

# Lan

REVISTA DE RELACIONES LABORALES

# Harremanak

ABERASTASUNAREN BANAKETA ZUZEN BATEN ALDE  
POR UN REPARTO JUSTO DE LA RIQUEZA

# 47

APRENDIZAJES DE LA PANDEMIA  
PARA LAS RELACIONES LABORALES

PANDEMIAREN IKASKUNTZAK  
LAN-HARREMANETARAKO

2022



Universidad del País Vasco Euskal Herriko Unibertsitatea

LAN HARREMAN  
ETA GIZARTE LANGINTZA  
FAKULTATEA  
FACULTAD  
DE RELACIONES LABORALES  
Y TRABAJO SOCIAL



MINISTERIO  
DE ECONOMÍA  
Y COMPETITIVIDAD



FONDO EUROPEO DE  
DESARROLLO REGIONAL  
"Una manera de hacer Europa"

**Indexada en:**

CARHUS PLUS

CIRC (Clasificación Integrada de Revistas Científicas)

DIALNET

DIALNET MÉTRICAS

DICE (Difusión y Calidad Editorial)

DULCINEA

ERIHPLUS

IN-RECJ (Índice de impacto - revistas españolas en ciencias jurídicas)

IN-RECS (Índice de impacto - revistas españolas en ciencias sociales)

INDICE H DE LAS REVISTAS CIENTÍFICAS EN GOOGLE SCHOLAR METRICS 2014-2018

INDICE H5 DE GOOGLE SCHOLAR METRICS

INDICES-CSIC

LATINDEX

MIAR (Matriz de Información para el Análisis de Revistas)

REDIB (Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico)

RESH (Revistas Españolas de Ciencias Sociales y Humanas)

SHERPA-ROMEO

ULRICHSWEB

VLEX

© Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco  
Euskal Herriko Unibertsitateko Argitalpen Zerbitzua

ISSN: 1575-7048

e-ISSN: 2444-5819

Fotocomposición / Fotokonposizioa: Ipar, S. Coop. — Bilbao

# Lan

REVISTA DE RELACIONES LABORALES

---

# Harremanak

47

---

erman ta zabal zazu



Universidad  
del País Vasco

Euskal Herriko  
Unibertsitatea

## CONSEJO EDITORIAL:

**Directora:** ENEA ISPIZUA DORNA,  
UPV/EHU. Universidad del País Vasco/  
Euskal Herriko Unibertsitatea

**Secretario/a de Redacción:** ELISABETE  
ERRANDONEA ULAZIA,  
UPV/EHU. Universidad del País Vasco/  
Euskal Herriko Unibertsitatea

**Vocal:** ANA DOMÍNGUEZ MORALES,  
Universidad de Sevilla, España

**Vocal:** AINHOA FERNÁNDEZ GARCÍA DE LA YEDRA,  
UPV/EHU. Universidad del País Vasco/  
Euskal Herriko Unibertsitatea

**Vocal:** DR. CARLOS JESÚS FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ,  
Universidad Autónoma de Madrid, España

**Vocal:** AMAIA INZA BARTOLOME,  
UPV/EHU. Universidad del País Vasco/  
Euskal Herriko Unibertsitatea

**Vocal:** JON LAS HERAS,  
UPV/EHU. Universidad del País Vasco/  
Euskal Herriko Unibertsitatea, España

**Vocal:** LINN-MARIE LILLEHAUG PEDERSEN,  
Nord Universitet, Noruega

**Vocal:** BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA,  
Univadako Unibertsitatea, España

**Vocal:** MARÍA JOSÉ MARTÍNEZ HERRERO,  
UPV/EHU. Universidad del País Vasco/  
Euskal Herriko Unibertsitatea, España

**Vocal:** JOSE M. PEIRO,  
Universidad de Valencia, España

**Vocal:** ÓSCAR REQUENA MONTES,  
Universidad de Valencia, España

**Vocal:** AINHOA SAITUA-IRIBAR,  
UPV/EHU. Universidad del País Vasco/  
Euskal Herriko Unibertsitatea, España

**Vocal:** SIMONA SOBOTOVICOVA,  
UPV/EHU y UPPA.

**Vocal:** MARINA SUSPERREGUI BARRÓS,  
UPV/EHU. Universidad del País Vasco/  
Euskal Herriko Unibertsitatea

**Vocal:** MIREN EDURNE TERRADILLOS ORMAECHEA,  
UPV/EHU. Universidad del País Vasco/  
Euskal Herriko Unibertsitatea, España

**Vocal:** EGUZKI URTEAGA,  
UPV/EHU. Universidad del País Vasco/  
Euskal Herriko Unibertsitatea

**Vocal:** JON BERNAT ZUBIRI REY,  
UPV/EHU. Universidad del País Vasco/  
Euskal Herriko Unibertsitatea

## ARGITALPEN BATZORDEA:

**Zuzendaria:** ENEA ISPIZUA DORNA,  
UPV/EHU. Universidad del País Vasco/  
Euskal Herriko Unibertsitatea

**Idazkaria:** ELISABETE  
ERRANDONEA ULAZIA,  
UPV/EHU. Universidad del País Vasco/  
Euskal Herriko Unibertsitatea

**Kidea:** ANA DOMINGUEZ MORALES,  
Sevillako Unibertsitatea, Espainia

**Kidea:** AINHOA FERNÁNDEZ GARCÍA DE LA YEDRA,  
UPV/EHU. Universidad del País Vasco/  
Euskal Herriko Unibertsitatea

**Kidea:** DR. CARLOS JESÚS FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ,  
Universidad Autónoma de Madrid, España

**Kidea:** AMAIA INZA BARTOLOME,  
UPV/EHU. Universidad del País Vasco/  
Euskal Herriko Unibertsitatea

**Kidea:** JON LAS HERAS,  
UPV/EHU. Universidad del País Vasco/  
Euskal Herriko Unibertsitatea, España

**Kidea:** LINN-MARIE LILLEHAUG PEDERSEN,  
Nord Universitet, Noruega

**Kidea:** BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA,  
Granadako Unibertsitatea, España

**Kidea:** MARÍA JOSÉ MARTÍNEZ HERRERO,  
UPV/EHU. Universidad del País Vasco/  
Euskal Herriko Unibertsitatea, España

**Kidea:** JOSE M. PEIRO,  
Valentziako Unibertsitatea, España

**Kidea:** ÓSCAR REQUENA MONTES,  
Valentziako Unibertsitatea, España

**Kidea:** AINHOA SAITUA IRIBAR  
UPV/EHU. Universidad del País Vasco/  
Euskal Herriko Unibertsitatea, España

**Kidea:** SIMONA SOBOTOVICOVA,  
UPV/EHU y UPPA.

**Kidea:** MARINA SUSPERREGUI BARRÓS,  
UPV/EHU. Universidad del País Vasco/  
Euskal Herriko Unibertsitatea

**Kidea:** MIREN EDURNE TERRADILLOS ORMAECHEA,  
UPV/EHU. Universidad del País Vasco/  
Euskal Herriko Unibertsitatea, España

**Kidea:** EGUZKI URTEAGA OLANO,  
UPV/EHU. Universidad del País Vasco/  
Euskal Herriko Unibertsitatea

**Kidea:** JON BERNAT ZUBIRI REY,  
UPV/EHU. Universidad del País Vasco/  
Euskal Herriko Unibertsitatea

## CONSEJO ASESOR:

ANGEL ELIAS ORTEGA, ex decano de la Facultad de Relaciones Laborales y Trabajo Social (UPV/EHU)

JAVIER ALONSO SANTOS, coordinador del PRECO del Consejo de Relaciones Laborales

JON BILBAO, Director de Relaciones Laborales de CONFEBASK

CRISTINA CARRASCO, profesora titular de Teoría Económica de la Universidad Autónoma de Barcelona

LUIS CASTELLS, catedrático de Historia Contemporánea de la UPV/EHU

MANUEL DÍAZ DE RÁBAGO, ex-magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco

MARCELA ESPINOSA PIKE, profesora titular de Economía Financiera y Contabilidad de la UPV/EHU

LORENZO GAETA, catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Siena (Italia)

AGUSTÍN GONZÁLEZ CRESPO, presidente de Aedipe Norte

JUAN PABLO LANDA ZAPIRAIN, catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UPV/EHU

TERESA LAESPADA MARTÍNEZ, diputada foral del Departamento de Empleo, Inserción Laboral e Igualdad, Diputación Foral de Bizkaia

JON LANDETA RODRÍGUEZ, profesor titular de Dirección de Personal de la UPV/EHU

PHILIPPE MARTIN, Directeur de recherche au CNRS - HDR de Burdeos

JOSÉ LUIS MONEREO, catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada

CARLOS PRIETO, codirector de la revista *Sociología del Trabajo* y Profesor Titular de Sociología de la UCM

ALBERT RECIO, profesor titular de Economía Aplicada de la Universidad Autónoma de Barcelona

GIANCARLO RICCI, catedrático de Derecho del Trabajo en la Universidad de Catania (Italia)

JAVIER SAN JOSÉ BARRIOCANAL, Responsable de Comunicación de la Agrupación de Sociedades Laborales de Euskadi (ASLE)

## AHOLKULARITZA:

ANGEL ELIAS ORTEGA, Lan Harremanen eta Gizarte Langintza Fakultateko dekanoa ohia (UPV/EHU)

JAVIER ALONSO SANTOS, PRECO Lan Harremanen Kontseiluko koordinatzailea

JON BILBAO, CONFEBASK-eko Lan Harremanen zuzendaria

CRISTINA CARRASCO, Bartzelonako Unibertsitate Autonomoko Ekonomia Teoriako irakasle titularra

LUIS CASTELLS, Historia Garaikideko katedraduna (UPV/EHU)

MANUEL DÍAZ DE RÁBAGO, EAeko Justizi Auzitegi Nagusiko Gizarte Salako magistratua ohia

MARCELA ESPINOSA PIKE, Finantza Ekonomia eta Kontabilitate irakasle titularra (UPV/EHU)

LORENZO GAETA, Lan Zuzenbidearen irakasle katedraduna Sienako Unibertsitatean (Italia)

AGUSTÍN GONZÁLEZ CRESPO, Aedipe Norte-ko lehendakaria

JUAN PABLO LANDA ZAPIRAIN, Laneko eta Gizarte Segurantzaren Zuzenbideko katedraduna (UPV/EHU)

TERESA LAESPADA MARTÍNEZ, Enplegu, Lan Txertatze eta Berdintasun Saileko foru diputatua, Bizkaiko Foru Aldundia

JON LANDETA RODRÍGUEZ, UPV/EHUko Langileak Kudeatzeko irakasle titularra

PHILIPPE MARTIN, director of research of CNRS - HDR of Bordeaux

JOSÉ LUIS MONEREO, Laneko eta Gizarte Segurantzaren Zuzenbideko katedraduna Granadako Unibertsitatean

CARLOS PRIETO, *Sociología del Trabajo* aldizkariaren zuzendari kidea eta UCMeko Soziologia irakasle titularra

ALBERT RECIO, Bartzelonako Unibertsitate Autonomoko Ekonomia Aplikatu irakasle titularra

GIANCARLO RICCI, Lan Zuzenbideko irakaslea Cataniako Unibertsitatean (Italia)

JAVIER SAN JOSÉ BARRIOCANAL, Euskal Herriko Lan Elkarteen Elkartearen Komunikazio Burua (ASLE)

NEKANE SAN MIGUEL, Magistrada  
de la Audiencia Provincial de Bizkaia

IMANOL ZUBERO, profesor titular  
de Sociología de la UPV/EHU

JOSÉ MARÍA ZUBIAUR, profesor  
de la Universidad Carlos III de Madrid

JUAN HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, UPV/EHU

NEKANE SAN MIGUEL,  
Bizkaiko Probintzia Auzitegiko magistratua

IMANOL ZUBERO, UPV/EHUko  
Soziologia irakasle titularra

JOSÉ MARÍA ZUBIAUR, Madrilgo  
Carlos III Unibertsitateko irakaslea

JUAN HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, UPV/EHU

## AURKIBIDEA / ÍNDICE

<b>Presentación / Aurkezpena</b> . . . . .	9
--	---

### **Sección monográfica / Atal monografikoa**

<i>Las limitaciones de los despidos vinculados a la COVID-19: criterios jurisprudenciales</i> Djamil Tony Kahale Carrillo . . . . .	13
<i>El derecho a la desconexión digital desde un punto de vista de la prevención de riesgos laborales</i> Nuria J. Ayerra Duesca . . . . .	41
<i>El derecho de resistencia en tiempos de pandemia</i> Ana N. Escribá Pérez, José Manuel Martín Sebastián . . . . .	72
<i>Estudio de las medidas sancionadoras y reparadoras del abuso en la contratación temporal en el empleo público contempladas en la Ley 20/2021 y en el Real Decreto-Ley 32/2021, con especial referencia a la figura del personal indefinido no fijo</i> Eduarne Terradillos Ormaetxea . . . . .	98

### **Sección abierta / Atal irekia**

<i>Las intersecciones entre la pobreza laboral y los bajos salarios: claves para comprender una relación cada vez más divergente</i> Peru Dominguez Olabide . . . . .	141
<i>Sistema orgánico de representación en seguridad y salud laboral en España</i> Raul Payá Castiblanque . . . . .	160
<i>El alcance del derecho de huelga en contextos de externalización productiva</i> José Enrique Ruiz Saura . . . . .	197

**Reseñas bibliográficas / Atal monografikoa**

<i>Reseña de María Belén Fernández Collados (dir.)</i> . Relaciones laborales e industria digital: redes sociales, prevención de riesgos laborales, desconexión y trabajo a distancia en Europa José Antonio González Martínez. . . . .	222
<i>Reseña de Antonio V. Sempere Navarro (dir.) y Yolanda Cano Galán (coord.)</i> : La obra jurídica de Aurelio Desdentado. BOE (Madrid), 2021, 1097 págs. Francisco Xabiere Gómez García . . . . .	227



## PRESENTACIÓN

La llegada del COVID-19 en 2020 y su impacto socio-sanitario ha representado un aprendizaje para el ámbito de las relaciones laborales. El incremento del teletrabajo, el impacto económico que ha causado la crisis con el cierre temporal y/o definitivo de empresas o las medidas urgentes que ha adoptado el Gobierno para que la repercusión de la crisis sanitaria sea menor en el empleo han sido la tónica de estos últimos años.

En las postrimerías del 2021, el legislador nos ha dejado novedades importantes en el ámbito del Derecho del Trabajo y Seguridad Social que desde tanto tiempo se estaban esperando: por un lado, la aprobación del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo y por otro lado, la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones. Además, la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022 también introduce algunas modificaciones en materia de las bases y tipos de cotización en la Seguridad Social; incorpora cambios en las aportaciones máximas en planes de pensiones, y, respecto al empleo público, establece una tasa de reposición de efectivos del 120% en sectores prioritarios como son la educación y la sanidad, entre otros. En esta última línea también es de mencionar la Ley 20/2021, que convalida el Real Decreto Ley 14/2021 de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público.

Hemos querido que el número 47 de *LAN HARREMANAK- Revista de Relaciones Laborales* sea una oportunidad para reflexionar sobre el impacto del COVID-19 en nuestro ámbito jurídico. Así en la sección monográfica, recogemos el fruto del trabajo de varios/as autores/as que han realizado interesantes aportaciones sobre esta cuestión. En primer lugar, presentamos el artículo *Las limitaciones de los despidos vinculados a la COVID-19: criterios jurisprudenciales* del profesor Djamil Tony Kahale Carrillo. Le sigue el artículo titulado *El derecho a*

*la desconexión digital desde un punto de vista de la prevención de riesgos laborales* de la profesora asociada Nuria J. Ayerra Duesca. A continuación, presentamos el artículo *El derecho de resistencia en tiempo de pandemia* de la profesora Ana N. Escribá Pérez y del abogado José Manuel Martí Sebastía. Por último, encontramos el artículo *Estudio de las medidas sancionadoras y reparadoras del abuso en la contratación temporal en el empleo público contempladas en la Ley 20/2021 y en el Real Decreto-Ley 32/2021 con especial referencia a la figura del personal indefinido no fijo* de la profesora Edurne Terradillos Ormaetxea.

En la sección abierta presentamos tres artículos: en primer lugar, presentamos el artículo *Las intersecciones entre la pobreza laboral y los bajos salarios: claves para comprender una relación cada vez más divergente* del investigador Peru Dominguez Olabide. En segundo lugar, le sigue el artículo *Sistema orgánico de representación en seguridad y salud laboral en España* del profesor Raúl Payá Castiblanque. En tercer lugar, aparece el artículo *El alcance del derecho de huelga en contextos de externalización productiva* de José Enrique Ruiz Saura.

Por último, en este número contamos con dos reseñas bibliográficas: por un lado, la reseña al libro *Relaciones laborales e industria digital: redes sociales, prevención de riesgos laborales, desconexión y trabajo a distancia en Europa* de María Belén Fernández Collados elaborado por el profesor José Antonio González Martínez; por otro lado, la reseña de *Sempere Navarro, A.V. (Dir.) y Cano Galán, Y. (Coord.): La obra jurídica de Aurelio Desdentado. BOE* del profesor Francisco Xabiere Gómez García.

Desde el número 41 (inclusive) LAN HARREMANAK cuenta con *peer review* externa, y así ha sido también en el número actual, en el que han participado 15 evaluadoras y evaluadores externos a la revista y también la Facultad de Relaciones Laborales y Trabajo Social de la UPV/EHU que edita la revista. Queremos agradecer especialmente la labor que han realizado estas académicas y académicos que contribuyen en gran medida a la calidad final de los artículos publicados. Siguiendo la política de la revista, la publicación de cada artículo sólo se materializa con el visto bueno de la mayoría de las personas que han evaluado, con un mínimo de dos evaluaciones positivas. Respecto a las reseñas bibliográficas y tal como se indica en las directrices de la revista, han sido evaluadas por dos editores/as de la revista y posteriormente, han sido aprobadas por el Consejo de Redacción.

Enea Ispizua Dorna  
Directora  
15 de junio de 2022

## AURKEZPENA

Covid-19aren etorrera 2020an eta bere eragina gizarte eta osasunean ikasketa bat izan dira lan-harremanen esparrurako. Horrela, azken urteotako joera izan dira telelanaren hazkundera, enpresen aldi baterako edota behin betiko itxierarekin eragin duen eragin ekonomikoa edo Gobernuak osasun-krisiak enpleguan eragin txikiagoa izan dezan hartu dituen premiazko neurriak.

2021. urteko azkenetan, legegileak berrikuntza garrantzitsuak utzi dizkigu Lan eta Gizarte Segurantzaren Zuzenbidean, aspalditik espero zirenak: alde batetik, abenduaren 28ko 32/2021 Errege Lege Dekretua onartu zen, lan-erreformarako, enpleguaren egonkortasuna bermatzeko eta lan-merkatua eraldatzeko premiazko neurriei buruzkoa, eta, beste alde batetik, abenduaren 28ko 21/2021 Legea, Gizarte Segurantzako pentsioen eta finantza-boterearen erreformatu publikoari buruzkoa. Gainera, 2022rako Estatuko Aurrekontu Orokorrei buruzko abenduaren 28ko 22/2021 Legeak zenbait aldaketa egiten ditu Gizarte Segurantzako kotizazio-oinarrien eta tasen arloan eta pentsio-planetakoko gehieneko ekarpenetan; eta, besteren artean, hezkuntzan eta osasunean % 120ko birjarpentasa ezartzen du. Azken ildo honetan aipatzekoa da 20/2021 Legea, enplegu publikoan behin-behinekotasuna murrizteko premiazko neurriei buruzko 14/2021 Errege Lege-Dekretua baliozkotzen duena.

*LAN HARREMANAK Aldizkariaren 47. zenbakia* COVID-19aren pandemiak irakatsi eta aldatu digunari buruz hausnartzeko toki bat izatea nahi genuen. Honen ondorioz, ondorengo egileen lanak aurkeztu nahi dizkizuegu. Lehenengo, *Las limitaciones de los despidos vinculados a la COVID-19: criterios jurisprudenciales* artikulua duzue *Djamil Tony Kahale Carrillo* irakaslearena. Bigarrenik, *El derecho a la desconexión digital desde un punto de vista de la prevención de riesgos laborales* dugu, *Nuria J. Ayerra Duesca* irakaslearena. Hirugarrenik, *El derecho de resistencia en tiempo de pandemia* izeneko artikulua dugu, *Ana N. Escribá Pérez* irakaslearena eta *José Manuel Martí Sebastián* abokatuarena. Azkenik, *Estudio de las medidas sancionadoras y reparadoras del abuso en la*

*contratación temporal en el empleo público contempladas en la Ley 20/2021 y en el Real Decreto-Ley 32/2021 con especial referencia a la figura del personal indefinido no fijo* artikulua aurkezten dizuegu Edurne Terradillos Ormaetxea irakaslearena.

Atal irekian hiru artikulua aurki ditzakezue: lehena, *Las intersecciones entre la pobreza laboral y los bajos salarios: claves para comprender una relación cada vez más divergente* artikulua Peru Dominguez Olabide ikertzailearena. Bigarrena, *Sistema orgánico de representación en seguridad y salud laboral en España* Raúl Payá Castiblanque irakaslearena. Eta azkena, *El alcance del derecho de huelga en contextos de externalización productiva*, José Enrique Ruiz Saura-rena.

Bukatzeko, zenbaki honetan bi aipamen bibliografiko ditugu: batetik, *Relaciones laborales e industria digital: redes sociales, prevención de riesgos laborales, desconexión y trabajo a distancia en Europa* de Maria Belén Fernández Collados, José Antonio González Martínez irakaslearena. Bestetik, *Sempere Navarro, A.V. (Dir.) y Cano Galán, Y. (Coord.): La obra jurídica de Aurelio Desdentado*. BOE, Francisco Xabiere Gómez García irakaslearena.

41.zenbakitik aurrera (barne) LAN HARREMANAK aldizkariak kanpoko *peer review* (ebaluatzaileak) erabiltzen ditu eta horrela izan da oraingo zenbakian ere, aldizkaria argitaratzen duen EHU/UPVko Lan Harremanen eta Gizarte Langintzaren Fakultateaz kanpoko 15 ebaluatzailek parte hartu baitute. Berezik eskertu nahi dugu akademiko eta jakitun horien lana, neurri handi batean laguntzen baitigute argitaratzen ditugun artikuluen kalitate jasoa lortzen eta. Ezarritako aldizkariaren politikei jarraituz, artikulua bakoitzaren argitalpena ebaluatu duten pertsona gehienen oniritziarekin baino ez da gauzatzen, bi ebaluazio positiborekin. Aipamen bibliografikoei dagokienez, aldizkariaren jarraibideetan adierazten den bezala, aldizkariaren bi editorek ebaluatu dituzte, eta, ondoren, Erredakzio Kontseiluak onartu ditu.

Enea Ispizua Dorna  
Zuzendaria  
2022ko ekainaren 15a

# LAS LIMITACIONES DE LOS DESPIDOS VINCULADOS A LA COVID-19: CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

*Limitations on dismissals linked to COVID-19: jurisprudential criteria*

DJAMIL TONY KAHALE CARRILLO\*

Profesor Titular de la Universidad Politécnica de Cartagena, España

## RESUMEN

El RDL 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias en el ámbito laboral para paliar los efectos derivados del COVID-19, dispuso en su artículo 2, entre otras medidas, la denominada «prohibición de despedir». Precepto que ha traído controversias al no indicar de manera expresa las consecuencias de los despidos en pandemia. El presente artículo se centra, por tanto, en una de las cuestiones más polémicas que ha deparado su aplicación en determinar, según los criterios jurisprudenciales de las sentencias menores, la calificación que merecen los despidos producidos vinculados a la COVID-19.

Palabras clave: ERTE, COVID-19, despidos, protección del empleo, improcedencia, nulidad.

## ABSTRACT

RDL 9/2020, of 27 March, adopting complementary measures in the labour field to alleviate the effects derived from COVID-19, provided in its article 2, among other measures, the so-called «prohibition of dismissals». This provision has caused controversy as it does not expressly indicate the consequences of dismissals during a pandemic. This article therefore focuses on one of the most controversial issues that has led to its application in determining, according to the jurisprudential criteria of minor judgments, the qualification that dismissals linked to COVID-19 deserve.

Keywords: ERTE, COVID-19, dismissals, employment protection, unfairness, nullity.

\* **Correspondencia a:** Djamil Tony Kahale Carrillo. C/ Real, n.º 3, Cartagena (Murcia-España). — [djamil.kahale@upct.es](mailto:djamil.kahale@upct.es) — <https://orcid.org/0000-0002-0266-3380>

**Cómo citar:** Kahale Carrillo, Djamil Tony. (2022). «Las limitaciones de los despidos vinculados a la COVID-19: criterios jurisprudenciales»; *Lan Harremanak*, 47, 13-40. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.23219>).

Recibido: 24 noviembre, 2021; aceptado: 21 enero, 2022.

ISSN 1575-7048 — eISSN 2444-5819 / © 2022 UPV/EHU



## 1. Introducción

El Consejo de Ministros acordó declarar el estado de alarma<sup>1</sup>, en virtud del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, con motivo de la crisis sanitaria originada por la pandemia del COVID-19<sup>2</sup>. Posteriormente, aquel Consejo ha aprobado el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (RDL 8/2020)<sup>3</sup>, con el fin de arbitrar un conjunto de medidas que permitieran paliar, en cierta medida, la crisis sanitaria, económica y social generada por la pandemia del COVID-19.

Empero, entre las medidas contempladas en esta última norma, se recoge la flexibilización de los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo (ERTE), tanto por causa de fuerza mayor, como en el supuesto de los derivados de causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, con el fin de intentar paliar los efectos devastadores que esta crisis sanitaria está produciendo en el mercado laboral.

El notable estancamiento que está registrando el mercado laboral, aunado al importante volumen de ERTE presentados, desde la declaración del estado de alarma, ha puesto de relieve la necesidad de que el Gobierno arbitre nuevas medidas e instrumentos que contribuyan a paliar los efectos de la crisis sanitaria sobre los trabajadores. De esta forma, la situación extraordinaria y urgente por la que ha atravesado España ha requerido la adopción de nuevas medidas que respondan de manera adecuada a las necesidades que se derivan de las consecuencias cambiantes de la crisis sanitaria. Que suponen una alteración grave, y sin precedentes, de la vida diaria y que tiene un impacto devastador sobre el mercado laboral; al generar una gran incertidumbre en un amplio colectivo de las personas trabajadoras, que están viendo afectados sus puestos de trabajo, a raíz de la suspensión de un importante volumen de actividades, como consecuencia de la declaración de aquel estado de alarma.

Bajo este contexto, se promulga el Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19 (RDL 9/2020)<sup>4</sup> —norma que

---

<sup>1</sup> Esta obra queda enmarcada dentro de los trabajos de investigación desarrollados por el autor en el Proyecto financiado por la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia a través de la convocatoria de Ayudas a proyectos para el desarrollo de investigación científica y técnica por grupos competitivos, incluida en el Programa Regional de Fomento de la Investigación Científica y Técnica (Plan de Actuación 2018) de la Fundación Séneca-Agencia de Ciencia y Tecnología de la Región de Murcia: 20976/PI/18; así como en el proyecto: Bargaining upfront in the digital age (VS/2019/0280), financiado por la Comisión Europea.

<sup>2</sup> BOE núm. 67, de 14 de marzo de 2020.

<sup>3</sup> BOE núm. 73, de 18 de marzo de 2020.

<sup>4</sup> BOE núm. 86, de 28 de marzo de 2020.

ha sido tramitada como proyecto de ley, que ahora se entiende como tácitamente sustituida por la Ley 3/2021, de 12 de abril, por la que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19<sup>5</sup>—, que persigue establecer aquellos instrumentos tendentes a garantizar la aplicación efectiva de los servicios que resultan esenciales en las circunstancias actuales, al objeto de dar una respuesta adecuada a las necesidades de atención sanitaria y social, que concurren.

Por lo que viene a complementar y detallar algunas de las medidas previstas, en lo atinente a la tramitación de los ERTE, previstas en el RDL 8/2020, concretando el procedimiento de reconocimiento de la prestación contributiva por desempleo, para todas las personas afectadas por procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada basados en las causas previstas en los artículos 22 y 23. Asimismo, integra otra serie de medidas, en el ámbito laboral, destinadas a paliar los efectos de la crisis de la COVID-19, sobre las personas trabajadoras.

El objeto de este trabajo se circunscribe a las limitaciones de los despidos vinculados a la COVID-19, especialmente a las medidas extraordinarias para la protección del empleo que regula el RDL 9/2020. Dicho en otras palabras, a la fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 del RDL8/2020; al establecer que no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido.

Cuestión que ha tenido varias prórrogas a través de los siguientes instrumentos (Grisolía, 2021): a) Real Decreto-ley 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo (Disp. Final segunda)<sup>6</sup>; b) Real Decreto-ley 24/2020, de 26 de junio, de medidas sociales de reactivación del empleo y protección del trabajo autónomo y de competitividad del sector industrial (art. 7)<sup>7</sup>; c) Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo (art. 6)<sup>8</sup>; d) Real Decreto-ley 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo (art. 3)<sup>9</sup>; e) Ley 3/2021, de 12 de abril, por la que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19 (art. 2)<sup>10</sup>; f) Real Decreto-ley 11/2021, de 27 de mayo, sobre medidas urgentes para la defensa del empleo, la reactivación económica y la protección de los trabajadores

---

<sup>5</sup> BOE núm. 88, de 13 de abril de 2021.

<sup>6</sup> BOE núm. 134, de 13 de mayo de 2020.

<sup>7</sup> BOE núm. 178, de 27 de junio de 2020.

<sup>8</sup> BOE núm. 259, de 30 de septiembre de 2020.

<sup>9</sup> BOE núm. 23, de 27 de enero de 2021.

<sup>10</sup> BOE núm. 88, de 13 de abril de 2021.

autónomos (art. 1)<sup>11</sup>; g) Real Decreto-ley 18/2021, de 28 de septiembre, de medidas urgentes para la protección del empleo, la recuperación económica y la mejora del mercado de trabajo (art. 1)<sup>12</sup>.

Antes de analizar las limitaciones de los despidos vinculados a la COVID-19, se estudiará lo señalado en el artículo 22 y 23 del RDL 8/2020 para una mejor comprensión general de la investigación; es decir, lo concerniente, respectivamente, a las medidas excepcionales en relación con los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada por causa de fuerza mayor; y a las medidas excepcionales en relación con los procedimientos de suspensión y reducción de jornada por causa económica, técnica, organizativa y de producción.

La metodología de investigación que se ha llevado a cabo para materializar este estudio se ha basado, fundamentalmente en una revisión normativa. Asimismo, se ha realizado la revisión y el análisis bibliográfico de artículos de revistas jurídicas especializadas, libros, internet, jurisprudencia y bases de datos en relación con el tema. La metodología antes descrita ha sido la idónea para poder llevar a cabo el trabajo, ya que sin la revisión del material legislativo, jurisprudencial y bibliográfico no se hubiese podido materializar.

## **2. Medidas excepcionales en relación con los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada por causa de fuerza mayor**

El artículo 22 del RDL 8/2020 dispone que las suspensiones de contrato y reducciones de jornada que tengan su causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia de la COVID-19, incluida la declaración del estado de alarma, que impliquen suspensión o cancelación de actividades, cierre temporal de locales de afluencia pública, restricciones en el transporte público y, en general, de la movilidad de las personas y/o las mercancías, falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad, o bien en situaciones urgentes y extraordinarias debidas al contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo decretados por la autoridad sanitaria, que queden debidamente acreditados, tendrán la consideración de provenientes de una situación de fuerza mayor, con las consecuencias que se derivan del artículo 47 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET)<sup>13</sup>; es decir, a lo concerniente a la «suspensión del contrato o reducción de

---

<sup>11</sup> BOE núm. 127, de 28 de mayo de 2021.

<sup>12</sup> BOE núm. 233, de 29 de septiembre de 2021.

<sup>13</sup> BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015.



jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor».

Por tanto, el ET configura la fuerza mayor como un elemento causal que podrá determinar, cuando se haya constatado, la suspensión o extinción contractual. La diferencia de estos dos últimos radica en sus efectos. Por una parte, en la extinción, la norma exige que aquellos provoquen la imposibilidad definitiva de la prestación de trabajo. Por otra, en la suspensión, se exige exclusivamente que la imposibilidad sea temporal (Blasco, López y Ramos, 2020; 113).

La noción clásica de fuerza mayor laboral ha sido objeto de concreción, como ya se ha señalado, por el aluvión de normativa desde la aparición de la COVID-19. Bajo este contexto, la empresa que decida materializar aquella medida tendría que aplicar las siguientes especialidades, respecto del procedimiento recogido en la normativa reguladora de aquellos expedientes:

- a) El procedimiento se iniciará mediante solicitud de la empresa, que se acompañará de un informe relativo a la vinculación de la pérdida de actividad como consecuencia de la COVID-19; así como la correspondiente documentación acreditativa. La empresa deberá comunicar, a su vez, su solicitud a las personas trabajadoras y trasladar el informe anterior y la documentación acreditativa, en caso de existir, a la representación de aquellas.
- b) La existencia de fuerza mayor, como causa motivadora de suspensión de los contratos o de la reducción de jornada anteriormente señalada, deberá ser constatada por la autoridad laboral, cualquiera que sea el número de trabajadores afectados.
- c) La resolución de la autoridad laboral se dictará en el plazo de cinco días desde la solicitud, previo informe, en su caso, de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y deberá limitarse a constatar la existencia, cuando proceda, de la fuerza mayor alegada por la empresa correspondiendo a esta la decisión sobre la aplicación de medidas de suspensión de los contratos o reducción de jornada, que surtirán efectos desde la fecha del hecho causante de la fuerza mayor.
- d) El informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, cuya solicitud será potestativa para la autoridad laboral, se evacuará en el plazo improrrogable de cinco días.

En el supuesto de que aquella medida se aplique a las personas socias trabajadoras de cooperativas de trabajo asociado y sociedades laborales incluida en el Régimen General de la Seguridad Social o en algunos de los regímenes especiales que protejan la contingencia de desempleo, será de aplicación el procedimiento específico previsto en el artículo 2 del Real Decreto 42/1996, de 19 de

enero, por el que se amplía la protección por desempleo a los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado en situación de cese temporal o reducción temporal de jornada (RD 42/1996)<sup>14</sup>.

### **3. Medidas excepcionales en relación con los procedimientos de suspensión y reducción de jornada por causa económica, técnica, organizativa y de producción**

El artículo 23 del RDL 8/2020 señala que en los casos que la empresa decida la suspensión de contrato o reducción de la jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción relacionadas con la COVID-19, se aplicarán las siguientes especialidades, respecto del procedimiento recogido en la normativa reguladora de estos expedientes:

- a) En el supuesto de que no exista representación legal de las personas trabajadoras, la comisión representativa de estas para la negociación del periodo de consultas estará integrada por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y con legitimación para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación. La comisión, no obstante, estará conformada por una persona por cada uno de los sindicatos que cumplan dichos requisitos, tomándose las decisiones por las mayorías representativas correspondientes. En caso de no conformarse esta representación, la comisión estará integrada por tres trabajadores de la propia empresa, elegidos conforme a lo recogido en el artículo 41 del ET<sup>15</sup>.
- b) El periodo de consultas entre la empresa y la representación de las personas trabajadoras o la comisión representativa señalada anteriormente no deberá exceder del plazo máximo de siete días.
- c) El informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, cuya solicitud será potestativa para la autoridad laboral, se evacuará en el plazo improrrogable de siete días. Hay que destacar, no obstante, que en la medida anterior es de cinco días.

De igual manera, que la anterior medida, en el caso de los expedientes de suspensión de contratos y reducción de jornada que afecten a las personas socias

---

<sup>14</sup> BOE núm. 42, de 17 de febrero de 1996. Salvo en lo relativo al plazo para la emisión de resolución por parte de la Autoridad Laboral y al informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que se regirán por lo previsto en los apartados c) y d) del apartado anteriormente señalados.

<sup>15</sup> En cualquiera de los supuestos anteriores, la comisión representativa deberá estar constituida en el improrrogable plazo de 5 días.

trabajadoras de cooperativas de trabajo asociado y sociedades laborales incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social o en algunos de los regímenes especiales que protejan la contingencia de desempleo, será de aplicación el procedimiento específico previsto en el RD 42/1996<sup>16</sup>.

#### 4. Criterio jurisprudencial

De la literalidad del artículo 2 del RDL 9/2020 al indicar que la fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 del RDL 8/2020 no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido; se deduce que la voluntad del legislador es la de impedir las extinciones de los contratos de trabajo durante la crisis sanitaria de la COVID-19 ofreciendo, como mecanismo alternativo, los ERTES.

Por tanto, desde una interpretación finalista de la norma, quedan fuera de estos concretos supuestos, los despidos y las extinciones de contratos de trabajo con fundamento en otras causas. Hay que tener en cuenta que dicho precepto se aplica a todas las empresas, independientemente de que hayan estado o no en situación de regulación de empleo.

La redacción del artículo 2 del RDL 9/2020, no obstante, plantea una serie de cuestiones, dado que deja vacías de contenido a los siguientes asuntos (González, 2020; 337); a las que la Exposición de Motivos de la norma no contiene referencia alguna, por lo que la deja sin fuente de información que podría contribuir a desvelar el verdadero propósito del legislador (González, 2021):

- No queda claro si su aplicación queda asociada exclusivamente a las causas de la COVID-19 para justificar el ERTE o se requiere que el empresario tenga que adoptar las medidas de ajuste.
- Se aplica a las comunicaciones de despido disciplinario fundadas en causas ficticias o por otras causas objetivas para evitar la referencia de la COVID-19 con el fin de desplazar la aplicación del artículo 2 en cuestión.
- La norma no es contraria a derecho en cuanto a la concreción temporal por el legislador de las exigencias para acordar tanto despidos colectivos como despidos objetivos.
- El incumplimiento del precepto determina la nulidad, dado que vulnera una norma imperativa de interés general.

---

<sup>16</sup> En cualquier caso, se registrarán por lo previsto en los apartados b) y c) del apartado anterior.

- El no cumplimiento del artículo en cuestión produce, como efecto, la improcedencia como sucede en los supuestos de cualquier extinción contractual no justificada o sin causa legal.
- Si la medida resulta aplicable, o no, cuando por motivos de la crisis sanitaria finaliza la obra o servicio, subcontrata o se extingue el contrato de puesta a disposición de una Empresa de Trabajo Temporal (Toldi, 2020).
- Se puede descartar que exista la obligación de reposición de las exoneraciones de las cuotas, dado que, por una parte, la norma no señala nada al respecto. Por otra, al entrar en vigor el RDL 9/2020 los ERTES por motivos económicos, técnicos, organizativos o productivos no gozaban de las mismas (Falguera, 2020; 110). En ese sentido, se destaca que, como regla general, en los supuestos de suspensión del contrato o reducción de jornada, la empresa está obligada al ingreso de su aportación. Empero, en los Reales Decretos-leyes 8/2020, de 17 de marzo, 18/2020, de 12 de mayo, y 24/2020 de 26 de junio, se establece, como excepción, que en los ERTE autorizados en base a fuerza mayor temporal vinculada al COVID-19, así como en los expedientes de regulación de empleo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción —ETOP— la empresa, estará exonerada del abono de la aportación empresarial, incluida la cotización para desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional en los porcentajes y condiciones previstos en la normativa reguladora citada anteriormente. En el caso de las reducciones de jornada de trabajo, la empresa mantiene la obligación del ingreso de las aportaciones tanto suya como de la persona trabajadora respecto de la parte de la jornada de trabajo en la que se presta la actividad, y queda exonerada del pago de las cuotas de la parte de la jornada de trabajo no realizada.
- Su redacción puede lesionar el artículo 38 de Constitución española (CE)<sup>17</sup>. En tal caso, se debería plantear la cuestión de constitucionalidad correspondiente, y no limitarse a inaplicar esta norma imperativa (López, 2021).

Con relación a esto último se ha indicado que no se lesiona aquel precepto constitucional, dado que admite restricciones en el artículo 35 de la CE. La estabilidad real que ofrece es, por una parte, temporal. Por otra, proporcionada «porque los costes de aquella se socializan en gran medida» (Molina, 2020; 91). Asimismo, se ha indicado que la libertad de empresa se somete a las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación, por lo que tal derecho constitucional se puede limitar con otros principios o intereses generales, y más en una situación de pandemia, en el que prima la salud de todos los ciudadanos (SJS de Barcelona, núm. 1, de 15 de febrero de 2020. Rec. núm. 283/2020).

---

<sup>17</sup> BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

Dicho de otra manera, aquel precepto constitucional no legitima que los trabajadores hayan de soportar limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas<sup>18</sup>. Pero dicha libertad de empresa otorga al empresario un poder organizativo y disciplinario, pudiendo extinguir el contrato laboral con amparo en las causas previstas por la legalidad ordinaria, entre ellas el despido por razones objetivas (STC 146/19, de 25 de noviembre).

La doctrina, en este sentido, ha manifestado, por una parte, que «con esta previsión se ha llegado a hablar de una prohibición de despedir que, sin embargo, no se ajusta al tenor de la norma, que solo declara la extinción del contrato carente de causa, con la finalidad de que las empresas realicen los ajustes de empleo a través de los ERTE. No obstante, lo que sí se plantea es la problemática de la calificación jurídica que merezca un despido o una extinción de un contrato de trabajo que se consecuencia de la fuerza mayor o de las causas económicas, técnicas, organizativas y producción COVID-19» (González, 2020; 339).

Por otra,

afirmar que un despido se encuentra «prohibido» tiene una escasa precisión técnica desde el punto de vista jurídico, pues lo prohibido a lo más puede interpretarse como sinónimo de conducta «ilícita», cuando el jurista espera concreción de cuáles son las concretas consecuencias de ese ilícito, que por ampliar el abanico va desde el ilícito contractual hasta el ilícito penal, pasando por el ilícito administrativo. (Cruz, 2021)

Por último, descartar la existencia de una prohibición

es, en rigor, una limitación en la justificación de la causalidad de las extinciones, consistente en que aquellas causas que podían justificar medidas de flexibilidad interna no podrán justificar medidas de flexibilidad externa, esto es, la procedencia de los despidos —colectivos o individuales— por las mismas causas. (Agustí, 2020)

Por consiguiente, deja en manos del orden judicial determinar cuál es la calificación que merece un despido fundado en causas COVID-19: la nulidad o la improcedencia. Por ello, se ha señalado que «si el propósito del legislador era «jugar» con la ambigüedad, «delegando» en los tribunales la concreción de esta cuestión, no me parece una estrategia acertada. (...) El sistema normativo no necesita más estresores y tampoco (...) [conviene] generar expectativas con estas dosis de incertidumbre» (Beltrán de Heredia, 2020).

Para dilucidar todas estas dudas se pasarán a estudiar las sentencias más relevantes habidas, hasta el momento. Se adelanta que las interpretaciones que han dado los diferentes órganos judiciales, en cuanto al ámbito de aplicación, han

---

<sup>18</sup> *Vid.* SSTC 88/1985, de 19 de julio y 89/2018, de 12 de octubre.

sido variadas: extensiva [Interpretación más amplia o extensa de todos los sentidos posibles, pese a ser muy imprecisa (Rodríguez-T3oubes, 2019); es decir, supone un ámbito de aplicación del precepto mayor que el que se deriva de entender las palabras siguiendo el uso común del lenguaje], restrictiva-extensiva (la unión de los dos tipos de interpretaciones), restrictiva (Interpretación que le da al precepto un ámbito de aplicación menor que el que surge de entender las palabras del mismo según lo que sería el uso común del lenguaje) o no se aplica al despido disciplinario. Empero, se avanza que la inseguridad jurídica existente de la norma se solventará con la doctrina del Tribunal Supremo.

Por ejemplo, se ha indicado, como interpretación extensiva, que

concorre, además, otra causa de improcedencia basada en lo dispuesto en el art. 2 del Real Decreto Ley 9/2020, de 27 de marzo, de medidas complementarias, en el ámbito laboral para paliar los efectos derivados del COVID-19, precepto que imposibilitaba los despidos basados en causas objetivas durante la vigencia del estado de alarma derivado de la situación sanitaria. (SJS núm. 1 de Ponferrada, de 9 de octubre de 2020. Rec. núm. 225/20)

Asimismo, que

la norma prohibitiva es de aplicación a todas las empresas, hayan estado o no en situación de regulación de empleo. Cualquier empresa queda dentro del ámbito de aplicación de la norma excepcional y no debe despedir o extinguir los contratos por causa de fuerza mayor o por causas objetivas relacionadas con la COVID-19 (en este mismo sentido el criterio interpretativo de la Dirección general de Trabajo para la DGT-SGON-863CRA). (SJS de Pamplona, núm. 3, de 21 de diciembre de 2020. Rec. núm. 637/20)

Bajo este contexto, se ha señalado, como interpretación restrictiva-extensiva, que

a la vista de la literalidad del artículo 22 del RDL 8/2020, pensamos que no es aplicable el artículo 2 del RDL 9/2020 y por tanto hemos de acudir a la legislación ordinaria. En efecto, el citado artículo 22 establece que la legislación de urgencia será aplicable a aquellos supuestos que «tengan su causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19» (...): ello, a nuestro modo de ver, implica que dicha normativa no es aplicable en los supuestos en que la COVID-19 no se configure como la causa directa o, dicho en otras palabras, se configure como una causa indirecta o mediata. Ciertamente la decisión legislativa podría haber sido otra (cuya validez constitucional no debemos ni plantearnos, al ser una mera especulación) pero lo cierto es que la norma en vigor establece con total claridad su incidencia, su ámbito de regulación, únicamente para los supuestos de necesidad de adopción de acuerdos de flexibilidad, sea interna (artículos 22 y 23 RDL 8/2020) o externa (artículo 2 RDL 9/2020), originados por pérdida de actividad por causa directa de la COVID-19. Y es evidente que la literalidad de la expresión permite pocas dudas in-

terpretativas, tal como nos impone el artículo 3 del Código Civil. (STSJ de Cataluña, de 11 de diciembre de 2020. Rec. núm. 66/20)<sup>19</sup>

Como interpretación restrictiva se ha indica que

para el caso que la empresa haya decidido acogerse a estas medidas extraordinarias que suponen un E.R.T.E. bien de suspensión, bien de reducción de jornada por causa de fuerza mayor o por causa económica, técnica, organizativa y de producción cuyo origen sea la Covid-19, que tales causas no podrán ser invocadas por la empresa para proceder al despido objetivo por causas económicas de sus trabajadores. (SJS de Valencia, núm. 14, de 1 de febrero de 2021. Rec. núm. 37/21)<sup>20</sup>

Con relación a la salvaguarda del empleo, hay que indicar que de conformidad con la Disposición adicional sexta del RDL 8/2020, que se le ha tachado un tanto parca y escueta su redacción (Navarro y Alonso, 2021; 157), las medidas extraordinarias en el ámbito laboral previstas en el aludido artículo 22 están sujetas al compromiso de la empresa de mantener el empleo durante el plazo de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad, en el que el legislador indica que se entiende por tal la reincorporación al trabajo efectivo de personas afectadas por el expediente, aun cuando esta sea parcial o solo afecte a parte de la plantilla.

Bajo este contexto, en un supuesto de despido colectivo, no acordado con la representación legal de los trabajadores, que afecta a toda la plantilla de un hotel, con posterioridad a un ERTE suspensivo, siguiendo el razonamiento de la STSJ de la Comunidad Valenciana, de 1 de diciembre 2020 (rec. 24/2020), se ha manifestado que,

el riesgo de concurso exime del compromiso de mantenimiento del empleo, es calificado como procedente aunque la empresa tuvo ganancias en el año anterior, por las siguientes razones: Por una parte, concurren las causas económicas y producti-

---

<sup>19</sup> En el mismo sentido, la STSJ de Madrid 30 de noviembre 2020. Rec. 399/2020 al indicar que en «primer lugar hemos de señalar que no son de aplicación el artículo 2 y la disposición final 3.<sup>a</sup> del Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19, que solo afectan a aquellas situaciones que tengan su causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia del covid19, lo que aquí no acontece, al alegarse causas estructurales, por lo que el despido colectivo es el procedimiento adecuado a los fines de extinguir las relaciones laborales por causas económicas anteriores al estado de alarma, sentando el Tribunal Supremo en la jurisprudencia expuesta, que los ERE deben tener génesis en causas estructurales y los ERTE han de hallarla en las coyunturales (...) nos encontramos con el supuesto contemplado en el artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores, de pérdidas persistentes, que justifican el despido colectivo por causas económicas, habiéndose probado su existencia y, conforme a la doctrina jurisprudencial, constatada la falta de viabilidad de la empresa y la extinción de la sociedad en concurso de acreedores, la medida de despido de todos los trabajadores es razonable y proporcionada».

<sup>20</sup> Entre otras, SJS de Valencia, núm. 14, de 1 de febrero 2021. Rec. núm. 37/2021.

vas provocadas por el COVID-19. Por otra, no aplica el compromiso de empleo *ex* Disposición Adicional 6.<sup>a</sup> del RDL 8/2020 porque se ha concluido el concurso de acreedores. Por último, sin aplicar el artículo 2 del RDL 9/2020 «no cabe sino concluir que el despido impugnado es ajustado a derecho al haberse acreditado tanto las causas económicas como productivas alegadas y haber sido declarada la empresa en concurso de acreedores con simultánea conclusión del mismo por insuficiencia de la masa.

Bajo este contexto, en

el despido de la trabajadora, no puede enmarcarse, en el RD 9/2020, en cuyo art. 2, por cuanto la propia normativa exige que las extinciones tengan su causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19, incluida la declaración del estado de alarma, y la causa del despido objeto de las presentes actuaciones, no deriva de la declaración del Estado de Alarma, ni trae causa directa ni indirecta de la COVID-19, no viene precedido de una suspensión de contrato ni reducción de jornada, ni trae causa en la situación sanitaria provocada por la COVID-19, sino en la pérdida del cliente principal de la empresa demandada (SJS núm. 3 de León, de 9 de octubre de 2020 (Rec. núm. 366/20).

Finalmente, que el artículo 2 RDL 9/2020 no es aplicable al caso porque la empresa no ha acudido a un ERTE de las características citadas (SJS de Salamanca, núm. 2, de 21 de octubre de 2020. Rec. núm. 444/20).

De igual manera,

la norma prevista en el artículo 2 del Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, no es aplicable a este caso porque, como dicen los demandados, si bien es cierto que la reducción operada unilateralmente por FMPB en el contrato suscrito con la empresa demandada deriva directamente de los efectos de la pandemia y el estado de alarma sobre la afluencia de visitantes al museo (...) entregado a la representación de los trabajadores en el periodo de consultas, la reducción se lleva a cabo con carácter definitivo, como se deduce de la modificación operada en el contrato con motivo del levantamiento de la suspensión del mismo (...), en la que no hay ninguna referencia a la temporalidad de la reducción, lo que obliga a la empresa demandada a ajustar su plantilla, igualmente con carácter definitivo, esto es, mediante el despido colectivo con invocación de causa de producción, al amparo de la causa prevista en el artículo 51.1 ET. No nos encontramos, por tanto, ante la situación coyuntural que justifica la regulación prevista en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, por lo que no tiene sentido alguno aplicar la norma prevista en el artículo 2 del Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo. Por otra parte, el hecho de que la disminución de visitantes al museo pueda no ser irreversible, cosa que se plantea en el informe emitido por la gerente de FMPB (...), donde refiere la disminución de visitantes al medio plazo, no es relevante, dado que, con independencia de ello, el cliente decide reducir el contrato con carácter definitivo, decisión que la empresa demandada, en su calidad de contratista, se ve obligada a asumir, de modo que la posible temporalidad de la pérdida, ligada a los efectos de la pandemia, no puede producir efecto alguno en la empresa demandada. (STSJ de Cataluña, de 24 de noviembre de 2020. Rec. 56/2020)



Por tanto, el precepto en cuestión debe de interpretarse

en el sentido de que no puede referirse sino al periodo durante el cual estén vigentes las medidas que justifican la fuerza mayor o las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. (STSJ de Aragón, de 15 de febrero 2021. Rec. 679/2020)

La STSJ de Aragón 15 de febrero 2021 (Rec. 38/2021), en este sentido, hace recordar la sentencia del Alto Tribunal que dispone que

el empresario es el que debe decidir soberanamente si procede acudir a medidas extintivas [ERE] o meramente suspensivas [ERTE]; y aunque una racional interpretación sistemática de ambos preceptos induce a concluir que en principio los ERE deben tener génesis en causas estructurales y los ERTE han de hallarla en las coyunturales, en todo caso resulta claro que corresponde a la exclusiva gestión empresarial decidir si está en presencia de una situación meramente coyuntural o si para ella ya es estructural, de forma tal que el acudir a un ERE o a un ERTE viene a traducirse en un juicio de «oportunidad» que exclusivamente corresponde a la dirección de la empresa. Ello con la obligada exclusión de los supuestos de abuso del derecho o fraude de ley, que lógicamente no pueden encontrar amparo en una decisión que se presenta antijurídica; en el bien entendido de que esas excepciones han de ser objeto del correspondiente alegato y de cumplida prueba. (STS de 17 de julio de 2014. Rec. 32/2014)

Sin embargo, en el supuesto en el que una empresa cesionaria no asume a un trabajador tras un traspaso, se ha señalado que —solo se aplica el artículo 2 del RDL 9/2020— si se ha producido un despido fundamentado en causas objetivas (SJS Gijón, núm. 1, de 4 de diciembre 2020. Rec. 408/2020).

Con relación a que no se aplica al despido disciplinario, se ha indicado que

el artículo 2 9/2020 no permite la extinción por causas objetivas del contrato, siendo así que nos hallamos ante un despido disciplinario, por lo que, en principio, no resultaría de aplicación. De entender que se ha calificado como disciplinario para orillar otras figuras extintivas, tendría que haber un indicio de que, por el contrario, respondía a circunstancias vinculadas a factores económicos, de producción u organizativos (consecuencia o no de la pandemia). Circunstancia que no concurre y que, en el caso de autos resulta poco plausible. (SJS núm. 3 de Gijón, de 18 de septiembre de 2020. Rec. núm. 277/20)

Asimismo, se ha entendido que aquel precepto no es aplicable al despido disciplinario, puesto que

del articulado del Convenio 158 de la OIT no cabe deducir que la consecuencia derivada de un despido sin causa haya de ser necesariamente la declaración de nulidad del mismo y la consiguiente readmisión del trabajador. El propio Convenio permite, como alternativa a la anulación de la decisión extintiva, la compensación del trabajador mediante el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada. (STSJ de Asturias, 26 de enero 2021. Rec. 1945/2020)

En cuanto a los efectos del incumplimiento del artículo 2 del RDL 9/2020, el órgano judicial ha aplicado diferentes soluciones: nulidad, improcedencia más indemnización complementaria —o la unión de las anteriores— o procedencia. Bajo este contexto, se ha señalado que la calificación debe ser, por una parte, la nulidad, incluso en un supuesto extintivo anterior a la entrada en vigor del RDL 9/2020 (SJS núm. 3 de Sabadell, de 6 de julio de 2020. Rec. núm. 93/20). Por otra, la nulidad de pleno derecho conforme el artículo 6.3 del Código Civil (SJS de Barcelona, núm. 99, de 28 de julio de 2020. Rec. núm. 180/20 y SJS de Oviedo, núm. 6, de 22 de octubre de 2020. Rec. núm. 305/20).

Con relación a la primera sentencia de las nombradas merece la pena destacar que aquella indica que

en la carta de extinción de contrato se hace referencia a la finalización de la obra o servicio para el que fue contratada, cuando lo cierto es que, de estimar los argumentos de la empresa, esto es, de considerar que estábamos ante un contrato temporal, debió adoptar las medidas previstas en RDL 8/2020 y en su caso suspender el cómputo de vigencia del contrato de trabajo en aplicación de artículo 5 RD 9/2020, ya que, según se reconoció en acto de juicio, en realidad se extinguió el contrato de trabajo a cinco de los empleados como consecuencia de la disminución de pedidos y de producción derivada de la declaración del Estado de Alarma.

En definitiva, se considera que, en realidad, la extinción de contrato de la actora se produjo como consecuencia de la situación derivada de la declaración del Estado de Alarma y la existencia de circunstancias que habilitaban a la empresa para adoptar las medidas previstas en RD 8/2020 por lo que, al extinguir la relación laboral de la actora no solo aduce una causa que no justifica la extinción, según los artículos 22 y 23 de RDL 8/2020 y artículo 2 —de RDL 9/2020—, sino que supone un incumplimiento de las disposiciones legales adoptadas por el legislador con la finalidad de evitar la destrucción de empleo, finalidad que se refleja en Exposición de Motivos (III) del RD 8/20, en que sostiene que las medidas del Cap III del RD-Ley 8/2020 están orientadas a evitar despidos y a conservar el empleo, y esa finalidad habrá de predominar en la hermenéutica que regula los despidos en el ámbito excepcional del COVID-19, siendo esta finalidad la que justifica la redacción del artículo 2 RD-Ley 9/2020.

Siendo así, consideramos de aplicación el artículo 6.3 —de Código Civil— por cuanto la extinción del contrato de trabajo de la actora constituye un acto contrario a norma imperativa además de constituir un fraude de ley, artículo 6.4 —de Código Civil—, pues la empresa se ampara en causa inexistente para conseguir un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, esto es, la extinción de la relación laboral a fecha 28.3.2020, cuando las normas vigentes proscriben la destrucción de empleo derivada de la situación excepcional del Estado de alarma derivado de COVID-19. En consecuencia, procede declarar la nulidad del despido notificado a la actora con efectos de 28.3.2020, con las consecuencias previstas en artículo 55.6 TRLET.

La doctrina, con relación al artículo 6 del Código Civil, ha señalado, por una parte, que

el instrumento de la nulidad (en aquel precepto) está programado, esencialmente, para expurgar aquellos actos y negocios jurídicos contrarios a normas imperativas, propiciando normalmente un efecto inverso (anulación del contrato) al que converge el predicado de nulidad del acto extintivo laboral. Por lo anterior, no son despreciables los problemas que debiera ocasionar la exportación acrítica de una figura como la que aquí estudiamos, cuando el cometido que se le pretende encomendar en el ordenamiento receptor circula en sentido contrario (conservación del negocio jurídico) a aquel para el que ha sido esencialmente concebida (anulación del negocio jurídico). (...) la proyección de la nulidad civil ex art. 6.3 CC al ámbito de la relación obligatoria laboral no puede hacerse a costa de despojarle del carácter que le atribuye la propia doctrina de la Sala 1.<sup>a</sup> del TS, cuando la toma como un remedio excepcional para expurgar aquellos actos y negocios jurídicos que afecten de forma sustancial al orden público, con la habitual intención de anularlos y no de mantenerlos vivos. (Segalés, 2021; 37)

Por otra,

en caso de fraude procede la aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir (que, para el despido, implica la declaración de improcedencia al no estar justificada la extinción) en caso de abuso de derecho, procede el abono de la correspondiente indemnización (objetivo que también queda cubierto con la declaración de improcedencia) y la nulidad prevista en el art. 6.3 solo opera para los casos en los que la norma imperativa o prohibitiva vulnerada no haya previsto un efecto distinto para el caso de contravención (tarea que, con respecto al contrato de trabajo, asume el ET). (Viqueira, 2020)

En cuanto a la interpretación de improcedencia más una indemnización complementaria se destaca aquella que señala que la indemnización legal tasada no es «suficientemente disuasoria» y, por ello, reconoce una indemnización complementaria de 60.000€ a compensar con la ya percibida, salvo readmisión (SJS núm. 26 de Barcelona, de 31 de julio de 2020. Rec. núm. 170/20). Así como el reconocimiento de indemnización de casi 49.000 €, por 9 meses de salario), salvo readmisión (SJS de Barcelona, núm. 26, de 31 de julio de 2020. Rec. núm. 174/20).

Por ejemplo, en un supuesto de despido improcedente habiéndose declarado el estado de alarma, antes de la entrada en vigor del RDL 8/2020 y RDL 9/2020, se ha indicado que

no nos encontramos en estos supuestos ante un despido prohibido sino injustificado («no se podrán entender como justificativas» las causas COVID-19 señala el precepto Y con ello ante un despido improcedente. Ni siquiera la vía de despido por fraude de ley permitirá la declaración de nulidad, que no admite como tal la jurisprudencia

cia, salvo para determinados supuestos de despidos colectivos fraudulentos (STS de 5 de mayo de 2015, rec. 2659/2013), pero más por la vinculación con la vulneración del derecho a la negociación colectiva y a la libertad sindical por las graves irregularidades o incumplimientos de los deberes documentales e informativos que impone a la empresa la normativa aplicable. (STSJ de Castilla y León, de 15 de enero 2021. Rec. 429/2020)

### Asimismo,

el artículo 2 del RDL 9/2020, pudiendo haber calificado al despido como nulo, ha optado por no hacerlo. Nada dispone tampoco sobre la calificación, la Exposición de motivos del propio RDL. (...) En ningún momento se anuncia en la norma, como una medida a adoptar, en aras a evitar que las causas del artículo 22 del RDL 8/2020 se traduzcan en un despido, su calificación de nulidad. No se prevé en el RDL 9/2020 de este modo, una prohibición de despido bajo sanción de nulidad por lo que, siendo un principio general de derecho el que afirma que donde la norma no distingue no debe distinguir el intérprete (SSTS 12-7-18, Rec. n.º 182/17 y 13-06-2018, Rec. n.º 128/2017), sobre todo, porque tampoco se ha modificado y bien podía haberlo hecho, la redacción del artículo 124 de la LRJS, el despido no puede calificarse como nulo. (...) si la norma en cuestión, detallada y densa en su contenido, nada prevé, no es razonable interpretar ese silencio como un mero olvido. (STSJ Madrid, de 25 de noviembre 2020. Rec. 590/2020)

### En el mismo sentido,

el art. 2 del Real Decreto Ley 9/2020 no introduce una prohibición, sino que solo se limita a apuntar que las causas de fuerza mayor o de carácter económico, técnico, organizativo o productivo, derivadas de la crisis por el Covid 19, que podrían justificar un expediente de regulación temporal de empleo, con la mera previsión de que estas causas no justifican el despido, un despido sin causa es improcedente; pero no nulo. (SJS de Ciudad Real, núm. 1, de 10 de diciembre 2020. Rec. 414/2020)<sup>21</sup>

La jurisprudencia mayoritaria se ha decantado por la improcedencia<sup>22</sup>. Por ejemplo, se ha manifestado que

<sup>21</sup> En términos similares, SJS de Ciudad Real, núm. 3, de 30 de noviembre 2020. Rec.418/2020.

<sup>22</sup> Se destacan, entre otras y en el mismo sentido, las siguientes: SJS de Palencia, núm. 1, de 1 de octubre de 2020. Rec. núm. 281/20; SJS de Ciudad Real, núm. 3, de 29 de septiembre de 2020. Rec. núm. 234/20; SJS de Salamanca, núm. 2, de 21 de octubre de 2020. Rec. núm. 444/20; SJS de Valladolid, núm. 4, de 14 de octubre de 2020. Rec. núm. 335/20; SSJS de León, núm. 1, de 1 de octubre de 2020. Rec. núm. 253/20 y 22 de septiembre de 2020. Rec. núm. 261/20 y Rec. núm. 331/20; SJS de Soria, núm. 1, de 9 de septiembre de 2020. Rec. núm. 216/20; SSJS de Gijón, núm. 3, de 3 de noviembre de 2020. Rec. núm. 316/20 y 18 de septiembre de 2020. Rec. núm. 277/20; SJS de Oviedo, núm. 1, de 19 de octubre de 2020. Rec. núm. 295/20; SJS de Mieres, núm. 1, de 4 de agosto de 2020. Rec. núm. 319/20; SJS de Barcelona, núm. 35, de 18 de noviembre de 2020. Rec. núm. 50/20; SSJS de Barcelona, núm. 26, de 13 de octubre de 2020. Rec. núm. 229/20 y 31 de julio de 2020. Rec. núm. 168/20; SSJS de Valladolid, núm. 5,

el artículo 2 del RDL 9/2020, pudiendo haber calificado al despido como nulo, ha optado por no hacerlo. Nada dispone tampoco sobre la calificación, la Exposición de motivos del propio RDL. No se prevé en el RDL 9/2020 (...) una prohibición de despido bajo sanción de nulidad por lo que, siendo un principio general de derecho el que afirma que donde la norma no distingue no debe distinguir el intérprete (...), sobre todo, porque tampoco se ha modificado y bien podía haberlo hecho, la redacción del artículo 124 de la LRJS, el despido no puede calificarse como nulo. (...) [No] es razonable interpretar ese silencio como un mero olvido (...) La palabra «justificativa» significa que «sirve para justificar algo» y el verbo «justificar» significa (...) «probar algo con razones convincentes, testigos o documentos». Por ello, si la causa productiva, no es justificativa del despido, esto significa que la causa productiva relacionada con el Covid-19 no lo prueba, el despido no está probado y, por lo tanto, resulta improcedente o en este caso, no ajustado a derecho. No nulo.

De igual manera,

no prohíbe los despidos, sino que tan solo establece que la FM, o las causas ETOP utilizadas para los ERTES «...no se podrán entender como justificativas de la extinción dl contrato de trabajo ni del despido...»; en consecuencia, se exige que se haya seguido con anterioridad un ERTE y, dichos ceses, fundados en las mismas causas, serían despidos sin justificación, es decir, despidos sin causa, y, por tanto, improcedente (convenio 158 OIT). En todo caso, es preciso recordar que no cabe interpretar que toda conducta empresarial de dejar sin efecto un compromiso de empleo comporta ineludiblemente la concurrencia de un fraude de ley y, por tanto, de declaración de nulidad del despido colectivo. (SJS León, núm. 1, de octubre 2020. Rec. 253/2020)<sup>23</sup>

Por consiguiente,

la invocación de fuerza mayor o causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, estando vigente el art. 2 del Real Decreto Ley 9/2020, no constituye causa justificativa de la extinción. Y en este punto no cabe más que aplicar la consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de despido sin causa, reflejada en sentencias como la de 05/05/15 (ECLI:ES:TS:2015:2469), relativa además al despido de un trabajador en IT, que declara: «Esta línea jurisprudencial sobre la carencia de «apoyo o refrendo legal» de la nulidad del despido fraudulento se inicia en STS 2-11-1993 (rec. 3669/1992), a la que corresponden los párrafos en-

---

de 21 de julio de 2020. Rec. núm. 237/20 y 14 de octubre de 2020. Rec. núm. 335/20; SSJS de Palma de Mallorca, núm. 4, de 31 de agosto de 2020. Rec. núm. 304/2020 y 5 de julio de 2020. Rec. núm. 346/20, SJS de Bilbao, núm. 11, de 19 de noviembre de 2020. Rec. núm. 6/20; SSJS núm. 1 de Ponferrada, de 9 de octubre de 2020. Rec. núm. 225/20 y 24 de junio de 2020. Rec. núm. 174/20; SJS de Toledo, núm. 2, de 18 de noviembre 2020. Rec. 959/2020; SJS de Arrecife, núm. 3, de 24 de marzo 2021. Rec. 325/2020; SJS de Palencia, núm. 1, de 29 de octubre 2020. Rec. 274/2020; y, SJS de Palencia, núm. 1, de 1 de diciembre 2020. Rec. 269/2020.

<sup>23</sup> En términos similares, SSJS León, núm. 2, de 22 de septiembre 2020 (Rec. 261/2020 y Rec. 331/2020).

trecomillados, y continúa en STS 19-1-1994 (rec. 3400/1992), STS 23-5-1996 (rec. 2369/1995) y 30-12-1997 (rec. 1649/1997). «Cuando no hay causa legal para la extinción del contrato de trabajo y la causa real no se encuentra entre las tipificadas como determinantes de la nulidad del despido —concluye STS 29-2-2001 (citada)— la calificación aplicable es la de improcedencia» del despido, y no la de nulidad del mismo». A la vista de lo anterior, debe calificarse la decisión extintiva como improcedente. (SJS de Soria, núm. 1, de 9 de septiembre 2020. Rec. 216/2020)

En el mismo sentido, se ha dispuesto que

nuestro ordenamiento jurídico (...), no consagra la categoría del despido nulo por falta de causa, sino que la calificación que se impone es la de la improcedencia del despido (arts. 55 del ET y 108 y 122 de la LRJS). (...) cuando no hay causa legal para la extinción del contrato (...) la calificación aplicable es la de la improcedencia del despido y no la de nulidad del mismo. Por lo tanto, no nos encontramos (...) ante un despido prohibido sino injustificado (...) y con ello ante un despido improcedente. Ni siquiera la vía de despido por fraude de ley permitirá la declaración de nulidad, que no admite como tal la jurisprudencia, salvo para determinados supuestos de despidos colectivos fraudulentos. (...) la utilización del vocablo «justificativas», unida a la inexistencia de la más mínima referencia a la nulidad de la medida, conduce a interpretar que la fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas vinculadas a la Covid-19, no acreditan las extinciones contractuales. El legislador ha situado el debate en el plano procesal de los efectos del despido, conduciendo la conclusión que se obtiene a la declaración de improcedencia y quedando descartada la nulidad. (SJS de Pamplona, núm. 3, de 21 de diciembre de 2020. Rec. núm. 637/20)

Asimismo, se ha señalado que

lo cierto es que el legislador ha tenido en sus manos la posibilidad de dar una respuesta clara a la cuestión litigiosa y, sin embargo, ha preferido publicar una norma de contenido impreciso (...) no cabe sino considerar que estamos ante una voluntad legislativa favorable a la declaración de la improcedencia y no a la de la nulidad de la extinción o despido de que se trata (...) La declaración de la improcedencia no implica acoger como causa válida de extinción de la relación laboral el desistimiento empresarial, lo que prohíbe el Convenio 158 de la OIT. Todo lo contrario, implica negar que la simple voluntad de la empleadora justifique el despido. Pero ni el régimen general del fraude de ley ni el del abuso del derecho, recogidos en los arts. 6.4 y 7.2 del Código Civil, respectivamente, imponen la declaración de nulidad del acto jurídico de que se trata. (SJS de Pamplona, núm. 3, de 21 de diciembre de 2020. Rec. núm. 637/20)

Bajo este contexto,

no existe vulneración del artículo 24 de la CE, sino, como se ha dicho, un despido sin expresión de la causa, que no ha impedido al trabajador ejercitar su derecho ante la jurisdicción social. Por último, las normas invocadas y dictadas durante el

estado de alarma prevén la falta de justificación del despido objetivo en las especiales circunstancias concurrentes, pero no regula las consecuencias de la vulneración de dicha prohibición, ni expresa que en ese caso concurra la nulidad del despido, ni implica modificación alguna respecto a la previsión legal existente en la materia en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, por lo que, por lo que respecta a los supuestos de nulidad del despido por causas objetivas, continúan siendo de aplicación las causas previstas en el art. 122.2 LJS, sin que se den, en este supuesto, ninguno de los casos expresamente previstos en la norma. En suma, estamos ante un despido tácito, sin comunicación escrita ni expresión de la causa, en el contexto del estado de alarma, sin duda contrario a derecho, pero cuya consecuencia legal es la declaración de improcedencia. (SJS de Palencia, núm. 1, de 1 de octubre 2020. Rec. 281/2020)

De igual manera, se ha indicado que «estamos, evidente es, aunque se le haya dado apariencia de despido disciplinario, ante un despido sin causa. La empresa ni siquiera ha tratado de acreditar la supuesta infracción del trabajador, no desplegando medio de prueba alguno con este objetivo, reconociendo en el juicio, como no podía ser de otra manera, la improcedencia.

El despido se produce en plena crisis sanitaria, y también económica, por la paralización de la actividad productiva, provocada por la pandemia de COVID-19, que justificó la declaración del estado de alarma. Estando ya vigente el art. 2 del Real Decreto Ley 9/2020, de 27 de marzo, que dispone:

la fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido.

Este juzgador considera, en tanto en cuanto no exista doctrina jurisprudencial unificada, que los despidos que tengan lugar contrariando el art. 2 del Real Decreto Ley 9/2020 deben ser declarados improcedentes, y no nulos, por las siguientes razones:

- 1.º Por no existir obstáculo que permita predicar la aplicación de la doctrina jurisprudencial consolidada sobre los despidos sin causa.
- 2.º Porque la declaración de nulidad debería reservarse para los casos más graves, expresamente previstos en la ley, especialmente relacionados con los derechos fundamentales.
- 3.º Porque el art. 2 del Real Decreto Ley 9/2020 no introduce una prohibición. Se limita a apuntar que las causas de fuerza mayor o de carácter económico, técnico, organizativo o productivo, derivadas de la crisis por el COVID-19, que podrían justificar un expediente de regulación temporal de empleo (ERTE) de los previstos en el Real Decreto Ley 8/2020

«no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido «. Y un despido sin causa es improcedente; pero no nulo» (SJS núm. 26 de Barcelona, de 10 de julio de 2020 (Rec. núm. 348/20).

Finalmente, se ha dispuesto que el

engarce entre el mantenimiento del empleo y la resolución irregular del contrato de trabajo por un acto unilateral del empresario nos conduce a la restitución *ad integrum* del vínculo laboral. Y ello por estas razones: primera, por la indisponibilidad de la norma excepcional por parte de cualquiera de los sujetos participantes en las relaciones laborales, tanto en la esfera de la voluntad general como en la particular de un contrato de trabajo (empresa y sindicatos), en cuanto que el tercer sujeto de las relaciones laborales, el público, es el que se ha atribuido las funciones de delimitar los parámetros funcionales y de reacción ante la pandemia y sus consecuencias; la segunda, porque solamente se acomoda a esa previsión de mantener el empleo y la situación previa a la generada con el RD 463/20, la reposición de la situación previa del trabajador al acto ilícito de su despido; tercera, porque la vis atractiva de la imposición a los empresarios y trabajadores de un sistema concreto de atender la crisis les ha privado de la disponibilidad de la extinción de los contratos de trabajo, y les obliga a asumir un instrumento concreto fuera del cual, en los supuestos del art. 22 RDL 8/2020 ( completado por el 2 del RDL 9/2020, para nuestro caso, y posteriormente el 30/2020), no hay alternativa: es *ope legis*. Fuera de los contornos legislativos no hay discrecionalidad; y, cuarto, porque esa no disposición de la facultad de despedir que establece el art. 2 del RDL 9/20 conduce a que no sea posible que por la declaración de despido improcedente se produzca lo que no ha querido la norma, y que a la postre se opte por la extinción del contrato mediante una indemnización, que es la posible consecuencia del despido improcedente. Si se admite ello se admitiría una quiebra de la misma norma, dejándola sin contenido eficaz.

No se trata de automatizar las instituciones propias del derecho laboral, sino de dotarles de su verdadero empaque. Por ello, no es que sea porque se trate de un posible despido fraudulento el que la consecuencia del mismo sea la nulidad, no, de lo que se trata es de que la voluntad de las partes ha quedado criogelizada, y se ha asumido por el legislador una función propia de los interlocutores sociales, que es la negociación y la disponibilidad de determinadas instituciones, creando un marco de derecho necesario. De aquí el que haya adquirido la preservación del empleo en la concreta situación generada una significación mayor a aquella que se había pretendido para otros casos; y todo el bloque normativo dictado para la pandemia forma un conjunto holístico y sistémico, propio y autónomo, ajeno al paralelismo ordinario de las figuras del derecho laboral y su regulación. En definitiva, se ha diseñado un sistema para la situación, con la configuración de las causas y formas de actuar, ERTE, y se ha colocado la protección del empleo frente a la pandemia en un rango electivo similar al de la protección de los derechos fundamentales; en el mismo rango que los derechos que determinan la consecuencia de la nulidad del despido. (STSJ del País Vasco, de 23 de febrero 2021. Rec. 57/2021)<sup>24</sup>

<sup>24</sup> En términos similares, la STSJ del País Vasco, de 26 de enero 2021. Rec. 1583/2020.



Por consiguiente,

la existencia de un importante debate doctrinal y judicial en torno a esta cuestión. La Sala entiende que, aunque el legislador no haya determinado la calificación que han de merecer estos despidos que vulneran el artículo 2 del RDL 9/2020, nuestra consideración de tratarse de despidos en fraude de ley, vinculada a la necesaria efectividad del derecho al trabajo del artículo 35 CE —en el que se inserta el derecho a no ser despedido sin justa causa— y a la clara voluntad legislativa de impedir los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas en esta crisis derivada de la COVID-19, nos llevan a declarar la nulidad del despido. (SJS de Bilbao, núm. 6, de 6 de octubre 2020, núm. 183/2020)

En cuanto al despido declarado procedente, hay sentencias que señalan, por una parte, que el despido objetivo que es comunicado antes de la promulgación del RDL 9/2020, pero efectivo una vez vigente, es procedente si las causas económicas son anteriores a la pandemia (SJS de Gijón, núm. 4, de 25 de noviembre 2020. Rec. 223/2020)<sup>25</sup>.

Por otra, que

la empresa sí hizo uso de esas medidas, con un ERTE de fuerza mayor justificado por el descenso de actividad derivado del estado de alarma y el confinamiento inicial, y lo que plantea ya en verano de 2020 (ante la evidencia de la fuerza de la segunda ola) es una extinción en la que las causas principales son unas causas ETOP previas a la crisis sanitaria que esta última ha impedido remontar mínimamente. Todo lo razonado conduce a rechazar la improcedencia basada en la infracción del art. 2 RDL 9/2020. (SJS de Barcelona, núm. 31, de 5 de febrero 2021. Rec. núm. 59/2021)

Por último, se destaca una interesante sentencia que declara la procedencia del despido, en vista que el artículo 2 del RDL 9/2020 es contrario al derecho de la Unión Europea; al manifestar que

la normativa española, en tanto en cuanto establece una prohibición incondicionada a una tradicional medida de readaptación empresarial de amplio reconocimiento en todas las economías de la Unión Europea, y que todas las legislaciones someten a varios requisitos formales, materiales y de compensación en cuanto no es una causa imputable al trabajadores – no respeta esa legalidad comunitaria, de establecer un marco común de desarrollo social y económico, por lo que generando derecho subjetivos en los justificables merecen la protección y tutela de los órganos jurisdiccionales como tribunales de la Unión (entiende que la medida de aquel precepto vulnera el artículo 3.3 TFUE y el artículo 16 CEDF, por lo que) «procede su inaplicación (STJCEE 15/7/1964 Costa-Enel) en tanto en cuanto es merecedora de tutela el derecho de la demanda reconocido en los preceptos del TFUE y CEDF señalados. (SJS de Barcelona, núm. 1, de 15 de diciembre 2020. Rec. núm. 283/2020)

---

<sup>25</sup> De igual manera, se ha resuelto en SJS de Logroño, núm. 3, de 11 de diciembre 2020. Rec. 282/2020; y, SJS de Salamanca, núm. 2, de 30 de noviembre 2020. Rec. 558/2020.

## 5. Conclusiones

El legislador ha intentado limitar los despidos masivos a consecuencia de la COVID-19, en el que ha tenido un gran protagonismo, entre otros, la promoción de los ERTES. Herramienta provisional que ha coadyuvado a paliar la situación de la crisis de las empresas, juntamente con una regulación de la prestación por desempleo extraordinaria. Empero, se ha señalado, en ese sentido,

lo refractarias que son las leyes sociolaborales de emergencia a formular técnicamente prohibiciones, pese a la difusa retórica político-gubernamental sobre su intención de dar esa dimensión a sus decisiones restrictivas de ceses laborales asociados al impacto de la covid19. (Molina, 2020; 91)

Queda claro, con todo lo analizado, que la redacción del artículo 2 del RDL 9/2020 presenta deficiencias para una correcta interpretación, que se le ha tachado de «difícil y controvertida exégesis» (Cabeza, 2020; 28), dado que contiene un régimen jurídico excesivamente incierto que puede llegar a un colapso interpretativo; que culminará hasta que el Tribunal Supremo siente doctrina. En la aplicación de aquel precepto se juega con la contención del empleo y con la supervivencia de la empresa, así como en la estabilidad en el empleo de los que pierden y la estabilidad de aquellos que permanecen.

Aquellas medidas extraordinarias para la protección del empleo, como ya se ha comentado, han tenido varias prórrogas. La penúltima ha sido a través del artículo 1 del Real Decreto-ley 11/2021, de 27 de mayo, sobre medidas urgentes para la defensa del empleo, la reactivación económica y la protección de los trabajadores autónomos. Y la última a través del artículo 1 del Real Decreto-ley 18/2021, de 28 de septiembre, de medidas urgentes para la protección del empleo, la recuperación económica y la mejora del mercado de trabajo, conocido como el VI Acuerdo Social en Defensa del Empleo, en el que se prorrogan los expedientes de regulación temporal de empleo vinculados a la crisis pandémica, siempre que cumplan con las exigencias impuestas, hasta el 28 de febrero de 2022.

En este sentido, se destaca que el reciente Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo<sup>26</sup>, en la Disposición adicional tercera señala, de igual manera, que la tramitación y efectos de los expedientes de regulación temporal de empleo por impedimento o por limitaciones a la actividad normalizada vinculadas a la COVID-19, regulados en el artículo 2 del Real Decreto-ley 18/2021, de 28 de septiembre,

---

<sup>26</sup> BOE núm. 313, de 30 de diciembre de 2021.

seguirán rigiéndose por lo señalado en aquel precepto hasta el día 28 de febrero de 2022.

De todas esas prórrogas, ha quedado claro que, consisten en la reproducción de lo contenido en el artículo 2 del RDL 9/2020; por tanto, los problemas jurídicos seguirán siendo los mismos. Hubiese aprovechado el legislador, en esta ocasión, de aclarar la laguna existente (SJS de Pamplona, núm. 3, 21 de diciembre de 2020. Rec. 637/2020). Dicho de otra manera, hubiera colocado un poco de orden ante la extraordinaria confusión generada para no delegar la solución al orden judicial. Empero, se prevé que se está ante una voluntad legislativa favorable a la declaración de la improcedencia y no a la de la nulidad del despido a consecuencia de la pandemia.

Bajo este contexto, alguna sentencia ha señalado que aquella normativa

nació (y así se deduce de la exposición de motivos del Real Decreto Ley 8/2020 y 9/2020) con una vocación de atender a una situación coyuntural de duración limitada, pero ya no puede calificarse así pues desde que comenzó a dictarse ha transcurrido casi [dos años] existiendo una gran incertidumbre en todo el planeta sobre cuál será su duración. En estas circunstancias, entiendo que no va a resultar fácil encontrar despidos que no estén ‘relacionados’ con la pandemia en los términos del artículo 2 del Real decreto ley 9/2020 en relación con el artículo 23 del Real decreto ley [8]/2020. Por lo que en todo caso habría que ser cautos en la interpretación de cuándo una decisión empresarial de poner fin a una relación laboral implica un fraude de ley, especialmente si a esa calificación le anudamos el deber de readmisión obligatoria como modo de rechazar la conducta empresarial fraudulenta. Entiendo que no puede generalizarse dicha conclusión a cualquier despido relacionado con la pandemia y habría que estar al caso concreto, sobre todo cuando pueda estar en peligro la supervivencia de la empresa y la estabilidad en el empleo de otros trabajadores, pues en definitiva hemos comenzado diciendo que es la finalidad de evitar la destrucción estructural del empleo la que debe dominar la interpretación que regula los despidos en el ámbito excepcional de esta normativa anti COVID. (STSJ País Vasco 23 de febrero 2021. Rec. 57/2021)

Hay que tener en cuenta, no obstante, que el artículo 2 del RDL 9/2020, por una parte, no distingue entre despidos con una afectación individual o despidos con afectación colectiva. Por otra, no hay que confundir aquella prohibición de despedir con los compromisos de mantenimiento de empleo durante seis meses para las empresas que se hayan acogido a las medidas extraordinarias en materia de cotización previstas en el RDL 8/2020.

Con relación a la libertad de empresa y con la naturaleza autónoma y diferenciada de los mecanismos de flexibilidad interna y externa, habría que realizar una interpretación sistemática de los artículos 51 y 47.1 del ET; al entender que, en principio, los ERE deben tener génesis en causas estructurales y los ERTE han de hallarla en las coyunturales. En este sentido, la sentencia del Tri-

bunal Supremo de 9 de septiembre de 2020 (Rec. 13/2018) concluye que ante problemas estructurales no es posible acudir al ERTE. Por consiguiente, la interpretación que se le daría al artículo 2, que se comenta, es que

no estaría impidiendo llevar a cabo extinciones, incluso derivadas de la pandemia, cuando las mismas descansan en causas estructurales, sino que la prohibición se aplicaría únicamente a las extinciones basadas en razones coyunturales. (Aranaz, 2021)

En este sentido, se recuerda la STSJ de Aragón de 15 febrero de 2021 (Rec. 38/2021) que decreta la procedencia de un despido objetivo amparado en causas anteriores a la pandemia y respecto de las cuales la empresa no acudió a un ERTE, argumentando que no es obligatorio acudir a las medidas excepcionales a las que se refieren los artículos 22 y 23 del RDL 8/2020.

Al igual que el modelo italiano —el decreto ley «Cura Italia»— (Baylos, 2020), el legislador español se inspiró en aquel para colocar una limitación inicial en el artículo 2 del RDL 9/2020 al señalar, como ya se ha comentado, que las causas que dan lugar a los ERTES, tanto por fuerza mayor como por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, no pueden ser alegados por la empresa con el objeto de dar por finalizado el contrato de trabajo (Falguera, 2020; 110).

Si se mira a Latinoamérica, los legisladores tienen otra visión. En Argentina, por ejemplo, el Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) 329/2020 (BO 31/3/2020) prohíbe, explícitamente, los despidos y suspensiones «sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor por 60 días». La finalidad de la medida es la de «garantizar la conservación de los puestos de trabajo por un plazo razonable, en aras de preservar la paz social y que ello solo será posible si se transita la emergencia con un Diálogo Social en todos los niveles y no con medidas unilaterales» (Grosolía, 2021). El artículo 4 de aquella norma, con el afán de dejar claro la prohibición de despedir, establece claramente que

los despidos y las suspensiones que se dispongan en violación de lo dispuesto en el artículo 2.º y primer párrafo del artículo 3.º del presente decreto, no producirán efecto alguno, manteniéndose vigentes las relaciones laborales existentes y sus condiciones actuales.

Como puede observarse, la visión es muy diferente a la europea: se busca la estabilidad real absoluta.

La redacción dada por el legislador español no establece una prohibición de despedir, solo pretende articular todos los casos de limitación o reducción de actividad productiva por la vía de las suspensiones de contrato o la reducción de jornada. Por lo que no queda claro cuáles son los efectos del incumplimiento de dicho precepto sobre la calificación del despido. Resulta evidente, como ya se ha

apuntado, que el legislador deja en manos del orden social la concreción de los efectos, con el objeto de que tenga la última palabra el Alto Tribunal.

Hubiese sido más fácil y sencillo si el legislador lo hubiera señalado de manera expresa, por ejemplo, al indicar

la fuerza mayor las causas ETOP en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 del RDL 8/2020... quedarán prohibidas como causas de extinción del contrato de trabajo ni del despido mientras estas estén en vigor. (Molina, 2020; 91)

Lo que ha quedado claro es que la postura mayoritaria seguida por los Juzgados de lo Social en la de considerar a los despidos, que tengan lugar contrariando el artículo 2 del RDL 9/2020, es que deben ser declarados improcedentes y no nulos; teniendo en cuenta las diversas consideraciones analizadas (Poquet, 2021).

La improcedencia de los despidos que infrinjan el señalado precepto se fundamenta, por una parte, en que la declaración de nulidad solo se debe reservar para los casos expresamente previstos en la ley; especialmente, relacionados con los derechos fundamentales conforme el artículo 55.5 del ET. Por otra, el aludido precepto no introduce una prohibición de despedir, sino que se limita a apuntar que las causas de fuerza mayor o de carácter económico, técnico, organizativo o productivo, derivadas de la crisis por la COVID-19, no pueden justificar un despido o una extinción del contrato. En todo caso, se produciría un despido sin causa, pero no se prohíbe el despido sin más. Por último, la no obstaculización normativa que permita mostrar la aplicación de la doctrina jurisprudencial consolidada sobre los despidos sin causa, que se califican como improcedentes.

Si el legislador no ha establecido expresamente la sanción de nulidad, tanto en la Exposición de motivos del RDL 9/2020, como en la misma norma y en las numerosas prórrogas que se han venido realizado de esta, permite afirmar que su verdadera voluntad fue someterla a las normas laborales vigentes y a la interpretación jurisprudencial de las mismas; la cual califica a los despidos sin causa como despidos improcedentes, no nulos (López, 2021).

Bajo este mismo criterio, una reciente sentencia se ha pronunciado al indicar que

la nulidad no aparece de forma expresa ni en el citado artículo 2 ni en la exposición de motivos del RDL 8/2020 de 17 de marzo, y a falta de imposición jurisprudencial concluye que esta ha de ser la de improcedencia. Además, porque tal se deduce de la aplicación de la doctrina jurisprudencial consolidada preexistente en referencia a los despidos sin causa. Porque la declaración de nulidad queda reservada para los supuestos previstos en la ley, relacionados con vulneración de derechos fundamentales o despidos colectivos actuados con mala fe negocial. Y porque el artículo 2

del RDL 9/20 no introduce una prohibición de despido, sino que se limita a apuntar que las causas de fuerza mayor o ETOP, derivadas de la crisis COVID 19, pueden justificar un ERTE pero no un despido, añadiendo a modo de conclusión que «un despido sin causa es improcedente, pero no nulo. (STSJ Cataluña, 31 de marzo de 2021. Rec. 3825/2020)

Hay que tener claro que con la expresión literal «No se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido», que señala el artículo 2 del RDL 9/2020, significa que la COVID-19 no pueden fundar esas decisiones extintivas en los contratos de trabajo. Aquella causa solo justifica y permite decisiones empresariales de ajuste temporal; y que el legislador de excepción ha establecido un rango de preferencias en la aplicación de medidas de flexibilidad, exigiendo la adopción de una de las medidas solo cuando no sea posible adoptar la preferente. Por lo que el orden de prelación de aquellas sería la siguiente: adaptaciones en la forma y tiempo de trabajo; y suspensiones de contratos y reducciones de jornada (González, 2020).

La doctrina, sin embargo, afirma, por una parte, que

la utilización del vocablo «justificativas», unida a la inexistencia de la más mínima referencia a la nulidad de la medida, conduce a interpretar que la fuerza mayor y las causas ETOP ex COVID no acreditan las extinciones contractuales. Siendo así aplicando la primera de las interpretaciones, parece que el legislador ha situado el debate en el plano procesal de los efectos del despido, conduciendo automáticamente esta conclusión a la declaración de la improcedencia y descartando con ello la nulidad. Si no se justifica la extinción, es que no quede acreditado el presupuesto extintivo por lo que, aplicando el artículo 55 de la ley sustantiva, en relación con el artículo 108 de la Ley Ritual, la consecuencia no puede ser sino la de la declaración de la improcedencia de la medida, al quedar reservada en la norma la declaración de nulidad para otros supuestos. (De Castro, 2020)

Por otra, el aludido precepto del RDL 9/2020

no excluye de su ámbito de aplicación a las extinciones de los contratos temporales. Carecerán de justificación cuando las causas reales sean la fuerza mayor o las causas ETOP relacionadas con el COVID-19. Por lo tanto, en sentido contrario, sí es válida la extinción de los contratos temporales cuando no se funda en las causas COVID-19. Es decir, la extinción será posible por otras causas distintas a las señaladas en el artículo 2 del RDL 9/2020, incluyendo la terminación natural o regular del contrato temporal, el despido disciplinario o cualquier otra no relacionada con el COVID-19. (González, 2020; 350)

Por último,

si algo ha hecho la pandemia es poner al descubierto, agudizándolas, debilidades estructurales de nuestro mercado de trabajo que deben ser afrontadas con decisión en

los próximos tiempos (...) Las medidas de urgencia diseñadas para combatir el impacto del covid-19 en el sistema económico y en el mercado de trabajo no deben contaminar, hasta el punto de desvirtuarlo, el ambicioso programa de reformas que precisa nuestro sistema de relaciones laborales, cuyo marco institucional viene presentando síntomas preocupantes de agotamiento y obsolescencia, en algunos aspectos, desde la primera versión del Estatuto de los Trabajadores de 1980. (Cavas, 2020; 143)

Con todo lo analizado en este estudio, y como reflexión final, se infiere que la respuesta que tendrá que dar el Tribunal Supremo a todas las incógnitas, en cuanto a las limitaciones de los despidos vinculados a la COVID-19 —conforme el artículo 2 del RDL 9/2020— es de improcedente, y no la nulidad de los despidos. Ahora solo queda esperar que el Alto Tribunal se pronuncie.

## 6. Bibliografía

- AGUSTÍ MARAGALL, Joan (2020) «La extinción del contrato en el marco del COVID-19 y su calificación judicial». *Jurisdicción Social. Revista de la Comisión de lo Social de Jueces y Jueces para la Democracia*, núm. 216.
- ARANAZ, Jorge (2021) «¿A qué despidos afecta la prohibición de despedir por COVID?». *Artículos: Cuatrecasas web*, 9 de abril de 2021.
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi (2020) «La prohibición de despido del art. 2 del RDLey 9/2020 no acarrea nulidad. (Comentario crítico a la SJS/3 Sabadell 6/7/2020)». *Una mirada crítica a las relaciones laborales. Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 22 de julio de 2020.
- BAYLOS GRAU, Antonio (2020) «La prórroga del estado de alarma y medidas laborales adicionales de garantía del empleo en la crisis del COVID-19». *Blog Según Antonio Baylos...*, 28 de marzo de 2020.
- BLASCO PELLICER, Ángel; López Balaguer, Mercedes y Ramos Moragues, Francisco (2020) *Esquemas Eres y Ertes*. Tirant lo Blanch: Valencia.
- CABEZA PEREIRO, Jaime (2020) «ERTE y garantía de ocupación: incertidumbres y certezas». *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 456.
- CAVAS MARTÍNEZ, Faustino (2020) «Los expedientes de regulación temporal de empleo por COVID-19». *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 1.
- CRUZ VILLALÓN, Jesús (2021) «El despido injustificado por COVID», *Blog del autor*, 2021.
- DE CASTRO MARÍN, Emilio (2020) ¿Resulta viable la declaración de nulidad de las extinciones contractuales y despidos en el contexto del Covid 19 ex art. 2 del RDL 9/2020?. *Diario La Ley*, núm. 9694.
- FALGUERA BARÓ, Miguel (2020) *Los ERTES en la legislación extraordinaria derivada de la crisis sanitaria*. Bomarzo: Albacete.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Carlos (2020) *ERTES y la transición a los despidos por necesidades empresariales. Consecuencias ante la crisis de la COVID-19*. Thomson Reuter-Aranzadi: Cizur Menor.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Carlos (2021) «Las consecuencias jurídicas del incumplimiento de la “prohibición” de despedir por las causas COVID-19». *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4.

- LÓPEZ HORMEÑO, María Carmen (2021) «La prohibición de despedir durante el Covid-19. ¿Despido nulo o improcedente?», *Diario La Ley*, núm. 9818, Sección Tribuna, 25 de marzo.
- MOLINA NAVARRETE, Cristóbal (2020) «La pretendida «prohibición de cese laboral» en tiempos de COVID19: «vicios» de una «legalidad (administrativa) sin derecho». *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 1.
- NAVARRO CUÉLLAR, Álvaro y ALONSO BARRERA, Paula (2021) «Límites y restricciones a la extinción de contratos de trabajo durante la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 55.
- GRISOLÍA, Julio Armando (2021) «las normas laborales como consecuencia del covid19: DNU 329/2020 (BO 31/3/2020), DNU 332/2020 (BO 1/4/2020), RES. MTESS 279/2020 (BO 1/4/2020), DNU 367/2020 (BO 14/4/2020), DA 591/2020 (BO 22/4/2020) y RES. MTESS 344/20 MTESS (BO 23/4/2020)». *Revista del Instituto de Estudios Interdisciplinarios en Derecho Social y Relaciones del Trabajo (IDEIDES) de la Universidad Nacional de Tres de Febrero (UNTREF)*, núm. 58.
- POQUET CATALÀ, Raquel (2021) «Despido realizado contraviniendo el artículo 2 del Real Decreto-Ley 9/2020, ¿nulo o improcedente?», *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 74.
- RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, Joaquín (2019) «La interpretación extensiva de la ley», *Derechos y libertades: Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos*, núm. 40.
- SEGALÉS FIDALGO, Jaime (2021) «A la búsqueda de la nulidad perdida. Bagatelas a propósito del art. 2 del RDL 9/2020», *Jurisdicción Social. Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, núm. 219.
- TODOLI SIGNES, Adrián (2020) «Los contratos temporales pueden extinguirse por el Covid19». *Argumentos en Derecho Laboral. Blog*, 1 de abril de 2020.
- VIQUEIRA PÉREZ, Carmen (2020) «Acerca de la calificación del despido que vulnera la pretendida ‘prohibición de despedir’», *Revista de Jurisprudencia Social*, núm. 9.



# EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL DESDE UN PUNTO DE VISTA DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

*The right to digital disconnection  
from the point of view of occupational risk prevention*

NURIA J. AYERRA DUESCA\*

Profesora asociada de la Universidad de Zaragoza, España

## RESUMEN

En un contexto de cambios tecnológicos, organizativos y culturales en el mundo laboral, adquiere una gran importancia el trabajo online —utilizando dispositivos y herramientas digitales— en detrimento del trabajo presencial, como consecuencia de la digitalización de la economía y de la pandemia provocada por la Covid-19. Para dar respuesta a la aparición de nuevas formas de organización del trabajo, se ha aprobado la Ley 10/2021, de 9 julio, de trabajo a distancia (anterior RD-Ley 28/2020). El presente artículo centra su atención en el análisis del derecho a la desconexión digital en el régimen jurídico actual, como herramienta para prevenir los riesgos laborales derivados del teletrabajo o trabajo a distancia en un momento de máxima hiperconectividad por el uso de tecnologías digitales, y como garantía de seguridad y salud laboral. A tal fin, se pone de manifiesto la necesidad de abordar el derecho a la desconexión digital desde un punto de vista preventivo.

Palabras clave: teletrabajo, desconexión digital, prevención de riesgos laborales, seguridad y salud laboral, negociación colectiva.

## ABSTRACT

*In a context of technological, organisational and cultural changes in the world of work, online work —using digital devices and tools— is taking on great importance to the detriment of face-to-face work, as a consequence of the digitalisation of the economy and the pandemic caused by Covid-19. In response to the emergence of new forms of work organisation, Law 10/2021 of 9 July on remote work (former RD-Law 28/2020) has been passed. This article focuses on the analysis of the right to digital disconnection in the current legal system, as a tool for preventing occupational risks arising from teleworking or remote work at a time of maximum hyperconnectivity due to the use of digital technologies, and as a guarantee of occupational health and safety. To this end, the need to address the right to digital disconnection from a preventive point of view is highlighted.*

*Keywords: telework, digital disconnection, occupational risk prevention, occupational health and safety, collective bargaining.*

\* **Correspondencia a:** Nuria J. Ayerra Duesca. Plaza José María Forqué, número 13, escalera derecha, 6.º A (Zaragoza-España). — [nayerra@unizar.es](mailto:nayerra@unizar.es) — <https://orcid.org/0000-0002-1266-7465>

**Cómo citar:** Ayerra Duesca, Nuria J. (2022). «El derecho a la desconexión digital desde un punto de vista de la prevención de riesgos laborales»; *Lan Harremanak*, 47, 41-71. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.23520>).

Recibido: 16 marzo, 2022; aceptado: 25 abril, 2022.

ISSN 1575-7048 — eISSN 2444-5819 / © 2022 UPV/EHU



Esta obra está bajo una licencia  
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

## 1. Introducción

La transformación digital de las relaciones laborales derivada del uso de herramientas y dispositivos tecnológicos y de la crisis sanitaria provocada por la pandemia de la Covid-19, ha permitido a las personas trabajadoras llevar a cabo el trabajo en cualquier lugar y en cualquier momento, lo que ha provocado un aumento exponencial del teletrabajo o trabajo a distancia utilizando tecnologías digitales. Como consecuencia, esta nueva forma de prestación laboral conlleva una conectividad permanente que difumina los límites entre tiempo de trabajo y de descanso que, sin duda, repercute negativamente en la seguridad y salud de las personas trabajadoras.

La utilización de tecnologías digitales acarrea una serie de ventajas, como, por ejemplo, mayor autonomía y flexibilidad de los trabajadores, menor utilización de infraestructuras, menores costes para la empresa o reducción de los efectos negativos de la pandemia, pero también de inconvenientes, mayor intensidad del trabajo o dificultades para desconectar que tienen efectos negativos en la salud y bienestar de los trabajadores. En relación con ello, aparecen nuevos riesgos de *hiperconexión digital* o conectividad permanente, como la *fatiga informática* (Martín, 2020: 166-169, Fernández, 2021: 154, Rodríguez, 2021: 25), que se manifiesta en *tecnofobia*, *tecnoadicción*, *tecnodependencia*, *tecnoansiedad* o *tecnofatiga*, por las altas exigencias y el alargamiento de la jornada laboral que varían dependiendo de las características personales de cada trabajador.

En este sentido, las Notas Técnicas de Prevención del Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (INSST) (NTP 1122 y 1123: 2018)<sup>1</sup> relativas a las tecnologías de la información y la comunicación, ponen de manifiesto los factores de riesgo psicosocial que pueden generarse por un diseño inadecuado de las condiciones de trabajo, como sobrecarga de trabajo, prolongación de la jornada, uso inadecuado de los equipos de trabajo, conectividad permanente, difuminación de los límites entre el tiempo de trabajo y descanso, urgencia en la inmediatez de respuesta, problemas técnicos en el uso de dispositivos, sobrecarga de información procedente de diversas fuentes como el correo electrónico, internet, plataformas web, disminución de los tiempos de descanso mental y físico, aislamiento, ausencia de visibilidad del trabajador, monitorización inadecuada que puede afectar al derecho a la intimidad, ausencia de cultura preventiva y existencia de expectativas de disponibilidad, entre otros.

---

<sup>1</sup> Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (2018) Nota Técnica de Prevención 1122 «Las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) (I): nuevas formas de organización del trabajo; y, Nota Técnica de Prevención 1123. Las Tecnología de la Información y la comunicación (TIC)(II): factores de riesgo psicosocial asociados a las nuevas formas de organización del trabajo». Disponible en: <https://www.insst.es/documents/94886/566858/ntp-1123.pdf> (accedido: 11-11-2021).

Todo ello, afecta de forma negativa a la seguridad y salud laboral causando daños a las personas trabajadoras, lo cual, evidencia la necesidad de establecer las correspondientes medidas preventivas que tiendan a eliminar o reducir los riesgos derivados de las nuevas formas de organización del trabajo, sobre todo psicosociales, relacionados con las tecnologías de la información y comunicación. Así, resulta fundamental garantizar el cumplimiento y la puesta en práctica del derecho a la desconexión digital estableciendo las correspondientes medidas de prevención de riesgos, como pueden ser la instalación de sistemas restrictivos de desconexión automática que impida el envío y recepción de correos electrónicos fuera del horario laboral limitando el acceso remoto a la intranet y, sobre todo, regulándolo como un derecho/deber de las personas trabajadoras, como un deber de los demás de respetar el derecho, y como una obligación empresarial de protección eficaz y garantía del derecho a la desconexión.

Por otro lado, la Nota Técnica de Prevención del INSST sobre teletrabajo (NTP 1165: 2021)<sup>2</sup>, hace referencia a la necesidad de integrar la prevención de riesgos laborales en la modalidad del teletrabajo en el sistema de prevención de la empresa, teniendo en cuenta las particularidades de este, sobre todo lo relacionado con los riesgos psicosociales y ergonómicos a la hora de la planificación de la prevención. En este sentido, resalta la importancia de la evaluación de riesgos y de la formación de las personas que teletrabajan, con la finalidad de que puedan participar en dichos procesos de evaluación para la adopción de las correspondientes medidas de prevención.

A tal fin, el Criterio Técnico de Inspección de Trabajo 104/2021, sobre actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en Riesgos Psicosociales<sup>3</sup>, destaca la relevancia de establecer procedimientos específicos de identificación y evaluación de los riesgos psicosociales que contemplen la diversidad —prestando especial atención a los riesgos que afectan a mujeres, hombres, jóvenes, mayores, inmigrantes o personas con discapacidad—, la consideración de los factores de riesgo y la necesidad de utilizar herramientas complementarias de evaluación de riesgos en algunos supuestos como en el teletrabajo.

A mayor abundamiento, el Informe Anual Infojobs-ESADE 2020<sup>4</sup> sobre desconexión digital revela que en 2018 —con la entrada en vigor de la Ley

<sup>2</sup> Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el trabajo (2021) Nota Técnica de Prevención 1165 «Teletrabajo: criterios para su integración en el sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo». Disponible en: <https://www.insst.es/documents/94886/96067/NTP+1165+Teletrabajo%2C+criterios+para+su+integraci%C3%B3n+en+el+sistema+de+gesti%C3%B3n+de+la+SST+-+A%C3%B1o+2021.pdf/9958d5d0-50c6-1dbe-ddb8-b5a1b1eb4e2?version=1.0&t=1635785850684> (accedido: 07-04-2022) (accedido: 07-04-2021).

<sup>3</sup> CT 104/2021. Disponible en: [https://www.mites.gob.es/itss/ITSS/ITSS\\_Descargas/Atencion\\_ciudadano/Criterios\\_tecnicos/CT\\_104\\_21.pdf](https://www.mites.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Atencion_ciudadano/Criterios_tecnicos/CT_104_21.pdf) (accedido: 08-04-2021).

<sup>4</sup> Véase, Informe InFoJobs, 23 de junio 2021, «Informe sobre Desconexión Digital». Disponible en: [InFoJobshttps://nosotros.infojobs.net/prensa/notas-prensa/el-82-de-los-trabajadores-espanoles-responden-llamadas-o-emails-fuera-del-horario-laboral](https://nosotros.infojobs.net/prensa/notas-prensa/el-82-de-los-trabajadores-espanoles-responden-llamadas-o-emails-fuera-del-horario-laboral) (accedido: 28-10-2021).

Orgánica de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, en adelante, LOPD—, el 51% de los trabajadores españoles contestaban *WhatsApps*, llamadas o correos electrónicos, fuera del horario laboral. Antes de la pandemia este porcentaje era del 63% y, actualmente, tras la pandemia y la implantación del teletrabajo este porcentaje ha aumentado hasta el 82 % de los trabajadores que responden a *e-mails* o atienden llamadas de teléfono fuera del horario laboral, incluso, el 74% de las personas trabajadoras responden a llamadas o correos durante las vacaciones, siendo las mujeres (61%) las que más achacan la falta de desconexión. Por este motivo, resulta necesario el reconocimiento de la diversidad, las diferencias y desigualdades de género y la lucha contra toda discriminación en la mano de obra, incluido en las evaluaciones de riesgos laborales<sup>5</sup>, como garantía de seguridad y salud laboral, sobre todo en el teletrabajo, para evitar, de un lado, la perpetuación de roles de género y posibles riesgos derivados de la dificultad para separar los tiempos de trabajo de los de descanso que impiden una adecuada conciliación de la vida familiar, laboral y personal y, de otro lado, prevenir conductas de ciberacoso o acoso virtual por medio de tecnologías digitales (Ginés *et al.*, 2021: 162-193).

Además, dicho Informe evidencia que 6 de cada 10 empresas en España reconocen no llevar a cabo ninguna medida de fomento para la desconexión digital de sus empleados, lo que demuestra la necesidad de cambio de mentalidad dentro de la empresa, y la importancia de establecer prácticas responsables y aprobar convenios colectivos que regulen el derecho a no responder a las comunicaciones empresariales fuera de la jornada de trabajo.

Por otra parte, el Informe de la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo (Eurofound 2021)<sup>6</sup>, sobre el derecho a la desconexión, realiza un análisis de las prácticas de las empresas y alerta del peligro cierto de hiperconectividad. Los datos de Eurofound muestran que desde la crisis de la Covid-19 más de un tercio de los trabajadores de la Unión comenzaron a trabajar desde casa produciéndose un aumento sustancial en el uso de herramientas digitales con fines laborales. En este sentido, los teletrabajadores tienen el doble de probabilidades de superar el límite de 48 horas de trabajo al existir una tendencia a trabajar durante el tiempo libre para satisfacer las exigencias laborales, además de tener períodos de descanso insuficientes.

---

<sup>5</sup> *Vid. infra.*, Marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2021-2027.

<sup>6</sup> Véase, Informe Eurofound (2021), «*Right to disconnect: Exploring company practices*», Luxembourg, Publications Office of the European Union. Disponible en: <https://www.eurofound.europa.eu/es/publications/report/2021/right-to-disconnect-exploring-company-practices.y>, <https://www.eurofound.europa.eu/publications/blog/covid-19-unleashed-the-potentialfor-telework-how-are-workers-coping> (accedido: 28-10-2021).

Según dicho Informe, esta situación, por una parte, puede generar mayores riesgos para los trabajadores con efectos negativos para la salud física y mental, la calidad del tiempo trabajado y el equilibrio entre la vida profesional y personal y, por otra, evidencia que el derecho a la desconexión lleva consigo efectos positivos sobre todo ello. Además, reconoce, basándose en la experiencia de Estados miembros, la importancia de los interlocutores sociales entorno a la aplicación práctica del derecho a la desconexión.

En definitiva, ante esta situación de máxima conectividad con efectos negativos para la salud de las personas trabajadoras, resulta necesario abordar el derecho a la desconexión digital como un derecho/deber del trabajador de protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, y el correlativo deber empresarial de protección frente a los riesgos laborales, teniendo un papel fundamental la negociación colectiva para que el derecho a la desconexión digital se garantice.

## 2. Antecedentes normativos

En el contexto internacional el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) número 155, de 22 de junio de 1981<sup>7</sup>, ratificado por España en 1985, sobre seguridad y salud de los trabajadores y medioambiente, establece el deber de los Estados, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y trabajadores, de «formular, poner en práctica y reexaminar periódicamente una política nacional coherente en materia de seguridad, salud y medioambiente», con la finalidad de prevenir los daños derivados del trabajo, y, eliminar o reducir, en la medida de lo posible, las causas de los riesgos de accidente o de efectos perjudiciales para la salud de los trabajadores.

En un sentido similar, el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo, número 177, de 4 de junio de 1996<sup>8</sup>, en trámite de ratificación por España, sobre el trabajo a domicilio, dispone que:

la legislación nacional en materia de seguridad y salud en el trabajo deberá aplicarse al trabajo a domicilio teniendo en cuenta las características propias de este y deberá determinar las condiciones en que, por razones de seguridad y salud, ciertos tipos de trabajo y la utilización de determinadas sustancias podrán prohibirse en el trabajo a domicilio.

<sup>7</sup> Convenio de la OIT núm. 155, de 22 de junio. Instrumento de 26 de julio 1985. «*Seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo*». BOE 11 noviembre 1985, núm. 270 [pág. 35477] (RCL 1985\2683).

<sup>8</sup> Convenio de la OIT núm. 177, de 4 de junio de 1996, sobre «*el trabajo a domicilio*». Disponible en: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312322:NO](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312322:NO) (accedido: 2-12-2021).

Además, la Recomendación sobre el trabajo a domicilio número 184, de 1996<sup>9</sup>, fija las obligaciones para empleadores y trabajadores en materia de seguridad y salud en el trabajo.

A mayor abundamiento, la OIT<sup>10</sup> en un reciente informe sobre trabajo a domicilio de 2021, insta a proteger a los teletrabajadores, recomendando, de un lado, implantar medidas específicas para reducir los riesgos psicosociales que conlleva el aislamiento y, de otro, respetar el «derecho a desconectarse» a fin de delimitar con claridad el ámbito personal y profesional.

En el ámbito Europeo la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 29 de junio, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo<sup>11</sup> —cuya transposición al Derecho español se llevó a cabo por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, Ley 31/1995, de 8 de noviembre, en adelante LPRL— determina que el empresario deberá garantizar la seguridad y salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo. Para ello, adoptará todas las medidas que sean necesarias adaptándolas a los cambios que se produzcan, y procurará que la aplicación e introducción de nuevas tecnologías sean consultadas con los trabajadores o sus representantes, teniendo en cuenta la elección de equipos, condiciones de trabajo y factores ambientales. A tal fin, los trabajadores tienen la obligación de velar por su seguridad y salud y por la de otras personas —según sus posibilidades, la formación e instrucciones recibidas—, utilizando correctamente máquina, aparatos, herramientas y cualquier medio.

Por otro lado, la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 noviembre de 2003<sup>12</sup>, en determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo —aunque no recoge expresamente el derecho a la desconexión—, fija disposiciones mínimas de seguridad y salud, pone claramente en conexión la limitación del tiempo de trabajo con el respeto a los principios generales de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, y determina que el descanso tiene que ser adecuado, suficientemente largo y continuado, no interrumpido, como garantía de salud.

<sup>9</sup> Recomendación sobre el trabajo a domicilio, número 184, (VII) 1996. Disponible en: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312522:NO](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312522:NO) (accedido: 2-12-2021).

<sup>10</sup> Informe de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), «*El trabajo a domicilio: De la invisibilidad al trabajo decente*», Suiza, 2021. Disponible en: [https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS\\_765904/lang-es/index.htm](https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_765904/lang-es/index.htm) (accedido: 18-11-2021).

<sup>11</sup> DO L 183 de 29.6.1989, p. 1.

<sup>12</sup> DO L 299 de 18.11.2003, p. 9.

Tampoco hace alusión explícita al derecho a la desconexión digital el Pilar Europeo de Derechos Sociales, de 16 de noviembre de 2017<sup>13</sup>, no obstante, dentro del capítulo dedicado a condiciones de trabajo justas, el principio 10, «entorno de trabajo saludable, seguro y adaptado y la protección de datos», proclama el derecho de los trabajadores a un nivel adecuado de protección de la seguridad y salud laboral, a un entorno adaptado a sus necesidades y a la protección de datos. En dicho sentido, tres años más tarde se aprobó el Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales<sup>14</sup>, el cual incide en actualizar el marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo debido a los rápidos cambios tecnológicos y sociales, que hacen que los factores de riesgo psicosocial y organizativo influyan en la salud mental de los trabajadores aumentando los niveles de estrés laboral, así como provocando mayores riesgos ergonómicos y de seguridad que, sin duda, repercute directamente en la productividad.

Ahora bien, La Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de enero de 2021<sup>15</sup>, que contempla recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el derecho a la desconexión fuera del tiempo de trabajo, reconoce este derecho como un derecho fundamental ligado a los nuevos modelos de organización del trabajo, como un instrumento de la política social para la protección de los derechos de los trabajadores, considera fundamental el respeto del tiempo de trabajo para garantizar la protección de la seguridad y salud de las personas trabajadoras y, además, subraya la importancia de las evaluaciones de riesgos psicosociales para proteger la salud física y mental y prevenir trastornos mentales en el trabajo.

Además, incorpora un informe de iniciativa legislativa en el que pide a la Comisión Europea que proponga una directiva sobre el derecho a la desconexión con la finalidad de que los Estados miembros garanticen unos requisitos mínimos para hacer efectiva, por una parte, la protección de los trabajadores que ejerzan su derecho a la desconexión digital y, por otra, que los empleadores respeten y apliquen este derecho de los trabajadores de forma «justa, lícita y transparente». Así, fija criterios para establecer excepciones al derecho y su correspondiente compensación a fin de evitar posibles represalias o tratos discriminatorios y, determina, en caso de incumplimiento, las correspondientes sanciones «efectivas, proporcionadas y disuasorias» trasladando la carga de la prueba al empleador. Al mismo tiempo, considera fundamental garantizar la autonomía y participación de los interlocutores sociales, a la hora de acordar un conjunto mí-

---

<sup>13</sup> Parlamento Europeo. «*Pilar europeo de derechos sociales*», Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea y Comisión Europea, 16 de noviembre 2017. Disponible en: [https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/economy-works-people/jobs-growth-and-investment/european-pillar-social-rights/european-pillar-social-rights-20-principles\\_es](https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/economy-works-people/jobs-growth-and-investment/european-pillar-social-rights/european-pillar-social-rights-20-principles_es) (accedido: 10-11-2021).

<sup>14</sup> COM/2021/102, Final, 4 de marzo de 2021.

<sup>15</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de enero de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el derecho a la desconexión (2019/2181(INL)).

nimo de condiciones de trabajo que hagan efectivo el ejercicio del derecho a la desconexión digital.

A tal fin, el comisario europeo de Empleo y Derechos Sociales, Nicolás Schmit, en una reciente comunicación de 15 de marzo de 2022<sup>16</sup>, se comprometió a regular el teletrabajo y el derecho a la desconexión digital a nivel europeo, asegurando que «hace falta una respuesta legislativa coherente que priorice la protección de la salud mental», con la finalidad de evitar un aumento de la jornada laboral.

En otro orden de cosas, y en la misma línea que los antecedentes normativos descritos anteriormente, existen acuerdos, estrategias, criterios de actuación e informes sobre el derecho a la desconexión digital. En este sentido, los interlocutores sociales europeos adoptaron en junio de 2020 el Acuerdo Marco sobre Digitalización<sup>17</sup> —a la luz de la evolución experimentada desde la adopción del Acuerdo Marco sobre Teletrabajo de 2002 (reformado en 2009)—, que viene a facilitar la transición digital en las empresas y prevé medidas en relación con la conexión y desconexión del trabajo por parte de los trabajadores, con la finalidad de proteger y hacer efectivo el derecho. Resalta, el deber del empleador de garantizar la seguridad y salud en el trabajo, la importancia de la prevención, y la necesidad de cooperación entre empresa y trabajadores para la existencia de un sistema de derechos, deberes y obligaciones claro que garanticen un entorno laboral seguro.

En consecuencia, dentro de las medidas establecidas destacan: orientar y formar a empleadores y trabajadores sobre como respetar las normas de organización del tiempo de trabajo; determinar que los trabajadores no están obligados a permanecer localizables por su empresa fuera del horario laboral, y si fuese así, se requerirá una compensación adecuada; informar de los riesgos de un exceso de conectividad; prevenir el aislamiento y fomentar «una cultura de no culpabilidad», entre otras.

Por otro lado, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 2021 sobre «los retos del teletrabajo: organización de la jornada de trabajo, equilibrio entre vida privada y vida laboral y derecho a desconectar»<sup>18</sup>, señala el deber de prestar especial atención a la organización del tiempo de trabajo, los riesgos para la seguridad y salud laboral, la conciliación de la vida personal y

---

<sup>16</sup> Comunicación de 15 de marzo de 2022, del comisario de Empleo y Derechos Sociales, Nicolás Schmit, sobre teletrabajo y el derecho a desconectar, *EFE*. Disponible en: [https://www.swissinfo.ch/spa/ue-empleo\\_bruselas-se-compromete-a-regular-el-teletrabajo-y-el-derecho-a-desconectar/47433256](https://www.swissinfo.ch/spa/ue-empleo_bruselas-se-compromete-a-regular-el-teletrabajo-y-el-derecho-a-desconectar/47433256) (accedido: 10-4-2022).

<sup>17</sup> Acuerdo Marco de los Interlocutores Sociales Europeos sobre Digitalización, CEOE, diciembre 2020. Disponible en: <https://www.ceoe.es/es/publicaciones/laboral/acuerdo-marco-de-los-interlocutores-sociales-europeos-sobre-digitalizacion> (accedido: 15-11-2021).

<sup>18</sup> DO C 220 de 9.06.2021.



profesional, el derecho a la desconexión y la garantía de los derechos laborales en el teletrabajo. También, otorga a los interlocutores sociales un papel preponderante con la finalidad de aprobar medidas y principios que protejan el teletrabajo y garanticen los derechos de las personas que teletrabajan, dando prioridad a la evaluación de posibles efectos sobre la salud y el bienestar que pueden tener lugar con esta nueva forma de organización del trabajo.

Para ello, considera necesario adoptar una iniciativa legislativa que proteja y haga efectivo el derecho a la desconexión, con el fin de unificar criterios de implantación del derecho en todos los Estados miembros de conformidad con la Resolución aprobada por el Parlamento Europeo, el 21 de enero de 2021 y, también, revisar y adaptar los acuerdos marco de 2002 y 2020.

Por último, el Marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2021-2027<sup>19</sup>, sobre la seguridad y la salud en el trabajo en un mundo laboral en constante transformación —que es una visión actualizada del anterior marco estratégico 2014-2020—, recogido en el Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales<sup>20</sup>, establece 3 objetivos transversales, sobre todo después de la pandemia de la Covid-19 que ha agravado los riesgos, que son los siguientes: anticipar y gestionar el cambio en el mundo laboral, mejorar la prevención de accidentes y enfermedades en el lugar de trabajo y aumentar la preparación frente a nuevas crisis sanitarias. Sin duda, las nuevas formas de trabajo surgidas por la digitalización requieren soluciones diferentes y actualizadas en materia de salud y seguridad laboral. Especial atención requieren los riesgos psicosociales y ergonómicos generados por el teletrabajo o trabajo a distancia, debido a la conectividad permanente, el aislamiento y el aumento del uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones.

### 3. Regulación jurídica actual del derecho a la desconexión digital desde una perspectiva preventiva: carencias y dificultades

En primer lugar, el derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral aparece regulado, en un sentido amplio, en el artículo 88 de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales<sup>21</sup> (LOPD), como garantía para evitar el riesgo de fatiga informática, la conciliación de la actividad y la vida personal y familiar, y el respeto a la intimidad, remitiendo a la negociación colectiva o acuerdo entre empresa y representantes de los trabajado-

<sup>19</sup> COM/2021/323 Final, 28 de junio de 2021.

<sup>20</sup> *Vid. supra*.

<sup>21</sup> Ley de Protección de Datos 2018. Ley Orgánica 3/2018, de 5 diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. BOE 6 diciembre 2018, núm. 294 [pág. 119788, Núm. Págs. 69]. (RCL2018\1629).

res en cuanto a las modalidades de ejercicio del derecho. Además, dispone que el empleador elaborará una política interna, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, en la que definirá las modalidades de ejercicio del derecho y las acciones de formación y sensibilización sobre un uso adecuado de las herramientas tecnológicas.

Por otra parte, la Disposición Final 13.<sup>a</sup> y 14.<sup>a</sup> de la LOPD añade, respectivamente, un nuevo artículo 20 bis al texto de refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores —en adelante ET<sup>22</sup>—, y, también, una nueva letra en el artículo 14.j.bis al texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público —en adelante, EBEP<sup>23</sup>—, reconociendo el derecho a la intimidad de trabajadores y empleados públicos en relación con el entorno digital y la desconexión.

Posteriormente a esta regulación, debido a la digitalización de la economía y a la pandemia provocada por la Covid-19, se aprueba la Ley de trabajo a distancia, Ley 10/2021, de 9 de julio<sup>24</sup> (anterior Real Decreto Ley 28/2020, de 22 de septiembre), en cuyo artículo 18, configura el derecho a la desconexión digital fuera del horario de trabajo de las personas que trabajan a distancia y teletrabajadoras, en los términos establecidos en el artículo 88 de la LOPD. Así, aparece regulado como un derecho del trabajador y, también, como un deber para el empleador (Arruga, 2021: 74) que tiene que ser garante (Rodríguez, 2021: 142), lo cual, según la definición legal, conlleva una limitación del uso de los medios tecnológicos de comunicación y de trabajo durante los periodos de descanso, de respeto a la jornada y tiempo de trabajo, pero no conecta con otros derechos distintos al tiempo de trabajo.

En este contexto, tiene que existir responsabilidad de ambas partes para hacer efectivo el derecho a la desconexión digital, puesto que no existe realmente una obligatoriedad para ambos. Por un lado, es un derecho de la persona trabajadora que libremente decide ejercer, trasladándole la responsabilidad de no conectarse o no atender a las comunicaciones profesionales (Sánchez *et al.*, 2021: 57) y, por otro, conlleva un deber empresarial de limitación del uso de herramientas tecnológicas, lo cual, quita eficacia al reconocimiento del derecho. Algún autor (Ginés *et al.*, *op. cit.*, 2021: 177-178) considera que para garantizar la verdadera eficacia del derecho habría que prestar más atención a la obligación

---

<sup>22</sup> Estatuto de los Trabajadores de 2015. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 octubre. Aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. BOE 24 octubre 2015, núm. 255, [pág. 100224, Núm. Págs. 84]. (RCL 2015\1654).

<sup>23</sup> Estatuto Básico del Empleado Público de 2015. Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 octubre. Texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. BOE 31 octubre 2015, núm. 261, [pág. 103105, Núm. Págs. 54].; rect. BOE, núm. 278, [pág.109573]. (RCL 2015\1695).

<sup>24</sup> Ley de trabajo a distancia, Ley 10/2021, de 9 julio. BOE 10 julio 2021, núm. 164 [pág. 82540, Núm. Págs. 43]. (RCL 2021\1335).

empresarial de adoptar medidas adecuadas para ello, que al derecho de las personas trabajadoras de hacer uso o no del mismo.

Parte de la doctrina científica ha venido entendiendo que la regulación legal del derecho a la desconexión digital resulta insuficiente (Montoya, 2021: 15), en la medida que es un derecho de la persona trabajadora que la ley reconoce, pero no define (Pérez, 2021: 506-510), dejándolo en manos de la negociación colectiva. Alguna opinión doctrinal considera que es un «derecho inconcreto, incompleto y condicionado a un acuerdo no obligatorio» (Molina, 2017: 270-279), que más que un derecho nuevo se trata de una concreción del contenido de un derecho clásico, como es el derecho al descanso (Requena, 2020: 7 y Trujillo, 2021: 13), con la finalidad de disuadir tanto a trabajadores como a empleadores del uso de herramientas tecnológicas una vez finalizada la jornada laboral (Terradillos, 2019: 12), y que estamos en presencia de un derecho instrumental (Aragón, 2019: 9-18), en la medida que permite que se ejerzan otros derechos, como el derecho al descanso, a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y el derecho a la salud.

Sea como fuere, el derecho a la desconexión digital es un derecho poliédrico que supone una clara manifestación del derecho a la salud (Trujillo, 2021: 210) y, por consiguiente, debería estar diseñado desde un punto de vista preventivo (Martín, 2021: 14) asociado a la prevención de riesgos laborales (Megino *et al.*, 2020: 75 y Talens, 2019: 157). En relación con ello, podría integrarse dentro de la política interna de la empresa, a través del plan de prevención de riesgos laborales mediante la evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva (Altés *et al.*, 2020: 82 y Monera, 2021: 23-24) —según lo previsto en el artículo 16 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales<sup>25</sup> (LPRL)—, que, además, tendría que incorporar la perspectiva de género (Vallejo, 2019: 59-60) teniendo en cuenta los riesgos que afectan de manera específica a las mujeres, estableciendo medidas que eviten la perpetuación de roles de género, el reconocimiento de la diversidad, y medidas contra el acoso sexual, acoso por razón de sexo, acoso por casusa discriminatoria y acoso laboral (artículo 4.4. Ley 10 /2021, de trabajo a distancia).

De esta manera, si fuese un tema de prevención de riesgos laborales, no solo sería un derecho de las personas trabajadoras a una protección eficaz, sino que constituiría también un deber que tendría que cumplir y, a su vez, supondría la existencia de un correlativo deber para la empresa de protección en prevención de riesgos laborales, y de abstención en el envío de comunicaciones profesionales a las personas trabajadoras fuera de la jornada laboral de conformidad con el artículo 14 LPRL.

---

<sup>25</sup> Ley 31/1995, de 8 noviembre, Ley de Prevención de Riesgos laborales. BOE 10 noviembre 1995, núm. 269, [pág. 32590] (RCL 1995\3053).

En este sentido, podría regularse, *de lege ferenda*, como un derecho/deber, tal y como se recoge en el artículo 29 de la LPRL, según el cual, constituye una obligación para los trabajadores el cumplimiento de las medidas en materia de prevención de riesgos, correspondiendo a cada trabajador velar tanto por su propia seguridad y salud en el trabajo como por la de otras personas a las que pueda afectar su actividad profesional. Así, tendrían la obligación, no solo el derecho, de utilizar adecuadamente las herramientas tecnológicas puestas a su disposición para el desarrollo de la actividad laboral, que sería una manera de no responsabilizar, únicamente, a la persona trabajadora del ejercicio del derecho a la desconexión y que implicaría el deber de respeto por parte de los demás.

Desde una vertiente preventiva, el artículo 15 de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, dispone que los trabajadores a distancia tienen derecho a la prevención de riesgos laborales, o, lo que es lo mismo, derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud en el trabajo de conformidad con lo establecido en la LPRL y su normativa de desarrollo.

No obstante, debido a la ausencia de cultura empresarial basada en el bienestar de las personas trabajadoras (Trujillo, 2021: 69) en relación al uso de las nuevas tecnologías, sobre todo en el caso del trabajo realizado en el domicilio de la persona trabajadora, resulta complicado el cumplimiento por parte de la empresa (Muros, 2021: 9) de sus obligaciones en materia preventiva reguladas en la LPRL, lo cual, no significa que no se le exija la diligencia debida al empresario, por ser deudor de seguridad, obligándole a que el trabajo se desarrolle con las debidas garantías de seguridad y salud, puesto que este «deber de protección del empresario es incondicionado y prácticamente ilimitado» (Vallejo *et al.*, 2020: 117-118 y Lousada, 2021: 7).

Por otro lado, el artículo 16 de la ley 10/2021, de 9 julio, de trabajo a distancia, establece que la evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva tendrá en cuenta los tres tipos de riesgos principales del trabajo a distancia, especialmente, los riesgos ergonómicos, organizativos y psicosociales, prestando especial atención a la distribución de la jornada, los tiempos de disponibilidad y la garantía de los descansos y las desconexiones durante la jornada. Por otra parte, dicha evaluación de riesgos deberá realizarse, únicamente, del lugar concreto donde tiene lugar la actividad laboral, excluyendo el resto de la vivienda.

Para llevar a cabo la actividad preventiva, si el trabajo se realiza en el domicilio de la persona trabajadora, podría ser necesario visitarlo para conocer los riesgos a los que se está expuesto y adoptar las correspondientes medidas de prevención y protección. Para ello, se exige, informe escrito por quien tenga competencias en la materia que justifique dicho extremo y comunicado a la persona trabajadora y a los delegados y delegadas de prevención, que, a su vez, está condicionado al consentimiento por parte de la persona trabajadora si se trata de su

domicilio particular o del de otra persona. Y ello, en base al mandato constitucional de la inviolabilidad del domicilio familiar (artículo 18.2 CE). En el caso de negativa por parte del trabajador, la actividad preventiva podría llevarse a cabo con la información obtenida hasta el momento según las indicaciones del servicio de prevención, incluso, Inspección de Trabajo y Seguridad Social o la Administración laboral, podrían pedir la correspondiente autorización judicial<sup>26</sup>.

A mayor abundamiento, el artículo 18 de la Ley de trabajo a distancia, determina que la empresa elaborará una política interna que defina las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso adecuado de los dispositivos tecnológicos, con la finalidad de evitar el riesgo de fatiga informática, previa audiencia de los representantes de los trabajadores —que no implica un deber de negociar—, y remite a los convenios o acuerdos colectivos para que sean estos los que fijen los medios y medidas necesarias para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la desconexión. De esta manera, la ley reconoce el derecho a la desconexión digital y remite a la negociación colectiva para que sea esta quien dote de contenido al derecho, pero no se ha previsto como contenido mínimo (Barrios, 2020: 111) del convenio colectivo (art. 85.3 ET), por lo tanto, los convenios colectivos podrán regular la desconexión digital pero no existe obligación de que lo hagan.

Por ende, si fuese un tema de prevención de riesgos laborales, en cumplimiento del deber de protección por parte de la empresa, la política interna en relación con el derecho a la desconexión podría llevarse a cabo a través de la implantación y aplicación del plan de prevención de riesgos laborales, mediante la evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva (artículo 16 LPRL). Al mismo tiempo, los trabajadores y sus representantes tendrían derecho a recibir por parte de la empresa las informaciones necesarias relacionadas con los riesgos laborales y las medidas y actividades de prevención y protección, teniendo la empresa el deber de consultar y permitir su participación (artículo 18 LPRL), y, además, el empresario debería garantizar una formación teórica y práctica, suficiente y adecuada a todos los trabajadores (artículo 19 LPRL). En suma, todas estas disposiciones tendrían el carácter de Derecho necesario mínimo indisponible, pudiendo ser mejoradas, perfeccionadas y desarrolladas por los convenios colectivos (artículo 2.2 LPRL)

En otro orden de cosas, la Ley de trabajo a distancia no ha regulado las excepciones a este deber empresarial de garantizar la desconexión e impedir las comunicaciones profesionales utilizando cualquier dispositivo tecnológico durante

---

<sup>26</sup> Ley reguladora de la jurisdicción social, Ley 36/2011, de 10 octubre (artículo 76.5). BOE 11 octubre 2011, núm. 245, [pág. 106584]. (RCL 2011\1845); Ley 23/2015, de 21 julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social (artículo 13.1), BOE 22 julio 2015, núm. 174, [pág. 61661, Núm. Págs. 32]. (RCL 2015\1129).

los tiempos de descanso de las personas trabajadoras en los que la empresa quedaría eximida y, por consiguiente, podría conectar con el trabajador durante estos periodos de desconexión. No obstante, los supuestos de excepcionalidad podrían estar vinculados a determinadas situaciones extraordinarias, urgentes, supuestos de fuerza mayor o necesidad imperiosa, que quedan al arbitrio de la negociación colectiva, la cual, podrá regular circunstancias extraordinarias de modulación del derecho a la desconexión estableciendo límites al mismo, según lo establecido en la Disposición adicional primera de la Ley de trabajo a distancia.

En este sentido, la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el Derecho a la desconexión digital<sup>27</sup>, dispone que solo se establecerán excepciones a la obligación de aplicar el derecho de desconexión en circunstancias excepcionales como casos de fuerza mayor u otras emergencias, a tal fin, se fijarán criterios para la determinación de las mismas, compensaciones por cualquier trabajo realizado fuera del horario laboral que garantice el respeto a la seguridad y salud de los trabajadores, y ello, mediante informe por escrito explicando los motivos que justifican la necesidad de la excepción.

Por último, tampoco existe un régimen sancionador específico para los supuestos de posibles incumplimientos y responsabilidades por parte de la empresa que garantice el cumplimiento efectivo del derecho a la desconexión digital (Martín, *op. cit.*, 2020: 175-177 y Altés, *et al.*, *op. cit.*, 2020: 84-85). Por ello, la configuración del derecho a la desconexión digital dentro de la LPRL conllevaría, en caso de infracción, la aplicación de la Ley de Infracciones y sanciones en el Orden Social —en adelante LISOS<sup>28</sup>—. Así, su artículo 5.2 dispone lo siguiente:

Son infracciones laborales en materia de prevención de riesgos laborales las acciones u omisiones de los diferentes sujetos responsables que incumplan las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de seguridad y salud en el trabajo sujetas a responsabilidad conforme a esta Ley.

Además, el artículo 7.5 LISOS tipifica como infracción grave el incumplimiento empresarial de la obligación de controlar el tiempo de trabajo, que sería una garantía del derecho a la desconexión digital.

Para la imputación de responsabilidades, las infracciones, su gravedad y el tipo de sanción a aplicar, en caso de incumplimiento del derecho a la desco-

---

<sup>27</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de enero de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el derecho a la desconexión (2019/2181(INL)).

<sup>28</sup> Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 agosto. Aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. BOE 8 agosto 2000, núm. 189, [pág. 28285]; rect. BOE, núm. 228 [pág. 32435] (RCL 2000\1804).

nexión digital, tendrían que estar regulados y tipificados en la LISOS, concretamente, en el capítulo II sobre Infracciones en materia de prevención de riesgos laborales. No obstante, haciendo una interpretación extensiva de la norma, diferentes supuestos contemplados en la misma podrían aplicarse en caso de incumplimientos del derecho a la desconexión digital. Así, el artículo 11.4 considera infracciones leves: «Las que supongan incumplimientos de la normativa de prevención de riesgos laborales, siempre que carezcan de trascendencia grave para la integridad física o la salud de los trabajadores».

Y, el artículo 11.5 considera también infracciones leves: «Cualesquiera otras que afecten a obligaciones de carácter formal o documental exigidas en la normativa de prevención de riesgos laborales y que no estén tipificadas como graves o muy graves».

En ambos supuestos, se podrían subsumir los incumplimientos empresariales derivados de la falta de elaboración de una política interna que defina las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión.

Por otra parte, las infracciones graves extensibles a estos supuestos podrían ser las previstas en los artículos (12.1, 12.4, 12.6, 12.8, 12.12, 12.11 LISOS), relacionadas con incumplimientos derivados de las obligaciones de integración de la prevención de riesgos laborales a través de la implantación del plan de prevención y su aplicación a través de la evaluación de riesgos —con sus correspondientes revisiones, actualizaciones, controles y registro de los datos obtenidos—, y de la planificación de la actividad preventiva.

Concretamente, el artículo 12.8 LISOS tipifica como infracción grave:

El incumplimiento de las obligaciones en materia de formación e información suficiente y adecuada a los trabajadores acerca de los riesgos del puesto de trabajo susceptibles de provocar daños para la seguridad y salud y sobre las medidas preventivas aplicables, salvo que se trate de infracción muy grave conforme al artículo siguiente.

En este caso, la falta de formación y sensibilización del personal, incluidos los trabajadores designados para las actividades preventivas como los delegados de prevención, sobre un uso razonable de los dispositivos tecnológicos. Al mismo tiempo, constituiría infracción grave la falta del requisito de audiencia previa a la representación legal de las personas trabajadoras, en relación con la elaboración de la política interna de la empresa, por «el incumplimiento de los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores reconocidos en la normativa sobre prevención de riesgos laborales».

Por último, no obstante lo anterior, en el supuesto de producirse un accidente de trabajo o enfermedad profesional, como podrían ser los riesgos psicosociales derivados de la vulneración del derecho a la desconexión digital por una conectividad constante por parte de la empresa fuera de la jornada laboral, podría

dar lugar al correspondiente recargo de prestaciones por inobservancia de las medidas generales o particulares de seguridad y salud en el trabajo (artículo 164 de la Ley General de Seguridad Social<sup>29</sup> —LGSS—), y a la correspondiente responsabilidad civil y penal (artículos 42.1 LPRL, 1101 CC, y 316 CP).

#### 4. Respuesta de los tribunales en torno a la desconexión digital

Existe cierta doctrina judicial que, poco a poco, se ha ido pronunciando sobre los límites del poder de organización y dirección empresarial fuera de la jornada laboral, el respeto de los periodos mínimos de descanso de todas las personas trabajadoras, la distinción entre tiempos de trabajo y de descanso y, por consiguiente, la procedencia de la aplicación del derecho a la desconexión digital.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)<sup>30</sup> en reiterada jurisprudencia sostiene que los Estados miembros tienen la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de los períodos mínimos de descanso de todo trabajador, así como las pausas adecuadas, de conformidad con lo establecido en los artículos 2.2 y 3 de la Directiva 2003/88/CE, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo que, no solo

[...] constituyen normas de Derecho social comunitario de especial importancia, de las que debe disfrutar todo trabajador como disposición mínima necesaria para garantizar la protección de su seguridad y salud.

Sino que, además, está expresamente establecido en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>31</sup> (artículo 31.2) en lo que respecta a unas condiciones de trabajo justas y equitativas.

Por otro lado, en cuanto a la posibilidad de establecer excepciones en materia de ordenación del tiempo de trabajo, el TJUE declara que estas deben ser

<sup>29</sup> Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 octubre. Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. BOE 31 octubre 2015, núm. 261, [pág. 103291, Núm. Págs. 228]; rect. BOE, núm. 36, [pág.10898]. (RCL 2015\1700).

<sup>30</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 7 de septiembre de 2006, Caso/ Comisión/Reino Unido, C-484/04,(TJCE\2006\231), apartado 38; Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 5 de octubre de 2004, Caso Pfeiffer contra Pfeiffer, asuntos acumulados C-397/01 a C-403/01 (TJCE\2004\272), apartado 91; Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 17 de marzo de 2021, Caso Academia de Studil Economic din Bucuresti contra Organismul Intermediar pentru Programul Operational Capital Uman-Ministerul Educatiei Nationale, ECLI:EU: C2021:210 (TJCE\2021\64), apartado 36.

<sup>31</sup> DO C 364 de 18.12.2000, p. 15.



objeto de una interpretación restrictiva «[...] que limite su alcance a lo estrictamente necesario para salvaguardar los intereses que dichas excepciones permiten proteger»<sup>32</sup> para asegurar una protección eficaz de la seguridad y salud de los trabajadores. Así mismo, para garantizar el respeto efectivo de las disposiciones mínimas en este sentido,

los Estados miembros deben imponer a los empresarios la obligación de implantar un sistema objetivo, fiable y accesible que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador.<sup>33</sup>

En relación con ello, el primer pronunciamiento judicial en nuestro país fue la sentencia de la Audiencia Nacional, de 17 de julio de 1997 (proc. 120/1997)<sup>34</sup>, la cual declara la nulidad de las instrucciones establecidas por una compañía que obligaba a los trabajadores «comerciales» que trabajaban fuera de las instalaciones de la empresa a mantener una conexión ininterrumpida, constante y en todo momento de sus teléfonos móviles con los de la empresa y clientes, fuera de la jornada laboral, considerando la Sala que se sobrepasan las facultades normales y regulares de la empresa en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores.

Posteriormente, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en sentencia de 23 de mayo de 2013 (rec. 6212/2012)<sup>35</sup>, se pronuncia al respeto. Una empresa dedicada a la fabricación y mantenimiento de aparatos elevadores, como medida de vigilancia y control lleva a cabo la instalación de un acelerómetro en los teléfonos móviles de los trabajadores de la sección de mantenimiento, el cual permite controlar el movimiento o falta de movimiento de estos, y, además, no se puede desconectar si no es a través de una aplicación que desconocen los trabajadores. También, existe un GPS integrado en el teléfono que permite conocer el lugar donde se encuentra el trabajador, que debe llevar siempre encima, incluso, llevarse a casa para recargarlo fuera de la jornada laboral.

Según el tribunal, estos dispositivos no son un equipo de protección individual, sino que supone un exceso del poder de organización y dirección empresarial debido al control y fiscalización del tiempo fuera de la jornada laboral, que puede conllevar un riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores. Concre-

---

<sup>32</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de octubre de 2010, Caso FuB contra Stadt Halle, C-243/09 (TJCE\2010\302), apartados 32 y 34; Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 21 de febrero de 2018, Caso Ville de Nivelles contra Rudy Matzak, ECLI:EU:C:2018:82 (TJCE\2018\5), apartado 38.

<sup>33</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de mayo de 2019, Caso Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO), C-55/18 (TJCE\2019\90), apartado 60.

<sup>34</sup> Audiencia Nacional (Sala de lo Social), Sentencia de 17 julio 1997. (AS\1997\3370).

<sup>35</sup> Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1.ª), Sentencia de 23 mayo 2013. (AS\2013\2445).

tamente, exigir al trabajador estar pendiente de mantener el dispositivo en condiciones óptimas de funcionamiento, supone, por una parte, una situación de riesgo psicosocial (estrés, preocupación, tensión) que la empresa tendría que haber previsto y, por otra, una vulneración de los derechos fundamentales a la intimidad y dignidad de los trabajadores.

En un sentido similar, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 3 de febrero de 2016 (rec. 2229/2015)<sup>36</sup>, en relación con el tiempo de trabajo en el domicilio de un trabajador perteneciente al equipo de comerciales de una empresa de comunicaciones, condena a la empresa al pago de horas extraordinarias por no existir control alguno sobre la jornada laboral. Consta en los hechos probados la inexistencia de jornada laboral establecida y la realización por estos trabajadores de jornadas laborales superiores a las permitidas legalmente. Así, mantiene el tribunal que el control mediante la comprobación de la conexión del trabajador a la intranet empresarial y de su actividad en la red: «No supone en principio y en condiciones normales invasión del espacio protegido bajo el concepto de domicilio y además es susceptible de inspección y control por la Administración Laboral».

No obstante, sostiene, que el derecho a la intimidad y la inviolabilidad del domicilio son derechos del trabajador que no pueden ser alegados por la empresa en perjuicio del mismo.

Por otra parte, argumenta que el tiempo de trabajo en el domicilio es tiempo de trabajo exactamente igual que el realizado fuera del mismo y, por consiguiente, la empresa es responsable de garantizar el cumplimiento y respeto de los límites de la jornada y descanso, y de controlar el tiempo de trabajo mediante su registro horario, que, además, forman parte del derecho del trabajador a la protección de su integridad y salud, siendo responsabilidad de la empresa a través de la obligación de evaluación de riesgos y planificación de la actividad preventiva.

En conclusión, según el tribunal,

[...] solamente si la empresa ha establecido pautas claras sobre tiempo de trabajo respetuosas con la regulación legal y convencional sobre jornada y descansos y si además establece, de acuerdo con el trabajador, instrumentos de declaración y control del tiempo de trabajo a distancia o en el domicilio, sería posible admitir que una conducta del trabajador en el interior de su domicilio en vulneración de dichas pautas y omitiendo los instrumentos de control empresarial pudiera dar lugar a exceptuar el pago de las correspondientes horas y su cómputo como tiempo de trabajo. Pero en ausencia de esas pautas y criterios y de unos mínimos instrumentos de control no

---

<sup>36</sup> Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social, Sección 1.ª) Sentencia de 3 febrero 2016. (AS\2016\99).

puede admitirse tal excepción, que sería equivalente a crear un espacio de total impunidad y alegalidad en el trabajo a distancia y en el domicilio.

A mayor abundamiento, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, se ha pronunciado en varias ocasiones en relación con ello. La sentencia de 18 de diciembre de 2019 (rec. 2852/2018)<sup>37</sup>, resuelve sobre un supuesto en el que una empresa dedicada al transporte de mercancías entrega a sus 10 trabajadores un teléfono móvil para poder comunicarse y crea un grupo de *whatsapp* integrado por todos ellos, con la finalidad de contactar de forma individual y colectiva durante la jornada de trabajo. El tribunal entiende que no existe infracción del derecho a la desconexión digital fuera de la jornada laboral, puesto que no ha quedado probado que la empresa conectase con sus trabajadores durante el periodo de descanso diario o semanal. Y, también, en sentencia de 20 de mayo de 2021 (rec. 47/2021)<sup>38</sup>, dictamina sobre un despido disciplinario por faltas de asistencia repetidas e injustificadas al puesto de trabajo comunicado a través de *whatsApp*, por burofax —que fue devuelto por no retirado— y, posteriormente, por correo electrónico. Además, por *WhatsApp* se requiere al trabajador para que entregue las llaves y se le informa del ingreso del finiquito. El tribunal mantiene que esta forma de comunicación no puede ser válida, por no considerarse fehaciente y no poder acreditarse su recepción, y, continúa manifestando,

Además, esta forma de comunicación puede entrar en conflicto con derechos fundamentales, como el derecho a la intimidad, el derecho al secreto de las comunicaciones, el derecho a la protección de datos, etc. No puede exigirse al trabajador que, fuera del horario de trabajo, tenga la obligación de tener encendido el terminal de su propiedad, con conexión a internet, por existir el derecho a la desconexión digital.

No obstante, entiende la validez de la comunicación del despido por correo electrónico al constar la recepción reconocida del mismo y surtir efectos desde esta misma fecha en la que tiene conocimiento el trabajador.

También, el Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en sentencia de 27 de diciembre 2017 (rec. 2241/2017)<sup>39</sup>, reconoce la licitud de las medidas de vigilancia y control llevadas a cabo por una empresa dedicada al mantenimiento de instalación de comunicaciones, la cual, instala dispositivos de geolocalización en los vehículos dedicados al desarrollo de la actividad, sin embargo, declara la

<sup>37</sup> Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1.ª), Sentencia de 18 diciembre 2019 (JUR\2019\31630).

<sup>38</sup> Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1.ª), Sentencia de 20 mayo 2021 (AS\2021\1352).

<sup>39</sup> Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Sala de lo Social, Sección 1.ª), Sentencia de 27 diciembre 2017 (AS\2018\296).

existencia de vulneración del derecho a la intimidad de las personas trabajadoras por mantener activados y no desconectar dichos dispositivos a partir de la finalización de la jornada laboral. La sentencia condena a la empresa a garantizar que dichos dispositivos permanezcan desactivados con la finalidad de no captar datos a partir del momento de finalización del tiempo de trabajo, momento a partir del cual, es imprescindible el consentimiento inequívoco de los trabajadores para el tratamiento de datos, de conformidad con la regla general del artículo 6.1 de la LOPD.

En un sentido similar, el Juzgado de lo Social número 6 de Oviedo, en sentencia de 22 de noviembre de 2021 (proc. 774/2021)<sup>40</sup> y, posteriormente, el Juzgado de lo Social número 5 de Oviedo, en sentencia de 9 de diciembre de 2021 (proc.757/2021)<sup>41</sup>, y el Juzgado de lo Social número 1 de Gijón, en sentencia de 9 de diciembre de 2021 (proc. 612/2021)<sup>42</sup>, estiman procedente los medios de comunicación utilizados por empresas dedicadas al transporte por carretera a través de comunicaciones telefónicas, mediante *Whatsapp* o por correo electrónico, para la comunicación a las personas trabajadoras —con la categoría profesional de conductor— de los servicios mínimos que tenían que realizar durante una situación de huelga. Dichas comunicaciones se llevan a cabo a través del teléfono personal del trabajador, utilizado con carácter habitual en otras situaciones similares relacionadas con la actividad laboral y no para otras finalidades distintas, no quedando acreditado que se realizasen fuera del horario laboral. Así pues, el juzgador considera que no ha existido vulneración de los derechos fundamentales de intimidad, protección de datos, ni tampoco del derecho a la desconexión digital, ya que se han utilizado los dispositivos de comunicación para transmitir información relacionada con la actividad laboral, pero no para el desarrollo del trabajo.

[...] Situación que ninguna relación guarda con la utilización de tales medios de comunicación para que el trabajador, fuera de su horario laboral, desempeñe algún tipo de actividad relacionada con su trabajo, que es a lo que se refiere el derecho a la desconexión digital [...]

Igualmente, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, ha dictado varias resoluciones judiciales al respecto. Así, la sentencia de 8 de julio de 2020 (rec. 19/2020)<sup>43</sup>, se pronuncia sobre un asunto en el que un trabajador además

---

<sup>40</sup> Juzgado de lo Social de Oviedo (Principado de Asturias), Sentencia de 22 noviembre 2021 (JUR\2022\75371).

<sup>41</sup> Juzgado de lo Social de Oviedo (Principado de Asturias), Sentencia de 9 diciembre 2021 (JUR\2022\74709).

<sup>42</sup> Juzgado de lo Social de Gijón (Principado de Asturias), Sentencia de 9 diciembre 2021 (JUR\2022\75373).

<sup>43</sup> Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 2.ª), Sentencia de 8 julio 2020 (AS\2020\2516).

de su jornada presencial en el lugar de trabajo presta servicios de forma adicional en régimen de teletrabajo, mediante un pacto de disponibilidad fuera del horario habitual, por el que realiza guardias de disponibilidad de 24 horas una de cada cuatro semanas teniendo que estar localizable a través del teléfono móvil que la empresa pone a su disposición, con la finalidad de proporcionar soporte informático a los trabajadores de la empresa que puedan necesitarlo en horarios diferentes al habitual, abonándole por este concepto un «plus de disponibilidad» y, además, las horas que desempeña trabajo efectivo en régimen de teletrabajo o presencial, como horas extraordinarias. El tribunal considera que el tiempo de prestación de servicios en régimen de teletrabajo es tiempo de trabajo que tiene que sumarse al tiempo presencial, y así, realizar el cálculo de la jornada efectiva, compararla con los límites legales y convencionales, y determinar el número de horas extraordinarias realizadas, pero no compensadas en descanso, que han de ser retribuidas.

En otras resoluciones, 22 de junio 2020 (rec. 260/2020)<sup>44</sup>, 7 de octubre de 2020 (rec. 313/2020)<sup>45</sup>, 4 de noviembre 2020 (rec. 430/2020)<sup>46</sup>, 9 de julio de 2021 (rec. 307/2021)<sup>47</sup>, el TSJ de Madrid dictamina sobre la falta de justificación de la negativa de un controlador de circulación aérea a realizar un curso de formación *online* de dos horas, que tiene la consideración de tiempo de trabajo —conforme al convenio colectivo— y puede hacer de forma flexible sin sujeción horaria, pero sin modificar su cuadrante de trabajo presencial. La sentencia considera que no existe vulneración de derechos fundamentales, ni tampoco del derecho a la desconexión digital como desarrollo del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, al considerar la realización del curso de formación como tiempo de trabajo efectivo y retribuido que se tiene en cuenta para el cómputo de la jornada laboral anual —y no como tiempo de descanso—, y, por consiguiente, no afecta al derecho a la desconexión digital. Incluso, aunque la empresa se intente poner en contacto con la persona trabajadora en los tiempos de actividad a través del correo electrónico corporativo (rec.507/2020)<sup>48</sup>, ya que no estamos hablando de tiempo de descanso sino de tiempo de trabajo y no ser de aplicación el derecho a la desconexión digital.

---

<sup>44</sup> Tribunal Superior de Justicia TSJ de Madrid (Sala de lo Social, Sección 1.ª), Sentencia de 22 junio 2020 (JUR\2020\244414).

<sup>45</sup> Tribunal Superior de Justicia TSJ de Madrid (Sala de lo Social, Sección 2.ª), Sentencia de 7 octubre 2021 (JUR\2021\22387).

<sup>46</sup> Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 2.ª), Sentencia de 4 noviembre 2020 (JUR\2020\365839).

<sup>47</sup> Tribunal Superior de Justicia TSJ de Madrid (Sala de lo Social, Sección 1.ª), Sentencia de 9 julio 2021 (JUR\2021\317234).

<sup>48</sup> Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 4.ª), Sentencia de 14 enero 2021 (AS\2021\853).

Esta misma Sala, en sentencia de 9 de junio 2021 (rec. 318/2021)<sup>49</sup> reconoce que

[...] el derecho a la desconexión digital debe ser ineludiblemente preservado cuando se imponga la realización de algún tipo de trabajo a distancia o cuando se trate de que el trabajador se vea obligado a utilizar en su domicilio herramientas tecnológicas. Se trata de un mínimo legal insoslayable por la negociación colectiva y aplicable *ex lege* y que debe ser garantizado [...]

Por ende, no se puede obligar a ninguna persona trabajadora a conectarse en su tiempo de descanso. No obstante, esto no significa que la empresa no pueda exigir la realización de actividades laborales de carácter obligatorio fuera de horario laboral.

Además, continúa argumentando la Sala, como las normas sobre límites de jornada y descansos son normas preventivas, la empresa, como deudora de seguridad, tiene que responsabilizarse del momento elegido por el trabajador para desarrollar el trabajo en los sistemas de flexibilidad horaria, y establecer criterios claros que garanticen el respeto de las normas de seguridad e impidan la vulneración de los descansos mínimos. Sin embargo, la falta de dichos criterios, no convierten en ilegal o antijurídica la decisión empresarial, si no queda acreditado que ha existido una vulneración del derecho al descanso, como podría ser la imposición por parte de la empresa de la realización de los cursos de formación *online* en periodos de descanso, que no es el caso.

Por otro lado, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Santander, en sentencia de 3 de febrero de 2020 (proced. 315/2019)<sup>50</sup>, reconoce el respeto al derecho a la desconexión digital. En este caso, la instrucción municipal del Ayuntamiento de Santander impone a todos los miembros del cuerpo de Policía Local y Agentes de Movilidad, para todo tipo de incidencias y sin límite temporal o de horario, la obligación de permanecer constantemente conectados al correo corporativo, también, en periodos de descanso, tiempo libre y fuera de servicio sin limitación alguna. El tribunal declara la medida desproporcionada y contraria al derecho a la desconexión digital (artículo 88 LOPD), por imponer un estado de guardia de localización y conexión permanente al correo electrónico a todo el personal, fuera de la jornada laboral.

Por último, en el mismo sentido de respeto al derecho a la desconexión, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 19 de febrero 2021

---

<sup>49</sup> Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 2.ª), Sentencia de 9 junio 2021 (AS\2021\1583).

<sup>50</sup> Juzgado de lo Contencioso-Administrativo 1 de Santander, Sentencia de 3 febrero 2021. (JUR\2021\109454).

(rec. 4361/2020)<sup>51</sup>, concluye que es lícito que la empresa dé de baja a una empleada —ostenta la categoría profesional de «jefes administrativos y de taller» perteneciente al grupo profesional 3— de los diferentes grupos de WhatsApp y cuentas de correo electrónico de la empresa durante una baja por IT de larga duración. Y ello, aludiendo al derecho a la desconexión digital de las personas trabajadoras durante la IT y a la obligación de la empresa de respetarlo. En este caso, la Sala no aprecia vulneración de derechos fundamentales de la trabajadora, en base al derecho a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización (Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre —LOPD—, y artículo 20 bis ET).

## 5. Tratamiento del derecho a la desconexión digital en la negociación colectiva: análisis de diferentes convenios colectivos

La negociación colectiva y el diálogo social tienen un papel fundamental en el desarrollo del derecho a la desconexión digital. Existe una constante remisión de la Ley de trabajo a distancia a los convenios o acuerdos colectivos, para que sean estos los que fijen las medidas necesarias para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la desconexión y reconozcan situaciones excepcionales de modulación del derecho.

Hoy en día, el desarrollo convencional del derecho a la desconexión digital es muy dispar y son todavía pocos los convenios colectivos que abordan el tema. En general, los que lo hacen, realizan meras declaraciones programáticas sin recoger medidas concretas (Trujillo, 2020: 48), reproducen lo ya regulado legalmente —aportando poco o nada—, reconocen el derecho «a no responder», pero no como una obligación empresarial (Barrios, *op. cit.*, 2021: 125-129 y Martín, *op. cit.*, 2021: 20-22) y, además, lo regulan como medida para una mejor gestión del tiempo de trabajo, pero no como medida de prevención de riesgos laborales.

El primer convenio colectivo en reconocer el derecho a la desconexión digital en el año 2017 fue el Convenio colectivo del Grupo Axa (art. 14)<sup>52</sup>, que regula la necesidad de impulsar el derecho a la desconexión digital y, de forma muy genérica, reconoce el derecho a no responder a las comunicaciones profesionales recibidas fuera del horario de trabajo, salvo causa de fuerza mayor o circunstancias excepcionales. Casi en los mismos términos se pronuncia el Acuerdo Laboral en el marco del proceso de fusión entre las entidades Banco Santan-

<sup>51</sup> Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1.ª), Sentencia de 19 febrero 2021 (JUR\2021\149651).

<sup>52</sup> BOE 10 de octubre de 2017.

der S.A., Banco Popular S.A., y Banco Pastor S.A., de 26 de junio de 2018 (Anexo IV)<sup>53</sup>, sobre criterios para una ordenación racional del tiempo de trabajo, el cual, reconoce el derecho a no responder emails o mensajes profesionales fuera del horario laboral ni durante los tiempos de descanso, permisos, licencias o vacaciones, excepto supuesto de causa de fuerza mayor o circunstancias excepcionales. Y, en el mismo sentido, el Convenio colectivo del sector de grandes almacenes (artículo 26, bis)<sup>54</sup> reconoce, para una mejor gestión del tiempo de trabajo, el derecho de las personas trabajadoras a no atender dispositivos digitales fuera de la jornada laboral, salvo situaciones excepcionales, recogiendo una serie de buenas prácticas para llevar a cabo.

Por otro lado, el XVI Convenio colectivo de la ONCE y su personal (Anexo 3 Plan de Igualdad, apartado B, áreas de intervención para la consecución de los objetivos del plan, núm. 5)<sup>55</sup> de 2018, regula la desconexión digital en relación con la utilización de herramientas tecnológicas como medida efectiva para promover la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, sin que ello suponga un motivo para la extensión de la jornada de trabajo, ni para la interrupción de los tiempos de descanso o licencias de las personas trabajadoras. En la misma línea, El VII Convenio Colectivo de Repsol, S.A. (artículo. 14.9)<sup>56</sup>, y el Convenio colectivo de la empresa Estrella de Levante, Fábrica Cerveza, S.A. (artículo 21)<sup>57</sup>, respecto a las medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y los principios del derecho a la desconexión fuera del tiempo de trabajo, enuncia que la mesa de igualdad identificará posibles buenas prácticas en torno al uso de herramientas digitales.

Desde otra vertiente, el Convenio colectivo estatal de centros y servicios veterinarios<sup>58</sup> (art. 95), expone que:

Este convenio colectivo reconoce y formaliza el derecho a la desconexión digital como un derecho, pero no como una obligación. Esto implica expresamente que aquellas personas trabajadoras que quieran realizar comunicaciones fuera de su jornada laboral podrán hacerlo con total libertad.

Lo reconoce como el derecho a no responder a ninguna comunicación (correo electrónico, WhatsApp, teléfono) fuera de la jornada laboral, asumiendo, el

---

<sup>53</sup> CCOO, Acuerdo Laboral en el marco del proceso de fusión entre las entidades Banco Santander S.A., Banco Popular S.A., y Banco Pastor S.A. [en línea]. 2018 [consultado 15 diciembre 2021]. Disponible en: <https://cgtbsan.fesibac.org/wp-content/uploads/PDF/Acuerdos/20180626-Acuerdo-Laboral-Fusion-BS-BP-BP.pdf>.

<sup>54</sup> BOE 11 de junio de 2021.

<sup>55</sup> BOE 18 de enero de 2018.

<sup>56</sup> BOE 17 de julio de 2018.

<sup>57</sup> Boletín Oficial de la Región de Murcia, 5 de agosto de 2020.

<sup>58</sup> BOE 14 de agosto de 2020.



remitente de esta y, sobre todo, los superiores jerárquicos, que la respuesta podrá esperar a la jornada laboral siguiente. También, se regulan excepciones al ejercicio del derecho a la desconexión digital, cuando se den circunstancias excepcionales como supuestos de fuerza mayor, cuando supongan un grave e inminente perjuicio empresarial, en periodos de disponibilidad o cuando se trate de personas trabajadoras que permanezcan a disposición de la empresa y reciban por ello un complemento de «disponibilidad», o se encuentren en situación «de guardia».

En el mismo sentido, se pronuncia el Convenio colectivo de Telefónica Ingeniería de Seguridad SAU (Anexo 3)<sup>59</sup>, o el Convenio colectivo de Ahorrámás SA y empresas vinculadas (anexo I)<sup>60</sup>, según los cuales, este derecho a no responder —que no deber—, cede en supuestos excepcionales en los que se contactará con la persona trabajadora, preferiblemente por teléfono, a fin de comunicarle dicha situación de urgencia y a efectos de su cómputo como hora extraordinaria.

El V Convenio colectivo marco del Grupo Endesa (artículo 46)<sup>61</sup>, además de regular como supuestos excepcionales del ejercicio del derecho a la desconexión digital causas de fuerza mayor o guardias localizables, entre otras, establece que «sin perjuicio de lo que establezca la política interna» las personas trabajadoras no tendrán la obligación de responder a correos electrónicos o llamadas fuera de su horario laboral.

En un sentido más amplio, el Acuerdo interprofesional de Cataluña para los años 2018-2020 (capítulo XV)<sup>62</sup>, y el Convenio colectivo de Teleinformática y Comunicaciones de 2020 (artículo 27)<sup>63</sup> recogen el derecho a no atender las comunicaciones que se puedan realizar, especialmente, por medios digitales fuera de la jornada laboral, como elemento fundamental para garantizar el derecho a la conciliación de la vida personal y laboral, mejorar la ordenación del tiempo de trabajo y, también, la salud de las personas trabajadoras como medida de prevención de riesgos laborales.

Desde esta perspectiva preventiva, el Convenio colectivo de Acepta Servicios Integrales SLU (artículo 21.3)<sup>64</sup> y el Convenio colectivo para las cajas y entidades financieras de ahorro (artículo 15)<sup>65</sup>, consideran necesario el derecho a la desconexión digital para poder llevar a cabo la conciliación de la vida laboral personal y laboral, y como garantía de salud laboral «[...] disminuyendo, entre

---

<sup>59</sup> BOE 7 de enero de 2020.

<sup>60</sup> BOE 1 de agosto de 2020.

<sup>61</sup> BOE 17 de junio de 2020.

<sup>62</sup> Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña, de 7 de septiembre de 2018.

<sup>63</sup> BOE 22 de junio de 2020.

<sup>64</sup> BOE 30 de julio de 2020.

<sup>65</sup> BOE 3 de diciembre de 2020.

otras, la fatiga tecnológica o estrés, y mejorando, de esta manera, el clima laboral y la calidad del trabajo». Además,

el ejercicio de este derecho por parte de las personas trabajadoras no conllevará medidas sancionadoras, ni tampoco podrá influir de manera negativa en los procesos de promoción, evaluación y valoración.

Es decir, las empresas no podrán tomar represalias contra las personas trabajadoras que hagan uso de su derecho a la desconexión digital y, por tanto, no repercutirá de forma negativa en el desarrollo profesional de quienes lo ejerzan. En relación con esto último, se expresan el II Convenio colectivo de empresas vinculadas para Telefónica de España SAU (Anexo XIII)<sup>66</sup>, y el Convenio colectivo del sector de la industria, la tecnología y los servicios del sector del metal de la provincia de Zaragoza (artículo 10.4)<sup>67</sup>, según el cual: «Las empresas no podrán tomar medidas sancionadoras contra las personas trabajadoras que hagan uso efectivo de su derecho a la desconexión digital implantado en el seno de la empresa».

En efecto, son pocos los convenios colectivos que tratan el derecho a la desconexión digital desde el ámbito de la prevención de riesgos laborales, así, el Convenio colectivo de trabajo del sector de exhibición cinematográfica de la provincia de Barcelona para los años 2019-2021 (artículo 35)<sup>68</sup>, dentro del capítulo VII dedicado a la seguridad y salud en el trabajo y del derecho de los trabajadores a una protección eficaz en esta materia, recomienda llevar a cabo políticas de desconexión digital. También, la Revisión del Acuerdo Intersectorial de Navarra sobre Relaciones Laborales (apartado 8)<sup>69</sup>, dentro del apartado dedicado a la seguridad y salud laboral, insta a trabajar en el derecho a la desconexión digital con la finalidad de evitar y prevenir posibles riesgos psicosociales derivados de una conectividad permanente.

En suma, la mayoría de los convenios colectivos regulan el derecho a la desconexión digital como un derecho de las personas trabajadoras del que pueden hacer uso o no, asumiendo estas toda la responsabilidad, pero no se hace mención a la obligación empresarial de abstención en el envío de comunicaciones profesionales fuera de jornada laboral con la finalidad de garantizar el derecho. No obstante, en El Convenio colectivo de CTC Externalización SLU (artículo 65)<sup>70</sup>, se recoge expresamente como un derecho para las personas trabajadoras, pero no como una obligación para la empresa: «Así, se determina

---

<sup>66</sup> BOE 13 de noviembre de 2019.

<sup>67</sup> BOPZ de 13 de noviembre de 2020.

<sup>68</sup> Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona, de 11 de junio de 2020.

<sup>69</sup> Boletín Oficial de Navarra, de 16 de abril de 2019.

<sup>70</sup> BOE 18 de marzo de 2020.

que la desconexión digital es un derecho para las personas trabajadoras y no una obligación para la empresa, pudiendo escoger hacer uso o no [...]».

Y, continúa manifestando,

[...] a pesar de que la empresa se esfuerza en promover una cultura que disminuya las conexiones voluntarias realizadas fuera de la jornada laboral ordinaria, estas no serán consideradas contrarias al derecho a la desconexión o imputables a la empresa.

Incluso, en algún convenio colectivo como el de la empresa LABORDE-QUIPO SL (artículo 45.29)<sup>71</sup> aparece regulado como un incumplimiento laboral calificado como falta grave,

utilizar los dispositivos de comunicación de la empresa fuera del horario laboral salvo que se perciba un plus de disponibilidad voluntariamente aceptado por el trabajador. Y ello sin perjuicio del tiempo de desconexión digital obligatorio, y del control horario correspondiente.

Por último, aunque son escasos, hay algún convenio colectivo que regula el derecho a la desconexión digital como un compromiso empresarial de abstención en el envío de comunicaciones mediante herramientas digitales fuera del horario de trabajo. Destacan en estos términos, el convenio colectivo de trabajo de ámbito provincial, para el comercio en general (excepto alimentación) de Valladolid y provincia para el 2019, 2020 y 2021 (artículo 54)<sup>72</sup> según el cual,

[...] las empresas se comprometen a no enviar a las personas trabajadoras de las mismas, mails o mensajes profesionales fuera del horario de trabajo. Y se reconoce el derecho de las personas trabajadoras a no responder a los mails o mensajes profesionales, que reciban de la Empresa, fuera de su horario de trabajo.

Todo ello, salvo causa de fuerza mayor. En el mismo sentido, se pronuncia el Convenio colectivo para el sector del comercio en general de la provincia de Segovia para el período 2019-2023 (artículo 38)<sup>73</sup> que, además, establece la nulidad del despido o de cualquier medida disciplinaria que se adopten vulnerando el derecho a la desconexión digital.

<sup>71</sup> Boletín Oficial de la Provincia de Almería, de 3 de septiembre de 2020.

<sup>72</sup> Boletín Oficial de la Provincia de Valladolid, de 5 de febrero de 2020.

<sup>73</sup> Boletín Oficial de la Provincia de Segovia, de 17 de febrero de 2020.

## 6. Propuestas *lege ferenda*

La Ley 10/2021, de 9 julio, de trabajo a distancia, supone un avance y aporta seguridad jurídica en un momento de cambio de las relaciones laborales y máxima conectividad a través de dispositivos y tecnología digitales con fines laborales. En este contexto, la regulación legal del derecho a la desconexión digital resulta fundamental debido a la constante conectividad asociada al teletrabajo, que difumina los límites entre los tiempos de trabajo y los de descanso y, además, repercute negativamente en la salud de las personas trabajadoras, generando, sobre todo, riesgos psicosociales relacionados con las tecnologías de la información y comunicación.

A este respecto, la normativa internacional y europea al igual que la jurisprudencia europea y española, relacionan claramente la limitación del tiempo de trabajo y el respeto al descanso con la protección de la seguridad y salud laboral, incluso, reconocen el derecho a la desconexión digital como derecho fundamental ligado a los nuevos modelos de organización del trabajo y como mínimo legal que debe ser preservado y garantizado.

No obstante, la regulación del derecho en la nueva Ley de trabajo a distancia adolece de ciertas carencias que dificultan su efectividad ya que aparece muy vinculado al respeto a la jornada y a los tiempos de trabajo, pero no conecta con otros derechos distintos como el derecho a la seguridad y salud laboral. En este sentido, resultaría necesario, de *lege ferenda*, el tratamiento y desarrollo del derecho a la desconexión digital en el teletrabajo dentro de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, como herramienta para prevenir los riesgos y garantizar la seguridad y salud laboral a través del plan de prevención de riesgos laborales, la evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva, incorporando la perspectiva de género.

A tal fin, sería imprescindible reconocer las diferencias y desigualdades de género, los riesgos que afectan de manera específica a las mujeres y la lucha contra toda discriminación, con la finalidad de evitar la perpetuación de roles de género, prevenir los riesgos derivados de las dificultades para conciliar la vida familiar, laboral y personal, y erradicar posibles conductas de ciberacoso o acoso por medio de la utilización de las tecnologías digitales.

De esta manera, si el derecho a la desconexión digital estuviese contemplado en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, formaría parte del derecho de las personas trabajadoras a una protección eficaz (artículo 14 LPRL) y, además, constituiría un deber de cumplimiento de la normativa en prevención de riesgos laborales, según la cual, los trabajadores tienen que velar tanto por su propia seguridad y salud laboral, como por la de otras personas a las que puede afectar su actividad profesional (artículo 29 LPRL). Al mismo tiempo, supondría el correlativo deber empresarial de protección y, por lo tanto, de abstención en el envío

de comunicaciones fuera de la jornada laboral, que sería una manera de responsabilizar a todas las partes implicadas en el cumplimiento efectivo del derecho a la desconexión digital.

En suma, todas estas disposiciones tendrían el carácter de Derecho necesario mínimo indisponible, pudiendo ser mejoradas, perfeccionadas y desarrolladas por los convenios colectivos (artículo 2.2 LPRL). Actualmente, existe una remisión constante de la Ley de trabajo a distancia a la negociación colectiva para que sea esta la que dote de contenido el derecho, fije los medios y las medidas para garantizar su efectividad y reconozca situaciones excepcionales de modulación del derecho.

Sin embargo, los convenios colectivos que tratan el derecho a la desconexión, lo hacen de forma muy genérica, como medida para una mejor gestión del tiempo de trabajo y garantía de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Muy pocos lo hacen como medida de prevención de riesgos laborales (para evitar la fatiga tecnológica, el estrés etc.) y, además, lo regulan como derecho de las personas trabajadoras a no responder a las comunicaciones profesionales fuera del horario laboral, pero no como una obligación, lo que supone que todas aquellas personas que quieran enviar comunicaciones fuera de la jornada laboral pueden hacerlo. Tampoco lo recogen como obligación empresarial de abstención en el envío de comunicaciones mediante dispositivos digitales.

Por otra parte, desde un punto de vista preventivo, los incumplimientos y responsabilidades por parte de la empresa conllevarían la aplicación de la Ley de Infracciones y sanciones en el Orden Social (LISOS), en lo referente a las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, que constituiría una garantía del cumplimiento del derecho. Y, en el supuesto de producirse un accidente de trabajo o enfermedad profesional por prácticas excesivas derivadas de una situación de hiperconectividad y consiguiente vulneración del derecho a la desconexión digital, podría dar lugar al correspondiente recargo de prestaciones por inobservancia de las medidas generales o particulares de seguridad y salud en el trabajo (artículo 164 LGSS).

En definitiva, el derecho a la desconexión digital desde esta vertiente preventiva, formaría parte del derecho de todas las personas trabajadoras a una protección eficaz y la consiguiente obligación de velar por su propia seguridad y salud y por la de otras personas, que conllevaría, el deber de respeto por parte de los demás, la garantía de no sufrir represalias por hacer efectivo el derecho, la recompensa por cualquier trabajo realizado fuera de la jornada laboral y, por supuesto, supondría el correlativo deber de protección por parte de la empresa y la obligación de garantía del derecho a la desconexión digital.

## 7. Referencias bibliográficas

- ALTÉS TÁRREGA, Juan Antonio, YAGÜE BLANCO, Sergio «A vueltas con la desconexión digital: eficacia y garantías de *lege lata*», *Labos*, 2020, 2-1. Doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2020.5539>
- ARAGÓN GOMEZ, Cristina (2019) «El derecho a la desconexión digital», *Curso de derechos digitales y efectos en las relaciones laborales*, Aranzadi. BIB 2020\7900.
- ARRUGA SEGURA, María Concepción, «Las implicaciones del derecho a la desconexión digital en la prestación de trabajo y en el teletrabajo regular», *Revista Derecho Social y Empresa*, la incidencia de las nuevas tecnologías en las relaciones laborales: economía digital, teletrabajo y desconexión digital (II), 2021, 15, 74. ISSN: 2341-135X / DOI: 10.14679/1193.
- BARRIOS BAUDOR, Guillermo Leandro, «La desconexión digital en la negociación colectiva de 2020: un análisis práctico», *Revista Galega de Dereito Social*, 2021, 11. ISSN: 1696-3083. Disponible en: <http://www.revistagalegadedereitosocial.gal> (accedido: 3-11-2021).
- FERNÁNDEZ PROL, Francisca, «La conectividad del trabajador: análisis desde una óptica preventiva», *Temas laborales*, 2021, 156.
- GINÈS I FABRELLAS, Anna, LUQUE PARRA, Manuel., PEÑA MONCHO, Juan *Teletrabajo: Estudio jurídico desde la perspectiva de la seguridad y salud laboral*. Navarra: Aranzadi, 2021.
- LOUSADA AROCHENA, José Fernando, «Prevención de riesgos en el trabajo a distancia», *Revista Derecho Social y Empresa*, *La incidencia de las nuevas tecnologías en las relaciones laborales: economía digital, teletrabajo y desconexión digital*, 14, 7, 2021. ISSN: 2341-135X / DOI: 10.14679/1193.
- MARTÍN MUÑOZ, María Rosa, «El derecho a la desconexión digital en España: un análisis de su regulación legal y convencional», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Aranzadi, 239, 14, 2021. BIB 2021\1404.
- MARTÍN RODRÍGUEZ, Olaya, «El tecnoestrés como factor de riesgo para la seguridad y salud del trabajador», *Lan Harremanak*, 44, 2020 <https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.22239>
- MEGINO FERNÁNDEZ, Diego, LANZADERA ARENCIBIA, Eugenio, «El derecho a la desconexión digital: delimitación y análisis. Aplicación práctica en la administración pública», *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 18, 75, 2020. ISSN: 2173-6405. e-ISSN: 2531-2103.
- MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, «Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: desconexión digital, garantía del derecho al descanso», *Temas Laborales*, 138, 2017, 270-279.
- MONERA BERNABÉU, Daniel, «Propuesta para la mejora de la regulación legal sobre el derecho a la desconexión digital», *IUSLabor*, 3, 2021, 23-24. Doi.10.31009/IUSLabor.202.i03.01.
- MONTOYA MEDINA, David, «Teletrabajo y prevención de riesgos laborales», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 243, 2021 (BIB 2021\3932).
- MUROS POLO, Alejandro, «El derecho a la seguridad y salud de los teletrabajadores antes y después del nuevo coronavirus», *Inciso*, 9, 2021. DOI: <http://dx.doi.org/10.18634/incj.23v.1i1115>
- PÉREZ CAMPOS, Ana Isabel, «Teletrabajo y derecho a la desconexión digital», *Revista Internacional y Comparada de RELACIONES LABORALES Y DERECHO DEL EMPLEO*, 1-9, 2021, 506-510. ISSN 2282-2313.

- REQUENA MONTES, Óscar, «Derecho a la desconexión digital: un estudio de la negociación colectiva», *Revista jurídica de los Derechos Sociales*, 2020, 2-10. DOI: <https://doi.org/10.46661/lexsocial.5076>
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, «Vigilancia y control de la salud mental de los trabajadores. Aspectos preventivos y reparadores», *Revista de Estudios Jurídicos Laborales y de Seguridad Social*, 2, 2021. ISSN-e 2660-437X.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, «Régimen jurídico del teletrabajo: Aspectos sustantivos y procesales», *Revista Jurídica de Castilla y León*, 54, 2021. ISSN: 2254-3805.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen., FOLGOSO OLMO, Antonio, «En torno a la «desconexión digital»», *Revista Internacional y Comparada de RELACIONES LABORALES Y DERECHO DEL EMPLEO*, 2-9, 2021, 57. ISSN 2282-2313.
- TALENS VISCONTI, Eduardo Enrique, «El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral», *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 17, 2019, 157. ISSN: 2173-6405. e-ISSN: 2531-2103.
- TERRADILLOS ORMAETXEA, Miren Edurne, «El derecho a la desconexión digital en la ley y en la incipiente negociación colectiva española: la importancia de su regulación jurídica», *Lan Harremanak Revista de Relaciones Laborales*, 42, 2019, 12. Doi.org/10.1387/lan-harremanak.21250
- TRUJILLO PONS, Francisco, «El ejercicio del derecho a desconectar digitalmente del trabajo: su efectividad en las empresas», *Lan Harremanak, Revista de Relaciones Laborales*, 44, 2020, 39-55. Doi.org/10.1387/lan-harremanak.21954. ISSN 1575-7048 – eISSN 2444-5819.
- TRUJILLO PONS, Francisco, «La «desconexión digital» a lomos de la seguridad y salud en el trabajo», *Lan Harremanak, Revista de Relaciones Laborales*, 45, 2021, 13. Doi.org/10.1387/lan-harremanak.21955. ISSN: 1575-7048 / e-ISSN: 2444-5819.
- TRUJILLO PONS, Francisco, «La promoción profesional no debe ponderar el derecho a la desconexión digital de los trabajadores», *Revista Temas Laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 159, 2021, 201-211. ISSN:0213-0750.
- TRUJILLO PONS, Francisco, «Un estudio acerca de la eventual Directiva comunitaria sobre el derecho a la desconexión digital en el trabajo», *IUSLabor, Revista d'anàlisi de Dret del Treball*, 2, 2021, 66-96. Doi.org/ 10.31009/IUSLabor.2021.i02.3. ISSN 1699-2938
- VALLEJO DA COSTA, Ruth, «Salud laboral, igualdad y mujer. Aspectos jurídicos». Bomarzo, 2019, 59-60. ISBN 978-84-17310-85-1.
- VALLEJO DA COSTA, Ruth, LAFUENTE PASTOR, Vicente., AYERRA DUESCA, Nuria Julia, *Marco jurídico de la seguridad y salud en el trabajo*. Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2020. ISBN 978-84-1340-093-8.

# EL DERECHO DE RESISTENCIA EN TIEMPOS DE PANDEMIA

*The right of resistance in times of pandemic*

ANA N. ESCRIBÁ PÉREZ\*, JOSÉ MANUEL MARTÍN SEBASTIÁ

## RESUMEN

El trabajo que se presta en el ámbito del contrato de trabajo es por definición subordinado al poder de dirección de quien ostenta la titularidad de la empresa. Sin embargo, este poder de dirección o *ius variandi* no es absoluto, sino que su ejercicio se encuentra sometido a condiciones de legalidad y legitimidad. Consustancialmente al poder de dirección de una parte se encuentra el deber de obediencia de la otra, cuyo contenido se extiende hasta donde alcanza el límite del otro.

En este trabajo se analiza el fundamento y justificación del poder de dirección y el deber de obediencia; y se estudia el derecho de las personas trabajadoras a desobedecer, especialmente, cuando la desobediencia resulte necesaria para preservar la propia vida e integridad como consecuencia de irregularidades que provoquen o puedan provocar una situación de riesgo grave e inminente.

Este desarrollo teórico está al servicio del objeto de la presente investigación que no es otro que el análisis de la vigencia y eficacia del derecho de resistencia de las personas trabajadoras para preservar su propia salud frente al riesgo de contagio por SARS-CoV-2 en el contexto de excepcionalidad generada por la pandemia y la consiguiente limitación de recursos.

Palabras clave: Derecho de Resistencia, Deber de obediencia, Poder de dirección, Seguridad y Salud y Pandemia.

## ABSTRACT

*The work provided within the scope of the employment contract is by definition subordinated to the management power of the person who owns the company. However, this power of direction or ius variandi is not absolute, but its exercise is subject to conditions of legality and legitimacy. Consubstantial to the power of direction of one party is the duty of obedience of the other, whose content extends as far as the limit of the other.*

*This paper analyses the foundation and justification of the power of direction and the duty of obedience; and the right of workers to disobey is studied, especially when disobedience is necessary to preserve their own life and integrity as a result of irregularities that cause or may cause a situation of serious and imminent risk.*

*This theoretical development is at the service of the object of the present investigation, which is none other than the analysis of the validity and effectiveness of the right of resistance of working people to preserve their own health against the risk of contagion by SARS-CoV-2 in the context of exceptionality generated by the pandemic and the consequent limitation of resources.*

*Keywords: Right of Resistance, Duty of obedience, Management power, Health and Safety at work and Pandemic.*

\* **Correspondencia a:** Ana N. Escribá Pérez. Universidad Internacional de Valencia, España. Directora del Grado en Derecho y Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. C/Pintor Sorolla, número 21 (46002 Valencia, España). — [aescriba@universidadviu.com](mailto:aescriba@universidadviu.com) — <https://orcid.org/0000-0003-2174-3594>

**Cómo citar:** Escribá Pérez, Ana N.; Martín Sebastián, José Manuel. (2022). «El derecho de resistencia en tiempos de pandemia»; *Lan Harremanak*, 47, 72-97. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.23450>).

Recibido: 17 febrero, 2022; aceptado: 06 abril, 2022.

ISSN 1575-7048 — eISSN 2444-5819 / © 2022 UPV/EHU



Esta obra está bajo una licencia  
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional



## 1. Introducción

El 14 de marzo de 2020 entra en vigor el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma —en adelante RD463/2020—, que procuraba establecer medidas para contener la pandemia causada por la COVID-19. La propia exposición de motivos de la norma establecía que «las circunstancias extraordinarias que concurren constituyen, sin duda, una crisis sanitaria sin precedentes y de enorme magnitud tanto por el muy elevado número de ciudadanos afectados como por el extraordinario riesgo para sus derechos»; obviamente, se trataba de una situación sin precedentes que afectó y sigue afectando en la actualidad al sistema productivo de las empresas y al enfoque que las mismas deben darle a las relaciones laborales. Se incluyeron nuevos métodos de trabajo y no por ser novedosos legislativamente sino por comenzar a utilizarse en una sociedad como la nuestra que, hasta ese momento, no se habían puesto en práctica de forma generalizada —como la figura del trabajo a distancia, por ejemplo—, si bien no todas las personas trabajadoras pudieron optar por prestar sus servicios a través del teletrabajo ya que las características del mismo no lo permitían —recordemos que en España un alto número de personas trabajadoras presta sus servicios en los sectores primario y secundario y, en un gran número, en hostelería y restauración—.

En este sentido muchas personas trabajadoras tuvieron que seguir prestando servicios a pesar de la situación pandémica que se comenzó a vivir a partir de marzo de 2020 viviendo, por tanto, situaciones complicadas en las que se imponía el miedo a contagiarse lo que supuso la aparición de nuevos conflictos en el ámbito del derecho del trabajo —conflictos que, hasta ahora no se habían dado—. En ocasiones, no se proveía a las personas trabajadoras del equipamiento básico para enfrentarse a su día a día —bien fuese por negligencia empresarial bien por el desabastecimiento sufrido durante los primeros meses de pandemia tanto de mascarillas como de guantes—.

La gran incógnita que surgía en este sentido era la posibilidad de negarse a acudir al puesto de trabajo bien fuese por un elevado riesgo de contagio o por miedo al mismo. En este contexto cabe ampararse en el *ius resistentiae* —derecho de resistencia— de las personas trabajadoras cuya finalidad es permitir, en determinadas circunstancias, negarse a cumplir una orden emitida por el empresario —*ius variandi*— sin que ello suponga medidas sancionadoras para la persona trabajadora. Aunada al concepto *ius resistentiae* se encuentra la regulación normativa de la *paralización de los trabajos por riesgo grave o inminente* regulado en el artículo 21 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales —en adelante LPRL—, que otorga a las personas trabajadoras potestad para paralizar su prestación de servicios en caso de que la continuidad de la misma suponga un riesgo grave o inminente para su salud o su seguridad.

La pandemia causada por la COVID-19 ha sido, sin lugar a dudas, una situación sin precedentes que ha hecho necesario poner de manifiesto ciertos criterios de la normativa laboral en materia de seguridad y salud y, por supuesto, la relativa a las relaciones laborales ya que la reinterpretación de la prestación de servicios y la colisión entre derechos y deberes nunca hasta ahora se había visto afectada de esta manera; en este sentido se han producido cambios normativos y relacionales que han abocado a la reinterpretación y al cambio o aparición de conceptos como, por ejemplo, la determinación de la autoridad competente, la matización del concepto de riesgo grave o inminente y, por ende y como resultado de lo anterior, la posibilidad y condiciones del *ius resistendae* de la persona trabajadora ya que el derecho a la protección de la persona y su derecho a la seguridad y salud —así como a los derechos tales como el de protección de la integridad física y el derecho a la vida—.

## 2. *Ius variandi*: concepto y cuestiones conexas

### 2.1. Introducción

El término *ius variandi* no es un término de elaboración normativa sino que se trata de un concepto elaborado a través de la doctrina y jurisprudencia de los Tribunales con el paso de los años, así pues, se puede definir como «el conjunto de facultades jurídicas a través de cuyo ejercicio el empresario dispone de trabajo realizado por su cuenta y a su riesgos, ordenando las singulares prestaciones laborales y organizando el trabajo de la empresa» (Melgar, 1965), es decir, la facultad del empresario de dar órdenes y directrices a la persona trabajadora<sup>1</sup> en relación al modo, tiempo y lugar en el que se va a llevar a cabo la prestación laboral amparado en el propio contrato de trabajo<sup>2</sup>. En definitiva, se puede afirmar que el *ius variandi* se manifiesta en la potestad que otorga el contrato de trabajo al empresario para organizar sus recursos humanos y materiales como mejor convenga a la empresa otorgándole, por tanto, la posibilidad de establecer órdenes coherentes, medidas sancionadoras o correctivas y de vigilancia a las personas trabajadoras —siempre con respeto a las leyes y a la dignidad de la persona—.

---

<sup>1</sup> En este mismo sentido se puede definir como «un término omnicompreensivo de las facultades empresariales en toda su extensión, o bien, desde un concepto más estricto de tal poder, siendo necesario entonces deslindarlo no solo de aquellos otros relativos a la modalización de las prestaciones de trabajo, sino también de otros más diferenciados como son el de control y vigilancia o disciplinario» (De la Torre, 1992).

<sup>2</sup> Facultará, además, al empresario a imponer las sanciones que considere oportunas en función de la baremación de las mismas cuando exista un incumplimiento de las obligaciones laborales por parte de la persona trabajadora. El poder disciplinario es, al fin y al cabo, el que nutre de fuerza efectiva el *ius variandi* empresarial (Alonso *et al.*, 1997:377).

En cuanto a la fundamentación de la institución, no ha tenido una respuesta unívoca en la doctrina científica, pudiendo sistematizarse la cuestión en tres teorías distintas: la teoría institucionalista, la teoría contractualista y la teoría normativista (Poquet, 2014). Los autores que defienden la *tesis institucionalista* parten de la idea de que el poder de dirección proviene de la titularidad de la unidad económico-organizativa que constituye la empresa, de forma tal que el poder de dirección es preexistente al contrato de trabajo<sup>3</sup> y justificaría la sumisión casi absoluta de las personas trabajadoras sobre la base de que el contrato de trabajo se incardina en una estructura anterior sin la cual la relación laboral no es posible, de suerte que las personas que en ellas presten sus servicios le deben lealtad y fidelidad para la consecución de sus fines organizativos. Los autores que defienden la *tesis contractualista* consideran que el contrato de trabajo es el único título jurídico que justifica la subordinación de la persona trabajadora a la autoridad empresarial y es el marco donde se concretan individualmente las relaciones jurídicas y las posiciones activa y pasiva del poder de dirección. Los autores que defienden la tesis normativista consideran que el poder del empresario no halla su fundamento en el contrato de trabajo sino en la ley o en la negociación colectiva, como fuentes de integración del contenido del contrato (Gil, 1993).

## 2.2. Contenido

El *ius variandi* «tiene una doble dimensión: general<sup>4</sup> y singular<sup>5</sup>» (Melgar, 2004:135); ambas dimensiones del concepto son la manifestación real de la base del mismo si bien la *dimensión general* se fundamenta en el artículo 38 de la Constitución Española —en adelante CE— en el que se reconoce el derecho a la libertad de empresa que faculta al empresario a dar origen a la relación contractual y de continuar con la prestación laboral<sup>6</sup> —que se manifiesta en la libertad de iniciar o no una actividad, la libertad de elección del modo en el que llevar a cabo la misma, la estructuración organizativa, la estructuración productiva, las dimensiones y localización geográfica de la actividad, la libertad de diseñar la estructura jerárquica de la empresa y las dimensiones del personal<sup>7</sup>—. La *dimensión singular*, sin embargo, encuentra su justificación en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores —en adelante ET—, que establece las no-

<sup>3</sup> Esta teoría era la mantenida en la década de los años veinte del siglo pasado.

<sup>4</sup> Conjunto de decisiones que afectan a la configuración de la empresa como unidad organizativa y de producción que antecede al contrato de trabajo.

<sup>5</sup> Conjunto de órdenes e instrucciones que el titular empresarial dirige a cada persona para el correcto cumplimiento de la prestación laboral.

<sup>6</sup> En este sentido la STSJ de Cataluña de 26 de julio de 2004 (AS 2004, 2791) y la STSJ de Galicia de 16 de diciembre de 2009 (AS 2010, 156).

<sup>7</sup> En este sentido SSTC 225\1993 (RTC 1993, 225) y 112\2006, de 5 de abril (RTC 2006, 112).

tas definitivas de la relación laboral que es aquella mediante la cual la persona trabajadora presta sus servicios de manera voluntaria dentro de una organización y bajo la organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario y que supone una retribución a cambio de la prestación efectiva de servicios para este. Esto supone que, con el comienzo de la relación laboral, la persona trabajadora que se incorpora a la empresa queda bajo el control empresarial y debe respetar el derecho de organización que el empresario posee —la jurisprudencia ha mantenido en reiteradas ocasiones que la dependencia es el eje central de la relación laboral<sup>8</sup>—, es decir, el empresario está facultado para organizar y dirigir a las personas trabajadoras como considere oportuno y, por tanto, modular la prestación que les es exigible a través de su contrato de trabajo<sup>9</sup> —siempre y cuando se trate de prestación de servicios para dicho empresario y con el respeto a las leyes y derechos de las personas—. No se debe olvidar, además, que el artículo 5 del ET regula los deberes laborales de las personas trabajadoras y menciona de forma expresa que estas deben cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio de sus facultades directivas; dichas facultades serán las que permitan al empresario modalizar la prestación laboral en función a las facultades que le confiere el artículo 20 del ET<sup>10</sup>.

En definitiva, el empresario podrá, dentro de las facultades que le otorga el *ius variandi*, introducir todos aquellos cambios que considere oportunos en relación a las funciones que la persona trabajadora tenga que desarrollar en el ejercicio de su relación laboral pero siempre respetando las cuestiones legalmente establecidas lo que le permite, pues, «prescindir del contrato como marco que delimita el trabajo pactado e introducir cambios extraordinarios (Román, 1992)» y de este modo lo expresa el artículo 39 del ET siempre que se respeten las funciones —superiores o inferiores— de su grupo profesional<sup>11</sup> o categorías equivalentes<sup>12</sup> lo que, en definitiva, implica que el empresario podrá asignar las nuevas funciones en función de la titulación académica de la persona trabaja-

<sup>8</sup> En este sentido la STS de 14 de mayo de 1990 (EDJ 507609); de 9 de febrero de 1990 (EDJ 1313).

<sup>9</sup> En este sentido las SSTs de 16 de febrero de 1990 (EDJ 1637), de 24 de enero de 2018 (EDJ 10150), de 24 de enero de 2018 (EDJ 10162); y de 8 de febrero de 2018 (EDJ 10151).

<sup>10</sup> En este sentido la STSJ Asturias (Social) de 18 abril de 2008 sintetiza el contenido del poder de dirección en su vertiente positiva y en su vertiente negativa. Lo considera una manifestación compleja «constituido por diversas facultades entre las que se encuentra la de dar instrucciones generales sobre la organización y funcionamiento de la empresa, y la de dictar órdenes e instrucciones particulares a un trabajador sobre el contenido y circunstancias de su trabajo y controlar su efectivo cumplimiento, de tal forma que el art. 58.1 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, confiere al empresario la facultad disciplinaria para el caso de desobediencia, con los límites que imponen los artículos 10 y 20.3 CE; 17.1 y 18 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores».

<sup>11</sup> *Ius variandi* ordinario.

<sup>12</sup> *Ius variandi* extraordinario.

dora y dentro de su categoría profesional y siempre bajo el amparo de razones técnicas u organizativas que justifiquen dichas pretensiones (Moreno, 2009).

### 3. Ejercicio y límites del *ius variandi*

#### 3.1. Introducción

Si bien es cierta la existencia del *ius variandi* empresarial el ejercicio de este derecho no es totalmente amplio, sino que, por el contrario, posee límites claros que el empresario debe respetar. Se debe partir de la base de que dicho derecho empresarial está directamente relacionado con el deber de obediencia que debe la persona trabajadora; de estas obligaciones y de las posibles consecuencias del incumplimiento de una orden nace la necesidad de establecer límites al *ius variandi* empresarial (Morato, 2009:112).

#### 3.2. Límites al *ius variandi*

El artículo 20.1 del ET regula la obligación de la persona trabajadora de prestar sus servicios bajo la dirección del empresario o persona en la que este delegue; dicha cuestión pone de manifiesto el derecho que le ampara y, además, que la obediencia debe supeditarse a cualquiera de las dos figuras —el empresario o la persona en la que delegue— excepto en el caso de que se exceda el derecho de poder de dirección o cuando las órdenes sean dictadas por quien no tiene competencia para ello<sup>13</sup> (García, 2009:113 y Ninet, 1979:880). Para solventar posibles problemas de interpretación cabe tener en cuenta que cuando el empleador es una persona jurídica, la orden deberá provenir de los órganos con competencia jerárquica y funcional para emitir órdenes si bien cuando existe descentralización productiva que alejen la dirección de la empleadora formal<sup>14</sup>, las órdenes vendrán dadas por aquella persona que supervisa la prestación de servicios.

Como ya se apuntó con anterioridad, el artículo 5.c) del ET hace referencia al ejercicio regular del poder de dirección y establece que existen límites materiales que pueden ser tanto internos como externos. Los límites externos son los que se establecen normativa y contractualmente, mientras que los internos son

---

<sup>13</sup> Artículo 5.c) del ET.

<sup>14</sup> «La formalidad es una condición que se le atribuye a los negocios que cumplen con la normativa vigente que les aplique de manera obligatoria para el desarrollo de una actividad económica lícita en una economía de mercado» (Schneider, 2006). Empresario formal, ¿Qué es? ¿En más importante el Registro Mercantil o el RUT?. Recuperado de <https://leynegocios.blogspot.com/2019/02/empresario-formal-que-es-en-mas.html>

aquellos que se derivan de la razonabilidad, coherencia, suficiencia, idoneidad y oportunidad de la decisión empresarial.

En el caso de los límites externos solo será identificable si el empleador se ha excedido en su poder de dirección en base a límites legales (Morato, 2009:203) mientras que en relación a los límites internos los Tribunales deberán realizar una valoración subjetiva del poder de dirección y establecer si se trata de una decisión correcta o, por el contrario, se trata de mandatos abusivos o arbitrarios<sup>15</sup> lo que, lógicamente, supone un escenario incierto y lleno de incertidumbre para la persona trabajadora y que dificulta la facultad de obrar en base al *ius resistentiae* como derecho subjetivo de oposición frente a órdenes ilegítimas o ilegales del empresario<sup>16</sup>.

En el seno de la Sección 1.<sup>a</sup>, Capítulo II del Título I de la CE se encuentran regulados los derechos fundamentales y las libertades públicas y estos deben ser respetados en todo momento en el seno de las relaciones laborales convirtiéndose, por tanto, en el principal límite al ejercicio del *ius variandi* empresariales ya que la celebración de un contrato de trabajo no puede suponer la privación a la persona trabajadora de sus derechos fundamentales —cabe recordar, además, que los límites a los derechos fundamentales deben ser interpretados con criterios restrictivos y deben estar basados en la necesidad, la idoneidad y la proporcionalidad—<sup>17</sup>.

Los límites externos al *ius variandi* empresarial se fijaron de manera clara en la STS de 7 de marzo de 2007<sup>18</sup> al establecer este que «ha de resaltarse que —conforme a doctrina tradicional— el poder de dirección «no puede entenderse como una facultad arbitraria y omnímoda, sino que se encuentra sometido a determinadas limitaciones, debiendo utilizarse con el máximo respeto a los derechos del trabajador y a su dignidad humana y sin perjuicio para él, o con la compensación adecuada cuando el ejercicio de tal potestad resulte inevitable, y sin que pueda exceder de lo que las normas legales y los principios generales inspiradores del derecho de trabajo imponen»; o lo que es igual, la facultad empresarial de que tratamos se encuentra limitada por los derechos reconocidos al trabajador por la Constitución, la Ley, el convenio colectivo y el propio contrato de trabajo, de forma que solo puede calificarse de «ejercicio regular» de las

<sup>15</sup> «Un efectivo límite a los poderes del empresario». A su vez, como se infiere de algunos pronunciamientos judiciales, el empresario ha de obrar de acuerdo con «un poder de dirección bien entendido, racionalmente ejercido y suficientemente explicado ante circunstancias especiales que le priven de cualquier atisbo de connotación de arbitrariedad que pudiera suponer la obstaculización al trabajador del ejercicio de sus derechos laborales» (STSJ Castilla y León de 24 mayo 1995 [AS\2029]).

<sup>16</sup> Recordemos que la decisión del Tribunal siempre va a producirse *ex post* lo que, sin lugar a dudas, aumenta la incertidumbre sobre la decisión de ampararse en el *ius resistentiae*.

<sup>17</sup> STS de 5 de diciembre de 2003 (EDJ 196140).

<sup>18</sup> STS de 7 marzo 2007 (RJ 2007\2390).

facultades de dirección (art. 20.2 ET), aquel que respete todos los derechos expresamente reconocidos al trabajador en los referidos cuatro planos». La misma STS, además, recuerda que los derechos de las personas trabajadoras tales como la dignidad o la garantía de la intimidad son inviolables y están garantizados constitucionalmente y que los derechos fundamentales de las personas trabajadoras son, en sí, límites al *ius variandi* empresarial por lo que acaba expresando que «el derecho a la libertad de empresa y a la dirección de la actividad laboral que tiene el empresario constitucional y legalmente reconocida tiene que compatibilizarse con el respeto a los derechos fundamentales del trabajador, pues este sigue disfrutando de tales derechos cuando lleva a cabo trabajos por cuenta ajena»; además, es de resaltar la idea que intenta poner de manifiesto la STS en relación a la diferencia entre *ius variandi* y poder de dirección estableciendo los límites a este último de la siguiente manera: «Con carácter previo se impone recordar que no han de confundirse el poder de dirección [facultad de organizar y dirigir el trabajo: art. 20 ET ] y el *ius variandi* [poder empresarial de modificar el contenido pactado de la prestación: arts. 39 y 40 ET]», coincidiendo estos, por tanto, tanto para unos como para otros al tratarse de derechos con carácter fundamental y basados en las leyes aplicables.

Dentro del ámbito de las relaciones laborales hay que hacer especial mención a la igualdad y no discriminación, el derecho a la vida y a la integridad física —que vincula directamente con la protección a la salud del trabajador que se ve afectada por la COVID-19—, el derecho al honor, a la libertad sindical y al derecho de huelga —entre otros—. No se puede obviar la regulación constitucional de los derechos y deberes de los ciudadanos entre los que se encuentran el derecho/deber de trabajar, la libre elección de profesión y oficio, la promoción en el trabajo, la remuneración suficiente o el derecho a la negociación colectiva —derechos, todos ellos, fundamentales en el ámbito de las relaciones laborales—; por otro lado, los principios rectores de la política social y económica aparecen regulados, entre otros, la seguridad y salud de los trabajadores, el sistema de Seguridad Social, la protección de la salud, etcétera, principios que se deben tener en cuenta a la hora de analizar la repercusión de la aplicación del *ius resistentiae* frente a órdenes empresariales en momentos de pandemia —o similares—.

### 3.3. El principio *solve et repete* como base del principio *ius resistentiae*

En el ámbito de las relaciones laborales, los derechos y obligaciones de una de las partes se suelen corresponder con derechos y obligaciones de la otra. Así ocurre, pues, en la aplicación del *ius variandi* y del *ius resistentiae*: el poder de dirección del titular de la empresa —o la persona en la que este delegue— se corresponde, de forma directa, con el deber de obediencia de la persona trabajadora.

Igual que ocurría con la fundamentación del concepto del *ius variandi*, el deber de obediencia de las personas trabajadoras se puede entender desde dis-

tintas teorías: las teorías comunitarias —que defienden un deber casi absoluto para con la persona del empresario basándose en conceptos tales como lealtad y fidelidad debida— (López, 1992: 146). Este tipo de teorías han quedado superadas en la actualidad para asentar dicho deber de obediencia en nuestro ordenamiento jurídico general y particular convirtiéndose dicho deber en «la obligación jurídica de la persona trabajadora, de la natural manera de ser y desarrollarse el trabajo objeto del derecho del trabajo» (De la Torre, 1992:348).

El *ius variandi* empresarial es genérico, pero, en ningún caso ilimitado. El principio *solve et repete* está directamente ligado al *ius variandi* ya que asienta la imposibilidad de la persona trabajadora de desatender las órdenes emanadas del empresario o de la persona en la que este derive y, por tanto, supone la obligatoriedad de acatar todas las órdenes empresariales que se le hagan llegar sin perjuicio de que pueda proceder a impugnarlas —siempre y cuando se respeten los derechos fundamentales, los derechos de las personas trabajadoras y la dignidad—. De nuevo se trata de un concepto de creación jurisprudencial y se basa en las teorías institucionalistas que se vieron en apartados anteriores, basándose dicho principio en la presunción de regularidad de las órdenes empresariales y de obligado cumplimiento.

El principio *solve et repete* defiende la idea de que las personas trabajadoras no pueden convertirse en definidores de sus obligaciones presuponiendo la licitud, legitimidad y adecuación de las órdenes empresariales. La «jurisprudencia tan estricta y extensiva de este principio había conducido a una ampliación indebida del deber de obediencia: al estar obligado a cumplir cualquier orden empresarial (incluso las ilícitas), y poder ser lícitamente sancionado el trabajador con el despido en caso de desobediencia, este se ve obligado no solo a cumplir las órdenes que el empresario pueda dar dentro del marco de su poder directivo, sino también aquellas que quedan fuera de las facultades directivas. Esto supone una notabilísima ampliación del deber de obediencia y de las facultades directivas del empresario, que escapan del ámbito estricto de lo pactado en el contrato» (Hernández, 1998:80). Este tipo de afirmaciones suponían una indefensión total de las personas trabajadoras por lo que aparece en escena el principio *ius resistentiae* apoyado por gran parte de la doctrina y admitido por la jurisprudencia si bien, en ocasiones, se ha interpretado de manera excesivamente restrictiva (Hernández, 1998:80).

#### 4. El *ius resistentiae*

##### 4.1. Introducción

El *ius resistentiae* es un concepto de configuración doctrinal cuyo contenido se ha establecido en base al sentido negativo y contrapuesto a la indisciplina o



desobediencia prohibida establecida para con la persona trabajadora. No se debe olvidar que la base general de las relaciones laborales y del *ius variandi* empresarial es el deber de la persona trabajadora de cumplir todas aquellas órdenes que vengan de la persona del empresario o de aquella en la que este delegue dicha potestad, ahora bien, la persona trabajadora tiene la potestad de resistirse al cumplimiento de dichas órdenes siempre que se trate de una situación que lo requiera y no esté contemplada la situación como parte de sus funciones en el ámbito de la prestación de servicios.

Para comprender esta cuestión y su planteamiento resulta necesario hacer referencia a la indisciplina y desobediencia en el trabajo: su definición y lo que implica. Se entiende por indisciplina «toda actuación contraria a la norma laboral o al contenido de las obligaciones contractuales, cuyo cumplimiento no exige órdenes expresas, pero sí de la buena fe que preside su relación de trabajo<sup>19</sup>» mientras que se entiende por desobediencia «la falta de cumplimiento de órdenes dictadas por los jefes laborales dentro de sus legales atribuciones para la ejecución de la tarea<sup>20</sup>».

#### 4.2. Fundamentación del *ius resistentiae*

Partiendo de la base de que la persona trabajadora debe cumplir las órdenes empresariales siempre que sean lógicas, legales, adecuadas, no se debe suponer que no existe la posibilidad de oponerse a las mismas sin incurrir en desobediencia cuando atente a los derechos fundamentales o a la dignidad de las personas, es decir, en el caso de que la orden recibida sea antijurídica o suponga un riesgo grave o inminente para la salud y seguridad de los trabajadores. Esto supone que se permite la desobediencia cuando el ejercicio del *ius variandi* se extralimita, es abusivo o pone en peligro a la persona trabajadora.

La fundamentación del término pone de relieve la cuestión siguiente: hay que dilucidar si la desobediencia justificada existe desde el mismo momento en el que se recibe una orden irregular o abusiva por considerarse nula o si dicha nulidad se debe declarar judicialmente previa demanda de la persona trabajadora. En cualquier caso, no se excluye la necesidad de la persona trabajadora de realizar un juicio de valor al respecto y, por tanto, de tomar una decisión correcta y coherente (García, 2009:171). Los partidarios de la primera concepción consideran que la «ilicitud de la orden de la empresa justifica la negativa a cumplir por parte de la persona trabajadora» (López, 1992:154) mientras que el resto sostiene que la única excepción al cumplimiento de las órdenes del empre-

---

<sup>19</sup> STSJ Castilla y León de 13 enero 1998 (AS\369), SSTSJ Cataluña de 8 enero 1998 (AS\156) y 3 marzo 2006 (AS\2481), STSJ La Rioja de 4 mayo 2000 (AS\2205) y STSJ País Vasco de 11 diciembre 2001 (AS 2002\433). (Morato García, 2009:300).

<sup>20</sup> STS de 20 de mayo de 1980 (RJ\2210).

sario es un mandato emanado de los órganos jurisdiccionales; ahora bien, existiendo regulación sobre el deber de obediencia debida, los Tribunales siguen respaldando la idea de que el ejercicio del *ius resistentiae* debe ejercitarse ante los Tribunales del orden social que determinarán la legitimidad o ilegitimidad de la orden empresarial y las consecuencias que de ella se derivan<sup>21</sup>.

En este punto debemos tener en cuenta el principio de inderogabilidad e indisponibilidad de los derechos de las personas trabajadoras regulado, con carácter general, en el artículo 3.5 del ET que deja claro que no se puede disponer válidamente de este tipo de derecho<sup>22</sup> —*ius resistentiae*— y que, por tanto, las personas trabajadoras no pueden renunciar a ninguno de ellos. Si se hiciese caso omiso de dicho mandato se entendería, automáticamente, la nulidad de la disposición (Ramos, 2002).

El artículo 20.1 del ET establece de forma clara que las personas trabajadoras no pueden establecer cuáles son sus obligaciones contractuales, pero sí se les reconoce el derecho al *ius resistentiae* cuando concurren circunstancias de peligrosidad, ilegalidad y otras análogas que justifiquen la negativa a cumplir cualquier orden como, por ejemplo, una orden empresarial arbitraria, ilegal, afecte a la seguridad o salud de las personas, vejatoria o constitutiva de abuso por parte del empresario, atente contra derechos fundamentales —de manera general—, sea discriminatoria, atente a la buena fe o a la dignidad de las personas trabajadoras —de manera específica—, etcétera. En estos casos, la desobediencia de la persona trabajadora se convierte en un mecanismo de defensa frente a una actuación empresarial lo que supone que no se podrá imponer sanción alguna a la persona trabajadora ya que su incumplimiento obedece a un mecanismo de defensa<sup>23</sup>.

#### 4.3. El *ius resistentiae* ante riesgos para la seguridad y salud de las personas trabajadoras ante la covid-19

##### 4.3.1. Introducción

En materia de Prevención de Riesgos Laborales existe la figura legal de *paralización de los trabajos por riesgo grave o inminente*<sup>24</sup>, que se define como «aquél que resulte probable racionalmente que se materialice en un futuro inmediato y

<sup>21</sup> En este sentido la STSJ Murcia de 29 octubre 2008 (AS 2008, 276).

<sup>22</sup> «Los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario. Tampoco podrán disponer válidamente de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo».

<sup>23</sup> En este sentido la STSJ Castilla La Mancha de 2 diciembre 2003 (AS\1832), STSJ Cataluña de 26 abril 2006 (AS\2425) y STSJ Extremadura de 19 diciembre 2006 (JUR 2007\60285).

<sup>24</sup> Regulado en el artículo 21 de la LPRL y extendido como derecho de las personas trabajadoras en el artículo 44 de la misma norma.

pueda suponer un daño grave para la salud de los trabajadores<sup>25</sup>» y que para el caso que nos ocupa es necesario que se preste especial atención a la puntualización siguiente: «en el caso de exposición a agentes susceptibles de causar daños graves a la salud de los trabajadores, se considerará que existe un riesgo grave e inminente cuando sea probable racionalmente que se materialice en un futuro inmediato una exposición a dichos agentes de la que puedan derivarse daños graves para la salud, aun cuando estos no se manifiesten de forma inmediata». Es obvio que estas últimas líneas van a justificar ciertos comportamientos que supongan desobediencia a una orden empresarial en tiempos de pandemia por COVID-19.

Todas las personas tienen reconocido el derecho a la integridad física a través de mandato constitucional si bien, además, las personas trabajadoras ven amparado dicho derecho de forma extendida y expresa en el ET<sup>26</sup> y en la LPRL<sup>27</sup>; en este sentido se establecen una serie de obligaciones como son el deber de autoprotección y el cuidado de su propia seguridad y salud y la de terceros, considerándose la interrupción de la actividad y el abandono del puesto de trabajo como un derecho de autotutela o autoprotección de la persona trabajadora siempre partiendo de la base de la existencia de buena fe contractual y dentro de la razonabilidad, cuando el trabajador entienda que el cumplimiento de una determinada orden empresarial puede menoscabar su integridad física o salud o, simplemente, ponerla en una situación de verdadero riesgo, se encuentra legitimado para desobedecerla. Y, además, desobedecerla sin ser sancionado, aun cuando el presunto riesgo no llegara a ser tal» (Fabregat, 2003:6). En una situación como la vivida durante los primeros meses de pandemia donde la incertidumbre inundaba toda la sociedad española en todos y cada uno de sus ámbitos —económico, social, laboral, cultural, etcétera—, no cabe duda que podría considerarse como base para la paralización del trabajo por riesgo grave e inminente; no podemos olvidar la cantidad de muertos que hubo durante los primeros tiempos de la COVID-19. Que las personas trabajadoras posean la legitimidad para paralizar su trabajo por riesgo grave e inminente que ponga en peligro su integridad o incluso su vida no implica, por otro lado, que puedan hacerlo como consideren oportuno, sino que, por el contrario, y a tenor de la LPRL, deberán informar a su superior jerárquico directo.

Atendiendo a la definición del concepto riesgo grave e inminente y a su regulación normativa se puede determinar que la situación pandémica causada por la COVID-19 podría justificar la interrupción de los trabajos si no se cuenta con las medidas suficientes para desarrollarlos de forma segura o si existe un riesgo importante y real de contagio cosa que sigue ocurriendo en la actualidad,

---

<sup>25</sup> Artículo 4 de la LPRL.

<sup>26</sup> Artículos 4.2.d) y 19.1.

<sup>27</sup> Artículo 14.

si bien las cepas del virus que actuaban en los primeros tiempos de la pandemia y la mortalidad que generaban justificaban en mayor medida la aplicación de este concepto normativo. En este caso concreto estaríamos ante un agente biológico que puede llegar a deteriorar la salud de forma progresiva llegando a causar, en ocasiones, la muerte. En este sentido es muy importante determinar si el empresario ha dotado a sus trabajadores de los medios adecuados para que trabajen en condiciones óptimas para evitar el contagio como, por ejemplo, dotarlos de mascarillas FFP2, colocar mamparas de aislamiento, procurar que se presten servicios manteniendo la distancia de seguridad, procurar que los espacios de trabajo estén debidamente ventilados, etcétera. Si se han proporcionado y atendido estas medidas el riesgo de contagio de COVID-19 vendría motivado por la probabilidad de contagio en un futuro inmediato existiendo una probabilidad real y elevada de que esto ocurra.

#### 4.3.2. *Mecanismos jurídicos de carácter especial de protección frente al riesgo por exposición a la covid-19*

Nunca antes la humanidad se había visto sumida en una situación similar. El tipo de medidas a adoptar por parte de los Gobiernos no eran claras en un principio. Nadie era capaz de saber a qué nos estábamos enfrentando y cuales iban a ser las consecuencias de la pandemia a nivel social, económico, político y, por supuesto, laboral.

El Gobierno configuró una serie de medidas urgentes para la protección de las personas y, entre ellas, incluyó protección al empleo y a las personas trabajadoras. En materia de PRL, además, se estableció un Procedimiento de Actuación para los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales frente a la exposición al SARS-Cov-2 que vinculaba tanto a las empresas como a los servicios de prevención ajenos lo que suponía la evaluación del riesgo específico de exposición a la COVID-19 de las personas trabajadoras y, además, establecer acciones encaminadas a unas eficientes medidas preventivas y de protección acompañadas de información y formación a las personas trabajadoras de cuestiones tan novedosas.

Teniendo todas estas cuestiones claras se debe diferenciar, además, entre aquellas profesiones en las que el riesgo de exposición de los profesionales era imposible de eliminar —pensemos en personal sanitario, policía, ejército, empleados de supermercados, etcétera— y aquellas otras en las que era posible alejar a las personas trabajadoras del foco de la pandemia —un trabajo de carácter administrativo, por ejemplo— a los que la ley proveyó de la posibilidad de implantar el teletrabajo, opción que era sugerida siempre que fuese posible.

Según el criterio operativo 102/2020 de la Inspección de Trabajo este órgano debe ejercer funciones inspectoras dirigidas a prevenir la infección de las personas trabajadoras por COVID-19 si bien con criterios distintos atendiendo

al tipo de actividad que se desarrolle en la empresa de modo que aquellas en las que se lleven a cabo actividades en las que la infección por agentes biológicos sea factible con carácter general independiente de la existencia de COVID-19 la Inspección de Trabajo únicamente se encargará de vigilar que se cumplan las medidas exigidas legalmente para ese tipo de empresas; en referencia al resto —empresas en las que la aparición de la COVID-19 conlleva un nuevo riesgo por su tipo de actividad—, y a las que, por tanto, no es de aplicación el Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo, el criterio que ha mantenido la Inspección de Trabajo es la de verificar el cumplimiento de las obligaciones generales en materia de PRL y las excepcionales dictadas por las autoridades sanitarias; en caso de que se incumpla con las primeras se actuará como se haría de manera general mientras que si es el caso de incumplimiento de las segundas se requerirá el cumplimiento de las normas establecidas y, de lo contrario, podría suponer el cierre de la empresa a tenor del artículo 54.2<sup>28</sup> de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública.

Las normas dictadas a partir del mes de marzo de 2020 con carácter urgente introdujeron numerosas novedades que se adaptaban a la situación, entre ellas las desarrolladas a través del Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública. Se estableció, además, que las prestaciones por Incapacidad Temporal que se declarasen a consecuencia de la COVID-19 se consideraría situación asimilada a accidente de trabajo en los periodos de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras —no tratándose como contingencia común que es lo que hubiese ocurrido con carácter general y en condiciones de normalidad sanitaria—.

#### 4.3.3. *Ius resistantiae y riesgo grave e inminente ante la covid-19*

El Ministerio de Trabajo y Economía Social hizo mención expresa a la situación de la COVID-19 y la aplicación del Riesgo grave e inminente en su «Guía para la actuación en el ámbito laboral en relación al nuevo coronavirus». En este sentido la Inspección de Trabajo y Seguridad Social reconoció la situación de excepcionalidad que la pandemia estaba generando en la sociedad estableciendo, no obstante, que la interpretación que debía hacerse sobre el riesgo grave e inminente debía ser restrictiva. Siendo conscientes del riesgo que suponía la pandemia y el contagio masivo, pero entendiendo que *«la mera suposición o la alarma social generada no son suficientes para entender cumplidos los requisitos de norma, debiendo realizarse una valoración carente de apreciaciones subjetivas, que tenga exclusivamente en cuenta hechos fehacientes que lleven a entender que la*

---

<sup>28</sup> «El cierre preventivo de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias», «la suspensión del ejercicio de actividades».

*continuación de la actividad laboral supone la elevación del riesgo de contagio para las personas trabajadoras»; no obstante, la situación generada por la COVID-19 supone una situación generalizada y continuada de riesgo grave e inminente al existir una posibilidad alta de contagio en la prestación de servicios —como se ha ido viendo a lo largo de estos últimos meses— y que dichos contagios, obviamente, pueden suponer un daño grave para la salud de las personas trabajadoras y, en ocasiones, incluso la muerte.*

Numerosas fueron las consultas que llegaron hasta la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social en relación a la paralización de las actividades por riesgo grave e inminente a causa de la COVID-19 por lo que informó, a través de un comunicado que, con carácter general el riesgo de contagio por COVID-19 no derivaba directamente del propio trabajo ni de la naturaleza de las empresas por lo que no podía ser considerado un riesgo laboral y, por tanto, no le era de aplicación la paralización de los trabajos por riesgo grave e inminente. El mecanismo de protección, en este caso, fue la declaración del Estado de Alarma y el confinamiento de la población de manera masiva y estableciendo el teletrabajo siempre que este fuera posible —cuestión que resultó algo compleja en determinadas empresas debido a la no preparación a nivel técnico de las mismas—.

Legalmente, a través del artículo 10.1 del Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, se estableció la suspensión de las actividades de cualquier establecimiento que pudiese suponer un riesgo de contagio debido a las condiciones en las que se estuviese desarrollando la actividad de modo que, en el caso de que así fuese, no era necesario aplicar la paralización de los trabajos por riesgo grave e inminente recogida en la LPRL. Un brote de contagio en un laboratorio biológico hubiese supuesto la aplicación de este precepto legal si bien en el caso de la COVID-19 obligó a mantener la actividad en sectores esenciales —que iban cambiando a lo largo de las semanas con la aprobación de las normas que rigieron el Estado de Alarma—. Sumemos, además, la escasez de mascarillas suficientes para toda la población.

Queda claro que la situación acaecida tras la aparición de la pandemia causada por la COVID-19 es un escenario excepcional y que, como tal y con carácter general, no cabría la paralización de la actividad por riesgo grave e inminente y, por ende, la aplicación del *ius resistendae*. Estas dos figuras jurídicas únicamente podrían aplicarse en caso de incumplimiento de las medidas de protección establecidas, con carácter general, para las personas trabajadoras. El concepto es claro, pero la situación anómala.

#### 4.3.4. *Respuesta judicial en materia de exposición a la covid-19*

Durante estos meses no ha faltado el planteamiento de acciones judiciales, especialmente colectivas iniciadas por las diferentes centrales sindicales, dirigi-

das a recabar la tutela judicial frente la escasez de medios y el sistemático incumplimiento por parte de las empleadoras, públicas o privadas, en su obligación de seguridad. En síntesis, se puede decir que la estrategia judicial seguida ha sido, *prima facie*, la solicitud de medidas cautelares dada la urgencia de la situación creada y la transcendencia de los bienes jurídicos afectados. Por su propia naturaleza, las medidas cautelares tienen por objeto preservar la tutela judicial y garantizar su eficacia bajo la lógica de que, de no adoptarse la medida cautelar, la futura resolución judicial que se dicte, eventualmente estimatoria, resulte ineficaz.

Esta estrategia judicial, por otro lado, es lógica, toda vez que la Disposición Adicional Segunda del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, previó la interrupción de los plazos procesales para todos los órdenes jurisdiccionales, reanudándose nuevamente el plazo en el momento en que pierda vigencia el real decreto o sus prórrogas. La única excepción a dicha interrupción en el ámbito de la jurisdicción social han sido los procesos y recursos que se consideren inaplazables en materia de conflictos colectivos, tutela de derechos fundamentales, despidos colectivos, expedientes de regulación temporal de empleo, medidas cautelares y procesos de ejecución que dimanen de la aplicación del estado de alarma.

Pues bien, toda esta acción judicial desarrollada durante los meses de vigencia del Estado de Alarma, ha sido la siguiente:

#### A) *Medidas cautelares*

A través de este mecanismo, con carácter general, se ha venido a solicitar de los órganos jurisdiccionales que con carácter inmediato se provean al personal y en todos los centros de trabajo los equipos de protección necesarios: gafas de protección, pantallas, viseras, etc.; mascarillas FPP2 y FPP3; batas, mandiles, y otra ropa de protección total del cuerpo; guantes de seguridad; mamparas de seguridad; etc.; así como la práctica de las pruebas necesarias para la detección del contagio.

Los argumentos esgrimidos, en esencia, han sido la existencia del riesgo grave e inminente de contagio del personal como consecuencia de tener que verse obligados a la prestación de los servicios sin las medidas de prevención y/o protecciones adecuadas o en número insuficiente.

Los argumentos empleados por los diferentes Juzgados y Tribunales para desestimar o para estimar, total o parcialmente, las medidas solicitadas han sido los siguientes:

### a) RESOLUCIONES DESESTIMATORIAS<sup>29</sup>

El principal argumento desestimatorio es que las medidas cautelares nada aportarían en este escenario de escasez, porque el Ministerio de Sanidad ya ha dispuesto la entrega de equipos y el cumplimiento de la normativa preventiva, y no cesa en sus actuaciones para intentar conseguir los medios necesarios y hacer efectiva dicha entrega.

En este sentido, el auto de 20 de marzo de 2020 del Juzgado de lo Social núm. 1 de Albacete, señala que: «es indudable, así, que el Ministerio solicitado reconoce la necesidad de dotar los medios y ha dispuesto que los mismos sean facilitados en el ámbito de la Administración de Justicia. Por ello debe entenderse que la existencia de un pronunciamiento judicial cautelar nada añade, en la práctica, a la existencia misma de tal resolución y a la determinación por parte del Ministerio de proporcionar los referidos medios —que le ha llevado incluso a incorporarlo en el texto de la resolución de 14 de marzo—. Es notorio que la excepcional situación actual puede hacer dificultoso el cumplimiento inmediato de algunas de las determinaciones de los poderes públicos, sobre todo en un supuesto como el analizado en que parece que se habría sufrido episodios de escasez de equipos como los solicitados incluso en el ámbito sanitario. Así las cosas, y habiéndose resuelto por el propio Ministerio demandado la puesta a disposición del personal al servicio de la Administración de Justicia de los referidos equipos, y a la vista de las excepcionales circunstancias en que nos encontramos, no cabe considerar que el dictado de un pronunciamiento cautelarísimo, como el que se interesa, pudiera determinar la atención material de la petición planteada con una mayor rapidez de la que se obtendrá por el desenvolvimiento ordinario de la actividad administrativa, sin perjuicio, no cabe duda, de que corresponde a la Administración la adecuada ejecución de sus actos con la mayor diligencia y rapidez posible, sobre todo en la materia a que se refiere la solicitud, habida cuenta que impone a los afectados la continuidad en la prestación del servicio».

Igualmente, y pronunciándose en sentido análogo cabe traer a colación el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección cuarta, de 25 de marzo de 2020<sup>30</sup>, que señala: «—...— La Sala es consciente de la emergencia en que nos encontramos y también de la labor decisiva que para afrontarla están realizando especialmente los profesionales sanitarios. Tampoco desconoce que deben contar con todos los medios necesarios para que la debida

---

<sup>29</sup> ATS, de 25 marzo 2020 (RJ\2020\919); ATS, de 31 marzo 2020 (RJ\2020\920); AAN, de 6 abril de 2020 (JUR\2020\140321); AJS núm. 8 de Santa Cruz de Tenerife, de 23 marzo de 2020 (AS\2020\1394); ATSJ de Castilla y León, Valladolid, de 13 abril 2020 (AS\2020\1417); ATSJ de Murcia, de 13 abril de 2020 (AS\2020\1460); ATSJ de País Vasco, de 23 abril 2020 (AS\2020\1583); etc.

<sup>30</sup> ATS, de 25 marzo 2020 (RJ\2020\919).



atención a los pacientes que están prestando de forma abnegada no ponga en riesgo su propia salud, ni la de las personas con las que mantengan contacto. Y coincide en que se han de hacer cuantos esfuerzos sean posibles para que cuenten con ellos. Sucede, sin embargo, que no consta ninguna actuación contraria a esa exigencia evidente y sí son notorias las manifestaciones de los responsables públicos insistiendo en que se están desplegando toda suerte de iniciativas para satisfacerla. En estas circunstancias, como hemos dicho, no hay fundamento que justifique la adopción de las medidas provisionálsimas indicadas —...—».

En algunos casos ni siquiera se considera viable la estimación parcial de las medidas cautelares solicitadas, tal y como indica la Audiencia Nacional en su Auto 20/2020, de 6 de abril<sup>31</sup>, «ordenando la entrega de equipo y el cumplimiento de las normas preventivas en cuanto fuera posible, porque semejante pronunciamiento diferiría su efectividad al futuro, careciendo de la urgencia e inmediatez inherente a la adopción de medidas cautelares».

Especial mención merece el Auto de 23 de marzo de 2020 dictado por el Juzgado de lo Social de Santa Cruz de Tenerife<sup>32</sup> que, tras desestimar la solicitud de medidas cautelares de entrega de EPIs, dada la imposibilidad material de su cumplimiento en las situaciones actuales, se plantea la cuestión de si procede la exoneración de la prestación de servicios a todas las personas que llevan a cabo el servicio de ayuda a domicilio. En este sentido tras la ponderación de los bienes en juego acuerda la denegación «teniendo en cuenta un plano constitucional de los derechos en juego, sino también viendo que el Ministerio competente ha sido claro y contundente a la hora de afirmar que en ningún caso deben interrumpirse las prestaciones domiciliarias que garanticen la cobertura de necesidades básicas esenciales: aseo, higiene personal y del entorno próximo, vestido, tratamientos y prestaciones farmacéuticas, de alimentación y de sueño. La interrupción de estos servicios —interrupción que tendría lugar si se estimara la medida cautelar subsidiaria deducida por UGT— conllevaría la exposición de muchos usuarios del servicio de atención a domicilio al riesgo de fallecer por inanición, falta de limpieza o ausencia de administración de medicamentos».

#### b) RESOLUCIONES ESTIMATORIAS<sup>33</sup>

Por su parte, el sentido favorable, total o parcial, de las solicitudes de medidas cautelares lo ha sido por entender que se reúnen los dos requisitos que debe

<sup>31</sup> AAN, de 6 de abril de 2020 (JUR\2020\140321)

<sup>32</sup> AJS núm. 8 de Santa Cruz de Tenerife, de 23 de marzo de 2020 (AS\2020\1394)

<sup>33</sup> AJS núm. 1 de Ávila, de 7 de abril 2020 (AS\2020\1420); AJS núm. 2 de Badajoz, de 2 de abril de 2020 (AS\2020\1297); AJS núm. 13 de Madrid, de 25 marzo 2020 (AS\2020\1582); AJS núm 41 de Madrid, de 2 de abril de 2020 (AS\2020\1470); AJS núm. 4 de Orense, de 3 de abril 2020 (AS\2020\1265); AJS núm. 2 de Salamanca, de 30 marzo de 2020 (JUR\2020\103676); AJS

concurrir: de un lado, la apariencia de buen derecho se entiende cumplida por la propia notoriedad de la situación extraordinaria y excepcional que el conjunto de la sociedad española, en general por la extensión por contagio de la pandemia del coronavirus COVID-19, lo que debe ser puesto en relación con la obligación del empresario y administración empleadora de adoptar las medidas que sean necesarias para la protección de los trabajadores que prestan servicios, a fin de evitar los contagios.

En cuanto al segundo requisito, la mora procesal, el mismo se hace patente, en tanto en cuanto es notorio que el personal del ámbito de la salud especialmente, y también otros colectivos esenciales para la comunidad o no, están prestando servicios con exposición al riesgo de contagio, lo que requiere del hecho de adoptar medidas que eviten precisamente el contagio y el daño a su integridad física, y a su salud en general. Es en este ámbito donde la adopción de las medidas cautelares y fundadas en la norma antedicha de prevención de riesgos laborales, cumple con su objetivo. Pues de no adoptarlas se corre el peligro de que se incumpla con el deber de protección que impone al empresario la norma, y con ello se crea una situación que impide la efectividad de la tutela que impone al trabajador en materia de seguridad la normativa específica de prevención de riesgos laborales, considerando la situación de riesgo grave e inminente que es generada por la situación epidémica y la ausencia de medios de protección.

### B) *Acciones declarativas de derechos: conflictos colectivos*

La recopilación de resoluciones judiciales llevada a cabo en el presente principalmente comprenden los autos que resuelven los incidentes de medidas cautelares y las sentencias dictadas en los procedimientos de conflictos colectivos. Y eso es así porque todas ellas se refieren a las acciones interpuestas durante los primeros meses de la pandemia, coincidentes con el Estado de Alarma. Como ya se ha dicho, el Estado de Alarma supuso la interrupción de los plazos procesales, a excepción de los procedimientos urgentes de medidas cautelares y aquellos de conflicto colectivo o en los que se recababa la tutela de los derechos fundamentales. Lógicamente ni se puede descartar ni se descarta que se hayan interpuesto otro tipo de procedimientos, pero, o bien se les está dando en la actualidad la tramitación procesal correspondiente, o bien son procedimientos cuyas resoluciones no son públicas.

---

núm. 1 de Soria, de 8 abril 2020 (AS\2020\1423); AJS núm. 5 de Valladolid, de 27 marzo 2020 (JUR\2020\133666); ATSJ de Cataluña, de 5 abril de 2020 (AS\2020\1292); ATSJ de Madrid, de 1 abril 2020 (JUR\2020\157922); ATSJ de País Vasco, de 3 abril 2020 (AS\2020\1418); ATSJ de País Vasco, de 17 abril de 2020 (AS\2020\1274); etc.

Dicho lo cual, cabe destacar la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social único de Teruel<sup>34</sup>, estima la demanda presentada por el sindicato FASAMET contra la Diputación General de Aragón —DGA—, Servicio Aragonés de Salud —SAS— y el Instituto Aragonés de Servicios Sociales —IASS— y tras analizar la vulneración del derecho fundamental a la integridad física por cuanto que, por un lado la declaración del Estado de Alarma no permite excepcionar ningún derecho fundamental y, por otro lado, afirma que la lesión de este tipo de derechos se produce no solo con su afectación sino también por la puesta en peligro que supone la prestación de los servicios sanitarios sin las medidas de protección o con equipos de protección inadecuados e insuficientes. Como afirma la sentencia «resulta razonable y lógico que debido al contacto estrecho que existe en el ámbito sanitario —principalmente en centros hospitalarios, de Atención primaria o asistenciales—, entre los pacientes contagiados por COVID-19 y el personal sanitario que debe de atenderlos, exista un mayor riesgo de contagio que en otros círculos profesionales, en lo que se permite un mayor distanciamiento. Si a ello añadimos la precariedad de los EPIS proporcionados a los sanitarios, nos lleva irremediamente a la afirmación de que la falta de EPIS adecuados y suficientes ha favorecido el riesgo de contagio por agente biológico COVID-19 de los profesionales sanitarios. Los datos anteriores, esto es, número de contagios por COVID-19, mayor afectación de profesionales sanitarios y falta de EPIS, nos permite concluir que los sanitarios en el desarrollo de su trabajo se encuentran en peligro para la salud».

Por todo lo anterior, la sentencia considera acreditada la puesta en peligro grave de la salud, integridad física, e incluso la vida, del personal y la lesión del derecho a la protección a la salud e integridad física —en el caso de los hospitalizados y sintomáticos—, se considera vulnerado el derecho fundamental a la integridad física del art. 15 de la CE, por lo que estimando la demanda condena a estas administraciones públicas a proporcionar los equipos adecuados de protección individual —EPIs— a los —empleados públicos— sanitarios del grupo de clasificación A, en todos los centros sanitarios, unidades sanitarias, centros socio-sanitarios o sociales, públicos, concertados y privados intervenidos, dirigidos o coordinados, de la provincia de Teruel y especifica que estos equipos deben ser los adecuados ante los riesgos de exposición al agente biológico virus SARS-CoV-2 y ante el riesgo de contagio o infección que pueda llevar a desarrollar la enfermedad COVID-19.

Resulta interesante la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º 3 de Ourense<sup>35</sup> que resuelve el conflicto colectivo planteado por los técnicos de un servicio de transporte sanitario en el que se pide la condena a la empresa por vulneración del derecho fundamental a la vida y a la integridad física por no

---

<sup>34</sup> SJS de Teruel (Comunidad Autónoma de Aragón), de 3 junio (AS\2020\1670).

<sup>35</sup> JS de Orense (Comunidad Autónoma de Galicia) Sentencia de 22 mayo 2020 JUR\2020\155025.

ofrecer a la plantilla «test de detección de doble banda». La sentencia desestima la demanda por entender que no ha habido ninguna lesión por la no realizar los test de doble banda, «al no existir ningún tipo de normativa que imponga a las empresas el realizarlos, siendo la única obligación de las empresas suministrar los equipos de protección individual suficientes para evitar cualquier tipo de contagio, y en este caso no ha sido cuestionado». La sentencia considera que «los test han de reservarse por tanto a quienes presentan síntomas para, aquí sí, adoptar la evidente prevención de apartar a la persona contagiada del servicio, prevención en relación con el resto de los trabajadores y no con la propia persona contagiada. Los TEST tienen más finalidad de gestión de la pandemia y diagnóstico de los afectados para procurar su tratamiento y establecer medidas anti propagación, que de protección». Por todo cuanto antecede, desestima la demanda.

## 5. Conclusiones

Las notas distintivas de la relación laboral, frente a otras relaciones jurídicas a través de las cuales se puede articular cualquier prestación de servicios, son la subordinación y dependencia. Del conjunto de elementos que configuran el contrato de trabajo, estas dos son las auténticamente genuinas del derecho del trabajo sin las cuales nunca podría existir una relación laboral. La empresa y sus titulares están investidos de ese poder de dirección derivado del carácter dependiente y subordinado de la relación laboral y comprende aquella facultad de modular el cómo, cuánto y cuándo debe llevarse a cabo esa prestación de trabajo, así como la facultad de corregir su desviación.

La principal justificación de estas facultades está en el contrato de trabajo que, como contrato sinalagmático, el poder directivo naturalmente se ejerce sobre la parte trabajadora, deudora de obediencia, quien deberá acatar todas aquellas órdenes e instrucciones que provengan del titular legítimo de la empresa o persona en quien este delegue; y cuyo incumplimiento tendrá la consideración jurídica de indisciplina.

Ni el poder de dirección es omnímodo ni el deber de obediencia es incondicionado. La empresa es acreedora de la obediencia de las personas que tiene bajo su organización cuando el poder de dirección se ejerce de forma legítima por razón de que la persona que emita las órdenes esté investida de las facultades de mando pertinentes; y que la orden sea legal. *A sensu contrario*, toda orden ilegítima, ilegal y muy especialmente cuando la ilegalidad concierne al ámbito de la dignidad y demás derechos fundamentales de las personas; o la orden sea pretendida con transgresión a la buena fe contractual, que debe guiar en todo momento el devenir del contrato de trabajo, habilitaría a los destinatarios de la orden así viciada a desobedecerla o, simplemente, a no atenderla.

No toda ilegalidad o irregularidad habilitará al ejercicio legítimo de la desobediencia. Rige el principio de *solve et repete*, que parte del presupuesto de una presunción contractual (no legal) de legitimidad de la orden empresarial. De conformidad con este principio, el destinatario de la orden empresarial deberá cumplir primero y reclamar después. El principio *solve et repete* tiene un doble efecto en sentido contrario: el primero es el de ampliar la esfera jurídica del poder de dirección de la empresa, cuyos mandatos concretos nacen investidos de una suerte de presunción de legitimidad y legalidad, que solo podrán ser enjuiciados *a posteriori*. Este planteamiento puede dar lugar y, en la práctica, da lugar con demasiada frecuencia al acatamiento inicial de una orden ilegal o abusiva con los consiguientes daños, a veces irreparables. El segundo efecto, es el debilitamiento de la posición jurídica de la persona trabajadora, que se ve impelida a acatar una orden a riesgo de sufrir las consecuencias de que posteriormente un órgano jurisdiccional convalide la decisión empresarial o simplemente no comparta los motivos que eventualmente le llevaron para no acatarla. Efectivamente, el ejercicio legítimo a la desobediencia requiere del destinatario de la orden de una labor de identificación e interpretación de las circunstancias que tendrían que justificar la desobediencia. Este juicio ponderativo no está exento de conflictividad lo que da lugar a una esfera de inseguridad jurídica cuyas consecuencias negativas pueden ser muy graves.

El derecho de resistencia está reservado como reacción frente a aquellas situaciones en que la empleadora actúe con manifiesta arbitrariedad y abuso de derecho, atente contra los derechos fundamentales y, entre ellos, la propia dignidad de la persona trabajadora, cuando la orden se refiera a un trabajo ajeno al contrato y no justificado por especiales circunstancias, o bien si la orden es claramente antijurídica o implica un peligro grave e inminente objetivo.

La persona trabajadora que interrumpa su actividad o desoiga una orden e instrucción cuyo cumplimiento pudiera ponerle en situación de riesgo grave e inminente para su integridad o salud, a todos los efectos debe considerarse legítima dicha desobediencia, aunque en su valoración subjetiva haya podido cometer errores de ponderación, tanto en lo que se refiere a la gravedad del riesgo o su inminencia; siempre y cuando no se acredite que haya actuado con manifiesta mala fe o con negligencia grave. Al efecto de la valoración de la gravedad del riesgo hay que ponderar no solo las circunstancias objetivas sino también las subjetivas de la persona, sus aptitudes psico-físicas y su formación.

Los principales problemas aplicativos del *ius resistentiae* son, por un lado, el de dotar de mayor seguridad jurídica para que su ejercicio responda a la finalidad de autotutela que lo justifica y que, de otro, se evite su utilización abusiva que venga a amparar conductas que transgredan la buena fe contractual o invoquen torticeramente esta institución con una mera finalidad incumplidora. Esta problemática podría reducirse mediante la protocolización de su ejercicio. Se ha

demostrado que en todo Estado Social y Democrático de Derecho la existencia de un procedimiento es consustancial para la efectividad del derecho y este procedimiento debe ser capaz de conciliar la sempiterna dialéctica entre la reivindicación individual de efectividad de los derechos como persona y la resistencia a su ejercicio. En este contexto, esta dialéctica viene presidida por la antagónica configuración de las relaciones de trabajo que, frente a una reivindicación garantista del trabajo, se erige y predomina una configuración flexible supeditada a la productividad, eficiencia y competitividad. Pues bien, mediante la configuración de un procedimiento que positivice y objetive los presupuestos del *ius resistentiae* y que de pie a la participación de aquellas otras personas distintas a la persona afectada de forma que permita cierto control ayudaría, sin ninguna duda, a reducir la inseguridad.

La siguiente cuestión controvertida son las consecuencias derivadas de un errático ejercicio del *ius resistentiae* o, incluso, en aquellos casos en que del cumplimiento de la orden pueda dar lugar al desarrollo del trabajo no exento de riesgo y no necesariamente a la exposición a una situación límite. Habida cuenta de los bienes en juego —la integridad y salud de las personas de un lado y la continuidad de la actividad productiva de otro— debe garantizarse un nivel de protección elevado. Debe evitarse que de su ejercicio pueda derivarse cualquier acción de represalia por la empresa, por lo que se hace necesario que se objetive la nulidad de cualquier consecuencia negativa que sufra la persona y que tienda a neutralizar o disuadir de su ejercicio; y no meramente su improcedencia.

La pandemia derivada de la propagación a nivel mundial de la COVID-19 no solo ha desbordado la capacidad de repuesta de los diferentes Estados y de sus sistemas sanitarios; sino también ha puesto a prueba la eficacia de sus ordenamientos jurídicos. Nos hemos encontrado en una situación de verdadero colapso en el que materialmente no se ha podido disponer de los medios de protección adecuados. En estos casos, conforme a la previsión general del deber de protección debido, debería justificarse la paralización y/o interrupción de las actividades. Sin embargo, la realidad de las cosas es que la naturaleza de esencial para la comunidad de determinados servicios —sanidad, policía, asistencia domiciliaria, servicio de transporte de mercancías de primera necesidad, etcétera— ha exigido la continuidad del servicio, por orden de la Autoridad y por la propia naturaleza de los servicios prestados. Ante este panorama la cuestión que se plantea es si el *ius resistentiae* sigue vigente durante el Estado de Alarma y mientras perdure la situación pandémica.

El desarrollo del presente trabajo está orientado a responder la siguiente cuestión ¿está vigente el derecho de resistencia durante la situación de pandemia? Para poder responder a esta cuestión primero habrá que resolver la cuestión de si se puede entender que el riesgo de contagio por COVID-19 encajaría en la definición de riesgo grave e inminente, entendido este como «aquél que resulte

probable racionalmente que se materialice en un futuro inmediato y que pueda suponer un daño grave para la salud de los trabajadores». En principio durante una situación de pandemia, en que los índices de contagio se multiplicaron exponencialmente se puede pensar que sí que se da la nota de inminencia, al menos para los colectivos altamente expuestos, prestadores de servicios esenciales. En cuanto a la gravedad, dada la virulencia y las graves afecciones respiratorias que son susceptibles de ser provocadas por la COVID-19 que pueden desencadenar la muerte de la persona, como se ha demostrado; también sería predicable la nota de gravedad, al menos, desde un punto de vista de daño potencial.

Se ha tratado en todo momento de ponderar la idoneidad y, en su caso, detectar las carencias estructurales de esta institución en orden a erigirse en una técnica adecuada, conforme a los requerimientos jurídico-constitucionales garantistas, para la tutela efectiva de los derechos de las personas trabajadoras que se vean afectados por el incumplimiento empresarial en materia de seguridad y salud, que es el presupuesto de su activación; así como de analizar las propuestas que puedan mejorar los problemas aplicativos a los que se enfrenta en esa misma lógica garantista.

La investigación se ha abordado partiendo del marco normativo existente y, ante la ausencia de un origen legal del *ius resistentiae*, se ha analizado la construcción dogmática tradicional de la institución y la jurisprudencia que la ha ido configurando y perfilando a lo largo del tiempo, a propósito de resistencias concretas. Identificadas y analizadas las principales dificultades del ejercicio con garantía del *ius resistentiae* tanto frente a posibles represalias o perjuicios, visto desde la óptica de la persona trabajadora; como frente a posibles abusos, visto de la óptica de la parte empresarial. Establecido, de este modo, el marco normativo, doctrinal y jurisprudencial del derecho de resistencia se ha procedido a analizar su vigencia y aplicabilidad durante la pandemia, especialmente durante los primeros meses vividos, ante la ausencia medios de protección, los elevados índices de exposición de determinados colectivos, la incontrolada propagación del virus, las elevadas probabilidades de contagio y la potencial gravedad de las patologías por el provocadas.

Pues bien, a la vista de todo cuanto antecede procede efectuar las últimas consideraciones que sistematicen las ideas principales que nos sirvan de colofón de esta investigación, llevando a cabo una valoración crítica, remarcando, ante las principales carencias detectadas, la propuesta de *lege ferenda* que permitan avanzar en la eficacia del derecho de resistencia.

En aquellos supuestos en que se pueda considerar que el riesgo de contagio es grave e inminente, ¿la ausencia de medidas de protección habilitaría a la persona a negarse a trabajar?. La respuesta debe ser necesariamente afirmativa en todos los casos en que los recursos de protección no sean limitados y estén disponibles, así como en todos los casos en que la actividad no sea esencial para la comunidad en que bien podría acordarse la paralización de la actividad sin poner en juego in-

tereses colectivos. *A sensu contrario*, en aquellas situaciones pandémicas como la vivida durante los primeros meses del Estado de Alarma en que existía una imposibilidad material de adquirir medios de protección por falta de suministros generalizada, tanto empresas como Administraciones prestadoras de los servicios esenciales para la comunidad cuya continuidad era obligatoria y debía garantizarse para la salvaguarda de la sociedad en general; jurídicamente no se puede hablar de un incumplimiento del deber de protección, dado que toda obligación debe partir de una posibilidad jurídica y material de su cumplimiento. En consecuencia, en estos casos la imposibilidad material de provisión de medios de protección unida a la obligación pública garantizar la continuidad del servicio esencial desbordaría los perfiles contractuales propios del *ius resistentiae*.

## 6. Bibliografía

- ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia (1997). *El derecho del trabajo* (U. Complutense).
- ÁLVAREZ GIMENO, Rafael (2011). El cese anticipado de la prestación de servicios en los procesos extintivos derivados del art. 50 LET: Una autotutela limitada. *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, 4(3), 165-183.
- BRAVO FERRER DELGADO, Miguel y RODRÍGUEZ PIÑEIRO Y BRAVO-FERRER, Miguel. (2004). Derecho a la intimidad del trabajador y contrato de trabajo. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 3, 1824-1830.
- CARMONA POZAS, Francisco. (1992). *Estudios sobre el despido disciplinario*. Asociación de Cajas de Ahorros para Relaciones Laborales, ACARL. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=700743>
- DÍAZ MOLINER, Rafael (2007). *Guía práctica para la prevención de riesgos laborales*. Lex Nova.
- FABREGAT MONFORT, Gemma (2003). La posición del trabajador ante las órdenes empresariales ¿ius resistentiae solve et repete? *Revista de treball, economia i societat*, 27, 23-33.
- FUERTES, Juan y URRUTIA SAGARDÍA, Eneko (2020). Incidencia del coronavirus en el ámbito laboral y medidas del Real Decreto-ley 7/2020 y el Real Decreto 463/2020. *Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra)*.
- GARCÍA BLASCO, Juan y GÓNZALEZ LABRADA, Manuel (1996). El derecho del trabajador a interrumpir su actividad y abandonar el lugar de trabajo en situaciones de riesgo grave e inminente. *Aranzadi social*, (1), 2771-2786.
- GARCÍA NINET, Jose Ignacio. (1979). El deber de obediencia en el contrato de trabajo (Notas para un estudio). *Revista de derecho privado*, 63(9 (OCT)), 859-919.
- GARRIGUES GIMÉNEZ, Amparo (2000). Obediencia debida y desobedecida del trabajador: Su tratamiento en la última jurisprudencia. *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, 120, 39-54.
- GIL, Jose Luis (1994). *Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa*. Ministerio de Justicia.
- GOERLICH PESET, Jose María, GARCÍA ORTEGA, Jesús y ALFONSO MELLADO, Carlos Luis (2019). *Derecho del trabajo*. Tirant lo Blanch.



- GORELI HERNÁNDEZ, Juan (1996). Obligaciones y responsabilidades del trabajador en materia de seguridad e higiene en el trabajo. *La prevención de riesgos laborales: aspectos clave de la Ley 31/1995*, 1996, ISBN 84-8193-454-2, págs. 189-254, 189-254.
- GORELI HERNÁNDEZ, Juan (1998). Deber de obediencia y despido por desobediencia. *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, 87, 73-109.
- GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, Beatriz y CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (España). (1999). *El deber de seguridad y salud en el trabajo: un estudio sobre su naturaleza jurídica*. Consejo Económico y Social.
- INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO (INSS). (2020). *Prevención de riesgos laborales vs. COVID-19—Compendio no exhaustivo de fuentes de información*. Recuperado de <https://www.insst.es/documents/94886/693030/Prevenci%C3%B3n+de+riesgos+laborales+vs.+COVID-19+-+Compendio+no+exhaustivo+de+fuentes+de+informaci%C3%B3n/4098124f-5324-43a6-8881-0bbd4e358de7>
- MANRIQUE EGEA, Cos (2012). El «derecho de resistencia» del trabajador por motivos de seguridad y salud en el trabajo. *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios casos prácticos: recursos humanos*, 355, 85-114.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo (1965): El poder de dirección del empresario. Instituto de Estudios Políticos.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo (2000). El poder de dirección del empresario (art. 20). *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, 100, 575-596.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo (2004). El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 48, 135-145.
- MORATO GARCÍA, Rosa María (2009). *Derecho de resistencia y ejercicio irregular del poder de dirección: especial referencia a la autotutela individual en situaciones de riesgo grave e inminente* (Doctoral dissertation, Universidad de Salamanca).
- MORENO DE TORO, Carmen; RODRÍGUEZ CRESPO, María José (2009) Ejercicio y límites del *ius variandi* del empresario. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, no 98, p. 201-211.
- PALOMAQUE LÓPEZ, Manuel Carlos (1992). La indisciplina o desobediencia en el trabajo. *Estudios sobre el despido disciplinario*, 1992, ISBN 84-606-0645-7, págs. 141-160. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6182684>
- PÉREZ DEL RÍO, María Teresa (1986). La regularidad del ejercicio del poder empresarial y la obediencia debida: Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1986. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 8, 97-120.
- POQUET CATALÁ, Raquel (2007). La responsabilidad de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales.
- POQUET CATALÁ, Raquel (2014). El límite de la desobediencia a las órdenes del empresario.
- RODRÍGUEZ PIÑEIRO Y BRAVO-FERRER, Miguel (2005). Poder de dirección y derecho contractual. *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 2, 111-138.
- ROMAN DE LA TORRE, María Dolores. *Poder de dirección y contrato de trabajo*. Grapheus, 1992.
- RAMOS QUINTANA, Margarita Isabel (2002). *La garantía de los derechos de los trabajadores: (Inderogabilidad indisponibilidad)*. Editorial Lex Nova.
- ROMÁN DE LA TORRE, María Dolores (1992). *Poder de dirección y contrato de trabajo* (1.<sup>a</sup>). Ed. Grapheus.
- SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente (2001). *Derecho de la seguridad y salud en el trabajo* (3.<sup>a</sup> ed). Civitas.
- SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente (2013). *Comentarios al estatuto de los trabajadores*. Aranzadi.

# ESTUDIO DE LAS MEDIDAS SANCIONADORAS Y REPARADORAS DEL ABUSO EN LA CONTRATACIÓN TEMPORAL EN EL EMPLEO PÚBLICO CONTEMPLADAS EN LA LEY 20/2021 Y EN EL REAL DECRETO-LEY 32/2021, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA FIGURA DEL PERSONAL INDEFINIDO NO FIJO

*Study of the sanctioning and remedial measures for the abuse of temporary labour contracts in public employment contemplated in Law 20/2021 and in Royal Decree-Law 32/2021, with particular reference to non-permanent indefinite-term staff*

EDURNE TERRADILLOS ORMAETXEA\*

Profesora Titular de la Universidad del País Vasco, España

## RESUMEN

El trabajo analiza las distintas clases de respuestas jurídicas deparadas por el ordenamiento jurídico actual (Ley 20/2021 y Real Decreto-Ley 32/2021) al abuso e incumplimiento de la regulación jurídica sobre contratación temporal laboral en el empleo público acaecida en el pasado reciente.

La figura del personal indefinido no fijo (INF), figura creada por la jurisprudencia laboral, ha sido la sanción jurídica más eficaz contra el abuso desde los inicios de los incumplimientos públicos y abusos cometidos por la Administración en la contratación pública. Sin embargo, en el primer apartado de este trabajo se demostrará que tras un resurgimiento del INF logrado merced de un importante pronunciamiento del TJUE, que parecía alinearse con esta figura, las dos normas jurídicas aprobadas a finales de 2021 han acabado con esa medida.

Los otros focos de este estudio se dirigen a analizar las vías legales de estabilización del empleo temporal, señaladamente, los procedimientos de concurso-oposición, y el excepcional del concurso de méritos. Se recurrirá para ello a una comparación en línea con el Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada (Directiva 1999/70/CE), que ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Los aciertos y posibles desaciertos de la nueva regulación jurídica sobre el empleo público laboral temporal serán también señalados.

Palabras clave: contratación temporal pública, abuso, estabilización, indemnización, fijeza.

## ABSTRACT

This paper analyses the different types of legal responses provided by the current legal system (Law 20/2021 and Royal Decree-Law 32/2021) to the abuse and non-compliance with the legal regulations on temporary employment contracts in public employment that have occurred in the recent past.

The figure of indefinite non-fixed-term personnel (INF), a figure created by labour jurisprudence, has been the most effective legal sanction against abuse since the beginning of public non-compliance and abuses committed by the Ad-

*ministration in public procurement. However, in the first section of this paper it will be shown that after a resurgence of the INF achieved thanks to an important pronouncement of the CJEU, which seemed to be aligned with this figure, the two legal rules approved at the end of 2021 have put an end to this figure.*

*The other focuses of this study are aimed at analysing the legal means of stabilising temporary employment, in particular the competitive examination procedures and the exceptional merit-based competition. A comparison will be made with the Framework Agreement on fixed-term work (Directive 1999/70/EC), which has been interpreted by the Court of Justice of the European Union (CJEU). The strengths and possible weaknesses of the new legal regulation on temporary public employment will also be pointed out.*

*Keywords: public temporary recruitment, abuse, stabilisation, indemnification, fixed, term employment, fixedness.*

## LABURPENA

Eguno ordenamendu juridikoak (20/2021 Legea eta 32/2021 Errege Lege Dekretua) iragan hurbi-lean enplegu publikoan aldi baterako lan-kontratazioari buruz egindako erregulazio juridikoaren abusuari eta ez-betetzeari emandako erantzun juridiko motak aztertzen ditu lanak.

Langile mugagabe ez-finkoen figura (INF), lan-jurisprudentziak sortua, gehiegikeriaren aurkako zehapen juridiko eraginkorra izan da Administrazioak kontratazio publikoan egindako ez-betetze publikoen eta abusuen hasieratik. Hala ere, lan honen lehen atalean frogatuko da EBJAren adierazpen garrantzitsu baten ondorioz INF berpiztu ondoren, irudi horrekin bat zetorrela baitzirudien, 2021aren amaieran onartutako bi arau juridikoez figura horrekin amaitu dutela.

Azterlan honen beste fokuak aldi baterako enplegua egonkortzeko legezko bideak aztertzea bideratuta daude, bereziki, oposizio-lehiaketako prozedurak eta merezimendu-lehiaketako salbuespenezko prozedurak. Horretarako, iraupen jakineko lanari buruzko esparru-akordioaren (1999/70/EE Zuzentaraua) arabera alderaketa egingo da, Europar Batasuneko Justizia Auzitegiak interpretatu baitu. Aldi baterako lan-arloko enplegu publikoari buruzko erregulazio juridiko berriak izan ditzakeen erantzun zuzenak eta akatsak ere adieraziko dira.

Hitz gakoak: Aldi baterako kontratazio publikoa, Abusua, Egonkortzea, Kalte-ordaina, Finkotasuna.

\* **Correspondencia a:** Edurne Terradillos Ormaetxea, P.<sup>o</sup> Manuel de Lardizábal, n.<sup>o</sup> 2 (Donostia-San Sebastián, España). — edurne.terradillos@ehu.eus — <https://orcid.org/0000-0003-4878-3983>

**Cómo citar:** Terradillos Ormaetxea, Edurne. (2022). «Estudio de las medidas sancionadoras y reparadoras del abuso en la contratación temporal en el empleo público contempladas en la Ley 20/2021 y en el Real Decreto-Ley 32/2021, con especial referencia a la figura del personal indefinido no fijo»; *Lan Harremanak*, 47, 98-140. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.23592>).

Recibido: 11 abril, 2022; aceptado: 30 mayo, 2022.

ISSN 1575-7048 — eISSN 2444-5819 / © 2022 UPV/EHU



Esta obra está bajo una licencia  
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

## 1. Introducción

La provisión del empleo público se rige en España por los criterios constitucionales del acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, basándose en los conocidos principios de mérito y capacidad que proclama el art. 123 de la Constitución. La defensa de esos principios contrasta enormemente con el hecho de que en enero de 2021, el 53,31% del total del empleo público correspondía a personal funcional de carrera, el 22,35% a personal laboral mientras que el resto de personal (interino, personal eventual y otro) suponía el 24,34%, según se desprende del último boletín estadístico del personal al servicio de las administraciones públicas que publica el Ministerio de Política Territorial y Función Pública<sup>1</sup>.

Como advierte Cavas Martínez (2021: 5), la política de provisión de efectivos en las Administraciones Públicas se ha exacerbado durante los años de la crisis económica al no disponer las Administraciones Públicas de recursos materiales ni posibilidad jurídica de convocar plazas estructurales o estables. Pero incluso antes de 2012, la cifra de personal funcionario interino, por ejemplo, era anómalamente alta, como lo demuestran las estadísticas. El inusitado incremento del empleo temporal en las Administraciones públicas, ha provocado que puestos de trabajos estructurales e imprescindibles para garantizar los servicios públicos esenciales hayan estado ocupados, de forma duradera, por personal temporal.

Este trabajo pretende responder a esta polémica que no parece haber cesado tras la aprobación de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público (en adelante, Ley 20/2021). En su Exposición de Motivos (apdo. III) la norma que entró en vigor el 30 de diciembre 2021 subraya que pretende objetivar las causas de cese del personal temporal e implantar un «régimen de responsabilidad que constituya un mecanismo proporcionado, eficaz y disuasorio de futuros incumplimientos que, además, permita clarificar cualquier vacío o duda interpretativa que la actual regulación haya podido generar». La influencia de la jurisprudencia europea en la elaboración de esta norma es evidente, convertida en urgente tras la decisiva STJUE n. C-726/19, de 3 junio 2021, que es explícitamente citada por la Exposición de Motivos de la Ley 20/2021.

En las páginas siguientes se analizará la respuesta jurídica deparada por dos recientes normas jurídicas que inciden en la temporalidad del empleo público, a la finalización de la relación laboral del personal laboral con la Administración. Se desea insistir en que este trabajo no se adentrará en la situación del perso-

---

<sup>1</sup> Datos del empleo público en una década (2007-2017) <https://www.expansion.com/economia/funcion-publica/2017/11/08/5a017e0622601d88478b4602.html>

nal funcionario interino, tampoco en el personal estatutario, dado que esa relación está más fuertemente sometida a los principios constitucionales de igualdad y servicio público; y por tanto a las peculiaridades del Derecho Público. Al final, se realizarán propuestas valorativas en torno a la respuesta dada por la Ley 20/2021 y por el RDL 32/2021<sup>2</sup> al abuso cometido por la Administración pública española respecto del personal indefinido no fijo, y del personal temporal que pueda cesar en esa relación antes de la realización de las ofertas públicas de empleo que exige convocar la Ley 20/2021, pero también la que esa nueva norma jurídica prevé para el personal laboral contratado a partir de su entrada en vigor. Para ello se recurrirá a una lectura en línea del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada (Directiva 1999/70/CE) con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE); referencias que servirán también para valorar la recientemente aprobada Ley 20/2021.

Al hilo de esa nueva Ley (20/2021) que incorpora cambios en el TREBEP, no puede descuidarse en esta Introducción que su Disposición Transitoria (DT) 2 dispone que las previsiones contenidas en el art. 1 de esta norma (que introduce una nueva redacción al art. 10 TREBEP, relativo a los «funcionarios interinos», y añade un nuevo apartado 3 al art. 11 del mismo texto legal, relativo a los procedimientos de selección del personal laboral) serán de aplicación «únicamente respecto del personal temporal nombrado o contratado con posterioridad a su entrada en vigor», esto es el 7 de julio de 2021 (Disp. Final 3). En la misma línea se sitúa la DA 17 TREBEP, que prevé distintas respuestas jurídicas a la superación de los plazos de temporalidad, realizando, siempre, una proyección «a futuro», respecto del personal contratado bajo esta nueva normativa jurídica<sup>3</sup>, y que obviamente deberá tener en cuenta la nueva normativa jurídica sobre contratación temporal aprobada tras la convalidación del RDL 32/2021.

En el trabajo se tendrán también presentes los dos procesos de consolidación del empleo temporal en el sector público, reparando en la polémica y finalmente aprobada Disposición Adicional (DA) 6 de la Ley 20/2021 que permite convocar un proceso excepcional de consolidación del empleo temporal para el personal que haya ocupado la misma plaza durante 5 años ininterrumpidos desde antes de 2016. En concreto, el texto del acuerdo político<sup>4</sup> alcanzado se ha consagrado en una nueva DA 6, titulada «Convocatoria excepcional de estabilización de empleo temporal de larga duración», en el sentido de que «Las Administra-

<sup>2</sup> Mediante la Resolución de 3 de febrero de 2022, el Congreso de los Diputados publica el Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.

<sup>3</sup> En efecto, de conformidad con la DT 2 de la Ley 20/2021, las previsiones contenidas en esta DA 17 serán de aplicación únicamente respecto del personal temporal nombrado o contratado con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley.

<sup>4</sup> <https://elpais.com/economia/2021-11-11/los-interinos-que-ocupen-la-misma-plaza-desde-antes-de-2016-podran-convertirse-en-fijos-sin-necesidad-de-opositar.html>

ciones públicas convocarán, con carácter excepcional y de acuerdo con lo previsto en el artículo 61.6 del TREBEP, por el sistema de concurso, aquellas plazas que, reuniendo los requisitos establecidos en el artículo 2.1, hubieran estado ocupadas con carácter temporal de forma ininterrumpida con anterioridad a 1 de enero de 2016». El carácter excepcional del proceso se manifiesta en el mandato de que «realizarán por una sola vez», remitiéndose su desarrollo a «la negociación en cada uno de los ámbitos territoriales de la Administración del Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales», respetándose, en todo caso, los plazos establecidos en esta norma».

En cualquier caso, este estudio comenzará con la aproximación a la figura del personal indefinido no fijo (PINF), creación judicial que ha perseguido armonizar, durante décadas, el derecho a la estabilidad en el empleo que merecen muchos empleados tras la constatación de ciertas irregularidades en el empleo público, con los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público (Cavas Martínez, 2021: 1)<sup>5</sup>. Para empezar, deberemos preguntarnos si en la Ley 20/2021 existe un reconocimiento, siquiera implícito, de esta figura que permita seguir recurriendo a ella, o por lo menos, en qué estado se encuentra esta figura en el ínterin hasta que se celebren los anunciados procesos de consolidación. En ese examen tendremos siempre la vista puesta en la doctrina del TJUE, dado que también se ha pronunciado sobre esta figura «made in Spain».

## 2. La declaración judicial de personal indefinido no fijo como sanción a las prácticas abusivas en la contratación temporal del empleo público y como garantía de los trabajadores

### 2.1. El tratamiento jurídico del trabajador indefinido no fijo antes de la Ley 20/2021

Es conocido que la relación del empleado «indefinido no fijo» es una figura creada por la jurisprudencia en la década de los 80 del siglo pasado (López Balaguer y Ramos Moragues, 2020), apoyándose en la presunción que obliga a con-

---

<sup>5</sup> Son varias las vías de reconocimiento de la condición de indefinido no fijo. De ahí, seguramente, el crecimiento exponencial de esta figura en los últimos años (particularmente crítico, Boltaina Bosch, 2018b: 146). Entre los supuestos que dan lugar al reconocimiento de personal laboral indefinido no fijo de plantilla se encuentran el encadenamiento de contratos temporales *ex* artículo 15.5 del TRLET (STS de 3 de diciembre de 2013, núm. Rec. ud. 816/2013); la superación del plazo previsto para la convocatoria de oferta de empleo en contratos laborales interinos por vacante, siempre que el retraso en la cobertura de plazas constituya fraude de ley o abuso de derecho (aunque actualmente, encuentra apoyo legal en los artículos 8.2.c) y 11.1 del TREBEP. Y así, mientras que el artículo 8.2.c) dispone que el personal laboral puede ser fijo, por tiempo indefinido o temporal, el artículo 11.1 del mismo texto legal señala que, en función de la duración del contrato este podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal.

vertir en contrato de trabajo indefinido a los contratos temporales celebrados en fraude de ley del art. 15.3 ET.

La doctrina que ha estudiado esta figura en profundidad ha concluido, además, que es la suscripción fraudulenta de contratos de duración determinada en las administraciones públicas, de forma originaria o sobrevenida por concatenación abusiva de aquellos, la circunstancia que más trabajadores INF ha provocado. Por otra parte, la sanción jurídica contemplada en el modificado art. 15.8 ET, en lectura directa con la DA 15.1.º de la misma versión del texto estatutario (vigente hasta el 30 de marzo de 2022 por mandato del RDL 32/2021)<sup>6</sup> obligaba a mantener al trabajador desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se procediera a su cobertura por los procedimientos adecuados, momento en el que se produciría la extinción de la relación laboral —salvo que el mencionado trabajador accediera a un empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo—.

Otras veces, sin embargo, la evidencia empírica demostró que eran las propias entidades públicas las que «reconocían» directamente tal condición, si bien se trataba de un reconocimiento prohibido por la norma (López Balaguer y Ramos Moragues, 2020: 101).

La categoría de empleado «indefinido no fijo» permite que los empleados adquieran esa condición, normalmente, por resolución judicial<sup>7</sup> como consecuencia de la reclamación de aquellos empleados públicos que se encuentran en las situaciones que dan lugar a dicha situación en el entendimiento de la jurisprudencia<sup>8</sup>. No obstante, la figura del «indefinido no fijo» no se regula expresamente en el articulado del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP) en

<sup>6</sup> Arufe Varela, 2015: 104, entendió que la conversión del empleado en INF no podía ser considerada una sanción, porque suponía prolongar en el tiempo una situación que nunca debió producirse, al mantener como empleado público a una persona que no cumple con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad; legaliza una contratación en origen fraudulenta; atenta contra del interés general; y no tiene en cuenta que habrá que echar mano de recursos públicos para hacer frente al pago de la indemnización correspondiente, en caso de amortización. De la misma opinión resulta ser Arrieta Idiákez, 2020: 66-67.

<sup>7</sup> Como subraya la STS 16 diciembre 2019 (rec. ud. 2570/2008), la pretensión de declaración de la naturaleza indefinida de la relación laboral constituye una pretensión declarativa admisible.

<sup>8</sup> Véase, últimamente véase la STS 9 marzo 2022, Rec. ud 1372/2019, donde el TS declara indefinida no fija a la demandante por cuanto estima que el contrato de obra suscrito por el Ayuntamiento de Marbella «no obedece a circunstancias puntuales o imprevisibles sino a una actividad continua y vigente durante todo el año, con lo que se utiliza la contratación temporal para suplir una necesidad permanente, como evidencia la circunstancia de que la demandante ha venido siendo contratada en todas las épocas del año, no solo en las estivales. De ello extrae la consecuencia de que el contrato suscrito el 8 de julio de 2017 fue celebrado en fraude de ley, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 15.1 del Estatuto de los Trabajadores, que prohíbe utilizar contratos temporales para cubrir plazas correspondientes a puestos de trabajo de carácter estable». Asimismo, véase la STS 8 marzo 2022, Rec. ud, 4212/2019.

la versión dada por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público; ni tampoco en las versiones anteriores del TREBEP (en este sentido son muy rotundos Desdentado Bonete, 2018 y Boltaina Bosch, 2018b: 144). Cavas Martínez (2020: 1), apuntó, sin embargo, que dicha categoría fue acogida de manera confusa e imprecisa por el legislador de 2015.

Comenzando por el TREBEP, la diferenciación entre el personal que realiza funciones retribuidas para las Administraciones Públicas se encuentra en el esquemático art. 8.2, que clasifica a los empleados públicos entre a) funciones de carrera, b) funcionarios interinos, c) personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal y d) el personal eventual.

Hasta la Ley 20/2021, el art. 11 relativo al personal laboral se definía por remisión al contrato formalizado por escrito en virtud de cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral. De nuevo invocando a la ley laboral, dicho artículo señala que «en función de la duración del contrato este podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal». En esa alusión al personal laboral temporal se halla la identificación del empleado INF (Sánchez Morón, 2020: 100).

Por tanto, los únicos supuestos en los que era admisible la contratación temporal en las Administraciones Públicas eran los previstos en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, con desarrollo reglamentario a cargo del RD 2720/1998 (contratos temporales estructurales: contrato de obra, contrato de eventuales, contrato de interinidad por sustitución y contrato de interinidad por vacante), a los que se suman los contratos formativos (en prácticas y para la formación y el aprendizaje) regulados en el artículo 11 ET y en los Reales Decretos 488/1998 y 1529/2012, y el contrato de relevo en su modalidad temporal regulado en el artículo 12 ET. Obsérvese, entonces, que el contrato indefinido no fijo, como tal, no existe en la regulación laboral. Sea por el recurso fácil a las causas de la contratación temporal laboral por parte de las administraciones públicas, sea por la condescendencia con que los órganos judiciales han interpretado la justificación del recurso a la temporalidad por parte de aquellas, se ha dado una progresiva desnaturalización de las causas que legitiman el recurso a la contratación temporal (Mercader Uguina, 1999: 22).

Uno de los problemas medulares que se ha planteado con este tipo de personal en las Salas de lo social, se ha dado en relación con el personal laboral con contrato de interinidad por vacante o por provisión de plaza, y se refiere a la permanencia o reconocimiento de la condición de personal indefinido tras la provisión definitiva de la plaza que ocupaba.

Para entender en qué contexto nos movemos, debe tenerse presente el mandato del art. 70.1 TREBEP, según el cual la incorporación de personal de nuevo



ingreso en la Administración se realizará a través de la Oferta de empleo público (OPE), o a través de otro instrumento similar de gestión de la provisión de las necesidades de personal, «lo que comportará la obligación de convocar los correspondientes procesos selectivos para las plazas comprometidas y hasta un diez por cien adicional, fijando el plazo máximo para la convocatoria de los mismos. En todo caso, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años». Es conocido que esta explícita obligación que recae sobre la Administración española se ha incumplido reiteradamente en los últimos 30 años. De ahí que exista mucho personal que ha ocupado el mismo puesto de trabajo durante un tiempo demasiado largo para que la naturaleza jurídica de su relación sea considerada de temporal.

Hasta 2021, y a pesar de la elocuente STJUE de 19 de marzo de 2020, dictada en los asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18 (Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez, sentencia que contempla un caso del ámbito sanitario de la Administración española), que declaraba el incumplimiento de la normativa jurídica por parte de administración pública española (Terradillos Ormaetxea, 2020: 696-709), la Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha venido sosteniendo que el plazo de tres años previsto en el art. 70 del TREBEP<sup>9</sup>, se refiere a la regulación del modo de provisión de las necesidades de personal de nuevo ingreso en las Administraciones públicas; y que nada tenía que ver con la superación del plazo de permanencia regular en la contratación temporal.

En efecto, la recién citada STJUE de 2020 constató que, en la práctica, la Administración Pública española no ha cumplido con lo prescrito en el art. 70.1 TREBEP: Será en el apdo. 96 de la sentencia, y tras analizar el contenido del precepto citado (art. 70), donde el TJ declare que «de los autos de remisión se desprende que, en los presentes asuntos, pese a que la normativa aplicable en los litigios principales establece plazos concretos para la organización de tales procesos, en realidad dichos plazos no se respetan y estos procesos son poco frecuentes». El TJ se mostró decididamente rotundo cuando añadió que, expuestas esas circunstancias, y si los plazos concretos para prevenir la utilización abusiva de la contratación temporal no se cumplen, «dicha normativa tampoco resulta adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de tales relaciones de servicio ni para eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la

---

<sup>9</sup> El párrafo 1.º del art. 70 TREBEP dispone que: 1. Las necesidades de recursos humanos, con asignación presupuestaria, que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso serán objeto de la Oferta de empleo público, o a través de otro instrumento similar de gestión de la provisión de las necesidades de personal, lo que comportará la obligación de convocar los correspondientes procesos selectivos para las plazas comprometidas y hasta un diez por cien adicional, fijando el plazo máximo para la convocatoria de los mismos. En todo caso, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años.

Unión, ya que, como han indicado los juzgados remitentes, su aplicación no tendría ningún efecto negativo para ese empleador (apdo. 97)». La necesidad de modificar dicha normativa para coherencia su mandato con una práctica de las administraciones públicas que cambie el resultado terco de las estadísticas en torno a la contratación temporal, era pues evidente. En esta sentencia de 19 de marzo 2020, el fallo contenía hasta cinco puntos y se extendía al análisis de tres medidas legislativas del ordenamiento español, las cuales, a criterio del TJUE, no son ni lo suficientemente eficaces, ni disuasorias para combatir el abuso en la contratación temporal pública. Esas medidas legislativas se referían, entre otras, a la transformación de esa relación temporal en un contrato indefinido no fijo. Como otras medidas analizadas por el Tribunal de la UE, tampoco esta medida logró superar del reproche del tribunal (apdo. 102). En opinión del TJ, la condición de PINF no impide la posibilidad de amortizar la plaza ocupada por el empleado afectado o cesarlo si dicha plaza se cubre por el reingreso del funcionario sustituido. A mayor abundamiento, en esa sentencia el TJUE añadía que

a diferencia de la transformación, en el sector privado, de los sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en contratos de trabajo por tiempo indefinido, la transformación de los empleados públicos con nombramiento de duración determinada en «indefinidos no fijos» no les permite disfrutar de las mismas condiciones de trabajo que el personal estatutario fijo. (apdo. 102)

Con todo, debe recordarse que de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, la cláusula 5 del Acuerdo marco no impone a los Estados miembros una obligación general de transformar en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada. En efecto, la cláusula 5, apartado 2, del Acuerdo marco deja, en principio, a los Estados miembros la facultad de determinar en qué condiciones los contratos o relaciones laborales de duración determinada se considerarán celebrados por tiempo indefinido. De ello resulta que el Acuerdo marco no establece en qué condiciones se puede hacer uso de los contratos de duración determinada<sup>10</sup>.

En definitiva, el TJUE de esta reveladora sentencia de 2020, pero incluso antes, reconoció que el art. 70 TREBEP podría ser una disposición efectiva para prevenir el abuso en la contratación temporal, pero añadía, sin género de dudas, que España la había incumplido sistemáticamente. Por su parte, el Alto Tribunal español declaró que a pesar de que la superación del plazo previsto en el

<sup>10</sup> Véanse, en este sentido, las sentencias de 4 de julio de 2006 (TJCE 2006, 181), Adeneler y otros, C-12/04, EU:C:2006:443, apartado 91; de 7 de septiembre de 2006 (TJCE 2006, 229), Marrosu y Sardino, C-3/04, EU:C:2006:517, apartado 47; de 23 de abril de 2009 (TJCE 2009, 94), Angelidaki y otros, C-378/07 a C-380/07, EU:C:2009:250, apartados 145 y 183, y de 3 de julio de 2014 (TJCE 2014, 236), Fiamingo y otros, C-362/13, C-363/13 y C-407/13, EU:C:2014:2044, apartado 65, y el auto de 11 de diciembre de 2014, León Medialdea, C-86/14, no publicado, EU:C:2014:2447, apartado 47.

art. 70.1 TREBEP comporte el incumplimiento de un deber legal, no por ello de dicho incumplimiento se desprendía automáticamente la conversión del contrato temporal (de interinidad por vacante, en la mayoría de los casos) en indefinido no fijo. Para el órgano judicial, tal declaración solo procedería cuando existiera fraude de ley o abuso en la contratación temporal<sup>11</sup>.

Sin embargo, la doctrina judicial española (TS —Social— 24 de abril de 2019)<sup>12</sup> había entendido que el fraude o abuso no puede apreciarse en cualquier caso. En esa línea jurisprudencial, a la demora de más de tres años en la cobertura reglamentaria de las plazas —que además respondió a la crisis económica de 2008 y a las normas que restringieron el gasto público—, se deberían anudar otras «circunstancias específicas de cada supuesto». El TS continuó defendiendo esta doctrina hasta algo más tarde.

A partir de esa sentencia del TS, de fecha 24 de abril de 2019, y a los efectos de calificar una relación como inusualmente larga, el plazo de 3 años del artículo 70.1 TREBEP siguió siendo irrelevante, y se hacía necesario reparar en las circunstancias del caso concreto. Dicha sentencia establecía que el plazo de tres años no podía operar de modo automático para convertir un contrato de interinidad por vacante en un contrato indefinido no fijo. Tampoco ese plazo de tres años del art. 70 TREBEP era una garantía inamovible, siendo las circunstancias específicas del caso las que determinarían si la contratación mediante contrato de interinidad por vacante era abusiva o no, en atención a si se había desnaturalizado el carácter temporal del contrato de interinidad por fraude, abuso u otras ilegalidades. En resumen, para el TS lo realmente determinante de una conducta fraudulenta no era solo que la duración fuera «inusualmente larga, sino que la duración del contrato sea injustificada por carecer de soporte legal»<sup>13</sup>. De todo lo expuesto resulta evidente que no eran suficientes las orientaciones ofrecidas por la jurisprudencia europea, cuyas sentencias, a la postre, se remitían a los jueces españoles a fin de que fueran ellos quienes decidieran sobre la cuestión de la existencia de un abuso por parte de la Administración, así como sobre la existencia de medidas preventivas o disuasorias en el ordenamiento jurídico español.

<sup>11</sup> Tan claro estaba que la Comisión abrió un procedimiento contra España debido a un abuso de temporalidad en las AAPP del Estado Español relativo a un incumplimiento de la cláusula 5 de la Directiva 1999/70/CE (proceso CHAP(2013)01917, véase en <https://apiscam.blogspot.com/2018/09/importante-la-comision-europea-unifica.html>).

<sup>12</sup> STS, Pleno, de 24 abril 2019 (ECLI:ES:TS:2019:1506).

<sup>13</sup> Dicha jurisprudencia se consolidó —entre otras, sentencia de 18 de mayo de 2021, n.º rec. 536/2019; sentencia de 1 de junio de 2021, n.º rec. 3049/2018— e incluso se matizó para justificar que la paralización de las convocatorias para cubrir las ofertas de empleo público durante los años de crisis económica a partir del Real Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre, suponían una justificación objetiva y razonable que impedía que la superación del plazo de 3 años en la convocatoria de los procesos selectivos a que se refería el art.70 TREBEP, lo que impedía la conversión del contrato en indefinido no fijo —sentencia de 27 de abril de 2021, n.º rec. 3699/2019.

Aunque costó mucho que la institución del abuso de derecho fuera considerada por la jurisprudencia de lo contencioso-administrativo, la doctrina jurisprudencial fue desarrollando y perfilando esa figura, concretando su esencia en la naturaleza antisocial del daño causado a un tercero, manifestada tanto en su forma subjetiva (intención de perjudicar, o sin la existencia de un fin legítimo) como en su aspecto objetivo (anormalidad en el ejercicio del derecho). Incluso el ejercicio tardío del derecho se considera generalmente como desleal según los principios de la buena fe que dominan el tráfico jurídico. No se objeta el mero retraso, sino que se precisa que este retraso haya generado una confianza legítima que haya llevado a esa parte a organizar su vida como si no tuviera que contar ya con el ejercicio de tal derecho (STS, Sala 3, de 4 marzo 2005)<sup>14</sup>

Conforme a los cánones del Derecho Civil (art. 7 Código Civil), observamos que incurrir en un abuso de derecho dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso. La conjunción copulativa en lugar de la disyuntiva invita a plantear, por lo menos, la exigencia al empleador del abono de una indemnización (Boltaina Bosch, 2018a) (la que corresponda) que compense a la otra parte por el abuso cometido, además de la adopción de medidas de distinta índole para paralizar ese abuso en la práctica española, advertido por el TJ.

Aunque el recurso al abuso de derecho es poco conocido en el ámbito del Derecho Administrativo, y menos aún utilizado, lo cierto es que la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2012<sup>15</sup> afirmó que

Como dijimos en la Sentencia de esta Sala y Sección de 18 de marzo de 2011 (recurso de casación n.º 1643/2007), la desviación de poder existe no solo cuando se acredita que la Administración persigue una finalidad privada o un propósito inconfesable, extraño a cualquier defensa de los intereses generales, sino también puede concurrir esta desviación teleológica cuando se persigue un interés público ajeno y, por tanto, distinto al que prevé el ordenamiento jurídico para el caso [...]. Y más adelante añadiría que «Basta, por tanto, que el fin sea diferente, de modo que aunque el ejercicio de la potestad administrativa se haya orientado a la defensa de los intereses generales, sin embargo se opone a la finalidad concreta que exige el ordenamiento jurídico. (F.J. 5)

De hecho, los tribunales contencioso-administrativos han ido progresivamente acogiendo el control de la actuación administrativa no solo en base a la letra de la ley, sino, mucho más allá, en base a los principios institucionales o regulativos del ordenamiento jurídico. Otra cosa, sin embargo, es su efectiva estimación que, por lo menos hasta fechas bastante recientes, se ha comprobado bastante limitada. Las reticencias judiciales hacia declarar el abuso se explican por la

<sup>14</sup> Recurso de Casación núm. 1270/2001.

<sup>15</sup> STS (Sala 3.ª) 3254/2012 - ECLI: ES:TS:2012:3254.

doctrina, en atención al excesivo y desnaturalizado recurso a dicha figura cuando la parte no encuentra apoyo en una norma para invalidar la actuación de la parte contraria (Castillo Blanco, 2018). No obstante, tras la significativa STJUE 3 junio 2021, también los tribunales de lo contencioso-administrativo, señaladamente, su TS, han reconocido el abuso en la contratación administrativa<sup>16</sup>. Esos mismos tribunales, sin embargo, han evitado aplicar criterios de la legislación laboral, por gozar el empleado público de un «estatuto» en gran medida heterónimo que impide acudir a esa legislación ni siquiera como fuente de inspiración.

A lo anterior añade el TS (Sala 3)<sup>17</sup> que es imposible reconocer una indemnización a dichos empleados contratados interinamente durante un período abusivo, por carecer de fundamentación legal —y por impedirlo, más concretamente, la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración hasta la Ley 20/2021 (con más profundidad, véase Sánchez Morón, 2019: 236, nota a pie n. 12)—. La indemnización no será reconocida a menos que el demandante pruebe que «mientras duró la situación de interinidad y como consecuencia de la misma se produjo una lesión física o moral, una disminución patrimonial o una pérdida de oportunidad que el empleado público interino no tuviera el deber jurídico de soportar». Pero para lograr este resultado —tal como esta Sala ya tuvo ocasión de explicar en las sentencias de 26 de septiembre de 2018 (n. rec. 1305/2017), citadas en el auto de admisión (JUR 2021, 54741) de este recurso casación— es necesario presentar una reclamación por daños efectivos e identificados con arreglo a las normas generales en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración y, por supuesto, acreditar tales daños<sup>18</sup>. En otras palabras, constituye la doctrina imperante, defendida de manera continuada desde la sentencia citada de 2021<sup>19</sup>, que el mero hecho de que haya habido una situación objetivamente abusiva, en los términos que se acaban de señalar, no implica automáticamente que quien se halló en ella haya sufrido un daño efectivo e identificado; doctrina que ha sido cuestionada por la

<sup>16</sup> Últimamente, véase por todas, la sentencia TS (Sala 3) 30 de noviembre de 2021 (recurso de casación 6302/2018, F.J. 7. De todos modos, esta jurisdicción, como en la sentencia citada, ha venido rechazando reiteradamente la aplicabilidad de la figura del personal INF como solución para los supuestos de utilización sucesiva por las AAPP de contratos o nombramiento de carácter temporal para atender necesidades permanentes de carácter estructural, como tampoco ha reconocido el derecho de ese personal a ser indemnizado por su cese cuando este se acuerde por la Administración: lo único que declara es la continuidad del nombramiento del funcionario entre tanto no se inicien los correspondientes procesos de selección para cobertura definitiva de la plaza, por parte del funcionario de carrera.

<sup>17</sup> Últimamente, véase por todas, la sentencia TS (Sala 3) 30 de noviembre de 2021 (recurso de casación 6302/2018), F.J. 7. A partir de esta sentencia, otros pronunciamientos del orden contencioso-administrativo continúan por la misma senda (como ejemplo, la STS núm. 1567/2021, de 22 diciembre).

<sup>18</sup> En este punto no discrepa el voto particular de la sentencia.

<sup>19</sup> Sentencias (Sala 3) STS núm. 1450/2021, de 10 diciembre, F.J. 8; núm. 1449/2021, 10 diciembre, F.J. 8; núm. 1401/2021, 30 noviembre, FJ 8.

doctrina del TJUE (Carbonero Redondo, 2022: 9). Esta doctrina, por tanto, no excluye la vía de la indemnización, pero la limita a supuestos muy exigentes en caso de finalización del nombramiento (Ordóñez Solís, 2019: 13).

Por su parte, el TS del orden social, en el caso de acreditar la inactividad de la Administración respecto del indubitado mandato del art. 70 TREBEP, ha dictaminado, hasta hace muy poco, que ese plazo de tres años no pueda entenderse «en general como una garantía inamovible» que haya que respetarse para afirmar la desnaturalización del contrato temporal de interinidad, que, «sea por fraude, sea por abuso, sea por otras ilegalidades», puede tener lugar antes del cumplimiento de dicho plazo, o después, aunque no «de modo automático». En palabras del Alto Tribunal de esas fechas, lo importante es la conducta de la empleadora, lo que conducirá, por ende, a una «apreciación casuística» de las circunstancias concurrentes (FJ 3.º)<sup>20</sup>.

El plazo de 3 años del art. 70 TREBEP se convirtió en un indicio de la existencia del fraude en el ámbito de la contratación del sector público por obra del TS social. En opinión de la doctrina más autorizada (Casas Baamonde, 2019)<sup>21</sup>, ya la sentencia del Tribunal Supremo (Social) de 24 abril 2019 acoge un método de apreciación casuística para fijar la duración inusualmente larga de un contrato temporal, pero «no rechaza, en la tarea de ajuste fino o afinado que efectúa de los contratos de interinidad por vacante, que pueda hacerlo el plazo de tres años del art. 70.1 del TREBEP

...de modo que, para declarar esa invalidez y recalificar el contrato como indefinido no fijo por su carácter fraudulento, habrá casos en que no será preciso esperar a su transcurso, y otros en que su superación no conducirá a ese resultado si no se acompaña de otros criterios indiciarios de abuso de la temporalidad» ante lo cual «La intervención del legislador fijando un plazo máximo de duración de los contratos sin término determinado para asegurar la delimitación temporal del vínculo contractual es la solución no solo adecuada, sino necesaria para proporcionar previsibilidad y certeza y, por ende, seguridad jurídica.

## **2.2. El reconocimiento de la doctrina judicial española de la existencia de un abuso en la contratación temporal en el empleo público y su consecuencia: la declaración de más empleados indefinidos no fijos a partir de la STS (Pleno) de 28 de junio de 2021**

No puede entenderse el giro operado en la doctrina judicial española sin atender a la sentencia del STJUE de 3 de junio de 2021 (Asunto C-726/19).

<sup>20</sup> STS (4), de 24 de abril 2019. ROJ STS 1506/2019.

<sup>21</sup> No obstante, la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, dio un paso más e hizo una mención explícita a los «indefinidos no fijos» en términos de reconocer que la existencia de esta categoría de trabajadores en el sector público va indefectiblemente ligado a la declaración de fraude de ley en la contratación, cfr. Boltaina Bosch, 2018b: 144.

Esta sentencia resuelve una decisión de cuestión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en Auto de 23 de septiembre de 2019. En dicho Auto, el Tribunal español, a través de cinco cuestiones diferentes, le pregunta al TJUE si la legislación española, en la interpretación que de la misma ha realizado la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, es conforme a la Directiva 1999/70/CE, en especial a las cláusulas 1 y 5 del Acuerdo Marco, sobre el trabajo de duración determinada.

La sentencia, en su parte dispositiva, contiene dos declaraciones: a) La cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el Trabajo de Duración Determinada debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, tal como ha sido interpretada por la jurisprudencia nacional. Se recordará que dicha combinación normativa-judicial (i) ha permitido hasta fechas recientes, a la espera de la finalización de los procesos selectivos iniciados para cubrir definitivamente las plazas vacantes de empleados en el sector público, la renovación —sin límite— de contratos de duración determinada, aún cuando no se indicara un plazo preciso de finalización de dichos procesos; y, por otro lado, dicha normativa (ii) ha prohibido tanto la asimilación de esos trabajadores a «trabajadores indefinidos no fijos» como la concesión de una indemnización a esos mismos trabajadores. En efecto, concluye el fallo que «esta normativa nacional, sin perjuicio de las comprobaciones que corresponde efectuar al órgano jurisdiccional remitente, no parece incluir ninguna medida destinada a prevenir y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada».

La segunda declaración [b)] recoge que

la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el Trabajo de Duración Determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que consideraciones puramente económicas, relacionadas con la crisis económica de 2008, no pueden justificar la inexistencia, en el Derecho nacional, de medidas destinadas a prevenir y sancionar la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada.

Como ya se ha anunciado más atrás, el Pleno de la Sala Cuarta del TS dictó una sentencia de fecha de 28 de junio de 2021<sup>22</sup>, sin votos particulares, en la que corrige y reformula su doctrina sobre la duración de los contratos de interinidad por vacante. En realidad, los Magistrados indican que la doctrina de esta Sala no es la que se refleja en la STJUE de 3 de junio de 2021, entendiéndose que se trata de una errónea comprensión de su jurisprudencia o de una deficiente

---

<sup>22</sup> Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 649/2021 de 28 Jun. 2021, Rec. 3263/2019.

traslación de la misma al TJUE, citando varias sentencias del TS para corroborarlo. A pesar de ello, en la sentencia, el Alto Tribunal establece que la duración máxima de esos contratos será la del tiempo que duren los procesos de selección para cubrir la vacante conforme a lo dispuesto en su normativa legal o convencional específica. A falta de regulación legal o convencional expresa sobre la duración de esos procesos, el plazo de tres años, utilizado por el legislador a diversos efectos, es el que mejor se adecúa al cumplimiento de los fines pretendidos por el Acuerdo Marco europeo sobre el trabajo de duración determinada y al carácter de excepcionalidad que la contratación temporal reviste en el Derecho de la UE y en nuestro ordenamiento jurídico (con más profundidad, Cavas Martínez, 2021)<sup>23</sup>.

Desde tal perspectiva, insiste el Alto Tribunal en que

no cabe duda de que una duración excesivamente larga del contrato de interinidad debida, exclusivamente, a la falta de actividad administrativa dirigida a la cobertura definitiva de la plaza debe ser tenida en cuenta como elemento decisivo en orden a la configuración de la decisión judicial sobre la duración del contrato. Igualmente, el no cumplimiento de las expectativas del trabajador contratado en orden a la duración de su contrato, expectativas que derivan de los tiempos ordinarios para la cobertura de la vacante que ocupa, y que deben ser tenidas en cuenta en la apreciación judicial de la situación y en la calificación de la propia contratación. También el hecho de que los trámites administrativos para la cobertura de la vacante se dilaten en el tiempo de manera innecesaria. Circunstancias todas ellas que obligan a prescindir de la idea de que estamos teóricamente ante un único contrato porque la realidad es que el efecto útil del contrato suscrito inicialmente ha perdido todo valor en atención al incumplimiento de las exigencias de provisión que toda vacante conlleva y de las indeseables consecuencias inherentes a tal situación cuales son la persistencia innecesaria en situación de temporalidad. (F.J. 5.I)

Asimismo, declara la Sala que el cómputo de tal plazo no puede verse interrumpido por normas presupuestarias sobre paralización de ofertas públicas de empleo, ya que la cobertura de vacantes cubiertas por trabajadores interinos no implica incremento presupuestario (F.J. 5.II). Ahora bien, precisa esa sentencia que, en atención a diversas causas, la irregularidad o el carácter fraudulento del contrato de interinidad puede apreciarse antes del transcurso del plazo de 3 años.

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, el Pleno del TS considera que, a la luz de la sentencia del TJUE y de otras que han interpretado algunos precep-

---

<sup>23</sup> Para Cavas Martínez (2021:8), «la Sala no apostata por completo de su doctrina precedente, de la que conserva la consideración de que tal plazo de tres años no significa, en modo alguno, que, en atención a diversas causas, no pueda anticiparse a su cumplimiento la calificación del contrato de interinidad como irregular o fraudulento, como tampoco que, de manera excepcional, por causas extraordinarias cuya prueba corresponderá a la entidad pública demandada, pueda llegar a considerarse que esté justificada una duración mayor sin que la misma afecte a la validez del contrato de interinidad».



tos del Acuerdo que figura como Anexo a la Directiva 199/70/CE, los tribunales españoles deben realizar una reflexión sobre algunos aspectos. Además, la sentencia califica al contrato de interinidad por vacante como contrato a término, aunque de fecha incierta respecto de su finalización. Por otro lado, el Pleno entiende que, dado que por definición el contrato se extiende hasta que la plaza vacante que ocupa el interino sea cubierta por el procedimiento establecido legal o reglamentariamente, mientras esto no ocurra, estaremos en presencia de un único contrato y, en ningún caso, de contratos sucesivos, salvo que el trabajador sea cambiado a otra vacante. En la consideración anterior, el Pleno se ratifica en la rectificación de su doctrina judicial, en el sentido de destacar que, «técnicamente», los tribunales estaban aplicando adecuadamente el Derecho vigente. Sin embargo el Alto Tribunal añade que dado que los órganos judiciales españoles tienen la obligación de interpretar el Derecho interno conforme el resultado perseguido por el Derecho de la Unión, y siendo un objetivo reiterado en el Acuerdo sobre el trabajo de duración determinada el evitar el abuso de la contratación temporal, la interpretación del contrato de interinidad debe tener en cuenta la situación del trabajador interino, sus expectativas y la actividad desplegada por la Administración como entidad contratante. Tal y como puede desprenderse, el TS desvelaría ahora esas otras circunstancias específicas que conformarían la presencia del abuso en la contratación pública. Por dicho motivo, el Tribunal considera que debe prescindirse de la idea de que estamos teóricamente ante un único contrato: el «efecto útil» del contrato suscrito inicialmente ha perdido todo valor en atención al incumplimiento de las exigencias de provisión que toda vacante conlleva, y de las indeseables consecuencias inherentes a tal situación cuales son la persistencia innecesaria en situación de temporalidad.

Se refiere también la sentencia a la paralización de convocatorias de ofertas públicas de empleo como consecuencia de la crisis del 2008, considerando que se trataba de medidas al servicio de la estabilidad presupuestaria y del control del gasto público. Aun así, dado que impedían la convocatoria de vacantes que estaban ocupadas por trabajadores interinos, el cumplimiento de tales finalidades resulta dudoso ya que, en realidad, la convocatoria y subsiguiente ocupación de plazas vacantes cubiertas por trabajadores interinos, no hubieran incrementado el gasto público. De esta forma, el TS viene a despojar a la inactividad administrativa del objetivo superior de la sostenibilidad presupuestaria o de la contención del gasto público. Dos recientes sentencias de lo contencioso-administrativo acaban de reproducir esta fundamentación en sus textos (Rojo Torrecilla: 2021)<sup>24</sup>, conexión entre los órdenes jurisdiccionales que debería darse en más ocasiones.

---

<sup>24</sup> Las dos sentencias son del TSJ (contencioso-administrativo) de Cataluña, de 20/7/2021 (n. rec. 731/2020 y 525/2020). Un análisis de estas sentencias puede seguirse en el blog de Rojo Torrecilla, E., <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/11/interinidad-en-el-empleo-publico-el-tsj.html>

No obstante lo anterior, y a pesar de que últimamente muchos órganos judiciales están reconociendo la condición de INF a empleados públicos que solicitan dicha declaración porque su supuesto reúne las circunstancias descritas por el TS (sentencia de 28 junio 2021), la calificación de naturaleza de su relación sigue perteneciendo a la «temporalidad»<sup>25</sup>; o siguen manteniendo la condición de «no fijos», en terminología del TREBEP: Una reciente sentencia del TS (Social)<sup>26</sup> relativa a un contrato de interinidad por vacante que supera los tres años de duración y en el que no concurre justificación de la falta de provisión de la vacante, aún aplicando la doctrina del TJUE de 3 junio 2021, ha declarado que esa anomalía no puede amparar la fijeza, por el respeto a los principios y mandatos constitucionales (F.J. 1)<sup>27</sup>. No obstante, es un principio situado en el Título Preliminar de la Constitución (art. 9.1) el de que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento público; y la Administración española ha incurrido en una inobservancia pertinaz del ordenamiento legal, propiciando la merma de los principios de mérito y capacidad que deben alumbrar el acceso al empleo público (art. 103 CE).

### 2.3. A la espera de la respuesta del TJUE a la cuestión judicial planteada por el Juzgado (Social) n. 3 de Barcelona: la naturaleza del indefinido no fijo como empleado fijo

Un análisis de la naturaleza del INF no puede finalizar sin recurrir a la definición de «trabajador con contrato de duración determinada» que contiene la Directiva 1999/70/CE (Acuerdo sobre el trabajo de duración determinada). De acuerdo con su cláusula 3, será así considerado el «trabajador con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado».

En nuestra opinión, ya vertida con anterioridad, la disconformidad apreciada entre, por un lado, la figura del trabajador con contrato de duración determinada de conformidad con la cláusula 3 del Acuerdo y, por otro, un contrato al cual se le reconocen los efectos del «INF» hace dudar de la compatibilidad entre nuestro Derecho y el de la UE. En efecto, el TJUE de la sentencia *Montero Mateos* [de 5 junio 2018 (C-576/16)]<sup>28</sup>, consideró ya que la trabajadora tenía

<sup>25</sup> Véase, por ejemplo, la STS (ud) 2 abril 2018 (RJ 2018, 2102).

<sup>26</sup> STS 5/10/2021, n. rec. 1558/2020.

<sup>27</sup> Más recientemente, STS 25/11/2021 (n. rec. ud 2337/2020), F.J. 5. Posteriormente SSTS 8/3/2022 (n. rec. 2072/2020), b25/11/2021 (n. rec. 3951/2019), 1/12/2021 (rec. 4279/2020), 1/12/2021 (rec. 121/2019), 2/12/2021 (Rud. 1723/2020).

<sup>28</sup> De nuevo, repárese también en las Conclusiones AG, 20 diciembre 2017 (C-677/16).

la condición de «trabajador con contrato de duración determinada», en el sentido de la cláusula 3, apdo. 1 del Acuerdo marco (apdo. 43 de la sentencia); y al mismo tiempo orientó al juzgador remitente, en el célebre apdo. 64 de la sentencia, a calificar su relación de indefinida.

El TJUE del caso *Montero Mateos*<sup>29</sup> acometió un supuesto de extinción de un contrato de interinidad por cobertura de vacante en el sector público, que había comenzado en marzo 2007, con fecha de finalización en septiembre de 2016. La trabajadora había prestado servicios como auxiliar de hostelería en una residencia de personas mayores dependiente de Agencia Madrileña de Atención Social de la Conserjería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad Autónoma de Madrid. El Juzgado de lo Social interrumpió el procedimiento dado que entendió que existía una razón objetiva vinculada a la organización de la empresa, no imputable a la trabajadora, y que explicaría que esta tenía derecho a que se le concediera la indemnización del art. 53 ET; con el argumento adicional de que el fin del contrato supuso un perjuicio para la trabajadora.

Aunque la sentencia *Montero Mateos* resolvía un supuesto de una trabajadora interina por vacante, que no había alcanzado la condición de INF, a nuestro entender la argumentación del TJUE es válida en este momento en cuanto quiso exponer que es difícil extender el concepto de «trabajador con contrato de duración determinada» a un contrato cuya causa de extinción se encuentra bastante indeterminada «ab initio»; aparte de tener una duración demasiado extensa. La duda estriba en si esa condición de temporalidad coincide con la descripción de las causas de la temporalidad del Acuerdo europeo; en concreto, si las causas recogidas en el art. 8.1 c) RD 2720/1998 se corresponden con «la producción de un hecho o acontecimiento determinado», causa de extinción señalada por el Acuerdo europeo. Pero también —y esto es lo importante a la luz de la sentencia *Montero Mateos*— con las exigencias de la doctrina *Montero Mateos*, las cuales, leídas a contrario, reclaman la previsibilidad de la finalización del contrato y que la duración no sea «inusualmente larga». A pesar de todo, el Pleno del TS (sentencia 28 junio 2021) vuelve a calificar al contrato de interinidad por vacante como «contrato a término, aunque de fecha incierta respecto de su finalización».

Esas dos condiciones —previsibilidad y duración cierta— se recogen en la nueva Ley 20/2021 pero su ámbito de aplicación, como los plazos descritos en el proceso de estabilización del empleo público que contiene su art. 2 dejan sin amparo a ciertos INF, como se verá en el apartado siguiente. Antes, sin embargo, es procedente reparar en el Auto del Juzgado de lo social n.º 3 de Bar-

---

<sup>29</sup> La sentencia resuelve una cuestión prejudicial elevada por el Juzgado de lo Social n.º 33 de Madrid.

celona, de 27 de julio de 2021<sup>30</sup>. El Juez que ha dictado el Auto ha presentado una cuestión prejudicial ante el TJUE, precisamente interpretando el fallo de la Sentencia de 11 de febrero de 2021, asunto C-760/18. En opinión del Juez, no parece que sea una interpretación conforme la de considerar que los contratos por tiempo indefinido pueden extinguirse por una causa ligada a un factor temporal, como de hecho ocurre con el personal INF en España, dada la repetida interpretación actual de la jurisprudencia que entiende que este personal cesará cuando se produzca la cobertura de la vacante. Este hecho es todavía más probable de darse con el proceso de estabilización que se articula en la nueva la Ley 20/2021, como se analizará más adelante.

En el caso del Auto mencionado, dado que la contratación es a todas luces abusiva, puesto que se realizaron diversos y sucesivos contratos temporales por obra o servicio determinado para efectuar ficticiamente unas tareas y funciones que son permanentes, para el Juez la respuesta legal que correspondería aplicar, según establece el artículo 15.3 del Estatuto de los Trabajadores, sería la de reconocer que el contrato de trabajo es indefinido<sup>31</sup>. Añade el juzgador que esta declaración, en el sector privado supone la absoluta garantía de estabilidad en el empleo, salvo que concurran causas objetivas y tasadas que justifiquen la extinción del contrato de trabajo, sin perjuicio de las causas disciplinarias. Es más, la legislación laboral española usa indistintamente los términos «indefinido» y «fijo» para designar las personas cuya relación laboral no está sometida a condición o a término. Estaríamos, por tanto, ante la garantía de contribución a la calidad de vida a la que alude la Directiva 1999/70 (considerando 6 del Acuerdo).

Por este motivo, el Juzgador considera necesario aclarar con carácter previo a la resolución del procedimiento si esta figura, en la interpretación efectuada por el Tribunal Supremo, tiene su reflejo en la Directiva. Insiste el juzgador en que el régimen jurídico de la relación «indefinida no fija» no elimina la temporalidad de la misma. Reflexiona oportunamente el juez en el sentido de reparar en que la finalidad perseguida por el Acuerdo Marco de luchar contra el abuso de la temporalidad podría no alcanzarse si se mantuviera esa naturaleza temporal; de ahí la cuestión prejudicial. Es también cuestión que acomete el Juez si la categoría de trabajador «indefinido no fijo» acuñada por la doctrina del Tribunal Supremo, se opone y/o es contraria a la Directiva 1999/70/CE, Anexo I Acuerdo Marco, a la finalidad de evitar el abuso de la contratación temporal no resulta disuasoria frente al abuso de la misma.

---

<sup>30</sup> Auto descargado de <https://ignasibeltran.com/wp-content/uploads/2021/07/Auto-TJUE-308-2019.pdf>

<sup>31</sup> En efecto, dicho apartado ordena presumir celebrados por tiempo indefinido los contratos temporales en fraude de ley.

Ciertas dudas sobre esta figura, y su conformidad con la cláusula 5.<sup>a</sup> del Acuerdo Marco, se plantean de forma exquisita en el Voto Particular formulado por el magistrado Sempere Navarro en la STS 25/11/2021 (n.º rec. 3951/2019). El magistrado lamenta que no se haya sometido esta materia a una cuestión prejudicial, que por cierto, sí ha planteado el Auto del TSJ Madrid 21 de diciembre de 2021<sup>32</sup>.

Reparemos ahora en los términos en que se expresa la Ley 20/2021, pero también el RDL 32/2021, en relación con el personal INF.

#### **2.4. Los indefinidos no fijos en la Ley 20/2021, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público y en el RDL 32/2021, de medidas urgentes para la reforma laboral: la progresiva desaparición del indefinido no fijo**

La Ley 20/2021 ha modificado parcialmente el art. 11 TREBEP pero ha dejado intacto el apdo. 1, que sigue identificando al personal laboral como aquél que ha suscrito un contrato de trabajo «en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, siempre que preste servicios retribuidos por las Administraciones Públicas»<sup>33</sup>. La referencia al INF, siquiera indirectamente, se inserta a continuación, cuando el precepto clasifica al personal que presta sus servicios en el empleo público en atención a la duración de su contrato, como «fijo, por tiempo indefinido o temporal». La no supresión o modificación de este precepto, entre otras razones, ha llevado a algún autor (Ramos Moragues, 2022 151 y ss) a defender la idea de que la figura del

---

<sup>32</sup> El Tribunal, en el Procedimiento de Recurso de Suplicación 753/2021 Secc. 2, argumenta, en la cuarta cuestión prejudicial que formula, que «no existe una regulación legislativa sistemática de los mismos —INF— y no se han establecido límites para su renovación, ni en forma de razones objetivas, ni en forma de un número máximo de renovaciones, ni siquiera de una duración máxima del propio contrato».

Se mencionará, en este momento, la pionera sentencia pionera dictada por el Juzgado de lo Social n.º 11 de Bilbao —sentencia n.º 134/2021, de 4 de marzo de 2021, la cual declaraba personal fijo directamente a un trabajador que llevaba prestando sus servicios, en calidad de interino por vacante, para la Universidad del País Vasco— había suscrito un contrato temporal en noviembre de 2003 y se lo prorrogan en septiembre de 2005.

<sup>33</sup> Habrá que tener presentes las nuevas modalidades de contratación temporal incorporadas en el Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, concretamente las contempladas en los arts. 11, 15 y 16 ET. Por su parte, sigue vigente el apdo. 3 de la DA 15 ET relativo al límite de encadenamiento de contratos temporales válidos con el mismo trabajador o diferente puesto de trabajo, que será aplicable a las AAPP (excluidos los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia o dependientes de las mismas). En una lectura conjunta de esta DA con el nuevo apdo. 5 del art. 15 ET (que entrará en vigor conforme dispone la DT 5.<sup>a</sup> RDL 32/2021), se aplicará también a las AAPP (con las exclusiones expuestas) los límites de prohibición de encadenamiento de contratos en un plazo de 18 meses dentro de un período de referencia de 24 meses.

INF no desaparece «a futuro», aunque en este trabajo se entienda que hay más indicios para deducir lo contrario.

La Ley añade un nuevo apartado 3 al art. 11 TREBEP, que no resulta superficial ni baladí, ya que especifica que los procedimientos de «selección» del personal laboral serán públicos, rigiéndose en todo caso por los principios de igualdad, mérito y capacidad<sup>34</sup>. Tan importante como lo anterior resulta señalar que, de acuerdo con ese nuevo apartado del art. 11, el personal laboral temporal se «regirá» igualmente por el principio de celeridad teniendo por finalidad atender razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia. En este sentido es oportuno recordar que muchos empleados laborales temporales fueron contratados a través de los procedimientos reglados de selección de los empleados públicos, por lo que alguna jurisprudencia menor entendió que esa vía de acceso legal podría permitir la declaración de fijo de plantilla de ese personal, a condición de que además hubiera desempeñado funciones estructurales de la administración; y ello en contraposición a la figura del INF que quedaría reservada para el personal laboral que hubiera accedido al empleo público<sup>35</sup>. Sin embargo, esta doctrina no se ha visto refrendada en el tiempo, y tres recientes sentencias del TS han declarado que las irregularidades en la contratación determinan la conversión del contrato en indefinido no fijo: para el Alto Tribunal sería irrelevante que con carácter previo a la contratación se haya superado un proceso selectivo al convocarse el mismo para la contratación temporal, y no de pruebas para el acceso a una plaza fija pues la celeridad, necesidad y urgencia que caracterizan la cobertura temporal del empleo público, condicionan los méritos y capacidad exigibles a los aspirantes<sup>36</sup>.

Por otra parte, el RDL 32/2021 ordena la derogación del apdo. 1 de la DA 15.1.º ET (vigente hasta el 30 de marzo de 2022 por mandato del RDL 32/2021). Como se ha mencionado más atrás, esta disposición estatutaria obligaba a mantener al trabajador desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se procediera a su cobertura por los procedimientos adecuados, momento en el que se produciría la extinción de la relación laboral —salvo que el mencionado trabajador accediera a un empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo— (Boltaina Bosch, 2018b:144 vio en esa disposición una regulación clara del personal indefinido no fijo).

Estas últimas previsiones legislativas —y la omisión de la figura del INF a modo de sanción específica de la Ley 20/2021 para combatir el abuso de la temporalidad, como se comprobará en el epígrafe siguiente—, leídas en paralelo a las dudas que la figura del INF suscita en la doctrina del TJUE —ya ci-

<sup>34</sup> Se recordará que, por lo menos hasta ahora, se ha seguido la doctrina de la STC 86/2004, de 10 de mayo, que declaró que al personal laboral no se le aplica el artículo 23.2 de la CE y, por tanto, tampoco el artículo 103.3 del texto constitucional.

<sup>35</sup> STSJ Galicia 28 junio 2018 (N. Rec. 1102/2020).

<sup>36</sup> SSTs (Social) 24 noviembre (sent. n. 1159/2021), 1 diciembre (sent. n. 1175/2021) y 2 diciembre (sent. n. 1205/2021).

tada— por cuanto que la misma no elimina el riesgo de pérdida de empleo del INF cuando se proceda a cubrir su plaza, llevan a defender que la Ley 20/2021, reforzada por el RDL 32/2021, ha dado el último puntapié a esta figura judicial. La insistencia de la Ley 20/2021 en reforzar los principios de mérito y capacidad en el acceso al empleo público, presentes desde su EM (apdo. IV), y que han conducido a añadir un nuevo apdo. (el 3.º) en el art. 11 TREBEP, se añade a lo anterior. Ya en su Exposición de Motivos, la Ley declara que el TJUE comparte la postura, defendida por España, de que no cabe en nuestra Administración la transformación «automática» de una relación de servicio temporal en una relación de servicio permanente. El legislador añade que esta opción está excluida categóricamente en el Derecho español, ya que el acceso a la condición de funcionario de carrera o de personal laboral fijo solo es posible a raíz de la superación de un proceso selectivo que garantice los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. Ciertamente es que tampoco antes de la Ley 20/2021 era posible declarar automáticamente INF al personal temporal cuando se hubiera probado el abuso de derecho (Boltaina Bosch, 2018b: 147)<sup>37</sup> pero la referida derogación de la DA 15.1 ET dificultaría aún más la declaración judicial del personal INF. Nos referimos, por supuesto, al personal que será contratado con arreglo a la Ley 20/2021, dado que ya se ha demostrado que, por el momento, los tribunales siguen recurriendo a la declaración de INF.

Si ha quedado claro que las últimas modificaciones legislativas no ceden ningún espacio a la figura del INF, ni la alojan en sus respectivos artículos —más bien la expulsan—, lo cierto es que tampoco la Ley 20/2021 ni el RDL 32/2021 ofrecen un apoyo jurídico que permita resolver de modo distinto a como se está haciendo ahora (merced de la interpretación efectuada por los tribunales y analizada en las páginas anteriores), la extinción de la relación laboral del INF desde el momento de la entrada en vigor de esas dos normas jurídicas. Veamos a continuación los procesos de estabilización del empleo temporal que se contemplan en la Ley 20/2021, a fin de analizar sus efectos al amparo del efecto útil del Acuerdo Marco.

### **3. Los procesos de estabilización del empleo temporal en la Ley 20/2021: los supuestos contemplados y las indemnizaciones previstas como respuesta al abuso**

Es conocido que, aprobada la Constitución, y, en principio, vista la formulación de sus arts. 23.2 y 102, no es posible el acceso a la función pública

---

<sup>37</sup> En efecto, en atención al autor citado, concretamente tras la Ley 3/2017, esa declaración de PINF solo puede efectuarse por decisión judicial: no cabe ni la auto-declaración ni tan siquiera el acta de la inspección de trabajo.

sin un procedimiento de selección, conforme se desarrollaría después por el art. 61 EBE: El TC declaró contraria a la Constitución la integración automática (*ope legis*) en el funcionariado de personal contratado (SSTC 302/1993 y 111/2014). Para la doctrina administrativista más autorizada (Sánchez Morón, 2020: 148), muy mediatizada por los principios constitucionales que rigen en los preceptos aludidos, cualquier otro supuesto de pruebas o turnos restringidos no es conforme a Derecho, salvo que aquellos procedimientos no abiertos pudieran aparecer como remedio razonable y proporcionado ante situaciones muy excepcionales (SSTS 27/1991, 151/1992, 60/1994, 16/1998, 130/2009). En opinión de la mayoría de los autores administrativistas y constitucionalistas (Sánchez Morón, 2020: 149; Jiménez Asensio, 2019; Cantero Martínez, 2021:4), esas situaciones excepcionales ahondan en la desigualdad de oportunidades y agravan el escaso o nulo rigor con que frecuentemente se recluta el personal interino o temporal, lo que crea condiciones favorables para operaciones clientelares o de favoritismos.

Sin embargo, al personal laboral del sector público no se le aplica el artículo 23.2 de la CE, algo que ocurre por propia decisión del legislador constituyente. Como consecuencia de lo anterior, a ese personal tampoco se le aplica el mandato del artículo 103.3 del texto constitucional (entre otras, STC 86/2004, de 10 de mayo), de ahí que sea excluido como personal propio para ejercer potestades públicas o para ocupar puestos con participación en intereses generales.

La DT 4 del TREBEP, hasta la entrada en vigor de la Ley 20/2021, preveía que

las Administraciones Públicas podrán efectuar convocatorias de consolidación de empleo a puestos o plazas de carácter estructural correspondientes a sus distintos cuerpos, escalas o categorías, que estén dotados presupuestariamente y se encuentren desempeñados interina o temporalmente con anterioridad a 1 de enero de 2005.

El TJUE de la citada sentencia de 19 de marzo 2020 (Sánchez Ruiz) descartó la efectividad de esta medida para combatir los abusos en el empleo público porque se recogía en términos facultativos para las Administraciones Públicas, y no como una obligación<sup>38</sup>. Esa misma sentencia declaró que la indemnización por despido improcedente, prevista en el ordenamiento jurídico-laboral español, tampoco era adecuada para lograr el efecto útil de la Directiva,

---

<sup>38</sup> Este fallo ha abocado a que el europarlamentario del Partido Popular realizara tres preguntas al Comisario Europeo de Empleo, sobre el Decreto-Ley de 2021 por regular procesos selectivos no acordes a la sentencia del Tribunal Europeo de 19/03/2020. Para este grupo, aunque con méritos, son procesos de resultado incierto que según el Tribunal Europeo no eximen de una sanción al abuso de temporalidad en el empleo público. Las preguntas concretas se encuentran en el blog de APISCAM <http://apiscam.blogspot.com/2021/09/el-comisario-europeo-de-empleo-responde.html>.



debido a que el Derecho no especifica que esta indemnización tiene por finalidad sancionar el abuso ocurrido; y por ser otra su finalidad, como es sabido<sup>39</sup>.

De este modo, ahora parafraseando al TJUE de la sentencia Sánchez Ruiz

la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco asigna a los Estados miembros un objetivo general, consistente en la prevención de tales abusos, dejándoles sin embargo la elección de los medios para alcanzarlo, siempre que no pongan en peligro el objetivo o el efecto útil del Acuerdo Marco (sentencia de 21 de noviembre de 2018, De Diego Porras, C-619/17, EU:C:2018:936, apartado 86 y jurisprudencia citada) (apdo. 85).

La preferencia por la contratación fija y la ineludible flexibilidad para que las necesidades de ambas partes de una relación laboral se adapten a unas circunstancias concretas, frontispicio del Acuerdo Marco, y transcripción de su efecto útil, han presidido la Exposición de Motivos de la Ley 20/2021. Falta ahora comprobar todas esas proyecciones del legislador en la letra de esta Ley.

### 3.1. Los procesos de concurso/oposición

En la Ley 20/2021 (art. 2.1), adicionalmente a los procesos de estabilización que regularon los artículos 19.uno.6 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, y 19.uno.9 de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, se autoriza una tasa adicional para la estabilización de empleo temporal que incluirá las plazas de naturaleza estructural que estando dotadas presupuestariamente, «hayan estado ocupadas de forma temporal e ininterrumpidamente al menos en los tres años anteriores a 31 de diciembre de 2020» (muy crítico con estos procesos se muestra Boltaina Bosch, 2018b, 140 ss).

Es evidente que a los procesos selectivos que se convoquen, y que cuenten en la Ley 20/2021 con unos plazos ciertos<sup>40</sup> —cumpliendo así el mandato del TJUE—, podrán presentarse el PINF y el resto de personal laboral tempo-

<sup>39</sup> De todos modos, la STS 28 septiembre 2021 (n. rec. 2626/2018), apelando a la doctrina de la STS 16 julio 2020 (rcud. 361/2018) y las citadas por esta, ha reconocido una indemnización por despido improcedente a un trabajador INF que ocupaba una plaza de funcionario y que, tras su cese, fue ocupada por un funcionario. La fundamentación jurídica que sustenta este fallo es que el TS declara que no se trata de un cese reglamentario. Más recientemente, véase la STS 23 febrero 2022 (n. rec. 1009/2018). Ambas sentencias reprochan a la Administración no haber iniciado el procedimiento previsto en la DA 16 ET, que permitía a las AAPP aplicar el despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Como es sabido, esta DA ha sido derogada por el RDL 32/2021.

Por su parte, el cese por cobertura «reglamentaria» de la plaza sigue generando una indemnización de 20 días de salario por año de servicio. Entre las últimas sentencias dictadas en este sentido véase la STS, 23 febrero 2022 (Rcud. 3724/2018).

<sup>40</sup> Conforme al art. 2.2 «in fine» de la Ley 20/21, esos procesos deberán finalizar antes del 31 de diciembre de 2024.

ral, aunque también cualquier ciudadano<sup>41</sup>. En estos momentos no está claro cómo se resolverán esos procesos ya que la Ley 20/2021 (art. 2.4 «in fine») se remite a la normativa propia de función pública de cada Administración, a lo que disponga la normativa específica, incluso a lo que se acuerde tras el proceso de negociación colectiva previsto en el art. 37.1 c) TREBEP. Este último apartado solo contempla la posibilidad de negociar sobre «Las normas que fijen los criterios generales en materia de acceso»; que no sobre el acceso al empleo público en cuanto materia integral (Sánchez Morón, 2020: 279). En este sistema de selección que será de concurso-oposición, la Ley 20/2021, en el precepto citado, permite que la fase de concurso se valore con un 40% de la puntuación total, el límite de lo tolerable conforme a la doctrina jurisprudencial (Roqueta Buj, 2021: 18)<sup>42</sup>, «en la que se tendrá en cuenta mayoritariamente la experiencia en el cuerpo, escala, categoría o equivalente de que se trate pudiendo no ser eliminatorios los ejercicios en la fase de oposición», decisión que corresponderá al marco de la negociación colectiva establecida en el art. 37.1 c) TREBEP<sup>43</sup>. Ciertamente, esta ponderación, si es que se incluye en la normativa de desarrollo, favorecería de modo intenso a los empleados temporales respecto del resto de ciudadanos, aunque desconocemos si esta posible prerrogativa a favor de los empleados temporales que están ocupando esas plazas en cuestión, sería suficientemente resarcitoria a los ojos del TJUE. Por eso es necesario acudir a los escenarios previstos tras la celebración de dichos concursos-oposición:

<sup>41</sup> La Resolución de la Secretaría de Estado de Función Pública sobre las orientaciones para la puesta en marcha de los procesos de estabilización derivados de la ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público (Disponible en [https://doc-0s-3k-docs.googleusercontent.com/docs/securesc/pq71nm3toqt7cs8rbrs3op4fkfj7nh/ov9l7fpg3lhiv1gb06rq2gppq060tt5m/1649055600000/11229939904705506222/1430815640711700126Z/1envDRPtoglZk9ZAserJzUD\\_izyBqUWXV?e=download&nonce=tu3lcnrdak0q&user=1430815640711700126Z&hash=oirnflm2finsa5rqnslgtsmn1j373im2](https://doc-0s-3k-docs.googleusercontent.com/docs/securesc/pq71nm3toqt7cs8rbrs3op4fkfj7nh/ov9l7fpg3lhiv1gb06rq2gppq060tt5m/1649055600000/11229939904705506222/1430815640711700126Z/1envDRPtoglZk9ZAserJzUD_izyBqUWXV?e=download&nonce=tu3lcnrdak0q&user=1430815640711700126Z&hash=oirnflm2finsa5rqnslgtsmn1j373im2)), insiste en la prohibición de realizar convocatorias restringidas (apdo. 3.2), debiéndose dar cumplimiento a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad derivado de los anteriores.

<sup>42</sup> Así se recuerda en el art. 3.4.1. de la Resolución de la Secretaría de Estado de Función Pública sobre las orientaciones para la puesta en marcha de los procesos de estabilización derivados de la ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público (Disponible en [https://doc-0s-3k-docs.googleusercontent.com/docs/securesc/pq71nm3toqt7cs8rbrs3op4fkfj7nh/ov9l7fpg3lhiv1gb06rq2gppq060tt5m/1649055600000/11229939904705506222/1430815640711700126Z/1envDRPtoglZk9ZAserJzUD\\_izyBqUWXV?e=download&nonce=tu3lcnrdak0q&user=1430815640711700126Z&hash=oirnflm2finsa5rqnslgtsmn1j373im2](https://doc-0s-3k-docs.googleusercontent.com/docs/securesc/pq71nm3toqt7cs8rbrs3op4fkfj7nh/ov9l7fpg3lhiv1gb06rq2gppq060tt5m/1649055600000/11229939904705506222/1430815640711700126Z/1envDRPtoglZk9ZAserJzUD_izyBqUWXV?e=download&nonce=tu3lcnrdak0q&user=1430815640711700126Z&hash=oirnflm2finsa5rqnslgtsmn1j373im2))

<sup>43</sup> De nuevo, véase el art. 3.4.1. de la Resolución de la Secretaría de Estado de Función Pública sobre las orientaciones para la puesta en marcha de los procesos de estabilización derivados de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público (Disponible en [https://doc-0s-3k-docs.googleusercontent.com/docs/securesc/pq71nm3toqt7cs8rbrs3op4fkfj7nh/ov9l7fpg3lhiv1gb06rq2gppq060tt5m/1649055600000/11229939904705506222/1430815640711700126Z/1envDRPtoglZk9ZAserJzUD\\_izyBqUWXV?e=download&nonce=tu3lcnrdak0q&user=1430815640711700126Z&hash=oirnflm2finsa5rqnslgtsmn1j373im2](https://doc-0s-3k-docs.googleusercontent.com/docs/securesc/pq71nm3toqt7cs8rbrs3op4fkfj7nh/ov9l7fpg3lhiv1gb06rq2gppq060tt5m/1649055600000/11229939904705506222/1430815640711700126Z/1envDRPtoglZk9ZAserJzUD_izyBqUWXV?e=download&nonce=tu3lcnrdak0q&user=1430815640711700126Z&hash=oirnflm2finsa5rqnslgtsmn1j373im2))

—Si un empleado público temporal laboral con los requisitos de permanencia exigidos por la Ley se presenta —y no supera dicho proceso de estabilización—, su relación con la Administración podría finalizar y le correspondería una indemnización por la extinción de su contrato, en cuyo supuesto la Administración procederá a abonar al empleado la diferencia entre la compensación a la que tendría derecho un funcionario público interino (20 días con el límites de 12 mensualidades), y la indemnización a la que tuviere derecho el personal laboral. Esa misma operación de abonar la «diferencia» entre ambas cantidades se hará también en el caso de que finalmente la indemnización laboral fuera dictada por un órgano judicial.

Debe tenerse en cuenta que, en contra de lo dispuesto por la doctrina del TJUE analizada en este trabajo, el legislador no especifica en la Ley que la finalidad de dicha indemnización sea la de sancionar el abuso ocurrido, como de hecho exige el TJUE. Sin embargo, a pesar de esa posible «deficiencia técnica» (con más profundidad, Beltrán de Heredia, 2022)<sup>44</sup> entendemos que dado que, hasta esta Ley, la finalización de los contratos temporales por sustitución no era tributaria de indemnización alguna<sup>45</sup>, el legislador de 2021 ha pretendido resarcir al empleado temporal que reúna los requisitos que le permiten acceder a estas pruebas; esto es, a los empleados que «hayan estado ocupando plazas de naturaleza estructural dotadas presupuestariamente, de forma temporal e ininterrumpidamente al menos en los tres años anteriores a 31 de diciembre de 2020».

En conclusión, el personal laboral temporal cobrará la diferencia entre i) la compensación económica a la que tienen derecho los funcionarios interinos y el personal estatutario, y ii) la indemnización laboral que le correspondiera. Recuérdese que el art. 49.c) ET no reconoce ningún derecho a ser indemnizado al trabajador que deje su puesto por el regreso del titular al que sustituía<sup>46</sup>, por lo que la indemnización se accionará,

<sup>44</sup> Disponible en <https://ignasibeltran.com/2022/02/06/el-empleo-laboral-temporal-en-el-sector-publico-a-la-luz-de-la-da17a-ebep-y-del-rdley-32-2021/>.

<sup>45</sup> Véase el art. 49.1.c) del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y que no ha sido alterado por el RDL 32/2021.

<sup>46</sup> A este respecto el Auto 83/2022, de 11 de mayo, del Tribunal Constitucional ha inadmitido la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el TSJ Madrid sobre el derecho a indemnización del personal laboral interino por sustitución. Para el tribunal autonómico, la diferencia de trato entre los contratos temporales y los contratos de interinidad, podía provocar una vulneración del art. 14 CE.

Sin embargo, el TC hace suya una interpretación «sui generis» de la finalidad de la indemnización, que no por ser cierta, debe ser la única. Señala la sentencia que «Con la indemnización de los contratos temporales se trata de estimular a la empresa para que trate de prorrogar el contrato temporal, si fuera posible, o lo convierta en indefinido. Por el contrario, este estímulo no tiene sentido en un contrato de interinidad en el que el puesto de trabajo y, por tanto, el empleo permanece en

en los casos más frecuentes, y atendiendo a lo dispuesto en el art. 49 ET) por i) expiración del tiempo convenido (12 días de indemnización); por ii) voluntad del trabajador (33 días/24 mensualidades), por iii) despido improcedente (33 días/24 mensualidades), y por iv) despido objetivo (20 días, en caso de procedencia, o 33 en el caso de improcedencia).

En este sentido, no se olvide que la indemnización laboral no podrá ser igual a la compensación económica de los funcionarios interinos de 20 días/12 mensualidades, habida cuenta de que se ha derogado la DA 16 ET que permitía a la Administración acudir al despido por causas organizativas. Por eso, invocando al art. 49 ET relativo a la «Extinción del contrato», la administración deberá extinguir los contratos del personal que no haya superado este proceso, y acudir, normalmente, al despido del trabajador (art. 49 apdo. k), de modo que la indemnización será o procedente o improcedente. Si la calificación judicial del despido fuera procedente (sin derecho a ninguna indemnización por tanto), no queda claro a qué indemnización tendría derecho el trabajador público temporal (dado que la diferencia entre la compensación de 20 días y 0 días de indemnización daría lugar a -20), aunque es lógico pensar que la «diferencia» entre ambas referencias debería dar lugar a 20 días. En el caso, más probable, de que el despido fuera calificado como improcedente, la diferencia entre ambas cantidades (33 días y 20) arrojaría el resultado de indemnizar con 13 días a ese trabajador, algo que también queda fuera de toda lógica<sup>47</sup>.

Sea como fuere, no parece que el cálculo de dicha indemnización llegue a compensar el abuso cometido por la Administración, por lo menos en los casos más prolongados de temporalidad, habida cuenta de que en el cálculo máximo de la misma se impondrá el límite infranqueable de las mensualidades. En caso de que la citada indemnización fuere reconocida en vía judicial, se procederá igualmente a la compensación de cantidades (art. 2.6 Ley 20/2021).

Ahora en relación con el personal funcionario interino, en línea con la doctrina reciente del TS (Sala contencioso-administrativa, citada), con la

---

todo caso al ser cubierto por la persona sustituida que se reincorpora de nuevo a la empresa, o por quien haya sido seleccionada para su cobertura definitiva. Se está garantizando, de este modo, en un contrato de interinidad el derecho al trabajo de la persona sustituida». El máximo intérprete de la CE pasa por alto las expectativas generadas en una persona, como la trabajadora de autos, que ha pasado 22 años en un puesto de trabajo.

<sup>47</sup> Tampoco aclara esta cuestión el art. 5 —relativo a la compensación económica— de la Resolución de la Secretaría de Estado de Función Pública sobre las orientaciones para la puesta en marcha de los procesos de estabilización derivados de la ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público (disponible en [https://doc-0s-3k-docs.googleusercontent.com/docs/securesc/ppq71nm3toqt7cs8rbrs3op4fkflj7nh/ov9l7fpg3lhiv1gb06rq2gppq060tt5m/1649055600000/11229939904705506222/14308156407111700126Z/1envDRPtoZk9ZAsErJzuD\\_izyBqUWXV?e=download&nonce=tu3lcnrdak0q&user=14308156407111700126Z&hash=oirnflm2fnsa5rqnslgtsmn1j373im2](https://doc-0s-3k-docs.googleusercontent.com/docs/securesc/ppq71nm3toqt7cs8rbrs3op4fkflj7nh/ov9l7fpg3lhiv1gb06rq2gppq060tt5m/1649055600000/11229939904705506222/14308156407111700126Z/1envDRPtoZk9ZAsErJzuD_izyBqUWXV?e=download&nonce=tu3lcnrdak0q&user=14308156407111700126Z&hash=oirnflm2fnsa5rqnslgtsmn1j373im2) )

Ley 20/2021 se habría resuelto el problema de falta de sustento jurídico para reconocer una compensación o indemnización al empleado que ha continuado prestando servicios a pesar de lo abusivo de su relación de interinidad o temporalidad.

- No obstante lo anterior, la DA 4 de la Ley 20/2021 prevé que las convocatorias de estabilización que se publiquen podrán prever, para aquellas personas que no superen el proceso selectivo pero que, habiéndose presentado, hayan obtenido la puntuación que la convocatoria considere suficiente, su inclusión en bolsas de personal laboral temporal «específicas» o su integración en bolsas ya existentes. La Disposición citada se remite también a esas convocatorias para la determinación de la puntuación suficiente que permita a ese personal integrarse en estas bolsas específicas. Entendemos que esta solución ahondaría en la naturaleza temporal de la relación jurídica de ese personal. Por otro lado, el desarrollo normativo de esta previsión en las propias convocatorias de estabilización, que aparece en términos potestativos, nos dará la medida exacta de su seguimiento y ejecución. Además, creemos que la inclusión de este personal en «bolsas específicas» es una solución más acorde con la doctrina del TJ, en la medida que busca la efectiva —y particular, podría añadirse— reparación del abuso cometido<sup>48</sup>. Se recordará en este momento que el TJ<sup>49</sup> consideró que la consolidación del empleo temporal previsto en la DT 4 TREBEP<sup>50</sup> —que ya no está vigente— no era eficaz para prevenir el abuso, en la medida en que esos procesos se contemplaban en términos facultativos para las AAPP, y no como una obligación. El TJ añadía que la concurrencia de los aspirantes a esas pruebas era permeable, de modo que las pruebas no se prevenían únicamente para las personas que hubieran sufrido el abuso en la contratación temporal el TJUE, sino para todos los que cumplieran los requisitos.

<sup>48</sup> En efecto, como sostiene Roqueta Buj, 2021: 12, la posibilidad de integrarse en bolsas se tiene que abrir por igual a todas las personas opositoras y no circunscribir al personal temporal pues de lo contrario se menoscabaría el derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargo públicos con los requisitos que señalen las Leyes.

<sup>49</sup> STJUE 19 marzo 2020.

<sup>50</sup> Esta *Disposición preveía que* «1. Las Administraciones Públicas podrán efectuar convocatorias de consolidación de empleo a puestos o plazas de carácter estructural correspondientes a sus distintos cuerpos, escalas o categorías, que estén dotados presupuestariamente y se encuentren desempeñados interina o temporalmente con anterioridad a 1 de enero de 2005.

2. Los procesos selectivos garantizarán el cumplimiento de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

3. El contenido de las pruebas guardará relación con los procedimientos, tareas y funciones habituales de los puestos objeto de cada convocatoria. En la fase de concurso podrá valorarse, entre otros méritos, el tiempo de servicios prestados en las Administraciones Públicas y la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria.

Los procesos selectivos se desarrollarán conforme a lo dispuesto en los apartados 1 y 3 del artículo 61 del presente Estatuto».

— Por el contrario, la no participación del candidato en el proceso selectivo de estabilización no le dará derecho a la compensación/indemnización económica en ningún caso (art. 2.6 «in fine» de la Ley 20/2021). Tampoco compartimos el efecto de esta previsión de la ley ya que el abuso previo cometido por la Administración no encontraría sanción alguna. Se insistirá en que el proceso de estabilización, en sí, no es una medida de sanción del abuso sino de prevención del abuso, como recuerda la doctrina TJ anteriormente citada.

Evidentemente, la superación del proceso selectivo por parte del personal temporal convertirá al empleado en personal indefinido «fijo». Con todo, se mirará ahora al proceso excepcional y específico de concurso «más cerrado» que también contempla la Ley 20/2021 —y, por tanto, en mayor sintonía con la doctrina del TJUE citada a lo largo de las páginas anteriores—.

### 3.2. El proceso excepcional del concurso de méritos

En el proceso de convalidación del RDL 14/2021 que dio lugar a la Ley 20/2021 se adoptó «in extremis» una nueva disposición, la sexta<sup>51</sup>, que permite realizar, con carácter excepcional y por una sola vez, un concurso de méritos en «aquellas plazas que, reuniendo los requisitos establecidos en el artículo 2.1 hubieran estado ocupadas con carácter temporal de forma ininterrumpida con anterioridad a 1 de enero de 2016». La Exposición de Motivos de la Ley 20/2021 justifica el amparo normativo de esa disposición, apelando al «concepto jurisprudencial» de interinidad de larga duración superior a cinco años. Dado que se trata de una noción jurisprudencial y que por su carácter de normativa básica, resulta de aplicación al conjunto de las Administraciones Públicas, esa disposición garantizaría la igualdad en todo el territorio. No solo se ampara al legislador en la jurisprudencia, sino que entiende que dicha disposición «es razonable, proporcionada y no arbitraria». El legislador basa su decisión en que la norma afecta a todas las plazas de carácter estructural «ocupadas» de forma temporal e ininterrumpida con anterioridad al 1 de enero de 2016, fecha que se corresponde con las tasas de reposición cero de los ejercicios 2012 al 2015. Esa austera normativa provocó que no fuera posible incorporar, a las

<sup>51</sup> <https://elpais.com/economia/2021-11-11/los-interinos-que-ocupen-la-misma-plaza-desde-antes-de-2016-podran-convertirse-en-fijos-sin-necesidad-de-opositar.html>. En noviembre 2021, en el momento de la convalidación del RDL 14/2021, se introdujeron tres disposiciones adicionales en el texto original del RDL 2021, en las que se manifiesta la posibilidad de realizar, con carácter excepcional y por una sola vez, un concurso de méritos en «aquellas plazas que, reuniendo los requisitos establecidos en el artículo 2.1 hubieran estado ocupadas con carácter temporal de forma ininterrumpida con anterioridad a 1 de enero de 2016».

Véase el concienzudo análisis de las 182 enmiendas presentadas al texto inicial del RDL 2021 en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/10/notas-las-enmiendas-presentadas-al.html>

correspondientes ofertas de empleo público, las plazas que en esos momentos se estaban ocupando en régimen de interinidad<sup>52</sup>.

En efecto, la DA 8 de la Ley 20/2021 incluye en esos procesos de estabilización a los que se refiere la DA 6, las plazas vacantes de naturaleza estructural ocupadas por personal temporal, y con anterioridad al 1 enero de 2016. Dicho de otro modo, esta reforma introduce la posibilidad de que los empleados públicos que lleven al menos 6 años (contados «hacia atrás» desde la entrada en vigor de la ley —30 de diciembre de 2021— hasta el 1 de enero de 2016) prestando sus servicios en la misma plaza, consigan una plaza fija, sin necesidad de opositar, y únicamente mediante un concurso de méritos. Esta posibilidad se ampara en el artículo 61.6 del TREBEP: El personal que obtenga la mejor puntuación en esos concursos de méritos adquirirán la condición de fijos en esas plazas, y lo conseguirán antes del 31 de diciembre de 2024.

Si bien el recurso al concurso de méritos como instrumento para mejorar los índices de temporalidad en el empleo público ha sido mejor recibido por el sector laboralista de la doctrina que por el sector administrativista, lo cierto es que plantea dudas respecto del término «plazas», que no es lo mismo que «puestos de trabajo»<sup>53</sup>. Por este motivo llama la atención que la Ley 20/2021 no se detenga más en los posibles escenarios derivados de estos concursos, que dejarán sin plaza a más de un empleado temporal que reúne los requisitos de la DA 6. Quiere decirse con ello que la Ley 20/21 descuida acometer la situación en la que quedarán los empleados que no superen los procesos de estabilización vía «concursos»: ni siquiera dispone si tendrían derecho a algún tipo de indemnización. En tanto que la Ley no lo prohíbe, parece que esas personas podrían presentarse también, preventivamente o después, a los procesos de concurso/oposición del art. 2 Ley 20/21. Es fácil apreciar, entonces, las «lagunas» que observa la Ley, aunque evidentemente tanto la normativa específica de las convocatorias

<sup>52</sup> Cantero Martínez, 2021: 4, manifiesta serias dudas sobre la constitucionalidad de esta disposición, por contraposición al art. 23.2 CE. La autora (2021: 43) tampoco cree que la diferencia de trato instaurada por la Ley 20/2021 (procesos de estabilización a través de concursos) respete el principio de proporcionalidad, razonabilidad y no arbitrariedad; y al contrario opina que las altas tasas de temporalidad se deben a la mala praxis de las AAPP españolas, aparte de que «convocatoria excepcional puede plantear agravios comparativos con el personal funcionario afectado por los otros dos procesos de estabilización procedentes de las leyes presupuestarias de 2017 y 2018 o, en su caso, de los que se deriven del art. 2 del Real Decreto-ley».

<sup>53</sup> Las orientaciones para la definición de las plazas que puedan ser sometidas a estos procesos se recogen en la Resolución de la Secretaría de Estado de Función Pública sobre las orientaciones para la puesta en marcha de los procesos de estabilización derivados de la ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público (Disponible en [https://doc-0s-3k-docs.googleusercontent.com/docs/securesc/pq71nm3toqt7cs8rbrs3op4fkfj7nh/ov9l7fpg3lhiv1gb06grq2gppq060tr5m/1649055600000/11229939904705506222/14308156407111700126Z/1envDRPtoGlZk9ZASerJzuD\\_izyBqUWXV?e=download&nonce=tu3lcnrdak0q&user=14308156407111700126Z&hash=oirnflm2finsa5rqnslgtsmn1j373im2](https://doc-0s-3k-docs.googleusercontent.com/docs/securesc/pq71nm3toqt7cs8rbrs3op4fkfj7nh/ov9l7fpg3lhiv1gb06grq2gppq060tr5m/1649055600000/11229939904705506222/14308156407111700126Z/1envDRPtoGlZk9ZASerJzuD_izyBqUWXV?e=download&nonce=tu3lcnrdak0q&user=14308156407111700126Z&hash=oirnflm2finsa5rqnslgtsmn1j373im2)).

como la negociación colectiva podrán integrar esas incertidumbres que surgen en la fase del «post-concurso».

A pesar de que esta DA 6 no se auto-identifique como una sanción por el abuso cometido por aquellas administraciones que hayan incumplido el mandato de convocar OPE cada tres años, no habiendo motivos que justifiquen dicho incumplimiento, lo cierto es que su redacción en términos de excepcionalidad y con invocación de las plazas ocupadas durante un plazo de tiempo largo, así como el efecto principal de convertir en fijos a quienes superen el concurso, hacen de ella una medida ajustada a la doctrina del TJUE elaborada sobre esta cuestión. En efecto, estos procedimientos favorecerán intensamente al personal temporal (Cantero Martínez, 2021: 4; en otro sentido, Brufao Curiel, 2021: 44 y ss), y por eso mismo, parece que esta medida puede conseguir un efecto reparador sobre el personal sometido a lapsos tan largos de temporalidad. Parte de la doctrina científica (Sánchez Morón, 2020; Jiménez Asensio, 2019; Cantero Martínez, 2021), sin embargo, ha criticado que el legislador de la Ley 20/2021 desafíe los principios de mérito y capacidad contemplados en el art. 103 CE para convertir en fijos a muchos empleados temporales, siempre que estuvieran contratados antes de la entrada en vigor de la Ley 20/2021, y en las circunstancias señaladas.

En realidad, hay muchas dudas respecto de si la situación actual de elevadísima temporalidad en el sector público responde a una situación excepcional tal que permita al legislador el obrar de este modo, toda vez que esos índices de temporalidad están presentes desde hace décadas (Cantero Martínez, 2021: 16). En otras palabras, la cuestión radica en decidir si la medida adoptada por el legislador en esta disposición supera o no los principios de razonabilidad y proporcionalidad de la medida, en cuanto a que los intereses de las personas que no ocuparon ninguna plaza en las franjas temporales señaladas por la ley, serán frustrados, y por tanto, es seguro que decaerán sus expectativas de acceder al empleo público. La respuesta, por polémica y por situarse en los extremos de la ponderación, es muy compleja y difícil y por tanto no es aventurado suponer que más de un ciudadano «damnificado» por esta medida alegará su derecho al acceso al empleo conforme a dichos principios.

Para tratar de responder a esta cuestión, conviene recordar lo expuesto en la STC 86/2016, 28 de abril. Esta sentencia declaró, respecto de la valoración de la experiencia previa del personal público —aunque se refirió al funcionario interino—, y remitiéndose a jurisprudencia anterior<sup>54</sup>, que

la consideración de los servicios prestados no es ajena al concepto de mérito y capacidad, pues el tiempo efectivo de servicios puede reflejar la aptitud o capacidad para

---

<sup>54</sup> STC 11/2014, 26 de junio.



desarrollar una función o empleo público y, suponer, además, en ese desempeño, unos méritos que pueden ser reconocidos y valorados.

El TC de esa sentencia afirma que, en determinados supuestos extraordinarios, se ha considerado acorde con la Constitución que se establezca un trato de favor a unos participantes sobre otros. Se trataría de supuestos en los que las especiales circunstancias de una Administración y el momento concreto en el que se celebraban esas pruebas, justificaban la desigualdad de trato entre los participantes, beneficiando a aquellos que ya habían prestado en el pasado servicios profesionales en situación de interinidad en la Administración convocante<sup>55</sup>, y así se hubiera manifestado en la oportuna convocatoria, puesto que en otro caso se provocaría la desigualdad de trato.

Entre esas causas extraordinarias, apunta el TC «singular, puntual y transitoria necesidad de tener que poner en funcionamiento una nueva forma de organización de las Administraciones autonómicas resultante de la asunción de competencias que antes correspondían al Estado».

La pregunta que subyace nuevamente es si, tras esta Ley 20/2021, la Administración Pública en general abre las puertas a una nueva forma de organización, o qué otras circunstancias tan especiales se presentan en esta ocasión en la que, de nuevo, se ha puesto en marcha un acceso tan excepcional al empleo público. En el preámbulo de la Ley 20/2021 se apela, en general, al cumplimiento al Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (en adelante, PRTR), ya evaluado favorablemente por la Comisión Europea en la Propuesta de Decisión de Ejecución del Consejo, de 22 de junio de 2021, relativa a la aprobación de la evaluación del citado Plan, contemple en su componente 11, relativo a la Modernización de las Administraciones Públicas, la reforma referida a la reducción de la temporalidad en el empleo público. Esto supone un antes y un después a la hora de afrontar las reformas estructurales de calado para adaptar y hacer más eficiente el funcionamiento de las Administraciones Públicas, su régimen jurídico y la ineludible planificación de la gestión de los recursos humanos para garantizar la prestación de unos servicios públicos de calidad. Por otra parte, más específicamente, entendemos que debe hacerse hincapié en la naturaleza de las plazas que se serán sometidas al procedimiento de la DA 6: la propia EM alude a que se trata de plazas de carácter estructural y que han sido ocupadas de forma temporal e ininterrumpida con anterioridad a 1 de enero de 2016 a consecuencia de las tasas de reposición cero de los ejercicios 2012 al 2015, que provocaron la imposibilidad de incorporarlas en las correspondientes ofertas de empleo público. Si esa congelación del empleo público, unida al compromiso que España

---

<sup>55</sup> El mismo TC se basa en sus anteriores decisiones de la STC 67/1989, de 18 de abril; 185/1994, de 20 de junio; 12/1999, de 11 de febrero; 83/2000, de 27 de marzo, 107/2003, de 2 de junio o la STC 27/2012, de 1 de marzo.

ha adoptado con la Comisión europea, se identifican con supuestos extraordinarios, o simplemente complejos para la consolidación del empleo público será una valoración que, en su caso, corresponderá hacer a nuestros tribunales.

Volviendo a la cuestión del PINF, la desaparición de la DA 15 ET dificultará sobremanera —o simplemente, impedirá— la declaración judicial de personal indefinido no fijo de ese personal temporal que no supere el concurso de méritos. En una interpretación sistemática de esta Ley, cuya laguna ha sido recientemente enmendada por las orientaciones para la puesta en marcha de los procesos de estabilización derivados de la Ley 20/2021<sup>56</sup>, ese personal podrá concurrir a los procesos de estabilidad de empleo temporal. Con todo y con eso, los breves plazos que dispone la Ley tanto para la convocatoria de los concursos/oposición (art. 2 Ley 20/21) como de los concursos excepcionales (DA 6), van a actuar en contra de los intereses de ciertos empleados temporales. Si bien es cierto que, desde un punto de vista del personal laboral temporal, será más fácil superar un concurso de méritos que otro que además cuente con una fase de oposición, lo es también que la Ley 20/2021 no contempla ningún otro efecto resarcitorio si no se logra la plaza del concurso (DA 6). Al contrario, la Ley sí prevé ciertos escenarios en el caso de los procedimientos de concurso/oposición del art. 2. Al referirse dicha Disposición a las «plazas», y no a las personas —como no podía ser de otra forma—, es seguro que concurrirán a las mismas plazas más de un candidato.

Por otra parte, se desconoce si ambos procedimientos se organizarán de manera simultánea o sucesiva en el tiempo. Si se hiciera sucesivamente, entonces el personal laboral de más larga duración, en el caso de no superar el concurso, tendría además, derecho a presentarse a los concursos/oposición y acceder, de paso, a las opciones que permite el art. 2 Ley 20/2021.

#### **4. Los efectos legales de la superación del plazo máximo de permanencia por parte del personal nombrado o contratado tras la entrada en vigor de la Ley 20/2021**

La Ley 20/2021, con reforzar las causas de la contratación temporal y contemplar medidas de prevención del abuso en este tipo de modalidades contractuales, no es ajena a la posibilidad —a futuro— de que los operadores jurídicos

---

<sup>56</sup> Respecto de la posible concurrencia del PINF a estos procesos —ambos, es decir el del art. 2 y el de la DA 6—, véase, en positivo, el apdo. 1.5 de la Resolución de la Secretaría de Estado de Función Pública sobre las orientaciones para la puesta en marcha de los procesos de estabilización derivados de la ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público (Disponible en <https://icaitam.files.wordpress.com/2022/04/orientaciones-procesos-estabilizacion.pdf>).

incumplan sus previsiones. De ahí que la nueva DA 17 TREBEP —introducida por la Ley 20/21—, cuyas previsiones serán de aplicación únicamente respecto del personal temporal nombrado o contratado con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley (DT 2 de la Ley 20/2021), registre diversas respuestas jurídicas para los supuestos en que el personal en régimen temporal supere el plazo máximo de permanencia previsto en esta Ley, esto es, los 3 años. El primer bloque de esas respuestas se dirige a las Administraciones Públicas y a los órganos que las integran.

El primer apartado de la citada DA 17 recuerda que las Administraciones Públicas serán responsables del cumplimiento de las previsiones contenidas en la presente norma, invitándose a las mismas a promover, en sus ámbitos respectivos, el desarrollo de criterios de actuación que permitan asegurar el cumplimiento de esta disposición, así como una actuación coordinada de los distintos órganos con competencia en materia de personal. No solo lo anterior; además, las actuaciones irregulares en la presente materia darán lugar a la exigencia de las responsabilidades que procedan de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas<sup>57</sup>.

Por su parte, cualquier acto administrativo o disposición reglamentaria, pero también un pacto o acuerdo —entendiéndose por «colectivo» en el sentido de producto de la negociación colectiva (art. 37 TREBEP)—, o las medidas que se adopten en su cumplimiento o desarrollo, cuyo contenido directa o indirectamente suponga el «incumplimiento por parte de la Administración» de los «plazos máximos de permanencia» como personal temporal, será nulo de pleno derecho (DA 17.3 TREBEP). Parece que la previsión contenida en el apdo. 5 de esa DA representa la consecuencia que debe anudarse a la nulidad. En efecto, conforme a este último apartado, y refiriéndonos solo al caso del personal laboral temporal<sup>58</sup>, el «incumplimiento de los plazos máximos de permanencia» dará derecho a percibir la compensación económica prevista en este apartado

<sup>57</sup> En efecto, concretamente tras la Ley 3/2017, esa declaración de INF solo puede efectuarse por decisión judicial: no cabe ni la auto-declaración ni tan siquiera el acta de la inspección de trabajo. Véase, Boltaina Bosch, 2018b: 147.

<sup>58</sup> «Es personal laboral el que, en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas». Llámese la atención sobre que la DA 4 del RDL 32/2021, titulada, Régimen aplicable al personal laboral del sector público, prevé que los contratos por tiempo indefinido y los fijos-discontinuos podrán celebrarse cuando resulten esenciales para el cumplimiento de los fines que las AAPP y las entidades que conforman el sector público institucional tenga encomendados, previa expresa acreditación. Por otra parte, esa misma Disposición posibilita que se suscriban contratos de sustitución para cubrir temporalmente un puesto de trabajo hasta que finalice el proceso de selección para su cobertura definitiva, recordando que deberá hacerse de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad y en los términos establecidos en la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público.

(20 días con el máximo de 12 mensualidades), sin perjuicio de la indemnización que pueda corresponder por vulneración de la normativa laboral específica<sup>59</sup>.

Una vez más, la Ley omite cualquier referencia a la posible declaración de personal indefinido no fijo para aquellos que hayan podido verse afectados por disposiciones declaradas nulas. De manera distinta a lo que ocurre en el ámbito de la empresa privada, donde con la reforma operada por el RDL 32/2021 va a ser más sencilla la declaración de trabajador indefinido ante supuestos de fraude de ley y/o encadenamiento de contratos de trabajo superando los límites previstos en el art. 15 ET, en el ámbito de la empresa pública se evita esta sanción jurídica. Esta reacción es en parte comprensible dado que el Auto del Pleno del TC 124/2009, de 28 de abril, justificó que las irregularidades de la contratación tengan un alcance muy distinto en el sector privado y en el sector público aunque haya autores que denuncien que se incurriría en una situación de discriminación entre los trabajadores del sector público y los trabajadores del sector privado, Castellano Burguillo: 2016, 285).

## 5. Reflexiones finales

A lo largo de las páginas anteriores, ha quedado constancia de que la Ley 20/2021 dota de nuevos instrumentos de prevención y sanción del abuso de la temporalidad en la contratación pública. Nos hallamos ante un esfuerzo legislativo sin precedentes que pretende dotar de un nuevo paradigma a las AAPP. Sin embargo, por provisión de su DT 2, las medidas que actualmente contempla la DA 17 TREBEP se aplicarán al personal contratado con posterioridad al 29 de diciembre de 2021. Por su parte, los dos procesos de estabilización del empleo temporal previstos en la Ley (art. 2 y DA 6) se postergan en el tiempo, como no podía ser de otra forma dadas las necesidades de organización que requieren estos procesos.

La ausencia de disposiciones transitorias en la Ley 20/2021 que mitiguen los efectos de los incumplimientos acaecidos antes de su entrada en vigor y la postergación de los procesos de estabilización del empleo público, a más tardar, a diciembre de 2024, dejaba una importante bolsa de personal laboral temporal en una situación de incertidumbre legislativa; en particular el PINF. La reciente publicación de las citadas Orientaciones para la puesta en marcha de esos procesos de estabilización, al incluir a ese personal, ha enmendado una laguna que duraba demasiado tiempo. Esta decisión que introduce certezas donde la

---

<sup>59</sup> Se vuelven a plantear aquí las mismas incertidumbres que generó esta fórmula en el apartado anterior. Para más profundidad respecto de las dudas que suscita esta redacción, véase Beltrán de Heredia, I., en <https://ignasibeltran.com/2022/02/06/el-empleo-laboral-temporal-en-el-sector-publico-a-la-luz-de-la-da17a-ebep-y-del-rdley-32-2021/>.

Ley dejaba lagunas debe ser aplaudida, ya que ese colectivo de PINF es cada vez más nutrido, por obra de las decenas de pronunciamientos judiciales que se están conociendo.

En relación con la valoración de los efectos de los procesos de estabilización como medidas adecuadas para reparar el abuso cometido por las AAPP, somos de la opinión de que la DA 6 relativa a los concursos de méritos es una medida acorde con la doctrina del TJUE. Se entiende así dado que esos procesos provocarán «implícitamente» el reconocimiento de la estabilidad laboral de muchos empleados públicos temporales. Lo anterior supone que el legislador reconoce de alguna forma que la sanción jurídica que debe depararse a las irregularidades cometidas por las AAPP durante tanto tiempo debe ser la declaración de la fijeza. Como es lógico, ese objetivo debe ser coherente con otros principios constitucionales, lo que ha conducido al legislador a elaborar esos procesos de estabilización del personal temporal, a justificar su excepcionalidad, y a prohibir las convocatorias restringidas.

Otra reflexión que hemos venido haciendo en las páginas anteriores es la relativa a las resoluciones judiciales que se han dictado en relación con ese personal temporal. Hace un tiempo algún autor (Selma Penalva, 2018: 306) entendió que cuando la relación laboral de un INF finalizara, esa extinción podría ser calificada como despido nulo por parte de los jueces<sup>60</sup>. En realidad, si no hubo causa legal al inicio de la relación, o si esa causa no se ha acreditado por la duración inusualmente larga de la relación laboral, sobre todo en cumplimiento de la definición de contrato temporal que realiza la Directiva 1999/70-, y, podría

---

<sup>60</sup> Este autor (*op. cit. ult. cit.*), señalaba ya entonces que «aunque por el momento sea una opción que no se planteen nuestros jueces y tribunales, quizá, en una época de abusos indudables, la única forma de conseguir redimensionar esta figura sea la de considerar que el empleo público obtenido sin superar el preceptivo concurso de mérito y capacidad que exige la Constitución, carece de un presupuesto esencial de validez, lo que determinaría la nulidad del contrato así celebrado».

En otro sentido, cfr. Roqueta Buj, 2019: 142, en tanto que consideraba que de esta forma se defraudarían los procedimientos públicos para la contratación del personal.

Por citar alguna sentencia que se reconoce a un funcionario interino (que no personal laboral) la condición de fijo, incluso tratándose de un Juzgado de lo contencioso-administrativo, véase la Sentencia del Juzgado núm. 4 de lo Contencioso-Administrativo de Alicante, núm. 252/2020, de 8 de junio de 2020, dictada sobre una funcionaria interina municipal de larga duración que ocupó esta plaza tras superar un proceso selectivo, declara el abuso de la temporalidad prolongada durante más de 13 años de forma consecutiva y estable, sin que se hubieran establecido límites máximos de duración de los contratos temporales ni se hubiesen convocado los procesos selectivos en el plazo máximo de tres años establecidos en la normativa y que ni tampoco se amortizara dicha plaza, y reconoce como situación jurídica individualizada y como respuesta efectiva, proporcionada y disuasoria, el derecho de la recurrente al reconocimiento de su condición de empleado público fijo y a permanecer en el puesto de trabajo que actualmente desempeña con los mismos derechos y con sujeción al mismo régimen de estabilidad e inamovilidad que rige para los funcionarios de carrera comparables, pero, y aquí es lo importante, sin adquirir la condición de funcionaria de carrera.

añadirse, se comprueban las circunstancias exigidas por el Pleno del TS (28 junio 2021) para acreditar la existencia de un abuso, la nulidad con fijeza podría haber sido una respuesta apropiada para sancionar el abuso. Esta consecuencia jurídica está prevista, además en el Derecho español como es sabido<sup>61</sup>. No obstante, al haber sido derogada la DA 15.1 ET por parte de la Ley 20/2021 entendemos que cada vez se hará más difícil sostener esta postura.

A pesar de lo que se acaba de concluir, hay todavía algún resquicio que permitiría dar la razón al colectivo de empleados temporales que siguen insistiendo en la automática declaración de la fijeza de su relación con las AAPP. Un reciente fallo del TJUE<sup>62</sup> avalaría la solución jurídica de declarar la fijeza que, se insistirá, no se ha dado explícitamente en la reforma legal. Ese fallo europeo podría apoyar la fijeza de este tipo de personal, aunque los principios constitucionales relativos al acceso al empleo público se vieran «afectados». Frente a este último argumento, el Tribunal de la UE ha dispuesto que

la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el Trabajo de Duración Determinada debe interpretarse en el sentido de que, cuando se haya producido una utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada, a efectos de dicha disposición, la obligación del órgano jurisdiccional remitente de efectuar, en la medida de lo posible, una interpretación y aplicación de todas las disposiciones pertinentes del Derecho interno que permita sancionar debidamente ese abuso y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión incluye la apreciación de si pueden aplicarse, en su caso, a efectos de esa interpretación conforme, las disposiciones de una normativa nacional anterior, todavía vigente, que autoriza la conversión de los sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en un contrato de trabajo por tiempo indefinido, aunque existan disposiciones nacionales de natura-

---

<sup>61</sup> En parecidos términos se plantea la Cuestión Prejudicial décima planteada por el Auto TSJ Madrid 21/12/2021 cuando contempla que «En caso de considerar que no existen medidas suficientemente disuasorias en la legislación española, ¿la consecuencia de la vulneración de la cláusula quinta de Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE por un empleador público debe ser la consideración del contrato como indefinido no fijo o debe reconocerse al trabajador como fijo plenamente, sin matizaciones?». Con todo, ese mismo Auto, en la duodécima cuestión, y en la medida que el RDLey 14/2021 exige que, para adquirir la fijeza, los INF tengan que someterse a los principios de acceso al empleo público, el TSJ de Madrid formula la última de las preguntas: ¿La conversión del contrato en fijo en aplicación del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE y la jurisprudencia del TJUE en interpretación de la misma puede no aplicarse si antes de que esa conversión sea decretada judicialmente se establece por medio de una Ley un proceso de consolidación del empleo temporal que debe desarrollarse los próximos años, que supone realizar convocatorias públicas para la cobertura de la plaza ocupada por el trabajador, teniendo en cuenta que en dicho proceso debe garantizarse «el cumplimiento de los principios de libre concurrencia, igualdad, mérito, capacidad y publicidad» y por tanto el trabajador objeto del uso sucesivo de contrataciones o renovaciones temporales puede consolidar su plaza, pero también no hacerlo, por ser adjudicada a otra persona, en cuyo caso su contrato se extinguiría con una indemnización calculada a razón de 20 días de salario por año trabajado hasta el límite de una anualidad de salario?

<sup>62</sup> Sentencia del TJUE (Sala Séptima) de 11 de febrero de 2021, en el asunto C-760/18, M. V. y otros contra Organismos Topikis Aftodioikisis (OTA) «Dimos Agiou Nikolaou».

leza constitucional que prohíban de modo absoluto dicha conversión en el sector público.<sup>63</sup>

Nos encontramos, además, a la espera de que el TJUE responda a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Auto del Juzgado n.º 3 de Barcelona y por las doce cuestiones sometidas al TJ por parte del Auto del TSJ Madrid (21/12/2021): la sentencia del TJ podría considerar al INF como trabajador indefinido «en el sentido de fijo». En este mismo sentido, la Directiva 1999/70/CE contempla la contratación en términos «binarios» —temporal e indefinido—, y en esos términos se expresa la sentencia del TJUE que hemos citado recientemente (Grecia, 2021). De ahí que entendamos que en esa sentencia, el Tribunal, siquiera implícitamente, equipara el contrato de trabajo por tiempo indefinido al contrato fijo de la legislación española<sup>64</sup>.

No es difícil comprobar que las tensiones que ha mostrado el Derecho y los Tribunales de sus diferentes órdenes jurisdiccionales a la hora de reconocer una respuesta u otra a los abusos cometidos por las AAPP en materia de contratación temporal siguen presentes, aunque la normativa jurídica elude la conversión en personal fijo de empleados que no superen los procesos establecidos de acceso al empleo público. En efecto, las últimas normas jurídicas han optado por la indemnización o la compensación, sin perjuicio de otro orden de sanciones del tipo de exigencias de responsabilidad administrativa, etc. Cosa distinta será de-

<sup>63</sup> La cursiva es nuestra. Debemos reparar, en este momento, en la STS 38/2021 de 18 de febrero, donde el TC estimó el recurso de inconstitucional interpuesto por el gobierno español contra el apartado segundo de la disposición transitoria décima de la Ley 7/2019, de 27 de junio, de quinta modificación de la Ley de Policía del País Vasco, cuya redacción era la siguiente: «De existir en la categoría correspondiente del Cuerpo de Policía local un porcentaje de interinidad superior al 40 % podrá incorporarse al proceso especial de consolidación de empleo, un turno diferenciado de acceso para quienes acrediten un mínimo de ocho años de antigüedad en la Administración convocante en la categoría de la policía local a la que pertenecen las plazas convocadas, reservando para dicho turno diferenciado de acceso hasta el 60 % de las plazas ofertadas». Véase Rojo Torrecilla, E., <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/11/empleo-publico-notas-previas-y-texto.html>.

<sup>64</sup> En este sentido se orienta la cuestión prejudicial undécima planteada por el TSJ Madrid en su Auto de 21/12/2021 cuando pregunta al TJ si *La conversión del contrato en fijo en aplicación del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE y la jurisprudencia del TJUE en interpretación de la misma debe imponerse, en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión, incluso si se considerase contraria a los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución Española, si estas normas constitucionales se interpretan en el sentido de que imponen que el acceso a todo empleo público, incluida la contratación laboral, solamente puede producirse después de que el candidato supere un proceso selectivo concurrencial en el que se apliquen los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad? Y añade el Auto: ¿Dado que es posible otra interpretación, que es la seguida por el Tribunal Constitucional, debe aplicarse a las normas constitucionales del Estado el principio de interpretación conforme, de manera que sea obligatorio optar por la interpretación que las hace compatibles con el Derecho de la Unión, en este caso entendiendo que los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución no obligan a aplicar los principios de igualdad, mérito y capacidad a los procesos de contratación de personal laboral.*

La sentencia del TJUE citada (Grecia, 2021) ha servido de fundamentación jurídica en el fallo de la SJS/4 de Alicante 28 de febrero 2022.

cidir si dicha cantidad es o no suficientemente reparadora para el empleado que no supere esos procesos; aunque esa compensación o indemnización no puede dejarse de evaluar junto al derecho cualificado a quedarse en esa plaza con el que cuenta el personal temporal que ha estado ocupando la plaza durante un tiempo demasiado largo.

Desde nuestro punto de vista, la indemnización del despido improcedente, la más elevada que se reconoce en el ámbito laboral, sería más adecuada que la regulada por la Ley<sup>65</sup>, a pesar de las incertidumbres que conlleva la redacción de la Ley respecto de la cantidad final resultante de la diferencia entre la indemnización laboral y la compensación de la Ley<sup>66</sup>. La indemnización por despido improcedente se contempla en los supuestos de calificación judicial de un despido por la inexistencia de causa, pero también en los casos de incumplimiento por parte de la empresa de sus obligaciones contractuales. ¿No es esto lo que ha ocurrido con reiteración en el sector público? Si bien el art. 70 TREBEP ordenaba la convocatoria de OPES cada tres años, las AAPP no han llevado a cabo ese mandato, incumpliendo sus obligaciones para con los contratos temporales, que deberían haber tenido una duración inferior; salvo los contratos de trabajo por sustitución.

Nuestra propuesta de elevar la indemnización en comparación con la prevista en la Ley 20/2021 sería más pacífica de cohonstar con los principios constitucionales que caracterizan el acceso al empleo público en España<sup>67</sup>, y, por supuesto, acorde con la doctrina del TJUE<sup>68</sup>. La solución que se propone aquí y que ha eludido la Ley 20/2021 consistiría en reconocer al trabajador temporal el derecho a una indemnización tasada y el derecho a la reparación íntegra del daño por la pérdida de oportunidades de empleo en el sector privado o de acceso al empleo público (ya que no es definitivamente clara); y ello a pesar de que la persona que haya sufrido un abuso por parte de la Administración y que ha prorrogado indebidamente su situación, se haya beneficiado de esa prórroga que ha podido ser deseada e incluso instada y perseguida por el propio interesado o sus representantes sindicales (en otro sentido, Sánchez Morón, 2019: 237). Este planteamiento sería más coherente con la doctrina del TJUE, en el sentido de que se reconocería al empleado público temporal que no estabiliza, no solo la indemnización del despido improcedente —que, por sí sola, no sería apropiada, conforme a la doctrina TJUE, y que devendría del incumplimiento grave de las obligaciones de la

---

<sup>65</sup> Esta propuesta fue planteada en la convalidación del RDL 8/2021, norma jurídica de la que nace la Ley 21/2021, véase Cantero Martínez, 2021: 3.

<sup>66</sup> Para Roqueta Buj, 2021:12, tratándose de personal laboral se dejaría «a salvo la superior indemnización que pueda corresponder con arreglo a la legislación laboral».

<sup>67</sup> Aunque también hay detractores de la indemnización como respuesta jurídica al abuso en la contratación temporal, por lo menos hasta que se aprobó la Ley 20/2021 y en relación al cese de los funcionarios interinos, así Fuentetaja Pastor, 2020: 224 y ss.

<sup>68</sup> STJUE 7 marzo 2018, asunto C-494/16 (caso Santoro).



Administración (por remisión al art. 50.1 c y 50.2 ET) por no haber respetado el mandato del art. 70 TREBEP—, sino también otra indemnización por daños morales. Al acumularse esta indemnización a la del despido improcedente —en su cuantía—, desgajaría a esta de esa calificación, y por tanto la indemnización final sería específica y disuasoria, tal y como postula el TJUE.

Una reciente sentencia de nuestro TS<sup>69</sup> apunta hacia esa solución —aunque termine reconociendo la de la extinción por causas objetivas— en cuanto señala, refiriéndose a la figura jurídica del contrato indefinido-no fijo, que « es diferente del contratado temporal y del fijo, lo que plantea el problema de cuál debe ser la indemnización que le corresponda por la rescisión de su contrato por la cobertura reglamentaria de la plaza ocupada, por cuanto, al no tratarse de un contrato temporal, parece insuficiente la que hasta ahora le hemos venido reconociendo con base en el art. 49.1.c) del ET, pues, dadas las causas que han motivado la creación de esta institución, parece necesario reforzar la cuantía de la indemnización y reconocer una superior a la establecida para la terminación de los contratos temporales, pues el vacío normativo al respecto no justifica, sin más, la equiparación del trabajador indefinido-no fijo a temporal como hemos venido haciendo».

En definitiva, la propia Ley 20/2021 es, en parte, la prueba más evidente del abuso cometido por las AAPP durante demasiados años, así como la evidencia de que no existían ni medidas preventivas de abuso ni medidas sancionatorias efectivas para combatirlo (Marín Alonso: 2020, 1095). No obstante, las respuestas previstas por esta ley, si bien algunas son positivas, no han colmado las expectativas generadas por los «damnificados» por el persistente abuso al recurso de la contratación temporal en el empleo público, ni llegan a reparar al personal que ha ido «circulando» por diferentes puestos de trabajo durante 15 años, por ejemplo; sin perjuicio de las críticas que atesora la propia ley, también «ad futurum» (Carbonero Redondo, 2022: 10).

La pulsión entre esas dos ramas del Derecho, la administrativista y la laboralista, ha estado presente en las páginas anteriores de este trabajo: la pugna entre el respeto al Acuerdo Marco Europeo sobre contratación de duración determinada que en un dilema entre la flexibilidad y la seguridad propugna, con todo, la fijeza de los contratos, y la observancia de la Constitución española, y en particular de sus arts. 23.2 y 103, las discrepancias entre la jurisprudencia social y la contenciosa, las divergencias entre la doctrina laboral y la administrativa, más proclive la una a atender a las cláusulas y el efecto útil del Acuerdo Marco, mientras la otra se somete a los postulados de la Constitución... todo ello aporta la medida exacta de la difícil solución de este problema. En cualquier caso, y para ir finalizando, a fin de reforzar la postura que mantenemos, se citará

---

<sup>69</sup> STS 23 febrero 2022, rec. ud 3724/2018.

en este momento, por un lado, la Resolución del Parlamento Europeo de 31 de mayo de 2018 (2018/2600 RSP)<sup>70</sup>, en la que se indica que

la transformación de la relación temporal sucesiva en el sector público en un contrato fijo debe considerarse la medida más idónea para prevenir y sancionar de manera efectiva el abuso de la contratación temporal»; y, por otro, las «otras vías al empleo público o al menos sostenido con fondos públicos: empresas y fundaciones públicas, licitación de contratos públicos con empresas que realizan típicas funciones administrativas, subvención sostenida en el tiempo de entidades del llamado tercer sector, el regreso al sector público de actividades externalizadas, como las llamadas «remunicipalizaciones», y las conocidas cohortes de asesores en la dirección política de nuestras Administraciones (Fondevila Antolín, 2018).

En cualquier caso, entendemos que la evolución normativa y jurisprudencial en relación con el empleado público temporal de carácter laboral, y, más específicamente, con el PINF, se ha decantado por el reconocimiento a este empleado de las condiciones del personal «fijo», bien por la progresiva equiparación de las condiciones laborales que este personal tiene reconocidas (principio de no discriminación en el empleo), bien, indirectamente, a través de las posibilidades que ofrece la Ley 20/2021 de consolidar sus plazas. Quizás porque nos encontramos ante una Administración distinta a la decimonónica que surgió con la Ilustración. Como ha sostenido algún autor (Brufao Curiel, 2021: 22-23), el hecho de que numerosas personas hayan desarrollado su carrera profesional en las AAPP durante años o décadas e incluso llegando a la jubilación como funcionarios interinos, encadenando nombramientos sin solución de continuidad, contradice tanto los criterios sobre la estabilidad en el empleo, como los mismos principios de igualdad, mérito y capacidad y las normas sobre empleo de duración determinada.

## 6. Referencias bibliográficas

- ARUFE VARELA, Alberto, «Los trabajadores indefinidos no fijos al servicio de las Administraciones Públicas: Una anomalía jurisprudencial y legal», *RGDTSS*, n. 40, 2015.
- ARRIETA IDIAKEZ, Francisco Javier, «El empleo temporal en las administraciones públicas: límites, prevención y sanción a su utilización abusiva», *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, n. 43, 2020, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7572659>
- MARÍN ALONSO, Inmaculada, «El personal estatutario temporal de la administración sanitaria en España: la postura del tribunal de Justicia de la Unión Europea frente a la contratación sucesiva sin causa justificativa», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12, n.º 2, 2020.

<sup>70</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018IP0242>

- BOLTAINA BOSCH, Xavier, «Función pública. Trabajadores y funcionarios interinos vinculados a la cobertura de la plaza: totum revolutum sobre el derecho a indemnización», *BIB 2018\11284*, 2018a.
- BOLTAINA BOSCH, Xavier, «Los procesos selectivos «blandos» y sus efectos sobre la profesionalización del empleo público», *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. especial 2, 2018b.
- BRUFAO CURIEL, Pedro, «Funcionarios interinos y empleo público: análisis general de su controvertido régimen jurídico», *Revista Vasca de Administración Pública (REVAP)*, núm. 120. Mayo-Agosto, 2021.
- CANTERO MARTÍNEZ, Josefa, «El abuso en el nombramiento de personal funcionario interino y su estabilización en la administración. Propuestas para un debate», *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, n. 21, 2021.
- CARBONERO REDONDO, Juan José, «Interinos y empleo público, panorama después de la tormenta», *Actualidad Administrativa* n. 2, 2022.
- CASTELLANO BURGUILLO, Emilia, «Uso y abuso de la contratación temporal en la Administración Pública, en particular pos los servicios públicos de salud», *Temas Laborales* n. 134, 2016, 2016.
- CASTILLO BLANCO, Federico A, «La teoría del abuso del derecho y su aplicabilidad a la actuación abusiva de la administración pública», *La ley*, 2018.
- CASAS BAAMONDE, María Emilia, «El fraude en la contratación temporal: su duración «inusualmente larga» (del contrato de interinidad para la cobertura de vacantes en el sector público y el plazo de tres años del artículo 70 del Estatuto Básico del Empleado Público)», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n.º 3/2019.
- CAVAS MARTÍNEZ, Faustino, «Transformación del contrato de interinidad por vacante en indefinido no fijo por dilación injustificada en la provisión de la plaza», *Revista de Jurisprudencia Laboral*. Número 7/2021
- DESDENTADO BONETE, Aurelio, «Los indefinidos no fijos: ¿una historia interminable o una historia terminada?», *Información Laboral*, 10, 2018.
- FONDEVILA ANTOLÍN, Jorge, «Algunas propuestas para una necesaria revisión de la cuestionable doctrina judicial del reconocimiento, al personal laboral temporal y funcionarios interinos, de la condición de «indefinidos no fijos»», *Gabilex. Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, núm. 13, 2018.
- FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel, «La utilización abusiva de los funcionarios interinos ante el Derecho europeo: entre la transformación en funcionarios de carrera y el derecho a indemnización *Revista de Administración Pública*, 212, mayo-agosto, 2020.
- JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, ¿Selección o autoengaño?: doce tesis sobre el momento actual de la selección en el empleo público autonómico y local. Blog La mirada institucional, 2019, <https://rafaeljimenezasensio.com/2019/02/03/seleccion-o-autoengano-i-doce-tesis-sobre-el-momento-actual-de-la-seleccion-en-el-empleo-publico-autonomico-y-local/>
- LÓPEZ BALAGUER, Mercedes y RAMOS MORAGUES, Francisco, *El personal «indefinido no fijo». Génesis, jurisprudencia y una propuesta de regulación legal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2020.
- MERCADER UGUINA, Jesús R., *La contratación temporal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, David, «Equiparación y abuso en el empleo público temporal. Las soluciones en la jurisprudencia europea y española», *La Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 49, 2019.

- RAMOS MORAGUES, FRANCISCO, «Incidencia de la reforma laboral en el empleo público», *Labos*, vol. 3 n. extraordinario La reforma laboral de 2021, 2022.
- ROQUETA BUJ, Remedios, *La contratación temporal en las Administraciones Públicas*, INAP, Madrid, 2019.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho de la función pública*, Tecnos, 2020.
- SELMA PENALVA, Alejandra, «El polémico derecho a la promoción profesional de los trabajadores indefinidos no fijos», *Iuslabor*, n. 2, 2018.
- TERRADILLOS ORMAETXEA, Edurne, «La ineludible respuesta legislativa y judicial española a la contratación temporal en el sector público sanitario», *Derecho de las relaciones laborales*, n. 5, 2020.

# LAS INTERSECCIONES ENTRE LA POBREZA LABORAL Y LOS BAJOS SALARIOS: CLAVES PARA COMPRENDER UNA RELACIÓN CADA VEZ MÁS DIVERGENTE

*The intersections between in-work poverty and low pay:  
keys to understanding an increasingly divergent relationship*

PERU DOMINGUEZ OLABIDE\*

Investigador del Siis Centro de Documentación y Estudios

## RESUMEN

La pobreza laboral y los bajos salarios evalúan realidades de naturaleza distinta que se insertan dentro del marco de la relación entre la actividad laboral y la pobreza. En el caso de los bajos salarios, el núcleo del análisis se sitúa en conocer si un individuo se encuentra por debajo de un determinado umbral de la distribución salarial. En contraste, la pobreza laboral traslada el foco a las situaciones de pobreza en el hogar, donde junto a nivel salarial de los trabajadores/as, inciden otra serie de factores. Anteriormente, cuando el modelo familiar de sustentador único resultaba hegemónico, existía una estrecha relación entre ambos fenómenos, pero a medida que se ha ido fracturando, el vínculo entre ambos fenómenos se ha vuelto más complejo. El presente trabajo busca profundizar en las intersecciones que se producen entre estos dos fenómenos, y de esta forma tratar de determinar los elementos que han incidido en la cada vez mayor disociación entre ambos.

Palabras clave: empleo, bajos salarios, pobreza laboral.

## ABSTRACT

*In-work poverty and low-wages evaluate realities of a different nature within the framework of the relationship between employment and poverty. In the case of low-wages, the core of the analysis is whether an individual is below a certain threshold of the wage distribution. In contrast, in-work poverty focuses on the situations of poverty in the household, where in addition to the wage level of workers, other factors come into play. In the past, when the breadwinner model of family was hegemonic, there used to be a close relationship between both phenomena. However, parallel to the mounting diversity in household composition, the link between the two has become more complex. This paper seeks to delve deeper into the intersections between in-work poverty and low-wages to try to shed some light into the elements that have driven to the increasing dissociation between the two phenomena.*

*Keywords: employment, low-wages, in-work poverty.*

\* **Correspondencia a:** Peru Dominguez Olabide. Etxague Jenerala 10-behea, posta kutxa 667 (20003 Donostia/San Sebastián-España). — [pdominguez@siis.net](mailto:pdominguez@siis.net) — <https://orcid.org/0000-0002-8013-4505>

**Cómo citar:** Dominguez Olabide, Peru. (2022). «Las intersecciones entre la pobreza laboral y los bajos salarios: claves para comprender una relación cada vez más divergente»; *Lan Harremanak*, 47, 141-159. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.23336>).

Recibido: 18 enero, 2022; aceptado: 12 mayo, 2022.

ISSN 1575-7048 — eISSN 2444-5819 / © 2022 UPV/EHU



Esta obra está bajo una licencia  
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

## 1. Introducción

Los procesos de desindustrialización, la intensificación de las relaciones comerciales internacionales y el cambio tecnológico sesgado hacia los trabajadores más cualificados, entre otros factores, están erosionando el nivel de ingresos y, con ello, el nivel de vida de un segmento importante de trabajadores/as en las economías más avanzadas (Marx & Nolan, 2012). Las implicaciones de esta transición hacia un nuevo paradigma post-industrial van más allá del desplazamiento de la demanda laboral hacia los/as trabajadores/as de mayor cualificación. Según apuntan Goos *et al.* (Goos *et al.*, 2009), desde principios de los años 90, las economías más avanzadas habrían experimentado una *polarización del empleo*, esto es, un aumento desproporcionado del empleo de alta y baja remuneración. Los empleos situados en la parte intermedia de la distribución salarial (principalmente, tareas rutinarias de manufactura y de oficina) habrían padecido por su parte una contracción significativa.

Paralelamente, las políticas de protección social tanto a nivel de la Unión Europea (UE) como en el marco de un número considerable de Estados Miembro (EM) se habrían enfocado a incrementar el número de personas cuya fuente principal de ingresos resultan las rentas de trabajo, con especial énfasis en incorporar al mercado laboral a aquellas personas con perfiles educativos e historias laborales más vulnerables. El fuerte aumento de los niveles de desempleo sobrevenido de la crisis económica en algunos EM habría reforzado esa prioridad por tratar de incorporar a las personas al mercado laboral (Seikel & Spannagel, 2018). A la luz de estas tendencias en el ámbito de las políticas de protección social, tal y como subrayan Marx y Nolan (Marx & Nolan, 2012), emergería la preocupación de que sectores cada vez más amplios de la población activa se ven obligados a depender de empleos que no generan ingresos suficientes, y por tanto, no les permite eludir las situaciones de pobreza.

En ese marco, desde al menos los años 90 del pasado siglo, se ha ido extendiendo en la práctica totalidad de los países de nuestro entorno el paradigma de la inclusión activa y, muy especialmente, las políticas englobadas bajo el paraguas del *making work pay* o rentabilización del empleo, dirigidas a convertir la inserción laboral en una opción atractiva o rentable tanto para los perceptores de rentas mínimas como para las personas inactivas. El desarrollo de estas políticas es uno de los componentes fundamentales del paradigma de la activación e implica pasar de un modelo de *welfare to work* a otro de *welfare in work*, con el consiguiente desarrollo de una nueva generación de prestaciones económicas de garantía de ingresos vinculadas o condicionadas a la percepción de un bajo salario (*in work benefits*).

La adopción de estas medidas responde a cambios históricos en el papel del empleo asalariado y en su capacidad de garantizar una protección suficiente con-

tra la pobreza y la exclusión social (Zubero, 2019). La existencia de empleos con relaciones contractuales excesivamente inestables y/o salarios demasiado bajos como para evitar las situaciones de pobreza supone una ruptura con la norma tradicional del empleo. Históricamente considerado como antídoto y principal solución para escapar de las situaciones de pobreza, la realidad muestra que parte de la población trabajadora no alcanza los mínimos salariales que les permiten alcanzar unos niveles de vida adecuados (Gómez-Álvarez Díaz & Gómez García, 2017; Halleröd *et al.*, 2015). Cabe señalar, sin embargo, que el empleo continuaría siendo la mejor vía para evitar las situaciones de pobreza y una condición indispensable para alcanzar unas condiciones de vida adecuadas (Ponthieux, 2010).

En definitiva, si bien tradicionalmente la pobreza y la exclusión social se han asociado con el desempleo de larga duración y la ausencia de empleo en los hogares, con la configuración actual de los mercados de trabajo en los países industrializados, la ocupación laboral no siempre resulta suficiente para proporcionar un nivel de vida adecuado a los trabajadores/as y a sus familias. La combinación de factores como los bajos salarios, la baja intensidad laboral o la inestabilidad del empleo, unida a una limitada capacidad de redistribución y apoyo del sistema fiscal y de prestaciones en el caso de las familias con mayores necesidades (McKnight *et al.*, 2016), vendría a suponer que para un segmento importante de trabajadores/as la ocupación en el mercado de trabajo resulta insuficiente para escapar a las situaciones de pobreza.

Tradicionalmente, la literatura empírica enfocada al análisis de la relación entre la pobreza y el empleo no distinguía entre los conceptos de «pobreza laboral» y «empleo de bajos salarios»<sup>1</sup>, utilizándose ambos de forma indistinta como sinónimos (Lohmann, 2018; Salverda, 2018). Desde entonces, han sido numerosos los trabajos que han venido apuntando que, si bien la pobreza laboral y el empleo de bajos salarios están inequívocamente relacionados, el vínculo entre ambos presenta una notoria complejidad. El presente trabajo busca profundizar en las intersecciones que se producen entre estos dos fenómenos, y de esta forma tratar de determinar los elementos que han incidido en la cada vez mayor disociación entre ambos.

Se organiza en cuatro apartados. Tras un primer apartado en el que se presentan las definiciones que propone Eurostat para la pobreza laboral y los bajos salarios, seguidamente se profundiza en las implicaciones que se derivan de las distintas formas de conceptualizar estas problemáticas. En el tercero de los apartados se exploran las interrelaciones que se producen entre ambos fenómenos, y se finaliza con la descripción de un posible modelo que sirva de ayuda para interpretar la articulación entre la pobreza laboral y los bajos salarios.

---

<sup>1</sup> Ver por ejemplo, los trabajos de Lucifora (Lucifora, 1997) o Cappellari (Cappellari, 2002).

## 2. La diferenciación conceptual entre la pobreza laboral y los bajos salarios

La pobreza laboral, por un lado, y los bajos salarios, por otro, evalúan realidades de naturaleza distinta que se insertan dentro del marco de la relación entre la actividad laboral y la pobreza. En el caso de los bajos salarios, el núcleo del análisis se sitúa en conocer si un individuo se encuentra por debajo de un determinado umbral de la distribución salarial, considerada esta en forma de salario hora. En contraste, la pobreza laboral traslada el foco a las situaciones de pobreza en el hogar, donde además del nivel salarial de los trabajadores/as en cuestión, también entran en juego otra serie de factores.

### 2.1. La pobreza laboral

El concepto de pobreza laboral conjuga dos elementos de naturaleza distinta: el/la trabajador/a y la pobreza. Mientras que el primero tiene un carácter individual y alude a factores asociados al mercado laboral, el segundo se refiere a un concepto colectivo como es el hogar, entendido como unidad básica de consumo, y con connotaciones relacionadas con el ámbito de la familia (Calvo Gallego, 2016; Ponthieux, 2010). Ni en la literatura académica especializada ni por parte de los distintos organismos que han procedido a la cuantificación de este fenómeno —entre los que cabe destacar la Oficina Estadística de la Unión Europea (Eurostat), la Oficina de Estadísticas Laborales del Departamento de Trabajo de los Estados Unidos (Bureau of Labor Statistics, BLS) y la Organización Internacional del Trabajo (OIT)—, no existe una unificación de criterios en torno a estos dos elementos básicos. La ausencia de consenso implica la existencia de una gran diversidad tanto en lo relativo a las directrices utilizadas para definir qué se considera un/a «trabajador/a», así como a la hora de determinar el enfoque por el que se abordarán las situaciones de «pobreza» (Gómez-Álvarez Díaz & Gómez García, 2017).

Las respuestas a los interrogantes acerca de quién se considera una persona trabajadora y cómo se enfocan las situaciones de pobreza determinan, en parte, la incidencia y estructura de la pobreza laboral, y definen, en cierta medida, la naturaleza de la problemática social bajo análisis (Crettaz, 2011, 2015; Lohmann, 2018; Ponthieux, 2010). A fin de ilustrar lo anterior, al tratarse de la medida que se emplea por parte del INE para ofrecer las estadísticas de la pobreza laboral, se pone el foco en la definición de pobreza laboral formulada por Eurostat. En cualquier caso, cabe poner de manifiesto que existen definiciones alternativas que tienen un uso relativamente extendido. Es el caso, por ejemplo, de las definiciones propuestas por la BLS estadounidense (BLS, 2021), o la OIT (Kapsos, 2013).

Bajo la denominación de tasa de riesgo de pobreza en el trabajo (*In-work at-risk-of-poverty rate*), el indicador de pobreza laboral utilizado en la UE



hace referencia al porcentaje de personas trabajadoras, respecto al total de población que se declara trabajador/a, que está en riesgo de pobreza. El riesgo de pobreza se define como la situación en el que la renta disponible equivalente del hogar (después de transferencias sociales y aplicación de las escalas de equivalencia) es inferior al 60% de la mediana de la renta disponible equivalente. El indicador se construye a través de la Encuesta Europea de Condiciones de Vida (EU-SILC), y considera todas aquellas personas entre los 18 y 64 años que declaran haber trabajado durante al menos siete meses durante el año (Eurostat, 2020).

En vista de sus características, enfoca el análisis hacia un segmento de la población que, si bien participa plenamente en el mercado laboral, no alcanza unos niveles suficientes de ingresos para escapar de las situaciones de pobreza. En otros términos, centra la atención en el núcleo del mercado laboral (en aquella población para la que la actividad principal es el empleo), dejando fuera del foco analítico a las personas que se sitúan en los márgenes (Gómez-Álvarez Díaz & Gómez García, 2017).

## 2.2. Los bajos salarios

Entre las distintas tipologías de indicadores utilizados para la medición de los bajos salarios, cabe destacar aquellos que definen los bajos salarios mediante umbrales relativos (Lucifora *et al.*, 2005). Estas definiciones, utilizadas por organismos internacionales de referencia como la OCDE o Eurostat, toman como referencia un porcentaje del salario mediano o medio, y consideran que las personas trabajadoras que se encuentran por debajo de ese umbral perciben bajos salarios. Ambos organismos emplean un indicador que define como bajos salarios los ingresos laborales brutos que no superan los 2/3 de la mediana del salario recibido por el conjunto de trabajadores/as. Según Salverda (Salverda, 2018), el umbral establecido parece remontarse a la idea de salario digno recogida en la Carta Social Europea del Consejo de Europa de 1961, el cual lo fijaba en el 68% de los ingresos brutos medios de los trabajadores/as.

Poniendo nuevamente el foco en la definición de bajos salarios propuesta por Eurostat, cabe poner de relieve que utiliza como referencia el salario bruto por hora. De esta forma, el organismo define como un trabajador/a con bajos salarios aquellos trabajadores/as cuyo salario bruto hora resulta inferior a 2/3 de la mediana del salario bruto hora correspondiente al conjunto de los trabajadores/as. Es importante señalar que este indicador de bajos salarios se calcula a partir de los datos de la Encuesta de Estructura Salarial (*Structure of Earnings Survey*), que considera a las personas empleadas en empresas de más de 10 trabajadores/as que operan en todos los sectores de la economía, a excepción de agricultura, silvicultura y pesca, y la administración pública (INE, 2020). De esta forma, en países en los que las empresas pequeñas, el sector público y/o el pri-

mer sector tienen un peso importante, la radiografía que se extrae del indicador de bajos salarios de la UE podría estar muy alejada de la situación real del conjunto de los/as trabajadores/as.

### 3. Las implicaciones de las distintas formas conceptualizar los indicadores de pobreza laboral y los bajos salarios

En el apartado precedente ya se ha puesto de manifiesto que la manera en la que se definen los indicadores de pobreza laboral y los bajos salarios puede llegar a afectar de forma significativa la naturaleza de la problemática analizada.

#### 3.1. La pobreza laboral: un fenómeno variable en función de las definiciones atribuidas a sus dos conceptos centrales

En lo correspondiente a la pobreza laboral, por un lado, la literatura revisada sugiere que la definición atribuida al concepto de trabajador/a dista de ser neutral. La utilización de una definición restrictiva de trabajador/a<sup>2</sup>, reduce la influencia de los factores asociados al mercado laboral (falta de empleo, falta de estabilidad laboral, etc.), dando un mayor peso a los factores ligados al hogar (tamaño, ingresos adicionales, necesidades de cuidado, etc.) (Crettaz, 2011). Se reduce, por tanto, el abanico de factores ligados al mercado laboral que explican la intersección entre la tenencia de empleo y el riesgo de pobreza. Asimismo, alteraría la composición de los hogares en los que habitan las personas clasificadas en situación pobreza laboral. Si bien los efectos resultarían variables de un país a otro, se ha constatado que cuanto más selectiva resulta la definición de trabajador/a, las familias con hijos/as y donde una única persona percibe ingresos tienden a configurarse como uno de los principales grupos de riesgo (Lanau & Lozano, 2022; Ponthieux, 2010).

Con todo, cabe dejar claro que los efectos derivados de un enfoque más o menos selectivo dependen, al mismo tiempo, de otro tipo de factores contextuales, como los niveles de desempleo (y en especial, el desempleo de larga duración), la estructura del empleo y la estructura de los hogares. En ese sentido, es también esencial tener en cuenta la relación dinámica que existe entre desempleo —o, en otras palabras, creación y destrucción de empleo— y pobreza labo-

---

<sup>2</sup> Se refiere a los requisitos establecidos en términos de participación en el mercado de trabajo para que una persona sea considerada por el indicador en cuestión. Por ejemplo, los indicadores propuestos por Eurostat y la BLS estadounidense marcan un claro contraste a este respecto. La primera, como ya se ha señalado, establece como condición haber trabajado durante al menos 7 meses durante el año, en tanto que la segunda determina como requisito la participación en el mercado laboral (incluyendo, por consiguiente, tanto a personas empleadas como desempleadas) durante al menos la mitad del año de referencia (27 semanas) (BLS, 2021; Eurostat, 2020).

ral: en efecto, en un periodo de destrucción de empleo —en el que se destruye fundamentalmente empleo precario, temporal o de bajo nivel salarial, y se mantiene el empleo indefinido con mayores salarios—, la pobreza laboral tiende a remitir, pero no porque esos empleos ofrezcan una mayor protección frente a la pobreza, sino porque esos empleos han desaparecido y quienes los ocupaban han pasado al desempleo. Lo contrario puede ocurrir en las fases de crecimiento y de creación de empleo, que normalmente se inician con la creación de empleo temporal y de bajos salarios. La expansión de la pobreza en el empleo podría, en ese caso, considerarse como un efecto colateral de determinadas formas de crecimiento del empleo, y, desde ese punto de vista, la definición de las categorías de empleo y desempleo resulta esencial. (Domínguez-Olabide, 2022).

El enfoque de pobreza utilizado incorpora también importantes matices a los problemas sociales que trata de reflejar el indicador de pobreza laboral. Algunos autores han planteado el uso de indicadores de privación material a fin de considerar todos aquellos recursos que pueden influir en la situación de un hogar y que no están directa y únicamente relacionados con su riqueza material (Gómez-Álvarez Díaz & Gómez García, 2017). De hecho, los trabajos que han comparado el desempeño de los indicadores monetarios y de privación material en la medición de la pobreza laboral han concluido que la relación entre ambos es bastante débil, evidenciando que la pobreza de renta es un indicador de carencia temporal, mientras que los indicadores de privación material se relacionan con una carencia de renta de naturaleza más persistente (Ibáñez, 2014; Layte *et al.*, 2001). La literatura apunta a que los indicadores de privación material, al ser de naturaleza más absoluta, son más reactivos a los cambios en el ciclo económico, y muestran una relación negativa con el crecimiento económico y una relación positiva con los niveles de desempleo. Por el contrario, los indicadores monetarios no mostrarían un vínculo claro con el ciclo económico, ya que, al ser de naturaleza relativa, son en esencia indicadores de la desigualdad de ingresos, y no fluctúan a menos que la distribución de ingresos cambie significativamente (Crettaz, 2015).

Del mismo modo, es importante señalar que la hipótesis del reparto igualitario puede distorsionar la realidad de los hogares. El riesgo de encontrarse en situación de pobreza no solo depende de las características personales y de empleo del individuo, sino también de otros elementos del ámbito del hogar, como el empleo remunerado de otros miembros, otros ingresos no laborales, la edad de sus miembros o la carga de cuidados. Los enfoques tradicionales de pobreza se basan en la suposición de que todos los recursos del hogar son comunes y que los miembros los comparten por igual. En muchos casos, sin embargo, este supuesto sería poco realista (Meulders & O'Dorchai, 2013). Este matiz resulta de especial relevancia desde la perspectiva de género, ya que los indicadores de pobreza laboral más extendidos subestimarían los niveles de pobreza que padecen las mujeres.

### 3.2. Los bajos salarios: la trascendencia del tipo de salario y las categorías de trabajadores/as considerados

Al igual que con la pobreza laboral, la conceptualización y consiguiente construcción de los indicadores para la medición de los bajos salarios tiene importantes implicaciones en la naturaleza del fenómeno bajo análisis. Para dar cuenta de algunos de los principales elementos de divergencia a este respecto, el examen se centra en las definiciones que emplean la OCDE y Eurostat en sus respectivos indicadores para la cuantificación del fenómeno de los bajos salarios.

Ya se ha avanzado que ambos organismos emplean un indicador que define como bajos salarios aquellos ingresos laborales que no superan los dos tercios de la mediana del salario del conjunto de trabajadores. Otro de los rasgos comunes se corresponde con la utilización del salario bruto como referencia. Esto es, los salarios considerados tanto para el cálculo del umbral como para la identificación de los trabajadores/as perceptores de bajos salarios llevan incluidos los impuestos que posteriormente se retienen por parte del empleador (las cotizaciones a la seguridad social, o las retenciones del IRPF, por ejemplo). Si bien el salario neto viene reflejar con mayor precisión la capacidad económica real de los ingresos laborales, el salario bruto permitiría tener en consideración el «salario social» que perciben los trabajadores (Bosch, 2009). En el contexto de la UE, por ejemplo, el empleo se relaciona directamente con el seguro obligatorio de salud, desempleo y accidentes, o vejez (pensiones), lo cual implica que, junto al salario neto percibido, existe un salario social que puede llegar a ser sustancial.

Tal como defiende Bosch (2009), mediante el uso del salario bruto, la perspectiva obtenida a través del indicador de bajos salarios resultaría más amplia, puesto que toma en consideración todas las utilidades (tanto económicas como no económicas) ligadas al salario. En cambio, la utilización de los salarios netos, circunscribiría el análisis al ámbito económico. En estos casos, pueden darse situaciones en las que algunos de los trabajadores/as identificados por la otra magnitud (salario bruto) dejen de considerarse en situación de bajos salarios. Por ejemplo, en situaciones en las que la cuantía de impuestos retenida por parte de los empleadores resulte inferior para grupos concretos de trabajadores, con menores derechos asociados al salario.

Las divergencias entre el indicador de Eurostat y la OCDE se producen en relación con el ámbito temporal del salario y las categorías de trabajadores/as considerados. Por una parte, el indicador de la OCDE se centra exclusivamente en los trabajadores a tiempo completo, y el lapso temporal salarial utilizado varía dependiendo de la disponibilidad de datos de cada país. En la gran mayoría de países, se utiliza la referencia mensual. En palabras de Lucifora *et al.* (Lucifora *et al.*, 2005), este enfoque resulta incompleto debido a que deja a una parte importante de los trabajadores/as, como son los trabajadores a tiempo parcial, fuera del análisis. Su inclusión, sin embargo, distorsionaría la distribución de los

ingresos laborales mensuales obtenida, volviéndola más dispersa. En este sentido, la radiografía resultante sería engañosa, ya que además del nivel salarial, el número de horas trabajadas estaría también inextricablemente implicado, siendo la intensidad laboral el elemento que en mayor medida determinaría una situación de bajos salarios.

Para superar el problema anterior e incluir a los/as trabajadores/as a tiempo parcial sin ninguna distorsión aparente, el indicador de la UE utiliza como referencia el salario por hora. No obstante, este cambio tiene consecuencias en el desempeño de los indicadores de bajos salarios. Considerando la penalización salarial asociada al empleo a tiempo parcial (Manning & Petrongolo, 2008) y la tendencia a la concentración de las mismas en ocupaciones de bajos salarios (McKnight *et al.*, 2016), suele observarse una alta incidencia del trabajo a tiempo parcial en el extremo inferior de la distribución salarial por hora. En esta situación, si bien el número de horas correspondientes a los bajos salarios sobre el total resultarían inferiores, su peso en la determinación del salario mediano también resultaría menor<sup>3</sup>, y consecuentemente, el umbral de bajos salarios se situaría en cotas superiores pudiendo tener como resultado un alza de la incidencia.

Se ha subrayado asimismo que el indicador de bajos salarios relativo a Eurostat descarta de entrada a segmentos concretos de trabajadores, ya que, por un lado, contempla únicamente a trabajadores empleados en empresas de más de 10 trabajadores/as, y por otro, no incluye a los trabajadores de sectores concretos como la agricultura, silvicultura y pesca, y la administración pública. Cabe reiterar que la radiografía que se extrae del indicador de bajos salarios de la UE podría estar, en algunos casos, muy alejada de la situación real del conjunto de los trabajadores/as. Sobre todo, esta limitación cobra una importante significancia si se tiene en cuenta la mayor prevalencia del empleo de bajos salarios en las empresas de menor tamaño (McKnight *et al.*, 2016).

#### 4. Las interrelaciones entre la pobreza laboral y los bajos salarios

Para tratar de revelar los principales factores que determinan la articulación entre la pobreza laboral y los bajos salarios, es importante poner el foco en los elementos diferenciales de los mismos. El primero de los elementos divergentes corresponde al número de horas trabajadas ya sea en términos diarios, mensuales o anuales (en otros términos, la intensidad laboral). Los ingresos laborales de

---

<sup>3</sup> La mediana del salario por hora para el conjunto de trabajadores se calcula sobre el total de horas trabajadas. Por el menor peso relativo de los trabajadores a tiempo parcial sobre el total de trabajadores asalariados, así como el menor número de horas que por definición se corresponden con este tipo de empleo, su relevancia a la hora de determinar el salario mediano es inferior (Eurostat, 2018).

una persona se determinan, *grosso modo*, del producto del nivel salarial (salario/hora) y el tiempo trabajado. En un contexto en el que la relevancia del trabajo a tiempo parcial y los contratos temporales va en aumento, la cantidad de horas dedicadas al empleo adquiere un papel importante, resultando tanto la parcialidad como la temporalidad factores determinantes en la diferenciación entre la pobreza laboral y los bajos salarios (Salverda & Checchi, 2015).

En segundo lugar, mientras que el indicador de bajos salarios se centra en el salario bruto, el de pobreza laboral utiliza como referencia la renta disponible del hogar. Este último, por tanto, toma en consideración el efecto del sistema fiscal y de prestaciones en los ingresos del individuo, además de contemplar los ingresos percibidos (laborales o en forma de prestación) por parte de otros miembros del hogar. Cabe recordar en este punto que las rentas del hogar se ajustan al tamaño y composición del hogar a fin de reflejar de forma más fidedigna la capacidad económica de los mismos.

De lo anterior se desprende que solamente en aquellos hogares que responden al modelo familiar de sustentador único<sup>4</sup> (*breadwinner model*) se observará una estrecha relación entre los bajos salarios y la pobreza laboral. Como señala Lohman, la relación entre ambos fenómenos está sujeta al cambio social, y en particular a las transformaciones que afectan a los modelos de vida familiar y a la división sexual del trabajo. De esta forma, de una situación en la que la pobreza laboral y los bajos salarios tendían a solaparse, en los Estados del bienestar de finales del siglo xx y principios del xxi el vínculo entre ambos se habría vuelto más complejo, debido a que ya no solo cuentan los ingresos del sustentador principal, sino también los ingresos de la pareja o de otros miembros del hogar. Además, la tipología de los hogares también se habría diversificado, resultando en situaciones heterogéneas en cuanto a la capacidad de ingresos en relación a las necesidades (Lohmann, 2018).

De hecho, como apuntan Salverda y Checchi (Salverda & Checchi, 2015), la creciente participación de las mujeres en el mercado laboral y el concomitante incremento de los hogares de dos asalariados, además de alejar a las sociedades del modelo familiar de sustentador único, habrían vuelto más difusa la relación entre la pobreza laboral y los bajos salarios. Según apuntan los autores señalados, el incremento de las tasas de empleo en la población no se habría visto reflejado en un aumento correspondiente en las tasas de empleo de los hogares. Esto implicaría que gran parte del crecimiento adicional en el empleo habría ido a parar a hogares en los que anteriormente ya había un trabajador/a, y en menor medida a los hogares en los que ningún miembro contaba anteriormente con un

---

<sup>4</sup> Hace referencia al modelo tradicional de familia en el que uno de los miembros de la pareja (normalmente el hombre) participa en el mercado laboral y 'sustenta' mediante sus ingresos al resto de del hogar.

empleo. Según Mcknight *et al.* (McKnight *et al.*, 2016), el aumento en el número de hogares con dos asalariados vendría a explicar, en parte, el aumento de la pobreza laboral en Europa. Conforme a los argumentos esgrimidos por el autor, la existencia de cada vez más hogares con dos empleados habría supuesto un incremento en los niveles de ingresos medios, haciendo subir el nivel de vida y con ello los umbrales de pobreza.

Los mismos autores identifican que junto a las transferencias sociales, el factor de protección más importante contra la pobreza laboral para los/as trabajadores/as de bajos salarios es la existencia de un segundo salario (u otros ingresos) obtenido por la pareja u otro miembro del hogar. A este respecto, uno de los aspectos clave al que apuntan es que en los casos en los que los/as trabajadores/as de bajos salarios aportan ingresos secundarios en el hogar, el riesgo de sufrir situaciones de pobreza laboral resulta muy inferior al promedio de la población trabajadora (McKnight *et al.*, 2016). Entre otros, esto conduce a una situación en la que, si bien los jóvenes y las mujeres tienen un riesgo proporcionalmente mayor de percibir bajos salarios, al ser más probable que sus ingresos constituyan una fuente secundaria para el hogar, sus tasas de pobreza laboral resulten inferiores. Puesto de forma breve, el papel que desempeñan los ingresos de la persona perceptora de bajos salarios en el hogar (ingresos principales o secundarios) es fundamental para determinar si los bajos salarios están asociados a la pobreza en el hogar, y por consiguiente, a la pobreza laboral (Maître *et al.*, 2018). Ateniéndose a lo anterior, algunos autores han venido a subrayar el papel que pueden desempeñar los empleos de bajos salarios en la prevención de la pobreza (Marx & Nolan, 2012; McKnight *et al.*, 2016). No obstante, cabe dejar claro que las anteriores constataciones no implican que los bajos salarios no puedan resultar por sí mismos problemáticos, incluso en aquellos casos en los que los ingresos de la persona trabajadora se constituyan como fuente secundaria en el hogar. Por ejemplo, el hecho de que los ingresos puedan no estar igualmente distribuidos entre los miembros del hogar plantearía importantes interrogantes al respecto (Meulders & O'Dorchai, 2013).

Al considerar en qué medida el poner fin a los bajos salarios puede aportar una solución ante la pobreza laboral, Mcknight *et al.* (McKnight *et al.*, 2016) apuntan hacia dos factores adicionales. Por un lado, señalan la importancia de las dinámicas laborales vinculadas a los bajos salarios. Un empleo de bajos salarios puede suponer un trampolín hacia empleos mejor remunerados, y servir como entrada al empleo para los trabajadores menos cualificados y con menor experiencia. Todo lo contrario, también pueden constituirse como un elemento de segmentación que empuja hacia los márgenes del mercado laboral, con efectos a largo plazo tales como los bajos salarios persistentes, o múltiples transiciones entre el empleo y desempleo (*low-pay no pay*). Otro de los factores clave para considerar la pertinencia de atajar los bajos salarios tendría que ver con la proporción de trabajadores/as en situación de pobreza laboral que están en empleos

de bajos salarios. Las diferencias entre países pueden resultar muy marcadas, lo cual sugeriría que en algunos contextos la lucha contra los bajos salarios es la clave para reducir la pobreza laboral, mientras que en otros es solo una parte de la historia y tendrá un efecto limitado (Grzegorzewska & Thevenot, 2014).

En cualquier caso, el análisis de las tasas de salida de la pobreza relacionadas con las distintas transiciones del mercado laboral realizado por Grzegorzewska y Thevenot (Grzegorzewska & Thevenot, 2014), muestra que los incrementos de salario que suponen la superación del umbral de bajos salarios, también implican dejar atrás las situaciones de pobreza laboral en alrededor del 69,3% de los casos<sup>5</sup>. En tanto que resulta una transición que afecta a una pequeña parte de la población en situación de pobreza laboral (7,0%), su «efectividad» superaría con creces a otras transiciones como son el paso de un contrato temporal a otro indefinido (alrededor del 37,0%) o el tránsito de un contrato a tiempo parcial a otro permanente (algo más del 33,0%).

Otro de los cauces por el que el incremento de los hogares de dos asalariados habría afectado al nexo entre la pobreza laboral y los bajos salarios sería a través de las decisiones conjuntas de oferta de trabajo en los hogares. Según se señala en la literatura consultada, al tener asegurada una fuente principal de ingresos, y tener que (o tener preferencia por) combinar el trabajo remunerado con otras actividades como el cuidado, el segundo de los asalariados puede no fijarse tanto en el nivel de retribución y el número de horas trabajadas a la hora de optar por un empleo (Salverda, 2018; Salverda & Checchi, 2015). Esta situación afectaría directamente la competencia por ciertos empleos, reduciendo los niveles salariales y contribuyendo a la fragmentación del trabajo. Además, esta creciente competencia actuaría contra las personas menos cualificadas, ya que las personas cuyos ingresos constituyen una fuente secundaria para el hogar tienen, por lo general, un nivel de cualificación elevado (entre otros, por las dinámicas de *endogamia social* anteriormente referidas) (Salverda, 2018). Sintetizando lo anterior, puede decirse que la proliferación de los hogares con múltiples asalariados vendría a ampliar la dispersión salarial, incrementando la incidencia de los bajos ingresos.

A modo de cierre, de todo lo anterior se desprende que las implicaciones normativas de ambos conceptos resultan diferentes. La pobreza laboral, se refiere a una situación inaceptable en la sociedad que requiere intervención. Los bajos salarios, en cambio, no siempre se consideran un problema, sino que también se proponen como una solución para la integración de los trabajadores de baja productividad en el mercado laboral. En este caso, si bien con ciertos matices, los bajos salarios serían una categoría descriptiva, sin aparente contenido normativo (Lohmann, 2018).

---

<sup>5</sup> Los datos corresponden a la UE en su conjunto.



## 5. Un modelo para interpretar la articulación entre la pobreza y los bajos salarios

En un ejercicio de síntesis de la literatura disponible sobre la pobreza laboral y los bajos salarios, Crettaz (Crettaz, 2011) concluye que existen básicamente tres mecanismos por los que se producirían las situaciones de pobreza laboral: los bajos salarios, la escasa vinculación al mercado de trabajo, y un elevado grado de necesidad en el hogar (sobre todo en relación con el número de personas a cargo en el hogar). Si bien ya se puesto de relieve que el vínculo entre la pobreza laboral y los bajos salarios fenómenos está sujeto a una complejidad considerable, la utilización de este modelo permite extraer una radiografía simple y a la vez completa de las principales dinámicas que inciden en la relación entre la actividad laboral y la pobreza.

El primero de los mecanismos señalados serían los bajos salarios. En palabras de Crettaz (Crettaz, 2011) se trata del mecanismo más intuitivo que conduce a la pobreza laboral. Aunque la gran mayoría de los empleos de bajos salarios están en manos de trabajadores/as cuyos hogares se encuentran por encima del umbral de la pobreza, sucesivos trabajos han evidenciado que los bajos salarios incrementan considerablemente el riesgo de padecer la pobreza laboral (Halleröd *et al.*, 2015; Lohmann, 2018; Marx & Nolan, 2012; McKnight *et al.*, 2016; Salverda, 2018). Por otro lado, se encontraría la escasa vinculación al mercado laboral. Este mecanismo afecta principalmente a aquellas personas subempleadas y a los trabajadores que transitan a menudo entre el empleo y el desempleo, así como a las personas (generalmente mujeres) que no pueden o que no están dispuestas a dedicar más horas al empleo por responsabilidades de cuidado. El último de los factores explicativos corresponde a un elevado grado de necesidad en el hogar. Este mecanismo se haría efectivo, principalmente, a través de la presencia de hijos/as en el hogar. En relación con este aspecto, resulta de especial relevancia el hecho de que el mismo número de hijos/as tiene más probabilidades de conducir a la pobreza a las familias monoparentales que a las biparentales. Lo importante, por tanto, no es tanto el número absoluto de hijos/as sino la ratio entre niños/as y adultos en el hogar (Crettaz, 2011).

Según el propio Crettaz (Crettaz, 2011), pese a que ninguno de los anteriores conduce necesariamente a la pobreza laboral, los trabajadores/as pobres sí que responderán a alguno de los tres mecanismos descritos. Asimismo, la coincidencia de más de uno de estos mecanismos incrementaría la probabilidad de padecer una situación de pobreza laboral. Otra de las evidencias que se desprende de la utilización de este marco es que el peso relativo de cada uno de los mecanismos varía en función de la tipología de los Estados del bienestar, lo cual redundaría en diferencias significativas entre países en cuanto a la incidencia y composición de la población en situación de pobreza laboral.

Para describir la variabilidad en el peso relativo de cada uno de los mecanismos en función de las distintas tipologías de los Estados del Bienestar, puede recurrirse, en línea con el trabajo de Crettaz (Crettaz, 2011), a la propuesta de clasificación de Torres *et al.* (Torres *et al.*, 2007). Los autores referidos toman como punto de partida el célebre planteamiento de Esping-Andersen (Esping-Andersen, 1990), que en función del grado en el que el bienestar de las personas resulta independiente respecto al mercado, por un lado, el impacto del régimen del bienestar en la composición de clases, por otro, y el papel que desempeñan la esfera pública y privada, por último, identifica tres tipologías distintas de Estados del bienestar (*Liberal*, *Social-Demócrata*, y *Conservador Corporativista*). Torres *et al.*, por su parte, identifican cuatro regímenes diferenciados para el marco de la UE: regímenes nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Suecia), regímenes liberales (Irlanda, Reino Unido), regímenes continentales (Austria, Bélgica, Francia, Alemania, Países Bajos), y regímenes mediterráneos (Torres *et al.*, 2007).

Es importante señalar en este punto que, en la literatura especializada, no existe un consenso acerca de qué clasificación tipológica es la más adecuada. Como subrayan algunos autores, la elección depende del punto de partida considerado, ya que, por ejemplo, la clasificación tipológica de los sistemas de asistencia social difiere de la correspondiente a las políticas de empleo o la política familiar (Bonoli, 1997). Por otro lado, remitiéndose al carácter heterogéneo de las categorías identificadas por Esping-Andersen, se ha propuesto extender esta clasificación con la adición de nuevas tipologías, como los países mediterráneos (Leibfried, 1993). Asimismo, cabe tener muy presentes las críticas realizadas desde la perspectiva feminista. Desde esta corriente se pone de manifiesto que la propuesta de Esping-Andersen no toma en consideración elementos específicamente vinculados con el género, dejando de lado cuestiones de peso tales como el modelo familiar que fomentan las distintas configuraciones del Estado del Bienestar (Merrien, 2002).

Retomando el hilo del análisis, según Crettaz el peso de los distintos mecanismos que están detrás de la pobreza laboral varía de la siguiente manera en función de la tipología de los Estados del Bienestar (Crettaz, 2011):

- *Regímenes Liberales*. En estos países, las situaciones de pobreza laboral se deberían principalmente a los bajos salarios y las necesidades del hogar. En un contexto marcado por unos bajos niveles de salario mínimo, créditos fiscales para las personas trabajadoras de renta más baja, y prestaciones sociales con un elevado grado de condicionalidad, se fomenta maximizar la participación en el mercado laboral atendiendo en menor medida a la calidad del empleo.
- *Regímenes Continentales*. Hasta principios de la década de los 2000, la configuración de los estados del bienestar se orientaba a garantizar em-

pleos de calidad. Teniendo como base un generoso sistema de prestaciones pasivas, se recurriría en muchos casos a estrategias de reducción de la oferta laboral, a través de la jubilación anticipada, la baja participación laboral femenina y un elevado grado de protección laboral. Articulado a través de convenios colectivos (como en el caso de Alemania) o regulación (Francia), los niveles de protección se habrían reducido significativamente en los últimos años para un segmento concreto de trabajadores. El resultado sería una mayor incidencia de empleos de poca duración y bajos salarios en los márgenes del mercado laboral, dando lugar a un sistema dual en el mercado de trabajo en la que los trabajadores/as pertenecientes al núcleo continuarían disfrutando de elevados niveles de protección. Como consecuencia, en los países que forman parte de este grupo la pobreza laboral se articularía principalmente a través de la baja participación laboral y los bajos salarios, concentrándose principalmente tanto en la población joven como la población de menor nivel educativo.

— *Regímenes Mediterráneos*. Comparten rasgos comunes con la tipología continental. Se caracterizan por contar un generoso sistema de prestaciones pasivas, y de forma semejante, la maximización de la participación laboral no resultaría una línea de acción prioritaria para las políticas públicas. El elemento distintivo sería el rol prominente que adquiere la familia en lo que atañe a la esfera de los cuidados. Además de la generosidad de las transferencias sociales (transferencias del ámbito familiar reducidas), los mercados laborales cuentan con unos niveles de protección considerables (aunque recortadas considerablemente tras las reformas laborales posteriores a la crisis). Otro rasgo reseñable concierne a los/as trabajadores/as jóvenes, que muestran trayectorias laborales erráticas y altos nivel de desempleo. Sin embargo, debido al patrón de emancipación más tardío, los trabajadores/as que rondan los 30 años muestran una incidencia relativamente más baja por la protección que ofrece el hogar familiar. En los países que responden a esta tipología, los mecanismos de pobreza laboral que imperan serían la escasa vinculación laboral y las necesidades adicionales del hogar.

— *Regímenes Nórdicos*. Ninguno de los tres mecanismos considerados ejercería una influencia significativa en la incidencia de la pobreza laboral. Con una estrategia que combina políticas activas, generosas prestaciones familiares, un amplio sistema de educación infantil y un sector público de gran envergadura, les permite conjugar una elevada participación laboral (incluidas las madres con hijos/as) con un nivel mínimo de desigualdad de ingresos. En este sentido, cabe subrayar el papel que juega el empleo público, ya que en su seno también se incluyen actividades de baja productividad que tradicionalmente están sujetas a bajos salarios, y que de esta forma resultan considerablemente mejor remunerados. El alto grado de extensión de los convenios colectivos también vendría a expli-

car la menor desigualdad de ingresos. En este contexto, la pobreza laboral resulta un problema que afecta especialmente a los trabajadores/as más jóvenes, debido en mayor medida al patrón de emancipación más temprano que presentan.

## 6. Conclusiones

Las interrelaciones entre la pobreza laboral y los bajos salarios resultan complejas, y se ha demostrado que el vínculo entre ambos no resulta directo. En otro tiempo, cuando el modelo familiar de sustentador único resultaba hegemónico, existía una estrecha relación entre la pobreza laboral y los bajos salarios. A medida que el modelo familiar de referencia se ha ido fracturando por vía, principalmente, de la incorporación laboral de la mujer y la diversificación de las tipologías de hogar, el vínculo entre ambos fenómenos se ha vuelto más complejo.

La creciente participación de las mujeres en el mercado laboral, sin embargo, no se habría traducido en un aumento correspondiente en las tasas de empleo de los hogares. Es decir, el crecimiento adicional en el empleo habría ido a parar mayoritariamente a hogares en los que anteriormente ya había un/a trabajador/a, con implicaciones directas en la incidencia de la pobreza laboral: el incremento del número de hogares con más de una persona empleada habría aumentado el nivel medio de ingresos, haciendo subir el nivel de vida y con ello los umbrales de pobreza.

En este nuevo escenario, la existencia de un segundo salario (u otros ingresos) obtenido por la pareja u otro miembro del hogar se erigiría el factor de protección más importante contra la pobreza laboral, sobre todo para aquellos que perciben bajos salarios.

Entre otros, esto conduce a una situación en la que, si bien los jóvenes y las mujeres tienen un riesgo proporcionalmente mayor de percibir bajos salarios, al ser más probable que sus ingresos constituyan una fuente secundaria para el hogar, sus tasas de pobreza laboral resulten inferiores. En definitiva, el papel que desempeñan los ingresos de la persona perceptora de bajos salarios en el hogar (ingresos principales o secundarios) es fundamental para determinar si los bajos salarios están asociados a la pobreza en el hogar, y, por consiguiente, a la pobreza laboral.

Si bien se ha llegado a subrayar el papel que pueden desempeñar los empleos de bajos salarios en la prevención de la pobreza, no implica que los bajos salarios no resulten problemáticos. Por ejemplo, un empleo de bajos salarios puede suponer un trampolín hacia empleos mejor remunerados, y servir como entrada al empleo para los trabajadores menos cualificados y con menor experiencia. Todo lo contrario, también pueden constituirse como un elemento de segmentación

que empuja a los trabajadores/as hacia los márgenes del mercado laboral, con efectos a largo plazo tales como los bajos salarios persistentes, o múltiples transiciones entre el empleo y desempleo (*low-pay no pay*).

Además de las dinámicas laborales vinculadas a los bajos salarios, otro factor clave a la hora de considerar la pertinencia de atajar los bajos salarios tendría que ver con la proporción de trabajadores/as en situación de pobreza laboral que están en empleos de bajos salarios. Las diferencias entre países pueden resultar muy marcadas, lo cual sugeriría que en algunos contextos la lucha contra los bajos salarios es la clave para reducir la pobreza laboral, mientras que en otros es solo una parte de la historia y tendrá un efecto limitado. Con todo, la literatura indica que la «efectividad» de los incrementos de salario (abandonando situaciones de bajos salarios) es marcadamente superior a otras transiciones laborales.

El incremento de los hogares con dos asalariados habría influido, adicionalmente, en las decisiones conjuntas de oferta de trabajo de los hogares. Al tener asegurada una fuente principal de ingresos, y tener que (o tener preferencia por) combinar el trabajo remunerado con otras actividades como el cuidado, el segundo de los asalariados puede no fijarse tanto en el nivel de retribución y el número de horas trabajadas a la hora de optar por un empleo. Esto es, vendría a ampliar la dispersión salarial, incrementando la incidencia de los bajos ingresos.

Ante las complejidades señaladas, El modelo propuesto por Crettaz resulta de gran utilidad para desentrañar las causas de la pobreza laboral, y en particular, para describir la articulación entre la pobreza laboral y los bajos salarios (Crettaz, 2011). Según el citado modelo, las situaciones de pobreza laboral se producirían principalmente a través de tres mecanismos: los bajos salarios, la escasa vinculación al mercado de trabajo y un elevado grado de necesidad en el hogar. Pese a que ninguno de los anteriores conduce necesariamente a la pobreza laboral, los trabajadores/as pobres sí que responderán a alguno de los tres mecanismos descritos. Asimismo, la coincidencia de más de uno de estos mecanismos incrementa la probabilidad de padecer una situación de pobreza laboral. Es importante señalar igualmente que el peso relativo de cada uno de los mecanismos varía en función de la tipología de los Estados del Bienestar, lo cual redundará en diferencias significativas entre países en cuanto a la incidencia y composición de la población en situación de pobreza laboral.

## 7. Bibliografía

BLS (2021). *A Profile of the Working Poor*. Serie BLS reports, n.º 1.093, Bureau of Labor Statistics.

BONOLI, Guiliano (1997). Classifying welfare states: A two-dimension approach. *Journal of social policy*, 26(3), 351-372.

- BOSCH, Gerhard (2009). Low-wage work in five European countries and the United States. *International Labour Review*, 148(4), 337-356.
- CALVO GALLEGO, FRANCISCO JAVIER (2016). Trabajadores pobres y pobreza de los ocupados: Una primera aproximación. *Temas laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 134, 63-106.
- CAPPELLARI, LORENZO (2002). Do the «working poor» stay poor? An analysis of low pay transitions in Italy\*. *Oxford Bulletin of Economics and Statistics*, 64(2), 87-110. <https://doi.org/10.1111/1468-0084.00014>
- CRETIAZ, ERIC (2011). *Fighting working poverty in post-industrial economies: Causes, trade-offs and policy solutions*. Edward Elgar Publishing.
- CRETIAZ, ERIC (2015). Poverty and material deprivation among European workers in times of crisis. *International Journal of Social Welfare*, 24(4), 312-323.
- DOMÍNGUEZ-OLABIDE, PERU (2022). ¿A qué nos referimos cuando hablamos de pobreza laboral? Una aproximación conceptual. *Zerbitzuan. \SRVDATOS\SIIS\docus\Revistas electrónicas\Zerbitzuan R.721\2022\A\_que\_nos\_referimos\_cuando\_hablamos.pdf*
- ESPING-ANDERSEN, GOSTA (1990). *The three worlds of welfare capitalism*. Princeton University Press.
- EUROSTAT (2018). *Structure of Earnings Survey 2018. Eurostat's arrangements for implementing the Council Regulation 530/1999, The Commission Regulations 1916/2000 and 1738/2005*.
- EUROSTAT (2020). *Methodological guidelines and description of EU-SILC target variables*. Comisión Europea.
- GÓMEZ-ÁLVAREZ DÍAZ, ROSARIO, & GÓMEZ GARCÍA, FRANCISCO (2017). Marco teórico para el análisis de la pobreza en el trabajo en la UE: Concepto, medición y causas. *Trabajadores pobres y pobreza en el trabajo: concepto y evolución de la pobreza en la ocupación: el impacto de las últimas reformas legales*.
- GRZEGORZEWSKA, MAGDALENA, & THEVENOT, CÉLINE (2013). Working age poverty: what policies help people finding a job and getting out of poverty. *European Commission «Employment and Social Developments in Europe*, 129-172.
- HALLERÖD, BJÖRN, EKBRAND, HANS, & BENGTTSSON, MATTIAS (2015). In-work poverty and labour market trajectories: Poverty risks among the working population in 22 European countries. *Journal of European Social Policy*, 25(5), 473-488.
- IBÁÑEZ, MARTA (2014). Apuntes sobre la incidencia de la pobreza relativa y absoluta en la población y en los trabajadores. Comparación entre 2009 y 2013. *Lan Harremanak-Revista de Relaciones Laborales*, 31.
- INE, INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (2020). *Encuesta de Estructura Salarial (ESS). Metodología*.
- KAPSOS, STEVEN (2013, junio 19). *Employment and Economic Class in the Developing World* [Publication]. [http://www.ilo.org/global/research/publications/papers/WCMS\\_216451/lang-en/index.htm](http://www.ilo.org/global/research/publications/papers/WCMS_216451/lang-en/index.htm)
- LANAU, ALBA, & LOZANO, MARIONA (2022). *El peso de la precariedad laboral en la pobreza de los hogares con menores*. <https://doi.org/10.46710/ced.pd.esp.27>
- LAYTE, RICHARD, WHELAN, CHRISTOPHER T., MAITRE, BERTRAND, & NOLAN, BRIAN (2001). Explaining levels of deprivation in the European Union. *Acta Sociologica*, 44(2), 105-121.
- LEIBFRIED, STEPHAN (1993). Towards a European welfare state. *New perspectives on the welfare state in Europe*, 133.

- LOHMANN, Henning (2018). The concept and measurement of in-work poverty. En *Handbook on In-Work Poverty*. Edward Elgar Publishing.
- LUCIFORA, Claudio (1997). *Working poor? An analysis of low wage employment in Italy* (Working Paper 93.1997). Nota di Lavoro. <https://www.econstor.eu/handle/10419/154855>
- LUCIFORA, Claudio, MCKNIGHT, Abigail, & SALVERDA, Wiemer (2005). Low-wage employment in Europe: A review of the evidence. *Socio-economic review*, 3(2), 259-292.
- MAÎTRE, Bertrand, NOLAN, Brian, & WHELAN, Christopher T. (2018). Low pay, in-work poverty and economic vulnerability. En *Handbook on In-Work Poverty*. Edward Elgar Publishing.
- MARX, Ive, & NOLAN, Brian (2012). In-work poverty. *For Better For Worse, For Richer For Poorer: Labour Market Participation, Social Redistribution and Income Poverty in the EU*.
- MCKNIGHT, Abigail, STEWART, Kitty, HIMMELWEIT, Sam Mohun, & PALILLO, Marco (2016). Low pay and in-work poverty: Preventative measures and preventative approaches. *Evidence Review prepared for Employment, Social Affairs and Inclusion, European Commission. Brussels: European Commission*.
- MERRIEN, François-Xavier (2002). Etats-providence en devenir: Une relecture critique des recherches récentes. *Revue française de sociologie*, 211-242.
- MEULDERS, Danièle, & O'DORCHAI, Sile (2013). The working poor: Too low wage or too many kids? *American International Journal of Contemporary Research*, 3(7), 30-46.
- PONTHEUX, Sophie (2010). Assessing and analysing in-work poverty risk. *Income and living conditions in Europe*, 307.
- SALVERDA, Wiemer (2018). Low earnings and their drivers in relation to in-work poverty. En *Handbook on in-work poverty*. Edward Elgar Publishing.
- SALVERDA, Wiemer, & CHECCHI, Daniele (2015). Labor market institutions and the dispersion of wage earnings. En *Handbook of income distribution* (Vol. 2, pp. 1535-1727). Elsevier.
- TORRES, Anália, HAAS, Barbara, STEIBER, Nadia, & BRITES, Rui (2007). *First European Quality of Life Survey: Time use and work-life options over the life course*. European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions.
- ZUBERO, Imanol (2019). *Pobreza laboral en la Comunidad Autónoma de Euskadi (1986-2018)*. Civersity. <https://www.siis.net/documentos/ficha/547182.pdf>

# SISTEMA ORGÁNICO DE REPRESENTACIÓN EN SEGURIDAD Y SALUD LABORAL EN ESPAÑA<sup>&</sup>

*Organic system of occupational health and safety representation in Spain*

RAUL PAYÁ CASTIBLANQUE\*

Universidad de Valencia, España

## RESUMEN

En el presente artículo se realiza un estudio histórico, jurídico y jurisprudencial del sistema orgánico de representación de intereses español en materia de prevención de riesgos laborales con objeto de identificar sus fortalezas y debilidades. Su análisis presenta resultados ambivalentes. Por un lado, es positivo que el modelo de designación de los delegados de prevención se asiente sobre un sistema consolidado de audiencia electoral en el seno de las organizaciones que viene desarrollándose de manera ininterrumpida desde la transición democrática y que, a su vez, se encuentra fuertemente sindicalizada debido a que la mayoría de delegados de personal electos están adscritos a organizaciones sindicales. Pero, por otro lado, presenta limitaciones en cuanto a la cobertura representativa en las empresas más pequeñas y a nivel cualitativo debido a que no amplía de manera considerable las competencias, facultades y garantías que previamente tenían los delegados de personal como representantes unitarios. No obstante, el marco normativo español tiene un fuerte carácter dispositivo y, por ello, es fundamental el papel del poder institucional de los sindicatos a través de la negociación colectiva y la concertación social (bipartita y tripartita) para mejorar tanto la representatividad en las empresas más pequeñas (por ejemplo, creando la figura de delegados de prevención territorial) como para ampliar las competencias y las garantías (sobre todo de crédito de horas de representación) de los delegados de prevención.

Palabras clave: participación, representación, prevención de riesgos.

## ABSTRACT

This article makes a historical, legal and jurisprudential study of the Spanish organic system of interest representation in occupational risk prevention in order to identify its strengths and weaknesses. Its analysis presents ambivalent results. On the one hand, it is positive that the model of designation of prevention delegates is based on a consolidated system of electoral hearings within the organizations that has been developing uninterruptedly since the democratic transition and that, in turn, is strongly unionized due to the fact that the majority of elected personnel delegates are affiliated to trade union organizations. On the other hand, however, it has limitations in terms of representative coverage in smaller companies and at a qualitative level because it does not considerably broaden the competencies, powers and guarantees previously held by the personnel delegates as unitary representatives. However, the Spanish regulatory framework has a strong dispositive character and, therefore, the role of the institutional power of the unions through collective bargaining and social concertation (bipartite and tripartite) is fundamental for improving both the representativeness in smaller companies (for example, by creating the figure of territorial prevention delegates) and for extending the competencies and guarantees (especially in terms of credit for hours of representation) of the prevention delegates.

Keywords: participation, representation, risk prevention.

<sup>&</sup> Financiado por las ayudas postdoctorales Margarita Salas de la convocatoria de ayudas para la recualificación del sistema universitario español del Ministerio de Universidades del Gobierno de España, financiadas por la Unión Europea, NextGenerationEU.

\* **Correspondencia a:** Raul Payá Castiblanque. Av. Tarongers, 4.b (Valencia-España). — [raul.paya@uv.es](mailto:raul.paya@uv.es) — <https://orcid.org/0000-0002-7967-8660>

**Cómo citar:** Payá Castiblanque, Raul. (2022). «Sistema orgánico de representación en seguridad y salud laboral en España»; *Lan Harremanak*, 47, 160-196. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.23661>).

Recibido: 23 mayo, 2022; aceptado: 14 junio, 2022.

ISSN 1575-7048 — eISSN 2444-5819 / © 2022 UPV/EHU



Esta obra está bajo una licencia  
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional



## 1. La construcción histórica de los sistemas participativos en seguridad y salud laboral

La primera regulación en materia de seguridad y salud laboral en España proviene del proyecto de ley del 8 de octubre de 1855 presentado en las Cortes Generales por el Ministro de fomento Alonso Martínez. Pese a no concretarse de forma definitiva, el proyecto fue pionero en la época ya que, establecía, por un lado, la obligación patronal de proporcionar en las fábricas condiciones higiénicas adecuadas para evitar los peligros de accidente y, por otro, la indemnización de los daños que pudieran ocasionar a los trabajadores (De Francisco-López, 2002). Muchos historiadores consideran que la primera normativa firme en salud laboral data de Ley Benot y el programa reformista de la Primera República que, a través de la aprobación de la ley 24 de julio de 1873 sobre la prohibición del trabajo infantil en sectores peligrosos, inauguraba el camino hacia la prevención de riesgos, pese a no tratarse de una normativa específica en seguridad y salud laboral (Palomeque-López, 1997: 112). Una década más tarde, el 5 de diciembre de 1883, se aprobaba el Real Decreto de creación de la Comisión de Reformas Sociales, siendo su obra más importante la realización de una encuesta por las diferentes comisiones provinciales con objeto de recabar información sobre las condiciones de trabajo, entre ellas las de seguridad y salud laboral, que supuso la génesis de la inspección estatal en nuestro país (Espuny i Tomás, *et al.*, 2006). Se daba paso así a normas específicas para la vigilancia y el control de las condiciones laborales, siendo el Reglamento de Policía Minera de 1897 la disposición normativa más relevante en materia preventiva elaborada en el siglo XIX, en la medida que desarrolló al Cuerpo Nacional de Ingenieros de minas con competencia tanto de vigilar las condiciones de seguridad e higiene como la emisión de recomendaciones o requerimientos obligatorios para proteger la vida de los mineros en un contexto de elevada mortalidad en el sector (García-González, 2008). Sin embargo, su impacto fue limitado y apenas tramitaron expedientes sancionadores (García-Piñeiro, 1993: 70). Debido a su reducida eficacia y al incremento de los accidentes laborales que sufrían miles de mineros se creó la Escuela de Vigilantes Mineros por Decreto de 23 de agosto de 1934 por el que se aprobó el Reglamento de Policía Minera y Metalurgia con objeto de capacitar a trabajadores para efectuar labores de vigilancia y control de los elementos de seguridad e higiene en las minas (Pérez de Perceva y Sánchez-Picón, 2005). Sin embargo, no fue hasta la aprobación del Real Decreto 3255/1983, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto del Minero, una vez se instauraba la democracia, que se crearon los órganos participativos especializados en seguridad y salud laboral en la minería, tales como los delegados mineros de seguridad y los comités de seguridad e higiene, similares en sus formas de composición, designación y capacidad funcional a los sistemas orgánicos de participación vigentes en la actualidad.

Volviendo a los inicios del siglo xx, cabe mencionar que en dicho periodo se desarrollaron las primeras políticas de compensación de los daños producidos por la exposición a los riesgos laborales. Nos referimos, a la Ley Dato de 1900 sobre Accidentes de Trabajo, que vino a reconocer por primera vez el derecho de los trabajadores a ser indemnizados por los accidentes y las enfermedades de etiología laboral. A su vez, dicha norma determinaba la responsabilidad patronal de cubrir los gastos de la indemnización, lo que derivó en la contratación de pólizas de seguros por parte de los patronos, como si fuese un coste más de explotación (Rodríguez-Ocaña y Menéndez-Navarro, 2006: 82). Pronto surgieron los primeros conflictos, en la medida que los médicos responsables de determinar la etiología laboral de la contingencia estaban fuertemente fiscalizados por los empleadores y sus pólizas de seguros, lo que generaba una elevada infranotificación de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales (Bernabeu-Mestre *et al.*, 2000: 71-73). Pese a los numerosos intentos de los sindicatos en revertir esta problemática, a día de hoy, sigue existiendo un elevado poder empresarial, en la medida que el sistema de seguros inicial se ha sustituido por las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (MATEPs), que siguen siendo instituciones proveedoras de servicios empresariales (Rodrigo-Cencillo, 2007).

En paralelo a la Ley Dato, orientada a la recuperación y compensación de los daños, a comienzos del siglo xx también se desarrollaron un elevado número de disposiciones normativas merced a los Convenios y Recomendaciones de la OIT, tales como, el Decreto de 1916 sobre el andamiaje de seguridad en obras de construcción o el Decreto 1926 sobre la prohibición del empleo de la ceruse en la pintura (Palomeque-López, 1997; Soto-Carmona, 1987). Además, se establecieron las bases del actual sistema de Seguridad Social y la institucionalización de los sistemas de gestión de la prevención de riesgos laborales en base a las sugerencias del Instituto de Reformas Sociales (1903) y del Instituto Nacional de Previsión que se concretaría, inicialmente, en el Reglamento General de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 1906 y la creación, aquel mismo año, del Cuerpo Técnico de Inspectores de Trabajo, consolidándose así la intervención e institucionalización científica del Estado en las relaciones laborales (Payá-Castiblanque y Beneyto-Calatayud, 2019). El Instituto de Reformas Sociales heredó las funciones de la Comisión de Reformas Sociales y fue el promotor de numerosas normas laborales. Se trataba de un Instituto tripartito formado por treinta vocales (18 elegidos por el Estado, 6 por las patronales y 6 por los sindicatos), siendo un órgano institucional con clara vocación hacia la concertación social en materia social y económica, de la que surgieron un elevado número de disposiciones normativas relacionadas con el mundo del trabajo y en materia de seguridad y salud laboral (Montalvo-Correa, 2003: 117). Desde el Instituto se promovieron las correspondientes Juntas Locales y Provinciales, integradas por el Alcalde o Gobernador Civil que ejercían como presidentes, el capellán o el

médico y en paridad, hasta seis patronos y obreros, con funciones específicas de visitar los centros de trabajo de la localidad, con objeto de vigilar y controlar las condiciones de seguridad e higiene y efectuar estadísticas laborales, adjudicándoles más tarde la función de imponer sanciones (Maluquer de Montes y Llonch-Casnovas, 2005: 1197). Sin embargo, debido al bajo nivel de organización obrera, por un lado, y a la resistencia de los actores en colaborar y participar fruto de su histórica orientación hacia la confrontación, por otro, dichas Juntas tuvieron un impacto limitado (Rubio-López, 1987: 65).

Los avances efectuados tanto en materia preventiva como en la capacidad participativa de los actores sociales fueron paralizados por la dictadura de Primo de Rivera (1923-1930) que disolvió el Instituto de Reformas Sociales y aprobó el Decreto Ley de 23 de agosto de 1926 relativo al Código de Trabajo, que abolió los Jurados Paritarios sustituyéndolo por los Comités Paritarios integrados por la Organización Corporativa Nacional encuadrándose bajo un sindicalismo vertical, único y totalitario, pero que a su vez, permitía la existencia de la Unión General de Trabajadores (UGT) con objeto de garantizar la paz social y evitar el conflicto (Garrigues-Giménez, 1998: 56). Con la instauración de la Segunda República, se reactivó el camino de la participación obrera real y fruto de la experiencia sindical se aprobaron en 1931 la Ley de Contratos de Trabajo y la Ley de Jurados Mixtos. Con la primera se regulaban aspectos salariales, condiciones de trabajo, el derecho a huelga, etc..., pero, aunque no hacía mención a aspectos de prevención de riesgos, permitió a través de la negociación colectiva impulsar numerosos acuerdos básicos en seguridad y salud ocupacional (Soto-Carmona, 1987). Por su parte, según la Ley de Jurados Mixtos, la presidencia de los mismos correspondía a un representante del Ministerio de Trabajo y estaban integrados por un número proporcional de vocales elegidos por las asociaciones patronales y sindicales censadas en el Ministerio, siendo sus funciones la fijación de condiciones de trabajo, el control y vigilancia del cumplimiento de dichas condiciones y la resolución de conflictos (Montero-Aroca, 1976: 126).

Con el estallido de la guerra civil se truncó cualquier posible participación obrera en la gestión preventiva (García-García y García-Benavides, 2014: 68), debido a la derogación de los derechos laborales básicos: negociación colectiva, manifestación o la huelga, siendo las organizaciones sindicales perseguidas hasta su disolución y aniquilación (García-Calavia, 2012). En los inicios del régimen franquista se aprobó la Ley de Contrato de Trabajo de 26 de enero (Libro I) y 31 de marzo de 1944 (Libro II), derogando la ley republicana ya sin efectos en la práctica tras la guerra civil. La nueva disposición normativa fijaba los precios de los bienes, los salarios y todas las condiciones laborales, estableciendo, además, que los trabajadores debían cumplir con las ordenes e instrucciones de los jefes de empresa, encargados y representantes de esta (Pérez-Botija, 1945). A través del Sistema Nacional Sindicalista se creó la Organización Sindical Española (OSE) que aglutinaba todos los sindicatos verticales que organizaban obli-

gatoriamente a los empresarios y trabajadores bajo los principios de «unidad, totalidad y jerarquía», por lo que quedaba excluido el conflicto laboral (García-Calavia, 2012). En dicho periodo, se aprobó el 3 de febrero de 1940 el Reglamento General de Seguridad y Salud e Higiene en el Trabajo que establecía el deber de protección empresarial y la obligación de los trabajadores de cumplir con las normas preventivas bajo el mando de la dirección. Cuatro años más tarde, a través de la Orden Ministerial de 21 de septiembre de 1944, se crearon los Comités de Seguridad e Higiene en el Trabajo, con funciones específicas de vigilancia y control de la normativa preventiva, investigación y estadística sobre los accidentes de trabajo. Sin embargo, dichos órganos no tenían capacidad representativa debido a que, por un lado, todos sus miembros estaban designados y orientados por la dirección de la empresa y, por otro, carecían de capacidad decisoria (Cardenal-Carro, 2000: 362). Además, en 1944 se creó el Instituto Nacional de Medicina, Higiene y Seguridad del Trabajo y tras él, los Servicios Médicos de Empresa, que tenían como finalidad la institucionalización de la medicina en el trabajo encargándose de la esfera asistencial y recuperadora (Montt-Balmaceda, 1998).

Fruto del sistema autoritario de planificación y ordenación económica España, con un tejido productivo eminentemente agrario, quedó fuera de las economías más avanzadas de la Unión Europea, y debido a ello, los trabajadores perdieron más del 50% del poder adquisitivo y soportaron precarias condiciones laborales hasta que en la década de los cincuenta creció el malestar social (huelga de tranvías de 1951 en Barcelona), lo que marcaría el inicio de una lenta reestructuración de las relaciones laborales (García-Calavia, 2012). Así, el régimen aprobó el Reglamento de los Jurados de Empresa (Decreto de 11 de septiembre de 1953) que según, su preámbulo, fue creado para «no mantener alejado al trabajador de la responsabilidad y de la ilusión de contribuir a la grandeza de la Patria». Sin embargo, se trataba de «lograr la convivencia» y la colaboración de los trabajadores en la toma de decisiones empresariales y, bajo ningún concepto, poner en cuestión su autoridad (Pérez-Leñero, 1956). Pese a ello, el Jurado de Empresa, a diferencia del Comité de Seguridad y Salud Laboral, sí que cumplía con ciertos criterios de representatividad, ya que, salvo la presidencia que recaía en la propiedad y el secretario administrativo, los vocales podían ser elegidos por los trabajadores. Así pues, viendo la oportunidad de tener cierta participación institucional, las Comisiones Obreras (CCOO) comenzaron a actuar de manera semiclandestina para formar parte y actuar en los Jurados de Empresa (García-Calavia, 2012).

La autarquía de la dictadura siguió pesando sobre el desarrollo económico y a ello, habría que sumarle la solicitud y posterior negación de las ayudas del Plan Marshall (1948-1951), destinadas a desarrollar las economías e infraestructuras de los países europeos tras la Segunda Guerra Mundial. Este contexto llevó al nuevo gobierno tecnócrata, elegido en 1957 ante el fracaso de sistema econó-

mico franquista, a aprobar el «Plan de Estabilización» de 1959 con el objetivo de abrir la economía nacional para captar capital extranjero, lo que supuso el inicio del periodo denominado «intensa industrialización» (1960-1973) que requería el cumplimiento de las lógicas de funcionamiento de los mercados de oferta y demanda, por lo que fue aprobada la Ley de Convenios Colectivos en 1958, que perseguía dos objetivos. En primer lugar, trataba de devolver, aunque de manera parcial, la negociación colectiva a los actores sociales y, en segundo lugar, estimular el crecimiento económico a través del impulso de la productividad en las cláusulas estipuladas en la negociación colectiva. La Ley fue bien aceptada tanto por los empleadores interesados en negociar condiciones salariales para eludir el conflicto y mejorar la intensificación del trabajo a través de incentivos, como por los trabajadores, que veían la posibilidad de incrementar los salarios en un contexto de duras condiciones de vida y, a su vez, las clandestinas Comisiones Obreras, la utilizaron para ampliar su capacidad de representación real a través de los Jurados de Empresa debido sus posibilidades (limitadas) de negociar convenios colectivos (Cordón-Rosado, 2015: 116; García-Calavia, 2012).

El efecto combinado de una intensa industrialización en los años setenta con la ausencia de cualquier política preventiva situó a España como el país europeo con más accidentes de trabajo. Debido al elevado número de contingencias profesionales, en 1971 se aprobó el primer Plan Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, con la finalidad de activar la gestión de la prevención de riesgos en la empresa, dotándolas de los medios humanos y técnicos necesarios para que, de forma interdisciplinar (expertos en seguridad e higiene, sociólogos, psicólogos, etc.), potenciaran el sistema preventivo, iniciándose un periodo de lenta reducción de los accidentes de trabajo (Cerón-Torreblanca, 2011). El Plan Nacional se concretaría con la Orden de 9 de marzo de 1971 por la que se aprobaba la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo desarrollando las funciones específicas del Ministerio, los Delegados y la Inspección de Trabajo en materia preventiva, creando los Consejos Provinciales y Territoriales de Seguridad e Higiene del Trabajo, ampliando las funciones de los Comités de Seguridad e Higiene del Trabajo y creando la figura del Vigilante de Seguridad en aquellas empresas que por sus dimensiones no tuvieran posibilidad de tener Comités de Seguridad. Se trata del germen del actual sistema de gestión integral de seguridad y salud laboral en España, pero, dichos Comités seguían siendo órganos eminentemente técnicos formados por expertos de seguridad y médicos del trabajo, y no siempre garantizaban la paridad y representatividad de los trabajadores (Cordón-Rosado, 2015: 117). De hecho, los Vigilantes de Seguridad no pueden ser homologados a los actuales Delegados de Prevención debido a su falta de representatividad (Salcedo-Beltrán, 1997).

Tras la caída de la dictadura, en la fase pre-democrática, se registró una elevada conflictividad laboral por dos motivos. En primer lugar, debido a la liberalización de los mercados efectuada por Nixon en 1971 con los acuerdos de

Bretton Woods y la Guerra de «Yom Kipur» en 1973, se produjo el incremento del precio de la materia prima (petróleo crudo) esencial para la producción industrial, lo que derivó en una fuerte crisis económica y los sindicatos focalizaron numerosos conflictos en las industrias reivindicando mejores condiciones económicas. En segundo lugar, los sindicatos efectuaron una elevada presión para reclamar a los partidos políticos su reconocimiento institucional en la nueva democracia, lo que se consiguió con la regulación provisional de la Ley 19/1977, del 1 de abril, de Asociación Sindical y el Real Decreto 3149/1977, de 6 de diciembre, sobre elección de delegados y comités de empresa. De hecho, en 1976 CCOO dejó de ser una asociación semiclandestina, e irrumpió UGT como alternativa sindical, tras su aniquilación en la primera época franquista. El bajo poder asociativo (mayor en CCOO que en UGT), junto a su reconocimiento institucional, hizo que los sindicatos apostaran por estrategias de negociación frente a las movilizaciones y huelgas obreras, pasando de una negociación descentralizada en los centros de trabajo a una centralizada a nivel estatal y la despolitización la acción sindical hacia la negociación de condiciones de trabajo (García-Calvia, 2012), que vendría a explicar los motivos por los que en la actualidad, España forma parte del grupo de países con una elevada institucionalización de las relaciones laborales.

El 27 de diciembre de 1978 fue sancionada la Constitución Española (CE), que regulada los derechos y procesos de participación democrática, estableciendo que «los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa» (art. 129.2 CE) y consagrando, por una parte, la creación y ejercicio de las actividad de los sindicatos y las patronales para la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios, siempre que se respeten la Constitución, las leyes y su funcionamiento interno sea democrático (arts. 7 y 28.1 CE) y, por otra, el derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15 CE), estableciendo que los poderes públicos deberán velar por la seguridad e higiene en el trabajo (art. 42.2 CE). Así pues, la Carta Magna reconoce tanto los derechos participativos y la libertad sindical como el derecho a la prevención de riesgos profesionales.

El desarrollo del artículo 129.2 de la CE, en el ámbito de las relaciones laborales se concretó con la aprobación de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (ET) que reconocía el derecho básico de participación en la empresa, lo que en 2007 se modificaría para cumplir con las exigencias de las Directivas europeas, determinando en su redacción actual que los trabajadores tienen derecho a la «Información, consulta y participación en la empresa» (art. 4.1.g del ET), ejerciendo tales derechos de forma indirecta a través de los órganos de representación en el seno de la empresa (Título II del ET). En paralelo, se desarrollaron los artículos 7 y 28.1 de la CE aprobando la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (LOLS), que regula los derechos de libertad sindical (entre otros, fundar o afiliarse a un sindicato) (art. 2),

la constitución de Secciones Sindicales en los centros de trabajo de conformidad con lo establecido en los Estatutos del Sindicato (art. 8.1a) y la elección de delegados sindicales elegidos por y entre los afiliados en los centros de trabajo que ocupen a más de 250 trabajadores (art. 10.1), configurando de este modo, el sistema de doble canal (presencia afiliativa y audiencia electiva) de representación de intereses (Beneyto-Calatayud *et al.*, 2016: 32). Dicho sistema gira en torno al eje electoral, ya que, en los centros de trabajo que cuenten con entre 6 y 10 trabajadores (si así lo decidieran por mayoría) o más de 10, podrán elegir un delegado de personal (art. 62.1 ET) o constituir un Comité de Empresa (órgano representativo y colegiado), cuando el centro de trabajo o la empresa (comité intercentros) tenga cincuenta o más trabajadores (art. 63 ET). Se trataba de articular un sistema que intenta efectuar tanto un ejercicio democrático como universalizar la cobertura de la intervención sindical (Jódar-Martínez *et al.*, 2018: 17). Veamos con mayor precisión ambas cuestiones. Por un lado, mientras que los delegados sindicales solo representan a sus afiliados, los delegados de personal representan al conjunto de trabajadores (estén o no afiliados) y son elegidos por todos de los empleados del centro de trabajo que sean mayores de 16 años y cuenten, al menos, con un mes de antigüedad en la empresa (art. 69.2 ET), lo que genera una mayor democracia participativa. Por otro lado, podrán presentarse a las elecciones los trabajadores que tengan dieciocho o más años y una antigüedad en la empresa de, al menos, seis meses, tanto si se presentan en listas sindicadas como si presentan una candidatura avalada con un número de firmas de electores de su mismo centro y colegio (de técnicos y administrativos o especialistas y no cualificados) equivalente al menos a tres veces el número de delegados de personal a elegir (69.3 ET). No obstante, cabe matizar que la mayoría de representantes unitarios electos pertenecen a listas sindicadas y, por ello, a través de este mecanismo de audiencia electoral se logra universalizar la cobertura de la intervención sindical llegando a cubrir en torno al 45-50% de los centros de trabajo, duplicando la baja presencia afiliativa de nuestro país (alrededor al 16 y 19 por cien de la población asalariada). No obstante, dicho sistema también presenta debilidades al activar el efecto *free rider* que desincentiva la afiliación (Jódar-Martínez *et al.*, 2018: 17). A todo ello, cabría añadir que la institucionalización de la representatividad en los lugares de trabajo a través de la audiencia electoral, no reflejaría solo el poder asociativo de los sindicatos en los lugares de trabajo, sino que también articula la representatividad agregada para impulsar su poder institucional. Es decir, el resultado de las elecciones a la representación unitaria en distintos centros de trabajo (en un nivel funcional y territorial) determinará a nivel agregado qué sindicatos son los más representativos (un mínimo de un 10% de la representación a nivel de nacional o de empresa y un 15% en el ámbito autonómico) (art. 87.2 ET; art.7 LOLS), quedando legitimados para negociar convenios colectivos estatutarios protegidos bajo tres principios básicos: (1) eficacia general o *erga omnes* del convenio, lo que supone la extensión del acuerdo a todos los trabajadores de las empresas que se encuentre en

un ámbito funcional o territorial determinando (art. 82.3 ET); (2) la ultraactividad de las cláusulas sustantivas que regulan condiciones de trabajo pactadas en el convenio colectivo que se mantendrán vigentes durante el periodo de finalización o denuncia de un convenio y, la negociación y entrada en vigor del nuevo que lo sustituye (art. 86.3 ET) y (3), el principio de jerarquía, lo que supone, que, en caso de concurrir diversos convenios colectivos en un mismo ámbito funcional y temporal, se aplicarán las condiciones laborales pactadas en los convenios colectivos de ámbito superior (Estatal, de Comunidad Autónoma, Provincial y finalmente, de empresa). No obstante, la reforma laboral de 2012 pretendió acabar con la ultraactividad y supuso la inversión jerárquica de los convenios dando prioridad al convenio de empresa sobre los de carácter supra empresarial (art. 84.2 ET), descentralizando la negociación y debilitando el poder institucional de los sindicatos (Rigby y García-Calavia, 2018). Sin embargo, el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, matizó que los convenios de empresa tienen prioridad aplicativa en materia de horarios o la adaptación de la clasificación profesional, pero le corresponde dicha prioridad aplicativa a la negociación colectiva sectorial en los aspectos salariales, retribuciones y de jornada.

Los tres principios o dispositivos normativos descritos han permitido que los sindicatos protejan las condiciones de trabajo de alrededor del 80% de la población asalariada a través de procesos de influencia negociadora en la regulación de los convenios colectivos, triplicando de este modo su débil presencia afiliativa (Beneyto-Calatayud *et al.*, 2016: 32). A todo ello habría que sumar la presencia de los sindicatos más representativo en órganos tripartitos de participación institucional de orden público como el Consejo Económico y Social, la Seguridad Social, la Fundación Tripartita para la formación, etc. (Jódar-Martínez *et al.*, 2018: 17). Asimismo, como veremos, el vigente sistema general de representación de intereses tiene competencias en materia de seguridad y salud laboral que coexisten con el sistema de representación especializado en la materia, articulando un sistema orgánico y funcional complejo.

## **2. Dualidad y superposición de los sistemas orgánicos de representación en materia preventiva**

Desde su creación, la representación unitaria surgida de las elecciones en los centros de trabajo tiene competencias tanto de información y consulta como de vigilancia y control en materia de seguridad y salud laboral. Por un lado, el artículo 64.2.d) del ET establece que los comités de empresa serán informados trimestralmente sobre los niveles de absentismo y las estadísticas sobre contingencias profesionales (accidentes de trabajo y enfermedades profesionales), así como de los estudios específicos del medio ambiente de trabajo y los mecanismos de



integración de la prevención de riesgos laborales. Además, los Comités de Empresa tendrán el derecho a ser informados y consultados sobre la adopción de medidas preventivas (art.64.5 ET). Por otro lado, también tendrán derecho a vigilar y controlar las condiciones de seguridad y salud laboral (art. 64.7.a.2.º ET) y, en especial, paralizar la actividad productiva en caso de riesgo grave (que puede causar un lesión grave o la muerte) e inminente (que la probabilidad de que se materialice el accidente al instante sea muy elevada) (Art. 19.5 ET). Por último, cabe señalar que los delegados de personal tendrán los mismos derechos que el comité de empresa (art. 62.2 ET).

Por su parte, en los centros de trabajo que cuenten con 250 o más trabajadores y hayan elegido delegados sindicales, estos tendrán derecho, si no forman parte del comité de empresa, a la misma información y documentación que la empresa ponga a disposición de aquel, así como a asistir, con voz pero sin voto, a las reuniones de los comités y órganos internos de participación en materia de seguridad e higiene (art. 10.3 LOLS). No obstante, las secciones y organizaciones sindicales como tales, no tienen derecho a participar en el seno de la empresa, quedando atribuidas sus funciones al ámbito supraempresarial, a través de la negociación colectiva u otros órganos institucionales (Cordón-Rosado, 2015:163), tal y como establece la jurisprudencia:

El art. 8.1. de la LOLS no otorga a las secciones sindicales, como un instrumento más al servicio de la acción sindical en la empresa que les reconoce, las facultades de información, sino que reserva esta materia para aquellas representaciones sindicales que ella misma determina de forma muy selectiva: los delegados sindicales de aquellas secciones sindicales que se encuentren implantadas en empresas de más de 250 trabajadores. Serán estos sujetos colectivos a quienes el art. 10.3 de la LOLS va a reconocer, en el supuesto de que formen parte del comité de empresa (STSJ Cantabria, 30 de noviembre de 2007. (Rec. 999/2007)

La aprobación de la Directiva 89/391/CEE del Consejo Europeo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud laboral en el trabajo, dió un giro al sistema español de participación, en la medida que la doctrina jurídica consideró que el sistema general de representación de intereses no cumplía con los mínimos derechos de participación de los trabajadores (Agra-Viforcós, 2005: 33; García-Ros, 1995: 349; González-Posada, 1991: 396; Quesada-Segura, 1997: 16). Por un lado, la Directiva Marco, estableció cómo los derechos participativos de los trabajadores debían canalizarse a través de representantes con funciones específicas en materia de protección de la seguridad y salud (art. 11.3 Directiva Marco) y, por consiguiente, se debían crear figuras orgánicas de representación específicas y especializadas. Por otro lado, la Directiva Marco iba más allá de los derechos de información, vigilancia y control otorgados a la representación unitaria y, en aras de construir una verdadera cultura preventiva, atribuía a la representación

especializadas funciones de colaboración, participación de forma equilibrada y formulación de propuestas en materia de seguridad y salud laboral (Salido-Banus, 2003). A lo que cabría añadir que los Comités de Seguridad e Higiene del Trabajo y los Vigilantes de Seguridad creados por la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 1971, vigentes hasta esa fecha, no cumplían ni con los principios democráticos de representatividad, ni con las competencias funcionales establecidas en la Directiva Marco, como tampoco con los principios de acción preventiva y los sistemas de gestión integral desarrollados por la misma normativa. Así pues, con objeto de desarrollar el derecho programático estipulado por el artículo 40.2 de la CE, según el cual los poderes públicos quedan obligados a velar por la seguridad e higiene en el trabajo, se transpuso, aunque con cinco años de retraso, la Directiva Marco a través de la aprobación de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales (LPRL), derogando los Títulos I y III de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo y desarrollando, en el capítulo V de la LPRL, el nuevo y actual sistema orgánico especializado de representación formado por los denominados Delegados de Prevención y el Comité de Seguridad y Salud.

Con la aprobación de la LPRL se creó un sistema de representación en materia preventiva complejo y con competencias y facultades duplicadas o superpuestas, en la medida que dicha Ley regulaba los órganos de representación especializados (Delegados de Prevención y Comités de Seguridad y Salud Laboral) que exigía la Directiva Marco pero, sin embargo, no ha derogado ni modificado las facultades y competencias en materia preventiva reconocidas con anterioridad a la representación general (unitaria y sindical) (González de Lena, 1989: 1305; Purcalla-Bonilla, 1998: 145; Sancho-Cuesta, 1993: 191). De hecho, el propio artículo 34.2 de la LPRL así lo reconoce:

A los Comités de Empresa, a los Delegados de Personal y a los representantes sindicales les corresponde, en los términos que, respectivamente, les reconocen el Estatuto de los Trabajadores, la Ley de Órganos de Representación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas y la Ley Orgánica de Libertad Sindical, la defensa de los intereses de los trabajadores en materia de prevención de riesgos en el trabajo. (art. 34.2 LPRL)

Así pues, la LPRL no ha llevado hasta el extremo la especialización representativa propuesta por la Directiva Marco (González-Ortega y Aparicio-Tovar, 1996: 217; Valdés Dal-Ré, 1997), aunque no la contradice puesto que en su artículo 11 no se incluye la participación exclusiva de los órganos especializados en materia de seguridad y salud laboral (Moreno-Vida, 1996: 596).

En el siguiente apartado estudiaremos con mayor profundidad las competencias y facultades de los delegados de prevención pero, con objeto de obser-

var algunas diferencias entre los órganos de representación generales y especializados, se enumeran a continuación las competencias generales de los delegados de prevención, que según establece el artículo 36.1 de la LPRL son: a) colaborar con la dirección de la empresa en materia preventiva; b) promover y fomentar la cooperación de los trabajadores, es decir, activar la cultura preventiva; c) ser consultados por el empresario, con carácter previo, sobre las acciones que se listan en el artículo 33 de la propia LPRL; d) ejercer una labor de vigilancia y control sobre el cumplimiento de la normativa preventiva. Como podemos observar, a diferencia de los órganos de representación unitarios con funciones orientadas más a los elementos de confrontación relacionadas con la vigilancia y control de los elementos preventivos, la LPRL no solo nutre a la representación especializada de competencias de vigilancia, sino que son llamados a crear una verdadera cultura preventiva y de participación cuando se utilizan expresiones tales como «colaborar» o «promover y fomentar la cooperación» (Quesada-Segura, 1997: 34; Valdés Dal-Ré, 1997: 42). Así pues:

Parece que el legislador tiende a hacer una especie de reparto competencial en el sentido de que las funciones de tipo reivindicativo se atribuyen a los representantes generales, como es el caso de la negociación colectiva en materia de salud laboral, el ejercicio de quejas y acciones, o la paralización de la actividad productiva en caso de riesgo grave e inminente; y las funciones de colaboración y coordinación se asignan a los representantes específicos. (González-Ortega, 1999: 73-74)

Esta diversidad funcional también la podemos observar en las resoluciones judiciales, en la medida que la representación especializada no tiene capacidad para promover conflictos colectivos, quedando estos reservados a los sistemas de representación general:

Ninguno de los preceptos de la LPRL que regulan los Delegados de Prevención, sus competencias y facultades (arts. 35 y 36, LPRL), y el Comité de Seguridad y Salud, así como sus competencias y facultades (art. 38 y 39 de la misma ley), atribuyen a los Delegados de Prevención integrantes del Comité de Seguridad y Salud ni tampoco a este último órgano, la facultad de promover conflictos colectivos... La legitimidad «ad processum», por tanto, en este caso no viene atribuida por la Ley al actor en condición de Delegado de prevención y miembro del Comité de Seguridad y Salud laboral, sino que existiendo como existe Comité de empresa, es a este órgano unitario de representación, mediante acuerdo mayoritario de sus miembros, a quien correspondería la legitimación para promover el presente conflicto colectivo (STSJ Galicia de 18 de julio de 2002. (Rec. 3395/2002)

Pese a dicha diferenciación funcional, lo cierto, es que las líneas que separan las competencias entre las diversas figuras representativas no están claras y al margen de la controversia jurídica, en muchas ocasiones dicho análisis competencial se diluye en la medida que, como veremos en la presente investigación,

se crea un sistema de representación institucional piramidal recayendo en muchas ocasiones sobre la misma persona las funciones de representación sindical, unitaria y especializada en seguridad y salud laboral.

### 3. Los delegados de Prevención

El artículo 18.1 de la LPRL establece que los trabajadores deberán estar informados sobre: a) los riesgos laborales a los que están expuestos; b) las medidas de prevención aplicables para la reducción o eliminación de dichos riesgos y c) las medidas de actuación en caso de emergencia. Además, el empresario deberá consultar a los trabajadores y permitirles participar y efectuar propuestas sobre la gestión preventiva (art. 18.2 LPRL). Ahora bien, dichos derechos de participación directa de los trabajadores se canalizan a través de los sistemas indirectos de participación, es decir, los Delegados de Prevención y los Comités de Seguridad y Salud laboral y, en caso de que estos no existieran, de manera subsidiaria ejercerían tales derechos de información, consulta y participación de manera directa los propios trabajadores (art. 18.1.3.<sup>er</sup> párrafo y art. 33.2 de la LPRL). Así pues, «en las empresas o centros de trabajo que cuenten con seis o más trabajadores, la participación de estos se canalizará a través de sus representantes y de la representación especializada que se regula en este capítulo» (art. 34.1). Por lo que refiere a la elección de los Delegados de Prevención, estos serán designados «por y entre» los representantes del personal (art. 35.2 LPRL) de manera que en aquellas empresas que cuenten con hasta 30 trabajadores «el Delegado de Prevención será el Delegado de Personal» y en aquellas con «treinta y uno a cuarenta y nueve trabajadores habrá un Delegado de Prevención que será elegido por y entre los Delegados de Personal», constituyendo el Comité de Seguridad y Salud en las empresas o centros de trabajo que dispongan de 50 o más trabajadores, siendo este formado «por los Delegados de Prevención, de una parte, y por el empresario y/o sus representantes en número igual al de los Delegados de Prevención, de la otra» (art. 38.2 LPRL). A tenor de la literalidad de la norma, cabría preguntarse si el legislador, cuando hace referencia a la designación del delegado de prevención por y entre los delegados de personal, está pensando únicamente en la representación unitaria o, por el contrario, también podría participar en dicha designación el canal sindical. En este sentido, tanto la doctrina científica (Blasco-Lahoz, 2017: 254; Camps-Ruiz, 2010: 28; Igartua-Miró, 2015: 334; García-González, 2015: 289) como la doctrina judicial [(STSJ de Madrid, de 19 de septiembre de 1997 (Rec. 443/1996) y (Rec. 5146/1997); STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife), de 31 de Julio de 2001, Tol 48126, o STSJ de Cataluña de 11 de noviembre de 1999 (Rec. 4600/1998)] vendrían a confirmar que los delegados de prevención son elegidos por y entre los delegados

de personal, quedando excluida del proceso de designación la representación sindical. De hecho, esta especificación ha sido consolidada vía unificación de doctrina por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 19 de octubre de 1998 (Rec. 330/1998)).

Así pues, parece que existe una anomalía en el sistema español de representación de intereses, debido a que es el único país de la Unión Europea donde los Delegados de Prevención no son ni designados directamente por los sindicatos, ni son elegidos por audiencia electoral, debido a que emanan de los delegados de personal que previamente sí han sido elegidos por la totalidad de los trabajadores, siendo por tanto la representación especializada una derivación orgánica de segundo grado (Cardenal-Carro, 2000: 362; González-Ortega y Aparicio-Tovar, 1996: 222; Rodríguez-Hidalgo y Álvarez-Cuesta, 2004: 37). Así pues, los delegados de prevención no son elegidos únicamente para ejercer las funciones específicas en materia preventiva, sino que acumulan las funciones que ya venían desempeñando como representantes unitarios (Camps-Ruiz, 2010: 36), tal y como establece la jurisprudencia:

No se establece una nueva vía o instancia de representación de los trabajadores, que vendría a sumarse a las representaciones unitaria y sindical; la presentación «especializada» que ahora se instituye en temas de seguridad y salud es un órgano representativo de segundo grado, cuya composición o designación se vincula a los órganos de representación legal. (STS de 31 de marzo de 2009, Rec. 81/2008)

Dicho sistema de designación general de los delegados de prevención ha sido criticado por parte de la doctrina científica, considerando que la LPRL, pese a cumplir con los postulados de la Directiva Marco, no crea realmente una nueva figura de representación de intereses en materia preventiva sino que únicamente amplía las funciones de los delegados de personal (Álvarez-Montero, 2001: 72; Ballester-Laguna, 2002: 75; Sala-Franco y Arnau-Navarro, 1996: 137), lo que implica que la representación especializada tenga las mismas fortalezas y debilidades (moderada representatividad) que el poder asociativo del sistema general de representación. De hecho, uno de los motivos por los que se retrasó más de cinco años la transposición de la Directiva Marco fue que los sindicatos reclamaban la independencia de los órganos de representación especializados, a través de la designación de los delegados de prevención por los propios sindicatos y la creación de figuras de representación territoriales de carácter supraempresarial con objeto de penetrar en las empresas más pequeñas (Gómez-Hortigüela, 1997: 16; González-Ortega, 1999: 71; Purcalla-Bonilla y Rodríguez-Sánchez, 1997). Sin embargo, no se incluyeron dichas propuestas en la LPRL perdiéndose la oportunidad de ampliar la representatividad en materia de seguridad y salud laboral. No obstante, CCOO y UGT siguen reclamando dichas figuras de representación, tal y como declaraba uno de sus representantes

en la Comisión Especial para la Prevención de los Riesgos Laborales celebrada el miércoles, 14 de marzo de 2001:

El papel del delegado de prevención es muy beneficioso, pero es insuficiente. Ahí tenemos que hacer una labor, reforzar su papel, pero hay un elemento estratégico: la pyme, la pequeña empresa —estamos hablando del 90 por ciento de las empresas de nuestro país— no tiene delegado de prevención, porque la ley establece que será a partir de seis trabajadores. Una de las propuestas de las dos organizaciones sindicales desde hace mucho tiempo es la figura del delegado sectorial territorial. Nosotros vamos a seguir defendiéndolo y sabemos que, en algún acuerdo, en algún pacto de concertación territorial, como puede ser en Asturias, en Andalucía se contempla; el tema está cerrado en algunos sitios y en otros se está planteando. En el papel del delegado territorial es estratégico que las organizaciones sindicales y empresariales nos pongamos de acuerdo para empezar a priorizar en esas pymes y en sectores específicos. (Diario de Sesiones del Senado n.º 100, 2001: 10)

No obstante cabe matizar que el artículo 35.4 de la LPRL permite, a través de la negociación colectiva, que los convenios colectivos diseñen sistemas de designación distintos a los regulados en la norma preventiva, siempre que se garantice que la designación corresponda a los delegados de personal o los trabajadores, lo que permite abrir nuevas vías para mejorar la representatividad más allá de los que tienen la condición de representantes unitarios (STS de Cataluña, de 7 de marzo de 2001, Rec. 8352/2000). En fin, habida cuenta del análisis jurídico efectuado, parece que el sistema de representación especializado solo ha ampliado las competencias y facultades (y no todas) de los delegados de personal, sin aplicar la capacidad representativa.

### 3.1. Situaciones especiales

A parte del sistema de designación general, en la LPRL podemos hallar hasta tres situaciones especiales. En primer lugar, en su disposición adicional 4.<sup>a</sup> se establece que en aquellos lugares de trabajo que carecen de representantes unitarios, al no cumplir con los requisitos establecidos por el artículo 69.2 del ET (ser mayor 16 años y con una antigüedad de un mes para ser elector o 18 años y seis meses para ser elegible), se podrá elegir por mayoría de los trabajadores un delegado de prevención que tendrá las mismas facultades, garantías y obligaciones que los delegados elegidos por la vía general. Así pues, solo se podrá activar dicha disposición por la falta de antigüedad en el lugar de trabajo de los empleados, no aplicándose dicho precepto en caso de que la empresa tenga menos de seis trabajadores (Cardenal-Carro, 2000: 365). No obstante, en el momento que exista un delegado de personal electo, este será automáticamente designado como delegado de prevención, cesando sus funciones el elegido de manera provisional (STS Galicia, 22 de marzo de 2001, Rec. 12/2001).

En segundo lugar, la disposición adicional 10.<sup>a</sup> establece diversas formas de designación de delegados de prevención en sociedades cooperativas, ya que, estas se

encuentran dentro del ámbito de aplicación de la norma (art. 3.1 LPRL). Dicha disposición determina, por un lado, que cuando la sociedad no disponga de trabajadores asalariados, los delegados de prevención serán designados según lo previsto en los Estatutos de la sociedad cooperativa o por acuerdo en Asamblea General. Por otro lado, en caso de coincidir socios que prestan su trabajo personal con trabajadores asalariados por cuenta ajena, la designación de los delegados se realizará conjuntamente. Esta última situación ha sido cuestionada por la doctrina científica en la medida que puede crear controversia y conflictos entre los colectivos, ya que se eligen delegados de prevención para representar al mismo tiempo los intereses de los socios, de un lado, y los trabajadores por cuenta ajena, de otro (Cardenal-Carro y Rubio-Sánchez, 1999: 77; García-Salas, 2004).

Podemos hallar una tercera vía a través de la negociación colectiva, que como anteriormente hemos indicado, puede establecer otros sistemas de designación de los delegados de prevención, siempre que se garantice su elección por parte de los delegados de personal o los trabajadores en su conjunto (art. 35.4 LPRL). Así, tal y como manifiesta Camps-Ruiz (2010: 36-37), se puede dar una amplia casuística: a) que la designación se efectúe directamente por vía electiva a través de los trabajadores en su conjunto; b) que los designables no sean previamente representantes unitarios; y c) que se cumplan los criterios de proporcionalidad, que como veremos en el siguiente apartado, en el sistema general de designación no son exigibles, etc... No obstante, lo que sí que parece claro es que los convenios colectivos deben ser estatutarios para poder ser válidas las distintas formas de designación, ya que los delegados de prevención representan al conjunto de trabajadores (SAN de 25 de septiembre de 1998, Procedimiento 106/1998).

Por último, pese a que la LPRL no regula directamente el sistema de representación del personal administrativo o estatutario al servicio de la Administraciones Públicas, remite a la Ley 7/1990, de 19 de julio, sobre negociación colectiva y participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos (art. 34.3 LPRL), quedando reguladas las distintas figuras orgánicas de representación a través de los artículos quinto (Delegados de personal) y sexto (Comité de Seguridad y Salud) del Real Decreto 67/2010, de 29 de enero, de adaptación de la legislación de Prevención de Riesgos Laborales a la Administración General del Estado. Cabe mencionar que dicha adaptación en ningún caso supone una alteración de las competencias, facultades y garantías atribuidas por la LPRL a los Delegados de Prevención y Comités de Seguridad y Salud, regulados por la misma ley para los trabajadores por cuenta ajena (art. 34.3.a LPRL).

### 3.2. El criterio de proporcionalidad en la representación especializada

En la siguiente tabla 1, se informa sobre el número de delegados de personal elegibles y el de delegados de prevención designables según el número de trabajadores en plantilla a fecha de celebración de las elecciones. A estos efectos, se

computarán como fijos de plantilla aquellos trabajadores vinculados por un contrato de duración determinada superior a un año; mientras que los trabajadores con contratos inferiores al año se computarán como un trabajador más por cada doscientos días trabajados o fracción en el periodo del año anterior a la convocatoria de las elecciones de delegados de personal o la designación de delegados de prevención (arts. 72.2 ET y 35.3 LPRL). En ambos casos, cuando en el centro de trabajo presten sus servicios cincuenta o más trabajadores se constituirán el Comité de Empresa (art. 63.1 ET) y el de Seguridad y Salud (art. 38.2 LPRL) e incluso podrán constituirse Comités Intercentros (art. 63.2 y 63.4 ET y art. 38.3 LPRL). Así pues, se determina con claridad quienes son elegibles como delegados de prevención, en la medida en que existe un elevado paralelismo entre la estructura y composición de las representaciones unitaria y especializada, mientras que los delegados sindicales solo pueden ser elegidos en las empresas de más de 250 trabajadores (art. 10.1 LOLS).

Tabla 1  
Escalas para la elección de la representación unitaria y la designación de la especializada en salud laboral

Arts. 62 y 66 ET		Arts. 34.1, 35.2 y 38.2, LPRL	
Número de trabajadores	Delegados de Personal / Comité de Empresa	Número de trabajadores	Delegados de Prevención / Comité de Seguridad y Salud
De 6 a 10 (si lo deciden los trabajadores por mayoría)	1	De 6 a 49	1
De 10 a 30	1		
De 31 a 49	3		
De 50 a 100	5	De 50 a 100	2
De 101 a 250	9	De 101 a 500	3
De 251 a 500	13		
De 501 a 750	17	De 501 a 1.000	4
De 751 a 1.000	21		
De 1.000 en adelante	2 por cada 1.000 o fracción hasta un máximo de 75	De 1.001 a 2.000	5
		De 2.001 a 3.000	6
		De 3.001 a 4.000	7
		De 4.001 en adelante	8

*Fuente:* elaboración propia.

Como podemos observar en la escala de elección / designación, a partir de treinta y un trabajadores el número de delegados personal elegibles es superior al



número de delegados de prevención designables. Es aquí donde radica la mayor controversia jurídica, en la medida que cabe preguntarse si la designación de los delegados de prevención debe respetar el criterio de proporcionalidad como en la composición del comité de empresa o, por el contrario, las designaciones realizadas entre los delegados de personal pueden seguir otros criterios como la capacidad o especialización técnica de sus miembros para representar de forma eficaz a los trabajadores en materia preventiva. Inicialmente hubo pronunciamientos judiciales dispares (Camps-Ruiz, 2010: 28), mientras que algunas sentencias se posicionaban a favor de mantener el criterio de proporcionalidad con objeto de preservar y no atentar sobre la libertad sindical [(STSJ Valencia de 5 de febrero de 1999 (Rec. 4399/1998); STSJ Andalucía, Sevilla, de 5 de abril de 1999 (Rec. 396/1999); STSJ Cantabria, de 6 de agosto de 1999 (Rec. 921/1999)] otras defendían un criterio de mayorías en la medida que los comités de empresa como órgano colegiados pueden tomar las decisiones por la votación mayoritaria de sus miembros [(Cámara-Botía y González-Díaz, 2004: 221) (STSJ Cantabria de 1 de octubre de 1998 (Rec. 1104/1998); STSJ Murcia de 23 de diciembre de 1998 (Rec.16/1998); STSJ Andalucía, Málaga, de 5 de julio de 1999 (Rec.2154/1991)]. Finalmente, el Tribunal Supremo en recurso de casación por unificación de doctrina determinó que no debe seguirse el criterio de proporcionalidad debido al carácter técnico de los comités de seguridad e higiene:

Ni el artículo 34 ni el 35 de la Ley citada (LPRL), que se denuncia como infringidos, referentes a los derechos de participación relacionados con la prevención de riesgos y con la misión y funciones de los delegados de prevención, tratan del tema de la proporcionalidad en la designación de representantes de los trabajadores aquí suscitado. Cuestión específica que tampoco aborda el artículo 38 dedicado expresamente al Comité de Seguridad y Salud. Parece pues razonable seguir el criterio jurisprudencial al respecto mantenido por la sentencia impugnada (criterio de mayoría). (STS de 15 de junio de 1998 (Rec. 4863/1997)

Los Comités de Seguridad y Salud) carecen de capacidad negociadora, siendo sus funciones técnicas y de asesoramiento y consulta... (por tanto) la exclusión de un sindicato de su seno no atenta contra la libertad sindical (STS de 14 de junio 1999. (Rec. 3997/1998)

Desde nuestro punto de vista, la jurisprudencia es del todo acertada, en la medida que la prevención de riesgos exige elevada tecnicidad y la posibilidad brindada para elegir de entre los delegados de personal aquellos más cualificados es el medio más eficaz para participar y reducir los daños derivados del trabajo.

### 3.3. Las competencias y facultades de los delegados de prevención

En el primer apartado de la presente investigación vimos cómo el artículo 36.1 de la LPRL determina que los delegados de prevención tienen una

sería de competencias generales orientadas a la participación y activación cultural, tales como colaborar con la dirección (36.1.a LPRL), promover y fomentar la cooperación de los trabajadores (36.1.b LPRL) y asumir las competencias del comité de seguridad y salud en caso de no contar el centro de trabajo con cincuenta o más trabajadores y, por ello, tener capacidad para participar en la elaboración del ciclo de gestión preventiva (planes de prevención, evaluación de riesgos, planificación preventiva) (art. 39.1.a LPRL), así como promover iniciativas sobre los métodos y procedimientos para mejorar la efectividad de la prevención de riesgos en la empresa (art. 39.1.b LPRL). El hecho de que las definiciones sobre las competencias sean tan generales y ambiguas puede dar lugar a diferentes interpretaciones. Por un lado, se puede llegar a considerar que los delegados de prevención tienen una posición subordinada y deber de colaborar con los postulados de la dirección de la empresa sin ninguna influencia o capacidad decisoria. Por otro lado, en el extremo opuesto, podría entenderse, a tenor de la literalidad de la norma [«Participar en la elaboración, puesta en práctica y evaluación» (art. 39.1.a LPRL)], que el legislador está refiriéndose a los estándares más elevados y activos de decisión compartida (participación). Desde nuestro punto de vista, y coincidiendo con la mayoría de la doctrina científica (Agra-Viforcós, 2005: 46; Purcalla-Bonilla y Rodríguez-Sánchez, 1997), la LPRL se queda a medio camino en la escala participativa, en la medida que garantiza el derecho de consulta, pero no el de cogestión.

Desde esta posición, su papel subordinado cerca del empresario, influyente, pero nunca determinante, reafirma su naturaleza de órgano participativo y colaborador que, sin embargo, queda fuera del nivel más elevado de la decisión compartida, ni siquiera cuando actúa como parte del órgano paritario y colegiado que es el Comité de Seguridad y Salud. (Quesada-Segura, 1997: 47)

Así pues, a nuestro modo de ver, se habría perdido la oportunidad de dotar a la representación especializada del derecho de cogestión (o de veto) sobre ciertos aspectos relevantes en materia preventiva. No obstante, es cierto que se refuerza con claridad el derecho de consulta de los delegados de prevención (36.1.c LPRL), de modo que se listan las materias objeto de consulta (art. 33.1 LPRL), siendo al final tan amplias que el empresario queda obligado a consultar a los delegados de prevención sobre «cualquier... acción que pueda tener efectos sustanciales sobre la seguridad y la salud de los trabajadores» (art. 33.1.f LPRL). De hecho, la doctrina científica manifiesta que se trata de una lista de «enumeración meramente didáctica» (Valdés Dal-Ré, 1997: 34), que la jurisprudencia vendría a corroborar:

El sistema empleado no responde, sin embargo, al sistema de materias cerradas o tasadas; antes, al contrario, se combina este criterio con el de una cláusula general a tenor de la cual el empresario vendrá obligado a escuchar el juicio o parecer en cual-

quier otra acción que pueda tener efectos sustanciales sobre la seguridad y la salud de los trabajadores. (STS, Social, 6 mayo 1998 (RJ 1998/4099))

Entre las materias que se enumeran como objeto de consulta destacan, entre otras, la designación de trabajadores para desarrollar las medias de emergencia establecidas en el artículo 20 de la LPRL; la organización de la formación de los trabajadores en materia preventiva (art. 19 LPRL); el procedimiento a seguir para recabar la información de los riesgos y las medias de prevención a transmitir a los trabajadores (art. 18.1 LPRL) o la documentación del sistema de gestión preventiva (planes, evaluaciones y planificaciones de riesgo...) (art. 23.1 LPRL); los recursos para integrar la prevención en la empresa (propios o ajenos) (art. 33.1.b LPRL) y la «la planificación y la organización del trabajo en la empresa y la introducción de nuevas tecnologías» (art. 33.1.a LPRL). Esta última competencia objeto de consulta podría solaparse con las de la representación unitaria en la medida que el comité de empresa tendrá derecho a emitir informe sobre «la implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo» (art. 64.5.f ET). Además, tanto los cambios en la planificación y la organización preventiva como la introducción de nuevas tecnologías pueden ser objeto de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo teniendo que abrir un periodo de consultas con la representación general (art. 41 ET). Es probable que el legislador pensara que, pese a la coincidencia del ámbito de la consulta, el objeto de la misma fuese distinto: de un lado, los cambios producidos por razones económicas, técnicas organizativas o de producción se canalizarían a través de la representación general (art. 41 ET) y, de otro, las consecuencias sobre la seguridad y salud laboral de las modificaciones realizadas se canalizarían a través de la representación especializada (Camps-Ruiz, 2010: 42-43). No obstante, el legislador no ha efectuado dicha diferenciación funcional, dando lugar a una cierta duplicidad. Donde quedan duplicadas con claridad las competencias entre ambas figuras representativas es en el ejercicio de las labores de vigilancia y control sobre el cumplimiento de la normativa preventiva (art. 36.1.d LPRL). Así pues:

Se trata de una competencia que ya venía prevista para la representación unitaria en el art. 64 del ET, con lo que, respecto de este aspecto, cuando el delegado de prevención sea a su vez representante unitario, la LPRL no le habrá atribuido nada nuevo pues ya la tenía en su condición de representante en general. (Salcedo-Beltrán, 1997: 49)

Con el análisis normativo efectuado, podemos llegar a considerar que la LPRL ni garantiza los derechos participativos más profundos de cogestión, ni amplía de manera exponencial las competencias atribuidas previamente a la representación unitaria. Quizás, la mayor notoriedad viene dada por la competen-

cia otorgada a los delegados de prevención para activar una cultura preventiva participativa en el seno de la empresa, ya que:

Las competencias más participativas encomendadas a un segmento especializado de la representación unitaria suponen un grado de participación mayor..., al reconocerse a los trabajadores a través de sus representantes la capacidad de manifestarse y de intervenir en materia de protección y seguridad y salud en la empresa de forma más acusada que en otras. (Agra-Viforcós, 2005: 46-47)

Con objeto de permitir que la representación especializada pueda desarrollar sus competencias de forma eficaz, el legislador dota a los delegados de prevención de dos tipos de facultades, unas de carácter informativo, que permitirían desarrollar de forma más eficaz la consulta, y otras para facilitar las labores de vigilancia y control. Por lo que refiere al primer grupo de facultades (art. 36.2.b.c.d LPRL), los delegados de prevención tienen derecho a recibir la información relativa a los riesgos y las medidas de prevención y de emergencia, de cada uno de los puestos de trabajo y del conjunto de los mismos, con objeto de proporcionar dicha información a los trabajadores (art. 18 LPRL), así como tener acceso a toda la documentación relativa al ciclo de gestión preventiva (plan de prevención, evaluación de riesgos, planificación preventiva, etc..) (art. 23 LPRL). Además, los delegados de prevención tendrán derecho a recibir la información relativa a las pruebas de salud, siempre y cuando se respete el derecho a la intimidad de los trabajadores. En concreto, los empleadores y los representantes especializados tienen el derecho a conocer que los trabajadores, son aptos, no aptos o apto con restricciones y, en su caso, las medidas de prevención adicionales a implementar tras la evaluación de riesgos subjetiva de cada trabajador pero, en ningún caso, salvo que el propio trabajador lo consienta expresamente, se difundirán los resultados concretos de las pruebas médicas (analíticas de sangre, pruebas respiratorias, etc...) (art. 22.4 LPRL). Por último, los delegados de prevención serán informados sobre los daños producidos en la salud de los trabajadores (art. 36.2.c LPRL) y recibirán los informes emanados por la Inspección de Trabajo, resultante de sus visitas a la empresa para comprobar el cumplimiento de la normativa preventiva (art. 40.3 LPRL).

Para ejercer de manera eficaz los derechos activos de participación es necesario que, con carácter previo, se pueda ejercer con plenas garantías el derecho pasivo de información y, por ello, el legislador ha reforzado los derechos de información y consulta de varias maneras. Pese a la genérica redacción inicial del artículo 33.1 de la LPRL, según el cual «el empresario deberá consultar a los trabajadores, con la debida antelación», posteriormente se facultó a los delegados de prevención para que, en un plazo de quince días o en el tiempo imprescindible para el caso de riesgos inminentes, puedan emitir un informe sobre las consultas planteadas (art. 36.3 LPRL). Asimismo, el empresario queda obligado a motivar su decisión en caso de no admitir las medidas propuestas (art. 36.4

LPRL), debiendo considerar, además, que uno de los criterios para graduar las sanciones administrativas por infringir la normativa preventiva es «la inobservancia de las propuestas realizadas por..., los delegados de prevención o el comité de seguridad y salud de la empresa para la corrección de las deficiencias legales existentes» (art. 39.3.g Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, LISOS). A todo ello habrá que sumar una tercera garantía, relativa al acceso a la información, ya que la doctrina judicial ha determinado que la representación especializada no solo tiene el derecho a examinar la información y documentación en las oficinas del centro de trabajo, sino que queda facultada para recibir una copia de dicha información, con objeto de garantizar que el delegado de prevención pueda transmitir la información de los riesgos y las medidas de prevención a los trabajadores (STSJ Cantabria de 1 de junio de 2005 (Rec. 216/2005) por un lado, y, por otro, que pueda estudiar la documentación de manera minuciosa para emitir informes de calidad en los procesos de consulta (STSJ Cataluña de 20 de diciembre de 2005), tal y como consta en sendas resoluciones judiciales:

La negativa empresarial a proporcionar copia reconoce el derecho a acceder, que interpreta de manera rigurosa y literalista: «acción de llegar» pero restringe la consecuencia lógica de tal derecho, interpretable de forma amplia porque lo que está en juego es el mismo papel de los delegados de prevención en la empresa. Nos referimos a la necesidad de transmitir esa información cuando el artículo 18 de la Ley, cuya documentación cita el precepto que se dice infringido, establece el derecho de los trabajadores a percibir, a través de sus representantes, determinadas informaciones necesarias y relativas a los riesgos generales y particulares descritos y a las medidas de prevención, protección y emergencia, por lo que difícilmente puede transmitir dicha información si no puede proporcionarse copia de los documentos que contienen tal información, muchas veces técnicos y prolijos (por ejemplo instalaciones, equipos, productos, agentes físicos, químicos y biológicos). (STSJ Cantabria de 1 de junio de 2005; Rec. 216/2005)

No podemos compartir el argumento del recurso de que la Ley no impone el deber de entregar información alguna. En efecto, no se constata en el texto legal el modo en que la información haya de transmitirse, más lo que sí es patente es la función que ha de poder desempeñar esa información. Los derechos de los delegados de prevención están vinculados entre sí de modo que indisoluble de forma que garanticen que puedan conocer la situación real sobre la seguridad y la protección de la salud de los trabajadores en el centro de trabajo. Recuérdese que, además de ejercer la vigilancia y control, han de ser consultados ante la adopción de las medidas del art. 33, emitir informe en cuestiones de planificación (arts. 26.1c y 36.3) y deben promover y fomentar la cooperación de los trabajadores en la ejecución de la normativa sobre prevención de riesgos, todo lo cual solo es posible con un cabal conocimiento de la evaluación de riesgos. (STSJ Cataluña de 20 de diciembre de 2005; Rec. 6444/2005)

En referencia al grupo de facultades otorgadas a los delegados de prevención para que ejerzan su labor de vigilar y controlar el cumplimiento de la normativa

preventiva, el legislador les faculta para que puedan acompañar tanto a los técnicos de prevención, cuando visiten los centros de trabajo para efectuar la identificación y evaluación de los riesgos, como a los inspectores de trabajo cuando efectúen visitas para verificar el cumplimiento de la legislación preventiva, pudiendo formular a ambos las observaciones que estimen oportunas, salvo que el delegado considere que tales comunicaciones puedan obstaculizar el desarrollo de sus funciones (art. 36.2.b y art. 40.2 LPRL). Aquí cabe matizar que, siguiendo la literalidad de los preceptos, los delegados de prevención solo acompañaran a los técnicos e inspectores cuando visiten los centros de trabajo para desarrollar dichas funciones, pero no cuando sus visitas tengan distinta finalidad. A dichas facultades, habrá que añadir el derecho de los delegados de prevención a acceder a todos los lugares y zonas de trabajo en el ejercicio de sus funciones de vigilancia y control, siempre y cuando no alteren el normal desarrollo del proceso de producción (art. 36.2.e LPRL), así como, acceder a los lugares donde se hubieran producido daños en la salud de los trabajadores (art. 36.2.c LPRL). Por último, los delegados de prevención quedan facultados para proponer a la representación unitaria de los trabajadores la paralización de la actividad productiva en caso de riesgo grave e inminente (art. 36.2.g LPRL), siendo estos (los representantes unitarios), los encargados de tomar dicha decisión por mayoría. No obstante, si los delegados de personal o comité de empresa no pudieran reunirse con la urgencia requerida, con carácter subsidiario podrán tomar dicha decisión los delegados de prevención o comité de seguridad y salud por mayoría de sus miembros (art.21.3 LPRL; art. 19.5.2.º párrafo ET). Así pues, «se trata, en consecuencia, de una facultad legal excepcional, expresa, instrumental y de ejercicio diferido, subsidiario o de segundo grado, en tanto requiere, como presupuesto habilitante, la concurrencia de imposibilidad de reunir al órgano de representación unitaria, que ostenta un derecho de primer grado o directo sobre la facultad de paralización» (Purcalla-Bonilla y Rodríguez-Sánchez, 1997: 85). De cualquier modo, los delegados de prevención podrán recurrir a la Inspección de Trabajo (art. 41.1 LPRL).

Revisadas las funciones de los delegados de prevención, nos centramos ahora en analizar las concurrencias funcionales entre los órganos de representación unitarios y especializados en seguridad y salud laboral. En este sentido, Camps-Ruiz (2010: 40-41) lista las siguientes duplicidades: 1) las facultades de los delegados de prevención para visitar los lugares de trabajo, tanto cuando se producen daños como para controlar las condiciones de seguridad y salud, se encuentran subsumidas dentro de la genérica facultad de la representación unitaria para vigilar y controlar las condiciones de seguridad e higiene en la empresa (art. 64.7.a.2.º ET); 2) algo similar ocurre con la capacidad de los delegados de prevención para formular propuestas, en la medida que dicha facultad también queda integrada en las labores de vigilancia y control de la seguridad y salud en el trabajo de la representación unitaria; 3) la recepción de la información de los

delegados de prevención sobre las actividades de prevención y protección proporcionados por los técnicos de prevención o la Inspección de Trabajo es similar al derecho de la representación unitaria para conocer «los estudios periódicos o especiales del medio ambiente laboral y los mecanismos de prevención» (art. 64.2.d LPRL); y 4) existen, finalmente, dos competencias no concurrentes, pero sí subsidiarias: la primera, sería la vista sobre el sistema de paralización de la actividad preventiva sobre los riesgos graves e inminentes y, la segunda, la referente a las vistas de los inspectores de trabajo para vigilar y controlar el cumplimiento de la normativa preventiva (art.40.2 LPRL). En el primer caso, la titularidad del derecho correspondería a la representación unitaria y, de manera subsidiaria, a la especializada, mientras que, en el segundo, se permutan las facultades, en la medida que los delegados de prevención acompañaran a los inspectores de trabajo y en su ausencia, la representación unitaria.

Con todo, podemos reafirmar las conclusiones mencionadas con anterioridad, dado que, por un lado, la LPRL no amplía de manera sustancial el grado de competencias y facultades de los delegados de personal, siendo redactadas «de forma muy amplia y general lo cual conllevará que a la hora de su ejercicio se planteen algunos problemas con el empresario» (Salcedo-Beltrán, 1997: 55) y, por otro, al construirse el sistema de representación especializado sobre la representación unitaria, como opción preferente, la LPRL no ha solucionado el déficit representatividad del sistema general en las empresas más pequeñas.

### 3.4. El mandato, las garantías y el sigilo de los delegados de prevención

Recogiendo la segunda de las conclusiones citadas, al construirse el sistema de representación general sobre el unitario la LPRL, en coherencia con dicha duplicidad orgánica, no regula la duración del mandato de los delegados de prevención y, por ello, habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 67.3 del ET para los delegados de personal, que establece una duración del mandato general de cuatro años. De hecho, la doctrina ha determinado que el cese anticipado de la condición de miembro del comité de empresa automáticamente conllevaría su cese como representante especializado [(STSJ Extremadura de 10 de diciembre de 2004 (Rec. 661/2004)]. No obstante, se pueden producir dos situaciones particulares: la primera sería la estipulada por la disposición adicional cuarta que, como vimos, a falta de trabajadores con suficiente antigüedad en el centro de trabajo para activar el eje electoral de la representación unitaria establece que, por acuerdo mayoritario de los trabajadores, se puede elegir un delegado de prevención provisional, expirando su mandato cuando se reunieran los requisitos de antigüedad necesarios para elegir delegados de personal. La segunda, tiene mayor complicación debido al vacío legal existente, en la medida que si por vía convencional se establece un sistema de designación diferente y no se nombra como delegado de prevención a un representante unitario, entonces habrá que estar a lo dispuesto por el propio convenio colectivo (Camps-Ruiz, 2010: 58-59).

Con objeto de permitir que los delegados de prevención puedan ejercer durante su mandato, las competencias y facultades de representación a ellos atribuidas, la LPRL regula una serie de garantías, medios y facilidades. En referencia a las primeras, el artículo 37.1 de la LPRL establece que los delegados de prevención en su condición de representantes de los trabajadores, dispondrán de las garantías estipuladas por el artículo 68 del ET, siendo estas la apertura de expediente contradictorio en caso de ser sancionados por faltas graves o muy graves (art. 68.a ET); prioridad de permanencia en la empresa o centro de trabajo respecto al resto de trabajadores cuando la suspensión o extinción del contrato se produzcan por causas tecnológicas o económicas (art. 68.b ET); no ser discriminados por el ejercicio de sus funciones representativas (art. 68.b ET); no ser despedidos ni sancionados durante el ejercicio de sus funciones ni durante el año siguiente de la extinción de su mandato, salvo que se efectúe por dimisión, revocación o despido por las causas disciplinarias listadas en el artículo 54 del ET (art. 68.c ET), y en concreto, no podrán ser sancionados por la adopción de decisión de paralizar la actividad productiva ante riesgo grave e inminente, siempre y cuando no hayan actuado de mala fe o cometido negligencia grave (art. 21.4 LPRL); poder expresar con libertad sus opiniones en las materias correspondientes a su ámbito representativo, como también, editar y distribuir, sin alterar el desarrollo del trabajo, las publicaciones de ámbito laboral y social, comunicándolo a la empresa (art. 68.d ET) y, finalmente, la disposición de un crédito de horas mensuales retribuidas para el ejercicio de sus funciones representativas (art. 68.e ET).

En referencia a dichas garantías, cabe hacer mención que, por un lado, la LPRL no amplía las de los delegados de prevención que previamente tenían la condición delegado de personal o miembro del comité de empresa, pero permite equiparar las garantías de aquellos trabajadores designados como delegados de prevención por vía convencional que previamente no tenían la condición de representante unitario (Rodríguez-Sañudo, 1999: 11; Salcedo-Beltrán, 1997: 41; Quesada-Segura, 1997: 71). No obstante, tal equiparación no es del todo plena o al menos suscita ciertos interrogantes, en la medida que la LPRL determina que todos los delegados de prevención (sean o no, previamente representantes unitarios) tienen las garantías estipuladas por el artículo 68 del ET, pero no cita de forma expresa que estos ostenten la garantía de movilidad geográfica previstas en el artículo 40 del ET cuando no han sido elegidos previamente como representantes unitarios. Idéntica situación se produce con la garantía de optar por la readmisión o extinción de la relación laboral, con la correspondiente indemnización, en los casos que el despido sea declarado improcedente de conformidad con lo establecido en el artículo 56.4 del ET, ya que se trata de una garantía atribuida a los delegados de personal o los miembros del comité de empresa pero no a los delegados de prevención designados por vía convencional que no han sido previamente elegidos como representantes unitarios. Ante el silencio



del legislador sobre dicha garantía de opción, la jurisprudencia ha determinado que los delegados de prevención deben tener la opción de readmisión o la extinción para poder hacer efectivo su derecho a no ser despedidos (68.c ET):

Tampoco puede seguirse que el artículo 6.3 de la Ley 31/1985 [de normas básicas sobre órganos reportes de la Cajas de Ahorro] haya realizado esa determinación en un sentido negativo o al menos restrictivo en cuanto al alcance de la garantía y en este punto es fundamental la conexión funcional entre la inmunidad relativa y la facultad de opción; conexión evidente pues no resulta lógico otorga la primera si a través de un despido improcedente la entidad empleadora puede, al optar por la indemnización, consumir la desvinculación del representante sin una causa justificada y este efecto no puede superarse plenamente a través de la nulidad radical del despido.... De ahí que la facultad de opción a favor del representante, que no aparece como una garantía independiente en el cuadro general del artículo 68 del Estatuto de los Trabajadores, cumpla en la práctica un objetivo instrumental respecto a la inmunidad relativa, al impedir que el representante pueda ser desvinculado de la empresa y de la representación por una decisión injustificada del empleador con independencia de que este cese se produzca o no en circunstancias que permitan apreciar la existencia de un despido afectado de nulidad radical. (STS de 15 de mayo de 1990; en el mismo sentido véase, STS de 29 de diciembre de 1998; Rec. 4473/1997)

Otra de las garantías que suscita cierta controversia es el crédito horario disponible para que los delegados de prevención ejerzan sus competencias y facultades de representación, dado que el artículo 37.1 de la LPRL remite, de nuevo, al crédito horario mensual otorgado por el artículo 68.e del ET para cada uno de los delegados de personal o miembros del comité de empresa, siendo de 15 horas en empresas o centros de trabajo de hasta cien trabajadores; 20 horas desde ciento uno hasta doscientos cincuenta trabajadores; 30 horas desde doscientos cincuenta y uno hasta quinientos trabajadores; 35 horas desde quinientos uno a setecientos cincuenta trabajadores y 40 horas desde setecientos cincuenta y uno en adelante. Así pues, parece que el legislador este escamoteando la posibilidad de proporcionar a los delegados de prevención, que previamente eran representantes unitarios, un crédito de horas específico para ejercer sus labores de representación en materia de seguridad y salud laboral, debido a que la LPRL no duplica el crédito horario que previamente poseían los órganos de representación general y, por ello, «la asunción de la doble condición de representante unitario o sindical y delegado de prevención (incluso triple, de ejercer los tres cargos) no parece generar, al menos en principio, derecho alguno a una ampliación de aquél (salvo previsión distinta en convenio)» (Agra-Viforcós, 2005: 55), lo que ha generado la crítica laboralista debido a que, sobre todo, en las empresas más pequeñas de hasta treinta trabajadores en las que recae sobre la misma persona ambas funciones representativas, el delegado (de personal y de prevención) debe elegir en qué invierte su crédito horario (Salcedo-Beltrán, 1997: 45). Dicha situación puede llevar, en la práctica, a que «los trabajadores no sepan quién es su

representante en seguridad y salud laboral o cuáles son sus funciones. Por ejemplo, hicieron referencia al sindicato, pero asociaron al sindicato con la garantía de los derechos laborales y no con temas de seguridad y salud en el trabajo» (traducción propia, Santos-Ortega *et al.*, 2017: 32). Con todo, lo que parece claro es que los delegados (de personal y prevención) no necesitan especificar de manera pormenorizada cómo van a utilizar el crédito horario retribuido:

El único tema ahora debatido se refiere a si el demandante debe especificar en la solicitud de permiso la actividad concreta de prevención a que va a dedicar su tiempo, y la respuesta a este interrogante ha de ser negativa, pues, de acuerdo con el criterio del juzgador de instancia, es suficiente la mera alegación en la solicitud de que el permiso retribuido lo es para realización de actividades de prevención, a los efectos de diferenciarlo de cualquiera otros permisos retribuidos, porque la necesaria libertad para el desempeño de las funciones de delegado de prevención implica que no sea fiscalizada directa o indirectamente. (STSJ Andalucía, Sevilla, de 16 de mayo de 2000; Rec. 106.199)

A pesar que el legislador no ha reservado un crédito horario específico para los delegados de prevención, lo cierto es que ha efectuado una ampliación indirecta de carácter indeterminado (Camps-Ruiz, 2010: 61), en la medida que el artículo 37.1, párrafo 2.º, de la LPRL determina que «será considerado en todo caso como tiempo de trabajo efectivo, sin imputación al citado crédito horario» el tiempo dedicado para realizar las siguientes actividades: a) asistir a las reuniones del Comité de Seguridad y Salud o aquellas convocadas por el empresario para tratar aspectos preventivos; b) acompañar tanto a los técnicos de prevención cuando vayan a efectuar la evaluación de riesgos como a los inspectores de trabajo en sus visitas para vigilar y controlar el cumplimiento de la normativa preventiva y, c) visitar los lugares de trabajo donde se hayan producido daños en la salud de los trabajadores tanto durante la jornada de trabajo como fuera de ella. Así pues, los delegados de prevención no consumirán crédito horario en el ejercicio de dichas funciones, debido a que son consideradas como «tiempo de trabajo efectivo». Con todo, entendemos que son insuficientes los preceptos de la LPRL, posicionándonos a favor de quienes defienden que:

Lo adecuado es que tenga (el delegado de prevención) un determinado crédito para el ejercicio de sus funciones, pues hay determinados sectores laborales (químicas, centrales nucleares...) en los que la labor del delegado de prevención será compleja y continua, con lo que por mucho que determinadas situaciones no se computen dentro del crédito horario, no van a llenar todas las necesidades de estos representantes. (Salcedo-Beltrán, 1997: 46)

En otro orden de cosas, por lo que hace referencia a los medios y facilidades proporcionados por la LPRL para el ejercicio eficaz de las labores de representación de los delegados de prevención, el artículo 37.2 establece que «el empresa-

rio deberá proporcionar a los delegados de prevención los medios y la formación en materia preventiva que resulten necesarios para el ejercicio de sus funciones». Así pues, el legislador, reproduciendo la Directiva Marco, utiliza un término jurídico indeterminado en la medida que no desarrolla cuáles serán los medios y las formaciones «necesarias». La doctrina laboralista interpreta que la previsión genérica del precepto «permite entender que en principio serán todos aquellos (medios) —materiales o personales— que contribuyan al ejercicio de sus funciones» (Quesada-Segura, 1997: 76) y que el coste de las acciones preventiva no recaerá de ningún modo sobre los trabajadores, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 14.5 de la LPRL (Camps-Ruiz, 2010: 69). En este sentido, la previsión más clara se observa en materia formativa, en la medida que el artículo 37.2, párrafo 3.º, establece que el tiempo dedicado para formar a los delegados de prevención se considerará tiempo de trabajo efectivo, no restándose del crédito horario estipulado para ejercer el resto de funciones representativas y, en ningún modo, recaerá el coste dicha formación sobre los representantes, como tampoco la formación preventiva que reciba el resto de trabajadores (art. 19.2 LPRL). Asimismo, dicha formación será dinámica debiéndose adaptar a la evolución y la emergencia de nuevos riesgos (art. 37.2, párrafo 2.º, LPRL). No obstante, la normativa preventiva tiene un claro carácter dispositivo que permite mejorar las competencias, facultades, garantías y facilidades de los delegados de prevención a través de la negociación colectiva, lo que no impide que, en ausencia de un convenio colectivo que desarrolle las previsiones genéricas estipuladas por la LPRL, deba cumplirse con ciertas facilidades como, por ejemplo, los costes de desplazamiento de los delegados de prevención en el ejercicio de sus funciones:

La vaguedad de la norma ha respondido a un deliberado propósito de no concretar más, la interpretación no puede efectuarse en el sentido de negar tal derecho a los gastos de desplazamiento hasta que, como se defiende, no llegue a determinarse el alcance de tal obligación a través de la negociación colectiva. (STSJ Cantabria de 14 de julio de 2008; Rec.550/2008)

Por último, cabe mencionar que los delegados de prevención en el ejercicio de sus funciones deberán guardar sigilo profesional respecto de las informaciones a las que tuvieran acceso, según lo dispuesto en el artículo 65.2 del ET (art. 37.3 LPRL), dado que el empresario tiene derecho a no proporcionar ciertas informaciones que puedan alterar el funcionamiento o la economía de la empresa (Salcedo-Beltrán, 1997: 40). Así pues, la LPRL no aporta novedad alguna para aquellos delegados de prevención que con anterioridad fueran representantes unitarios (Agra-Viforcós, 2005: 51). No obstante, «el deber de sigilo de los delegados de prevención no abarca a las informaciones a las que hayan llegado con ocasión de su cargo cuando las mismas no estén comprendidas en las materias consideradas como objeto de sigilo por el ET» (Quesada-Segura, 1997:

59), siendo estas informaciones relacionadas con el secreto industrial, financiero o comercial, que en la mayoría de casos tienen poco o nada que ver con las competencias y facultades atribuidas a los delegados de prevención y, por ello, la doctrina iuslaboralista viene apuntando que el deber de sigilo profesional no va más allá del ejercicio producente y diligente, sin que en modo alguno, pueda afectar a las competencias y funciones representativas y a sus actuaciones ante los tribunales en la defensa de la seguridad y salud laboral (Purcalla-Bonilla y Rodríguez-Sánchez, 1997: 93). En todo caso, «no sería suficiente que el empresario la calificase (la información) unilateralmente como confidencial, sino que sería necesario que desde un plano objetivo efectivamente lo sea» (STS de 13 de diciembre de 1989).

### 3.5. El Comité de Seguridad y Salud

Para finalizar, en el presente subapartado se analizan las cuestiones más relevantes de los Comités de Seguridad y Salud laboral definidos como «el órgano paritario y colegiado de participación destinado a la consulta regular y periódica de las actuaciones de la empresa en materia de prevención de riesgos» (art. 38.1 LPRL), e integrados por los delegados de prevención y por el empresario y/o sus representantes de forma paritaria (art. 38.2, párrafo 2.º, LPRL). La mayor controversia jurídica deriva del ámbito fijado por la LPRL para la constitución del Comité de Seguridad y Salud. En este sentido, tanto el artículo 63.1 del ET como el artículo 38.2 de la LPRL, determinan que en las empresas o centros de trabajo que cuenten con 50 o más trabajadores se podrá constituir un Comité de Empresa y un Comité de Seguridad y Salud, respectivamente. Sin embargo, mientras que la representación unitaria tiene la posibilidad de constituir un comité de empresa conjunto cuando la empresa disponga en la misma provincia, o en municipios limítrofes, dos o más centros de trabajo que por separado no lleguen al umbral mínimo exigido, pero en conjunto sí sumen 50 o más trabajadores (art. 63.2 ET); la LPRL no prevé expresamente tal posibilidad para los Comités de Seguridad y Salud, los cuales, solo se podrán constituir en los centros de trabajo que superen el umbral mínimo exigido. De hecho, la LPRL establece que, en caso de no alcanzar el número mínimo de trabajadores, las competencias de los miembros del comité pasarán automáticamente a ser ejercidas por los delegados de prevención (art. 36.1 LPRL). Solo se podrá constituir un Comité de Seguridad y Salud Intercentros cuando la empresa cuente previamente con varios centros de trabajo dotados de Comité de Seguridad y Salud (art. 38.3, párrafo 2.º, LPRL). Pese a la literalidad de la norma preventiva, el Tribunal Supremo, estableciendo una analogía con el artículo 63.2 del ET, ha determinado que sí se podrán constituir Comités de Seguridad y Salud con el sumatorio de trabajadores de diversos centros de trabajo (Agra-Viforcós, 2005: 64; Camps-Ruiz, 2010: 77), ya que, de lo contrario, se «dejaría sin participar a los trabajadores en la seguridad y prevención de posibles riesgos laborales en aquellos ca-

«...», como el presente, en que existe un elevado número de trabajadores pero dispersos en muchos centros de trabajo, lo cual iría en contra al espíritu de la ley» (STS de 3 de diciembre de 1977) (Rec. Cas.1087/1997).

En otro orden de cosas, por lo que refiere al reglamento del Comité de Seguridad y Salud, el legislador ha dispuesto que será el propio Comité quien regule el régimen de funcionamiento interno, garantizando que se efectúen reuniones trimestrales o siempre que lo solicite alguna de las representaciones que lo integran (art. 38.3 LPRL), pudiendo participar en las mismas, según el artículo 38.2, párrafo 3.º, de la LPRL, las siguientes personas:

- En primer lugar, los trabajadores con especial cualificación o información sobre las cuestiones debatidas en tales reuniones o los técnicos de prevención del servicio de prevención ajeno, cuando lo solicite algún miembro del Comité, lo que ha sido confirmado por la doctrina jurídica:

La norma no exige para dar acceso a dichos trabajadores —con voz pero sin voto— que se traten temas específicos, que se realice un especial convocatoria ni mucho menos que deba justificar el motivo por el cual quiere estar presente en la reunión, basta con que sea trabajador de la empresa, tenga una especial cualificación o información de las cuestiones debatidas y que así lo solicite alguna de las representaciones en el Comité, requisitos todos ellos que concurrían en supuesto litigioso... El hecho de que en la solicitud de asistencia el demandante solo hiciese constar el cargo sindical del SR... (responsable de PRL de la Ejecutiva de la S.S. de UGT), no justifica la denegación del derecho invocado, toda vez que la empresa era y es conocedora de su condición de trabajador de ... (la empresa), así como su especial cualificación, como técnico de prevención y responsable de prevención por un Sindicato en la empleadora. (STSJ Cantabria de 4 de octubre de 2008; Rec. 683/2006)

- En segundo lugar, podrán asistir con voz pero sin voto, los responsables técnicos de prevención de la empresa que no formen parte del Comité, es decir, los trabajadores designados por el empresario para desarrollar las actividades preventivas o los técnicos de prevención que formen parte del servicio de prevención propio de la empresa, ya que de entre sus funciones se encuentra el asesoramiento y asistencia al empresario, a los trabajadores, sus representantes y órganos de representación especializados (art. 31.2 LPRL).
- Por último, también podrán asistir a las reuniones para ser oídos, pero sin capacidad de voto, los delegados sindicales, de conformidad con lo establecido en el propio artículo 10.3, párrafo 2.º, de la LOLS. De hecho, los delegados sindicales que no hayan sido convocados a las reuniones o se les haya negado la asistencia podrán alegar la lesión de los derechos de libertad sindical estipulada en el artículo 175 del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la

Ley de Procedimiento Laboral (LPL), tal y como confirma la jurisprudencia:

La demanda por lesión de libertad sindical, por no haber sido convocado a la reunión del comité de seguridad del Ayuntamiento una persona, el actor, que es delegado sindical y mantiene largo conflicto con la Corporación, sustanciado en otros procesos de la misma naturaleza que el actual, no implica un fraude procesal evidente y constituye un planteamiento inicial razonable, que le habilitaba para acudir a la modalidad procesal regulada en los artículos 175 y ss. de la LPL. (STSJ Aragón, 26 noviembre 2001; Rec. 945/2001)

Para finalizar, es preciso matizar que las competencias y facultades de los comités de seguridad y salud son distintas a las de los delegados de prevención (Rodríguez-Hidalgo y Álvarez-Cuesta, 2004: 35). No obstante, en la práctica cotidiana resulta difícil hallar una delimitación clara entre ambos órganos de representación (Purcalla-Bonilla, 1998: 40). Sea como fuere, a los comités de seguridad y salud laboral se les otorga las competencias de «participar en la elaboración, puesta en práctica y evaluación de los planes y programas de prevención de riesgos de la empresa» (art. 39.1.a LRPL), por un lado, y «promover iniciativas sobre métodos y procedimientos para la efectiva prevención de los riesgos» (art. 39.1.b LRPL), por otro. Para ejercer dichas competencias el legislador otorga al comité las facultades de conocer las situaciones relativas a la prevención de riesgos en el centro de trabajo, los documentos e informes relativos a las condiciones de trabajo que sean necesarios, los daños producidos en la salud y la memoria y programación anual de los servicios de prevención (art. 39.2 LRPL). Tal y como se puede observar, el legislador configura un «órgano esencialmente asesor» (Agra-Viforcós, 2005: 72), sin dotarle de los niveles más elevados de decisión compartida (cogestión o veto) tratándose simplemente de «unas facultades de información cuyo desempeño no va a suponer ningún conflicto con el empresario ya que no suponen una intervención excesiva en su actividad productiva» (Salcedo-Beltrán, 1997: 54-55), por lo que parece que queda este comité en una segunda posición (González-Ortega, 1999: 83-84), dado que, por ejemplo, no posee la facultad de paralizar la actividad en caso de riesgo grave e inminente. Así pues, parece que el comité de seguridad y salud más que disponer de mayores competencias y facultades, aporta un espacio de acción conjunta:

Las facultades enumeradas no tienen demasiado valor por sí mismas, al ser repetición de las más generales y completas ya atribuidas a los delegados de prevención. Lo importante del comité es, sin embargo, su capacidad de acción conjunta, que es el resultado de la suma de facultades individuales de sus miembros, su capacidad de integrarse como órgano unitario en donde es posible el debate, el intercambio de información, la elaboración de políticas de prevención, de planes y propuestas. (Quesada-Segura, 1997: 92-93)

Por tanto, tal y como consta en el sexto punto de exposición de motivos de la propia LPRL, el comité de seguridad y salud «se configura como el órgano de encuentro» para garantizar una «participación equilibrada» en materia de prevención de riesgos y, por tanto, ni es un órgano decisorio ni tiene garantizado el derecho de coestión (veto) de ciertas materias en materia de seguridad y salud laboral. Se trata pues, de un órgano de mera consulta y encuentro (STS de 19 de octubre de 2004 (Rec. Cas.176/2003)). Por último, cabría decir que cuando conviven en un mismo lugar de trabajo ambas figuras especializadas (delegados de prevención y comité de seguridad y salud) parece lógico que la articulación entre ambos órganos de representación se desarrolle de tal manera que en el comité se debatan las cuestiones emanadas de los informes que previamente hayan emitido los delegados (Camps-Ruiz, 2010: 80).

#### 4. Conclusiones

En la presente investigación se ha efectuado un análisis jurídico-social del sistema orgánico de representación de intereses en seguridad y salud laboral, basado en la LPRL, en cuyo capítulo quinto, destinado a la consulta y participación de los trabajadores, se construye el sistema de representación especializado en materia preventiva sobre el sistema general. En concreto, la normativa determina que los delegados de prevención serán elegidos «por y entre» los delegados de personal. Dicha decisión del legislador ha sido criticada tanto por las organizaciones sindicales por no dotar de independencia a los delegados de prevención, como por parte de la doctrina jurídica, considerando que el legislador no ha construido un nuevo sistema de representación, sino que ha dotado a la representación unitaria de mayores competencias y facultades en materia preventiva. En este sentido, el análisis jurídico efectuado ha mostrado como la mayoría de competencias y facultades atribuidas a los delegados de prevención se superponen a las que los representantes unitarios tenían previamente otorgadas por el ET. A pesar de ello, la doctrina jurídica y la jurisprudencia han diferenciado los roles de ambas figuras representativas. Por un lado, las funciones reivindicativas quedan atribuidas a la representación unitaria debido a que los delegados de prevención no tienen capacidad legal para activar conflictos colectivos y, por otro, el plus competencial que otorga la LPRL a los delegados de prevención sobre la representación unitaria son las funciones de colaboración y activación de una cultura preventiva participativa en el seno de la empresa. A todo ello, cabría añadir la controversia jurídica existente sobre las facilidades otorgadas a los delegados de prevención para ejercer sus competencias y competencias de manera eficaz. En especial, se ha observado cómo el legislador no ha otorgado un crédito horario de representación específico para los delegados de prevención, sino que simplemente ha remitido al crédito de horas que les corresponde a los represen-

tantes unitarios y, por ello, estos deben elegir entre utilizar las horas de representación en aspectos generales de las relaciones laborales o específicas en materia de seguridad y salud laboral. No obstante, la LPRL, de manera indirecta, amplía el crédito horario al considerar como tiempo de trabajo efectivo, sin imputación al citado crédito horario, algunas de las competencias (reuniones del comité de seguridad y salud, y visitas de los técnicos de prevención e inspectores de trabajo) de los delegados de prevención. Con todo, nos posicionamos a favor de quienes apuntan hacia la regulación legal de un crédito horario propio para los delegados de prevención, debido a que muchas de sus competencias y facultades son eminentemente técnicas y precisan de un alto grado de dedicación.

En otro orden de cosas, el análisis jurídico nos ha mostrado cómo los sindicatos carecen de capacidad representativa en el seno de la empresa en materia preventiva, salvo que las secciones sindicales de los centros de trabajo de más de 250 trabajadores hayan designado un delegado sindical. Pese a ello, prácticamente la totalidad de los delegados de personal electos pertenecen a listas sindicadas. Esto hace que la mayoría de delegados de prevención en nuestro país estén vinculados a los sindicatos más representativos. Desde nuestro punto de vista, se trata de un factor positivo debido a que ha quedado ampliamente acreditado en la literatura internacional que la sindicalización de los delegados de prevención es un factor que mejora la eficacia representativa. Sin embargo, dicha derivación orgánica de la representación especializada hace que ambas tengan las mismas fortalezas y debilidades en cuanto a capacidad representativa. En este sentido, es cierto que la baja presencia afiliativa en nuestro país se compensa a través de los procesos de audiencia electoral, lo que permite duplicar la representatividad hasta cubrir aproximadamente la mitad de la población asalariada. Pero, sin embargo, el sistema presenta como debilidad que la mayoría de las empresas pequeñas no tenga representantes unitarios debido a que el ET no permite convocar elecciones en los centros de trabajo de 5 o menos trabajadores. No obstante, la LPRL al ser una norma eminentemente dispositiva, permite que a través de la negociación colectiva se diseñen nuevos sistemas de designación y órganos de representación especializados y, con ello, incrementar la representatividad en seguridad y salud laboral.

## 5. Bibliografía

- AGRA-VIFORCOS, Beatriz (2005). «Participación y representación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales. Especial referencia a las previsiones al respecto contenidas en los convenios colectivos de Castilla y León», *Revista de investigación económica y social de Castilla y León*, 8, 15-109.
- ÁLVAREZ-MONTERO, Antonio (2001). *El delegado de prevención: estudio crítico de su régimen jurídico*. Granada: Comares.



- BALLESTER-LAGUNA, Fernando (2002). «Cuestiones de legalidad y de constitucionalidad implicadas en la designación de los delegados de prevención». *Revista de Derecho Social*, 18, 73-94.
- BENEYTO-CALATAYUD, Pere José, ALÓS, Ramón, JÓDAR-MARTÍNEZ, Pere, y VIDAL, Sergi (2016). «La afiliación sindical en la crisis Estructura, evolución y trayectorias». *Sociología del Trabajo*, 87, 25-44.
- BERNABEU-MESTRE, Josep, PERDIGUERO-GIL, Enrique, y ZARAGOZA, Paula (2000). «Desarrollo histórico de la salud laboral». En Benavides, A., Ruiz-Frutos, C., y García, A.M. (coord.). *Salud Laboral. Conceptos y técnicas para la prevención de riesgos*. Barcelona: Editorial Masson,
- BLASCO-LAHOZ, José Francisco (2017). «Consulta, Participación, Representación y Formación». En J. López, y J. Blasco. *Curso de Prevención de Riesgos Laborales* (pp. 249-264). Valencia: Tirant lo Blanch.
- CÁMARA-BOTÍA, Alberto, y GONZÁLEZ-DÍAZ, Francisco Antonio (2004). «Derechos de participación y representación en materia de seguridad y salud laborales: un estudio sobre su aplicación». *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 53, 219-265. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1038783>
- CAMPS-RUIZ, Luis Miguel (2010). *La participación de los trabajadores en la prevención de riesgos laborales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- CARDENAL-CARRO, Miguel (2000). *La representación de los Trabajadores para la salud laboral, los Tribunales y el Derecho Comparado: Un buen momento para Evaluar la figura*. Aranzadi Social, 5, 361-380.
- CARDENAL-CARRO, Miguel y RUBIO-SÁNCHEZ, Francisco (1999). «La aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales en las cooperativas de trabajo asociado». *Revista de Estudios Cooperativos*, 69, 67-80. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/1147515.pdf>
- CERÓN-TORREBLANCA, Cristian (2011). «Historia de la prevención de riesgos laborales en España desde el tardofranquismo a la transición». *Baetica. Estudios de Historia Moderna y Contemporánea*, 33, 399-411.
- CORDÓN-ROSADO, María del Rosario (2015). *Régimen jurídico de delegados de prevención y miembros de Comités de Seguridad y Salud laboral* (tesis doctoral). Universidad de Extremadura, Extremadura.
- DE FRANCISCO-LÓPEZ, Rafael (2002). «Corrosiones y quebrantos de la salud de los trabajadores en tiempos de globalización». *La Mutua*, 8, 92-123. Recuperado de: <https://www.yumpu.com/es/document/read/21033593/corrosiones-y-quebrantos-de-la-salud-de-los-trabajadores-en>
- DIARIO DE SESIONES DEL SENADO n.º 100 (2001). Comisión Especial para la Prevención de los Riesgos Laborales. Recuperado de: <https://www.senado.es/legis7/publicaciones/pdf/senado/ds/CS0100.PDF>
- ESPUNY I TOMÁS, María Jesús, PAZ-TORRES, Olga, y CAÑABATE, Josep (coord.) (2006). *Un siglo de derechos sociales: a propósito del centenario del Instituto de Reformas Sociales* (1903-2003). Barcelona: Universitat Autònoma de Barcelona, Servei de Biblioteques.
- GARCÍA-CALAVIA, Miguel Ángel (2012). *Relaciones laborales en la Europa Occidental. Una aproximación sociológica a la transformación de sus sistemas nacionales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GARCÍA-GARCÍA, Ana María, y GARCÍA-BENAVIDES, Fernando (2014). «Determinants of Workplace Occupational Safety and Health Practice in Spain». *Policy and Practice in Health and Safety*, 12(2), 67-87. Doi: <https://doi.org/10.1080/14774003.2014.11667804>

- GARCÍA-GONZÁLEZ, Guillermo (2008). «Los inicios del reformismo social en España: la primera legislación social y la comisión de reformas sociales». *Gaceta Laboral*, 14(2), 262-266. Recuperado de: <https://produccioncientificaluz.org/index.php/gaceta/article/view/3576>
- GARCÍA-GONZÁLEZ, Guillermo (2015). «Derechos colectivos de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales». En G. GARCÍA, y A. GARRIGUES (eds.), *Manual de Derecho de la Prevención de Riesgos Laborales* (pp.277-302). Valencia: Tirant lo Blanch.
- GARCÍA-PIÑEIRO, Ramón (1993). «La minería del carbón en Asturias: un siglo de relaciones laborales». *Cuadernos De Relaciones Laborales*, 3, 65. Recuperado de: <https://revistas.ucm.es/index.php/CRLA/article/view/CRLA9393220065A>
- GARCÍA-ROS, Amador (1995). «Análisis presente y futuro del contenido obligatorio del Derecho de la seguridad, Higiene y Salud en el Trabajo». *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, 71, 349-380.
- GARCÍA-SALAS, Ana Isabel (2004). «Las cooperativas de trabajo asociado bajo la normativa de prevención de riesgos laborales: «operaciones de ajuste» en las figuras de empresario y trabajador». *Temas Laborales*, 74, 77-108. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/963781.pdf>
- GARRIGUES-GUIMÉNEZ, Amparo (1998). «La protección normativa de la seguridad, higiene y salud en el trabajo en España (I)». En J.I. GARCÍA-NINET (coord.), *Curso de Prevención de Riesgos Laborales* (pp.91-110). Castellón: Universitat Jaume I.
- GÓMEZ-HORTIGÜELA, Javier (1997). «La Ley de Prevención de Riesgos Laborales: Historia del proceso de debate y consenso». *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, 73, 16-22.
- GONZÁLEZ-ORTEGA, Santiago, y APARICIO-TOVAR, Joaquín (1996). *Comentarios a la Ley 31/1995 de prevención de riesgos laborales*. Madrid: Trotta.
- GONZÁLEZ DE LENA, Francisco (1989). «La materia laboral de seguridad e higiene en las Directivas Comunitarias». *Relaciones Laborales*, 10, 1296-1306.
- GONZÁLEZ-ORTEGA, Santiago (1999). *La prevención en la pequeña empresa*. Madrid: Wolters Kluwer.
- GONZÁLEZ-POSADA, Elías (1991). «El significado de la normativa comunitaria en materia de seguridad, higiene y salud en el trabajo: La Directiva 83/391/CEE». *Actualidad laboral*, 3, 393-398.
- IGARTUA-MIRÓ, María Teresa (2015). «Participación y representación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales». En M. T. IGARTUA, *Sistemas de Prevención de Riesgos Laborales* (pp. 332-357). Madrid: Tecnos.
- JÓDAR-MARTÍNEZ, Pere, ALÓS, Ramón, BENEYTO-CALATAYUD, Pere Jose, y VIDAL, Sergi (2018). «La representación sindical en España: cobertura y límites». *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 36(1), 15-34. Doi: <https://doi.org/10.5209/CRLA.59555>
- MALUQUER DE MONTES, Jordi, y LLONCH-CASANOVAS, Montserrat (2005). «Trabajo y Relaciones Laborales». En X. TAFUNELL, y A. CARRERAS (coord.), *Estadísticas históricas de España: siglos XIX-XX* (pp. 1155-1246). Madrid: Fundación BBVA.
- MONTALVO-CORREA, Jaime (2003). «El Instituto de Reformas Sociales como precedente del Consejo Económico y Social». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, N.º Extra 1, 115-118. Recuperado de: <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/instituto-reformas-precedente-consejo-197658>

- MONTERO-ARCA, Juan (1976). «Notas sobre la historia de la jurisdicción de trabajo: parte segunda: los comités paritarios y los jurados mixtos». *Revista de Trabajo*, 54-55, 41-182.
- MONTT-BALMACEA, Manuel (1998). *Principios de derecho internacional del trabajo la O.I.T.* Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- MORENO-VIDA, María Nieves (1996). «La Seguridad y Salud en el trabajo: el deber de prevención de riesgos profesionales. Un análisis desde la perspectiva de la Directiva 89/39/CEE». En J.L. Moreno-Pérez, *La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral* (pp. 545-608). XII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. Granada: Universidad de Granada.
- PALOMEQUE-LÓPEZ, Manuel Carlos (1997). «La intervención normativa del Estado en la «cuestión social» en la España del siglo XIX». *Ayer*, 25, 103-126. Recuperado de: [https://revistaayer.com/sites/default/files/articulos/25-4-ayer25\\_PobrezaBeneficiencia-yPoliticaSocial\\_EstebandeVega.pdf](https://revistaayer.com/sites/default/files/articulos/25-4-ayer25_PobrezaBeneficiencia-yPoliticaSocial_EstebandeVega.pdf)
- PAYÁ-CASTIBLANQUE, Raúl, y BENEYTO-CALATAYUD, Pere José (2019). «Representación sindical y prevención de riesgos laborales durante la crisis: impacto y límites». *Sociología del Trabajo*, 94, 29-62. Doi: <http://dx.doi.org/10.5209/STRA.63303>
- PÉREZ-BOTIJA, Eugenio (1945). *El contrato de Trabajo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- PÉREZ-LEÑERO, José (1956). «Los jurados de empresa y la autonomía del empresario». *Revista de Derecho Mercantil*, 61, 7-44.
- PÉREZ DE PERCEVA, Miguel Ángel, y SÁNCHEZ-PICÓN, Andrés (2005). *El trabajo infantil en la minería española, 1850-1940*. Recuperado de: [https://www.um.es/hisminas/wp-content/uploads/2012/06/a1\\_perez\\_perceval\\_sanchez\\_picon.pdf](https://www.um.es/hisminas/wp-content/uploads/2012/06/a1_perez_perceval_sanchez_picon.pdf)
- PURCALLA-BONILLA, Miguel Ángel (1998). *Autonomía colectiva y prevención de riesgos profesionales*. Madrid: Ibidem.
- PURCALLA-BONILLA, Miguel Ángel, y RODRÍGUEZ-SÁNCHEZ, Rosa (1997). «Nota sobre la figura del «Delegado de Prevención»». *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 2, 428-458.
- QUESADA-SEGURA, Rosa (1997). *La autonomía colectiva en la LPRL*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- RIGBY, Mike, y GARCÍA-CALAVIA, Miguel Ángel (2018). «Institutional resources as a source of trade union power in Southern Europe». *European Journal of Industrial Relations*, 24(2), 129-143. Doi: <https://doi.org/10.1177/0959680117708369>
- RODRÍGUEZ-HIDALGO, José Gustavo, y ÁLVAREZ-CUESTA, Henar. (2004). *La participación de los trabajadores en el ámbito preventivo*. León: Universidad de León.
- RODRÍGUEZ-OCAÑA, Esteban, y MENÉNDEZ-NAVARRO, Alfredo (2006). «Higiene contra la anemia de los mineros. La lucha contra la anquilostomiasis en España» (1897-1936). *Asclepio: Revista de historia de la medicina y de la ciencia*, 58(1), 219-248. Recuperado de: <http://asclepio.revistas.csic.es/index.php/asclepio/article/view/717>
- RODRÍGUEZ-SAÑUDO, Fermín (1999). *Consulta y participación de los trabajadores en la seguridad y salud en el trabajo*. Andalucía: Junta de Andalucía.
- RODRIGO-CENCILLO, Fernando (2007). «Las Mutuas, esas grandes desconocidas». *Archivos de Prevención de Riesgos Laborales*, 10(4), 192-194. Recuperado de: [https://archivosdeprevencion.eu/view\\_document.php?tpd=2&i=1799](https://archivosdeprevencion.eu/view_document.php?tpd=2&i=1799)
- RUBIO-LÓPEZ, Félix (1987). «Las Juntas de Reformas Sociales y el Reformismo Social en la Restauración» (1900-1924). *Revista de la Facultad de Geografía e Histo-*

- ria, 1, 1987, 57-88. Recuperado de: <http://revistas.uned.es/index.php/ETFV/article/viewFile/2659/2520>
- SALA-FRANCO, Tomás, y ARNAU-NAVARRO, Francisco (1996). *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- SALCEDO-BELTRÁN, María del Carmen (1997). «Las competencias y facultades de los delegados de prevención». *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, 77, 47-56.
- SALIDO-BANÚS, José Luis (2003). «Prevención de Riesgos Laborales y Gestión Empresarial». *Tribuna Social: Revista de seguridad social y laboral*, 155, 36-44.
- SANCHO-CUESTA, Francisco Javier (1993). *Seguridad e higiene laboral en el ordenamiento jurídico comunitario*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
- SANTOS-ORTEGA, Antonio, GABALDON, Daniel, GRAU, Arantxa, INGELLIS, Anna, y MUÑOZ, David. (2017). Country report - SPAIN: Worker participation in the management of occupational safety and health — qualitative evidence from ESENER-2. Luxembourg: European Agency for Safety and Health at Work. Recuperado de: <https://osha.europa.eu/en/publications/country-report-spain-worker-participation-management-occupational-safety-and-health/view>
- SOTO-CARMONA, Álvaro (1987). *El trabajo industrial en la España contemporánea (1874-1936)*. Recuperado de: <http://hdl.handle.net/10486/12832>
- VALDÉS DAL-RÉ, Fernando (1997). «La participación de los trabajadores en la ley de prevención de riesgos laborales». *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, 73, 26-48.

# EL ALCANCE DEL DERECHO DE HUELGA EN CONTEXTOS DE EXTERNALIZACIÓN PRODUCTIVA<sup>&</sup>

*The scope of the right to strike in contexts of productive outsourcing*

JOSÉ ENRIQUE RUIZ SAURA\*

Universidad de Murcia, España

## RESUMEN

Desde finales del siglo pasado, la doctrina y la jurisprudencia han venido perfilando los límites legales de las nuevas prácticas empresariales dirigidas a anular los efectos del ejercicio de la huelga, a través de prácticas incardinables en el concepto de esquirolaje, esto es la prohibición de sustitución de personas trabajadoras huelguistas. La actual regulación de este derecho fundamental es escasa y data del año 1977, precisando la contribución indispensable del Tribunal Constitucional. Esto implica que, para clarificar el criterio judicial aplicable ante realidades laborales novedosas como es la descentralización productiva, se hace necesario un repaso de la evolución de la jurisprudencia tanto constitucional como ordinaria surgida tras la llegada de estas tendencias a la economía de nuestro tiempo. De ello, puede extraerse que los tribunales han pasado de censurar únicamente la sustitución de huelguistas por personas trabajadoras tanto de la propia empresa como ajenas (esquirolaje externo), a declarar contrarios a Derecho otros tipos no recogidos expresamente en la norma, como ocurre en el caso concreto de la sustitución de huelguistas por personas trabajadoras pertenecientes a empresas contratistas.

Palabras clave: huelga, derecho fundamental, externalización productiva, subcontratación, esquirolaje externo.

## ABSTRACT

Since the end of the last century, the doctrine and jurisprudence have been outlining the legal limits of the new business practices aimed at annulling the effects of the exercise of the strike, all of them included in the concept of through practices incardinated in the concept of strike, this is the prohibition of substitution of striking workers. The current regulation of this fundamental right is scarce and dates back to 1977, specifying the indispensable contribution of the Constitutional Court. This implies that, in order to clarify the judicial criterion applicable to new labor realities such as productive decentralization, it is necessary to review the evolution and consolidation of both constitutional and ordinary jurisprudence that emerged after the arrival of these trends in the economy of our country. From this, it can be deduced that the courts have gone from censoring only the replacement of strikers by workers both from the company itself and outside the company (external strike scabs), to declaring other types not expressly included in the law contrary to law, as occurs in the specific case of the replacement of strikers by workers belonging to contractor companies.

Keywords: strike, fundamental right, productive outsourcing, subcontracting, external scab.

<sup>&</sup> 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).

\* **Correspondencia a:** José Enrique Ruiz Saura. Calle Escuelas Viejas, 14, 2.º A (30579 Torreagüera, Murcia-España). — jsaura.ruiz@gmail.com — <https://orcid.org/0000-0002-9284-1004>

**Cómo citar:** Ruiz Saura, José Enrique. (2022). «El alcance del derecho de huelga en contextos de externalización productiva»; *Lan Harremanak*, 47, 197-221. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.23593>).

Recibido: 18 abril, 2022; aceptado: 15 junio, 2022.

ISSN 1575-7048 — eISSN 2444-5819 / © 2022 UPV/EHU



Esta obra está bajo una licencia  
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

## 1. Planteamiento inicial de la cuestión

El ejercicio de la huelga como medio lícito de presión en el ámbito de las relaciones laborales, tiene el reconocimiento de derecho fundamental en el art. 28.2 de la Constitución de 1978 (en adelante, CE). No obstante, pese al transcurso de cuarenta años desde la promulgación de la vigente Carta Magna, aún sigue siendo una tarea pendiente para el legislador el posterior desarrollo normativo de este derecho. De hecho, la principal norma que se ocupa de la huelga, el Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo (en adelante, RDL 17/1977)<sup>1</sup>, es anterior a la propia CE. Esta circunstancia, sin embargo, difiere de lo que sucede en la regulación de otros derechos fundamentales y, particularmente, del otro derecho fundamental de contenido estrictamente laboral que también se recoge en la CE: la libertad sindical (López-Tamés, 2014: 1).

Consecuentemente, los límites legales a las prácticas empresariales tendentes a obstaculizar el ejercicio de este derecho han tenido que irse concretando a lo largo de las últimas décadas por medio de la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo (en adelante, TS) como del Tribunal Constitucional (en adelante, TC), e incluso, por determinadas sentencias de calado de diversos Tribunales Superiores de Justicia (en adelante, TSJ). En este sentido, Casas (2010: 8) vino a poner de relieve que,

después de la STC 11/1981, la falta de desarrollo legislativo del art. 28.2 CE se ha convertido en uno de los rasgos singulares de nuestro sistema regulador del derecho de la huelga, en un problema crónico con el que hemos aprendido a convivir con la ayuda destacada de la jurisprudencia del TC.

De hecho, las vicisitudes que surgen actualmente como consecuencia de la huelga y las acciones tendentes a minorar su impacto en las empresas, son en algunos casos muy diferentes a las que pudo contemplar el legislador en el momento de elaborar el RDL 17/1977. Una buena muestra de ello ha sido la influencia que, fenómenos como el incremento de la descentralización productiva, de los grupos de empresas y de la consolidación de la empresa-red, han tenido en determinadas huelgas que se han producido en los últimos años. En este sentido, el denominado esquirolaje «comercial» (Grau, 2018: 108), esto es, la sofisticación del esquirolaje externo mediante la entrada en escena de redes comerciales de empresas, ha adquirido una importancia creciente a raíz del impacto mediático que han tenido algunos conflictos laborales desarrollados en el seno de grupos societarios voluminosos<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> BOE n.º 58 de 9 de marzo de 1977.

<sup>2</sup> A lo largo del texto, se abordarán conflictos de interés jurídico que, recientemente, han tenido como protagonistas a entes societarios como Grupo PRISA, Vodafone, Coca-Cola, Diario ABC, Telefónica, etc.

En este trabajo, se aborda y analiza el criterio jurídico aplicable para solventar la ausencia de respuestas por parte de la legislación vigente ante supuestos de huelgas lícitas (y de casos de esquirolaje) en el seno de una actividad productiva descentralizada, ya sea porque la llevan a cabo las personas de la empresa principal, o porque hacen lo propio las de la empresa subcontratista.

## 2. Delimitación del concepto de esquirolaje ante la externalización productiva

El esquirolaje externo es el único cuyo ejercicio está prohibido en nuestro ordenamiento jurídico de forma expresa. Concretamente, en el art. 6.5 RDL 17/1977, se establece la prohibición de sustituir a los huelguistas por otras personas trabajadoras «que no estuviesen vinculados a la empresa» antes de dar comienzo la huelga. Como señala López-Tamés (2014: 2):

El recurso a nuevos trabajadores, que se contratan precisamente para que desarrollen la actividad abandonada por los que secundan un conflicto, sería la manifestación más clara, la primera forma de privar de eficacia a la huelga.

La interpretación más restrictiva de este precepto conduciría a reducir la reseñada prohibición a la libertad empresarial de iniciar relaciones laborales (ya sea de duración indefinida o temporal) encaminadas a una posterior asignación de la carga de trabajo desatendida legítimamente por los huelguistas. De esta forma, al ceñirse a personas trabajadoras dependientes y por cuenta ajena, no cabría entrar a valorar la incidencia que cualquier actuación de personas trabajadoras autónomas, de ETTs<sup>3</sup> o, incluso, de la plantilla de una empresa subcontratista, pudiera tener sobre los efectos de la huelga.

No obstante, este posicionamiento supondría obviar por completo la realidad productiva de nuestro tiempo. No en vano, el clásico modelo fordista basado en procesos unitarios e integrales, está actualmente superado por dinámicas interempresariales en las cuales aparece una empresa principal que recurre cotidianamente a mercantiles subcontratistas y a personas trabajadoras autónomas para la realización de actividades complementarias, generalmente bajo una determinada coordinación entre ambas.

Por ello, la doctrina mayoritaria plantea un criterio diametralmente opuesto al anterior. De modo que, el tenor literal del art. 6.5 RDL 17/1977, es empleado desde una óptica esencialmente finalista, lo que supone hacer extensiva la

---

<sup>3</sup> Posteriormente, el art. 8.a de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal (BOE n.º 131 de 2 de junio de 1994), añadió la prohibición expresa de que una ETT celebre contratos de puesta a disposición para ceder a personas trabajadoras en huelga.

tutela del derecho de huelga a cualquier medida empresarial que pretenda que, aquellas tareas propias de quienes secundan la huelga, sean reasignadas a otras personas físicas o jurídicas cuya intervención en el proceso productivo no estuviera prevista antes de iniciarse el conflicto.

Consecuentemente, un aspecto sumamente decisivo para determinar si una concreta externalización constituye una maniobra de vulneración de una huelga, es el momento elegido por la empresa para recurrir a ella. De modo que será ajustada a derecho la subcontratación existente con suficientemente anterioridad al inicio de la huelga (Goerlich, 2018: 11). A este respecto, la STSJ de Andalucía (Málaga) n.º 1633/2013, de 10 octubre<sup>4</sup>, señaló lo siguiente en su FJ 3.º:

(...) no se ha producido la sustitución de los trabajadores huelguistas por otros externos a los fines de minimizar los efectos de la huelga secundada por aquellos. Las razones de dicha conclusión son las que se expresan a continuación. En primer lugar, que el servicio de atención al cliente en las estaciones en las que se secundó la huelga por los operadores de venta de billetes en ventanilla era un servicio contratado mucho antes de la convocatoria de huelga, a saber, desde el 16.6.11, mediante contrato suscrito entre Renfe Operadora y Mnemon Consultores S.A. En segundo lugar, porque entre las tareas de los trabajadores de la empresa adjudicataria del servicio estaban, entre otras, las de «información personalizada» sobre el «servicio de utilización de máquinas de autoventa». Y en tercer lugar, porque nada consta en la redacción fáctica de la sentencia combatida sobre la sustitución de los operadores de venta de billetes por terceros trabajadores.

En efecto, 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 «on line» 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 (...).

Asimismo, como ha recordado Goerlich (2018: 10), esta preponderancia de la «efectividad del paro» como elemento esencial del derecho de huelga, conlleva una reducidísima permisividad a la externalización de la actividad productiva propia de los huelguistas. Y este carácter restrictivo de la subcontratación de obras y servicios durante una huelga lícita, es un criterio ampliamente consolidado en la jurisprudencia a pesar de no contar con un precepto legal que inste a ello de forma literal y taxativa.

A lo anterior ha de añadirse que se han acuñado nuevos términos para catalogar los supuestos más novedosos en que, ante el ejercicio del derecho de

---

<sup>4</sup> Rec. 1093/2013.



huelga de un conjunto de personas trabajadoras, se produzca su vulneración mediante la actuación de empresas ajenas a la principal pero relacionadas o vinculadas a esta en un contexto de descentralización productiva. Así pues, si bien no existe unanimidad doctrinal sobre la denominación de estas nuevas realidades, Grau (2022: 211-212) alude, por un lado, al esquirolaje comercial para referirse a la intervención en la huelga por parte de las redes comerciales existentes entre las distintas empresas implicadas, y además, al «esquirolaje organizativo» para los casos de organización triangular de la actividad productiva entre distintas entidades, e incluso al «esquirolaje mercantil» para referirse a relaciones de índole mercantil entre las partes intervinientes en el conflicto huelguístico. En los apartados siguientes, se expondrán ejemplos reales de estos conceptos.

### 3. Evolución de la doctrina sobre las huelgas desarrolladas en la empresa subcontratista

#### 3.1. Antecedentes de la huelga en el marco de las subcontratas hasta su culminación en el asunto Samoa

Como se ha señalado en los párrafos precedentes, no cabe duda de que el recurso a la subcontratación de parte de las tareas inherentes al ciclo productivo de la empresa principal es, a menudo, una práctica que genera problemas en contextos de huelga, ya que puede suponer un ataque a los derechos colectivos de la plantilla de esta empresa principal.

No obstante, también pueden darse supuestos en los que, el derecho de huelga atacado sea el de las personas trabajadoras de una empresa contratista, y a su vez, esa vulneración sea acometida por la empresa principal, es decir, por una mercantil diferente a quien ostenta formalmente la condición de empleador. Llegados a este punto, surgirá la necesidad de vislumbrar las opciones que tienen sobre la mesa aquellas empresas no afectadas directamente por esa huelga, pero condicionadas por los efectos de la paralización de la actividad (Goerlich, 2018: 12).

Pues bien, frente a lo anterior, se abren dos vías posibles. En primer lugar, que la empresa principal tenga reconocida, en base al derecho a la libertad de empresa (art. 38 CE), la facultad de recurrir a cualquier otra que sustituya los servicios dejados de recibir con motivo de la huelga. En segundo lugar, requerir a esta empresa principal que asuma las consecuencias del ejercicio de su derecho fundamental a la huelga por parte de los trabajadores de la empresa externa. Esto es, hacer una interpretación extensiva de lo contenido en el art. 6.5 RDL 17/1977, consolidando la prohibición de esquirolaje externo.

La jurisprudencia, en un primer momento, se decantó por dar preponderancia a la libertad de empresa para solucionar estas controversias. Esto es, señaló

que la prohibición legal de esquirolaje no impide que las empresas que tengan suscrita una contrata o subcontrata con una empresa contratista en huelga puedan utilizar los servicios de otra. Así, en la STS de 27 septiembre 1999<sup>5</sup>, el Alto Tribunal señaló que la empresa «tiene plena libertad para utilizar los servicios coincidentes de otra empresa que concurra con la que no puede prestarle el servicio». También destaca en este aspecto la fundamentación expuesta por la STSJ del País Vasco de 4 de julio de 2000<sup>6</sup>:

El derecho fundamental de huelga no incluye en su contenido el poder exigir de un tercero ajeno a la relación laboral entre empresa y trabajadores huelguistas que sufra también una reducción en su proceso productivo o en los servicios que presta (...). Los trabajadores que se encuentren en huelga no pueden imponer a la empresa principal que deje desatendidos (aquellos servicios) cuya asistencia no pueda dispensarse dentro de los límites impuestos como servicios mínimos de huelga. Ni la ley ofrece base para tal exigencia ni vemos que ello pudiera ser posible, en tanto en cuanto esa extensión del derecho de huelga frente a terceros alcanzaría no solo al empresario de los titulares del derecho de huelga sino también a otros sujetos distintos.

Posteriormente, el TS volvió a corroborar esta doctrina en su sentencia de 11 mayo 2001<sup>7</sup>, de manera que la misma quedó asentada durante unos años. Sin embargo, este criterio basado en considerar que la huelga producida en una empresa contratista constituye un hecho jurídico completamente ajeno a la principal, cambió a partir del año 2010 debido a la intervención del TC (SSTC n.º 75/2010 y n.º 76/2010, de 19 octubre, así como n.º 98/2010 y n.º 112/2010, de 16 noviembre)<sup>8</sup>.

Concretamente, en el supuesto analizado por la STC 75/2010 (finalización de una contrata de servicios a raíz de una huelga y posteriores despidos) y del que también se hacen eco las sentencias posteriores que se han reseñado, se hace referencia a una vulneración del derecho de huelga que se materializó mediante la extinción de los contratos de trabajo de varios trabajadores participantes en la huelga. Estas extinciones revistieron la forma de despidos objetivos realizados por la empresa contratista (Unigel) a la que formalmente prestaban servicios. Todo ello, en base a que la empresa principal (Samoa) decidió finalizar la contrata mercantil que le unía a esta, precisamente, para evitar los efectos de la huelga. Más concretamente, se resaltó que «la rescisión de la contrata mercantil se produjo como consecuencia de las actuaciones desarrolladas por los trabajadores de la empresa contratista», y dichas acciones consistieron en «movilizaciones iniciadas por los trabajadores despedidos, conflicto laboral en el que Samoa In-

---

<sup>5</sup> Rec. 1825/1998.

<sup>6</sup> Rec. 2/2000.

<sup>7</sup> Rec. 3609/2000.

<sup>8</sup> Rec. 3567/2006, rec. 3568/2006, rec. 3569/2006 y rec. 4931/2006.

dustrial, SA, no quería verse involucrada». Por tanto, se estableció una relación causa-efecto entre el ejercicio del derecho de huelga que tuvo lugar por parte de los trabajadores de la empresa contratista por un lado, la finalización del vínculo comercial de Samoa con esta mercantil y, finalmente, la extinción de los contratos laborales a los huelguistas por parte de la contratista. De tal forma que estos despidos merecieron la calificación de nulos por considerarse, a efectos prácticos, un «castigo» a los huelguistas por su movilización.

En esta ocasión, el TC señala en su FJ 7.º que

las prohibiciones, garantías y tutelas establecidas en la legislación laboral en relación con las actuaciones empresariales lesivas del derecho de huelga no solo alcanzan al contratista, como empresario directo, sino también al empresario principal, «que es sobre quien habrán de recaer en última instancia los efectos económicos lesivos de la huelga y quien, por tanto, podrá estar igual o más interesado que el contratista en combatirla.

Además, el FJ 8.º de la sentencia puntualiza que, aunque no haya «en la vigente regulación legal de la subcontratación de obras y servicios previsión alguna que permita garantizar el ejercicio de los derechos de los trabajadores de la contratista respecto de vulneraciones cometidas por la empresa principal», ello no habilita al empleador a valerse de «espacios inmunes a la vigencia de los derechos fundamentales» en los procesos de descentralización productiva.

Siguiendo en esta línea, cabe resaltar la STSJ de Cataluña n.º 7685/2016, de 29 diciembre<sup>9</sup>, que entró a conocer los hechos acaecidos en la huelga de la mercantil FCC, empresa subcontratista de ENDESA. Y este tribunal determinó que cabía apreciar una vulneración del derecho de huelga por parte esta última, señalando que no es admisible afirmar:

(...) que en el presente asunto dicho esquirolaje no existe porque el contrato suscrito con las dos contratistas ya preveía la posibilidad de que ENDESA pudiera asignar a un contratista que tuviera que desarrollar en otra área próxima a la suya (hecho probado quinto) y que de hecho esto se había hecho en varias ocasiones, como explica el hecho probado sexto, porque esta cláusula tiene plena virtualidad siempre y cuando se actualice en supuestos en que no está en cuestión un derecho fundamental, pero en ningún caso se puede utilizar para evitar que la huelga convocada consiga su finalidad, que es la de que los trabajadores puedan defender sus derechos laborales y esto obliga tanto a la empresa empleadora como a la principal.

Posteriormente, la jurisprudencia contenida en las resoluciones del TS tras estos pronunciamientos del TC ha sido un tanto dispar. Aunque fundamentalmente ha incidido la evolución expansiva de la interpretación de la prohibición

---

<sup>9</sup> Rec. 5219/2016.

del esquirolaje y la incorporación matizada de la doctrina plasmada en el caso Samoa.

### 3.2. Supuesto excepcional: subcontratación de servicios esenciales para la comunidad

Una vez desarrollado lo expuesto en los apartados precedentes, es preciso detenerse a estudiar un supuesto muy concreto para el cual el ordenamiento jurídico prevé la posibilidad de recurrir legalmente a la externalización productiva durante el transcurso de una huelga, es decir, sin que ello suponga incurrir en esquirolaje externo. Se trata de aquellos casos en los que quede en entredicho el cumplimiento de los servicios mínimos relacionados con seguridad y mantenimiento, o los llamados a garantizar los servicios considerados esenciales para la comunidad.

Esta excepción es de aplicación tanto en casos de huelga de la plantilla de la empresa principal, como cuando este hecho acontece en una empresa contratista que ya ha asumido la subcontrata llamada a cumplir regularmente con la prestación de esos servicios de carácter esencial. No en vano, así se indica expresamente en los apartados 5 y 7 del art. 6 RDL 17/1977:

En tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma, salvo caso de incumplimiento de las obligaciones contenidas en el apartado número siete de este artículo.

.../...

El Comité de huelga habrá de garantizar durante la misma la prestación de los servicios necesarios para la seguridad de las personas y de las cosas, mantenimiento de los locales, maquinaria, instalaciones, materias primas y cualquier otra atención que fuese precisa para la ulterior reanudación de las tareas de la empresa (...).

Para mayor claridad, hay que recordar que los tribunales vienen admitiendo que, en caso de descentralización de la actividad productiva, las empresas contratistas también están llamadas a velar por el cumplimiento de los servicios mínimos en garantía de los esenciales durante la huelga. No obstante, cuando el paro es llevado a cabo por el personal de la empresa subcontratista que presta estos servicios esenciales, la responsabilidad última del cumplimiento de los servicios mínimos recae sobre la mercantil principal (Ruiz, 2021: 41-42). En relación con lo anterior, resulta muy ilustrativa la STSJ de Murcia n.º 685/2014, de 10 de septiembre<sup>10</sup>, que entró a valorar la sustitución de personas trabajadoras producida en el servicio de limpieza del Hospital Clínico Universitario Virgen de La Arrixaca en Murcia, durante la huelga que desarrolló ininterrumpidamente desde el 10 al 22 de junio de 2013. Esta resolución recoge de forma

---

<sup>10</sup> Rec. 251/2014.

concisa la doctrina sobre la sustitución lícita de huelguistas en caso de incumplimiento de los servicios esenciales decretados por la Administración. Entre su argumentación, cabe destacar el FJ 4.º:

(...) ni el empresario puede imponer a los trabajadores no huelguistas la realización de las tareas que pudieran corresponder a los que secundaron la huelga, ni los trabajadores, que decidieron no secundar la huelga, pueden sustituir el trabajo de sus compañeros, salvo que no se cumplieran o asegurasen los servicios mínimos esenciales para la comunidad o que se viesan afectadas las previsiones sobre los servicios de seguridad y mantenimiento en la empresa, pero si los trabajadores que hubiesen sido designados para el mantenimiento de los referidos servicios se negaran o resistieran a prestarlos, se podría generar la sustitución de los mismos (...); y es lo cierto que, en el caso de autos, y tal como se desprende de los hechos probados, la situación de salubridad e higiene era realmente pésima en el centro de trabajo (Hospital Virgen de la Arrixaca), sin que los servicios mínimos se cumplieran y, asimismo, se impidió al acceso a su puesto de trabajo a los trabajadores no huelguistas, llegando a sabotear los servicios de mantenimiento (...).

Por tanto, como se ejemplifica en el supuesto anterior, en aquellos casos en los que los efectos del incumplimiento de los servicios mínimos de la huelga hacen peligrar objetivamente el sostenimiento de servicios sensiblemente esenciales tales como la atención médica hospitalaria, la sustitución de personas trabajadoras de la empresa subcontratista no tendría la consideración de práctica contraria a derecho.

En los últimos años, la casuística relacionada con esta excepción específica al esquirolaje externo ha sido variada. No obstante, puede destacarse la doctrina contenida en la STSJ de la Comunidad Valenciana n.º 3687/2009, de 15 de diciembre<sup>11</sup>, la STSJ de Cataluña n.º 665/2016, de 3 de febrero<sup>12</sup>, o la STSJ de Madrid n.º 1000/2016, de 1 de diciembre<sup>13</sup>, que como podrá verse a continuación, aborda supuestos de huelgas en el seno de empresas que asumen la subcontratación de servicios de limpieza. Aunque el criterio seguido en ellas sería plenamente aplicable a cualquier caso de incumplimiento de los servicios mínimos se diera por parte de la plantilla de la empresa principal.

En primer lugar, la STSJ de la Comunidad Valenciana n.º 3687/2009, de 15 de diciembre<sup>14</sup> reconoció la facultad de una Administración Pública (el Ayuntamiento de La Vall de Uxó, en la provincia de Castellón), en calidad de destinatario de la externalización del servicio de limpieza viaria municipal, de intervenir ante el incumplimiento por parte de la empresa contratista de esa ac-

---

<sup>11</sup> Rec. 2756/2009.

<sup>12</sup> Rec. 6189/2015.

<sup>13</sup> Rec. 608/2016.

<sup>14</sup> Rec. 2756/2009.

tividad esencial. Aunque en este caso, lo hizo con personal propio, sin recurrir a una empresa contratista diferente. Así lo señaló en su FJ 2.º:

(...) el Ayuntamiento demandado, una vez finalizada la primera fase de la huelga, no hizo sino reponer las condiciones de seguridad y salubridad del municipio, es decir, adoptó una medida objetivamente necesaria para garantizar la continuidad de los servicios esenciales de la comunidad y no para mitigar los efectos de la primera fase de la huelga. Además, tal actuación se llevó a cabo por miembros de la brigada municipal dependiente de la corporación municipal que, de manera habitual tras la celebración de actos y festejos con grandes concentraciones de asistentes en el municipio, refuerzan los servicios de limpieza y recogida de basuras, por lo que la parte actora tampoco ha acreditado que los integrantes de la brigada municipal realizaran funciones que no les correspondiera (STC 18/2007). No podemos aceptar los argumentos expuestos por la recurrente de que la «corta duración de la huelga» y «las bajas temperaturas de las fechas en las que se realiza (diciembre y enero) nada hace temer por la salud pública», y que el Ayuntamiento «debió negociar con la parte social» las medidas de refuerzo entre ambas fases de la huelga, pues, por un lado, el artículo 25.2, h) de la Ley 7/1.985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, atribuye al municipio la competencia para la protección de la salubridad pública (...).

Posteriormente, la STSJ de Cataluña n.º 665/2016, de 3 de febrero<sup>15</sup> llega a un más lejos al determinar que el Ayuntamiento de Riells-Viabrea (Girona) estaba legalmente habilitado para efectuar una segunda subcontratación que, dado el incumplimiento de los servicios esenciales por parte de la empresa contratista anterior, se ocupe del servicio dejado de realizar. En este sentido, el TJSJ de Cataluña marcó el siguiente criterio:

(...) el Ayuntamiento dirigió a la empresa, conforme al hecho probado, requerimientos los días 15, 21 y 30 de octubre y 27 de noviembre para que se diera cumplimiento a los servicios mínimos. Finalmente, a la vista, entre otros, de informes de la policía local y de quejas de los vecinos acordó el 3 de noviembre de 2014 la contratación de la empresa Germans Alum para llevar a cabo una recogida puntual de residuos sólidos urbanos no recogidos por la contratista. En tal contexto de incumplimiento alegado de los servicios mínimos, sin que conste su efectivo cumplimiento, no existe posibilidad de condena del Ayuntamiento en la medida en que en tal caso no consta que actuó en contra de un ejercicio ordinario del derecho de huelga, sino en un supuesto de incumplimiento alegado de los servicios mínimos inherentes a esta, teniendo en cuenta que con ello trataba únicamente de proteger la salud pública, en tanto derecho del conjunto de los ciudadanos asimismo constitucionalmente protegido.

Y finalmente, la STSJ de Madrid n.º 1000/2016, de 1 de diciembre<sup>16</sup>, consideró ajustado a derecho que el Ayuntamiento de Madrid recurriese a una em-

<sup>15</sup> Rec. 6189/2015.

<sup>16</sup> Rec. 608/2016.

presa externa (TRAGSA) para hacer frente al incumplimiento de los servicios esenciales por parte de las empresas concesionarias del servicio de limpieza. Y asimismo, admitió como válida la decisión posterior de TRAGSA de valerse de trabajadores cedidos por la empresa de trabajo temporal Randstad Empleo ETT para sacar adelante una parte del encargo recibido desde el consistorio:

La cuestión que se plantea es si llegado a este punto y partiendo del carácter esencial que tiene la protección de la salud ciudadana por falta de limpieza, el Ayuntamiento puede contratar los servicios externos de una empresa para cumplir con la obligación de mantener la salud pública frente al derecho de los huelguistas de seguir con el instrumento de presión pese a todo. Dicho de otra manera, si el derecho a la huelga se ha visto vulnerado por la contratación de TRAGSA de trabajadores externos para cumplir con el mandato del D. 618 de 15 de noviembre de 2013. La adecuada proporcionalidad de la medida de «esquirolaje externo» como se denomina por la recurrente, se cuestiona en el motivo aludiendo a la preeminencia del derecho de huelga frente a la facultad del Ayuntamiento de sustituir a los trabajadores huelguistas por otros externos prohibida por el art. 6.7 del RDL 17/1977, salvo el caso, argumentamos nosotros de que el Comité de Huelga hiciera dejación de sus responsabilidades y se pusiera en peligro la prestación de un servicio esencial para la seguridad de las personas y de las cosas..., en el tenor del citado precepto en la parte que no ha sido declarado inconstitucional por la STC 11/1981, de 8 de abril. Así, el propio TC en la sentencia 123/1992, de 28 de septiembre, que se reseña en el recurso, dice que la forma en que se ha de resolver el conflicto de intereses que toda huelga supone entre la pretensión de los trabajadores de imponer a la empresa la mayor presión posible, y la del empresario que quiere minimizar los efectos de la misma. (...) atendiendo a la preeminencia de los dos derechos en conflicto, y cuando nos encontramos, como es el caso, ante la ausencia de cumplimiento de los servicios mínimos y ante la necesidad de salvaguardar la salud ciudadana, por razones de urgencia, la solución adoptada entendemos que resulta ajustada a las normas denunciadas y la doctrina constitucional invocada.

#### 4. El esquirolaje frente a los grupos de empresas y la «vinculación especial»

##### 4.1. Distintas aristas en la nueva casuística: Grupo PRISA *vs* Altrad

Como se ha referido anteriormente, actualmente, suscitan mucho interés aquellos casos en que, ante la existencia de una subcontratación de la actividad productiva o prestación de servicios, se produce una huelga en la subcontrata con efectos significativos de la misma en la empresa cliente.

Sin embargo, aún cabe analizar un elemento que dota de mayor complejidad a esta casuística. Se trata de aquellas huelgas que tienen lugar en una o varias empresas aglutinadas en torno a una red empresarial, en la cual sobresale una de las sociedades mercantiles como dominante del resto a nivel jurídico y/o

económico. No en vano, el TS se ha posicionado a este respecto en varias ocasiones destacando la importancia de que exista especial vinculación entre las distintas empresas implicadas, lo cual determina que se desprenda hacia ambas una responsabilidad conjunta de respetar el ejercicio lícito de la huelga como derecho fundamental.

Cuando en un caso como ese, la empresa dominante actúa valiéndose de su posición jerárquica en el grupo mercantil para minimizar los efectos de una huelga desarrollada en otra de las empresas del grupo, incurrirá en «esquirolaje comercial». Así ocurrió en el caso analizado en la STS n.º 1217/2015, de 11 de febrero<sup>17</sup>, correspondiente al asunto PRISA<sup>18</sup> o PRESSPRINT<sup>19</sup>. Ha de precisarse que esta última mercantil, en el momento de acordarse el paro por parte de los huelguistas, era la encargada de la impresión de los distintos periódicos editados por el Grupo PRISA. No obstante, poco tiempo antes, este proceso en su conjunto se había llevado a cabo desde una sola empresa dedicada al negocio editorial. Es decir, con motivo de la externalización de una parte del ciclo productivo de Grupo PRISA (la impresión de periódicos) se produjo el surgimiento de la empresa cuya plantilla albergaba a las personas trabajadoras convocantes de la huelga.

Pues bien, durante el desarrollo de la referida huelga, la empresa cliente (Grupo PRISA) optó por contratar con otras empresas el servicio de impresión de periódicos, habitualmente prestado por PRESSPRINT, lo cual le permitió al grupo editorial hacer llegar a sus lectores un número de ejemplares de su prensa escrita similar al de un día normal.

A la vista de ello, el TS concluyó que, la inexistencia de una relación laboral formal entre los huelguistas y las restantes empresas del grupo, no podía ser óbice para exigir la responsabilidad de todas ellas en caso de atentarse con el derecho de huelga:

(...) la efectividad de sus derechos fundamentales, entre ellos el derecho de huelga, puede verse afectado por la actuación de los empresarios principales y, en consecuencia, habrán de ser protegidos frente a estas posibles actuaciones vulneradoras del derecho de huelga, ya que en caso contrario se produciría una situación de desamparo de los trabajadores.

Asimismo, la Federación de Servicios a la Ciudadanía de CCOO, como parte actora en este procedimiento, manifestó que la decisión de encargar la impresión de sus ejemplares a otras compañías constituía una vulneración del derecho fundamental a la huelga, pues se trata de un tipo de esquirolaje que lesiona

---

<sup>17</sup> Rec. 95/2014.

<sup>18</sup> Grupo empresarial que albergaba a la mercantil subcontratista.

<sup>19</sup> Empresa subcontratista cuya plantilla protagonizó la huelga.



o menoscaba la efectividad de la medida<sup>20</sup>. Y este planteamiento fue admitido por el TS, que estableció que la mercantil había actuado de forma contraria a derecho al limitar «la visibilidad de la perturbación creada por el conflicto», esto es, «la de exteriorización de los efectos que produce, haciendo visible a los ciudadanos la perturbación que provoca».

Sin embargo, la conocida STS n.º 961/2016, de 16 de noviembre, referida al caso Altrad, introdujo una puntualización muy importante a la resolución anterior<sup>21</sup>. No en vano, vino a matizar que «El hecho de que las empresas clientes contrataran con otras durante los paros (...) no supone una vulneración del derecho de huelga, ya que entre ambas empresas no existía una vinculación especial ni formaban un grupo de empresas (...)».

Concretamente, los detalles más relevantes del caso son que, al iniciarse la huelga en la empresa Altrad (dedicada al montaje, desmontaje y alquiler de andamios metálicos), la mercantil comunicó a sus clientes la imposibilidad temporal de prestar sus servicios debido a los efectos derivados del seguimiento de la misma. Durante la huelga, los dos principales clientes de Altrad, Basell y Dow, a la vista de lo comunicado por esta, decidieron recurrir a otras empresas subcontratistas para ver atendidas sus necesidades productivas.

Ante ello, el TS indicó en su FJ 2.º que:

La condición de clientes de Dow y Basell tampoco determina ninguna vinculación especial que pueda condicionar la decisión de dichas empresas clientes de contratar trabajos con otras empresas de la competencia durante la huelga y tampoco las referidas empresas clientes forman un grupo de empresas con Altrad.

Por tanto, la existencia de vínculos más férreos que los estrictamente existentes entre un cliente y un proveedor al uso, es señalado como requisito decisivo y diferencial para catalogar a un determinado supuesto como esquirolaje externo, o más concretamente, esquirolaje comercial en el seno de grupos

---

<sup>20</sup> Concretamente, el Tribunal Supremo señaló lo siguiente:

(...) si bien es cierto que dichas entidades mercantiles no mantienen relación laboral directa con los trabajadores huelguistas, ya que estos prestan servicios a PRESSPRINT, en virtud de los contratos de trabajo suscritos con la citada empresa, no es menos cierto que la actuación de dichas empresas, consistente en contratar con las empresas IMPRINTSA, INDUGRAF, BEPSA, PRINTOLID, e IMPRENTA NORTE la impresión de sus publicaciones durante los días en que los trabajadores de PRESSPRINT estuvieron de huelga, ha incidido seriamente en los efectos y repercusión de la huelga. Hay, por tanto, una «especial vinculación» entre los trabajadores huelguistas que prestan sus servicios en la empresa contratista y las empresas principales ya que están vinculados directamente a la actividad productiva de dichas empresas por ser las destinatarias últimas de su actividad laboral.

<sup>21</sup> Rec. 59/2016.

de empresas<sup>22</sup>. Y, además, todo ello con independencia de que se tratase o no de un «grupo patológico», lo cual era un requisito exigido por la AN hasta ese momento (Grau, 2018: 116). Razona el TS que, lo contrario, podría conducir al extremo de que «los consumidores habituales de un comercio no podrían comprar en otro, en caso de huelga en el primero, o que la empresa que tenga que realizar determinados trabajos no pudiera recurrir a otra empresa de servicios»<sup>23</sup>.

Si bien nos encontramos con que el pronunciamiento de esta sentencia es diferente al de casos como el de Grupo PRISA, la realidad es que este supuesto aborda una casuística distinta. Concretamente, en estos casos, las partes demandantes mantenían una «especial vinculación» con las distintas empresas implicadas. Llegados a este punto, una vez constatada la relevancia de la noción de la «especial vinculación» a efectos de extender la tutela del derecho fundamental de huelga, cabe señalar que la misma se compone de los siguientes requisitos esenciales:

- a) que concurra un nivel de integración elevado de la actividad productiva de las distintas entidades mercantiles entre sí
- b) que, dentro de la pluralidad de empresas, haya una que ostente una capacidad de dirección o de influencia a la que el resto queden supeditadas.

Con posterioridad a la sentencia del Grupo PRISA, y una vez conocido el criterio contenido en la sentencia de Altrad, el TS volvió a reafirmarse en erigir la «especial vinculación» entre empresa principal y auxiliar de servicios como circunstancia determinante de la antijuricidad de cualquier contratación externa para hacer frente a una huelga en el marco de una subcontrata. Así

---

<sup>22</sup> Para mayor claridad, puede verse que, en su FJ 2.º, se expone lo siguiente:

(...) no existe una vinculación que justifique hacer responder a Altrad Rodisola de una conducta en la que no ha participado y en la que no ha podido intervenir para tomar la decisión. La condición de clientes de Dow y Basell tampoco determinan ninguna vinculación especial que pueda condicionar la decisión de dichas empresas clientes de contratar trabajos con otras empresas de la competencia durante la huelga y tampoco las referidas empresas clientes forman un grupo de empresas con Altrad.

Es un caso bien distinto al de la sentencia de 11/2/15 (Grupo Prisa), en donde la parte demandante sostenía esa especial vinculación, ya que los recurrentes habían demandado, no solo a la empresa en la que se convocó la huelga, PRESSPRINT S.L., sino también a EDICIONES EL PAÍS S.L., DIARIO AS S.L. y ESTRUCTURA GRUPO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS S.A., todas ellas pertenecientes al GRUPO PRISA, siendo el único socio de PRESSPRINT S.L., EDICIONES EL PAÍS S.L., que cuenta con el 100% de su capital social y actúa como administrador único y la empresa PRESSPRINT S.L. tiene al Grupo PRISA como cliente mayoritario en un porcentaje superior al 70%.

<sup>23</sup> FJ 4.º.

mismo, la doctrina ha ahondado también en la doble vinculación (orgánica y funcional) entre empresa cliente y subcontrata. Esto supone que, cuando el devenir del ciclo productivo de la empresa o de su prestación de servicios vaya acompañado de una cierta fragmentación empresarial, «cuya actuación coordinada puede repercutir sobre algunos derechos de los trabajadores de cualquiera de las empresas del grupo», también «existe una obligación conjunta de respeto de los derechos de los trabajadores, singularmente de los colectivos» (Vicente, 2019: 5).

Así se recoge en la STS n.º 885/2018, de 3 de octubre<sup>24</sup>, que entra conocer sobre una huelga en una empresa proveedora de servicios de impresión de publicaciones periodísticas para otras empresas del mismo grupo mercantil. En esta ocasión, el resto de sociedades mercantiles recurren a la contratación externa de las actividades de impresión, tareas que siempre había acometido hasta ese momento la empresa que soportó la huelga. Por todo ello, el Tribunal Supremo determinó la existencia de vulneración del derecho fundamental a la huelga:

Ninguna duda cabe que la intención de los huelguistas con la utilización del derecho fundamental era presionar a su empresa, entendiendo como fundamental la evitación de que las publicaciones pudieran aparecer con normalidad, trasladando a los consumidores y a la opinión pública su visión del conflicto existente. En esas condiciones, la radical alteración de las dinámicas de funcionamiento coordinado de las empresas del grupo, producida directamente como consecuencia de la convocatoria de huelga, vació de contenido, en parte, el derecho fundamental a la huelga privándole de la repercusión externa de la misma a través de una puntual modificación de los procesos productivos imperantes en el grupo empresarial.

.../...

(...) no cabe duda de la conexión entre el derecho fundamental ejercitado y la propia existencia del grupo empresarial, sin que por las empresas demandadas se haya aportado una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas, que no cabe sino considerar vulneradoras del derecho fundamental en cuestión.

Además, también ha de traerse a colación la fundamentación jurídica contenida en la STS n.º 888/2018, de 3 de octubre<sup>25</sup>, que analiza la casuística suscitada en la mercantil Andaluprint, entidad perteneciente al grupo mercantil que tiene a ABC Sevilla como empresa principal. En esta ocasión, tras la huelga convocada en enero de 2015 y haber sido esta secundada mayoritariamente por la plantilla, se adoptó la decisión empresarial de cerrar definitivamente Andaluprint. De tal forma que, ABC Sevilla, derivó desde ese momento la subcontratación de la impresión de sus ediciones a dos mercantiles

<sup>24</sup> Rec. 3365/2016, asunto Grupo Zeta.

<sup>25</sup> Rec. 117/2017.

completamente ajenas al Grupo Vocento: Iniciativas de Publicaciones e Inspección, SL y Recoprint, SL.

En la referida resolución, tras un repaso previo a los antecedentes jurisprudenciales que abordan esta misma cuestión en su FJ 3.º, viene a delimitar dos supuestos de descentralización diferenciados.

En primer lugar, cataloga como *subcontratación ordinaria* el encargo de servicios de la empresa principal a la subcontratista cuando este obedece estrictamente a motivos comerciales, esto es, sin haber ningún tipo de vínculo societario ni existir coordinación entre ambas para la dirección estratégica del proceso productivo. Por el contrario, queda fuera de esta consideración aquellos casos en que se recurre a una empresa del mismo grupo para subcontratar una actividad propia del ciclo productivo de la empresa principal.

Partiendo del señalamiento de estos dos supuestos diferenciados, la sentencia nos lleva a consolidar un criterio claro para delimitar en qué supuestos de descentralización productiva se incurre en esquirolaje externo (Vicente, 2019: 8-9). Concretamente, en el caso de una subcontratación ordinaria en los términos referidos *ut supra*, se entiende que no concurriría una práctica atentatoria contra el derecho de huelga porque, dado que no hay entre ambas mercantiles una vinculación que vaya más allá de la propia entre una entidad que concierta con otra una prestación externa de servicios profesionales remunerado, tampoco surge «circunstancia que a la empresa principal le obligara a respetar la huelga y, consecuentemente, a no contratar con otros las obras que ya tenía contratadas».

Sin embargo, sí se vulnera el derecho de huelga en el segundo caso indicado. Y ello es debido a que, los vínculos societarios entre la empresa principal y la contratista (se aprecia una actuación coordinada en las actividades de las distintas sociedades mercantiles del grupo), suponen una obligación conjunta para ambas de respetar los derechos fundamentales de las personas trabajadoras que integran las distintas plantillas de ese grupo empresarial.

Seguidamente, unas semanas después de la anterior resolución del TS, su criterio fue refrendado por la Audiencia Nacional en su sentencia n.º 175/2018, de 19 de noviembre<sup>26</sup>. En ella, se analiza la subcontratación de actividades que venían desempeñando los trabajadores de la mercantil Ericsson hasta el momento inmediatamente anterior a disponerse a secundar una huelga:

En el supuesto enjuiciado, ha quedado acreditado que se han sustituido a los huelguistas para desempeñar trabajos que deberían ser atendidos con personal propio de Ericsson por trabajadores ajenos de subcontratas que no estaban vinculados para hacer los referidos trabajos cuando se comunicó la huelga.

---

<sup>26</sup> Rec. 129/2018.

Y en su FJ 4.º, la Audiencia Nacional señala que dicha conducta es antijurídica por los motivos que, anteriormente, había puesto de relieve el TS:

(...) no cabe alegar por las demandadas la inexistencia de relación laboral con los trabajadores huelguistas para apelar a la falta de responsabilidad en el ejercicio de su derecho de huelga pues, dado que el ejercicio del citado derecho, se ha de proyectar de manera principal sobre la actividad de estas empresas tal y como se razonará con posterioridad, cualquier actuación que pudieran desarrollar, similar a la ahora examinada, vaciaría de contenido el derecho de huelga. Hay, una especial vinculación entre los trabajadores huelguistas que prestan sus servicios en EFF desde el día 1 de mayo de 2018 y las empresas principales —Ericsson España, S.A. y Ericsson Network Services, S.L.U.—, empresas estas dos últimas que actuaban como grupo laboral, ya que están vinculados directamente a la actividad productiva de dichas empresas por ser las destinatarias últimas de su actividad laboral. Por dicho motivo, la efectividad de sus derechos fundamentales, entre ellos el derecho de huelga, puede verse afectado por la actuación de los empresarios principales y, en consecuencia, habrán de ser protegidos frente a estas posibles actuaciones vulneradoras del derecho de huelga, ya que en caso contrario se produciría una situación de desamparo de los trabajadores (...). Debiendo tenerse en cuenta que, entre las empresas demandadas, existe un importante vínculo societario (...).

Al producirse el recurso a esta sentencia por parte de las mercantiles condenadas, la STS n.º 153/2021, de 3 de febrero<sup>27</sup>, no hizo sino refrendar el criterio de la AN ahondando aún más en el mismo. Concretamente, el FJ 4.º de la misma, vuelve a poner de manifiesto prácticas de esquirolaje por parte de las varias empresas recurrentes, entre las que se aprecia especial vinculación. Todo ello, en los siguientes términos:

Esta Sala ha sostenido que cabe la posibilidad de encontrarnos ante supuestos de vulneración del derecho de huelga que se desarrollan en el seno de las distintas sociedades de un grupo de empresas. Así, aunque solo alguna de las sociedades del grupo mantenga relación laboral directa con los/as trabajadores/as huelguistas, cabe que la actuación de las empresas incida de forma relevante en los efectos y la repercusión de la huelga. Así, lo hemos apreciado en las STS de 11 febrero 2015 (Rec. 95/2014) y 3 octubre 2018 (RCUD 1147/2017).

La interrelación entre las empresas, no solo en su actividad en general, sino en particular y de modo esencial, en el desarrollo de la huelga resulta evidente. De ahí que las conductas a las que se imputa el efecto lesivo solo fueran posibles gracias a esa interconexión y al engranaje del sistema sobre el que se lleva a cabo la atención de las incidencias antes mencionadas.

#### 4.2. El traslado interesado de la actividad productiva a otros centros de trabajo

La jurisprudencia también ha vetado que la empresa que soporte una huelga lícita en uno o algunos de sus centros de trabajo, recurra a alguno de sus otros

---

<sup>27</sup> Rec. 36/2019.

centros durante el desarrollo del conflicto para dar salida a los encargos comprometidos con los clientes, incluso aunque no se encuentren en huelga<sup>28</sup>. Generalmente, se tratará de traslados de la actividad productiva a otros espacios físicos que, o bien pertenecen a la propia empresa que soporta la huelga, o a otras empresas integrantes de su mismo grupo mercantil. Este supuesto constituye un prototipo del concepto señalado anteriormente como «esquirolaje organizativo».

En este sentido, destacó en su momento la STSJ de Navarra n.º 184/1995, de 28 de abril<sup>29</sup>, que marcó el criterio que estaba llamado a reiterarse con posterioridad:

La empresa ordenó la desviación de pedidos de clientes a otros centros de la multinacional a que aquella pertenece, en concreto a «La Corneuve-París», y la desviación de productos de importación que habitualmente llegan a Pamplona a otras naves de Barcelona.

.../...

(...) aunque a primera vista pueda parecer que las decisiones empresariales relacionadas a la gestión económico-productiva de la empresa no se vinculan con la administración de la fuerza de trabajo, lo cierto es que, en la medida en que en muchos casos son capaces de afectar el ingreso y la posición del conjunto de los trabajadores de la empresa, son también utilizables, al lado de las motivaciones técnico-productivas aducidas, como una forma de presión o reacción antisindical. Dentro de estas prácticas es posible situar entre otras, las que adoptó la empresa recurrente en el supuesto de autos (desviación de pedidos de clientes y de productos de importación a otras zonas), ya que dicho comportamiento constituye una modalidad de utilización en clave antisindical de los poderes empresariales imponiendo, a través de aquél, obstáculos al libre ejercicio del derecho de huelga, vaciando el mismo de contenido, con lo que la huelga no obtuvo la finalidad pretendida por los trabajadores convocantes.

Por ello debe conceptuarse la medida empresarial controvertida como una respuesta a la acción sindical desarrollada, así incurso en la calificación de conducta antisindical mediante la afección del derecho de huelga prevalentemente protegido en el ámbito constitucional».

Este criterio jurisprudencial ha permanecido invariable hasta hoy. De tal manera que en resoluciones posteriores, entre las que se ha de resaltar la STS de 20 de abril de 2015<sup>30</sup>, puede observarse que esta interpretación de la normativa se continúa aplicando de forma tajante.

Esta última sentencia, entró a conocer lo ocurrido en la huelga desarrollada durante el periodo de negociación de un despido colectivo en el seno del grupo mercantil Coca-Cola Iberian Partners (en adelante, CCIP). En esencia, la con-

<sup>28</sup> Entre las más recientes, se resalta la STSJ de Cataluña de 24 de abril de 2015 (Rec. 879/2015) y la STS de 3 de mayo de 2017 (Rec. 343/2015).

<sup>29</sup> Rec. 557/1994.

<sup>30</sup> Rec. 354/2014, asunto Grupo Coca-Cola.

troveria jurídica surgió tras iniciarse un paro en la planta embotelladora de Fuenlabrada (uno de los distintos centros con que CCIP cuenta en territorio nacional). Para compensar la falta de producción del referido centro y evitar su parálisis completa, CCIP decidió poner en marcha una nueva operativa basada en redirigir a su planta ubicada en Fuenlabrada productos elaborados en las plantas embotelladoras de A Coruña, Sevilla y Burgos, las cuales pertenecían a otras empresas del grupo. Acto seguido, CCIP llevó a cabo desde allí la distribución de esos productos a toda la Comunidad de Madrid.

No obstante, el comportamiento de la empresa era totalmente anómalo porque, hasta ese momento, la producción, distribución y ventas finales de CCIP siempre habían sido estructuradas rígidamente por medio de áreas territoriales que debían ser surtidas por un único centro previamente señalado. En el caso de Madrid, la planta de Fuenlabrada era la única que había tenido asignada la fabricación y distribución de productos al cliente final. De tal forma que, la huelga que se estaba produciendo, permitía prever un agotamiento de las existencias en territorio madrileño en un plazo breve.

Con su manera de proceder, la empresa logró eludir los efectos de una huelga mayoritaria que las personas trabajadoras del centro fuenlabreño habían puesto en marcha, lo que supuso privar de fuerza negociadora a los representantes de las personas trabajadoras durante el transcurso del referido periodo de reuniones con la empresa. A la vista de ello, el TS señaló que la conducta señalada suponía un ejercicio antisindical que vulneraba el derecho de huelga de ese colectivo de personas trabajadoras.

#### 4.3. La «especial vinculación» más allá de los grupos mercantiles

Como se ha indicado *ut supra*, la controversia abordada en las páginas anteriores sobre si el deber de respetar el derecho de huelga es extensible más allá de los límites estrictos del contrato de trabajo, ha sido resuelto afirmativamente atendiendo a «la especial vinculación» entre los huelguistas y la empresa cabeza de grupo o principal. De hecho, como señala Sanguinetti (2019: 14), este concepto está vinculado estrechamente «con la dinámica de los grupos de empresas y las redes empresariales de carácter jerárquico y hegemónico».

Pues bien, llegados a este punto podría surgir el interrogante de si es imprescindible que dos empresas estén unidas orgánicamente a un mismo grupo mercantil, como requisito para apreciar una «especial vinculación» entre ellas. A tenor del contenido de algunas resoluciones del TS, inicialmente, habría parecido que sí.

En este sentido, nos remitimos a la STS n.º 41/2017, de 23 enero<sup>31</sup>, que aborda el alcance subjetivo del deber de negociar durante la huelga establecido,

---

<sup>31</sup> Rec. 60/2016, asunto Telefónica.

según lo requerido en el art. 8.2 RDL 17/1977. Concretamente, sucede que los convocantes de la huelga, pertenecientes a una subcontrata de la mercantil Telefónica, incluyen en el preaviso del paro también a la empresa principal. Ello es debido a que el conflicto venía desencadenado por una controversia en las condiciones de renovación de los contratos vinculados a la subcontratación, lo cual lleva a los representantes de los huelguistas a interesar una negociación en la que intervenga la empresa principal. Sin embargo, esta se niega a ello, dando pie a la duda de si esta negativa es antijurídica por lesionar el derecho de huelga y el derecho a la libertad sindical.

Finalmente, el TS desestima esta pretensión bajo la premisa de que el derecho aplicable al ejercicio de una huelga lícita «parte de la necesaria existencia de trabajadores que ejercitan ese derecho subjetivo aunque de manera colectiva frente a un empresario, tal y como se desprende con claridad de los artículos 3, 5, 7 y 8 del RDL 17/1977». En vista de ello, el Alto Tribunal descarta que Telefónica tuviese esa condición de «sujeto del derecho correlativo de los trabajadores a llevar a cabo la huelga» en el caso analizado y, por tanto, «tampoco tenía capacidad ni por ello obligación de concurrir a la negociación con el comité de huelga para buscar soluciones al conflicto y poner término a la huelga». Y continúa su fundamentación considerando que, ante la falta de vinculación directa entre la subcontrata y la empresa principal, «no cabe que se le exija que adopte una posición que resultaría ilegítima en la estructura del desarrollo del derecho de huelga».

Por su parte, la STS n.º 624/2017, de 13 julio<sup>32</sup> aplica un planteamiento que conlleva el reconocimiento de la facultad a la empresa principal para intervenir en el supuesto de una huelga en alguna de sus empresas contratistas, incluso en detrimento de la medida de presión ejercida por los huelguistas. Para considerar lícita la conducta de la empresa principal, en este caso, Vodafone, que redistribuye entre otras de sus subcontratas los servicios dejados de realizar por los trabajadores huelguistas de Indra, se basa en que el sistema técnico ya venía «operando con carácter previo a la huelga de la contratista» y, además, en la circunstancia de que este «estaba creado por la empresa principal».

Por tanto, ninguna remisión a la «especial vinculación» se hace en estos casos, donde los proveedores de servicios eran completamente ajenos al grupo societario de las distintas empresas clientes. Sin embargo, la STSJ de Cataluña n.º 1634/2018, de 12 de marzo<sup>33</sup>, se desmarca de la doctrina jurisprudencial expuesta en los párrafos precedentes. Esta resolución establece que la «especial vinculación» puede apreciarse también en el caso de que empresa principal y subcontrata no integren formalmente un mismo grupo empresarial. De hecho,

---

<sup>32</sup> Rec. 25/2017, asunto Indra.

<sup>33</sup> Rec. 99/2018.



el supuesto concreto trata de una huelga convocada por las personas trabajadoras de las empresas contratistas de la totalidad del servicio de mantenimiento de averías de Telefónica, quien procedió entonces a asumir de forma directa este servicio, dándose la particularidad de que «la recurrente (Telefónica) no es la empresa en la que se convocó la huelga ni la empleadora de los trabajadores en huelga, ni forma parte de un grupo empresarial con las empresas».

En esencia, el TSJ de Cataluña entendió que existía una conducta atentatoria contra el derecho de los huelguistas a pesar del matiz señalado, incidiéndose en lo siguiente:

(...) los actos vulneradores del derecho de huelga pueden ser realizados por terceros empresarios distintos del titular de la empresa o centro de trabajo en cuyo ámbito se produce la huelga, si tales empresarios tienen una especial vinculación con aquel, como sucede en nuestro caso, en el que los trabajadores de las empresas subcontratadas, prestan servicios para Telefónica España, S.A.U. y tal vulneración se produce mediante los actos del empresario principal que sustituye a los trabajadores huelguistas pertenecientes a las empresas colaboradoras contratadas por Telefónica, en cuanto a parte de sus tareas o funciones, con la asunción de las mismas por parte de personal adscrito de modo directo a aquella, no tratándose de servicios mínimos (...).

.../...

(...) No cabe alegar por la recurrente la inexistencia de relación laboral con los trabajadores huelguistas para apelar a la falta de responsabilidad en el ejercicio de su derecho de huelga pues, dado que el ejercicio del citado derecho, se ha de proyectar de manera principal sobre la actividad de la empresa principal, cualquier actuación que pudiera desarrollar para neutralizar el ejercicio del derecho de huelga, vulneraría este derecho, como acontece en el caso de autos.

Más recientemente, cabe destacar que, en la Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 1 de Toledo n.º 515/2021, de 4 de octubre<sup>34</sup>, nuevamente se ha puesto de relieve la incidencia de la «especial vinculación» entre empresa principal y empresa contratista no pertenecientes al mismo grupo mercantil. Todo ello cuando, al darse una huelga en el seno de la segunda, la primera actuó para minorar los efectos de la protesta.

Concretamente, en fecha de 5 noviembre de 2018, las personas trabajadoras de la empresa ISS Facility Services ubicadas en la subcontrata que esta mantenía con Airbus en la localidad de Illescas (Toledo), iniciaron un paro que registró un seguimiento unánime. Acto seguido, la empresa principal suspendió el arrendamiento de servicios que mantenía con la referida contratista y contrató los trabajos dejados de realizar a raíz de la huelga con otras mercantiles: Duralcor, De la Fuente International Movers y Aeronáutica Gestión.

---

<sup>34</sup> Proc. 69/2021.

En vista de todo ello, la juzgadora señala con rotundidad que la no pertenencia al mismo grupo mercantil no es óbice para que pueda determinarse una «especial vinculación» entre empresa principal y contratista. Literalmente, lo señala así en su FJ 5.º:

(...) tanto la empresa principal aquí demandante, como la subcontrata ISS Facility a la que pertenecían los trabajadores en huelga como los otras tres subcontratas cuyos trabajadores fueron utilizados para realizar los servicios que se habían dejado de prestar por los huelguistas, aunque no conforman un grupo de empresas, actúan coordinadamente bajo la dirección de una empresa principal, Airbus Operations, S.L. en unos términos que demuestran una vinculación especial, como lo demuestran las comunicaciones que la principal dirige a las subcontratas en las fechas coetáneas con el ejercicio del derecho a la huelga, imponiendo por un lado la suspensión de la contrata cuyos trabajadores estaban en huelga y a las demás unos trabajos o pedidos extraordinarios fueran del ámbito de sus contratas.

Tanto en este caso como en el inmediatamente anterior, asistimos a contratas de servicios donde la empresa principal ejerce un rol claramente dominante y decisivo sobre la actividad que ha de desempeñar la contratista. No en vano, la actividad realizada por esta forma parte indisoluble del ciclo productivo que desarrolla la empresa principal, hasta el punto de que el conjunto de tareas afectadas por la huelga son imprescindibles para que ese ciclo continúe en funcionamiento. Y esta dinámica de producción coordinada que mantienen es lo que fundamenta la «especial vinculación» entre las empresas, al margen de darse o no su integración en un grupo empresarial.

Por todo ello, puede concluirse que «si la empresa principal articula mecanismos para privar a la huelga de su plena efectividad como medio de presión colectiva, vulnera el derecho fundamental a la huelga (Grau, 2022: 228)». Y esta vulneración tiene lugar porque, aunque estas empresas principales no son las empleadoras de las personas trabajadoras que ejercen este derecho fundamental, igualmente intervienen para restaurar unas dinámicas de funcionamiento del ciclo productivo que, previamente, habían quedado afectadas por el ejercicio legítimo de la huelga.

Aunque, como recuerda Sanguineti (2019: 15), en estos casos de ausencia de nexo corporativo entre las empresas afectadas directa e indirectamente por la huelga, se hace necesario identificar algunos indicios que pongan de manifiesto que la empresa subcontratista está supeditada en su devenir productivo al poder de decisión de la mercantil principal. Algunos de estos indicios serían los siguientes:

- a) una vinculación económica y productiva estable o regular entre las empresas
- b) la integración de la actividad de la contratista como una parte, fase o etapa del ciclo productivo de la principal

- c) importancia crucial para la empresa principal de la actividad subcontratada
- d) que la huelga afecte de manera significativa a la actividad de la empresa principal.

## 5. Conclusiones sobre huelga y externalización productiva

La prohibición legal de esquirolaje externo inicialmente recogida en el art. 6.5 RDL 17/1977, se correspondía con la realidad de las empresas de la época en la que se promulgó. Sin embargo, a día de hoy, ha quedado claramente obsoleta ante un escenario tan frecuente en la actualidad como es el de las empresas-red y una acentuada externalización productiva.

Y es que nos encontramos con modelos de organización empresarial basados en conexiones funcionales entre varias mercantiles. En estos casos, más allá de que constituyan o no grupos de empresas, suele concurrir una cotitularidad en el rol de empleador que tampoco pasa desapercibido cuando se produce una huelga. Como señala Goerlich (2018: 19-25), tiene lugar:

(...) un proceso productivo integrado o único, dentro del cual la empresa principal, la empresa dominante o las demás integrantes del grupo, aun sin sustituir al empresario afectado por la huelga en sus decisiones, están en condiciones de ejercer una influencia decisiva sobre él, de forma que puede entenderse que la huelga se realiza también para ejercer presión sobre ellas.

En los casos de producirse ceses de actividad en las empresas consideradas principales, es meridianamente claro el criterio para la aplicación del art. 6.5 RDL 17/1977. Además, tanto el TS como el TC, se han posicionado en el sentido de señalar que, la sustitución de la labor de los huelguistas por la realizada desde otra empresa con la que existe lo que se ha denominado «especial vinculación», constituye una acción atentatoria del derecho huelga. Pero como ya se ha señalado ante casos de huelgas en las subcontratas, también se han dado pronunciamientos del TS que, dado lo señalado actualmente en la normativa, abogan por que «no es posible aceptar que la empresa principal quede constreñida a la inactividad mientras se produce la huelga en sus empresas proveedoras de bienes o de servicios». No obstante, ha podido constatarse en páginas anteriores que no es ni mucho menos doctrina pacífica, puesto que los tribunales no respaldan este criterio de forma mayoritaria ni incondicional. Sin ir más lejos, el TC interpreta el derecho a la libertad de empresa de manera más restrictiva en situaciones de huelga como estas.

La conclusión que subyace de todo ello es que, la evolución del nuevo modelo de empresa-red obliga a revisar el alcance de la prohibición del esquirolaje

externo, adecuando su proyección a estructuras mercantiles complejas en las cuales existan titularidades empresariales compartidas. Y más concretamente, los conflictos laborales influidos por el devenir de las llamadas redes empresariales, requieren una configuración renovada de la tutela del derecho de huelga, de tal manera que se produzca su actualización y posibiliten una cierta seguridad jurídica para abordar las soluciones existentes ante los diversos escenarios posibles.

En este sentido, cabe recordar que, como señala Grau (2022: 215-216), la consolidación de la fragmentación de los procesos productivos en la actualidad, hace necesario dejar atrás la «visión contractualista bilateral» de las relaciones laborales y, en consecuencia, abrir la puerta a un «modelo contractualista triangular» que, *de facto* ya está vigente al margen de la normativa aplicable.

Todo ello, exige positivizar de forma clara y contundente en el ordenamiento jurídico la prohibición de cualquier práctica tendente a desactivar la presión huelguística en el nuevo escenario productivo posfordista. De tal forma que el avance de la descentralización productiva y la convergencia tecnológica no actúe en detrimento de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras.

## 6. Bibliografía

- CASAS BAAMONDE, María Emilia (2010) «25 años de jurisprudencia constitucional social: huelga en servicios esenciales y responsabilidad política», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 2, 681-710.
- DOMÍNGUEZ MORALES, Ana (2019) «Representación colectiva y negociación de derechos de trabajadores en plataformas», *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 29, 63-85. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487899e.2019.29.13900>
- GOERLICH PESET, José María (2018) «El ejercicio de la huelga en el contexto de la descentralización productiva», *XXVIII Congreso AEDTSS, Santiago de Compostela, España*.
- GRAU PINEDA, Carmen (2018) «A nuevos tiempos, nuevas amenazas sobre el derecho de huelga: del absoluto desbordamiento de la prohibición del esquirolaje y del nuevo esquirolaje comercial o mercantil», *Estudios latinoamericanos de relaciones laborales y protección social*, 5, 103-119.
- GRAU PINEDA, Carmen (2022) «Sobre el impacto de la huelga en las contrataciones o del por qué la regulación española del derecho de huelga no responde a las necesidades de las relaciones laborales en el siglo XXI», *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, 4, 208-230.
- LÓPEZ-TAMÉS IGLESIAS, Rubén (2014), «Significativos cercanos pronunciamientos sobre la huelga», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 164, 115-141.
- MARTÍNEZ ABASCAL, Vicente Antonio (2010) «Reflexiones en torno a la regulación del ámbito subjetivo del derecho fundamental de huelga», *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 1, 421-460.
- RUIZ SAURA, José Enrique (2021) «El esquirolaje en la empresa del siglo XXI. Repaso jurisprudencial al caso español», *DELOS: Desarrollo Local Sostenible*, 1/2021, 35-51.

- SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo (2019) «El derecho de huelga en los grupos y redes empresariales: la construcción de la doctrina del Tribunal Supremo», *Trabajo y Derecho*, 49, 11-15.
- VICENTE PALACIO, María Aránzazu (2019) «Esquirolaje en supuestos de externalización de empresas pertenecientes al mismo grupo empresarial. STS, Sala Social, de 3 de octubre de 2018 (RCUD 1147/2017)», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2, 1-10.

# RESEÑA DE MARÍA BELÉN FERNÁNDEZ COLLADOS (DIR.). *RELACIONES LABORALES E INDUSTRIA DIGITAL: REDES SOCIALES, PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES, DESCONEXIÓN Y TRABAJO A DISTANCIA EN EUROPA*

JOSÉ ANTONIO GONZÁLEZ MARTÍNEZ\*

Universidad de Valladolid, España

Esta investigación cuenta con un enfoque interdisciplinar, en donde primamuy especialmente el ámbito jurídico-laboral. Desde mi punto de vista, esta obra está magistralmente dirigida por la profesora María Belén Fernández Collados, quien actualmente ostenta el cargo de directora de la Cátedra de Relaciones Laborales, Diálogo Social y Bienestar Laboral de la Universidad de Murcia. Se trata de una monografía ejemplar que cubre el encomiable objetivo de mejorar la divulgación de las relaciones laborales desde el prisma de la digitalización industrial y la implantación garantista del trabajo a distancia y, en donde se exponen sus resultados, a lo largo de once capítulos, abordándose cinco aspectos claves.

Sobre los efectos que se derivan del uso de las TIC's en el rendimiento empresarial de las PYMES y de los algoritmos en las relaciones laborales versan los dos primeros capítulos.

Bajo el título «Desenredando el efecto de la adopción de las Tecnologías de la Información y la Comunicación en el rendimiento empresarial de las PYMES» en el primer capítulo, los profesores de Economía Financiera y Contabilidad de la Universidad de Murcia, José Manuel Santos Jaén y Mercedes Pa-

\* **Correspondencia a:** José Antonio González Martínez. Universidad de Valladolid. Campus La Yutera. Av. Madrid, 50 (34004 Palencia-España). — [Jantonio.gonzalez@uva.es](mailto:Jantonio.gonzalez@uva.es) — <https://orcid.org/0000-0002-8286-6195>

**Cómo citar:** González Martínez, José Antonio. (2022). «Reseña de María Belén Fernández Collados (dir.). *Relaciones laborales e industria digital: redes sociales, prevención de riesgos laborales, desconexión y trabajo a distancia en Europa*»; Lan Harremanak, 47, 222-226. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.23619>).

Recibido: 06 mayo, 2022; aceptado: 11 mayo, 2022.

ISSN 1575-7048 — eISSN 2444-5819 / © 2022 UPV/EHU



Esta obra está bajo una licencia  
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

lacios Manzano, junto al profesor de Finanzas y Contabilidad de la Universidad de Málaga, Daniel Ruiz Palomo, utilizando una muestra de 2.825 PYMES españolas, analizan el efecto de la adopción de las TIC's y el rendimiento, a la vez que examinan el efecto mediador de la Responsabilidad Social Corporativa y la innovación en esta relación. Afirman con rotundidad que las empresas más proactivas en las prácticas de RSC tienen un gran impacto en sus actividades de innovación, logrando interesantes ventajas competitivas (con la RSC como estrategia de diferenciación, el impacto de la adopción de las TIC en los resultados de las empresas es mucho mayor).

Y en el capítulo segundo, el Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Politécnica de Cartagena, Djamil Tony Kahale Carrillo, en su discurso sobre los algoritmos en las relaciones laborales (las plataformas digitales emplean algoritmos para la asignación de tareas o la adecuación de clientes y trabajadores) llama la atención sobre la discriminación algorítmica y propone una serie de recomendaciones para contrarrestar los problemas tanto éticos, como relacionados con la protección de datos, la desigualdad en la información con respecto a la salud y seguridad en el trabajo, y la presión sobre el rendimiento de los trabajadores. Tras el reconocimiento por vez primera en nuestro ordenamiento jurídico-laboral español, con la letra d) del art. 64.4 ET, de la figura de los algoritmos como gestores de la prestación laboral, expresa con gran rigor la necesidad de que: los responsables del tratamiento indiquen los procedimientos y medidas adecuados para evitar errores, imprecisiones o discriminaciones; impulsar la igualdad de género y la diversidad entre las personas encargadas de programar y auditar algoritmos; que todas las decisiones algorítmicas que tengan impacto sobre los trabajadores se auditen; y que la proliferación de despidos realizados por algoritmos demuestra la necesidad de acelerar una ley europea sobre Inteligencia Artificial que acote, regule y disuada de estas prácticas a pesar de que se trate de prácticas vetadas por el Reglamento General de Protección de Datos.

Los capítulos tres y cuatro inciden sobre la utilización de las redes sociales por el empleador en el ejercicio de su potestad empresarial.

Así, en el capítulo tres, Alejandra Selma Penalva, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia, examina las redes sociales como forma de selección de personal, cuestionándose su legalidad al señalar que un problema habitual sigue siendo el relacionado con los límites a la utilización de métodos de preselección de los candidatos a un empleo basados en los perfiles de personalidad elaborados a partir del rastreo digital de los retazos de información que, a lo largo de los años, una persona ha ido dejando en Internet (*recruiting 2.0*); y a diferencia de lo que ocurre en otros países europeos, España carece de normativa alguna que limite este tipo de prácticas empresariales y, por lo tanto, jurídicamente, nada impide a las empresas (ni a ningún su-

jeto) realizar indagaciones tendentes a obtener información sobre los posibles candidatos a ocupar un puesto, siendo la única limitación que impone nuestro ordenamiento jurídico la de no incurrir en prácticas discriminatorias ni contrarias a la dignidad del trabajador (ni por supuesto, incumplir el deber de subrogación de plantilla en los fenómenos de sucesión de empresa): el empresario dispone de una libertad cuasi-plena para seleccionar a la persona que estime más adecuada para desempeñar las tareas de cada concreto puesto de trabajo dentro de la organización productiva. Una sociedad hiperconectada implica el no poder apreciar vulneración alguna de los derechos fundamentales por el mero hecho de hacerlo.

La profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia, María Elisa Cuadros Garrido, en el capítulo cuarto, estudia las redes sociales como herramienta de control de la prestación laboral, y parte de la idea de que las plataformas sociales se han convertido en un fenómeno casi omnipresente, que proporcionan un nuevo escenario donde la inmediatez, la transparencia y el concepto de comunicación aportan nuevas oportunidades para las habituales formas de comunicación (el perfil bibliográfico personalizado dentro de la comunidad virtual, provoca que cada usuario y el modo en que se interactúa, se conviertan en una «huella digital», un escaparate del propio ser). Respecto a entender o no lesionado el derecho a la intimidad, señala que la clave no reside en la cuestión de tener la cuenta restringida o con un acceso público, sino en el hecho de que quien interactuase sea o no consciente de que está haciendo público un comentario, con independencia de que haya mantenido una cierta privacidad en su cuenta.

Al impacto sobre la prevención de los riesgos en la salud laboral como consecuencia del trabajo a distancia se dedican los capítulos quinto y sexto, uno desde el área de la Psiquiatría y la Psicología Social y otro desde el punto de vista del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

En el capítulo quinto, la doctora en Ciencias del Trabajo y profesora Asociada de Psiquiatría y Psicología Social de la Universidad de Murcia, M.<sup>a</sup> Dolores Villaplana García, con el título «Riesgos psicosociales emergentes y teletrabajo» trata los factores psicosociales de riesgo específicos del trabajo a distancia y los riesgos psicosociales emergentes del teletrabajo, subrayando la importancia de conocer los diferentes tipos de trabajo remoto, concretar la definición y las características de cada uno de ellos, así como, la de las ocupaciones teletrabajables y las de las personas que desempeñan estos trabajos, para poder diseñar estrategias de prevención de riesgos laborales adaptadas a las nuevas exigencias.

Y en el capítulo sexto, el Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia, Francisco A. González Díaz, nos acerca a las buenas prácticas en el teletrabajo en materia de seguridad y salud laboral, afirmando con precisión que, aunque el trabajo a distancia puede ofrecer venta-



jas indudables, también puede volverse en contra de la salud de los trabajadores si son constantemente forzados a gestionar de manera simultánea las demandas del trabajo y la familia. Y coincido plenamente con él cuando afirma que la evaluación de los riesgos y su planificación debe tener una especial mirada a las personas trabajadoras con discapacidad para un ejercicio de la actividad laboral sin peligro de ningún tipo; evaluando y planificando los riesgos ergonómicos, psicosociales y antropométricos.

A medio camino entre el tiempo de trabajo, el trabajo a distancia y la prevención de riesgos laborales se encuentra el derecho a la desconexión digital. En el capítulo séptimo, Francisco Trujillo Pons, profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universitat de València, reflexiona sobre el tratamiento del derecho a la desconexión digital en el trabajo en otros países.

Y en el capítulo octavo, la profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valladolid, Noemí Serrano Argüello, bajo el título «La desconexión digital y su incidencia en la ordenación del tiempo de trabajo. A propósito de la propuesta de regulación independiente por el derecho de la Unión Europea», hace una reflexión sobre la fijación de los horarios de trabajo ante esta sociedad digitalizada. Señala acertadamente que desde hace unas décadas, primero, los convenios colectivos y, más tarde, la regulación legal, introducen la distribución irregular de la jornada (para determinados sectores industriales, en especial en la automoción que luego se extienden a los servicios), distinguiendo los periodos de preparación, de llamada o de espera; y que la ordenación del tiempo de trabajo en referencia a la remuneración del trabajo prestado también ha exigido que se declaren como tiempos equivalentes a tiempo de trabajo los diferentes descansos aun no habiendo prestación de servicios; que ante el nacimiento de esta cultura de siempre conectados y siempre en línea; y que la digitalización perturba perturbado el concepto de tiempo de trabajo floreciendo el hiperbólicamente llamado «trabajo sin fin» frente al reclamo de la desconexión digital. Afirma con rotundidad que mientras el trabajo digital no articule unos correctos controles de la jornada no será posible desarrollar el derecho de desconexión digital, y que la digitalización comporta, guste o no, difuminar los horarios laborales siendo mucho más importante la jornada trabajada en cómputo global de horas que el momento concreto en el que se presta.

Se cierra la obra con tres capítulos sobre el trabajo a distancia, uno dedicado al papel de la negociación colectiva en la implementación del trabajo a distancia y otros dos de Derecho Comparado.

En el capítulo noveno, la directora de la Cátedra y profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia, M.<sup>a</sup> Belén Fernández Collados, afirma muy acertadamente que teletrabajo y negociación están estrechamente unidos (frente a la parca regulación jurídica del trabajo

a distancia, la negociación colectiva se convierte en una herramienta esencial para su implementación), y que si bien no existe un reglamento o una directiva europea sobre teletrabajo, sí existe un Acuerdo Marco Europeo para el Teletrabajo de 2002. Si bien la práctica negocial sobre teletrabajo no es muy fructífera antes de marzo de 2020, el XIV Convenio Colectivo General de la Industria Química de 2004, constituye un modelo a seguir. Matiza que tras la declaración del estado de alarma en 2020 se pone de manifiesto que técnica y humanamente es posible el desarrollo de gran parte las actividades que fueron calificadas como no esenciales a través del teletrabajo, e hizo pensar —quizás erróneamente— que el teletrabajo formaría parte de lo que se denominó como «nueva normalidad», pero que con la aprobación de una normativa específica del trabajo a distancia no implica que el legislador decida descargar todo el peso de la regulación del trabajo a distancia en la heteronomía estatal, frente a la autonomía de las partes.

En el capítulo décimo, Martina Vincieri, profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Bolonia nos presenta una magnífica radiografía de la regulación del trabajo a distancia en Italia, en el que se distingue entre el trabajo a distancia (realizando la prestación fuera de las instalaciones de la empresa, y a través de sus diferentes formas: (a domicilio, teletrabajo o en remoto), y el trabajo ágil. Ambos modos de prestación de trabajo se caracterizan por el carácter voluntario y la igualdad de condiciones garantizadas al trabajador a distancia con respecto al trabajador comparable que ejerce su actividad exclusivamente dentro de la empresa; ahora bien, el teletrabajo se caracteriza por la continuidad y regularidad del desempeño del trabajo realizado fuera de las instalaciones de la empresa, a diferencia del trabajo ágil que presenta mayores elementos de flexibilidad, dado que el desempeño del trabajo se realiza en parte dentro y en parte fuera de la empresa, sin una ubicación fija; además, al trabajador ágil se le da mayor autonomía en la gestión del lugar y tiempo de trabajo.

Y finalmente, Carlota M.<sup>a</sup> Ruíz González, profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Extremadura muestra con gran rigurosidad la configuración del teletrabajo en el derecho portugués, señalando que su implantación conlleva interesantes ventajas tanto para la empresa, como para los trabajadores, pues no solo permite modernizar la organización del trabajo, sino también facilitar la conciliación de la vida personal, laboral y familiar, obteniendo una mayor autonomía en el desempeño de las tareas laborales. No obstante, no existen dudas sobre sus inconvenientes, el principal, difumina los contornos entre la vida personal y la profesional, con los riesgos que ello implica, como la prolongación de jornadas, adicción al trabajo, aislamiento, etcétera.

## RESEÑA DE ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO (DIR.) Y YOLANDA CANO GALÁN (COORD.): *LA OBRA JURÍDICA DE AURELIO DESDENTADO.* BOE (MADRID), 2021, 1097 PÁGS.

FRANCISCO XABIERE GÓMEZ GARCÍA\*

Universidad de León, España

El 19 de marzo de 2021 fallecía, víctima de rápida enfermedad asociada a la pandemia de COVID-19, el que fuera Magistrado del Tribunal Supremo (en la Sala IV de lo Social) desde el año 1986 hasta el 2014, D. Aurelio Desdentado Bonete. No fue esta actividad judicial la única labor profesional donde mostró su pericia, extendida también al ámbito del funcionariado en la Administración Pública, a la carrera docente e investigadora universitaria y al ejercicio de la abogacía.

El vacío que su deceso ha dejado en las personas con las que compartió alguno de esos campos y, sobre todo, la enriquecedora huella que imprimió en el iuslaboralismo español, han dado como fruto la obra de más de mil páginas objeto de esta reseña, brillantemente dirigida por Antonio V. Sempere Navarro y coordinada por Yolanda Cano Galán, quienes no siendo los protagonistas de la misma, sí merecen gran crédito por la dificultad que entraña gestar un libro de esta magnitud en cuanto a número de contribuciones y disparidad de ámbitos de procedencia en la autoría de las mismas.

El libro se divide en cuatro partes principales que culminan en un epílogo. Corresponde la primera de ellas a una introducción que incluye el extenso currículum del homenajeado, una semblanza del maestro Luis Enrique de la Villa, los testimonios profesionales de Jesús Gullón y Gonzalo Moliner, quienes fueron compañeros del señor Desdentado en el Tribunal Supremo y, finalmente,

\* **Correspondencia a:** Francisco Xabiere Gómez García. Facultad de Derecho, Campus de Vegazana, s/n (24071 León-España). — fgomg@unileon.es — <https://orcid.org/0000-0003-0040-2758>

**Cómo citar:** Gómez García, Francisco Xabiere. (2022). «Reseña de Antonio V. Sempere Navarro (dir.) y Yolanda Cano Galán (coord.): *La obra jurídica de Aurelio Desdentado*. BOE (Madrid), 2021, 1097 págs.»; *Lan Harremanak*, 47, 227-230. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.23623>).

Recibido: 09 mayo, 2022; aceptado: 11 mayo, 2022.

ISSN 1575-7048 — eISSN 2444-5819 / © 2022 UPV/EHU



Esta obra está bajo una licencia  
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

un comentario a cargo de sus hijas, Eva y Elena, profesoras universitarias en las áreas de Derecho Administrativo y del Trabajo respectivamente, en relación al estudio interdisciplinar sobre la temporalidad en el empleo público que el homenajeadó escribió en colaboración con la primera de ellas, y en el cual se muestra una gran preocupación por el paulatino deterioro del modelo constitucional de función pública profesional, consecuencia de la creciente laboralización y la prolongación indebida de situaciones supuestamente temporales, para las cuales demandan una reforma legislativa de las normas laborales y administrativas de aplicación.

Sin duda, supone un verdadero acierto la reproducción de la semblanza que el profesor De la Villa publicara inicialmente en la Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, que él mismo dirige, por cuanto mantuvieron una larga relación personal iniciada a finales de los años 60 cuando el homenajeadó gana las oposiciones a Técnicos de Administración Civil del Estado, ligazón que sería especialmente estrecha en la siguiente década, tras su decisión de fundar el Bufete Laboral que fue ubicado en la madrileña calle de Fuencarral, como queda patente en las palabras del profesor De la Villa al considerar al Sr. Desdentado como un *hermano conviviente*. Partiendo de este conocimiento tan cercano, nos presenta al protagonista en sus dimensiones de funcionario, abogado, magistrado, investigador y publicista.

Los testimonios profesionales de los exmagistrados del Tribunal Supremo ya anticipan algunos aspectos de la personalidad de D. Aurelio que reaparecen más adelante entre los testimonios personales de la tercera parte del libro. Así, además del lógico impacto que ha causado su repentina muerte, emerge su profunda dedicación a las tareas que emprendía, su influjo en el buen desempeño laboral de sus compañeros y su cercanía en el trato personal.

No obstante, el libro aquí reseñado no es un simple testimonio de admiración, sino también un repaso útil y de máximo nivel a la más significativa jurisprudencia española, de ahí que su segunda parte («primera parte» según la denominación otorgada en la edición) atienda a más de una centena de comentarios jurisprudenciales sobre autos, sentencias o votos particulares que el señor Desdentado emitió durante su carrera judicial en el Alto Tribunal. Encontramos aquí profesores universitarios de todas las categorías, desde los catedráticos más veteranos (incluso eméritos) hasta el más flamante personal investigador en formación; asimismo, varios magistrados del Tribunal Supremo, de los Tribunales Superiores de Justicia o de la Audiencia Nacional; además de numerosos laboristas, sean abogados, graduados sociales o miembros de editoriales, algunos de los cuales compatibilizan estas labores profesionales con la docencia universitaria como profesores asociados o de universidad privada.

Es de agradecer que la estructura seguida en cada aportación esté bastante normalizada, así como su extensión. De este modo, cada artículo comienza con

la identificación de la resolución comentada y sus principales datos de referencia, seguida de una introducción donde, en no pocas ocasiones, los autores deslizan menciones y recuerdos más personales. A continuación, el comentario propiamente dicho, donde se exponen los hechos principales y la relevancia del caso, la jurisprudencia o doctrina sentada, su aplicación al asunto concreto y la evolución posterior. Todo ello rematado con un breve apunte final que viene a erigirse, desde un punto de vista técnico, en varios de los momentos culmen de la obra.

La tercera parte («segunda» en la edición) son 36 reseñas de los estudios doctrinales de D. Aurelio, nuevamente con un esquema común. Así, se comienza con la identificación de la publicación comentada, seguida de una introducción donde se acerca al lector al asunto de fondo tratado, para inmediatamente entrar en el auténtico comentario, donde se desgana el contexto que rodeaba a la investigación, su contenido básico y las aportaciones relevantes a la doctrina española, concluyendo con un apunte final que incluye las enseñanzas finales y las interpretaciones del estudio.

Constituyen estas dos partes el cuerpo principal del libro, donde se nos acercan temas tan dispares como las extinciones contractuales y el despido, los conflictos colectivos, las incapacidades temporales, la sucesión de empresa, la negociación colectiva, el Sistema de la Seguridad Social, el Estado del Bienestar..., además de numerosas cuestiones procesales.

La cuarta parte recoge una veintena de testimonios en primera persona sobre el homenajeado. El libro aquí se vuelve más íntimo, cobrando un interés especial para quienes no compartimos con el Sr. Desdentado el mismo marco temporal, profesionalmente hablando. El retrato personal que se nos pinta rebosa en generosidad, cercanía y predisposición, en especial para con los más noveles. Son numerosas también las declaraciones donde se reconoce su gran peso intelectual, forjado en una amplia curiosidad científica, no solo por las cuestiones jurídicas, sino por el conjunto de ámbitos de las ciencias sociales y las humanidades, destacando, por ejemplo, la literatura y la filosofía, en lo que el catedrático González del Rey ha sintetizado agudamente en la expresión *la balanza y la lira*. Todo este poso de conocimientos le convertía en un gran conversador, a veces mostrando una considerable elocuencia. Buena parte de los autores también le recuerdan de pie y caminando mientras razonaba y explicaba, ya fuera en los despachos del Tribunal Supremo, ya en la Universidad. Pero, pese a este notorio influjo, existe consenso en que no se encontraba cómodo con el papel principal, en franca contraposición a su disposición para el trabajo colectivo. Finalmente, es imposible obviar las referencias que mencionan el *Manual de Seguridad Social* que firmó junto con el profesor De la Villa en 1977, en especial la del catedrático Manuel Palomeque, quien afirma que este inauguró «un punto de vista metodológico novedoso, por su propuesta sistemática y crítica, nunca antes utili-

zado en ningún sitio dentro de la manualística especializada», lo que supone un elogio extraordinario viniendo del ahora profesor emérito salmantino, auténtico experto en la confección de manuales sobre Derecho del Trabajo.

El libro concluye con un epílogo, a cargo de su director, que sintetiza todo lo bueno que se ha podido leer en las páginas que lo preceden, hasta el punto de significar un buen banderín de enganche para despertar la curiosidad lectora de aquellos que quieran aproximarse a una figura polifacética, la de D. Aurelio Desdentado Bonete, convertido ya, como atestigua esta magnífica obra, en un grande del Derecho.

## Argitaratutako aleak

1. zbk.: Lan-denbora.
2. zbk.: Lana XXI. mendean.
3. zbk.: Ekoizpen harremana eta ekoizpen artikulazioa.
- Berezia: Mintegia: Lan Zientzietako lizentziatura erantzea UPV/EHU-n.
4. zbk.: Enplegu beterantz? Lan-politikak Europan.
5. zbk.: Lan-harremanak garapen bidean. Aldaketak enpleguan eta gizarte-babesean.
- Berezia: Lan osasuna.
6. zbk.: Desindustrializazioa eta birsortze sozioekonomikoa.
7. zbk.: Laneko jazarpen psikologiko edo mobbing-ari buruzko gogoetak eta galderak.
- Berezia: UPV/EHU ko Lan Harremanen Unibertsitate Eskolak ematen duen Lan eta Gizarte Segurantzaren Zuzenbideari buruzko egungo eztabaiden Bigarren Jardunaldiak.
8. zbk.: Lan-merkatua eta inmigrazioa.
9. zbk.: Etika eta enpresa.
10. zbk.: Pentsioak.
11. zbk.: Lan merkatua eta ijitoen ingurunea.
12. zbk.: Globalizazioa eta Lan Merkatua.
13. zbk.: Emakumeak eta Lan Merkatua.
- Berezia: Beste Globalizazio baterako tokiko proposamenak. Globalizazio ekonomiko, Eskubi-de Sozial eta Lan Arauei buruzko seminarioa.
14. zbk.: Enpresen gizarte-erantzunkizuna.
15. zbk.: Dependentiaren inguruko eztabaida.
16. zbk.: Malgutasuna *versus* Egonkortasuna.
17. zbk.: Lan harremanetako eta giza baliabideetako ikasketak eta lan-praktikak.
18. zbk.: Lanbidea eta Familia Zaintza.
19. zbk.: Espainiko enpresa transnazionalak eta Korporazioen Erantzukizun Sozialak.
- 20-21. zbk.: Krisiaren eraginak arlo soziolaboralean.
22. zbk.: Gizarteratzea eta enplegu politikak.
23. zbk.: Emakume langileen Laneko Segurtasun eta Osasuna.
24. zbk.: Adina, erretiroa eta lan merkatuan irautea.
25. zbk.: Berdintasuna eta diskriminaziorik eza lan harremanetan, generoa dela medio.
26. zbk.: Lan eta gizarte eskubideak krisi garaietan.
27. zbk.: Negoziazio kolektiboa: lehiakortasuna eta soldatak.
28. zbk.: Antolakuntzak erronka globalaren aurrean.
29. zbk.: Gizarte inklusiboa lortzearen erronka. *Sarturen 25. urteurrena*.
30. zbk.: Udal Ekonomiko-Administratibo Auzitegien IX. Topaketa.
31. zbk.: Langile pobrezia.
32. zbk.: Lan-harremanen erronka gizarte ekonomia solidarioaren aurrean.
33. zbk.: Enpresa transnazionalen boterearekiko erresistentzia eta bestelako proposamenak.
34. zbk.: Lan denboraren murrizketa. Langabezia murrizteko proposamena.
35. zbk.: Negoziazio kolektiboa, langileen parte-hartzea eta enpresaren alderdi ekonomikoen eta kontabilitate alderdien sindikatu-kontrola.
36. zbk.: Administrazio Publikoetan laneko alderdi juridikoak.

- 37. zbk.: Berezia: Hezkuntza Berrikuntza Lan Harreman eta Giza Baliabideen Graduan.
- 38. zbk.: Berdintasun Lege Oorganikoa (X. urteurrena).
- 39. zbk.: Lanaren Nazioarteko Erakundearen (LANE) mendeurrena.
- 40. zbk.: Erretiro pentsioak eta gizarte babesa.
- 41. zbk.: Ekonomia kolaboratiboa.
- 42. zbk.: Digitalizazioa, uztartzea eta lana merkatalgai bezala.
- 43. zbk.: Enplegua eta gizarteratzearen arteko harremanak: eraldaketak eta etorkizuneko erronkak.
- 44. zbk.: Negoziazio kolektiboa eta lan osasuna eta segurtasuna.
- 45. zbk.: Langileen estatutua: aldaketa aukerak.
- 46. zbk.: XXI. mendeko Ongizate Estatua.
- 47. zbk.: Pandemiaren ikaskuntzak lan-harremanetarako.



## Números publicados

- N.º 1: El tiempo de trabajo.  
N.º 2: El trabajo en el siglo xxi.  
N.º 3: Relación productiva y articulación de la producción.  
Especial: Seminario sobre la implantación de la licenciatura en Ciencias del Trabajo en la UPV/EHU.  
N.º 4: ¿Hacia el pleno empleo? Políticas de empleo en Europa.  
N.º 5: Las relaciones laborales en evolución. Cambios en el empleo y la protección social.  
Especial: Salud laboral.  
N.º 6: Desindustrialización y regeneración socioeconómica.  
N.º 7: Reflexiones y preguntas sobre el acoso psicológico laboral o *mobbing*.  
Especial: Segundas Jornadas sobre cuestiones de actualidad del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Escuela Universitaria de Relaciones Laborales de la UPV/EHU.  
N.º 8: Mercado de trabajo e inmigración.  
N.º 9: Ética y empresa.  
N.º 10: Pensiones.  
N.º 11: Mercado de trabajo y mundo gitano.  
N.º 12: Globalización y mercado de trabajo.  
N.º 13: Mujeres y mercado de trabajo.  
Especial: Propuestas locales para otra Globalización. Seminario sobre Globalización Económica, Derechos Sociales y Normas Laborales.  
N.º 14: Responsabilidad social empresarial.  
N.º 15: El debate sobre la dependencia.  
N.º 16: El debate sobre la flexiseguridad.  
N.º 17: Los estudios y las prácticas profesionales en Relaciones Laborales y Recursos Humanos.  
N.º 18: Empleo y cuidados familiares.  
N.º 19: La empresas transnacionales españolas y la Responsabilidad Social Corporativa.  
N.º 20-21: Aspectos sociolaborales de la crisis.  
N.º 22: Inclusión social y políticas de empleo.  
N.º 23: La Seguridad y Salud Laboral de las mujeres trabajadoras.  
N.º 24: Edad, jubilación y permanencia en el mercado de trabajo.  
N.º 25: Igualdad y no discriminación por razón de género en las relaciones laborales.  
N.º 26: Derechos laborales y sociales en tiempos de crisis.  
N.º 27: Negociación colectiva: competitividad y salarios.  
N.º 28: Las organizaciones ante el reto global.  
N.º 29: El reto de una sociedad inclusiva. *25 aniversario de Sartre*.  
N.º 30: IX Encuentro de Tribunales Económico-Administrativos Municipales.  
N.º 31: Pobreza trabajadora.  
N.º 32: Las relaciones laborales ante el reto de una economía social y solidaria.  
N.º 33: Propuestas y resistencias al poder de las empresas transnacionales.  
N.º 34: La reducción del tiempo de trabajo. Una propuesta para reducir el desempleo.  
N.º 35: Negociación colectiva, participación de los trabajadores y trabajadoras y control sindical de los aspectos económicos y contables de la empresa.  
N.º 36: Aspectos jurídicos-laborales en el marco de las Administraciones Públicas.  
N.º 37: Especial: Innovación educativa en el Grado de Relaciones Laborales y Recursos Humanos.

- N.º 38: Ley Orgánica de Igualdad (X. aniversario).
- N.º 39: Centenario de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).
- N.º 40: Pensiones y protección social.
- N.º 41: Economía colaborativa.
- N.º 42: Trabajo digital y Relaciones Laborales.
- N.º 43: Las relaciones entre empleo e inclusión social: transformaciones y retos de futuro.
- N.º 44: Negociación colectiva y seguridad y salud en el trabajo.
- N.º 45: Estatuto de los Trabajadores: Perspectivas de cambio.
- N.º 46: Estado de Bienestar del siglo XXI.
- N.º 47: Aprendizajes de la pandemia para las relaciones laborales.

## Eraikuntza Hastapenak

*Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales* Euskal Herriko Unibertsitateko Lan Harremanetako Ueren ekimenez sortu zen eta gaur egun Lan Harreman eta Gizarte Langintza Fakultatearen (Bizkaiaiko Campusa) ardurapean dago. Bere helburuak hauek dira:

1. Lanaren fenomenoaz aztertzea jakintzagai askoren ikuspuntutik.
2. Hausnarketa- eta elkarrakzio-topagunea sortzea, non administrazio-, gizarte- zein ekonomia-sektore ezberdinak ideia bateragarriak sortu eta elkarrekin aldatzeko aukera izango duten.
3. Ideien bidez enplegua eta gizarte inklusioa hobetzea.

## Principios Fundacionales

*Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales* nació por iniciativa de la EU de Relaciones Laborales (UPV/EHU) y actualmente es la Facultad de Relaciones Laborales y Trabajo Social (Campus de Bizkaia) la encargada de la misma. Los objetivos de la revista son:

1. Estudiar el fenómeno del trabajo desde una perspectiva interdisciplinar.
2. Crear un espacio de encuentro y reflexión donde los distintos sectores económicos, sociales y de la Administración puedan intercambiar y generar ideas convergentes.
3. Contribuir por medio de las ideas a la mejora del empleo y de la inclusión social.

## Artikuluak bidaltzeko arauak

### Baldintza orokorrak

Artikuluak originalak eta argitaragabeak izan behar dira. Autoreak, bere identifikazio datuekin batera, bere orcid kodea jarri behar du.

Artikuluak gehienez 25 orrialdeko luzera izango dute (Times New Roman, 12, lerroarteko espazio sinplea).

Artikuluaren izenburua idatzitako hizkuntzan eta ingelesez idatziko da. Horrekin batera, artikuluaren laburpena bidaliko da jatorriko hizkuntzan eta ingeles, eta egileak Euskal Autonomia Erkidekoak direnean, euskaraz ere bai. Horren gutxi beherako luzera 150 hitzekoa izango da.

Artikuluak 3 eta 5 arteko hitz gako izango dituzte (gaztelaniaz, euskaraz eta ingelesez), lanaren edukiaren ideia azkarra eman eta haren katalogazioa erraztuko dutenak.

Sumarioa ere aurkeztu behar da. Bertan eta artikuluan zehar, atalak eta azpiatalak zenbaturik azaldu behar dira ((1.; 1.1.; 1.1.1; a) b)).

Genero berdintasunaren ikuspuntutik, hizkuntza inklusiboa erabiltzea gomendatzen da.

Artikuluen proposamenak Open Journal System (OJS) aplikazioaren bidez jasoko dira, webgune honetan: [https://www.ehu.eus/ojs/index.php/Lan\\_Harremanak/information/authors](https://www.ehu.eus/ojs/index.php/Lan_Harremanak/information/authors)

### Estiloari buruzko oinarritzko arauak

Arau orokor gisa, eta jarraian adieraziko diren salbuespenak salbu, artikulua testu normalean idatziko da oso-osorik. Hori dela eta, kontzeptu edo ideia bat nabarmentzeko hizki lodiak, azpimarratuak edota larriak erabiltzea baztertzen da.

Siglak eta akronimoak hizki larriz idatziko dira eta horien arteko banaketarako ez da punturik erabiliko (EEBB, EE.BB.-ren ordez; CCOO, CC.OO.-ren ordez; LANE, L.A.N.E.-ren ordez).

Kakotxen arteko hizki etzanak hitzez hitzeko adierazpen eta esaldietarako bakarrik erabiliko dira.

Aipamen luzeak, bi lerro baino gehiagokoak arau orokor gisa, kakotxik gabe egongo dira, hizki zuzenean eta testu normala baino gorputz bat baxuago. Goian eta behean bazterrekiko 3 milimetroko espazioa utziko da paragrafo osoan.

Kakotxik gabeko hizki etzanak egunkari edo liburuen izenburuetarako, beste hizkuntza bateko hitzetarako, edota hitz edo adierazpenen bat nabarmentzeko erabiliko dira.

Hizki zuzenean eta kakotxen artean, ohiko hizkuntzaren arabera (hitzaren hitzez hitzeko esanahiarekiko aldea adierazteko).

Taulak, laukiak eta irudiak hurrenkera jarraituz zenbakituko dira, arabiar zenbakiak erabiliz. Idazpuru labur bat izango dute eta testuan haiei aipu egingo zaie (1 taula, 1 laukia, 1 irudia, etab.).

#### Erreferentzia bibliografikoarentzat formatua

Testuan sartutako erreferentzia bibliografikoak bi eratan aurkeztuko dira, testuinguruaren eta paragrafoaren idazkeraren arabera:

- a) Autorearen izena parentesi artean, urtea eta orrialdearen zenbakia, adibidez, (White, 1987: 43) edo (Guerin *et al.*, 1992: 23-34).
- b) Autorearen izena, eta parentesi artean, urtea, adibidez, White (1987) edo Guerin *et al.* (1992).

Erreferentzia bibliografikoak alfabeto hurrenkeraren arabera sartuko dira lanaren amaieran, eta kronologikoki egile beraren lan bat baino gehiago dagoenean. Aldizkarien izenak eta liburuen izenburuak hizki etzanetan jarriko dira. Genero berdintasun eremuko gomendioak betetzearren, ahal den neurrian, egileen izen osoa jarriko da eta ez hasierako hizkia bakarrik.

- Aldizkarietako artikulua: Arnull, Anthony (2006): «Family reunification and fundamental rights», *European Law Review*, 5, 611-612.
- Liburuak: Villoria, Manuel eta Del Pino, Eloísa (1997): *Manual de Gestión de los Recursos Humanos en las Administraciones Públicas*, Madril, Tecnos
- Liburuetao kapituluak: Domínguez, Fernando (1996): «Gestión planificada de Recursos Humanos (Modelo de una empresa multinacional)», Ordóñez, Miguel (arg.), *Modelos y Experiencias Innovadoras en la Gestión de los Recursos Humanos*, Bartzelona, Gestió 2000, 343-357.

## Normas para la entrega de artículos

### Condiciones generales

En cuanto a la prevención de posibles malas prácticas, los autores deben garantizar que los trabajos entregados son originales e inéditos y deben evitar tanto el plagio como el autoplagio. Se entiende por plagio la presentación de un trabajo ajeno como propio; la inclusión de frases, conceptos o ideas de otros sin citar la procedencia o citando de manera incorrecta; el uso de citas literales o parafraseada sin indicar la fuente. El autoplagio es la reutilización redundante del trabajo propio, habitualmente sin citarlo de manera adecuada. Tenga presente que los manuscritos son sometidos a procesos de valoración de plagio a través del sistema Similarity Check.

La extensión de los artículos no deberá sobrepasar las 25 páginas (Times New Roman, cuerpo 12 e interlineado sencillo), como norma general. En la medida de lo posible, se evitarán los dibujos, gráficos, figuras, tablas...

El artículo debe incorporar el ORCID del autor.

Los artículos se acompañarán de un abstract o resumen en castellano e inglés, además de en euskara cuando los autores o autoras sean de la Comunidad Autónoma del País Vasco, con una extensión aconsejada próxima a las 150 palabras.

Los artículos deberán incluir entre 3 y 5 palabras clave (castellano, inglés y euskara si las autoras o autores tienen su residencia en la Comunidad Autónoma Vasca) que proporcionen una idea rápida del contenido del trabajo y faciliten su catalogación.

El título del artículo también figurará en inglés.

Los apartados y subapartados del artículo deberán ir numerados (1.; 1.1.; 1.1.1; a) b)).

Se recomienda la utilización de lenguaje inclusivo desde la perspectiva de igualdad de género.

Para enviar un artículo deberá, en primer lugar, darse de alta como autor /a y después subir el artículo original en formato Word. Puede registrarse aquí, marcando la casilla de «Autor/a».

Para la revisión por pares externa según método doble ciego, los documentos enviados deben carecer de señas que identifiquen a las personas autoras; es decir, no deben estar firmados y en los metadatos del documento no debe haber mención a la autoría (en word 2019: Archivo > Comprobar si hay problemas > inspeccionar documento > Inspeccionar > Propiedades del documento e información personal > Quitar todo).

### **Normas básicas de estilo**

Como principio general, y salvando las excepciones que se comentarán a continuación, el cuerpo del artículo se escribirá íntegramente en texto normal. Por ello, se rechaza la utilización de negritas, subrayados y/o palabras en mayúsculas para resaltar un concepto o idea.

Las siglas y acrónimos se escribirán en letras mayúsculas sin que medien puntos de separación entre las mismas (EEUU en lugar de EE. UU.; CCOO en lugar de CC.OO.; OIT en lugar de O.I.T; etc.).

Para citas textuales breves insertas en el cuerpo del texto se utilizarán las comillas sin cursiva ni subrayado.

Las citas textuales extensas, de más de dos líneas como norma general, irán sin comillas, en letra recta, un cuerpo más bajo que el texto normal, dejando un espacio arriba y abajo y poniendo un espacio en todo el párrafo de tres milímetros hacia el margen.

Las cursivas sin comillas se utilizarán para títulos de periódicos, libros, palabras en idiomas distintos aquel en el que esté escrito el artículo, que no sean de uso aceptado, o para destacar una palabra o expresión.

Las palabras entre comillas en letra recta, según el uso en el lenguaje cotidiano (para expresar una distancia con el significado literal de la palabra).

Las tablas, cuadros y figuras irán numeradas consecutivamente con caracteres arábigos, llevando un encabezamiento conciso, haciendo referencia a ellas en el texto como (tabla 1, cuadro 1, figura 1, etc.).

### **Formatos de referencias bibliográficas**

La revista Lan Harremanak utiliza el estilo Harvard (autor-año) para citas bibliográficas del texto. Las citas bibliográficas incluidas en el texto se presentarán de dos formas, dependiendo del contexto y de la redacción del párrafo en el que se incluyen:

- a) Indicando entre paréntesis el nombre del primer autor o autora, seguido del año y del número de página, por ejemplo (White, 1987: 43) o (Guerin et al., 1992: 23-34).
- b) Indicando el nombre del autor o autora y, entre paréntesis, el año, por ejemplo: White (1987) o Guerin et al. (1992).

La revista Lan Harremanak utiliza el estilo APA (American Psychological Association) para las referencias bibliográficas. Se incluirán ordenadas alfabéticamente al final del trabajo, y cronológicamente en el caso de varios trabajos del mismo autor o autora. Se pondrán en cursiva el nombre de las revistas y el título de los libros. Se podrán indicar links a los documentos citados, indicando a continuación y entre paréntesis la fecha del último acceso. En cumplimiento de las recomendaciones en materia de igualdad, se identificará, en la medida de lo posible al autor o autora con el nombre completo y no únicamente con la inicial del nombre.

Las referencias bibliográficas se incluirán ordenadas alfabéticamente al final del trabajo, y cronológicamente en el caso de varios trabajos del mismo autor o autora. Se pondrán en cursiva el nombre de las revistas y el título de los libros. Se podrán indicar links a los documentos citados, indicando a continuación y entre paréntesis la fecha del último acceso. En cumplimiento de las recomendaciones en materia de igualdad, se identificará, en la medida de lo posible, al autor o autora con el nombre completo y no únicamente con la inicial del nombre.

— Artículos en revistas:

Tezanos Tortajada, Jose Félix (1983) «Satisfacción en el trabajo y sociedad industrial: una aproximación al estudio de las actitudes hacia el trabajo de los obreros industriales madrileños», *Reis: Revista española de investigaciones sociológicas*, 22, 27-52. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/52969.pdf> (Accedido: 4-3-2019)

— Libros:

Villoria, Manuel y Del Pino, Eloísa (1997) *Manual de Gestión de los Recursos Humanos en las Administraciones Públicas*. Madrid: Tecnos.

— Capítulos de libros:

Domínguez, Fernando (1996) «Gestión planificada de Recursos Humanos (Modelo de una empresa multinacional)», en Ordóñez, Miguel (ed.), *Modelos y Experiencias Innovadoras en la Gestión de los Recursos Humanos*. Barcelona: Gestió 2000, 343-357.

Consultar directrices para autores en:

[https://www.ehu.eus/ojs/index.php/Lan\\_Harremanak/about/submissions#authorGuidelines](https://www.ehu.eus/ojs/index.php/Lan_Harremanak/about/submissions#authorGuidelines)



# Lan REVISTA DE RELACIONES LABORALES Harremanak

ABERASTASUNAREN BANAKETA ZUZEN BATEN ALDE  
POR UN REPARTO JUSTO DE LA RIQUEZA