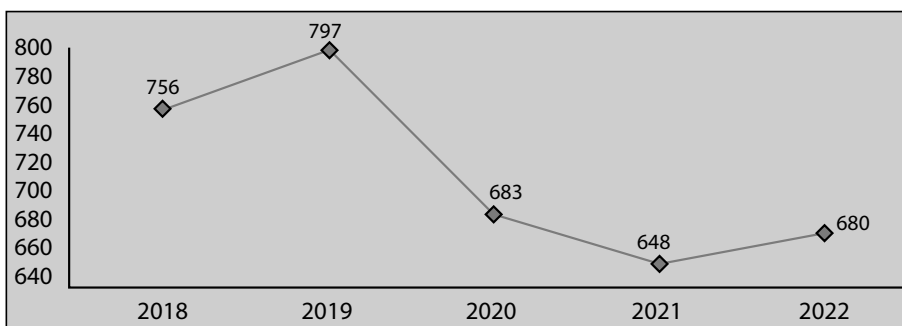
Porcentualmente, el 60% de convenios de sector a 31 de diciembre de 2022 estaba en vigencia expresa, el 11% en vigencia prorrogada tácitamente. El 21% de los convenios está en ultraactividad indefinida, el 1% en ultraactividad limitada, el 6% en ultraactividad finalizada. El resto estaba en tramitación ante la Autoridad Laboral.

Si centramos el análisis en los 680 convenios con vigencia expresa podemos observar que son superiores a los años anteriores.

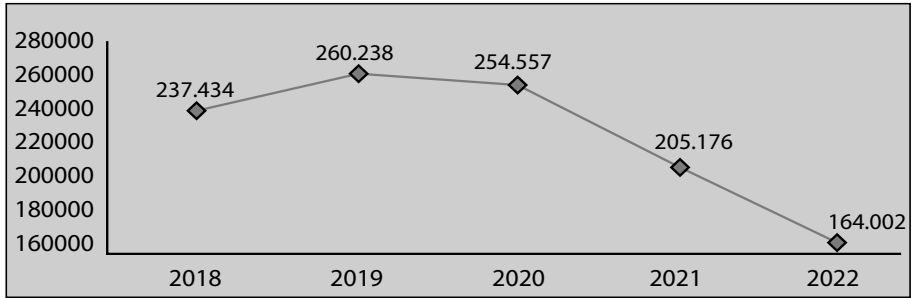
Variación porcentual respecto al año anterior. Convenios, empresas y trabajadores



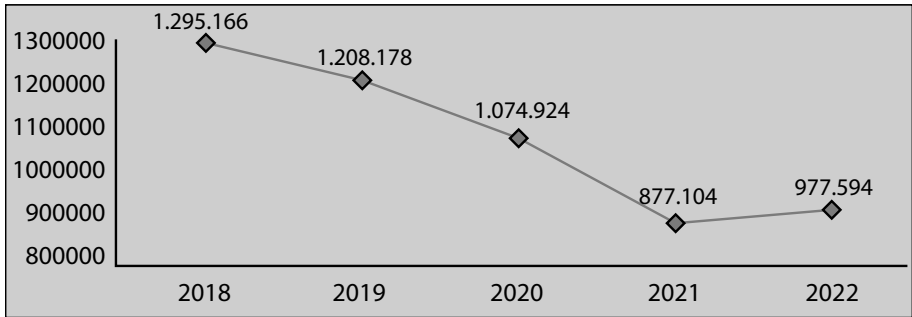
Evolución del número de convenios colectivos con vigencia expresa



Evolución del número de empresas acogidas a convenios colectivos con vigencia expresa

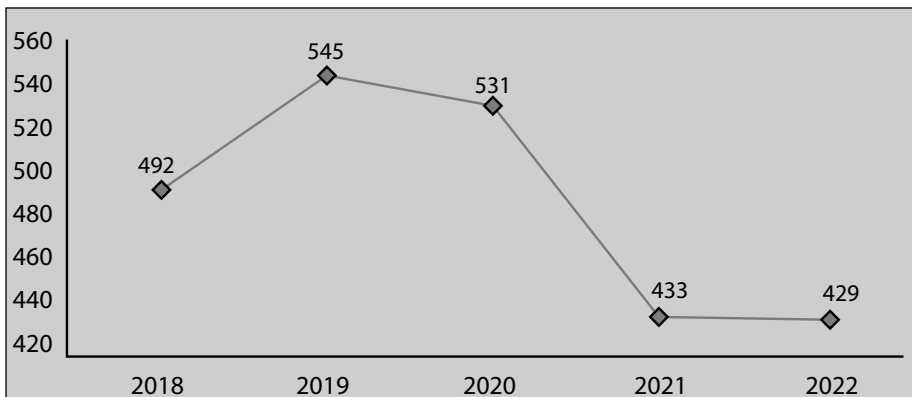


Evolución del número de personas trabajadoras acogidas a convenios colectivos con vigencia expresa

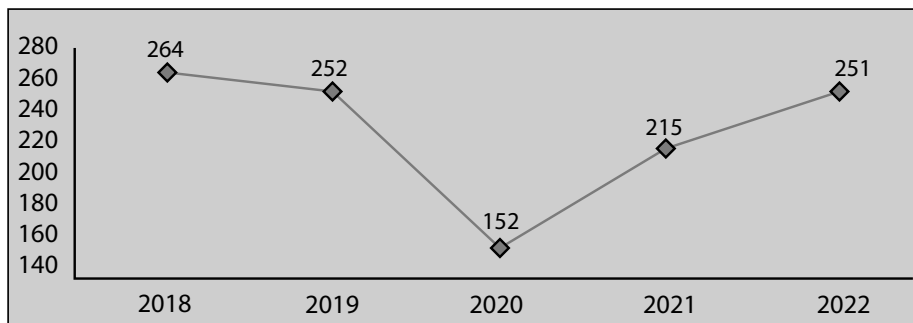


El ascenso del número de convenios colectivos con vigencia expresa se debe al aumento de los convenios originarios.

Evolución del número de convenios colectivos revisados

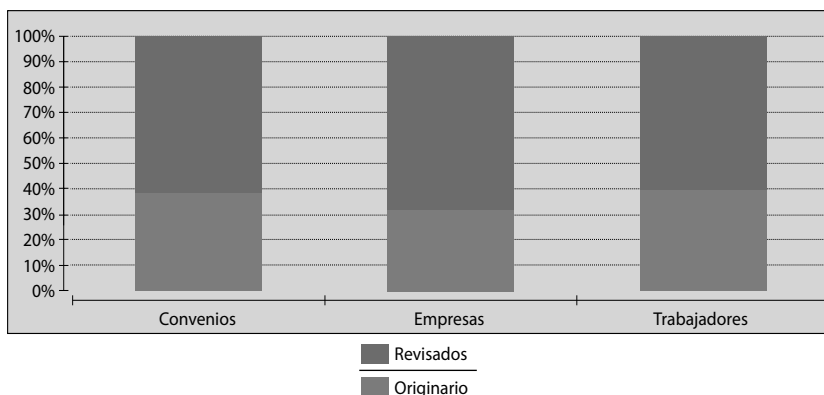


Evolución del número de convenios colectivos originarios

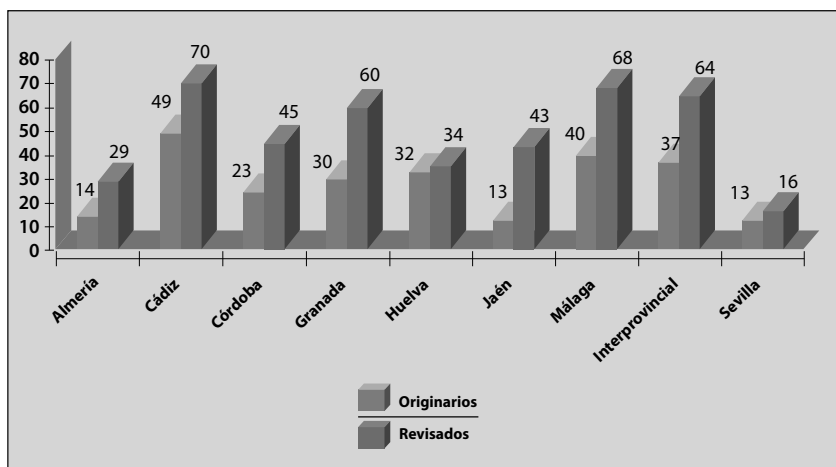


De los 680 convenios colectivos con vigencia expresa, el 36,9% (251 convenios colectivos) fueron originarios del año 2022, el resto revisados.

Convenios originarios-Convenios Revisados. Porcentajes de afectación



Convenios Originarios - Convenios Revisados. Distribución Provincial



Si dentro de los convenios originarios, circunscribimos el análisis a los primeros convenios, vemos como se recibieron un total de 50.

Convenios Originarios / Primeros Convenios

ÁMBITO GEOGRÁ.	CONVENIOS ORIGINARIOS			PRIMEROS CONVENIOS		
	Nº	EMPR.	TRAB.	Nº	EMPR.	TRAB.
ALMERÍA	14	4.944	31.068	0	0	0
CÁDIZ	49	2.040	19.057	8	8	330
CÓRDOBA	23	18.195	76.403	6	6	176
GRANADA	30	3.138	22.370	5	5	474
HUELVA	32	1.037	37.305	7	7	259
JAÉN	13	11.855	23.874	3	3	76
MÁLAGA	40	4.411	36.928	7	506	3.132
SEVILLA	37	7.549	85.477	6	6	497
INTERPROVINCIAL	13	219	51.461	8	214	48.817
TOTAL	251	53.388	383.943	50	755	53.761

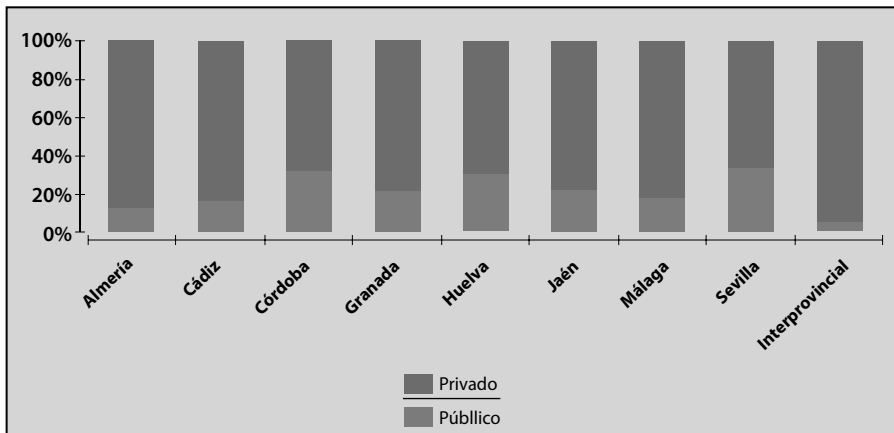
Convenios de sector y de empresa

Desde un punto de vista funcional, examinando la distribución de la actividad negociadora entre convenios de empresas y de sector, se observa que, de forma similar a lo que sucede en el resto del Estado, en la negociación colectiva andaluza es clara la supremacía numérica de los convenios de empresa. De esta forma, de los 680 convenios con vigencia expresa, 583 eran de empresa, y 97 eran convenios de sector. Sin embargo, si se analizan estos mismos datos desde la perspectiva del grado de afectación personal, resulta patente la primacía de los convenios sectoriales respecto de los de empresa, el 93% de personas trabajadoras y el 99% de las empresas bajo cobertura de convenios con vigencia expresa, lo estaban bajo la cobertura de convenios colectivos de sector. La situación descrita es una pauta que se reitera en todas las provincias andaluzas.

Convenios vigencia expresa sector/empresa

ÁMBITO GEOGRÁ.	CONVENIOS DE SECTOR			PRIMEROS DE EMPRESA		
	Nº	EMPR.	TRAB.	Nº	EMPR.	TRAB.
ALMERÍA	6	5.065	55.200	37	37	3.762
CÁDIZ	16	26.401	146.412	103	103	8.223
CÓRDOBA	12	33.388	166.400	56	56	7.807
GRANADA	12	9.437	53.700	78	78	7.010
HUELVA	10	2.620	51.100	56	56	9.232
JAÉN	12	20.061	60.439	44	44	6.196
MÁLAGA	9	47.827	140.538	99	99	13.424
SEVILLA	17	18.212	177.614	84	84	12.857
INTERPROVINCIAL	3	408	50.500	26	26	7.180
TOTAL	97	163.419	901.903	583	583	75.691

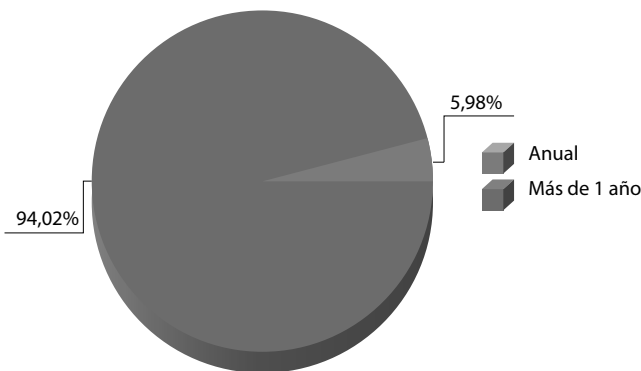
Convenios vigencia expresa de empresa. Porcentajes provinciales según ámbito público/privado



Período de vigencia

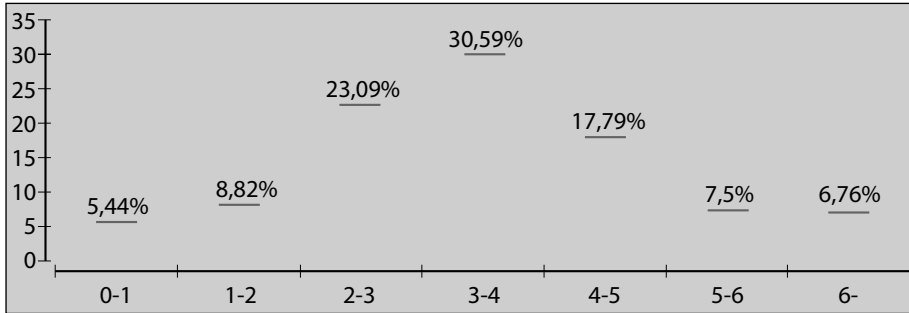
Por lo que se refiere al periodo de vigencia determinado en los convenios en el momento de su suscripción, sigue constatándose un fuerte predominio de aquellos que se han pactado por un periodo de duración superior al año, frente a los que se han ultimado con una vigencia de carácter anual.

Convenios originarios anuales/supraanuales



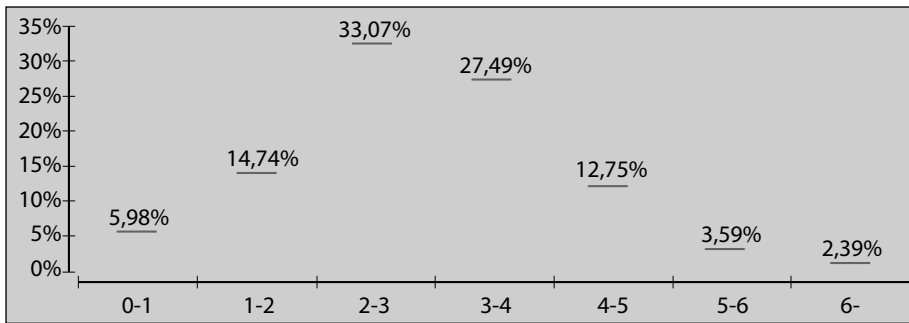
Son mayoritarios los convenios que fijan un periodo de hasta 4 años de vigencia, suponiendo el 30,59% del total de los convenios con vigencia expresa en Andalucía.

Convenios colectivos vigencia expresa. Ámbito temporal



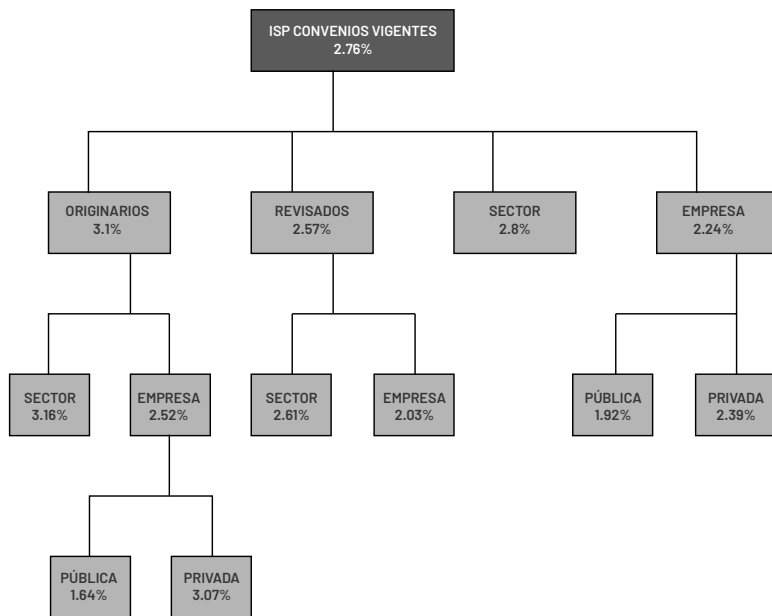
Si centramos el análisis de las vigencias en los convenios originarios del año 2022 vemos como la tendencia hacia convenios de duración hasta tres años supera a la de cuatro años.

Convenios colectivos originarios 2021. Ámbito temporal

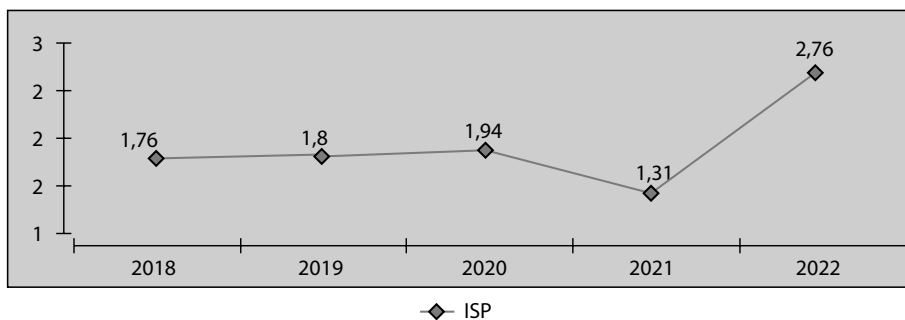


Por otra parte el análisis de estos convenios colectivos con vigencia expresa nos permite conocer cual es el incremento salarial ponderado pactado (ISP) en estos convenios, así como cual es la jornada anualizada ponderada.

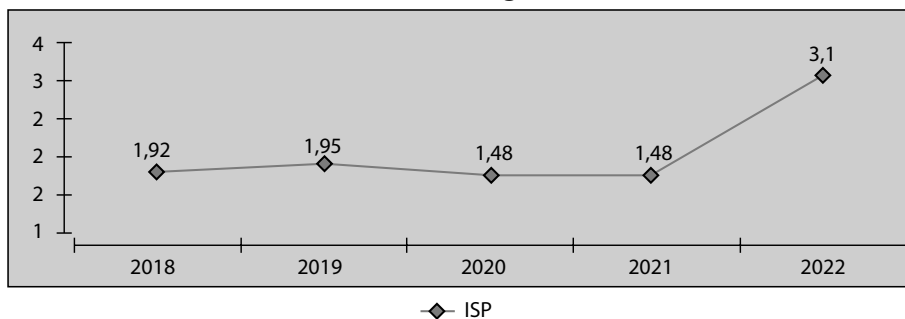
El ISP se situó en el 2,76, si bien los convenios originarios establecieron un ISP del 3,1%.



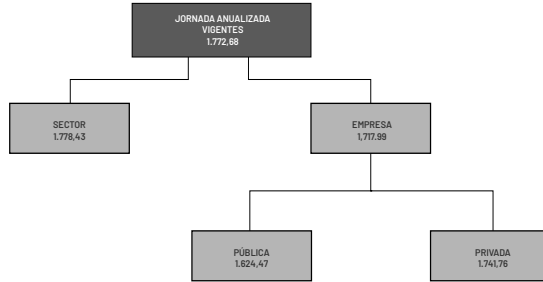
Evolución del ISP en convenios colectivos con vigencia expresa



Evolución del ISP en convenios colectivos originarios



Por su parte la jornada anualizada ponderada se sitúa en 1.772,69 horas, magnitud similar al año anterior (1.772,31 horas).

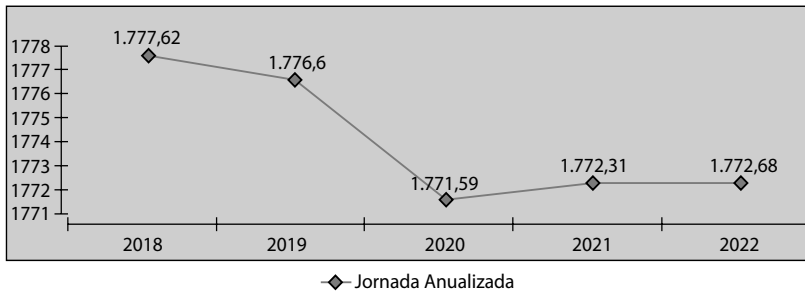


De manera provincializada en la siguiente tabla puede observarse la jornada pactada en los convenios colectivos con vigencia expresa

Jornada promedio de convenios colectivos con vigencia expresada

ÁMBITO GEOGRÁ.	JORNADA ANUALIZADA	JORNADA SEMANAL	JORNADA ANUAL
ALMERÍA	1.813,20	39,76	1.812,03
CÁDIZ	1.763,44	39,47	1.754,83
CÓRDOBA	1.783,60	39,45	1.740,25
GRANADA	1.770,16	39,74	1.760,28
HUELVA	1.763,86	39,62	1.767,43
JAÉN	1.763,50	39,42	1.767,92
MÁLAGA	1.786,52	39,77	1.792,04
SEVILLA	1.762,12	39,20	1.760,99
INTERPROVINCIAL	1.743,49	38,51	1.742,02
TOTAL	1.772,68	39,47	1.767,09

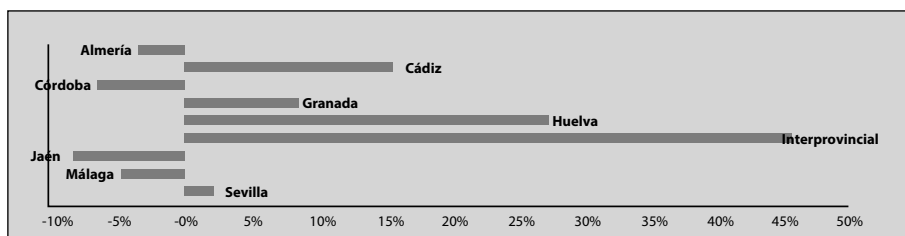
Evolución de la jornada anualizada en convenios colectivos con vigencia expresa



De manera provincializada, en la siguiente tabla puede observarse como se distribuyeron los 683 convenios colectivos con vigencia expresa.

ÁMBITO GEOGRÁ.	Nº CONV.	EMPRESAS	TRABAJADORES	ISP
ALMERÍA	43	5.102	58.962	3,56%
CÁDIZ	119	26.504	154.635	2,04%
CÓRDOBA	68	33.444	174.207	2,52%
GRANADA	90	9.515	60.710	2,23%
HUELVA	66	2.676	60.332	2,34%
JAÉN	56	20.105	66.635	2,56%
MÁLAGA	108	47.926	153.962	2,14%
SEVILLA	101	18.296	190.471	4,18%
INTERPROVINCIAL	29	434	57.680	2,09%
TOTAL	680	164.002	977.594	2,76%

El ascenso global de número de convenios colectivos con vigencia expresa respecto al año anterior no se produjo en todas las provincias.



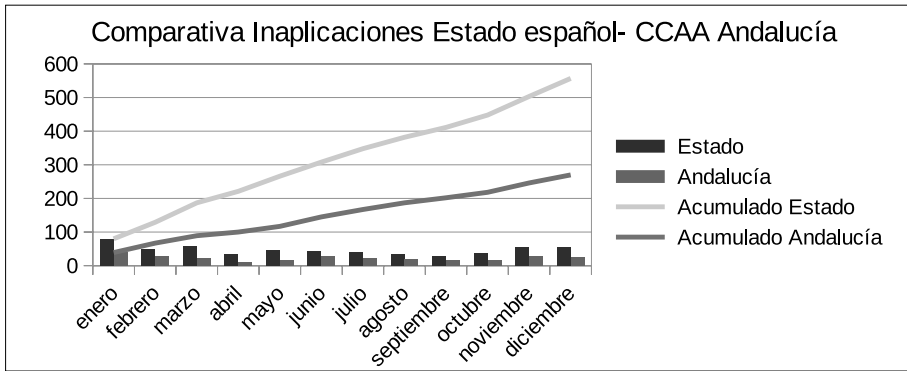
Inaplicaciones de convenio colectivo

El análisis de los expedientes de inaplicación de las condiciones laborales pactadas en convenios colectivos presentados para su depósito a la Autoridad Laboral arroja los siguientes datos.

Desde el día 1 de enero hasta el 31 de diciembre de 2022 se han presentado a la autoridad laboral un total de 270 expedientes de inaplicaciones de condiciones de trabajo de convenios colectivos vigentes. A estos acuerdos están afectados una totalidad de 4.996 trabajadores.

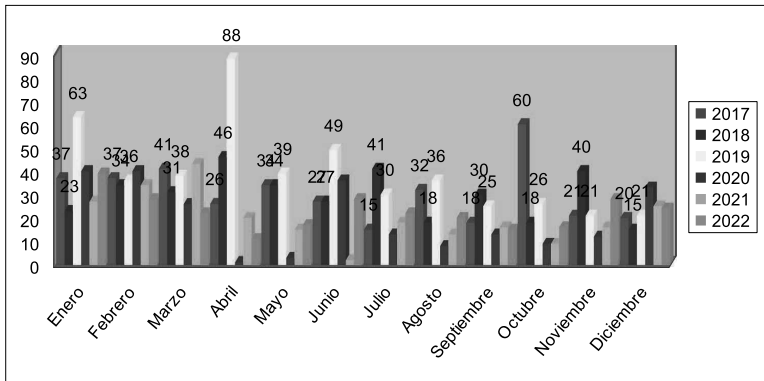
Las inaplicaciones presentadas en la Comunidad Autónoma suponen el 48'47% de las inaplicaciones de convenios colectivos de todo el territorio español presentadas en este año, afectando a un 22,92% de los trabajadores de todo el territorio español³.

³ Según datos del mes de diciembre de la Estadística de Convenios Colectivos de Trabajo elaborada por el Ministerio de Trabajo y Economía Social

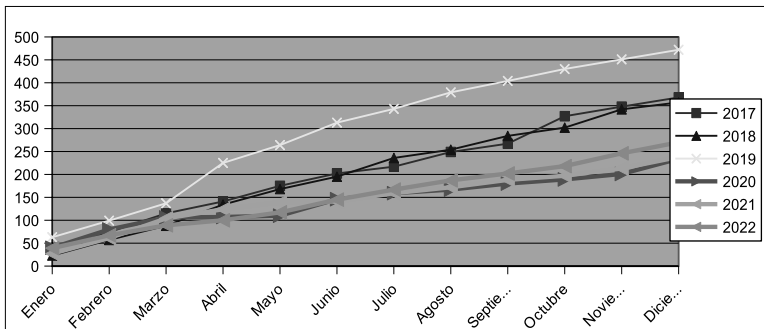


El número de inaplicaciones depositadas durante el mes de diciembre ha sido ligeramente inferior al mismo mes del año pasado, siendo el cuarto más bajo del mismo mes de toda la serie en estudio. Asimismo, el número de trabajadores afectados por las inaplicaciones este mes de diciembre, ha sido inferior al mismo mes del año anterior, siendo en este caso el más bajo del mismo mes de toda la serie en estudio.

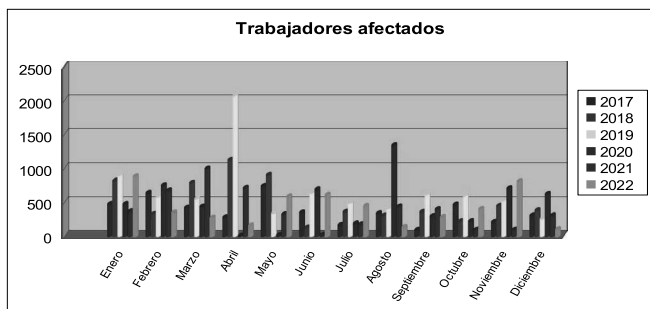
Gráfica 1. Expedientes por meses. Ejercicios 2017-2022.



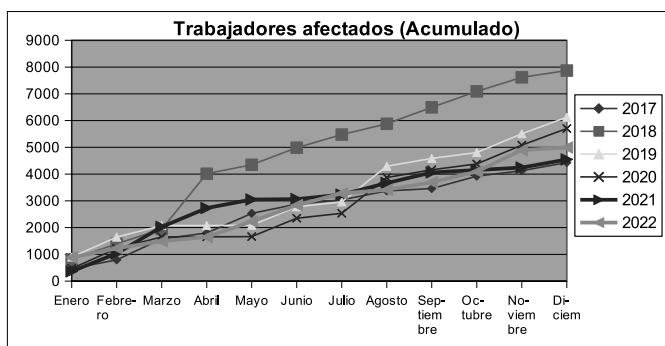
Gráfica 2. Expedientes por meses acumulados. Ejercicios 2017-2022.



Gráfica 3. Trabajadores afectados por meses. Ejercicios 2017-2022.



Gráfica 4. Trabajadores afectados por meses acumulados. Ejercicios 2017-2022.

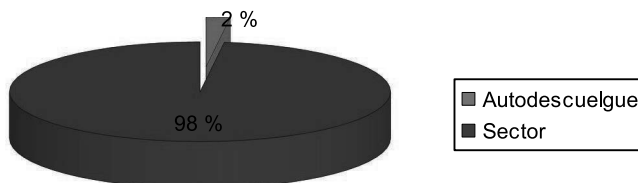


Las provincias de Cádiz y Granada, son las que han presentado mayor número de inaplicaciones de convenios colectivos durante este año 2022. No obstante, si se analiza el número de trabajadores afectados por las mencionadas inaplicaciones, se observa que es Cádiz con gran diferencia, la provincia que mayor número de trabajadores afectados tiene, la siguen las provincias de Córdoba, Málaga, Jaén y Sevilla.

Gráfica 5. Expedientes por provincias (acumulado 2022).

PROVINCIA	EMPRESAS	TRABAJADORES
ALMERÍA	3	196
CÁDIZ	59	1514
CÓRDOBA	40	824
GRANADA	55	387
HUELVA	17	133
JAÉN	31	490
MÁLAGA	39	681
SEVILLA	24	475
INTERPROVINCIALES	2	296
TOTAL	270	4.996

Como se puede observar en el siguiente cuadro, en lo que va de año, el 98% de las inaplicaciones son de convenios colectivos de sector.

Gráfica 6. Expedientes según ámbito (acumulado 2022).

Los sectores de actividades que mayor número de inaplicaciones tienen en este año 2022, son el sector de la Construcción y el sector del metal. Asimismo, si se analiza el número de trabajadores afectados por las mencionadas inaplicaciones se observa que es el sector del metal el que tiene mayor número de trabajadores afectados por las inaplicaciones, seguido del sector de la construcción.

Gráfica 7. Expedientes por sectores de actividad (acumulado 2022).

SECTOR DE ACTIVIDAD	EMPRESAS	TRABAJADORES
COMERCIO	24	482
CONSTRUCCIÓN	85	1.098
DEPENDENCIA/ACTIVIDADES SANITARIAS	2	139
HOSTELERÍA	44	406
LIMPIEZA	1	46
MADERA	8	217
METAL/AUTOMOCIÓN	60	1.679
OFICINAS Y DESPACHOS	7	28
OTROS	26	504
TRANSPORTE	13	397
TOTAL	270	4.996

La mayoría de las inaplicaciones afectan mayoritariamente al salario, ya sea de manera aislada o conjuntamente con otras materias. Si bien, hay que señalar que en el sector de la construcción, las inaplicaciones afectan principalmente al horario y a la jornada de trabajo.

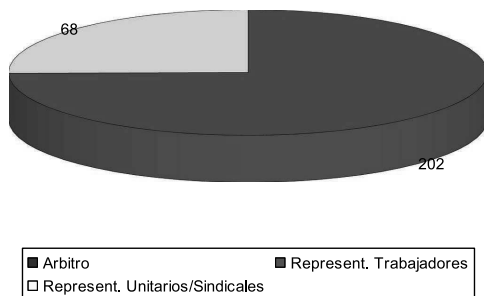
Gráfica 8. Expedientes según materias inaplicadas (acumulado 2022).

MATERIALES	EMPRESAS	TRABAJADORES
JORNADA/HORARIO	63	518
JORNADA+SALARIO	17	646
JORNADA+SALARIO+S.SOCIAL	31	273
MEJORAS S.SOCIAL	0	0
SALARIOS+S.SOCIAL	5	211
SISTEMA/CUANTÍA SALARIAL	154	3.348
TOTAL	270	4.996

En cuanto a los firmantes en los descuelgues de convenios, en lo que va de año, cabe señalar que a través de representación unitaria y sindical se han producido

68 inaplicaciones de convenios, mientras 202 acuerdos han sido adoptados por una comisión de representantes de los trabajadores de la empresa, elegidos ad hoc de acuerdo con el artículo 41.4 párrafo 4 del Texto Refundido de los Estatuto de los Trabajadores.

Gráfica 9. Expedientes según firmantes (acumulado 2022).



Durante el año 2022, se ha alcanzado un acuerdo a través de mediación en el SERCLA, mientras que el resto de los acuerdos (269) se han alcanzado durante el periodo de consultas.

Gráfica 10. Expedientes según tipo de acuerdos (acumulado 2022).

TIPO ACUERDO	EMPRESAS	TRABAJADORES
C. PARITARIA	0	0
LAUDO	0	0
MEDIACIÓN SERCLA	0	0
PERÍODO CONSULTAS	269	4.981

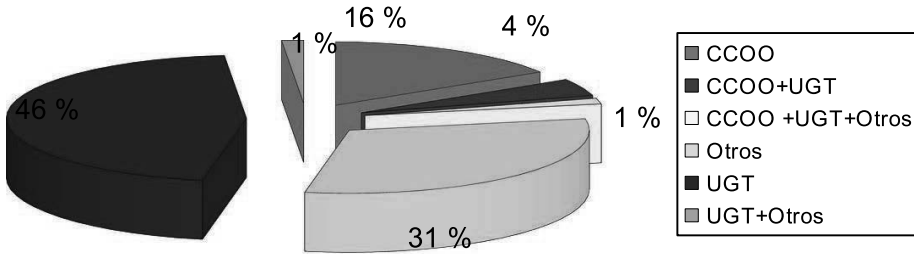
Dentro de la representación unitaria y sindical es posible desagregar los sindicatos firmantes:

Gráfica 11. Expedientes acordados por representación unitaria/sindical. Organizaciones firmantes (acumulado 2022).

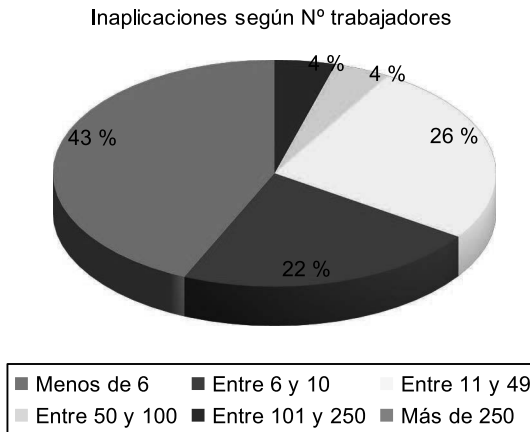
SINDICATOS	EMPRESAS	TRABAJADORES
CCOO	11	705
CCOO+UGT	3	464
CCOO+UGT+OTROS	1	245
OTROS	21	808
UGT	31	719
UGT+OTROS	1	24

Las inaplicaciones de convenios colectivos que se han producido en Andalucía en el año 2022, afectan principalmente a empresas de menos de 6 trabajadores (117 empresas), de entre 11 y 49 trabajadores (70 empresas), seguidos de empresas de

entre 6 y 10 trabajadores (60), empresas de entre 50 y 100 trabajadores (11), y de entre 101 y 250 (12).



Gráfica 12. Inaplicaciones según dimensión empresas (acumulado 2022).



En la siguiente tabla se observa que en las empresas de menos de 6 trabajadores, y en las de entre 6 y 10 trabajadores, las inaplicaciones de convenios colectivos han sido acordadas con representantes de los trabajadores elegidos ad hoc mayoritariamente. Mientras que, en las empresas de entre 11 y 49 trabajadores, el 30% de las inaplicaciones de convenios colectivos se han adoptado con representación sindical o delegados de personal; en las empresas de entre 50 y 100 trabajadores el 45% de las inaplicaciones de convenios colectivos se han adoptado con representación sindical o comités de empresa; y en las empresas de entre 101 y 250 trabajadores, el 100% de las inaplicaciones de convenios colectivos se han adoptado con representación sindical o comités de empresa.

DESCUELGUE S/NÚMERO DE TRABAJADORES	
MENOS DE 6	
ÁRBITRO	
REPRESENT. TRABAJADORES	100
REPRESENT. UNITARIOS	17
ENTRE 6 Y 10	
ÁRBITRO	
REPRESENT. TRABAJADORES	47
REPRESENT. UNITARIOS	13
ENTRE 11 Y 49	
ÁRBITRO	
REPRESENT. TRABAJADORES	49
REPRESENT. UNITARIOS	21
ENTRE 50 Y 100	
ÁRBITRO	
REPRESENT. TRABAJADORES	6
REPRESENT. UNITARIOS	5
ENTRE 101 Y 250	
ÁRBITRO	
REPRESENT. TRABAJADORES	
REPRESENT. UNITARIOS	12
MÁS DE 250	
ÁRBITRO	
REPRESENT. TRABAJADORES	
REPRESENT. UNITARIOS	

Comentarios de Jurisprudencia

EL DEBER DE COMPROBACIÓN Y EVENTUAL EXONERACIÓN EN MATERIA DE CONTRATAS Y SUBCONTRATAS

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala tercera, de 3 de febrero de 2021
ECLI:ES:TS:2021:275*

JOSÉ MARÍA RUZ LÓPEZ*

SUPUESTO DE HECHO: Una empresa dedicada a la hostelería encarga a PRECONTE, S.L. la ejecución de obras de reforma en su establecimiento. Dicha sociedad, actuando como sujeto comitente, celebra el 14-5-2015 un contrato de ejecución de obra con HI&DA GESTIÓN EFICIENCIA ENERGÉTICA S.L. (HI&DA). La parte contratante solicitó periódicamente los certificados del art. 42.1 ET que, con signo negativo, fueron emitidos los meses de mayo, julio, agosto, septiembre y octubre de 2015. Estos certificados contienen información sobre la reclamación de deudas, no sobre la propia existencia de las mismas. En consecuencia, a pesar del resultado negativo de los certificados, el sujeto contratista generó deudas entre agosto y octubre de 2015. Esta situación desencadenó la actuación de la ITSS con la que comienza el iter administrativo y seguidamente procesal.

RESUMEN: La sentencia que protagoniza el presente comentario versa sobre un aspecto de considerable complejidad hermenéutica: el deber de comprobación y eventual exoneración del art. 42.1 *in fine* ET. En consecuencia, la doctrina ha planteado numerosas y heterogéneas propuestas interpretativas a raíz de este instrumento. Sin embargo, la jurisprudencia dictada al respecto podría ser calificada como escasa. En este contexto, el pronunciamiento a examen adquiere una notable relevancia.

De entre las numerosas cuestiones derivadas de tal mecanismo, la sentencia se centra en aquellas relativas a la eventual exoneración. En esta lógica, de un lado, el TS concluye que la responsabilidad objeto de exoneración se circunscribe a la responsabilidad solidaria por deudas devengadas durante la contrata en línea con el art. 42.2 ET. De otro lado, respecto a los supuestos que accionan la exoneración, la Sala tercera afirma que la simple certificación negativa no despliega efectos liberatorios, salvo que sea dictada por error. La inexactitud de los certificados está estrechamente vinculada a la operativa de la TGSS, ratificada por la Sala tercera mediante el presente pronunciamiento.

* Investigador predoctoral en formación FPU.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. PRINCIPALES DUDAS INTERPRETATIVAS
 - 2.1. Finalidad del mecanismo
 - 2.2. Deber de comprobación
 - 2.3. Eventual exoneración
 - 2.3.1. Supuesto que acciona la exoneración
 - 2.3.2. Responsabilidad objeto de exoneración
3. JURISPRUDENCIA RECIENTE AL RESPECTO
 - 3.1. Relato fáctico
 - 3.2. Íter administrativo y procesal
 - 3.3. Fundamentación jurídica
 - 3.3.1. Finalidad del mecanismo
 - 3.3.2. Deber de comprobación
 - 3.3.3. Eventual exoneración
 - 3.4. Fallo de la sentencia
4. REFLEXIONES FINALES

1. INTRODUCCIÓN

Con carácter general, distinguir entre instituciones de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social constituye una tarea relativamente simple. Sin embargo, ciertos preceptos aúnan ambos planos, imbricando reglas de Derecho del Trabajo propiamente dicho y de Seguridad Social. Un claro ejemplo de ello es el art. 42 ET sobre contratas y subcontratas que, desde su origen en 1980 e incluso en experiencias legislativas anteriores, ha regulado aspectos de Seguridad Social. Por esta razón la doctrina ha denominado el art. 42 ET como una “regla bifronte”¹. Concretamente, el mecanismo de comprobación y eventual exoneración del art. 42.1 *in fine* ET ha sido calificado, a pesar de su ubicación, como un mandato normativo de Seguridad Social².

Admitiendo que las reformas introducidas por el RD-ley 32/2021 no suponen una completa actualización del marco legal de la subcontratación³, cabe reflexionar acerca de ciertos aspectos que podrían, o deberían, ser objeto de futura reforma. Entre las numerosas cuestiones susceptibles de reforma en la materia, el presente trabajo pretende examinar una compleja institución, a caballo entre el supuesto de hecho y las consecuencias jurídicas: el deber de comprobación de descubiertos

¹ Montoya Melgar, A., Aguilera Izquierdo, R. “Sobre el régimen jurídico laboral de contratas y subcontratas (un apunte con la última doctrina de los tribunales del orden social)”, *Revista doctrinal Aranzadi social*, núm. 5, 1999, pp. 1041-1052. (BIB 1999/1614).

² Montoya Medina, D. *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 256.

³ Recuérdese, por un lado, la nueva redacción de los arts. 15 y 16 ET sobre el tipo contractual vinculado a subcontratas y, de otro lado, el art. 42.6 ET, sobre convenio colectivo aplicable.

con la Seguridad Social y el complejo sistema de exoneración en virtud del art. 42.1 *in fine* ET. Esta institución sigue planteando interesantes cuestiones que llegan hasta nuestros días a la luz de la STS-CA 3-2-2021 (rec. 2584/2019) (ECLI:ES:TS:2021:275).

2. PRINCIPALES DUDAS INTERPRETATIVAS

Para una mejor comprensión de la sentencia examinada conviene sistematizar los principales núcleos problemáticos de la institución en cuestión. Desde el origen de la misma⁴, la doctrina ha puesto de manifiesto su complejidad hermenéutica⁵. La confusa redacción de la norma en adición a la escasez tanto de reformas como de pronunciamientos judiciales al respecto ha propiciado la aparición de una serie de complejas dudas interpretativas

A continuación, se pretender identificar de forma sistemática las principales incógnitas exegéticas, así como las diferentes soluciones aportadas por la doctrina y, en menor medida, por la jurisprudencia. Con este propósito, tras reflexionar acerca de la propia finalidad de la norma, se examinará, en primer lugar, las dudas vinculadas al deber de comprobación en sentido estricto y, seguidamente, las cuestiones derivadas de la consiguiente eventual exoneración.

Con carácter previo, resulta imprescindible dejar constancia de ciertas apreciaciones de carácter transversal. En primer lugar, en la actualidad no existe una regulación reglamentaria que cumpla con el mandato introducido por la Ley 12/2001⁶. No obstante, aunque en la actualidad no esté en vigor, sí ha existido un precepto reglamentario relativo al mecanismo de comprobación, el extinto art. 10.3 b) RGRSS. En segundo lugar, el deber de comprobación sobre descubiertos con la Seguridad Social del art. 42 ET no debe ser confundido con el deber de comprobación de afiliación y alta de trabajadores subcontratados introducido por el art. 5.1 del Real Decreto-ley 5/2011, de 29 de abril, recogido en el actual art. 16.6 LGSS. En tercer lugar, la institución objeto de estudio no es aplicable a cualquier contrata sino exclusivamente a aquellas que encajen en el supuesto de hecho descrito en la primera parte del art. 42.1 ET y, más concretamente, en el concepto de propia actividad, “noción clave” de su ámbito de aplicación⁷.

⁴ El mecanismo de comprobación introducido en la versión original del art. 42 ET es tributario de la redacción del Decreto 3677/1970 traslado sin apenas cambios al art. 19 de la LRL.

⁵ Sobre el RD 3677/1970, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. “La regulación protectora del trabajo en contratas”, *Revista de política social*, núm. 93, 1972, pp. 5-66., pp. 43-44.; Sobre el art. 42 ET en su versión original, a modo de ejemplo, Martínez Emperador, R. *El Estatuto de los trabajadores y la responsabilidad empresarial en el caso de subcontratas de obras o servicios, Instituto de estudios sociales*, Madrid, 1980, p. 29 y ss.

⁶ “en los términos que reglamentariamente se establezcan”.

⁷ En palabras de Rivero Lamas, J. “La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo” en A.A.V.V *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas*

2.1. Finalidad del mecanismo

Como se ha advertido con anterioridad, el art. 42 ET conjuga regulaciones de Derecho del Trabajo en sentido estricto con otras de Seguridad Social. Esto podría explicar que la finalidad del mecanismo en cuestión difiera del objetivo clásico anudado al art. 42 ET, la protección de los trabajadores inmersos en procesos de subcontratación. Por mor del principio de automaticidad imperante en el sistema de Seguridad Social, el estatus jurídico de los trabajadores no se vería afecto por las deudas con la Seguridad Social de la empresa contratista y, en consecuencia, por la extensión solidaria de tal responsabilidad al empresario contratante⁸.

En efecto, la práctica totalidad de la doctrina iuslaboralista ha coincidido al advertir la finalidad profiláctica del mecanismo en cuestión⁹. El deber de comprobar la existencia de deudas, la posibilidad de conocer dicha información y la eventual exoneración de responsabilidad permitiría reducir la participación de empresas de dudosa solvencia, saneando así el mercado de contrata y subcontratas¹⁰. En estrecha relación con lo anterior, la expulsión del mercado de este tipo de entidades reduciría la competencia desleal en el mismo¹¹, evitando una posición de ventaja sustentada en el incumplimiento, en este caso, de obligaciones con la Seguridad Social. Aún de forma indirecta, el correcto funcionamiento del mercado, en general, y la participación de empresas solventes y cumplidoras, en particular, redundan en el beneficio de todas las partes interesadas en los procesos de subcontratación, incluyendo los trabajadores. Es plausible considerar que las empresas que cumplen con sus deudas de Seguridad Social se encuentran en posición de hacer frente a sus obligaciones salariales.

del trabajo: X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999, p. 46.

⁸ Respecto al principio de automaticidad y el art. 42 ET, Villalón, J. “Descentralización productiva... op. cit. p., 161; Soriano Cortés, D. *Las contrata y subcontratas en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Mergablum, Sevilla, 2007, pp. 380-381.

⁹ García Murcia, J. “El trabajo en contrata y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los trabajadores”, *Revista de política social*, núm. 130, 1981, p. 31; Martín Valverde, A. “Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios” en Borrajo Dacruz, F. (dir.) *El Estatuto de los trabajadores*. Tomo VIII: Artículos 39 a 44, Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 1988, p. 252. Sempere Navarro, A. “El artículo 42 ET: una visión panorámica”, *Documentación laboral*, núm. 68, 2003, p. 1056; Montoya Medina, D. *Trabajo en contrata...* op. cit. p. 260;

¹⁰ Ha de tenerse en cuenta que, como en su día subrayó Cruz Villalón, este loable objetivo puede “puede instrumentarse a través de variados mecanismos”. Vid. Cruz Villalón, J. “Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contrata y subcontratas”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 1992, p. 159.

¹¹ Cfr. Soriano Cortés, D. *Las contrata y subcontratas en el Derecho...* op. cit. p. 378; García-Perrote Escartín, I.; Mercader Uguina, J. R. “El carácter débil de las certificaciones emitidas por la seguridad social”, *Revista de Información Laboral*, núm. 2, 2016. (BIB 2016/797)

2.2. Deber de comprobación

La principal duda relativa al deber de comprobación está vinculada a su propia obligatoriedad. Ante la ausencia de consecuencia jurídica frente a su incumplimiento¹², la doctrina ha llegado a calificar el mandato del art. 42.1 *in fine* ET como una facultad o potestad, más que como un deber¹³. En esta línea, entender que el art. 42.1 *in fine* ET impone un mandato obligatorio de cuya inobservancia derive una responsabilidad administrativa ha sido interpretado como una idónea propuesta de *lege ferenda*, pero no como una correcta interpretación de *lege data*¹⁴.

Respecto al momento de realizar la solicitud, las interpretaciones propuestas por la doctrina abarcan la totalidad de posibilidades. Por un lado, se ha defendido que la solicitud ha de cursarse con anterioridad a la celebración de la contrata¹⁵. Por otro lado, se ha sostenido que el deber de comprobación ha de ser llevado a cabo una vez originada la contrata¹⁶. Asimismo, se ha afirmado que la comprobación puede realizarse tanto antes como después del perfeccionamiento de la contrata¹⁷.

¹² Se realizó una exhaustiva indagación de dicha responsabilidad en la LISOS en Cruz Villalón, J. “Descentralización productiva... op. cit. p. 160, nota 157. Si trasladamos tal análisis a la actual versión de la LISOS, la conclusión es idéntica. En primer lugar, el capítulo III, sobre infracciones de la Seguridad Social, concretamente sección 1ª sobre infracciones de los empresarios, arts. 21-23 LISOS, no alberga norma de reproche ante el incumplimiento de citado deber. En segundo lugar, el incumplimiento tampoco es reconducible al art. 6.6 LISOS sobre obligaciones meramente formales o documentales puesto que el presunto incumplidor no ostenta la posición de empleador. En tercer lugar, la pretendida responsabilidad tampoco tiene encaje en la remisión tautológica del art. 42.1 LISOS “en los términos allí establecidos” puesto que el art. 42 ET no hace referencia a ninguna responsabilidad específica, como no ocurre con el art. 43 ET. En esta misma dirección, sobre la base de las garantías del art. 25.1 CE y, en particular, de los principios de legalidad y tipicidad, Sagardoy de Simón, I., Godino Reyes, M. *Contrata y subcontrata de obras y servicios. La cesión de trabajadores a través de las empresas de trabajo temporal*, CISS, Valencia, 1998, p. 60; Camps Ruiz, L. M. “La obligación empresarial de comprobar la solvencia del contratista o subcontratista: significado y consecuencias” en A.A.V.V. *Descentralización productiva y protección del trabajo en contrata*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 247.

¹³ Con el paso del tiempo, esta corriente doctrinal se ha convertido en mayoritaria. Entre otros, Cruz Villalón, J. “Descentralización productiva... op. cit. p. 160; García Piqueras, M. *El régimen jurídico de las responsabilidades empresariales en las contrata y subcontratas de obras y servicios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 36.

¹⁴ Llano Sánchez, M. *Responsabilidad empresarial...* op. cit. p. 185-186, Soriano Cortés, D. *Las contrata en el Derecho...* op. cit. p. 384.

¹⁵ Entre los defensores del carácter previo de la contrata es posible distinguir entre aquellos que entienden que dicha solicitud es un requisito *sine qua non* para la perfección de la contrata, Martín Valverde, A. “Responsabilidad empresarial... op. cit. p. 247 y aquellos que no llegan a plantear tal exigencia, basándose en la pertinencia de la solicitud con carácter previo en la mencionada finalidad profiláctica; Sempere Navarro, A. “El artículo 42 ET... op. cit. p. 33; Camps Ruiz, L. M. “La obligación empresarial de comprobar... op. cit. p. 252.

¹⁶ Vid. García Murcia, J. “El trabajo en contrata... op. cit. p. 33. Este autor hace hincapié en la pertinencia de posibilitar el desistimiento a través de mecanismos privados tales como el precontrato o una cláusula contractual al efecto.

¹⁷ Entre otros, Cruz Villalón, J. “Descentralización productiva... op. cit. p. 157. Desde el ámbito judicial, la STSJ Cataluña 29-4-1995 (A.L. 1563) mantiene expresamente esta opción.

En estrecha relación con lo anterior, desde la doctrina se ha cuestionado si se trata de un deber de tracto único o sucesivo. De un lado, se ha defendido que basta con que la solicitud se realice una vez. La comprobación tendría efectos indefinidos o, más concretamente, durante la vigencia de la contrata¹⁸. A propósito de la eventual exoneración, lo anterior supondría una “presunción iuris tantum de no morosidad *ad futurum*”¹⁹. De ese modo, no existiría relación entre lo certificado y lo exonerado. Como respuesta a esta paradoja, desde la doctrina también se ha defendido el carácter periódico de la solicitud. Brevemente, si esta se reitera con carácter periódico, sí podría existir una concordancia entre el período comprobado y la responsabilidad exonerada²⁰.

Finalmente, también existen dudas referidas al contenido y alcance de la certificación. Desde la perspectiva técnico-jurídica, cabe preguntarse si la comprobación versa sobre cualquier deuda o exclusivamente sobre cuotas y, por otro lado, si tales deudas/cuotas están referidas a cualquier trabajador o solamente a aquellos adscritos a una concreta contrata. Sin embargo, el contenido y alcance del certificado está vinculado a un debate de mayor alcance jurídico: el derecho a la intimidad como límite a la información transmitida a un tercero por parte de la TGSS. Desde los primeros estudios del art. 42 ET se planteó la importancia de respetar el derecho a la intimidad del sujeto contratista²¹. En este punto, debe advertirse la existencia de varios informes emitidos por el gabinete jurídico de la Agencia Española de Protección de Datos relativos a la cesión de información en el marco de contratas y subcontratas²².

Una parte de la doctrina, admitiendo la posibilidad de ejecutar la comprobación tanto antes como después, muestra su preferencia por la solicitud de carácter previo. A modo de muestra, Llano Sánchez, M. *Responsabilidad empresarial...* op. cit. p. 182 y ss.

¹⁸ Entre otros, Camps Ruiz, L. M. “La obligación empresarial de comprobar... op. cit. p. 250 y ss.

¹⁹ Montoya Medina, D. *Trabajo en contratas...* op. cit. p. 273. En otro términos, ello implica presumir que quien ha cumplido en el pasado, también lo hará en el futuro. Sagardoy de Simón, I., Godino Reyes, M. *Contrata y subcontrata...* op. cit. p. 62.

²⁰ Entre otros; Sagardoy Bengoechea, J.A. “Intrahistoria de un Proyecto de Ley. El Estatuto de los Trabajadores”, *Relaciones Laborales*, tomo 1, 1990.; Martín Valverde, A. “Garantías por cambio de empresario” en Monereo Pérez, J. L. (dir.) *Comentarios al ET*, Comares, Granada, 1998, pp. 526 y ss.; Martínez Garrido, L.R. *Tratamiento laboral de la contratación...* p. 51; García Murcia, J. “La dispersa regulación de las contratas... op. cit. Este último autor aporta doctrina administrativa que apunta en esta dirección.

²¹ El primer comentario al respecto se localiza en Martínez Emperador, R. *El Estatuto de los trabajadores...* op. cit. p. 17.

²² Los informes localizados, y por tanto analizados, versan sobre una normativa derogada, la Ley Orgánica 15/1999. No se han localizado informes sobre la actual Ley Orgánica 3/2018. Por esta razón, debe primar la prudencia en su análisis. Entre los informes estudiados al respecto, 0180/2006; 0413/2008; 0223/2009; 0380/2009; 0412/2009; 0030/2010; 0047/2010, véase este último por su estrecha relación con el mecanismo de comprobación.

2.3. Responsabilidad objeto de exoneración

Junto al deber de comprobación y unas limitadas pautas procedimentales, el art. 42.1 ET establece una posible exoneración de responsabilidad vinculada a la solicitud. El escaso desarrollo de un mecanismo de notable relevancia como es la exoneración de responsabilidad desemboca, nuevamente, en relevantes incógnitas interpretativas. Las principales son, por un lado, el supuesto que permite aplicar la exoneración y, por otro lado, la responsabilidad objeto de exoneración.

2.3.1. Supuesto que acciona la exoneración

El primer supuesto de exoneración deriva de la ausencia de respuesta por parte de la TGSS durante el transcurso del plazo de 30 días improrrogables. En consecuencia, el carácter extemporáneo del certificado desplegará los mismos efectos que la no emisión del mismo. Esta solución es plenamente coherente tanto con el ordenamiento jurídico público como privado. Respectivamente, la Administración no puede beneficiarse de su inactividad, ante la cual se producirá una reducción de sus garantías de cobro²³. A su vez, el empresario contratante, si conociere la existencia de deudas, podría arbitrar algún mecanismo, civil o mercantil, que le permita protegerse de tal contingencia²⁴.

La verdadera cuestión reside en determinar si el anterior supuesto es el único susceptible de desplegar efectos liberatorios. Desde un acercamiento literal, la exoneración de responsabilidad únicamente sería aplicable ante la inexistencia de respuesta por parte de la TGSS en el plazo señalado. Aunque con carácter minoritario, desde la doctrina se ha considerado que esta solución “no sería irrazonable”²⁵. No obstante, la mayor parte del iuslaboralismo español ha sostenido una lectura amplia, admitiendo que la certificación negativa, junto a la ausencia de respuesta, permitiría accionar la exoneración²⁶. Como se analizará en su debido momento, la jurisprudencia reciente ha señalado un nuevo supuesto de exoneración: la certificación negativa inexacta.

²³ Cfr. Montoya Medina, D. *Trabajo en contratas...* op. cit. p. 237.

²⁴ Desde los primeros comentarios se ha mostrado atención en la formalización de un precontrato o en la inclusión de condiciones resolutorias. García Murcia, J. “El trabajo en contratas...” op. cit. p. 33.

²⁵ Camps Ruiz, L. M. “La obligación empresarial de comprobar...” op. cit. p. 254.

²⁶ Entre otros, Martínez Emperador, R. *El Estatuto de los trabajadores...* op. cit. p. 29 y ss. García Murcia, J. “La dispersa regulación de las contratas y subcontratas: propuestas de cambio”, *Documentación laboral*, núm. 68, 2003, p. 141. Sempere Navarro, A. “El artículo 42 ET...” op. cit. p. 33. Cruz Villalón, J. “Descentralización productiva...” op. cit. p. 157. Montoya Melgar, A., Aguilera Izquierdo, R. “Sobre el régimen jurídico laboral...” op. cit. Beltrán de Heredia Ruiz, I. “Una propuesta interpretativa sobre la responsabilidad en materia de Seguridad Social en las contratas y subcontratas (apartados 1º y 2º del art. 42 ET)”, *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 11, 2016, p. 1056. Sagardoy de Simón, I., Godino Reyes, M. *Contrata y subcontrata...* op. cit. p. 60. Soriano Cortés, D. *Las contratas en el Derecho...* op. cit. p. 388; García-Perrote Escartín, I.; Mercader Uguina, J. R. “El carácter débil de las certificaciones...” op. cit.

2.3.2. Responsabilidad objeto de exoneración

Uno de los principales interrogantes relativos al mecanismo de comprobación es la determinación de la responsabilidad objeto de eventual exoneración. El texto estatutario omite su identificación al hacer referencia, con carácter genérico, a la “responsabilidad de la empresa solicitante”. En esta línea, desde los primeros estudios en la materia, se han planteado tres plausibles soluciones, esto es, tres tipos de responsabilidades susceptibles de ser exoneradas: responsabilidad administrativa²⁷, responsabilidad específica, ya sea solidaria o subsidiaria, sobre deudas anteriores a la contrata²⁸ y responsabilidad solidaria por deudas devengadas durante la contrata en línea con el art. 42.2 ET²⁹.

No obstante, las dudas interpretativas no se agotarían al admitir que la responsabilidad objeto de exoneración podría ser la impuesta por el art. 42.2 ET. A modo esquemático, cabría cuestionar si dicha exoneración abarca (i) cuotas impagadas, (ii) cualquier deuda con la Seguridad Social, (iii) otras deudas derivadas del art. 42 ET, esto es, obligaciones salariales, (iv) otras deudas impuestas desde normas distintas a la estatutaria, como el art. 24 LPRL o el art. 168 LGSS. Esta última incógnita descansa sobre uno de los debates de mayor calado en materia de contratas y subcontratas: la relación de complementariedad o exclusividad entre la responsabilidad solidaria del art. 42 ET y la subsidiaria de los arts. 142 y 168 LGSS.

3. JURISPRUDENCIA RECIENTE AL RESPECTO

A pesar de la redacción parca y ambigua del mecanismo de comprobación del art. 42.1 *in fine* ET, la jurisprudencia dictada sobre la materia podría ser calificada como escasa. Máxime si se compara con la abundante litigiosidad judicial derivada de otros elementos del art. 42 ET, como el concepto de propia actividad, la identificación del negocio base o la distinción entre contratas válidas y fraudulentas.

²⁷ Esta tesis fue sostenida en Martín Valverde, A. “Responsabilidad empresarial... op. cit. p. 254. A pesar de su trascendencia en el ámbito doctrinal, el propio autor, aunque implícitamente, cambio su postura, admitiendo que la responsabilidad objeto de exoneración se identificaba con aquella dimanante del art. 42.2 ET en Martín Valverde, A. “Garantías por cambio de empresario... op. cit. pp. 5276 y ss.

²⁸ Esta solución ha sido apoyada por Montoya Melgar, A., Aguilera Izquierdo, R. “Sobre el régimen jurídico laboral... op. cit.”; García Murcia, J. “El trabajo en contratas... op. cit. p. 37-38. Sin embargo, este último autor, a pesar de ser de los primeros, sino el primero en defender tal tesis, con posterioridad cambia su postura, admitiendo la responsabilidad de carácter solidario. García Murcia, J. “La dispersa regulación de las contratas ... op. cit. p. 141. Recientemente, Beltrán de Heredia Ruiz, I. “Una propuesta interpretativa... op. cit. pp. 1055-1056.

²⁹ Entre muchos otros, Martínez Emperador, R. El Estatuto de los trabajadores... op. cit. p. 26 y ss.; Calvo Gallego, F.J. “La regulación española sobre contratación y subcontratación de obras y servicios”, *Temas laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 56, 2000, p.75; Camps Ruiz, L. M. “La obligación empresarial de comprobar... op. cit. pp. 249-250; Solidaria; Llano Sánchez, M. *Responsabilidad empresarial...* op. cit. p. 200.

Teniendo en cuenta el paradigma descrito, la sentencia objeto de examen, la STS-CA 3-2-2021, adquiere notable relevancia.

Pero además de por la escasez de jurisprudencia, la fundamentación de la sentencia cuenta con un alto valor hermenéutico puesto que aborda expresamente algunas de las principales incógnitas sistematizadas en el apartado anterior. A su vez, aunque en concordancia con el principio de congruencia el Tribunal no pueda referirse a cualquier cuestión, sino exclusivamente a aquellas que compongan el objeto de litigio según el *petitum* de las partes procesales, en la citada sentencia es posible localizar ciertas reflexiones que podría escapar de su *ratio decidendi*. A pesar de esta particular situación, desde la doctrina no se ha prestado especial atención a la resolución objeto de análisis³⁰.

3.1. Relato fáctico

Las relaciones mercantiles sobre las que descansa el caso enjuiciado representan el clásico esquema contractual de subcontratación. Una empresa dedicada a la hostelería encarga a PRECONTE, S.L. la ejecución de obras de reforma en su establecimiento. La sentencia omite la identificación del sujeto contratante, la denominación del negocio mercantil y la fecha de su celebración, lo cual resulta comprensible al advertir que esta relación jurídica no es objeto de discusión. La totalidad de la litis examinada pivota en torno a una contrata perfeccionada posteriormente, es decir, una subcontratación en términos estrictos. En esta línea, PRECONTE, S.L., actuando como sujeto comitente, celebra el 14-5-2025 un contrato de ejecución de obra con HI&DA GESTIÓN EFICIENCIA ENERGÉTICA S.L. (HI&DA).

³⁰ Salvo error en la búsqueda, es posible localizar dos entradas de blogs: Camps Ruiz, L.M. “En torno a las consecuencias de la comprobación por el empresario principal de la situación de sus contratistas respecto del pago de las cuotas de la Seguridad Social” en El Foro de Labos, <https://www.elforodelabos.es/2021/05/en-torno-a-las-consecuencias-de-la-comprobacion-por-el-empresario-principal-de-la-situacion-de-sus-contratistas-respecto-del-pago-de-las-cuotas-de-la-seguridad-social/> (última consulta 25/03/2023).y Beltrán de Heredia Ruiz, I. “¿De qué exonera la certificación negativa del art. 42 ET? (a propósito de la STS/C-A 03/02/21)” en el blog del autor <https://ignasibeltran.com/2021/03/17/de-que-exonera-la-certificacion-negativa-del-art-42-et-a-proposito-de-la-stsc-a-03-02-21/> (última consulta 28/03/2023). dónde se recuerda la fundamentación explicada en Beltrán de Heredia Ruiz, I. “Una propuesta interpretativa... op. cit. A su vez, se han publicado dos artículos en revistas científicas; Barceló Fernández, J. Alcance liberatorio de los certificados negativos emitidos por la TGSS. Comentario a la sentencia del tribunal supremo 124/2021, de 3 de febrero”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 59, 2021 y más recientemente Pérez de los Cobos Orihuel, F. “Sobre la minimización jurisprudencial de la exoneración de la responsabilidad empresarial en materia de Seguridad Social en las contrata y subcontratas”, *Trabajo y empresa*, núm. 1, 2022 trasladado a Pérez de los Cobos Orihuel, F. “Sobre la minimización jurisprudencial de la exoneración de la responsabilidad empresarial en materia de Seguridad Social” en Pérez De Los Cobos Orihuel, F. (coord.) *La regulación laboral de las contrata y subcontratas: puntos críticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

Resulta determinante para el presente estudio examinar la cláusula 6.2 del contrato, en virtud de la cual HI&DA debía aportar certificación negativa del art. 42.1 ET tanto al momento de la firma del contrato como durante los primeros días de cada mes. Aunque en atención a dicha cláusula la empresa contratista debiere aportar los certificados, PRECONTE, S.L. solicitó periódicamente los certificados que, con signo negativo, fueron emitidos por la TGSS el 25 de mayo, 6 de julio, 12 de agosto, 7 de septiembre y 9 de octubre. La fórmula empleada en las mencionadas certificaciones es fundamental para el presente litigio. La TGSS certifica que el sujeto en cuestión “no tiene pendiente de ingreso ninguna reclamación por deudas ya vencidas con la Seguridad Social”. El certificado finaliza con una particular cláusula de cierre en la que reconoce “que no originará derechos ni expectativas de derecho a favor del solicitante o de terceros”. A pesar del resultado negativo de las certificaciones, HI&DA generó deudas entre el 1 de agosto y 23 octubre de 2015, además de no presentar los correspondientes certificados. En efecto, el supuesto de hecho representa un claro ejemplo de emisión de certificaciones negativas a pesar de la existencia de deudas a favor de la Seguridad.

3.2. Íter administrativo y procesal

Como consecuencia de la naturaleza pública de las deudas objeto de análisis, el procedimiento judicial está precedido por varias actuaciones administrativas que conviene ser mencionadas. Como consecuencia de la actuación de HI&DA anteriormente mencionada, la ITSS levantó acta de liquidación el 24-5-2016. Siguiendo lo dispuesto en el art. 34 LGSS, el acta se elevó a definitiva mediante acto administrativo dictado por la TGSS el 26-8-2016. En esta resolución se declaró a PRECONTE, S.L. responsable solidario de las deudas referidas a la Seguridad Social del contratista. El recurso de alzada interpuesto por el sujeto contratante fue desestimado en virtud de la resolución de 2-11-2016 dictada por la TGSS³¹.

En vía contenciosa, contra la anterior resolución PRECONTE, S.L. interpuso recurso contencioso-administrativo, desestimado por la Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo nº3 de Las Palmas de Gran Canarias de 5-6-2017. Contra tal resolución, nuevamente PRECONTE, S.L. interpone recurso de apelación ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de Canarias en el que se tramitó y dictó sentencia estimatoria, la STSJ-CA Canarias 17-12-2018 (rec. 299/2017) (ECLI:ES:TSJICAN:2018:4185). Finalmente, la TGSS interpone recurso de casación que será estimado en virtud de la STS-CA 3-2-2021, resolución objeto de análisis.

³¹ La sentencia omite tanto el concreto órgano, centro o unidad que dicta la resolución recurrida en alzada así como el correspondiente superior jerárquico que lo resuelve. Admitiendo la inexactitud jurídica de nuestras palabras, al referirnos en general a la TGSS, consideramos no es un dato que influya en el presente análisis.

3.3. Fundamentación jurídica

En concordancia con el *petitum* de las partes procesales, la fundamentación jurídica de la sentencia gira en torno a la eventual exoneración planteada en el art. 42.1 *in fine* ET. Según la Sala tercera, las cuestiones que presentan interés casacional son, por un lado, el efecto liberatorio de los certificados y, por otro lado, el alcance de dicha exoneración. Como es posible advertir, existe plena concordancia entre el objeto del litigio y las dos dudas hermenéuticas planteadas sobre la exoneración: supuesto que acciona la exoneración y responsabilidad objeto de exoneración. Adicionalmente, la sentencia contiene reflexiones de utilidad para esclarecer otras incógnitas interpretativas. Por todo ello, a nivel metodológico, se pretende entablar un diálogo entre el cuerpo doctrinal previamente sistematizado y el contenido de sentencia, en aras de evaluar el verdadero impacto y alcance de las soluciones aportadas por la Sala tercera.

3.3.1. Finalidad del mecanismo

Tras transcribir los arts. 41.1 y 2 ET, la fundamentación de la sentencia comienza con un enfoque teleológico de la cuestión. Según el Tribunal, el citado precepto introduce una garantía frente al uso abusivo de la subcontratación. Dicha garantía tiene como propósito “la efectividad de la obligación de ingresar los recursos necesarios para la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social”. El mencionado objetivo fundamentaría la imposición de un “supuesto legal de solidaridad pasiva” y, a su vez, el deber de comprobar que la parte contratista no mantiene deudas con la Seguridad Social. De esa manera, el TS parece identificar una finalidad recaudatoria en el mecanismo de comprobación, aspecto escasamente reconocido por la doctrina iuslaboralista. Recuérdese que la mayoría de la doctrina centraba su atención en la finalidad profiláctica, vinculada al saneamiento del mercado de las contrata y subcontratas. El tribunal, si bien no omite tal extremo, sí parece otorgarle menor importancia. La sentencia hace referencia a la “finalidad disuasoria de la norma”, pero no al principio de la argumentación en el apartado referido al propio sentido del precepto, sino tangencialmente, en relación con un aspecto específico sobre las deudas anteriores a la contrata.

3.3.2. Deber de comprobación

La sentencia objeto de estudio no aborda expresamente el debate relativo a la verdadera naturaleza jurídica del mecanismo de comprobación, esto es, si se trata de un deber o una facultad. Sin embargo, como han advertido varios autores que han comentado previamente la resolución, de la fundamentación del Tribunal es posible deducir que el mecanismo de comprobación ha de ser entendido como una facultad, más que como un deber en sentido propio³². En esta lógica, el TS hace

³² En esta dirección, Camps Ruiz, L.M. “En torno a las consecuencias de la comprobación... op. cit.; Pérez de los Cobos Orihuel, F. “Sobre la minimización jurisprudencial... op. cit. p. 112.

referencia la infracción del art. 22.11 LISOS prevista ante el incumplimiento del deber de comprobar afiliación y alta del art. 16 LGSS³³. El razonamiento podría ser considerado como correcto, en línea con la doctrina mencionada *supra* que afirmó que no es posible hablar de verdadero deber si su incumplimiento no lleva aparejado una infracción. Sin embargo, a nuestro parecer, la argumentación de la sentencia es demasiado tácita e incluso ambigua³⁴.

De igual modo, las cuestiones temporales no son objeto de litigio. La sentencia no se refiere expresamente ni al momento de realizar la solicitud ni al carácter periódico de la misma. No obstante, es posible advertir ciertos datos de interés, al menos para la mera reflexión. Por un lado, atendiendo al supuesto de hecho, entre contratante y contratista, o técnicamente, entre contratista y subcontratista, se acordó contractualmente que la certificación sería cursada en el momento inicial de la contrata, así como a principios de cada mes durante su vigencia. De otro lado, durante la fundamentación jurídica, el Tribunal se refiere tanto en singular como en plural a los mencionados certificados. A nuestro parecer, estos indicios son insuficientes para obtener una conclusión interpretativa, siendo necesaria un tratamiento manifiesto de una cuestión de relevante calado teórico y práctico.

Finalmente, la sentencia aborda con mayor detenimiento el contenido de los certificados emitidos por la TGSS. No obstante, no se refiere a las incógnitas descritas en el apartado anterior, entre otros, tipología de deudas con las Seguridad Social recogidas en la certificación (cuotas o demás obligaciones) o alcance de las mismas, en relación con el derecho a la intimidad del sujeto contratista.

Por su parte, la sentencia introduce una novedosa disyuntiva, apenas advertida por la doctrina, referida a si la certificación debe reflejar deudas en sentido estricto o reclamaciones de tales deudas. Para comenzar, siguiendo los hechos probados, los documentos emitidos por la TGSS no certifican la inexistencia de deudas devengadas a favor de la Seguridad Social, sino la ausencia de reclamación sobre las mismas. A su vez, en tales certificados se explicita que la expedición de los mismos “no originará derechos ni expectativas de derecho a favor del solicitante o de terceros”³⁵. El TS ratifica tal redacción, así como sus consecuencias jurídicas; extremo que, por su vinculación con los efectos liberatorios, será examinado en el siguiente apartado.

No obstante, respecto al propio contenido de los certificados, cabe preguntarse si la TGSS, mediante la expedición de certificados de tan limitado contenido y, por extensión, limitada efectividad, cumple con el deber legal impuesto por la norma estatutaria³⁶. Desde un escueto acercamiento técnico, como cualquier acreedor, la

³³ F.J. 31, 5, 3º.

³⁴ De hecho, esta comparación se introduce en relación con la identificación de la responsabilidad objeto de exoneración.

³⁵ F.J. 1º, 1, 3º.

³⁶ Según Pérez de los Cobos Orihuel, la mencionada operativa no cumpliría con la norma estatutaria. Pérez de los Cobos Orihuel, F. “Sobre la minimización jurisprudencial... op. cit. p. 112.

Seguridad Social debe tener conocimiento de las deudas a su favor. En el caso de que tal contabilización no exista, por el buen funcionamiento de su propio sistema de financiación, es inexorable que se produzca una modificación en esta dirección. Por el contrario, si las deudas a favor de la Seguridad Social sí están contabilizadas, resulta ilógico que esta información no aparezca en los certificados, optando por constatar la existencia de reclamaciones, obteniendo así certificados que no aportan una imagen fiel sobre los posibles descubiertos con la Seguridad Social, claro mandato del art. 42.1 ET.

3.3.3. *Eventual exoneración*

Como se ha advertido con anterioridad, el objeto del recurso de casación versa sobre aspectos vinculados a la posible exoneración establecida por el art. 42.1 *in fine* ET. A continuación, en paralelo a la revisión doctrinal previa, se examinará el supuesto de hecho que acciona la exoneración, así como la responsabilidad susceptible de ser objeto de tal consecuencia.

a) Supuesto que acciona la exoneración

Sobre este primer aspecto, la sentencia comienza reconociendo que la ausencia de certificado en plazo producirá efectos liberatorios. Ello se fundamenta en que, ante la inactividad de la TGSS, el sujeto contratante carecería de información que le permitiese reaccionar. Adviértase que tanto la información como la capacidad de reacción adquieren un papel central. En este punto, la Sala tercera introduce, a nuestro parecer, la principal innovación en la materia dado que, por un lado, niega los efectos liberatorios de la certificación negativa al mismo tiempo que, por otro lado, reconoce un supuesto de exoneración adicional: la certificación negativa inexacta.

Si bien la mayoría de la doctrina reconoció, junto a la ausencia de respuesta en plazo, los efectos liberatorios del certificado negativo, nuestro Alto Tribunal concluye que dicho supuesto no es susceptible de accionar la exoneración prevista. En la resolución se emplea la locución “sólo quedará exonerado”, lo que permitiría afirmar que la ausencia de certificado constituye el único supuesto liberatorio. Esta solución se sustenta en dos argumentos de distinta extensión y naturaleza.

En primer lugar, de forma escueta y algo confusa, la sentencia se respalda en la derogación del extinto art. 10.3 b) RGRSS, en virtud del cual la exoneración tendría efectos “si se extendiere certificación negativa o transcurriere el indicado plazo sin haberse expedido la misma”. Según el Tribunal, “tal efecto ya no lo prevé el art. 13 del vigente reglamento”, de lo que se podría deducir que en la actualidad no es viable aceptar esta posibilidad³⁷.

El segundo argumento está estrechamente vinculado al contenido de los certificados. Según la sentencia, estos constatan la ausencia de reclamación formal de deudas, lo que no implica la inexistencia de las mismas. De ese

³⁷ F.J. 3º, 6, 3º.

modo, los certificados adquieren una “eficacia limitadamente informativa, no liberatoria”³⁸. En consecuencia, como reconoce abiertamente el TS, “se traslada al empresario principal” la obligación de vigilar que el contratista cumpla sus obligaciones con la Seguridad Social³⁹.

Para defender el escaso valor de los certificados, el Tribunal cita varios pronunciamientos dictados años antes por la propia Sala tercera: STS-CA 21-7-2015 (rec. 3561/2013) (ECLI:ES:TS:2015:3576) y STS 24-10-2018 (rec. 2701/20169) (ECLI:ES:TS:2018:3649). En tales sentencias, el Tribunal se postula a favor del valor meramente informativo de los certificados como consecuencia de su contenido, esto es, la constatación de reclamaciones, no de deudas⁴⁰. No obstante, conviene subrayar que el supuesto de hecho de los pronunciamientos reseñados no coincide con el de la sentencia en liza. Los pronunciamientos reseñados versan sobre un supuesto de sucesión de empresas mientras que la STS-CA 3-2-2021 responde a un claro caso de subcontratación. Esta última reconoce de forma manifiesta que tal situación no supone un impedimento puesto que lo relevante en tales sentencias es “el juicio que en ella se hace sobre el efecto liberatorio de las certificaciones negativas”⁴¹. No obstante, desde la doctrina se ha criticado duramente la traslación de esta fundamentación a la presente resolución por referirse a un supuesto de hecho distinto y, por lo tanto, a una normativa asimismo distinta. Según el art. 168.2 LGSS, la expedición de certificados en materia de sucesión de empresas debería ser regulada por un desarrollo reglamentario que no se ha producido. En contraposición, el art. 42.1 *in fine* ET, sí impone expresamente a la TGSS un deber legal de emitir certificación sobre deudas con la Seguridad Social, al margen de la remisión reglamentaria, también ausente, referida a cuestiones procedimentales. Esta distinta regulación legal, como advirtió la sentencia de apelación impugnada, permite poner en duda dicha interpretación analógica⁴².

Volviendo a las causas de exoneración, el Tribunal plantea un nuevo supuesto liberatorio, la emisión de certificados inexactamente negativos, es decir, la emisión de un certificado negativo cuando en realidad sí existan impagos⁴³. El fundamento de esta posibilidad reside, no en la mera actuación negligente de la Administración, sino en la falta de información del solicitante. En palabras del Tribunal, la certificación erróneamente negativa desembocaría en “una

³⁸ F.J. 3º, 6, 9º.

³⁹ F.J. 3º, 6, 11º.

⁴⁰ En García-Perrote Escartín, I.; Mercader Uguina, J. R. “El carácter débil de las certificaciones... op. cit. ya se subrayó, respecto a esta jurisprudencia, que los certificados no desplegaban efectos liberatorios.

⁴¹ F.J. 4º, 2, 3º.

⁴² Sobre el particular, véase Pérez de los Cobos Orihuel, F. “Sobre la minimización jurisprudencial... op. cit. pp. 111-112.

⁴³ El error en los certificados no constituye un aspecto estudiado por la doctrina. Aun así, es posible encontrar alguna referencia que defiende que la posible capacidad liberatoria del certificado negativo no se verá afectada por su expedición por error.

información inexacta que produciría en el empresario principal un efecto análogo a la falta de información⁷⁴⁴. No obstante, de la fundamentación de la sentencia es posible deducir que la exoneración no se produciría de forma automática ante la emisión de un certificado inexactamente negativo. Según la Sala tercera, los certificados negativos no exoneran “salvo que, atendiendo a las circunstancias del caso, pueda deducirse que la TGSS al tiempo de certificar estaba en condiciones de ofrecer una información coincidente con la realidad del estado de los débitos del contratista o subcontratista”⁷⁴⁵. Según lo anterior, la exoneración queda condicionada a la propia actuación de la TGSS, que deberá de ser valorada de forma casuística. Resulta sorprendente que la exoneración la responsabilidad de la parte contratante dependa, no de la actuación de esta última, sino de la propia de la TGSS.

En este punto, cabe vincular este nuevo supuesto de exoneración con el propio contenido de los certificados. Como se ha podido advertir, la TGSS emite certificados que ratifican la inexistencia de reclamaciones, no de deudas. Por lo tanto, en un supuesto en el que existan deudas que no han sido reclamadas, sería correcto emitir un certificado negativo, lo cual no desplegaría efectos liberatorios. A nuestro parecer, esta conclusión carece de toda lógica puesto que el sujeto contratante que actúe diligentemente podrá obtener un certificado formalmente negativo a pesar de la existencia de deudas. De ese modo, el certificado del art. 42.1 *in fine* ET cuenta con escaso valor al no ofrecer una imagen fiel de la existencia de descubiertos con la Seguridad Social. De hecho, atendiendo al relato fáctico del caso enjuiciado, la empresa contratista originó deudas durante un período en el que la TGSS emitió certificados negativos –según la interpretación del TS– correctos.

De igual modo, conviene plantear si, en lugar de ratificar una operativa imprecisa, no sería más acertado exigir a la TGSS que mejore su sistema de certificación, aumentando la información y transparencia en el mercado de las contrata. La resolución objeto de estudio, sobre la base de las sentencias antes citadas, se limita a señalar que “es criticable, por equívoco, que bajo el nombre de “certificado”, la TGSS emita documentos que explícitamente advierten de que no dan fe de los datos en ellos reflejados”⁷⁴⁶. A nuestro parecer, admitiendo que la TGSS está emitiendo certificados que no realizan su función, en definitiva, que no certifican, el problema no reside en el mero nombre del instrumento sino en el contenido del mismo. Resulta llamativo que, advertida tal paradoja, la sentencia continúe ratificando la operativa de la TGSS.

b) Responsabilidad objeto de exoneración

La segunda cuestión de interés casacional concuerda con uno de los principales debates doctrinales. Como se ha sistematizado anteriormente, desde la doctrina se teorizó acerca de tres posibles responsabilidades susceptibles de exoneración.

⁴⁴ F.J. 3º, 6, 4º.

⁴⁵ F.J. 4º, 1, 2º.

⁴⁶ F.J. 3º, 7, 2.

La primera de estas hipótesis, responsabilidad administrativa por incumplimiento del contratante, no es tenida en cuenta en el presente litigio. De ese modo, la disyuntiva pivota en torno a la admisión de responsabilidad por deudas anteriores a la contrata o durante la misma.

El Tribunal afirma que el empresario principal no responde por deudas anteriores a la contrata, en virtud de una lectura literal, teleológica y sistemática de la norma. Respectivamente, en primer lugar, el art. 42.2 ET hace referencia expresa a las deudas contraídas “durante el período de vigencia de la contrata”. Así, se acepta de forma manifiesta la vinculación entre el apartado primero y segundo del art. 42 ET. En segundo lugar, según el Tribunal, en línea con la finalidad disuasoria, el resultado positivo del certificado permitiría al solicitante advertir el potencial riesgo de contratar con un sujeto deudor. Resulta curioso que, para aceptar la citada solución, se aluda a la finalidad disuasoria. Los estudios doctrinales que han sostenido la existencia de responsabilidad por deudas anteriores a la contrata suelen hacer referencia a la finalidad disuasoria o profiláctica del precepto⁴⁷. En efecto, y al margen de su encaje legal, la imputación de responsabilidad sobre deudas anteriores tendría un mayor efecto disuasorio. En tercer lugar, la sentencia menciona el régimen sancionador anudado al deber de comprobación de afiliación y alta del art. 16 LGSS. Sin embargo, a nuestro parecer, dicha comparación resulta de utilidad para poner en cuestión la obligatoriedad del deber de comprobación del art. 42 ET, como se ha advertido anteriormente, pero no para identificar la responsabilidad objeto de exoneración. En cualquier caso, sobre la base de lo anterior, el Tribunal concluye que la parte contratante no responde frente a deudas anteriores a la contrata sino frente a deudas generadas durante la propia contrata, siendo este el objeto de la posible exoneración.

Aunque parece no formar parte de su *ratio decidendi*, la sentencia examinada aborda la compleja relación entre el art. 42 ET y el antiguo art. 127 LGSS, actual art. 168 LGSS. Sin pretensión de exhaustividad, respecto a esta problemática, se advierten dos posibles lecturas. De un lado, la relación entre ambos preceptos puede ser de exclusividad. En esta línea, la responsabilidad subsidiaria del art. 168 LGSS se ciñe a las contratas distintas de propia actividad mientras que la responsabilidad solidaria del art. 42 ET se circunscribe a aquellas que sí cumplan tal requisito. De otro lado, admitiendo una relación de complementariedad, la responsabilidad subsidiaria sería predicable ante cualquier contrata, convirtiéndose en solidaria en el supuesto de contratas de propia actividad.

Esta incógnita adquiere especial relevancia en relación con la eventual exoneración del art. 42 ET. Según la teoría de la exclusividad, la exoneración de responsabilidad del art. 42 ET produciría una exoneración de responsabilidad plena en las contratas de propia actividad. Ello desembocaría en un régimen jurídico menos tuitivo para las contratas de propia actividad; razón por la cual se ha propuesto la extensión de los efectos liberatorios a la responsabilidad subsidiaria

⁴⁷ Véase, a modo de ejemplo, Beltrán de Heredia Ruiz, I. “Una propuesta interpretativa... op. cit. p. 1058.

del art. 168 LGSS⁴⁸. En contraposición, según la relación de complementariedad, el mecanismo de comprobación no produciría una exoneración absoluta en contratatas de propia actividad sino la sustitución de responsabilidad solidaria por subsidiaria⁴⁹.

Teniendo en cuenta ambas lecturas, así como sus efectos, el pronunciamiento objeto de estudio parece decantarse por la primera opción, la relación de exclusividad entre ambos preceptos. En palabras del Tribunal, “el supuesto que genera la responsabilidad solidaria del artículo 42.1 y 2 del ET difiere del que genera responsabilidad subsidiaria del art. 127.1 de la LGSS”⁵⁰. En términos más expresos, nuestro Alto Tribunal “reconoce la inaplicación del art. 127.1 de la LGSS”, actual art. 168 LGSS⁵¹. Esta argumentación se apoya en la STS 9-12-2010 (rec. 1266/2010) (ECLI:ES:TS:2010:7681) que a su vez cita a la STS 23-9-2008 (rec. 1048/2007) (ECLI:ES:TS:2008:5524).

La traslación de la argumentación de las citadas sentencias al presente caso requiere una lectura prudente⁵². Para comenzar, la STS 9-12-2010 cita la fundamentación de la STS 23-9-2008 para confirmar que las contratatas que no son de propia actividad están amparadas por la imputación de responsabilidad subsidiaria en materia de Seguridad Social. Con ello, se desestima un recurso de casación que solicita la inaplicación de cualquier responsabilidad, tanto solidaria como subsidiaria, ante contratatas distintas de propia actividad. De ese modo, dichas resoluciones sientan doctrina sobre la imputación de responsabilidad subsidiaria ante contratatas distintas de propia actividad, no sobre la relación de complementariedad o exclusividad entre lo dispuesto por el art. 42 ET y el art. 168 LGSS, como pretende deducir la STS 3-2-2021. Más aún, ninguna de estos tres pronunciamientos llega a vincular la relación entre ambos preceptos con el alcance de la potencial exoneración del art. 42 ET. A nuestro juicio, un aspecto de tal relevancia requiere, además de una extensa fundamentación, una respuesta expresa.

3.4. Fallo de la sentencia

Sobre la base de lo expuesto hasta este punto, nuestro Alto Tribunal estima el recurso de casación interpuesto por la TGSS contra la sentencia de apelación, confirmando así lo dispuesto en primera instancia. De ese modo, se ratifica que el sujeto contratante es responsable solidario de lo adeudado por la contratista frente a la Seguridad Social entre el 1 de agosto al 23 de octubre de 2015. Consecuentemente,

⁴⁸ Cruz Villalón, J. “Descentralización productiva... op. cit. p. 162.

⁴⁹ Camps Ruiz, libro Camps Ruiz, L. M. “La obligación empresarial de comprobar... op. cit. p. 251.

⁵⁰ F.J. 3º, 6, 2º.

⁵¹ F.J. 4º, 2, 3º.

⁵² Una visión crítica al respecto en Camps Ruiz, L.M. “En torno a las consecuencias de la comprobación... op. cit.

los certificados negativos emitidos por la TGSS el 25 de mayo, 6 de julio, 12 de agosto, 7 de septiembre y 9 de octubre no despliegan efectos liberatorios. Estos tres últimos certificados negativos fueron emitidos a pesar de la existencia de deudas. Sin embargo, como los certificados no constatan deudas, sino reclamaciones, en puridad, dichos documentos no serían erróneos, razón por la cual la Sala tercera no considera aplicable su nueva doctrina sobre los efectos liberatorios de las certificaciones negativas inexactas. En definitiva, a pesar de la existencia de deudas con la Seguridad Social, el sujeto comitente ha obtenido unos certificados negativos carentes de utilidad como consecuencia de la operativa de la TGSS ratificada por el TS.

4. REFLEXIONES FINALES

En estos momentos conclusivos, podría cuestionarse si el mencionado mecanismo, introducido en un contexto socioeconómico manifiestamente distinto al presente, sigue siendo necesario. A nuestro parecer, ante la constatación de abusos en materia de subcontratación, el establecimiento de un específico deber *in contrahendo* o *in vigilando* con rango legal podría producir resultados positivos⁵³. Coincidimos con la mayoría de la doctrina en que un deber de comprobación anudado a una posible exoneración podría impulsar el saneamiento del mercado de contratas y subcontratas, reduciendo la competencia desleal derivada de eventuales incumplimientos, lo cual redundaría a su vez en la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social.

Sin embargo, no basta con la simple introducción de un mecanismo de comprobación en la normativa. Es necesario que la regulación, tanto legal como en su caso reglamentaria, sea redactada de forma clara desde el punto de vista técnico-jurídico y que, al mismo tiempo, despliegue los efectos necesarios para alcanzar los fines perseguidos.

La sistematización planteada en las páginas anteriores permite advertir la multitud de problemas interpretativos derivados del mecanismo de comprobación del art. 42 ET así como la heterogeneidad de las soluciones aportadas. Este complejo paradigma podría mermar tanto la efectividad como la eficacia de la norma laboral⁵⁴. Respectivamente, la existencia de numerosas y complejas incógnitas exegéticas podría, de un lado, favorecer el incumplimiento de la norma y de otro lado, comprometer la consecución de los fines u objetivos previstos legalmente. En adición a lo anterior, un marco legal como el descrito es susceptible de mermar la seguridad jurídica de los operadores que intervienen en cualquier subcontratación tanto empresarios como trabajadores, sin obviar el papel de la Seguridad Social.

⁵³ Desde un principio, Rodríguez Piñero se refirió a un deber *in contrahendo*. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. “La regulación protectora del trabajo... op. cit. p. 44. Más recientemente, Mercader Uguina y García-Perrote Escartín aluden, por su parte, a un deber *in vigilando*. García-Perrote Escartín, I.; Mercader Uguina, J. R. “El carácter débil de las certificaciones... op. cit.

⁵⁴ Extensamente, sobre tales conceptos y su relación con el estudio de nuestra disciplina, Cruz Villalón, J. “La metodología de la investigación en el Derecho del Trabajo”, *Temas laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 132, 2016, pp. 105-108.

Ante tal situación, la ausencia de desarrollo reglamentario, a pesar del mandato expreso del art. 42 ET introducido hace más de veinte años, podría resultar alarmante. No obstante, si bien un reglamento podría solventar ciertas dudas de carácter procedimental, parte de las incógnitas deben ser abordadas desde una norma con rango de Ley, entre otras razones, por la necesidad de ponderar los legítimos, y a veces contrapuestos, intereses en juego. Un desarrollo reglamentario que excediese los aspectos procedimentales de la certificación administrativa podría ser considerado *ultra vires*, como algún autor afirmó acerca del derogado art. 10.3 b) RGRSS⁵⁵.

En consecuencia, atendiendo a los problemas señalados por la doctrina desde el origen de la norma, el legislador debe, en primer lugar, identificar con claridad los fines que desea alcanzar para seguidamente desarrollar un sistema de comprobación/exoneración acorde con los mismos. Según la presente investigación, es necesario que el legislador se pronuncie sobre la obligatoriedad del deber de comprobación. De igual modo, debería esclarecer el momento de realizar la solicitud, así como su posible periodicidad. Este aspecto, lejos de parecer accidental o procedimental, configura la propia dinámica del mecanismo. Asimismo, sería recomendable esclarecer el contenido y alcance de la información recogida en los certificados, ponderando la privacidad de la información con la utilidad de la misma. Respecto a la posible exoneración, resulta palmario identificar de forma expresa el supuesto que acciona la exoneración, haciendo hincapié en el valor de los certificados negativos, correctos o erróneos. Igualmente, convendría que el legislador confirmase la vinculación entre la eventual exoneración y la responsabilidad solidaria del art. 42.2 ET, admitiendo o descartando la existencia de responsabilidad administrativa o responsabilidad específica por deudas anteriores.

El estudio de la jurisprudencia reciente confirma la necesidad de una reforma del marco legal. De conformidad con el desarrollo del litigio, el pronunciamiento no desarrolla un estudio completo e integral de la institución en liza, sino que, como es lógico, aborda las cuestiones controvertidas por las partes. Respecto a la responsabilidad objeto de exoneración, la sentencia es categórica al descartar la responsabilidad por deudas anteriores a la contrata. Resulta a su vez determinante la ausencia de cualquier alusión a la responsabilidad administrativa. En definitiva, la sentencia resuelve explícitamente un problema clásico en la materia al afirmar que el objeto de exoneración se circunscribe a la responsabilidad solidaria por deudas nacidas durante la contrata derivada del art. 42.2 ET.

Por su parte, la principal innovación planteada por la resolución, relativa al supuesto que permite la exoneración, debe recibir una visión crítica. Aun así, conviene admitir que la opción de descartar los efectos liberatorios de la certificación negativa, a pesar de contradecir la doctrina mayoritaria, es acorde con el tenor literal de la norma. Sin embargo, resulta curioso que, al mismo tiempo, se sostenga una lectura teleológica para confirmar los efectos liberatorios del certificado negativo inexacto. A nuestro parecer, permitir la exoneración ante una certificación negativa incorrecta

⁵⁵ En concreto, García Piqueras, M. *El régimen jurídico de las responsabilidades...* op. cit.

constituye una solución válida puesto que el sujeto solicitante no debe responder ante los errores de la TGSS. El problema surge al vincular la eventual exoneración con el contenido de los certificados. Como se ha comprobado con anterioridad, los certificados negativos emitidos ante la inexistencia de reclamaciones, pero no de deudas, carecen de utilidad. De esa forma, se está permitiendo que los empresarios intervinientes en los procesos de subcontratación no obtengan una información verídica que les permita, precisamente, tomar decisiones dirigidas a sanear el mercado de las contrataciones y subcontratas. Con la presente resolución, el TS ratifica la operativa de la TGSS así como sus consecuencias jurídicas. Sería posible deducir que, en este punto, la finalidad recaudatoria se impone a la finalidad profiláctica.

Sobre la base de todo lo anterior, existen razones suficientes para advertir la necesidad de reformar, en general, la regulación sobre Seguridad Social en materia de subcontratación y, en particular, el mecanismo de comprobación y eventual exoneración. Resulta paradójico que, a pesar de la heterogeneidad observada en las aportaciones doctrinales, sí exista consenso respecto a la necesidad de reforma⁵⁶, lo que produce cierta zozobra al observar que ninguna de las modificaciones del art. 42 ET han centrado su atención en el mecanismo de comprobación y eventual exoneración⁵⁷.

⁵⁶ Entre otros, Calvo Gallego, F.J. “La regulación española sobre contratación... op. cit. p. 76; Beltrán de Heredia Ruiz, I. “Una propuesta interpretativa... op. cit. p. 1059; recientemente Pérez de los Cobos Orihuel, F. “Sobre la minimización jurisprudencial... op. cit.

⁵⁷ Sempere Navarro emplea el término “zozobra” frente a la acción del legislador en la reforma de 2001 dado que introduce una novedad referente al mecanismo de comprobación, concretamente la remisión reglamentaria, pero al mismo tiempo obvia las numerosas cuestiones problemáticas señaladas por la doctrina. Sempere Navarro, A. “El artículo 42 ET... op. cit. p. 35. Lo mismo ocurre con la reforma de 2006, como se señala en Soriano Cortés, D. *Las contrataciones en el Derecho del Trabajo...* op. cit. p. 377 y, añadimos nosotros, con la reforma de 2021.

LAS FAMILIAS “MONOMARENTALES” Y DURACIÓN DE LA PRESTACIÓN POR NACIMIENTO Y CUIDADO DE MENOR: ¿UNA OPORTUNIDAD PERDIDA?

*Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 2 de marzo de 2023
ECLI:ES:TS:2023:783*

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS Y ROCÍO MONCADA GARCÍA*

SUPUESTO DE HECHO: Una trabajadora que conforma una familia monoparental reclama a la entidad gestora la ampliación de la prestación en las 8 semanas que le corresponderían al otro progenitor en caso de existir, la suspensión del contrato de trabajo y la correspondiente prestación por nacimiento y cuidado de menor que ya tenía reconocida. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco número 1217/2020, de 6 de octubre, reconoce el derecho en contra de lo dictado por otras Salas lo que lleva al Ministerio Fiscal a formalizar recurso de casación para la unificación de doctrina.

RESUMEN: El Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo zanja en vía ordinaria el debate generado en las salas de los Tribunales Superiores de Justicia y Juzgados de lo Social referente a la posibilidad de las familias monoparentales de ampliar o acumular a la prestación por nacimiento y cuidado de menor que ya tenían reconocida, aquella que le correspondería al otro progenitor en caso de existir. Desestima el Alto Tribunal tal pretensión al no estar contemplada en la normativa vigente, normativa que cumple, dirá en su sentencia, con las exigencias derivadas de la Constitución y Derecho de la Unión Europea y acuerdos y tratados internacionales de aplicación y cuyo alcance y contenido, así como la protección que debe dispensarse a este tipo de familias, corresponde determinarlo al legislador, siendo la Seguridad Social una función del Estado.

* Catedrático y Profesora Sustituta Interina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad, respectivamente.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA PRESTACIÓN POR NACIMIENTO Y CUIDADO DE MENOR TRAS LA APROBACIÓN DEL REAL DECRETO-LEY 6/2019, DE 1 DE MARZO, DE MEDIDAS URGENTES PARA GARANTÍA DE LA IGUALDAD DE TRATO Y DE OPORTUNIDADES ENTRE MUJERES Y HOMBRES EN EL EMPLEO Y LA OCUPACIÓN
3. SUPUESTO DE HECHO ANALIZADO Y CUESTIÓN CONTROVERTIDA
4. SOBRE LA POSIBILIDAD DE ACUMULAR PERIODOS DE DESCANSO PARA CUIDADOS DEL MENOR EN CASO DE “MONOMARENTALIDAD”: LA RECIENTE DOCTRINA DEL TS AL RESPECTO
 - 4.1. De la denegación por el TS de la pretensión solicitada
 - 4.2. De los argumentos del Tribunal Supremo
5. DE LOS VOTOS PARTICULARES
6. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

Según el INE en 2020 el número de familias monomarentales en España fue de 1.944.800 hogares, de los cuales el 81,35% correspondía a familias encabezadas por una mujer y el resto por hombres¹.

De los 18.754.800 hogares, unidades familiares de más de una persona lo componen 12.066.700 hogares, y de ellos, el 16,11% son familias monomarentales. Tipos de familias que, por cierto, junto con los hogares de mayores de 65 años que viven solos, son los que más crecen en comparación con el año anterior (un 3%)².

Los avances en materia de igualdad entre mujeres y hombres, tras casi 45 años de Constitución española y de su fundamental derecho o principio de igualdad entre mujeres y hombres consagrados en su art. 14, no se han cumplido. Especialmente, cuando como se denota con la demoledora estadística con la que comienza esta introducción los problemas de conciliación con la vida personal, familiar y laboral siguen siendo notoriamente “cosa de mujeres”.

La Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres dio un paso importante en el intento de prevención de las conductas discriminatorias y en la previsión de políticas activas para hacer efectivo el principio de igualdad, de hecho, el art. 44 de dicha norma pretende una asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y trabajadoras. Y es que las responsabilidades familiares son riesgos sociales porque el cuidado a la familia, además de conllevar una carga económica supone la dedicación de un tiempo que ha de restarse a la actividad

¹ <https://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/t20/p274/serie/prov/p01/10/&file=01017.px>

² https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176952&menu=ultiDatos&idp=1254735572981#:~:text=El%20n%C3%BAmero%20medio%20de%20hogares,y%20alcanz%C3%B3%20los%2018.754.800.

laboral o profesional, lo que da lugar a un defecto o reducción de los ingresos si quiere conseguirse la conciliación de la vida familiar con la laboral³. Aunque, desafortunadamente, esta norma ha tenido un resultado discreto o poco importante. Por ello, doce años más tarde, el RD-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, en adelante, RD-ley 6/2019, reconociendo la necesidad de reimpulsar medidas que garantizaran la efectividad de la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación “en tanto persisten unas desigualdades intolerables en las condiciones laborales”, igualó el descanso de los progenitores con la idea de erradicar toda discriminación directa o indirecta, por razón de sexo, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil.

Creemos que, con el marco normativo actual, la interpretación de la normativa ha de entender como contrarias al derecho a la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres, entre otras, las discriminaciones directas e indirectas y la discriminación por el embarazo, la maternidad, la asunción de obligaciones familiares o el ejercicio de los derechos de corresponsabilidad de la vida personal, familiar y laboral. Y es que el art. 14 CE concreta la igualdad como un valor superior del ordenamiento en un verdadero derecho fundamental vinculante que adquiere un contenido propio ya que en un Estado social y democrático de Derecho, como el que establece nuestra CE, el derecho a la igualdad no consiste meramente en una exigencia formal de trato equitativo, sino en una exigencia material de tutela que garantice la efectividad sustancial de la igualdad entre los individuos y los grupos, y que remueva los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (art. 9.2 CE).

La protección por nacimiento y cuidado del menor, prevista en la LGSS, se vincula íntimamente con la regulación laboral establecida en el ET (y también para los empleados públicos en el EBEP). El art. 48.4 ET tiene una redacción pensada en la corresponsabilidad entre los progenitores, estableciendo una suspensión del contrato de trabajo tanto para la madre biológica como para el otro progenitor de 16 semanas⁴ para cada uno. La igualación de la duración del descanso o suspensión de contrato por nacimiento de hijo⁵ se adopta en la consideración de que ambos progenitores lleven adelante un reparto equilibrado de las tareas de crianza, en sus momentos iniciales, pero también del resto de tareas que conllevan las responsabilidades familiares y domésticas que permitan distribuir de una manera justa y equitativa los tiempos de vida de ambos progenitores.

Cierto es que ni el ET ni la LGSS contemplan la monoparentalidad en estas situaciones de forma directa, más aún el artículo 23.3 del RD 295/2009, de 6

³ En sentido parecido, por todos, Gorelli Hernández, J., en “Problemática aseguradora de la familia”, en AAVV, Dir. Ojeda Avilés, *Los retos de la Seguridad Social*, MTAS, Madrid, 2005, pág. 74.

⁴ Semanas que pueden ampliarse en caso de parto múltiple, hijos discapacitados o en los casos de partos prematuros con determinadas condiciones.

⁵ También en casos de adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento.

de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural impide la acumulación de las anteriores prestaciones por maternidad y paternidad en los casos en que existe un solo progenitor, adoptante o acogedor. Pero ha de tenerse en cuenta que la interpretación de las normas jurídicas, ex art. 3 CC, han de procurar no solo tener en cuenta el sentido propio de sus palabras o criterio literal, sino también la relación con el contexto normativo (no solo interno sino también internacional), los antecedentes legislativos, la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo al espíritu y finalidad de las normas (el llamado criterio teleológico). Evidentemente, la interpretación jurídica pretende averiguar el sentido con el que se ha dictado la norma en función del resultado ordenador de la vida social que afecta en su regulación.

Una cuestión importante que se entrecruza en esta materia es que las prestaciones por nacimiento tienen como objeto final la protección y cuidado del menor. La sala de lo social del TS ha tenido en cuenta este hecho para la concesión de prestaciones por maternidad en otros supuestos⁶, en los que ha primado en la interpretación de las normas sobre maternidad (léase, nacimiento de hijo) el principio general del interés superior del menor que se integra en el núcleo familiar con el progenitor o progenitores que le prestan atención y cuidados parentales, conforme a lo establecido en el art. 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y al mandato del art. 39 CE, relativo a la protección a la familia y a la infancia, designio que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda exegética, así como de acuerdo a la “realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquella” (art. 3.1 CC). Y ello porque, no ha de olvidarse lo fundamental, la prestación por nacimiento de hijo constituye un medio idóneo para preservar las especiales relaciones que median entre el o los progenitores durante el período posterior al nacimiento. Lo cual es más importante en una familia monomarental que necesita de mayores apoyos por tal motivo (y frente a las cuales se encuentran de forma mayoritaria, madres).

⁶ Supuestos de maternidad subrogada desde las SSTS sala 4ª/Pleno de 25 octubre 2016 y 16 noviembre 2016 y otras muchas de 2017: SSTS de 22, 29 y 30 de noviembre y 14 de diciembre.

2. LA PRESTACIÓN POR NACIMIENTO Y CUIDADO DE MENOR TRAS LA APROBACIÓN DEL REAL DECRETO-LEY 6/2019, DE 1 DE MARZO, DE MEDIDAS URGENTES PARA GARANTÍA DE LA IGUALDAD DE TRATO Y DE OPORTUNIDADES ENTRE MUJERES Y HOMBRES EN EL EMPLEO Y LA OCUPACIÓN⁷

Sin tener este apartado pretensión de ser un análisis exhaustivo de la evolución de las prestaciones por maternidad y paternidad en nuestro ordenamiento, sí consideramos interesante realizar un acercamiento a las finalidades que con las mismas se persiguen de cara a poder afrontar el tema que aquí se debate.

Podría decirse o concretarse que, siguiendo la doctrina de los Tribunales⁸, las finalidades que se perseguirían con la prestación por nacimiento y cuidado de menor son tres:

- Finalidad específica y exclusiva de la madre biológica de protección de su salud en las seis semanas posteriores al parto.
- Atención y cuidado del menor de doce meses.
- Promoción de la plena igualdad entre sexos y ejercicio corresponsable de los deberes de atención y cuidado.

Además, con la entrada en vigor del RDL 6/2019 y de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio se incorpora como finalidad primordial de la prestación, íntimamente ligada a la atención y cuidado del menor, la corresponsabilidad en el ejercicio de dichas obligaciones⁹.

⁷ Una STC de marzo de 2023, referenciada en diversos medios de comunicación pero en el momento actual no publicada, rechaza el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por los representantes del Partido Popular contra el RD-ley 6 /2019.

⁸ Vid, por todas, STSJ Cataluña 6389/2022, de 29 de noviembre.

⁹ A este respecto, indica Ballester Pastor, M.A., en “El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol”, *Femeris*, Vol.4, No 2, 2019, pp. 26, doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2019.4763>: “La equiparación en la duración de los antiguos permisos de maternidad y paternidad tiene, como se sabe, una función estricta de fomento del reparto de responsabilidades. Por ello si no se disfruta se pierde. Esta es la razón por la que no tiene carácter transferible. Bajo esta concepción, que es la única que justifica la figura, la función del cuidado del menor es secundaria. El cambio de nombre a “permiso de nacimiento” que realiza el RDL 6/2019 es discutible precisamente por esta razón: si se hiciera expresa referencia al permiso de “paternidad” (que, por cierto, es la terminología mayoritaria en los países de la Unión Europea y es también la terminología usada en la propuesta de Directiva de 2017) se reforzaría su función de promoción de la corresponsabilidad. El cambio terminológico a “permiso de nacimiento” del RDL da una falsa (o, al menos, confusa) sensación de que su función primordial es el cuidado, aunque insista en su carácter intransferible. No puede olvidarse que las normas deben elaborarse pensando también en quienes podrían encargarse de legislar y gobernar con posterioridad, y cabe la posibilidad de que éstos carezcan de las mismas convicciones de quienes las hicieron. Si no se refuerza el término “paternidad” nada impide que posteriores Gobiernos, no tan conscientes de la cuestión corresponsabilizadora, eliminen sin planteárselo la referencia a la intransferibilidad considerando que el bien principal es el cuidado del menor. De este modo, el “permiso de nacimiento” terminaría siendo “disfrutado” en su totalidad por

De otro lado, la sentencia del Tribunal Constitucional, en adelante, TC, número 111/2018, de 17 de octubre¹⁰, indicará que en el caso de la madre, la “finalidad primordial” que persigue desde siempre el legislador al establecer el descanso y correspondiente prestación por maternidad es la protección de la salud de la mujer trabajadora, “preservar la salud de la mujer ante un hecho biológico singular, considerando que su reincorporación inmediata al puesto de trabajo tras el alumbramiento puede ser perjudicial para su completa recuperación; lo que hace compatible esa protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora con la conservación de sus derechos laborales. Se trata pues de una exigencia, derivada del art. 39.2 CE, de preservar la salud de la mujer trabajadora durante su embarazo y después de este y, por otra parte, de proteger las particulares relaciones entre la madre y su hijo durante el período de puerperio”. Evidentemente es importante la protección de la salud de la madre, pero también la protección del menor, ya que necesita de especiales cuidados y atenciones¹¹.

En relación con el permiso por paternidad, reconocido en nuestro ordenamiento desde 2007, tiene para el TC una finalidad distinta, “favorecer la conciliación de

las madres, lo que empeoraría considerablemente su situación laboral respecto a la actual ...”; STSJ de Madrid 584/2022, de 17 de junio, FD 2º: “La reforma operada supuso un cambio de paradigma que propició que frente al entendimiento por la doctrina constitucional del permiso de maternidad, y del correspondiente subsidio de Seguridad Social, como una medida orientada a preservar la salud de la trabajadora durante el puerperio sin detrimento de sus derechos laborales, y a su consideración por la jurisprudencia social como un instituto que cumplía la doble función de atender a la recuperación, seguridad y salud de la madre y proteger las especiales relaciones entre la madre y el hijo en el período posterior al nacimiento, se haya pasado a una concepción más moderna y adaptada a la actual realidad social, en la que el permiso y la consiguiente prestación están orientados a la consecución de un triple objetivo: 1º) estimular cambios en la cultura familiar y fomentar un reparto más equilibrado de las responsabilidades en el cuidado de los hijos; 2º) compensar las dificultades y desventajas reales que soportan las mujeres trabajadoras por asumir en mayor medida el cuidado de los hijos de corta edad, y enfrentarse por ello a mayores problemas en su promoción e igualdad sustancial en el ámbito laboral; c) con carácter prioritario y fundamental, tal y como el propio nombre de la prestación indica, favorecer que durante sus primeros meses de vida el recién nacido pueda recibir atención y cuidado a tiempo completo por parte de sus progenitores, evitando que la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de la actividad laboral dificulte el logro de esa finalidad, así como que los padres trabajadores puedan estrechar los lazos con el menor en una etapa crucial para su desarrollo integral.”

¹⁰ Sentencia en la que se analiza si la diferente duración entre el permiso y la prestación por paternidad inferior a la del permiso y la prestación por maternidad es contraria al art. 14 CE. Cuestión que se descarta en base a las diferentes finalidades de dichas prestaciones.; En STSJ Cataluña 6389/2022, de 29 de noviembre FD 2º se indicará, en relación con la STC 111/2018 de 17 de octubre, “Ahora bien, tales pronunciamientos se producen con un contexto normativo anterior a la entrada en vigor del RDL 6/2019 y de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio...”.

¹¹ Véase voto particular emitido por las Magistradas Arellano Martínez y Poyatos i Matas a la STSJ de Islas Canarias 105/2023, de 24 de enero de 2023: “... La regulación protege tanto los intereses de la madre al cuidado de su salud y los del otro progenitor (en caso de concurrir), para favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, fomentando la corresponsabilidad de madres y padres en el cuidado de los hijos comunes, y también, los del menor.”.

la vida personal, familiar y laboral, fomentando la corresponsabilidad de madres y padres en el cuidado de los hijos comunes”.

En esta línea, el Tribunal Supremo indicará entre otras, en su STS número 602/2022, de 5 de julio de 2022¹², apoyándose en la doctrina del TC al respecto, que las finalidades, no exclusivas, pero sí primordiales de lo que anteriormente se denominaban suspensión y prestación por maternidad y por paternidad son diversas. “En el caso de la suspensión y prestación por maternidad se trata de recuperar y proteger la salud de la madre biológica, mientras que en el caso del progenitor distinto de ella se trata de fomentar su corresponsabilidad en el cuidado del hijo¹³.”

Esa misma sentencia recoge un voto particular formulado por la Magistrada Virolés Piñol, y aunque el caso no es como el aquí debatido, en lo que nos interesa, recoge que “No obstante ello, la STC no parte al referirse a la maternidad y a la paternidad de situaciones totalmente diferentes, sino solo en parte, en cuanto que utiliza repetidamente la expresión ‘finalidad primordial’ del descanso y prestación por maternidad, lo cual evidencia que no tiene una única finalidad. Claramente, la prestación de maternidad comprende una fase en la que el fin principal es el de preservar la salud de la trabajadora, y otra, compartida plenamente con la prestación y descanso por paternidad, de promover la conciliación de la vida personal, familiar y laboral...”.

Como podemos observar, las finalidades que se persiguen con el permiso por nacimiento y cuidado del menor son diversas y se entrecruzan. Desde la protección de la salud de la madre biológica durante los primeros meses de vida, la conciliación de la vida familiar y laboral y la corresponsabilidad entre progenitores, así como la atención y cuidado del menor durante sus primeros meses de vida. Esta última finalidad, como ya indicara el TSJ de Cataluña, adquiere protagonismo con la nueva denominación y regulación del permiso, ahora por atención y cuidado del menor. Además, “el nacimiento” se vincula expresamente en la norma no solo con el parto

¹² Vid. STS 602/2022, de 5 de julio de 2022, FD 1º: donde se debate si “el recurrente tiene derecho a la prestación de paternidad, como consecuencia del alumbramiento sin vida a las treinta y nueve semanas y tres días de gestación de la hija que él y su esposa (quien sí percibió íntegramente la prestación de maternidad) esperaban.”.

¹³ Véase a este respecto la STSJ de Islas Canarias 105/2023, de 24 de enero de 2023, referenciando doctrina del TS indicará que “La Sala IV del Tribunal Supremo, sin embargo, en su sentencia de 23 de septiembre de 2020, rec. 70/2019 (RJ 2020, 3898), identificó una finalidad parcial común en ambos permisos, afirmando que “...a salvo las seis semanas inmediatamente posteriores al parto, en cuya finalidad prevalece, claramente, la salud de la madre biológica, el resto del tiempo de descanso por maternidad tiene, en parte la misma finalidad que el permiso de paternidad; esto es, el cuidado y atención del hijo, debiendo añadirse en todo caso que, además, late en el permiso por paternidad una finalidad específica, cuya importancia para la resolución de este caso se revela innegable, consistente en que su objeto es fomentar un reparto más equitativo de las responsabilidades familiares entre hombres y mujeres y permitir que se cree un vínculo temprano entre padres e hijos...” Con ese matiz, la Sala IV del Tribunal Supremo descarta igualmente la identidad finalista de ambos permisos.”.

sino también con el cuidado del recién nacido. Esta finalidad se deviene primordial para la resolución de un supuesto como el presente donde es precisamente esa atención del menor la que se cuestiona.

Así pues, la priorización que de las finalidades de la prestación se haga en la interpretación de la norma influirá a nuestro entender en la resolución de la cuestión y, sin embargo, parece que no encaja la satisfacción de esa pretensión de igualar el tiempo de cuidado y atención de los menores de familias monomarentales respecto de los de familias biparentales bajo el diseño de una norma que persigue la corresponsabilidad y ha creado para ello dos prestaciones iguales e intransferibles, no sin alterar esa específica configuración establecida por el legislador¹⁴.

Pasemos, pues a analizar, la sentencia del Pleno del TS de 2 de marzo de 2023.

3. SUPUESTO DE HECHO ANALIZADO Y CUESTIÓN CONTROVERTIDA

Desde que el pasado 6 de octubre de 2020 el Tribunal Superior de Justicia de País Vasco, en adelante, TSJ País Vasco, dictara su sentencia número 1217/2020 reconociendo el derecho de la trabajadora demandante a ampliar, en las 8 semanas¹⁵ que le corresponderían al otro progenitor en caso de existir, la suspensión del contrato de trabajo y correspondiente prestación por nacimiento y cuidado de menor que ya tenía reconocida, las resoluciones judiciales¹⁶ que al respecto se han ido dictando resolviendo esta cuestión han sido dispares en cuanto al fallo y criterios jurídicos

¹⁴ En este sentido STSJ de Islas Canarias 105/2023, de 24 de enero de 2023: “En definitiva, y lo que queremos precisar, es que el permiso del progenitor distinto de la madre responde a un objetivo específico, cual es que la de favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, fomentando la corresponsabilidad de madres y padres en el cuidado de los hijos, aun cuando podamos compartir la existencia de parcial coincidencia común con la finalidad propia del permiso correspondiente a la madre biológica, en cuanto a la atención y cuidado del menor y la creación de un vínculo temprano entre padres e hijos.”; En este sentido, el propio título del comentario de Ballester Pastor, I., “Las familias monoparentales tienen derecho a la misma prestación por nacimiento y cuidado de hijos que las familias biparentales. Las normas deben velar por la protección del menor, lo que no cuadra con el diseño de un derecho individual e intransferible de cada progenitor”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n 1/2021, p.1.

¹⁵ La equiparación de los permisos por nacimiento y cuidado de menor se produjo de forma gradual de conformidad con la Disposición Transitoria 13 del ET.

¹⁶ También consta en la página web del Poder Judicial por comunicado publicado el 4 de febrero de 2021: “La Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial considera que los jueces y juezas que sean progenitor legal único en familias monoparentales pueden disfrutar de forma acumulada de los permisos por nacimiento de hijo o hija que la normativa vigente reconoce de manera separada a cada uno de los progenitores en familias biparentales.[...]” <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/El-CGPJ-avala-que-una-magistrada-progenitora-unica-acumule-los-permisos-por-nacimiento-que-la-ley-preve-para-familias-biparentales>.

utilizados, conteniendo algunas de ellas votos particulares e incluso produciéndose cambios de criterios en las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia.¹⁷

Partimos pues de una cuestión de compleja interpretación jurídica que ha llevado a que el Ministerio Fiscal formalizara recurso de casación para la unificación de doctrina. Recurso que ha sido resuelto por el Tribunal Supremo, en adelante, TS, el pasado 2 de marzo de 2023, a través de la sentencia en la que se centra y enfoca nuestro comentario.

Podríamos concretar la cuestión controvertida de la siguiente manera:

¿Tienen derecho las progenitoras¹⁸ de las familias monomarentales, a quienes se les ha reconocido su correspondiente prestación por nacimiento y cuidado de menor, a la concesión de una nueva prestación y suspensión del contrato de trabajo por dicha causa concretada en las 16 semanas que le corresponderían al otro progenitor en caso de existir?

Dicha pretensión se origina a raíz de la nueva regulación que sobre los antiguos permisos por maternidad y paternidad, ahora denominados por nacimiento y cuidado de menor, ha supuesto la entrada en vigor del RD-ley 6/2019 y que ha implicado un cambio en la configuración de los mismos, pues donde antes se contemplaban esos antiguos permisos por maternidad y paternidad, ahora aparecen unificados en uno único, por nacimiento y cuidado de menor, configurado sobre la base de la existencia de dos progenitores en las unidades familiares, o como dice la doctrina científica y judicial, dirigido a las familias biparentales¹⁹.

Así, el nacimiento, que tras la reforma operada por el RD 6/2019 se indica “comprende el parto y el cuidado del menor”, daría derecho por aplicación del artículo 48.4 ET a dos suspensiones del contrato de trabajo por dicha causa, una para la madre biológica de 16 semanas de duración y otra, de igual duración, para el otro progenitor, siendo dichos derechos intransferibles, y que, en caso de que se cumplan los requisitos previstos en la normativa de Seguridad Social, daría lugar

¹⁷ Véase, por ejemplo, STSJ Cataluña 6389/2022, 29 de noviembre de 2022 o STSJ Madrid 584/2022, de 17 de junio.

¹⁸ Utilizamos el término en femenino al estar el 81,35% de familias monoparentales encabezadas por una mujer.

¹⁹ Entre otros, Ballester Pastor, I. indicando que: “Pero la familia a la que se dirige el legislador es, siempre, la familia biparental, sin ambages”, *op.cit.* pág.7. Vid. STSJ Cataluña 6389/2022, 29 de noviembre de 2022: “El artículo 48 del ET no contempla más que un modelo familiar, el clásico biparental, sin tomar en consideración la diversidad de estructuras familiares que han surgido en los últimos años, [...]”; y también la STSJ Canarias 105/2023, 24 de enero de 2023: “La normativa parece atender exclusivamente a una de las opciones posibles en la actual y constatada diversidad de constitución familiar, regulando la situación de necesidad en la que confluyen dos progenitores, protegiendo en exclusiva la familia biparental frente a otras alternativas [...]”; Apartado Cuarto, consideración adicional 2 del voto particular de la STS de 3 de marzo de 2023 que se comenta formulado por el Magistrado García-Perrote, “Pero el Real Decreto-ley 6/2019 no se ocupó de las familias monoparentales, pues ninguna de las dos preocupaciones y finalidades que le guiaban tiene sentido ni es aplicable a las familias monoparentales como las del presente supuesto.”

a las correspondientes prestaciones, una para cada uno de esos progenitores. La intransferibilidad, creemos, tiene justificación en que ninguno de los progenitores pueda obviar sus responsabilidades o corresponsabilidades como padres, adoptantes o acogedores.

De esa nueva configuración del derecho se desprende que en el caso de familias biparentales en las que ambos progenitores tengan derecho a disfrutar de dos prestaciones y suspensiones del contrato de trabajo por esta causa y opten por disfrutarlas de manera sucesiva, se pueda asegurar la atención y cuidados del menor durante más tiempo que si se pertenece a una familia monoparental, al existir solo un progenitor, situación que es considerada desigual por parte de la doctrina²⁰.

Ahondando en la finalidad que persigue esta reforma, a tenor de lo dispuesto en el preámbulo del RDL 6/2019, las modificaciones buscarían dar “un paso

²⁰ Vid. Blasco Jover, C., “El Tribunal Supremo sentencia que 1+0 no es igual a 2: se zanja el debate en torno al reconocimiento doble de la prestación por nacimiento y cuidado del menor en familias monoparentales”, *Briefs AEDTSS*, 23, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2023: “Con todo, el diseño de la prestación y de la suspensión propicia, efectivamente, una fractura del principio de igualdad y no discriminación y ello habida cuenta de la diferenciación que, indirectamente, se realiza entre familias biparentales y monoparentales. No existe motivo alguno que la justifique, ni siquiera la libertad que cada cual tiene para elegir formar una familia en pareja o estando solo o las dificultades presupuestarias del sistema. La monoparentalidad, por la mayor carga en la crianza que recae sobre un único progenitor que dispone de unos únicos ingresos, es una situación jurídica distinta, de mayor vulnerabilidad y en absoluto comparable a la biparentalidad, que necesita de un trato desigual fundado en razones objetivas. No contemplar esta realidad supone, a mi modo de ver, introducir un factor discriminatorio hacia este tipo de hogares”. Véase también, STSJ País Vasco 1217/2020, de 6 de octubre de 2020: “Vamos a estimar el recurso en base a la primera consideración. Desde el paraguas general de no discriminación, si se deniega la prestación a la beneficiaria, en los términos que lo pide, existe una conculcación del derecho de igualdad que consagra la Convención sobre los Derechos del Niño ya indicada de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, por cuanto que la atención, cuidado y desarrollo del menor afectado va a sufrir una clara merma respecto a aquellos otros que en situación semejante, encuadrados dentro de un modelo familiar biparental, van a recibir. Si partimos de la rechazable discriminación del menor por su propia condición o por el estado civil o situación de su progenitor, cuando introducimos un período de cuidado y atención para el grupo de hijos o hijas monoparentales, estamos no solamente mermando la atención que en las familias biparentales se presta, sino que también introducimos un sesgo que quebranta el desarrollo del niño, al quedar atendido menos tiempo y con menor implicación personal de quien ha sido considerado progenitor.”; Voto particular formulado por las Magistradas Arellano Martínez y Poyatos i Matas a la STSJ de Islas Canarias 105/2023, de 24 enero de 2023: “Proyectando todo lo anterior a la resolución de la cuestión que se nos plantea no podemos sino concluir, tal como anticipábamos, la diferente protección que el artículo 48.4 del ET otorga a los menores según los mismos hayan nacido en uniones biparentales o monoparentales en claro perjuicio de éstos últimos pues cumplidos en ambos casos por los progenitores o por el único progenitor existente los requisitos de afiliación y cotización precisos la protección varía de forma ostensible en la duración de los derechos reconocidos. Este diferente trato carece de una justificación objetiva y razonable, pues partiendo de la totalidad de los principios antes postulados, y, en especial, de la interpretación del precepto que venimos examinando bajo el obligado prisma del interés superior del menor, la quiebra del principio de igualdad es evidente pues los menores nacidos en las familias monoparentales reciben un cuidado subsidiado menor que si hubieran nacido en una familia

importante en la consecución de la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres, en la promoción de la conciliación de la vida personal y familiar, y en el principio de corresponsabilidad entre ambos progenitores, elementos ambos esenciales para el cumplimiento del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en todos los ámbitos.” Así se ha considerado que la equiparación en la duración de los permisos tiene “una función estricta de fomento del reparto de responsabilidades... Esta es la razón por la que no tiene carácter transferible”²¹ o que “Bajo el principio de corresponsabilidad, perseguía la consecución de la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres y la promoción de la conciliación de la vida personal y familiar. Por ese motivo, la regulación legal contempla un derecho individual e intransferible; esta imposibilidad de transferir tiempos de suspensión al otro progenitor se entendía como una mejora de la corresponsabilidad en el cuidado del menor.”²².

Sin embargo, la falta de contemplación en la normativa indicada de las familias monoparentales y la diferente situación que ello genera en el tiempo de

biparental cuando sus cuidados son los mismos sin otra justificación que criterios de nacimiento y familiares en función del número de progenitores que integren la unidad familiar.” En sentido diverso, Ballester Pastor, I., indica que “La buena noticia de la nueva regulación es que... Gracias a igualar las suspensiones de los contratos de los progenitores implicados ambos “sufren” también las penalidades anejas al disfrute de la conciliación sobre sus carreras profesionales. La mala noticia de la nueva regulación es que ésta afecta a las familias monoparentales en negativo pues ellas, en principio, no podrían acceder a una prestación de la misma duración que la que tienen las familias biparentales, pues solamente aparece un progenitor como posible beneficiario de la misma. Siendo cierto lo anterior, es interesante reflexionar sobre esta última afirmación. Lo primero, porque la regulación actual no impide el acceso a la prestación de cuidado de hijos, sino que otorga una prestación por cada progenitor, lo que no es lo mismo y no siempre las familias monoparentales van a encontrarse en situación de desigualdad, tal cual está diseñada la norma, porque actualmente tampoco todas las familias biparentales acceden o tienen posibilidades de acceder a ese subsidio duplicado por cada progenitor exactamente igual al que percibe el primer progenitor. No olvidemos que nos encontramos ante una prestación contributiva que exige la concurrencia de especiales requisitos que han de aparecer en cada progenitor ... Y hay familias biparentales que solamente accederían, también, a un solo subsidio, si uno de ellos fuera muy joven, o cuando uno de ellos no hubiera trabajado nunca, por ejemplo. ... Tampoco se niega el acceso al subsidio en el futuro, aunque lo cierto es que siempre ha de aparecer un segundo progenitor para que así suceda. ...”, *op.cit.* pág. 8.

²¹ Sobre esta cuestión, vid. Ballester Pastor, M.A., *op.cit.* pág.26.

²² Vid. De Sande Pérez-Bedmar, M. en “Ampliación de la duración del permiso y la prestación por nacimiento y cuidado de menor en familias monoparentales. Comentario de la Sentencia JS de Santander (Cantabria) de 31 de enero de 2022, sentencia nº 19/2022; (JUR 2022, 59407)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* num.254/2022, pág. 4. En este sentido Ballester Pastor, I., que indica que “La reforma operada por el Real Decreto 6/2019, de 1 de marzo, sobre la prestación por nacimiento y cuidado de hijos trae consigo una previsión novedosa para fomentar la corresponsabilidad: el subsidio es de cada progenitor, y son prestaciones independientes e intransferibles.”, *op. cit.* pág.1. Vid, también, De La Puebla Pinilla, A. en “Conciliación, corresponsabilidad y género: una perspectiva desde la prestación por nacimiento y cuidado del menor” en AAVV, *Conciliación y corresponsabilidad de las personas trabajadoras: presente y futuro*, Dir. Rodríguez Rodríguez y Martínez Yáñez, Ed. Bosch, Barcelona, 2021, pp.205-206: “Ciertamente, el interés del menor se ve favorecido por la interpretación sostenida en estos

atención y cuidado que pueden llegar a recibir los menores en función del modelo de familia al que pertenezcan ha originado el presente debate sobre la cuestión.

4. SOBRE LA POSIBILIDAD DE ACUMULAR PERIODOS DE DESCANSO PARA CUIDADOS DEL MENOR EN CASO DE “MONOMARENTALIDAD”: LA RECIENTE DOCTRINA DEL TS AL RESPECTO

4.1. De la denegación por el TS de la pretensión solicitada

Como ya hemos adelantado, el TS resuelve en vía ordinaria la cuestión controvertida a través de su sentencia número 169/2023, de 2 de marzo, en virtud de la cual estima el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el Ministerio Fiscal, casando y anulando la sentencia de 6 de octubre de 2020 dictada por el TSJ País Vasco en el recurso de suplicación número 941/2020 resolviendo “[...] el debate en suplicación desestimando el de tal clase y , al efecto, [...]”²³ declara la firmeza de la sentencia de 18 de mayo de 2020 dictada por el Juzgado de lo Social número 5 de Bilbao.

En esta sentencia, que desestima la acumulación de los periodos de descanso a las familias “monomarentales”, el TS considera que, en aplicación de la normativa vigente que regula la cuestión, se cumplen las exigencias derivadas del Derecho de la Unión Europea, de la Constitución y de los Acuerdos y Tratados Internacionales, y en la que el legislador ha considerado, dice, la ponderación de los diferentes intereses en juego²⁴, la petición debe desestimarse. El TS en diversas ocasiones a lo largo de la sentencia, explicará cómo es al legislador a quien le corresponde “determinar el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar o las modificaciones para adaptarlas a las necesidades del momento”²⁵. Por ello, entiende que otro tipo de interpretación excedería de sus funciones de aplicación e interpretación de la norma, suponiendo una intervención en el ordenamiento jurídico no deseable.

4.2. De los argumentos del Tribunal Supremo

Podríamos resumir, a nuestro entender, en dos los principales argumentos del Alto Tribunal para la resolución del litigio:

pronunciamientos judiciales. Sin embargo, si esta es la perspectiva preferente en el análisis, y no el fomento de la corresponsabilidad a que atiende, según la Exposición de Motivos del RDL 6/2019, la reforma de la protección por nacimiento y cuidado de hijos...”

²³ Fallo de la STS 169/2023, de 2 de marzo de 2023.

²⁴ STS 169/2023, de 2 de marzo de 2023, FD 4º: “Sin que tal ponderación, cuyo resultado es la normativa vigente, pueda ser obviada por el intérprete y aplicador de la ley [...]”.

²⁵ STS 169/2023, de 2 de marzo de 2023, FD 4º, apartado 2º.

- La función de los jueces y tribunales es la aplicación e interpretación de la norma, pero no la creación del derecho, cuestión que le correspondería al legislador²⁶.
- Los artículos afectados no resultan contrarios a la CE, ni a la normativa internacional, especialmente del derecho de la Unión Europea, ni resulta contraria a los acuerdos, pactos o convenios internacionales suscritos por España y de ellos no se deriva la exigencia de una pretensión como la aquí reclamada²⁷.

Así pues, en relación con el primero de los argumentos, el Tribunal Supremo, remitiéndose a la doctrina del Tribunal Constitucional, en adelante, TC, sostendrá

²⁶ STS 169/2023, de 2 de marzo de 2023, FD 5º, apartado 1º: “[...] lo que se nos pide va más allá de lo que significa “interpretar y aplicar derecho” y se sitúa en el ámbito de su creación.”; A este respecto, Blasco Jover, C., indica que “El argumento principal tiene una lógica jurídica impecable: corresponde a quien legisla -no a los jueces y Tribunales- modificar el régimen de la suspensión contractual y el régimen prestacional y más si ello puede “potencialmente afectar a la economía del sistema contributivo de protección social”, *op.cit.* pág.1 y 2. Vid. también voto particular efectuado por el Magistrado García-Perrote Escartín a la STS 169/2023, de 2 de marzo de 2023: “La sentencia de la que discrepo recuerda con toda razón la diferencia entre la función propiamente legislativa y la función judicial. Recuerda igualmente, asimismo con toda razón, que la Seguridad Social es de configuración legal. Ambas cosas son ciertas, sin duda. Pero me parece que ello no es incompatible con la realización de la interpretación integradora ...”; En la línea de este criterio el Magistrado Ruiz Ruiz, en su Voto Particular emitido a la STSJ Cataluña 6389/2022, de 29 de noviembre de 2022: “...entiendo, sin embargo y como indico, que la labor de la Sala ha infringido el principio de exclusividad jurisdiccional de su función que, y en el plano negativo mencionado, le impide apropiarse de funciones correspondientes a otros Poderes del Estado, en este caso, de las del Poder Legislativo. Y lo hace por cuanto recorre, entiendo, una vía jurídica y una práctica judicial que puede calificarse de sustancial en tanto que resulta, parece inexcusable reconocerlo, verdaderamente “creadora” de Derecho al sancionar no solo prestaciones de Seguridad Social no existentes y modificaciones de los contratos de trabajo que, no solo la norma legal descarta, sino que, y en algún caso, proscribire directa e inequívocamente.”. En sentido parecido la STSJ Islas Canarias 105/2023, de 24 de enero 2023: “Sin embargo, concluimos que no corresponde a los jueces y tribunales, en su función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, ex artículo 117 de la Constitución Española, configurar derechos de alcance prestacional al margen de los principios básicos del sistema y de su preceptiva configuración legal, suplantando de esta forma las funciones asignadas a otro Poder del Estado.”.

²⁷ En relación con esta cuestión, también se han seguido diferentes criterios por los jueces y tribunales. Así, a modo de ejemplo, STSJ Cataluña 6389/2022, de 29 de noviembre de 2022, FD 3º: “... ninguna previsión específica se contempla para ese modelo familiar, lo que determina que, en función de la interpretación que se efectúe del artículo 177 de la LGSS en relación con el artículo 48.4 del ET, pueda producirse una insuficiente tutela legal de la protección de la familia y del menor...”. Unido a lo anterior, STSJ Cataluña 6530/2022, de 7 de diciembre de 2022, FD 3º, párrafo 3º: “La Sala, por tanto, no cuestiona la adecuación a la CE de los arts. 48 ET y 177 LGSS, sino que advierte en ellos un redactado que precisa de una labor de interpretación integradora que los armonice con la Carta Magna y la normativa supranacional antes aludida”. De ello entendemos que el TSJ Cataluña analiza que lo que conculcaría la CE no son los preceptos sino la interpretación que de los mismos se haga.; En otro sentido, STSJ País Vasco 1217/2020, de 6 de octubre de 2020: “Hemos anunciado que existen otros planos de confluencia en el derecho a la prestación que se reclama, y de aquí el que consideremos que la norma introduce un elemento importante de

en su fundamentación que el artículo 41 de la CE “convierte a la Seguridad Social en una función estatal en la que pasa a ocupar una posición decisiva el remedio de situaciones de necesidad” y es el legislador quien tiene la capacidad para organizar ese sistema de protección social “ con el alcance y la concreción de medidas que elija en atención a la delimitación de las necesidades que en cada momento considere más acuciantes y relevantes” y quien debe concretar, determinar y en su caso modificar el nivel y condiciones de las correspondientes prestaciones para adaptarlas a dichas situaciones de necesidad a satisfacer.²⁸

En tanto en cuanto, la pretensión objeto de debate a juicio del Tribunal afectará tanto al ámbito de las prestaciones contributivas de la Seguridad Social como al ámbito de la relación contractual con el empleador (específicamente concreta las consecuencias del reconocimiento de una pretensión como la aquí debatida en (i) la creación de una prestación contributiva nueva en favor de los progenitores de familias monoparentales limitada a la duplicación de la ya reconocida, “alterando

discriminación respecto a la mujer y a los fundamentos de la conciliación de la vida familiar. Como hemos estimado la prestación conforme hemos indicado en los ordinales precedentes, vamos a apuntar, exclusivamente, aquellas razones que hemos apreciado que pudieran ser vulneradoras de la Constitución, y en base a ellas el posible planteamiento de una cuestión de Inconstitucionalidad”; Asimismo, Tuset Del Pino, P. refiriendo la posibilidad de recurrir en recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional y sobre el planteamiento de cuestión prejudicial al TJUE formulada por el Juzgado de lo Social número 1 de Sevilla, en “La ampliación del permiso por maternidad en los supuestos de familias monoparentales. Apuntes de urgencia acerca de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de marzo de 2023”, *Economist & Jurist*. (2023, 3 de marzo). <https://www.economistjurist.es/premium/la-firma/la-ampliacion-del-permiso-por-maternidad-en-los-supuestos-de-familias-monoparentales-apuntes-de-urgencia-tras-la-sentencia-del-supremo/>.

²⁸ STS 169/2023, de 2 de marzo de 2023, FD 4º, apartado 2: “Por lo que respecta a la CE, hemos afirmado que según constante y reiterada doctrina constitucional, corresponde al legislador determinar el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar o las modificaciones para adaptarlas a las necesidades del momento. Así lo vino señalando el Tribunal Constitucional como se recuerda en su sentencia 75/2011 diciendo que “el art. 41 CE convierte a la Seguridad Social en una función estatal en la que pasa a ocupar una posición decisiva el remedio de situaciones de necesidad, pero tales situaciones han de ser apreciadas y determinadas teniendo en cuenta el contexto general en que se producen y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales. No puede excluirse por ello que el legislador, apreciando la importancia relativa de las situaciones de necesidad a satisfacer, regule, en atención a las circunstancias indicadas, el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar o las modifique para adaptarlas a las necesidades del momento (STC 65/1987, de 21 de mayo, FJ 17)”. En definitiva, como advierte la propia STC 197/2003, de 30 de octubre, FJ 6 *in fine*, si bien la cobertura de las situaciones de necesidad de los colectivos sociales “es un ideal claramente deseable a la luz de los principios rectores de la política social y económica que nuestra Constitución asume en sus arts.41 y 50 y que han de informar la legislación positiva - art. 53.3 CE-”, sin embargo “este Tribunal Constitucional no debe interferir con decisiones singularizadas susceptibles de alterar el equilibrio económico financiero del conjunto del sistema, salvo que la diferencia de tratamiento controvertida esté desprovista de toda y razonable (STC 184/1993, de 31 de mayo, FJ 6)”. En ese mismo FD, apartado 3: “tales requerimientos están dirigidos al legislador que es quien tiene la capacidad y la responsabilidad de organizar el sistema de protección social con el alcance y la concreción de medidas que elija en atención a la delimitación de las necesidades que en cada momento considere más acuciantes y relevantes.”

la configuración diseñada por el legislador” (ii) y en la modificación del régimen jurídico de la suspensión contractual regulada en el artículo 48.4 ET que afectaría también al empleador, “que se vería obligado a soportar una duración mayor de la suspensión contractual prevista expresamente en la ley, lo que le afectaría en sus previsiones de sustitución o de reorganización de la empresa y que, a salvo de una intervención normativa ulterior, no le eximiría del cumplimiento de las obligaciones de cotización en materia de Seguridad Social”²⁹ el Alto Tribunal razonará que una intervención como la que se pretende excedería de su función de aplicación e interpretación de la norma correspondiendo dicha actuación solamente al legislador³⁰. Sin embargo, como más adelante se dirá al analizar el voto particular, en otras ocasiones el TS ha realizado interpretaciones que no han sido una mera aplicación de la norma sino creadora de derecho (“teoría del paréntesis”, “días cuotas”, “trabajadores indefinidos no fijos de las Administraciones Públicas”, “maternidad subrogada”...).

El segundo de los motivos que lleva al TS a estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina es el concerniente a la legalidad de la normativa analizada que indica no “resulta contraria a la letra o al espíritu de la Constitución Española, ni se sitúa al margen de la normativa internacional, especialmente del

²⁹ STS 169/2023, de 2 de marzo de 2023, FD 3º, apartado 1: “Como veremos, de inmediato, la solución que pueda darse a tal cuestión no sólo afectará al ámbito de las prestaciones contributivas de la Seguridad Social, sino que también producirá efectos en el ámbito de su relación contractual con el empleador, dado que para el disfrute de la prestación solicitada resultaría ineludible la ampliación de la duración de la suspensión del contrato prevista en el artículo 48.4 ET.” y apartado 3º: “Desestimar el recurso que examinamos y confirmar la sentencia recurrida implicaría varias consecuencias que interferirían sensiblemente en el orden normativo expuesto ya que, en primer lugar, supondría crear una prestación contributiva nueva en favor de los progenitores de familias monoparentales que, además, quedaría estrictamente limitada a la duplicación de la duración de la misma, sin modificar los condicionantes específicos en materia de período de cotización previa o del régimen jurídico de su propia concesión o subsistencia, alterando la configuración diseñada por el legislador. En segundo lugar, necesariamente, deberíamos modificar el régimen jurídico de la suspensión contractual por causa de nacimiento y cuidado de hijo que tan prolijamente establece el apartado 4 del artículo 48 ET, lo que, sin duda de clase alguna, afectaría al otro sujeto de la relación contractual que se vería obligado a soportar una duración mayor de la suspensión contractual prevista expresamente en la ley, lo que le afectaría en sus previsiones de sustitución o de reorganización de la empresa y que, a salvo de una intervención normativa ulterior, no le eximiría del cumplimiento de las obligaciones de cotización en materia de Seguridad Social.”

³⁰ STS 169/2023, de 2 de marzo de 2023, FD 3º, apartado 3: “Una intervención de tal calibre dista mucho de lo que la organización constitucional del Estado encomienda a los jueces y tribunales. Su función es la aplicación e interpretación de la norma, pero no la creación del derecho. La intervención en el ordenamiento jurídico que exige una pretensión como la que se sostiene en el presente procedimiento sólo le corresponde al legislador, sin que la misma pueda ser suplida a través de resoluciones judiciales que vayan más allá de sus propias funciones jurisdiccionales, entre las que no se encuentran, desde luego, la modificación del régimen prestacional de la Seguridad Social, ni la modificación de la organización de la suspensión del contrato de trabajo por causas previstas en la ley, a través de la aplicación de criterios interpretativos concretos previstos legalmente que no se circunscriben a la aplicación de la norma en supuestos fácticos que, razonablemente, no parecen claramente delimitados en el ámbito de afectación de la norma interpretada.”

derecho de la Unión Europea, ni resulta contraria a los acuerdos, pactos o convenios internacionales suscritos por España³¹. Una interpretación más que discutible, pues de todos es conocido que el verdadero o auténtico intérprete de tales normas son: el TC, el TJUE o, en su caso, el TEDH.

En definitiva, para resumir, la discusión sobre si el sistema de protección resultante a las familias monoparentales es o no el mejor de los posibles excederá de las funciones que le son propias³², para además advertir, que el reconocimiento de una pretensión como la aquí debatida no es una exigencia que se derive de la Constitución, ni de la norma de la UE, ni de ningún acuerdo o tratado de aplicación.³³

El TS sigue ahondando en su argumentación, sobre la base de lo que hasta aquí se ha expuesto, pues no puede atenderse a lo que se pide ya que ello supondría la posible ampliación de la protección que el sistema otorga a un determinado colectivo –las familias monoparentales– cuyo alcance, e intensidad corresponde determinarlo al legislador; no siendo función de los órganos jurisdiccionales adoptar decisiones singularizadas que sustituyan la configuración efectuada por legislador, especialmente si tales decisiones pueden potencialmente afectar a la economía del sistema contributivo de protección social. Además, entiende el TS, que la regulación vigente de la protección por nacimiento y cuidado del menor en este tipo de familias, no resulta contraria al principio de igualdad del artículo 14 CE, ni contraviene ningún principio constitucional, “sin perjuicio de que de *lege ferenda* pudiera ser deseable que fuera mayor o más intensa”³⁴.

Para cerrar su argumentación, el TS aprovecha para razonar por qué las dos argumentaciones más importantes que apoyarían la interpretación a favor de la

³¹ STS 169/2023, de 2 de marzo de 2023, FD 4º, apartado 1.

³² STS 169/2023, de 2 de marzo de 2023, FD 4º, apartado 1: “La discusión sobre si el sistema resultante de protección a las familias monoparentales es o no el mejor de los posibles excede con mucho de las funciones de los órganos jurisdiccionales que sí están obligados a comprobar el respeto y la adecuación del concreto régimen jurídico cuestionado a las exigencias de las normas nacionales o internacionales que pudieran condicionar la configuración legal”.

³³ STS 169/2023, de 2 de marzo de 2023, FD 4º, apartado 1: “En este sentido, el reconocimiento al único progenitor de una familia monoparental de la prestación por nacimiento y cuidado de menor que le hubiera correspondido al otro progenitor en supuestos en los que ya se le ha reconocido dicha prestación propia no resulta una exigencia que derive ni de la CE, ni de ninguna norma de la UE, ni de ningún acuerdo o tratado internacional ratificado por España.”.

³⁴ STS 169/2023, de 2 de marzo de 2023, FD 4º, apartado 2. Vid., también, STJS Valencia 3471/2021, de 30 de noviembre de 2021, FD 2º: “En conclusión, el trato diferenciado que, en suma supone que el progenitor de la familia monoparental tenga acceso a una prestación superior y distinta a la que se reconoce a cada uno de los que conforman la familia biparental, reclama una regulación que así lo establezca de manera explícita, lo que no se desprende de la en vigor al tiempo de la solicitud actora ...”. O como indica Blasco Jover, C., “Indudablemente, la labor de quien legisla es fundamental, pues ha de determinar las condiciones de disfrute de la suspensión y de acceso a la prestación para adaptarlas a las necesidades del momento, por lo que el trato diferenciado que supone que el progenitor solo tenga derecho a una suspensión/prestación distinta (doble o no) por nacimiento de hijo reclama una regulación que así lo establezca explícitamente”,..., *op.cit.* pág.3. Vid. STSJ de Islas Canarias 105/2023, de 24 de enero de 2023: “Todo ello nos

acumulación de los periodos de descanso, esto es, la aplicación del principio del interés superior del menor y la aplicación de la perspectiva de género, no han de tenerse en cuenta en la resolución de la litis.

En relación con la aplicación del principio del interés superior del menor, comienza recordando el TS que “en toda la regulación de la prestación por nacimiento de hijo y cuidado del menor está, sin duda presente, la atención a ese singular interés,” pero no es el único, dice, “razón por la que el legislador, también ha prestado especial atención al principio de igualdad entre hombres y mujeres al confeccionar una normativa que, asimismo, tiene como finalidad lograr la corresponsabilidad entre ambos progenitores en el cuidado del menor.”³⁵ Indica el TS que efectuada por el legislador la ponderación de los intereses que deben considerarse en la regulación de la materia ha considerado que el disfrute de los derechos de conciliación y la protección dispensada en estos casos eviten que el ejercicio de aquellos perpetúe roles de género; esta ponderación fue adoptada en una regulación que, según el TS, se ajusta las normas internacionales como a la CE, y no puede ser obviada por el intérprete y aplicador de la ley³⁶.

El interés del menor no podrá ser determinante, a juicio del TS, para la solución del conflicto, no solo porque no lo considera el único en juego sino porque,

permite afirmar que el legislador, identificada una concreta situación de necesidad y conforme a una finalidad específica, diseñó un sistema de protección para el supuesto de nacimiento y cuidado del menor, comprendiendo como beneficiario al progenitor distinto de la madre, reconociendo un derecho prestacional a modo de subsidio de carácter condicionado, pues su efectividad no depende en exclusiva de la consideración de progenitor, sino y además, del cumplimiento de los requisitos típicos para el acceso a las prestaciones de nivel contributivo del Régimen General de la Seguridad Social, cuales son la afiliación y alta en dicho Régimen o situación asimilada a la de alta al sobrevenir la situación protegida, así como el cumplimiento de los requisitos de cotización contemplados en el artículo 178 de la LGSS. Derecho, en todo caso, individual e intransferible. Lo pretendido por la beneficiaria, y que obtuvo favorable acogida en la instancia, supondría alterar el contenido de la acción protectora de la Seguridad Social afectando a la contributividad del sistema y, en definitiva, a su sostenibilidad económica, reconociendo un derecho que el legislador, atendida la configuración legal del mismo, ha delimitado perfectamente en su dimensión objetiva y subjetiva y cuya titularidad es ajena a la recurrida. Y si bien es cierto que el principio de contributividad ha resultado matizado considerando el carácter redistribuidor inherente a la seguridad social, es al legislador a quien incumbe desplazar la proporcionalidad entre cotización y prestación, garantizando en todo caso la viabilidad, sostenibilidad y eficacia del sistema. (STC 91/2019, de 3 de julio de 2019 (RTC 2019, 91)). En definitiva, afirmamos la existencia de una situación de necesidad amplificada en las familias monoparentales, que incrementa el riesgo de vulnerabilidad y exclusión social, dificultando la conciliación entre la vida familiar y laboral. Al igual que mantenemos que tal evidente situación de necesidad resultaría merecedora de una especial regulación que removiera los obstáculos que dificultan o impiden la libertad de elección partiendo del reconocimiento de la diversidad familiar. Sin embargo, concluimos que no corresponde a los jueces y tribunales, en su función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, ex artículo 117 de la Constitución Española, configurar derechos de alcance prestacional al margen de los principios básicos del sistema y de su preceptiva configuración legal, suplantando de esta forma las funciones asignadas a otro Poder del Estado.”

³⁵ STS 169/2023, de 2 de marzo de 2023, FD 4º, apartado 4.

³⁶ STS 169/2023, de 2 de marzo de 2023, FD 4º, apartado 4.

además, no considera que exista “una supuesta vulneración de un teórico derecho del menor de las familias monoparentales a ser cuidado en condiciones de igualdad con respecto a las biparentales”. Ello en tanto en cuanto el acceso a la prestación que le corresponde al otro progenitor precisa del cumplimiento de unos requisitos que no implica que se reconozca a todas estas familias en todo caso³⁷.

Pero aquí tendría que hacerse una consideración que el TS ha obviado: no cabe duda de que el tiempo de descanso para el cuidado de los menores es mayor en las familias biparentales, por lo que a causa de ello podría darse un mejor cuidado y atención a los menores que en las familias monoparentales y ello independientemente de que pueda ser más o menos frecuente, como indica el TS, que haya familias biparentales en las que solo uno de los miembros podrá acceder a la protección por nacimiento³⁸ y ello porque este matiz que recalca el TS parece desconocer que la única persona que está al cargo y cuidado de los menores en las familias monoparentales, es la que se tiene que incorporar al trabajo, mientras que en las biparentales, gestionando el tiempo de ambos progenitores trabajadores, habrá durante más tiempo la posibilidad de que un adulto lo asista.

Además, también considerará el TS como no determinante para la resolución del litigio la interpretación con perspectiva de género pues la pretensión “va más allá de lo que significa “interpretar y aplicar el derecho” y se sitúa en el ámbito

³⁷ Pero en estos casos, aunque uno de los progenitores no trabaje fuera del hogar familiar y, por ende, no haya derecho a la protección por nacimiento, el menor tendrá por dicho motivo asegurado su cuidado ya que lo lógico es que el progenitor que “no trabaja” fuera del hogar familiar se encargará de tales labores. Vid. STS 169/2023, de 2 de marzo de 2023, FD 4º, apartado 4. En relación a esta cuestión STSJ C. Valenciana 3020/2021, de 19 de octubre de 2021, FD 2º y STSJ C. Valenciana 3471/2021, de 30 de noviembre de 2021, FD 2º: “El argumento de la protección del menor como sustento del recurso es falaz, pues no existe una supuesta vulneración de un teórico derecho del menor de las familias monoparentales a ser cuidado en condiciones de igualdad con respecto a las biparentales. Antes al contrario, como se ha dicho antes, en el caso de las familias biparentales la prestación que corresponde al progenitor respecto las doce semanas adicionales precisa como condición inexcusable su encuadramiento en la Seguridad Social y cubrir un periodo mínimo de carencia, en caso contrario no se le concede, de modo que el interés del menor no puede ser el factor decisivo en esta cuestión, sin que pueda alegarse un trato desigual de ambos tipos de familias, desigualdad que sí se daría respecto la recurrente monoparental en el supuesto de las biparentales en que uno de los progenitores no pudiera beneficiarse de las doce semanas invocadas en la demanda y recurso.”

³⁸ STS 169/2023, de 2 de marzo de 2023, FD 3º, apartado 1. En relación con esta cuestión, De La Puebla Pinilla, A., “Ciertamente, el interés del menor se ve favorecido por la interpretación sostenida en estos pronunciamientos judiciales. Sin embargo, si esta es la perspectiva preferente en el análisis, y no el fomento de la corresponsabilidad a que atiende, según la Exposición de Motivos del RDL 6/2019, la reforma de la protección por nacimiento y cuidado de hijos, no puede desconocerse que este no prevalece en otras situaciones en las que, por circunstancias diferentes a la de producirse el nacimiento o la adopción en una familia monoparental, solo uno de los progenitores disfruta de la protección social. ... Pero tampoco debe olvidarse que el interés del menor, recibir la compañía, cuidado y atención de su/s progenitor/es, resulta posible en caso de dos progenitores, reciban o no ambos la prestación de la Seguridad Social”..., *op.cit.* pp. 205-206.

de su creación”³⁹, interpretación que no cabe aplicar, razona el Alto Tribunal. Argumento discutible ya que la CE es la norma que ha de ser aplicada para corregir los “excesos” y “defectos” del legislador. Es cierto que el legislador ha intervenido y establece una normativa que tiende corresponsabilizar al varón en la educación y crianza de los hijos, como la fórmula elegida para corregir y evitar una discriminación ancestral de la mujer en este terreno que resultaba urgente remediar, pero lo ha hecho de forma defectuosa. Parece demasiado aventurado o atrevido por parte del TS calificar este déficit de protección como algo “querido y consentido por el legislador”⁴⁰.

Con todo, el conjunto de razonamientos expuestos anteriormente llevará al TS a estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Ministerio Fiscal y a desestimar la pretensión de las familias monoparentales.

Más que duplicación⁴¹, podría haberse entendido, a nuestro juicio, una igualación de condiciones en beneficio del menor para su necesario cuidado.

Con todo, la STS de 2 de marzo de 2023 es una sentencia con un correcto diseño argumental. De hecho, dos magistrados se apartan del consenso mayoritario al entender que el TS tendría que haber adoptado la posición contraria.

³⁹ STS169/2023, de 2 de marzo de 2023, FD 5º, apartado 1.

⁴⁰ STS 169/2023, de 2 de marzo de 2023, FD 5º, apartado 1.; Sobre el conocimiento por parte del legislador de la cuestión la STS 2 de marzo de 2023, en su FD 5º, apartado 2, indicará: “Además, a juicio de la Sala, los datos disponibles revelan que estamos ante una situación conocida por el legislador que, por razones en las que no nos corresponde entrar, ha decidido de momento no intervenir para regular la situación que aquí se plantea. Ello sin perjuicio de que pueda realizarlo en cualquier caso cuando lo considere oportuno. Lo bien cierto es que, a la fecha de la deliberación de esta resolución, consta que el parlamento no ha aprobado una proposición de ley orientada a ampliar el permiso a 32 semanas en el caso de las familias monoparentales (B.O. Congreso de los Diputados de 14 de enero de 2022) y que, en fecha recientísima, el Senado ha desestimado por abrumadora mayoría una enmienda, [...] consistente en la modificación del artículo 48.4 ET en el siguiente sentido: “en el supuesto de familias monoparentales, la persona trabajadora podrá acumular el tiempo de permiso que correspondería a la otra persona trabajadora si la hubiera”. (Diario Oficial del Senado de 8 de febrero de 2023).”

⁴¹ STS 169/2023, de 2 de marzo de 2023, FD 3º, apartado 3. Sobre esta cuestión STSJ C. Valenciana 3020/2021, de 19 de octubre de 2021, FD 2º y STSJ C. Valenciana 3471/2021, de 30 de noviembre de 2021, FD 2º: “Siendo evidente la falta de amparo normativo de la extensión a las familias monoparentales del permiso de doce semanas adicionales dispensado para las familias biparentales, no debe caer en saco roto que la concesión de este supone que el progenitor distinto de la madre necesariamente se halle afiliado a la Seguridad Social, en alta o en situación asimilada y cubra un periodo mínimo de cotización, de ahí que la inexistencia de un progenitor que cumpla estos requisitos legales no puede ser suplida como una ficción por la propia madre integrante de la familia monoparental, pues además la prestación de esas doce semanas implica que al abonarse en función de la base reguladora diaria del beneficiario, lo lógico es que sea distinta, superior o inferior a la de la madre, mientras que en el caso resuelto por la sentencia del TSJ del País Vasco, como aquí se reclama, la de estas doce semanas añadidas sería la misma que para las primeras dieciséis, supliendo a ese ficticio progenitor.”; En otro sentido, STSJ Cataluña 6530/2022, de 7 de diciembre de 2022, FD 5º, párrafo 3º: “La prestación no se reconoce en modo alguno creando la ficción de que existe otro progenitor sino, precisamente, partiendo de forma básica de que el mismo

5. DE LOS VOTOS PARTICULARES

Como ya hemos adelantado, la sentencia aquí comentada cuenta con el voto particular formulado por el Magistrado García-Perrote Escartín, al que se adhiere la Magistrada Virolés Piñol.

Dicho voto se sustenta sobre argumentos o consideraciones principales:

- El interés superior del menor, de obligada consideración primordial, principio en los que en otros asuntos se ha basado la Sala IV.
- Así como en la perspectiva de género.

En relación con la primera consideración que es junto con la interpretación de la cuestión bajo la perspectiva de género el argumento principal de las sentencias que estiman la pretensión aquí debatida, los Magistrados discrepantes consideran que es posible realizar una interpretación integradora de las normas aplicables basándose en el conjunto de normas tanto nacionales como supranacionales que establecen, dice, el interés superior del menor y su consideración primordial como “un derecho y, en todo caso, el principio interpretativo que debe prevalecer” indicando el voto particular, expresamente, que esas normas mencionan a los tribunales.⁴²

Concretan estos Magistrados el acervo normativo sobre los que justifican su decisión, entre otras, en la Constitución Española, destacando la relevancia constitucional de la protección de la familia, de los niños y de las madres; la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea donde destacan la consideración primordial que ha de tener el interés superior del niño; la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989⁴³ en donde referencian la mención que la norma hace a los tribunales y a la atención a la consideración primordial del interés superior del niño en las medidas que adopten; el considerando (37) de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio

no existe... Exactamente lo mismo hace la Sala cuando reconoce el derecho, sin ficción alguna. La desigualdad que precipita la estimación de la pretensión de la parte actora tiene que ver a criterio de la Sala, precisamente, con la inexistencia de otro progenitor, y con la condición de madre soltera como estado civil (al margen de la protección del menor). Por tanto, no se produce infracción del art. 178 LGSS porque la única persona a la que se reconoce la prestación es la que debe reunir los requisitos de alta y carencia, y precisamente lo que sería una ficción sería exigir el cumplimiento de esos requisitos a alguien que no existe, como pretende la recurrente.”.

⁴² Argumento Segundo del voto particular; En este sentido, el voto particular emitido por las Magistradas Arellano Martínez y Poyatos i Matas a la STSJ de Islas Canarias 105/2023, de 24 de enero de 2023: “El interés del menor se configura así, en virtud de las disposiciones citadas, como un principio general que sirve como canon interpretativo del ordenamiento jurídico nacional y, en concreto, en la cuestión que ahora se somete a nuestra consideración, en la aplicación de las normas en materia de protección de la maternidad y paternidad. La regulación protege tanto los intereses de la madre al cuidado de su salud y los del otro progenitor (en caso de concurrir), para favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, fomentando la corresponsabilidad de madres y padres en el cuidado de los hijos comunes, y también, los del menor.”.

⁴³ Ratificada por España y publicada en el BOE de 31 de diciembre de 1990.

de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/2018/UE del Consejo⁴⁴, del que expresamente subraya el Magistrado en su fundamentación la “especial mención a las familias monoparentales y a que el permiso parental se adapte a sus ‘necesidades específicas’”.

Junto a ello, nuestra normativa interna de protección de niños y menores, entre las que indica la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor de la que se destaca el derecho del menor a que su “interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernen, tanto en el ámbito público como privado”. Señalando muy ciertamente a nuestro juicio que, en aplicación de la Ley Orgánica 1/1996 y en las medidas concernientes a los menores que adopten, entre otras instituciones, los “Tribunales”, ha de primar el interés superior de los menores sobre “cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”.

Además, el preámbulo de la Ley Orgánica 8/2015 “afirma que el interés superior del menor además de ser un “derecho sustantivo”, es un “principio general de carácter interpretativo”, de manera que, si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma, “se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor”. Argumento, sin duda, contundente.

Todo ese conjunto normativo sobre el que se asienta la relevancia de tener en cuenta el interés superior del menor como principio interpretativo lleva a los Magistrados discrepantes a considerar que la solución del supuesto pasaría por una interpretación integradora de la normativa que estimase la pretensión y reconociese el derecho de la demandante.

El voto particular va más allá. No solo considera que se debería estimar la pretensión en base a la aplicación de la interpretación del interés superior del menor y la perspectiva de género, sino en base a lo que considera seguir los precedentes de la Sala en los que se ha aplicado una interpretación integradora que ha llevado al reconocimiento de prestaciones de Seguridad Social y a la suspensión de contratos de trabajo en base a ese interés superior del menor y/o realizando la interpretación con perspectiva de género, no entendiéndose dice, por qué no es posible dichas interpretaciones en un caso como el que aquí nos ocupa.

Así se hace referencia, entre otros, a los supuestos de maternidad subrogada en los que se reconoció la prestación pese a no estar expresamente previstos por el legislador mencionando entre otras la STS del Pleno 881/2016, 25 de octubre de 2016 (rcud. 3818/2015); la STS 953/2016, de 16 de noviembre de 2016 (rcud. 3146/2014) y la STS 1005/2017, de 14 de diciembre de 2017 (rcud. 2859/2016), sentencias en las que se indica que “la falta de regulación expresa

⁴⁴ Reseñando el voto particular en este caso cómo en dicho considerando se “anima a los Estados miembros a que valoren si las condiciones y las modalidades detalladas de ejercicios del derecho al permiso parental... deben adaptarse a necesidades específicas, por ejemplo, (entre otros supuestos, de) familias monoparentales...”.

no necesariamente impide la interpretación favorable a lo solicitado en base a los objetivos constitucionales de protección del menor”. O “a señalar la interpretación integradora que preconiza... en base al interés superior del menor y la protección integral del hijo” y, por último, subraya la mención que la sentencia 1005/2017 hace en relación con que “el interés superior del menor y la protección de la familia y de la infancia han de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier “duda exegética” así como la apelación que hace a los criterios hermenéuticos del artículo 3.1 CC...”.

Cuestiona así el voto particular por qué en los anteriores supuestos sí fue posible realizar una interpretación integradora que reconocía prestaciones de Seguridad Social y suspensiones del contrato de trabajo en base al principio del interés superior del menor y en este supuesto no ha sido así⁴⁵, argumento al que añade que en igual medida, tampoco entiende por qué el TS no ha procedido a aplicar el criterio de interpretación del supuesto con perspectiva de género, referenciando otros supuestos donde sí ha sido de aplicación y que, a criterio del voto particular, la resolución de la cuestión aquí debatida debiera haber sido también favorables en base a esas dos perspectivas, interés superior del menor y perspectiva de género.

Estos argumentos sobre el interés superior del menor y la interpretación de los preceptos con perspectiva de género han sido utilizados por muchos Jueces y Tribunales para la resolución de la cuestión⁴⁶. Por poner algún ejemplo se puede citar las STSJ de Cataluña 6389/2022, de 29 de noviembre de 2022 y 6530/2022, de 7 de diciembre de 2022, STSJ Madrid 584/2022, de 17 de junio de 2022, STSJ Galicia 425/2022, de 28 de enero de 2022, STSJ Castilla y León, Burgos 541/2022, de 21 de julio de 2022 y el voto particular formulado por las Magistradas Arellano Martínez y Poyatos i Matas a la STSJ de Islas Canarias 105/2023, de 24 enero de 2023, entre otros.

⁴⁵ Vid. Beltrán De Heredia Ruiz, I. que indica que “Estos precedentes evidencian que, o bien, en el pasado, el TS se *extralimitó* en su función judicial, o bien, (más ajustado) no lo hizo y, por consiguiente, en este caso se está quedando *corto*”, en “Sobre la prestación por nacimiento y cuidado del menor en familia monoparental o monomarental (STS\Pleno 2/3/23)”. *Una mirada crítica a las relaciones laborales*. (2023, 21 de marzo). <https://ignasibeltran.com/2023/03/21/sobre-la-prestacion-por-nacimiento-y-cuidado-del-menor-en-familia-monoparental-o-monomarental-stspleno-2-3-23/>. Vid. Rojo Torrecilla, E., “¿Miedo escénico o precaución jurídica en el TS? A propósito de la sentencia de 2 de marzo de 2023 sobre la duración de los periodos de descanso en los permisos por nacimiento para familias monomarentales. El nuevo y cambiante mundo del trabajo” en *Blog Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, (2023, 11 de marzo). <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2023/03/miedo-escenico-o-precaucion-juridica-en.html?m=1>

⁴⁶ *In extenso* sobre esta polémica judicial, véase Aragón Gómez, C. “Sobre los límites del poder judicial reflexiones al hilo de las recientes sentencias en materia de nacimiento y cuidado en caso de familias monoparentales y muerte fetal” en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, N.º. 97, 2023.

6. CONCLUSIONES

A la vista de lo anterior, la complejidad de la cuestión resulta incuestionable. Quienes escriben el presente comentario son de la opinión de que la pretensión debatida debe tener favorable acogida y de que la atención y cuidado del menor debe situarse en una posición central a la hora de legislar e interpretar cuestiones como la presente.

Como se ha dicho, esta regulación “ha generado un evidente clamor social por el que se viene exigiendo al legislador que las particularidades de las familias monomarentales sean tomadas en consideración por el ordenamiento jurídico”⁴⁷.

Ahora bien, mientras uno de los autores considera correcta la doctrina del TS y es el legislador quien tiene que modificar la normativa, el otro considera que el TS ha perdido una oportunidad para solucionarlo. No obstante, se han tratado de mostrar en el presente comentario las diferentes posturas que se han conocido sobre la cuestión y exponemos, así, a continuación, con la mayor consideración, las conclusiones que a nuestro juicio invita a reflexionar el análisis de una cuestión como la aquí debatida.

La primera de dichas reflexiones nos sitúa en presencia de una regulación interna, que vamos a concretar en los artículos 48.8 ET y 177 de la LGSS, que potencialmente puede generar una situación de desigualdad entre el tiempo de atención y cuidados que puede llegar a recibir un menor perteneciente a una familia monomarental respecto de una familia biparental. Se indica “potencial situación” porque ello no siempre va a ser así, pero en los casos en los que ambos progenitores de una familia biparental accedan a la prestación de la Seguridad Social, por cumplimiento de los requisitos de afiliación y cotización precisos, y dichas prestaciones se disfruten de forma sucesiva, el tiempo de atención y cuidado que va a recibir una menor perteneciente a una familia biparental va a ser mayor que el que puede llegar a recibir un menor de una familia monomarental, pese a que las necesidades de atención y cuidados son las mismas y la complejidad de conciliación para las familias monomarentales son, a priori, mayores que en las biparentales.

Dicha situación se deriva de una configuración de la prestación por nacimiento y cuidado de menor y suspensión del contrato de trabajo por dicha causa en la que solo se tiene en cuenta el modelo familiar biparental y que tiene como una de sus principales finalidades, entre otras, tal y como se ha indicado en cuanto antecede, la corresponsabilidad entre ambos progenitores en el cuidado del menor. Si bien dicha finalidad no es la única, es una cuestión que ha marcado la configuración o diseño actual de la prestación y que afecta al modo de reconocerla. Dos derechos independientes, intransferibles y de 16 semanas de duración.

⁴⁷ Vid. Aragón Gómez, C. “¿Está todo dicho con respecto a las familias monomarentales y la prestación por nacimiento de hijo? ¿Qué avanza el proyecto de ley de familias a este respecto?”, en www.elforodelabos.es, 29 de marzo de 2023.

En base a lo anterior, y teniendo en cuenta que como efectivamente dice el TS, la protección que debe dispensar la Seguridad Social le corresponde determinarla al legislador, se hace necesaria, en nuestra opinión, una reforma legislativa que solviente esa potencial desigualdad y que, contemplando los distintos modelos familiares presentes en la sociedad, como en este caso, las familias monomarentales, les de la protección necesaria para afrontar las dificultades de la conciliación de la vida familiar y laboral en igualdad de condiciones que para el resto de familias.

Ello no obsta para que, al igual que ocurre con los Magistrados discrepantes, no hayamos quedado convencidos sobre el porqué de la imposibilidad de resolver la cuestión en base a una interpretación integradora acorde con otros principios y valores fundamentales que han de regir en la normativa, toda vez que, como indica el voto particular el TS tiene precedentes de concesión de prestaciones de Seguridad Social y suspensiones del contrato de trabajo en supuestos en los que la normativa no lo contemplaba. Teniendo en cuenta el amplio conjunto normativo tanto nacional como supranacional que sustentan la posible aplicación del principio de interés superior del menor, realizando una interpretación con perspectiva de género de la cuestión y en atención a los precedentes de la Sala indicados, la decisión de la Sala bien pudiera haber sido la contraria. Respecto de la interpretación de normas, ha de tenerse en cuenta lo que se indica en las mismas, pero también, en casos en los que se afecta mayoritariamente a familias cuyo titular es una mujer, a otros condicionantes que de forma indirecta pueden producir discriminación. Y ello porque, ex art. 6.2 LO 3/2007 (y art. 2.1 b) de la Directiva 2006/54/CE), en caso de inexistencia de justificación objetiva en atención a una finalidad legítima y con medidas adecuadas, una situación en la que una disposición, criterio o práctica, aparentemente neutros pone a personas de un distinto sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro da lugar a una discriminación indirecta. Es importante en este sentido no solo nuestra jurisprudencia constitucional⁴⁸ sino también la del TJUE⁴⁹. Siguiendo sus precedentes, con todo el respeto que nos merece la Sala IV, con esta sentencia se ha perdido una oportunidad de corregir a través de la interpretación conforme a los principios, valores y normas internacionales y la CE una defectuosa redacción de la norma perjudicial para los menores y las mujeres. E incluso el criterio de igualdad de trato entre mujeres y hombres que exigiría, quizás, entender que la regulación vigente podría conculcar el artículo 14 CE.

No se puede negar que la solución por vía de la reforma legislativa es plenamente deseable para la resolución de una cuestión como la presente, pero si el Alto Tribunal ha sido competente para reconocer prestaciones de Seguridad Social y suspensiones de contratos laborales en otras ocasiones, este asunto es

⁴⁸ Vid. SSTC 253/2004, de 22 de diciembre, 49/2005 y 50/2005, de 14 de marzo, 61/2013, de 14 de marzo, 71/2013 y 72/2013, ambas de 8 de abril, y 116/2013 y 117/2013, ambas de 20 de mayo, o por reciente, 91/2019, de 3 de julio.

⁴⁹ Vid. las sentencias del Tribunal de Justicia de 22 de noviembre de 2012 (Elbal Moreno), 14 de abril de 2015 (Cachaldora Fernández), 9 de noviembre de 2017 (Espadas Recio) y 8 de mayo de 2019 (Villar Láiz).

merecedor de la explicación del porqué en el presente caso no se ha podido llegar a un pronunciamiento estimatorio de la cuestión.

Una reflexión final nos llevaría a concluir que, ni el legislador parece haber tenido en cuenta en el diseño de la norma esa especial finalidad de atención y cuidado del menor, ni, desde luego, a las familias monoparentales, o dicho de otro modo, no parece haber tenido en cuenta en su configuración al sujeto que la origina, esto es, al menor que precisa de los cuidados, ni el TS ha seguido sus precedentes para realizar una interpretación integradora de la norma en base a ese interés superior del menor, cuyo resultado es la desprotección de las familias monoparentales que, con una presumible mayor complejidad para compaginar la vida laboral y familiar son las que se ven afectadas.

Aunque esta sentencia zanja la cuestión en la jurisdicción ordinaria, podría ocurrir que el asunto se trasladara al Tribunal Constitucional, genuino intérprete de nuestra norma suprema⁵⁰.

⁵⁰ Sobre la posibilidad de recurrir en recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional y sobre el planteamiento de cuestión prejudicial al TJUE formulada por el Juzgado de lo Social número 1 de Sevilla, Véase: Tuset Del Pino, P. en “La ampliación del permiso por maternidad en los supuestos de familias monoparentales. Apuntes de urgencia acerca de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de marzo de 2023”, *Economist & Jurist*. (2023, 3 de marzo), <https://www.economistjurist.es/premium/la-firma/la-ampliacion-del-permiso-por-maternidad-en-los-supuestos-de-familias-monoparentales-apuntes-de-urgencia-tras-la-sentencia-del-supremo/>.

EL BENEFICIO DE LA COTIZACIÓN FICTICIA POR PARTO Y SU EXTENSIÓN AL SUBSIDIO POR DESEMPLEO PARA MAYORES DE 52 AÑOS: UNA INTERPRETACIÓN NORMATIVA DESDE EL ENFOQUE DE GÉNERO

*Sentencia núm. 576/2022 de la Sala de lo Social del
Tribunal Supremo, de 23 de junio
ECLI:ES:TS:2022:2549*

MARÍA JOSÉ CABALLERO PÉREZ*

SUPUESTO DE HECHO: Trabajadora que interpone recurso de casación para la unificación de doctrina frente a la STSJ de Andalucía (Granada), de 15 diciembre de 2020 (Rec. 815/2020), en la que se le denegaba el derecho al subsidio por desempleo para mayores de 52 años de edad por no acreditar una de las condiciones exigidas para su devengo ex art. 274.4 LGSS, cual es la de haber cotizado por desempleo al menos durante seis años a lo largo de su vida laboral, y descartar, al mismo tiempo, que a los efectos de completar ese específico periodo de carencia se pudieran aplicar los 112 días de cotizaciones ficticias por parto previstos en el art. 235 LGSS. Según se relata en la sentencia, la trabajadora había cotizado a regímenes de la Seguridad Social que protegen la contingencia por desempleo por un total de 1861 días; era madre de tres hijos nacidos entre los años 1980 y 1981; y, en enero de 2019, el SEPE le había rechazado el acceso a este específico subsidio por estimar que, los periodos de cotización asimilados por parto, solo tenían validez para las pensiones contributivas de jubilación e incapacidad permanente, pero no para el subsidio por desempleo para mayores de 52 años de edad. Anulando tal resolución, el Juzgado de lo Social sí declaró el derecho de la trabajadora a percibir el subsidio sobre la base de la finalidad del precepto (compensar a la mujer que se vio compelida a abandonar el mundo laboral a causa de la maternidad). La referida STSJ de Andalucía ratificó la postura inicial mantenida por el SEPE aseverando que el art. 235 LGSS debía ser aplicado en sus estrictos términos y éstos no permitían ampliar el beneficio de las cotizaciones ficticias a prestaciones como la controvertida.

RESUMEN: La STS de 23 de junio de 2022 (Rec. 646/2021), dictada por el Pleno, resolverá el asunto en sentido positivo, aplicando al subsidio por desempleo para mayores de 52 años la previsión sobre cotizaciones ficticias por razón de parto

* Profesora Contratada Doctora del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

contenida en el art. 235 LGSS. El Alto Tribunal esgrime una serie de razonamientos al objeto de facilitar a las mujeres trabajadoras el cumplimiento de los requisitos contributivos que condicionan el acceso. Entre los criterios interpretativos en los que se apoya la sentencia, sin duda destaca –por su peso decisivo en la resolución de la controversia– el canon hermenéutico de la perspectiva de género consagrado en el art. 4 de la LO 3/2007, sobre el que se expone gran parte de la extensa doctrina judicial existente hasta la fecha y se advierte, además, que es precisamente en relación a las normas jurídicas con un contenido corrector de desigualdades de género, como es el caso del art. 235 LGSS, cuando más sentido tiene aplicar esta pauta interpretativa en pos de la consecución de una igualdad efectiva.

ÍNDICE

1. EL BENEFICIO DE LAS COTIZACIONES FICTICIAS COMO INSTRUMENTO CORRECTOR DE LA BRECHA DE GÉNERO EN EL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL
2. EL SUBSIDIO ASISTENCIAL DE DESEMPLEO PARA MAYORES DE 52 AÑOS DE EDAD DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL: CONFIGURACIÓN GENERAL Y SU PROXIMIDAD A LA PENSIÓN CONTRIBUTIVA DE JUBILACIÓN
3. LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA GÉNESIS Y APLICACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS: PUNTO CLAVE EN LA EXTENSIÓN DEL ART. 235 LGSS AL SUBSIDIO POR DESEMPLEO PARA MAYORES DE 52 AÑOS DE EDAD
4. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

1. EL BENEFICIO DE LAS COTIZACIONES FICTICIAS COMO INSTRUMENTO CORRECTOR DE LA BRECHA DE GÉNERO EN EL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

El mecanismo de las cotizaciones ficticias encuentra su base legal en el art. 165.2 LGSS, donde expresamente se establece que *“en las prestaciones cuyo reconocimiento o cuantía esté subordinado, además, al cumplimiento de determinados períodos de cotización, solamente serán computables a tales efectos las cotizaciones efectivamente realizadas o las expresamente asimiladas a ellas en esta ley o en sus disposiciones reglamentarias”*.

No cabe duda, pues, de que junto a la “cotizaciones reales” o “efectivamente realizadas” también podrán ser computadas a los efectos de generar un determinado derecho prestacional las denominadas “cotizaciones ficticias”, entendidas como aquéllas correspondientes a periodos de inactividad laboral legal o reglamentariamente asimilados a cotizados pese a no haber existido durante los mismos la obligación de cotizar y, por ende, un ingreso directo y real de cotizaciones al sistema de Seguridad Social. Si bien se trata, en todo caso, de una posibilidad legal cuya efectividad queda condicionada –como el propio artículo *“in fine”* apunta– a un ulterior desarrollo legal o reglamentario en el que se concrete, entre otros aspectos, las situaciones que habrán de ser consideradas como asimiladas a cotizadas, el número de días cotizados que artificialmente generará cada concreta situación, y la prestación o prestaciones a las que será aplicable esa ficción jurídica.

Conforme al derecho positivo actual, los periodos de inactividad susceptibles de generar artificialmente días cotizados suelen atender a situaciones en las que la interrupción de la vida laboral obedece a necesidades de conciliación por maternidad o por cuidado de hijo/a y/o familiar. Y ello en tanto que la funcionalidad atribuida a esta figura, cual es la de cubrir lagunas de cotización, determinó que desde un principio se convirtiera en un instrumento idóneo para corregir las desigualdades de género existentes en materia de prestaciones de Seguridad Social, y más exactamente en orden a completar los periodos de ocupación cotizada que suelen condicionar el acceso a las prestaciones sociales de naturaleza contributiva o influir en el cálculo de su cuantía¹. Una brecha que fundamentalmente deriva de los estereotipos de género que subyacen en el terreno de los cuidados y que se manifiestan en que, aún en la actualidad, sean las mujeres las que mayoritariamente se vean abocadas a abandonar o interrumpir sus carreras profesionales y de seguro para atender a las tareas familiares y a asumir, en consecuencia, la negativa repercusión que tal decisión conlleva para sus prestaciones futuras².

En particular, son dos las situaciones asimiladas a tiempo cotizado que atienden a este propósito corrector de desigualdades de género en materia prestacional:

La primera de ellas es la excedencia por cuidado de hijos y otros familiares regulada en el art. 46.3 ET, en relación a la cual dispone el art. 237 LGSS que “[...] tendrá la consideración de periodo de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad”, de un lado, los periodos de hasta tres años de excedencia que se disfruten en razón del cuidado de cada hijo o menor en régimen de acogimiento permanente o de guarda con fines de adopción (apartado 1), y de otro lado, los tres primeros años del período de excedencia que se disfrute en razón del cuidado de otros familiares, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que, por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad, no puedan valerse por sí mismos y no desempeñen una actividad retribuida (apartado 2)³. A lo que igualmente añade en el apartado 3 que,

¹ Como indica Ballester Pastor, I., la falta de carencia mínima es la más susceptible de afectar al colectivo de mujeres y la que plantea situaciones más sangrantes de desprotección, en “Reformas en materia de protección social e impacto de género: un estudio crítico”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 112, 2011 (Ejemplar dedicado a: Reformas en materia de Protección Social), pág. 65.

² Aunque no es la causa principal, las brechas de género en pensiones son, en gran parte, “brechas reflejas o derivadas” de las desigualdades de género existentes en el mercado de trabajo y de los estereotipos de género en el terreno de los cuidados. Molina Navarrete, C.: “La Seguridad Social y su dinamismo reformador en perspectiva de género: el derecho a prestaciones correctoras de la inequidad”, *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 52, 2021 (Ejemplar dedicado a: Número especial sobre Seguridad Social en Homenaje al Prof. Dr. Eduardo Ameglio). En: http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?pid=S2301-06652021000301203&script=sci_arttext (consultado el 2 de marzo de 2023).

³ A raíz de la reforma introducida en el apartado 2 del art. 237 LGSS por el art. único.25 del RD-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

a los efectos de las mismas prestaciones, las cotizaciones realizadas durante los tres primeros años del período de reducción de jornada previsto en el art. 37.6 ET, párrafos 1º y 2º, para los casos de cuidado de menores o familiares, se computarán incrementadas hasta el 100 por cien de la cuantía que hubiera correspondido cotizar de haberse mantenido sin dicha reducción la jornada laboral⁴.

La segunda de las situaciones asimiladas a tiempo cotizado es la prevista en el art. 235 LGSS, bajo la denominación “*Periodos de cotización asimilados por parto*”, con la siguiente redacción: “*A efectos de las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente, se computarán a favor de la trabajadora solicitante de la pensión un total de ciento doce días completos de cotización por cada parto de un solo hijo y de catorce días más por cada hijo a partir del segundo, este incluido, si el parto fuera múltiple, salvo que, por ser trabajadora o funcionaria en el momento del parto, se hubiera cotizado durante la totalidad de las dieciséis semanas o durante el tiempo que corresponda si el parto fuese múltiple*”.

Este último periodo de cotización ficticia fue introducido en la antigua LGSS de 1994⁵ por la Disposición Adicional 18ª.23 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres⁶, como una de las diversas medidas de acción positiva en favor de la mujer trabajadora que el novedoso texto normativo implantaría para avanzar en la consecución efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de género en los diferentes ámbitos de la vida (art. 1.1), y entre ellos en el concreto terreno de la Seguridad Social.

Pues bien, desde su configuración original, la norma ha limitado expresamente la aplicación de este beneficio a las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente causadas en cualquier régimen de la Seguridad Social, omitiendo cualquier alusión directa al resto de prestaciones de naturaleza contributiva del sistema. Y en cuanto a su titularidad, ésta se atribuye exclusivamente a las mujeres (y no a los hombres) que, por no ser trabajadoras o funcionarias en el momento del parto, no disfrutaron de las dieciséis semanas (112 días) de descanso laboral subsidiado y cotizado por maternidad *ex arts.* 48.4 ET y 177 y ss. LGSS. Es decir, se limita a las mujeres que no acreditan haber cotizado durante aquel periodo

sostenibilidad del sistema público de pensiones (BOE de 17 de marzo de 2023), el periodo de excedencia considerado como cotizado en razón del cuidado de otros familiares se amplió de un año a tres años, quedando así equiparado en duración al previsto para los casos de excedencia por cuidado de hijo o menor.

⁴ Al igual que el apartado 2, también el apartado 3 del art. 237 LGSS fue modificado por el art. único.25 del RD-Ley 2/2023, de 16 de marzo, a los efectos de extender de dos a tres los años de reducción de jornada por cuidado de menor que serán considerados como cotizados al 100 por cien, y de uno a tres los años de reducción de jornada por cuidado directo de un familiar que también se entenderán cotizados al 100 por cien de la cuantía que correspondería cotizar de haberse conservado sin reducción la jornada.

⁵ Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE de 29 de junio de 1994).

⁶ BOE de 23 de marzo de 2007.

de dieciséis semanas a fin de compensarles por la falta de protección que en ese momento padecieron.

A lo que se ha de añadir, además, que el hecho de que la norma emplee el término “parto” en su formulación conduce a que solo las situaciones de maternidad biológica sean susceptibles de generar el derecho a estos 112 días de cotizaciones ficticias en favor de la mujer solicitante de la pensión, quedando excluidas, en cambio, el resto de situaciones de maternidad que también se encuentran amparadas por el sistema de Seguridad Social desde un punto de vista prestacional, como son las de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento familiar (arts. 177 y ss LGSS).

No obstante, esta claridad de redacción que a priori parece caracterizar al art. 235 LGSS no le ha impedido suscitar ciertos conflictos interpretativos resueltos en sede judicial, como fue el dirimido por las dos Sentencias dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 21 de diciembre de 2009 (Recs. 201/2009 y 426/2009), en relación a la posible aplicación del beneficio de 112 días de cotización por parto a las prestaciones de vejez del antiguo régimen del SOVI⁷.

En ellas se afirmaba que la norma de Seguridad Social reguladora del derecho rebatido –en aquel momento la Disposición Adicional 44^o de la LGSS de 1994– no debía ser aplicada en su tenor literal, sino desde la perspectiva marcada por la Ley que la implantó –LO 3/2007, de 22 de marzo– tanto en su art. 1.1, donde se señala que la finalidad de las medidas que la componen es la de conseguir la igualdad efectiva o real, como en su art. 4, en el que se consagra la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres como un principio informador del Ordenamiento Jurídico que debe ser integrado y observado en la interpretación y aplicación de todas las normas jurídicas.

De modo que, si bien el precepto legal no hacía mención expresa a las mujeres que estuvieron integradas en el SOVI, las sentencias consideraron que su contenido debía ser interpretado en sentido favorable a su inclusión, a los efectos de permitirles completar el periodo de carencia exigido para acceder a las pensiones propias del ya extinto régimen, también de carácter contributivo. En este sentido razonaban que *“es cierto que las normas de Seguridad Social no se aplican al SOVI, pero [...] los cánones interpretativos que venimos indicando [los derivados de la LO 3/2007] hacen que el beneficio otorgado por la D.A. 44^a LGSS [actual art. 235 LGSS] sea aplicable a todas las mujeres que no hubieran trabajado por haber tenido hijos, sin que implique sólo una mera proyección de futuro, [ya que] la Ley sirve al objetivo de paliar los efectos de la situación de discriminación ya producida y la que puede surgir. Es [...] una medida de acción positiva querida por el legislador que no puede obviar el dato de que el colectivo afectado (pensionistas de SOVI) está integrado fundamentalmente por mujeres y que, a mayor abundamiento, si*

⁷ Sobre el contenido de estas decisiones judiciales vid. Kahale Carrillo, D.T.: “Los periodos de cotización asimilados por parto para las pensiones del SOVI. Cambio jurisprudencial a la luz de la Ley para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 28, 2011, págs. 46-51.

no acreditan ulteriores trabajos y cotizaciones bajo la vigencia del sistema de Seguridad Social es, también mayoritariamente, porque abandonaron el mercado laboral a consecuencia de su matrimonio y ulterior maternidad". Por lo que negar el beneficio de las cotizaciones ficticias por parto a las pensionistas SOVI sería una decisión que afectaría fundamentalmente a mujeres que, además, abandonaron sus carreras laborales y de seguro en razón de la circunstancia biológica de la femineidad; es decir, por razón de una eventualidad exclusivamente femenina como es el parto.

Otra de las sentencias significativas en la aplicación e interpretación del art. 235 LGSS fue la STS de 14 de junio de 2016 (Rec. 1733/2015), en la que se declara que el derecho a obtener la bonificación de 112 días cotizados por parto también debía ser reconocido a las trabajadoras solicitantes de una pensión de jubilación o incapacidad permanente del sistema de Seguridad Social español en los casos en que el parto hubiera tenido lugar en el extranjero.

El argumento seguido en este caso por el Alto Tribunal fue que el precepto legal regulador de este beneficio no condiciona el nacimiento del derecho al lugar en que se produzca el parto. Adoptando una interpretación lógico sistemática de la disposición legal, llega a la conclusión de que el periodo de tiempo asimilado a los de cotización que en ella se regula obedece al hecho del parto en general –sin límite alguno y sin más especificación– y por ello se ha de reconocer *“a quienes no estaban de alta en el sistema de Seguridad Social español al tiempo del parto que se bonifica con el reconocimiento de 112 días de cotización”*, ya que *“es principio de derecho que donde la Ley no distingue nosotros tampoco debemos distinguir”*. Principio que la sentencia consideró aplicable al caso por el espíritu que informa la norma y dada su literalidad, de la que *“se deriva que el reconocimiento de los 112 días de cotización asimilada o ficticia se produce al tiempo de causarse la prestación contributiva de incapacidad permanente o jubilación”*, y no con anterioridad, y esto *“impide excluir su cómputo so pretexto de que el parto se produjo antes del alta en el sistema, por cuanto, precisamente, se bonifica el hecho de que la maternidad impidiera el trabajo”* de la posterior solicitante de una pensión de incapacidad permanente total.

2. EL SUBSIDIO ASISTENCIAL DE DESEMPLEO PARA MAYORES DE 52 AÑOS DE EDAD DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL: CONFIGURACIÓN GENERAL Y SU PROXIMIDAD A LA PENSIÓN CONTRIBUTIVA DE JUBILACIÓN

Al amparo del art. 41 CE, la acción protectora de nuestro sistema público de Seguridad Social incluye la contingencia de desempleo *ex art. 42.1.c) LGSS*. Por tal se entiende aquella situación *“en que se encuentren quienes, pudiendo y queriendo trabajar, pierdan su empleo o vean suspendido su contrato o reducida su jornada ordinaria de trabajo, en los términos previstos en el art. 267”* (art.262.1 LGSS), y en torno a la misma se articulan dos niveles diferentes de protección (art. 263 LGSS): el nivel contributivo, cuyo objeto es proporcionar prestaciones

sustitutivas de las rentas salariales dejadas de percibir por la persona trabajadora como consecuencia de la pérdida de un empleo anterior, o de la suspensión de su contrato de trabajo o la reducción temporal experimentada en su jornada laboral; y el nivel asistencial o no contributivo, complementario del anterior y destinado a la protección a los trabajadores desempleados que se encuentran en alguno de los supuestos que dan derecho a las distintas modalidades de subsidio por desempleo previstas en el art. 274 LGSS⁸.

Entre estas diferentes modalidades de subsidio está la dirigida a trabajadores mayores de 52 años que, aun no teniendo responsabilidades familiares, “*se encuentren en alguno de los supuestos contemplados en los apartados anteriores, hayan cotizado por desempleo al menos durante seis años a lo largo de su vida laboral y acrediten que, en el momento de la solicitud, reúnen todos los requisitos, salvo la edad, para acceder a cualquier tipo de pensión contributiva de jubilación en el sistema de la Seguridad Social*” (art. 274.4 LGSS).

Se trata del más comúnmente conocido como “subsidio por prejubilación”, sujeto a las mismas reglas de regulación previstas para los demás subsidios por desempleo en los arts. 275-280 LGSS (como son las referidas a su importe o a la exigencia de determinados requisitos de acceso, tales como el de carecer de rentas suficientes o el de estar inscrito y mantener la inscripción como demandante de empleo en la oficina pública correspondiente), pero caracterizado por presentar particularidades regulativas sustanciales que lo distinguen sobradamente del resto de modalidades.

Una de estas especificidades es la concerniente a su larga duración, ya que, frente a la establecida con carácter general de “*seis meses prorrogables, por períodos semestrales, hasta un máximo de dieciocho meses*” (art. 277.1 LGSS), el subsidio para mayores de 52 años se podrá percibir “*como máximo, hasta que el trabajador alcance la edad ordinaria que se exija en cada caso para causar derecho a la pensión contributiva de jubilación*” (art. 277.3 LGSS)⁹. Y sobre todo son destacables los requisitos contributivos que condicionan el derecho a esta modalidad de subsidio, pese a su formalmente proclamada condición de prestación de Seguridad Social de naturaleza no contributiva o asistencial¹⁰.

⁸ A estos dos niveles se une un tercer nivel de protección que es el de “inserción”, materializado en el Programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo, a cuya regulación atiende el RD 1369/2006, de 24 de noviembre (BOE de 5 de diciembre de 2006).

⁹ Recuérdese que, con carácter previo a la reforma introducida en este precepto legal por el art. 1. Cuatro del RD-Ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo (BOE de 12 de marzo de 2019), la duración máxima del subsidio por desempleo para mayores de 52 años se extendía hasta que el trabajador alcanzara la edad que le permitiera acceder a cualquier modalidad de pensión contributiva de jubilación, incluida la pensión de jubilación anticipada.

¹⁰ Sobre la naturaleza jurídica de este subsidio y las clásicas teorías doctrinales existentes en torno a la misma, vid. Crespo Pérez, M.A.: “El subsidio de desempleo para mayores de 52 años y la acción protectora de la seguridad social”, *Foro de Seguridad Social*, núm. 8-9, 2003, págs. 89-91.

Efectivamente, de un lado se requiere que la persona solicitante de este concreto subsidio haya cotizado por desempleo, al menos, durante seis años a lo largo de su vida laboral –por lo que el esfuerzo contributivo que comporta el acceso al mismo es incluso superior al exigido a los efectos de causar la prestación contributiva por desempleo, para la que basta con acreditar unos trescientos sesenta y cinco días cotizados en los últimos seis años–, y de otro lado es necesario, además, que el o la potencial beneficiario/a reúna todos los requisitos, salvo la edad, para acceder a cualquier tipo de pensión contributiva de jubilación del sistema de la Seguridad Social. Una remisión a la normativa sobre jubilación que se traduce, principalmente, en que se habrá de reunir la misma carencia mínima requerida actualmente por nuestro sistema para acceder a una pensión contributiva por tal contingencia, cual es la de quince años cotizados en cualquier régimen a lo largo de toda la vida laboral, de los que al menos dos deberán estar comprendidos dentro de los quince años inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho (art. 205.1.b LGSS).

Por tanto, es evidente que el subsidio por desempleo para mayores de 52 años de edad, dada su configuración legal en lo relativo a su duración y los requisitos de acceso a la prestación, presenta una estrecha relación con la pensión contributiva de jubilación, siendo éste uno de los aspectos en los que incide la Sentencia del TS de 23 de junio de 2022 para abordar la cuestión que se le eleva.

En concreto afirma en la sentencia el Alto Tribunal (FJ Sexto.3 A) que, pese a venir enmarcado entre las prestaciones por desempleo, son innegables las conexiones existentes entre este específico subsidio y la pensión contributiva de jubilación, hasta el punto de reconocer que, por parte de la jurisprudencia, el subsidio por desempleo en la modalidad para mayores de 52 años se viene asimilándolo más a una jubilación en sí que a una situación transitoria en la que se encuentran los trabajadores maduros desempleados a la espera de cumplir la edad de acceso a la pensión.

Esta íntima conexión entre las dos situaciones de necesidad protegidas por ambos tipos de prestación (subsidio y pensión) se manifiesta –prosigue razonando la sentencia– en la edad de acceso al subsidio (cuando se atisba en la lejanía el retiro) y en su duración (hasta que el trabajador alcance la edad ordinaria que se exija en cada caso para causar derecho a la pensión contributiva de jubilación), pero sobre todo en la remisión que realizan las reglas sobre desempleo a las propias de la jubilación (el art. 274.4 LGSS condiciona el acceso a este subsidio por desempleo al cumplimiento de todos los requisitos, salvo la edad, para acceder a cualquier tipo de pensión contributiva de jubilación). De forma tal que, *“siendo obvio que el beneficio de cotizaciones ficticias opera cuando se trata del acceso a una pensión contributiva de jubilación (art. 235 LGSS), y que ahora se exige acreditar el cumplimiento de los requisitos propios de la pensión cuando se postula al subsidio, resulta innegable que la cotización ficticia despliega efectos en materia de desempleo”* (FJ Sexto. 3. B).

A lo que también añade la sentencia, como una evidencia más de la mencionada interconexión prestacional que justificaría la extensión del beneficio de las cotizaciones ficticias por parto al subsidio por prejubilación, el hecho de que, durante la percepción de dicho subsidio, exista una prestación anexa y muy relevante regulada en el art. 280.1 LGSS, consistente en el abono mensual a cargo del Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) de la cotización correspondiente a la contingencia de jubilación, teniendo efectos tales cuotas para la determinación de la base reguladora y del porcentaje aplicable a la misma en el cálculo de la pensión (FJ Sexto. 3. E).

No obstante, frente a la firmeza argumental con la que defiende la aplicación del beneficio legal rebatido para el cómputo de los quince años de cotización que, al igual que en la pensión de jubilación, se exigen para acceder al subsidio por desempleo, el Tribunal Supremo plantea la duda de si las cotizaciones ficticias por parto se pueden contabilizar, no solo para acreditar esos quince años de cotización exigidos por el art. 274.4 LGSS mediante el reenvío a las normas sobre la jubilación, sino también para completar la primera de las exigencias contributivas impuestas por el mismo precepto legal; a saber, haber cotizado por desempleo al menos durante seis años a lo largo de toda la vida laboral.

En respuesta a esta última cuestión, el Tribunal argumenta que, si bien es cierto que el art. 235 LGSS solo confiere validez a las cotizaciones ficticias por razón de alumbramiento a los efectos de acreditar los quince años que se exigen para devengar la pensión de jubilación y, por remisión del art. 274.4 LGSS, el subsidio de desempleo para mayores de 52 años, una interpretación constitucional y sistemática de las normas implicadas conducen a considerar que tales cotizaciones asimiladas también deben ser contabilizadas para completar el periodo de los seis años de cotización por desempleo que exige el mismo art. 274.4 LGSS.

Sostiene exactamente, de un lado, que el art. 41 CE incluye un mandato que debe informar la práctica judicial a la hora de interpretar las leyes que lo desarrollan (art. 53.3 CE), y que ese mandato no es otro que el de mantener un régimen público de Seguridad Social que garantice prestaciones sociales suficientes “*ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo*”. Por lo que “*habida cuenta de los relevantes intereses promocionales perseguidos por el abono de cotizaciones ficticias por razón de alumbramiento [...]*”, parece evidente, a juicio del Tribunal, “*que la mejor forma de proteger ante situaciones por desempleo consiste en resolver la duda interpretativa extendiendo su aplicación a los dos términos de la fórmula normativa a que acabamos de aludir*” (esto es, a los seis años cotizados en concepto de desempleo y a los 15 años cotizados en general a lo largo de toda la vida laboral).

Y de otro lado, también defiende que una interpretación sistemática de las diversas normas en presencia igualmente aconseja que los 112 días de cotizaciones ficticias desplieguen toda su virtualidad a la hora de contabilizar el tiempo previo de cotización por desempleo requerido por el art. 274.4 LGSS, toda vez que “*lo contrario abocaría al paradójico resultado de tomarlas en cuenta para una pensión futura pero no para la prestación inmediata*”.

3. LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA GÉNESIS Y APLICACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS: PUNTO CLAVE EN LA EXTENSIÓN DEL ART. 235 LGSS AL SUBSIDIO POR DESEMPLEO PARA MAYORES DE 52 AÑOS DE EDAD

Como el resto de medidas de acción positiva introducidas en favor de la mujer por la LO 3/2007, de 22 de marzo, el propósito y razón de ser del beneficio de las cotizaciones ficticias por parto –actualmente contenido en el art. 235 LGSS–, fue el de contribuir a la consecución de la igualdad efectiva y real entre hombres y mujeres en los diferentes ámbitos de la realidad social, y más concretamente en el ámbito de la Seguridad Social al objeto de favorecer, a efectos prestacionales, a las mujeres que se vieron y ven obligadas a abandonar el mercado laboral a causa de la maternidad. Forma parte, pues, de una acción normativa más amplia y general –materializada en la LO 3/2007– dirigida a combatir todas las manifestaciones aún subsistentes de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo en pos de una igualdad real entre mujeres y hombres dentro de la sociedad¹¹.

Por ello, y dado que la perspectiva de género se encuentra en la génesis del art. 235 LGSS, una interpretación teleológica del mismo bastaría para defender su aplicación extensiva, más allá de la literalidad de sus términos, abarcando a otras prestaciones contributivas omitidas pero estrechamente relacionadas con las expresamente mencionadas por el propio precepto. De hecho, este canon interpretativo finalista es otro de los empleados por la comentada sentencia del Tribunal Supremo para fundamentar su postura a favor de la inclusión del discutido subsidio por desempleo en el radio de acción del mecanismo de las cotizaciones ficticias por alumbramiento.

Recuerda exactamente la sentencia que, una interpretación teleológica de preceptos como el presente, orientados en su configuración hacia la corrección de desigualdades de género, en varias ocasiones *“ha conducido a obviar la literalidad de alguna previsión cuando ello era necesario para alcanzar los fines perseguidos por el legislador y armonizarlos con los generales en materia de no discriminación”*. Y en este sentido, discurre el Alto Tribunal que, si bien es cierto que en sus estrictos términos el precepto legal circunscribe la eficacia de los periodos de cotización asimilados por parto a las pensiones contributivas de jubilación e incapacidad permanente, y que a lo largo de toda su existencia –desde el año 2007– no ha experimentado reforma alguna encaminada a ampliar este beneficio a otras

¹¹ Como recuerda la propia sentencia que aquí se comenta (FJ Cuatro. 3. C) por referencia a la STS de 29 de enero de 2020 (Rec. 3097/2017), *“la evolución experimentada por el Ordenamiento Jurídico [en materia de igualdad de género] fue fruto de la incorporación del concepto de “gender mainstreaming”, elaborado en IV Conferencia Mundial de Mujeres de Naciones Unidas (Beijing, 1995) que, en el Derecho español, tiene su primera plasmación en la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno”*. Un concepto que, posteriormente, *“tras inspirar la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, halla su plasmación con alcance general en la LO 3/2007, en la que se positiviza la configuración del principio de igualdad efectiva, superando el de igualdad formal, a todas luces insuficiente”*.

prestaciones contributivas distintas de las dos reseñadas, también es indiscutible –y por tanto aconsejable y razonable tomar en consideración–: en primer lugar, que la finalidad perseguida por la LO 3/2007 con la regla plasmada en el art. 235 LGSS fue la de facilitar a las mujeres que han sido madres el acceso a la pensión de jubilación, al tratarse ésta de *“la prestación de Seguridad Social que requiere una previa cotización de mayor extensión”*¹²; y en segundo lugar, que para la aplicación de dicha regla lo esencial y *“relevante es que haya habido un alumbramiento y que se produjera en época durante la cual la mujer no venía cotizando por desarrollar tareas productivas paralelas o anteriores”*.

Consideraciones finalistas en las que se ampara la sentencia para aseverar, sin más divagaciones que las expuestas, que *“la atención a las metas que se marcó la LO 3/2007 aconsejan tomar en cuenta las cotizaciones ficticias por alumbramiento para todo lo relacionado con el acceso a la pensión de jubilación, sea en sí misma, sea cuando aparece conectada con el subsidio por desempleo”* en la modalidad prevista en el apartado 4 del art. 274 LGSS.

Ahora bien, aunque este canon interpretativo que indaga en el propósito buscado por el Legislador sería suficiente para justificar la inclusión del subsidio por prejubilación en el beneficio de las cotizaciones ficticias del art. 235 LGSS, el Tribunal Supremo continúa ahondando en las razones que avalarían su decisión final recurriendo, además, al canon hermenéutico de perspectiva de género proclamado en los arts. 4 y 15 de la LO 3/2007 y, con anterioridad a esta normativa de alcance nacional, en el art. 29 de la Directiva 2006/54/CE 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.¹³

Dado que el beneficio regulado en el art. 235 LGSS solo comprende a las personas de género femenino, constituyendo en sí mismo una medida de acción o discriminación positiva a favor de la mujer, la Fiscalía defendía –en su informe emitido para este caso en particular– que era imposible extender a esta disposición legal la interpretación transversal que preconiza el art. 4 y preceptos concordantes de la LO 3/2007, bajo el entendimiento de que la perspectiva de género difícilmente puede aplicarse a una norma que, *“per se”*, concede un beneficio exclusivo para la mujer.

Sin embargo, el Alto Tribunal descarta adoptar esta postura fundamentándose en que su doctrina, lejos de compartir ese restrictivo enfoque sobre el canon

¹² Efectivamente, el acceso a la pensión contributiva de jubilación requiere haber cotizado durante un mínimo de 15 años (art. 205.1 a LGSS) y, además, los porcentajes aplicables a la base reguladora para el cálculo de su cuantía también están en función del tiempo cotizado a lo largo de la vida (art. 210.1 LGSS).

¹³ DOUE L 204/23 de 5 de julio de 2006. Bajo el título *“Transversalidad de la perspectiva de género”*, el art. 29 de la citada Directiva Comunitaria dispone que *“Los Estados miembros tendrán en cuenta de manera activa el objetivo de la igualdad entre hombres y mujeres al elaborar y aplicar disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, así como políticas y actividades, en los ámbitos contemplados en la presente Directiva”*.

hermenéutico en cuestión, ha tomado el mismo “*como palanca interpretativa para flexibilizar el alcance de las exigencias normativas incluso cuando solo van referidas a la población femenina*” (FJ Sexto. 3. D). De hecho, considera que “*esta pauta interpretativa, precisamente, tiene el máximo sentido a la hora de efectuar la interpretación normativa en relación con situaciones en que están en juego instituciones jurídicas encaminadas a la consecución de la igualdad efectiva de hombres y mujeres, como es el caso de las cotizaciones ficticias por razón de alumbramiento*” (FJ Sexto 3. F).

Únicamente mediante la aplicación de la perspectiva de género en la interpretación y aplicación de cualquier precepto, incluidos aquéllos que fueron conformados con un sentido antidiscriminatorio por razón de género, es posible alcanzar de manera efectiva y real la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombre. Recuerda la propia sentencia, reproduciendo lo expresado en el Preámbulo de la LO 3/2007, que la mayor novedad de la misma radicó y radica en la prevención de conductas discriminatorias y la previsión de políticas activas para hacer efectivo el principio de igualdad, y que “*tal opción implica necesariamente una proyección del principio de igualdad sobre los diversos ámbitos del Ordenamiento de la realidad social, cultural y artística en que pueda generarse o perpetuarse la desigualdad. De ahí la consideración de la dimensión transversal de la igualdad, seña de identidad del moderno derecho antidiscriminatorio, como principio fundamental del presente texto*”.

Idea básica e inspiradora de la LO 3/2007 a la que responden –como continúa señalando la sentencia– los arts. 4 y 15 del mismo texto legal.

El primero de ellos, bajo la rúbrica “*Integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas*”, contiene el que suele identificarse como principio general o canon hermenéutico de perspectiva de género empleando la siguiente redacción: “*La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del Ordenamiento Jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas*”.

Ello significa –reproduciendo lo asentado por las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 septiembre 2018 (Rec. 1352/2017) y de 13 noviembre 2019 (Rec. 75/2018)– por un lado, que la igualdad entre mujeres y hombres constituye valor supremo del Ordenamiento Jurídico y, por otro lado, que consecuentemente con lo anterior, la aplicación de tal principio debe considerarse criterio hermenéutico imprescindible para la interpretación de las normas jurídicas. Por lo que ninguna duda cabe de que los jueces y tribunales tienen la obligación de incorporar la perspectiva de género en lo que constituye su actuación como Poder del Estado; esto es, en la interpretación y aplicación de todas las normas que componen el Sistema Jurídico en general.

Y a mayor abundamiento, la segunda de las disposiciones señaladas –art.15 LO 3/2007–, incardinada en el Título II sobre “*Políticas públicas para la igualdad*”, dispone bajo el epígrafe “*Transversalidad del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres*” que este principio informará, con carácter transversal, la

actuación de todos los Poderes Públicos, incluido la de los jueces y tribunales que conforman el Poder Judicial, quienes en todo caso estarán obligados a adoptar –a los efectos de resolver cualquier conflicto jurídico que se les pueda plantear– la interpretación normativa que resulte más acorde con la consecución de los fines queridos por el Ordenamiento en tal sentido, e incluso a superar la literalidad de la norma para, de un lado, eliminar el efecto de discriminación sobre las mujeres que resultaría de su aplicación aséptica y, de otro lado, integrar dicha laguna mediante el principio de igualdad efectiva entre mujeres y hombres¹⁴.

Por todo lo cual resulta evidente para el Alto Tribunal que, la adopción de un enfoque de género en la interpretación y aplicación de la norma, aun cuando ésta contenga en sí una medida de discriminación positiva a favor de la mujer, es un recurso obligatorio y fundamental para lograr una mayor y mejor materialización del principio de igualdad real entre sexos. Siendo éste otro de los motivos por los que la sentencia considera que los periodos de cotización asimilados por parto –ubicados en el Capítulo XV del Título II de la LGSS, sobre “*Protección a la familia*”, y calificados por el propio Tribunal como una prestación de Seguridad Social mayoritariamente (o más bien exclusivamente) lucrada por mujeres–, deben ser objeto de una interpretación flexible que, en consonancia con su verdadero objetivo, permita tenerlos en cuenta para comprobar si se cumplen los extensos periodos de carencia exigidos para lucrar tanto de la pensión contributiva de jubilación como el propio subsidio por desempleo para mayores de 52 años de edad.

4. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

Recurriendo a una interpretación teleológica, sistemática, en clave constitucional y con perspectiva de género, el Tribunal Supremo justifica su decisión final de extender el beneficio de los 112 días de cotizaciones ficticias por parto, regulado en el art. 235 LGSS, a una prestación no expresamente incluida en el radio de acción de este precepto legal. Y a tal efecto, el razonamiento central empleado por la sentencia gira en torno a la necesidad de interpretar desde la perspectiva de género cualquier norma jurídica, incluidas las que, como la presente, comportan en sí mismas una medida de acción positiva destinada a mejorar las carreras de seguro de las mujeres que interrumpen su actividad laboral para dedicarse al trabajo reproductivo de cuidar a sus hijos/as.

Es opinión consolidada en la doctrina jurídica que la adopción de este enfoque, de obligatoria presencia *ex arts.* 4 y 15 de la LO 3/2007 tanto en la función legislativa, creadora de normas jurídicas, como en la función judicial de interpretar y aplicar las mismas, es esencial para avanzar en la implantación efectiva y real del principio

¹⁴ Resalta esta función integradora que para los órganos judiciales implica la perspectiva de género Moli Noguera, R.: “La perspectiva de género y el Derecho del Trabajo ¿una hermenéutica en construcción o algo más?”, *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 2, núm. 2, 2021, pág. 87.

de igualdad entre mujeres y hombres en todos los ámbitos de la vida y, en nuestro caso, en el terreno de la Seguridad Social. Pero tampoco se puede desconocer la complejidad que comporta la incorporación de este canon hermenéutico en el Poder Judicial, al situarlo en la comprometida y arriesgada tarea de detectar los errores o deficiencias que, en detrimento de ese principio, hayan podido cometer previamente el Legislador o el Ejecutivo en la formulación de las normas a aplicar.

Ciertamente, interpretar con perspectiva de género comporta para jueces y tribunales asumir no solo una labor correctora o supresora de las discriminaciones directas o encubiertas que por razón de sexo se puedan identificar en una norma, sino también desempeñar –en correlación con aquella función– una labor integradora de las lagunas que tales correcciones puedan generar, adoptando un papel cuasi-legislativo que en muchos casos les lleva a alterar significativamente el tenor literal de la norma.

Por este motivo, el Tribunal Supremo ve preciso aclarar en la sentencia comentada que, con la solución adoptada, no se está preconizando la extensión del beneficio a otras prestaciones de Seguridad Social, y ni siquiera a otros supuestos de protección por desempleo. Particularmente afirma que *“no se trata de alterar las fronteras de la protección social delineada por el legislador”* y *“mucho menos de arribar a soluciones voluntaristas”* sin ninguna base jurídica, pues lo que sencillamente sucede es que *“las pautas interpretativas que acabamos de exponer (perfil del subsidio para mayores de 55 años, concordancia interna de la LGSS, finalidad de la LOI, mandato constitucional), convierte en razonable y deseable el resultado”* al que la sentencia llega (FJ Sexto. 3. F).

Mantener una postura contraria a la defendida, excluyendo los 112 días de cotizaciones ficticias del cómputo de los periodos de cotización requeridos a los efectos de devengar el subsidio por desempleo para mayores de 52 años de edad, supondría aceptar y perpetuar con respecto a este subsidio la misma situación de discriminación a la mujer que precisamente se pretende evitar con la aplicación de esta ficción legal a prestaciones que, como la de jubilación o incapacidad permanente, supeditan su reconocimiento al cumplimiento de largos periodos de cotización. De ahí que el Alto Tribunal se postule a favor de la extensión del beneficio de cotizaciones ficticias por parto al subsidio por prejubilación, a través de un razonado pronunciamiento del que es probable que se derive una ulterior reacción legislativa que positivice tal decisión en aras a garantizar la seguridad jurídica entre los/as distintos/as operadores/as jurídicos.

Momento que, de producirse, podría servir de resorte al Legislador para acometer con perspectiva de género otras reformas legales sobre el art. 235 LGSS. Entre ellas, su posible extensión a la pensión de viudedad al menos de cara a mejorar el cálculo de su cuantía cuando la beneficiaria es una mujer¹⁵, o incluso

¹⁵ Polo Sánchez, M.C.: “Protección Social y Brecha de Género en la vejez: medidas de acción positiva en la lucha contra la discriminación postlaboral”, *Trayectorias Humanas Transcontinentales*, núm. 5, 2019.

la ampliación y reconocimiento de esos concretos días de cotizaciones asimiladas a otros supuestos de maternidad distinta de la biológica –tales como la adopción, la guarda con fines de adopción o el acogimiento–, partiendo de la base de que es sobre la labor de los cuidados intrafamiliares de hijos menores donde siguen subsistiendo los estereotipos de género que provocan la separación momentánea o definitiva de las mujeres del mercado de trabajo.

Reseña de legislación

RESEÑA DE LEGISLACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA: ENERO-MARZO DE 2023

- Orden de 24 de febrero de 2023, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones públicas regladas, en régimen de concurrencia no competitiva, para el desarrollo de programas formativos de Formación Profesional para el Empleo que incluyan compromiso de contratación dirigidos a personas trabajadoras desempleadas. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 42 de 03/03/2023 Sección: Disposiciones generales).
- Orden de 17 de marzo de 2023, por la que modifica la distribución de la cuantía establecida para los ámbitos funcionales definidos en la Orden de 27 de diciembre de 2022, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones, en régimen de concurrencia no competitiva, destinadas a actualizar e impulsar el sector comercial en Andalucía mediante la implementación de nuevas tecnologías, dentro del Programa de Modernización del Comercio: Fondo Tecnológico, en el Marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia –Financiado por la Unión Europea-Next Generation EU–, y se procede a su convocatoria para el año 2022. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 55 de 22/03/2023 Sección: Disposiciones generales).
- Acuerdo de 25 de enero de 2023, de la Dirección General de Comercio, por la que se amplía el plazo de solicitud de subvenciones previsto en la Resolución de 27 de diciembre de 2022, de la Dirección General de Comercio, por la que se convocan para el ejercicio 2023 subvenciones a conceder en régimen de concurrencia competitiva destinadas a impulsar el asociacionismo comercial y artesano, a promocionar y dinamizar el pequeño comercio urbano y a promocionar la artesanía en Andalucía. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 20 de 31/01/2023 Sección: Disposiciones generales).

ESTUDIOS

Propuestas para el relanzamiento y la consolidación del empleo con apoyo en España
Ricardo Estéban Legarreta

Inteligencia artificial inclusiva versus discriminatoria ante la discapacidad laboral
Rosa Mª González de Patto

Inteligencia artificial y relaciones laborales: entre la significación creciente de los algoritmos y el desmentido de su neutralidad aparente
Juan Carlos García Quiñones

Las ayudas estatales y autonómicas para la implantación de la semana laboral de cuatro días
Antonio Fernández García

Los créditos laborales en la Reforma Concursal de 2022
Eduardo E. Taléns Visconti

Huelga y nuevas tecnologías: la encrucijada de un derecho fundamental
José Enrique Ruiz Saura

La responsabilidad social corporativa como herramienta para la consecución de la igualdad de género en cadenas globales de valor
Rafael García García

INFORMES Y DOCUMENTOS

La negociación colectiva en Andalucía en 2022

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

RESPONSABILIDAD DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Córdoba

El deber de comprobación y eventual exoneración en materia de contratas y subcontratas
José María Ruz López

PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Málaga

Las familias “monomarentales” y duración de la prestación por nacimiento y cuidado de menor: ¿una oportunidad perdida?
Juan Carlos Álvarez Cortés y Rocío Moncada García

PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Granada

El beneficio de la cotización ficticia por parto y su extensión al subsidio por desempleo para mayores de 52 años: una interpretación normativa desde el enfoque de género
María José Caballero Pérez

RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía