

LAN REVISTA DE RELACIONES LABORALES HARREMANAK

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

51

GÉNERO, RELACIONES LABORALES
Y PROTECCIÓN SOCIAL

GENEROA, LAN-HARREMANAK
ETA GIZARTE-BABESA

2024

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



© UPV/EHU Press

ISSN: 1575-7048

e-ISSN: 2444-5819

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

La REVISTA DE RELACIONES LABORALES Harremanak

51

GÉNERO, RELACIONES LABORALES Y PROTECCIÓN SOCIAL

GENEROA, LAN-HARREMANAK ETA GIZARTE-BABESA

eman ta zabal zazu



Universidad
del País Vasco

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 FERNANDEZ 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,
Universidad de Granada, 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, España

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 dekano 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 Segurantza Zuzenbideko katedraduna (UPV/EHU)

TERESA LAESPADA MARTÍNEZ, Enplegu, Lan Txertatze eta Berdintasun Saileko foru diputatua, Bizkaia 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 Segurantza Zuzenbideko katedraduna Granadako Unibertsitatean

CARLOS PRIETO, *Sociología del Trabajo* aldizkariko zuzendari kidea eta UCMeko Soziología irakasle titularra

ALBERT RECIO, Bartzelonako Unibertsitate Autonomoko Ekonomia Aplikatuko irakasle titularra

GIANCARLO RICCI, Lan Zuzenbideko irakaslea Cataniako Unibertsitatean (Italia)

JAVIER SAN JOSÉ BARRIOCANAL, Euskal Herriko Lan Elkarteen Elkarteko 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 Proibintzia Auzitegiko magistratua

IMANOL ZUBERO, UPV/EHUko
Soziología irakasle titularra

JOSÉ MARÍA ZUBIAUR, Madrilgo
Carlos III Unibertsitateko irakaslea

JUAN HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, UPV/EHU

AURKIBIDEA / ÍNDICE

Presentación / Aurkezpena.	9
Sección monográfica / Atal monografikoa	
<i>El nuevo permiso parental del art. 48 bis ET</i> Vanesa Cordero Gordillo	15
<i>La transparencia retributiva previa al empleo de la Directiva 2023/970</i> Antonio Fernández García	43
<i>La menstruación en el entorno laboral</i> Lidia de la Iglesia Aza	58
<i>El nuevo permiso parental del Estatuto de los Trabajadores</i> Emma Rodríguez Rodríguez.	90
<i>La presencia de mujeres en los consejos de administración y puestos directivos de las empresas: de la LOI (2007) al —proyecto— de Ley orgánica de paridad (2024)</i> María Pons Carmena	117
<i>Conciliación entre la vida laboral y la vida familiar: un análisis de la no discriminación, la corresponsabilidad y la flexibilidad como elementos para la igualdad laboral de las mujeres en la Directiva (UE) 2019/1158 y en su trasposición al ordenamiento</i> Elena García Testal.	151
Sección abierta / Atal irekia	
<i>Medición y evaluación del impacto ocupacional 4.0: un ejemplo en el sector de alimentación</i> José Luis López Carmona	179
<i>Los diferentes elementos indemnizatorios por la rescisión del contrato por voluntad unilateral del deportista profesional sin causa imputable al club</i> Pompeyo Gabriel Ortega Lozano	209

<i>El síndrome de sensibilidad química múltiple y su encuadramiento en el sistema de seguridad social</i> Raquel Poquet Catala	237
<i>¿Cuándo es irregular el contrato temporal o el fijo-discontinuo en el trabajo agrícola?</i> José Enrique Ruiz Saura	267
<i>Naturaleza contractual del ejercicio profesional de los árbitros deportivos</i> Natasha Vergara Prieto	289
<i>La aportación económica al Tesoro Público en los despidos colectivos que afecten a personas trabajadoras de cincuenta o más años de edad. Problemas suscitados en la praxis</i> Ana María Castro Franco	308
 Reseñas bibliográficas / Aipamen bibliografikoak	
<i>La nueva regulación del Estatuto del artista. Una visión comparada</i> del autor Kahale Carrillo José Carlos Ros Agüera	341
<i>Garantía y protección integral del derecho a la libertad sexual y la erradicación de todas las violencias sexuales</i> de Kahale Carrillo José María Unis Lloret	347
<i>La mediación en el marco de los procesos de inaplicación de convenios colectivos</i> de Raquel Castro Medina Clara María Arrondo Asensio	352
<i>La acción positiva interseccional: acceso al empleo público y cláusulas sociolaberales en la contratación pública</i> de José Miguel Sánchez Ocaña Belén Morant Torrán	356

PRESENTACIÓN

El presente número de la revista se ha querido dedicar al tema de Género, relaciones laborales y protección social.

El género en el acceso al mercado de trabajo y en el desarrollo y extinción del contrato de trabajo no es un asunto baladí. Ser mujer u hombre, ha sido determinante, por ejemplo, en la promoción laboral y económica de las personas trabajadoras. A pesar de que textos jurídicos internacionales, también la Constitución Española, reconocen la igualdad entre hombres y mujeres, todavía hoy la brecha salarial es una realidad en el mundo, y España no es una excepción. Cuando las mujeres añaden la maternidad a su condición de trabajadoras, la promoción laboral y salarial se ve todavía más afectada. La conciliación de la vida familiar y personal sigue pesando más en los hombros de las mujeres que en los de los hombres: las estadísticas siguen mostrando que son más las mujeres que solicitan la excedencia por cuidado de menores que los hombres, hecho que tradicionalmente ha repercutido negativamente en la carrera de seguro de las mujeres.

Desde la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, han sido muchas las reformas legales que se han operado en el Estado y en las Comunidades Autónomas para promover la igualdad entre los distintos géneros, así como para proteger a la mujer trabajadora que ha sido considerada víctima de la violencia de género.

En España, se han aprobado numerosas normas al respecto como puede ser el Real Decreto-ley 6/2019, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, así como el Real Decreto-ley 5/2023, de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores. Asimismo, en 2022, se aprobó la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación que tiene

como objetivo garantizar y promover el derecho a la igualdad de trato y no discriminación. Esta ley pretende trasponer de manera más adecuada los objetivos y fines de la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, así como incorporar jurisprudencia constitucional sobre el artículo 14 de la Constitución Española. En la misma línea, la Ley General de la Seguridad Social recoge que los períodos de hasta tres años de excedencia tendrán la consideración de periodo de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad.

Para la revista es motivo de orgullo haber contado con la participación de auténticos/as expertos/as en la materia escogida para la sección monográfica de este número. Esta sección está compuesta por seis artículos: en primer lugar, presentamos el artículo *El nuevo permiso parental del art. 48 bis ET* de la profesora Vanesa Cordero Gordillo; en segundo lugar, le sigue el artículo titulado *La transparencia retributiva previa al empleo de la Directiva 2023/970* del profesor Antonio Fernández García; en tercer lugar, tenemos el artículo denominado *La menstruación en el entorno laboral* de la profesora Lidia de la Iglesia Aza; en cuarto lugar, le sigue el artículo de la profesora Emma Rodríguez Rodríguez titulado *El nuevo permiso parental del estatuto de los trabajadores*; y en quinto lugar, tenemos el artículo *La presencia de mujeres en los consejos de administración y puestos directivos de las empresas: de la LOI (2007) al —proyecto— de Ley orgánica de paridad (2024)* de la profesora María Pons Carmena. En último lugar, contamos con el artículo *Conciliación entre la vida laboral y la vida familiar: un análisis de la no discriminación, la corresponsabilidad y la flexibilidad como elementos para la igualdad laboral de las mujeres en la Directiva (UE) 2019/1158 y en su trasposición al ordenamiento* de la profesora Elena García Testal.

Asimismo, como suele ser habitual, este número viene nutrido de numerosas aportaciones sobre cuestiones ajenas a la que constituye el eje temático, las cuales conforman la sección abierta. Concretamente, son seis: en primer lugar, presentamos el artículo *Medición y evaluación del impacto ocupacional 4.0: un ejemplo en el sector de alimentación* del investigador José Luis López Carmona. En segundo lugar, le sigue el artículo *Los diferentes elementos indemnizatorios por la rescisión del contrato por voluntad unilateral del deportista profesional sin causa imputable al club* del profesor Pompeyo Gabriel Ortega. En tercer lugar, aparece el texto denominado *El síndrome de sensibilidad química múltiple y su encuadramiento en el sistema de seguridad social* de la profesora Raquel Poquet Catala. En cuarto lugar, presentamos el artículo titulado *¿Cuándo es irregular el contrato temporal o el fijo-discontinuo en el trabajo agrícola?* del profesor José Enrique Ruiz Saura. En quinto lugar, tenemos el artículo *Naturaleza contractual del ejercicio profesional de los árbitros deportivos* de la profesora Natasha Vergara Prieto. En último lugar, presentamos el artículo *La aportación económica al Tesoro Pú-*

blico en los despidos colectivos que afecten a personas trabajadoras de cincuenta o más años de edad. Problemas suscitados en la praxis, de la investigadora Ana María Castro Franco.

Por último, en este número contamos con cuatro reseñas bibliográficas: en primer lugar, la reseña al libro titulado *La nueva regulación del Estatuto del artista. Una visión comparada* del autor Kahale Carrillo elaborado por José Carlos Ros Agüera; en segundo lugar, la reseña al libro *Garantía y protección integral del derecho a la libertad sexual y la erradicación de todas las violencias sexuales* de Kahale Carrillo elaborado por José María Unis Lloret. En tercer lugar, la reseña al libro *La mediación en el marco de los procesos de inaplicación de convenios colectivos* de Raquel Castro Medina, elaborado por Clara María Arrondo Asensio. En cuarto lugar, la reseña de la obra titulada *La acción positiva interseccional: acceso al empleo público y cláusulas sociolaborales en la contratación pública* de José Miguel Sánchez Ocaña, elaborada por Belén Morant Torrán.

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 24 evaluadoras y evaluadores externos a la revista, así como 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 de la revista
30 de junio de 2024

AURKEZPENA

Aldizkariaren ale hau Generoa, Lan Harremanak eta gizarte babesga gaiari buruzkoa da.

Lan-merkatuan sartzeko eta lan-kontratua garatzeko eta amaitzeo generoa kontu garrantzitsua da. Emakume edo gizon izatea erabakigarria izan da, adibidez, langileen lan- eta ekonomia-sustapenean. Nazioarteko testu juridikoek, baita Espainiako Konstituzioak ere, gizonen eta emakumeen arteko berdintasuna aitortzen duten arren, gaur egun ere soldatua-arrakala errealitatea da munduan, eta Espainia ez da salbuespna. Emakumeek emakume langile izateari amatasuna gehitzen diotenean, are gehiago kaltetzen da lan- eta soldatua-sustapena. Familia-bizitza eta bizitza pertsonala uztartzeak pisu handiagoa du oraindik ere emakumeen sorbaldetan gizonenaren baino: estatistikek erakusten dute nez, gehiago dira adingabeak zaintzeko eszedenzia eskatzen duten emakumeek gizonak baino, eta horrek eragin negatiboa izan du tradizionalki emakumeen aseguru-karreran.

Emakumeen eta gizonen berdintasun eragingarrirako martxoaren 22ko 3/2007 Lege Organikoaz geroztik, asko izan dira Estatuan eta autonomia-erki-degoetan egin diren lege-erreformak generoen arteko berdintasuna sustatzeko eta genero-indarkeriaren biktimatza hartu den emakume langilea babesteko.

Espanian, horri buruzko arau ugari onartu dira, hala nola 6/2019 Errege Lege Dekretua, enpleguan eta okupazioan emakumeen eta gizonen arteko tratu- eta aukera-berdintasuna bermatzeko premiazko neurriei buruzkoa, bai eta 5/2023 Errege Lege Dekretua ere, guraso eta zaintzaileen familia-bizitza eta lanbide-bizitza uztartzearen arloko Europar Batasunaren zuzentarauen transposizioari buruzkoa. Era berean, 2022an, 15/2022 Legea onartu zen, uztailaren 12koan, tratu-berdintasunerako eta diskriminaziorik ezerako integrala, tratu-berdintasunerako eta diskriminaziorik ezerako eskubidea bermatzea eta sustatzea helburu duena. Lege honen bidez, Kontseiluaren 2000ko azaroaren

27ko 2000/78/EE Zuzentarauden helburuak modu egokiagoan jaso nahi dira. Zuzentara hori enpleguan eta okupazioan tratu-berdintasunerako esparru orokorra ezartzeari buruzkoa da, eta Espainiako Konstituzioaren 14. artikuluari buruzko konstituzio-jurisprudentzia txertatu nahi da. Ildo beretik, Gizarte Segurantzaren Lege Orokorrak jasotzen du hiru urtera arteko eszedentzia-aldiak benetako kotizazio-alditzat hartuko direla Gizarte Segurantzaren prestazioen ondorioetarako, erretiroagatik, ezintasun iraunkorragatik, heriotzagatik eta biziarrupenagatik, amatasunagatik eta aitatasunagatik.

Aldizkariaren ustez, harro egoteko arrazoia da ale honetako atal monografikorako aukeratutako gaian adituak direnen parte hartzea. Atal hau sei artikuluk osatzen dute: lehenik eta behin, Vanesa Cordero Gordillo irakaslearen *El nuevo permiso parental del art. 48 bis ET* artikulua dugu; bigarrenik, Antonio Fernández García irakaslearen *La transparencia retributiva previa al empleo de la Directiva 2023/970* artikulua; hirugarrenik, Lidia de la Iglesia Aza irakasleak idatzitako *La menstruación en el entorno laboral* artikulua dugu; bosgarrenik, María Pons Carmena irakaslearen *La presencia de mujeres en los consejos de administración y puestos directivos de las empresas: de la LOI (2007) al —proyecto— de Ley orgánica de paridad (2024)* artikulua dugu. Azkenik, Elena García Testal irakaslearen *Conciliación entre la vida laboral y la vida familiar: un análisis de la no discriminación, la corresponsabilidad y la flexibilidad como elementos para la igualdad laboral de las mujeres en la Directiva (UE) 2019/1158 y en su trasposición al ordenamiento* artikulua dugu.

Era berean, ohikoa den bezala, ale honek ekarpen ugari egiten ditu ardatz tematikoaz bestelako gaiei buruz, eta horiek atal irekia osatzen dute. Zehazki, sei dira: lehena, José Luis López Carmona ikertzailearen *Medición y evaluación del impacto ocupacional 4.0: un ejemplo en el sector de alimentación* artikulua aurkezten dugu. Bigarrena, Pompeyo Gabriel Ortega irakaslearen *Los diferentes elementos indemnizatorios por la rescisión del contrato por voluntad unilateral del deportista profesional sin causa imputable al club* artikulua aurkezten dugu. Hirugarrenik, honako testu hau agertzen da: Raquel Poquet Catala irakaslearen *El síndrome de sensibilidad química múltiple y su encuadramiento en el sistema de seguridad social*. Laugarrenik, José Enrique Ruiz Saura irakaslearen *¿Cuándo es irregular el contrato temporal o el fijo-discontinuo en el trabajo agrícola?* artikulua dugu. Bosgarrenik, *Naturaleza contractual del ejercicio profesional de los árbitros deportivos* artikulua dugu Natasha Vergara Prieto irakaslearena. Eta azkenik, Ana María Castro Franco ikertzailearen *La aportación económica al Tesoro Público en los despidos colectivos que afecten a personas trabajadoras de cincuenta o más años de edad. Problemas suscitados en la praxis* artikulua dugu.

Bukatzeko, zenbaki honetan lau aipamen bibliografiko ditugu: batetik, *La nueva regulación del Estatuto del artista. Una visión comparada* Kahale Carrillo irakaslearen liburuarena José Carlos Ros Agüera-k egina; bigarrenik, *Garantía y*

protección integral del derecho a la libertad sexual y la erradicación de todas las violencias sexuales Kahale Carrillo irakaslearen liburuarena José María Unis Lloret-ek egina; hirugarrenik, *La mediación en el marco de los procesos de inaplicación de convenios colectivos* Raquel Castro Medina irakaslearen liburuarena, Clara María Arrondo Asensiok egina; laugarrenik, *La acción positiva interseccional: acceso al empleo público y cláusulas sociolaborales en la contratación pública* José Miguel Sánchez Ocañaren liburuarena, Belén Morant Torrán-ek egina.

41.zenbakitik aurrera (barne) LAN HARREMANAK aldizkariak kanpoko *peer review* (ebaluatzailak) erabiltzen ditu eta horrela izan da oraingo zenbakian ere, aldizkaria argitaratzen duen EHU/UPVko Lan Harremanen eta Gizarte Langintzaren Fakultateaz kanpoko 24 ebaluatzairek parte hartu baitute. Bereziki eskertu nahi dugu akademiko eta jakitun horien lana, neurri handi batean laguntzen baitigute argitaratzen ditugun artikuluen kalitate jasoa lortzen eta. Ezarritako aldizkarien politikei jarraituz, artikulu 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
Aldizkariaren zuzendaria
2024ko ekainaren 30a

EL NUEVO PERMISO PARENTAL DEL ART. 48 BIS ET

The new parental leave of art. 48 bis ET

VANESA CORDERO GORDILLO*

Universitat de València, España

RESUMEN

El presente artículo tiene por objeto el estudio del nuevo permiso parental introducido en el art. 48 bis ET, transponiendo así lo dispuesto en la Directiva 2019/1158/UE sobre esta materia. De este modo, en primer lugar, se hace referencia a la evolución de la regulación del permiso parental en el Derecho Comunitario. En segundo lugar, se estudia su regulación en el Derecho interno, analizando, desde una perspectiva crítica, las características del permiso, resaltando sus aspectos positivos y negativos en aras al fomento de la corresponsabilidad, así como los problemas interpretativos que puede suscitar en la práctica. Destaca el hecho de que se haya configurado como un permiso sin remuneración, pese a que la Directiva estipula que debe ser retribuido, al menos en parte, lo cual puede plantear obstáculos para lograr un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares entre mujeres y hombres.

Palabras clave: permiso parental, conciliación de la vida familiar y laboral, corresponsabilidad, igualdad de trato, no discriminación.

ABSTRACT

The aim of this paper is to study the new parental leave introduced in art. 48 bis ET in order to transpose the Directive 2019/1158/EU on this matter. Thus, firstly, it refers to the evolution of the regulation of parental leave in EU Law. Secondly, it is studied its regulation in Spanish Law, analyzing, from a critical point of view, the characteristics of this leave, highlighting its positive and negative aspects in order to promote co-responsibility, as well as the interpretative problems that it could pose in practice. It should be pointed out that it has been regulated as a leave without compensation, despite the Directive provides that it must be compensated, at least in part, which could hinder the goal of achieving a balance sharing of family care responsibilities between women and men.

Keywords: parental leave, work-life balance, co-responsibility, equal treatment, non-discrimination.

* **Correspondencia a:** Vanesa Cordero Gordillo. Universitat de València (España). – vanessa.cordero@uv.es – <https://orcid.org/0000-0002-6667-5516>

Cómo citar: Cordero Gordillo, Vanesa (2024). «El nuevo permiso parental del art. 48 bis ET»; *Lan Harremanak*, 51, 15-42. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.25838>).

Recibido: 15 diciembre, 2023; aceptado: 31 enero, 2024.

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



Esta obra está bajo una licencia
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

1. Introducción

En el *BOE* de 29 de junio de 2023 se publicó el RD-Ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea. Tan extenso título da cuenta de la enorme variedad de materias que esta norma aborda, afectantes a diversas ramas del Derecho, lo que le ha valido la calificación como RD-Ley Ómnibus, en un ejemplo de deficiente técnica legislativa que no facilita la labor de los operadores jurídicos, pero que se justifica en la urgencia por adoptar determinadas medidas antes de la celebración de las elecciones generales de 23 de julio de 2023.

En efecto, de las numerosas materias que aborda la norma citada, cabe destacar, por lo que aquí interesa, la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, lo que ha motivado la regulación de nuevos permisos de conciliación y la modificación de otras medidas ya existentes, entre otras cuestiones. Con un plazo de transposición ampliamente superado¹ y la disolución de las Cámaras tras la convocatoria de elecciones, el Gobierno optó por recurrir a la figura del RD-Ley para incorporar las previsiones de la norma comunitaria a nuestro ordenamiento interno. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que el presupuesto de «extraordinaria y urgente necesidad» que habilita al Gobierno para dictar un RD-Ley puede entenderse cumplido cuando existe un patente incumplimiento del plazo de transposición de una directiva, aunque esta circunstancia, por sí sola, no es suficiente, pues debe atenderse igualmente al elemento causal, esto es, a la evitación de sanciones por dicho incumplimiento², y al elemento material o contenido de la norma de urgencia³.

¹ El plazo de transposición de esta Directiva finalizó el 2 de agosto de 2022, salvo para la remuneración o prestación económica de las dos últimas semanas del permiso parental cuyo plazo de transposición finalizará el 2 de agosto de 2024 (art. 20 apartados 1 y 2, respectivamente).

² La exposición de motivos del RD-Ley 5/2023 menciona la existencia de una carta de empleazamiento de 20 de septiembre de 2022 y de un dictamen motivado por falta de comunicación de las medidas nacionales de transposición de 19 de abril de 2023.

³ SSTC 329/2005, de 15 de diciembre, y 1/2012, de 13 de enero. Como señala el Tribunal Constitucional, «el recurso al decreto-ley como cauce de incorporación al ordenamiento interno del Derecho de la Unión Europea por la mera razón de que hubiera transcurrido el plazo de transposición, sin mayores precisiones, no se adecuaría al presupuesto habilitante de la urgente y extraordinaria necesidad, por lo que constituiría un uso abusivo de una facultad excepcional conforme a la

A este respecto, debe tenerse en consideración que la transposición de la Directiva 2019/1158/UE tenía previsto efectuarse en la Ley de familias, que se encontraba en tramitación en el Congreso por el procedimiento de urgencia en la fecha de anuncio del adelanto electoral. Al decaer ésta y otras iniciativas parlamentarias tras la convocatoria de elecciones, el Gobierno decidió incluir en el RD-Ley 5/2023 las previsiones que, en materia de conciliación de la vida familiar y laboral, contenía el proyecto de ley mencionado. Ciertamente, conviene precisar que nuestra legislación se adecúa e incluso, en algunos aspectos, mejora sustancialmente lo dispuesto en la Directiva de conciliación, particularmente tras la aprobación del RD-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación (Cabeza Pereiro, 2021: 68; López Álvarez, 2022: 69; De la Corte Rodríguez, 2020: 81). Sin embargo, resultaban necesarias algunas modificaciones para adaptar plenamente nuestro ordenamiento interno a la norma comunitaria, fundamentalmente en lo que se refiere al permiso parental que es objeto del presente estudio.

Al margen de este permiso, las novedades que incorpora el RD-Ley 5/2023 en materia de conciliación de la vida familiar y la vida profesional serían, a grandes rasgos, el reconocimiento expreso como una discriminación por razón de sexo del trato desfavorable a mujeres y hombres por el ejercicio de los derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral (art. 4.2.c) ET; la equiparación de las parejas de hecho y sus familiares a los matrimonios para el disfrute de los permisos previstos en los arts. 37.3.a), 37.3.b) y 37.3.b bis), las adaptaciones por motivos de conciliación del art. 34.8, las reducciones de jornada y las excedencias por cuidado de familiares (arts. 37.6 y 46.3) ET; la ampliación a cinco días del permiso por accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario de familiares y personas convivientes (art. 37.3.b) ET); la inclusión de las personas convivientes, aun sin vínculos de parentesco, entre los sujetos que generan derecho, además de al permiso anterior, a adaptaciones en la jornada o en la forma de prestación (art. 34.8 ET); la previsión de un nuevo permiso por fuerza mayor familiar cuando la persona trabajadora deba ausentarse del trabajo por motivos familiares urgentes (art. 37.9 ET); la realización de algunos ajustes, además de los mencionados, en el art. 34.8 ET, relativo a las adaptaciones de la jornada o en la forma de prestación por razones de conciliación (art. 34.8 ET); o la inclusión de nuevos supuestos de nulidad objetiva del despido vinculados al ejercicio de derechos de conciliación (arts. 53.4 y 55.5 ET y arts. 108.2 y 122.2 LRJS).

Constitución española como es la legislación de urgencia y conduce a un reforzamiento de la posición institucional del poder ejecutivo en detrimento de la del legislativo, y en especial a una posteriación del Senado...».

Partiendo de tales premisas, el presente trabajo aborda el estudio del nuevo permiso parental introducido en el art. 48 bis ET, comenzando por la evolución de esta materia en el ámbito del Derecho Comunitario para, a continuación, descender al ámbito interno y analizar las características del permiso, así como las luces y sombras de su regulación.

2. Regulación del permiso parental en el Derecho Comunitario: de la Directiva 96/34/CE relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental a la Directiva 2019/1158/UE

A pesar del reconocimiento de la igualdad y no discriminación por razón de sexo, lo cierto es que la conciliación de la vida familiar y laboral nunca ha sido mencionada en el texto de los Tratados. No obstante, la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989, ya hace referencia al desarrollo de medidas para permitir que hombres y mujeres puedan compaginar más fácilmente sus responsabilidades familiares y profesionales a fin de garantizar la igualdad de trato y de oportunidades (art. 16), planteamiento que pasó a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Gorelli Hernández, 2022:14) la cual, como es sabido, tiene atribuido el mismo valor jurídico que los Tratados con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. En efecto, la Carta dedica su art. 33, con la rúbrica «Vida familiar y vida profesional», a «la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social» y reconoce, con el objetivo de conciliar la vida familiar y la vida profesional, el derecho de toda persona, entre otras cuestiones, «a un permiso parental con motivo del nacimiento o adopción de un niño».

Los principales avances en materia de conciliación en el Derecho comunitario han venido de la mano del Derecho derivado. Así, dejando al margen de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, con unos fines distintos, cabe destacar la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, que fue revisada por la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSEUROPE, la UEA-PME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE.

La Directiva 96/34/CE reconoce un derecho individual de hombres y mujeres a un permiso parental con una duración mínima de tres meses con motivo del nacimiento o adopción de un hijo, para ocuparse del menor hasta una edad determinada, que podía ser de hasta ocho años, lo cual debía determinarse

por los Estados miembros y/o los interlocutores sociales (cláusula 2.1). De este modo, se prevé un derecho de titularidad indistinta para ambos progenitores⁴, lo que evidencia que su finalidad es la conciliación; pero, como contrapartida, no se impone la imposibilidad de transferir todo o parte del permiso al otro progenitor, al señalar la cláusula 2.2 que el permiso será, *en principio*, intransferible (cláusula 2.2), abriendo así la puerta a que las legislaciones nacionales prevean la posibilidad de cesión de incluso la totalidad del permiso y, en definitiva, que acaben siendo las mujeres quienes lo disfruten (Gorelli Hernández, 2022: 22).

Por lo demás, la Directiva deja en manos de los Estados miembros la definición de aspectos tales como la concesión del permiso a jornada completa y/o a tiempo parcial, condicionarlo a un periodo de trabajo previo o antigüedad en la empresa, que no podía ser superior a un año, la fijación de un plazo de preaviso o la determinación de las circunstancias en las que la empresa estaría autorizada para posponer la concesión del permiso parental por motivos justificados relacionados con el funcionamiento de la empresa (cláusula 2.3).

Se prevé, igualmente, la necesidad de adoptar medidas para proteger frente al despido a las personas que hayan solicitado o disfrutado de un permiso parental (cláusula 2.4), así como el derecho a ocupar su mismo puesto de trabajo o, en caso de imposibilidad, un trabajo equivalente o similar, a su finalización (cláusula 2.5), y al mantenimiento de los derechos adquiridos o en curso de adquisición en la fecha de inicio del permiso (cláusula 2.6).

No obstante, pese a constituir un primer paso para armonizar las legislaciones nacionales en materia de permiso parental, esta primera Directiva no estaba exenta de crítica, fundamentalmente, por la ausencia de cualquier referencia a una compensación económica, el insuficiente fomento del disfrute del permiso por parte de los hombres y su limitación al cuidado de hijos e hijas, dejando fuera a los familiares dependientes (Cabeza Pereiro, 2005: 26).

Por su parte, la Directiva 2010/18/UE supuso un tímido avance respecto a la Directiva que sustituye (Cabeza Pereiro, 2010: 1). En concreto, amplía de tres a cuatro meses la duración del permiso parental y mantiene que, *en principio*, debe ser intransferible, aunque, para fomentar un uso más igualitario del permiso por ambos progenitores, se establece que al menos uno de los cuatro meses debe ser intransferible, debiendo definirse por la legislación o los convenios colectivos a nivel nacional las modalidades de aplicación del periodo intransferible (cláusula 2.2). Ello responde a la constatación de que «las medidas para animar a los hombres a participar por igual en las responsabilidades fami-

⁴ A este respecto, la STJUE de 16 de julio de 2015 (Asunto C-222/14, *Maistrellis*) entendió que una legislación nacional no puede privar a un funcionario de su derecho a un permiso parental por el hecho de que su esposa no desarrolle una actividad laboral o profesional, dado que cada uno de los progenitores es titular, individualmente, de este derecho.

liares no han dado suficiente resultado» (Considerando 12) y a que «la experiencia muestra que, si se da carácter intransferible a este permiso, puede servir de incentivo positivo para que lo utilicen los padres» (Considerando 16). Si bien, el hecho de que únicamente se impusiera que uno de los cuatro meses fuera intransferible se revelaba claramente insuficiente para fomentar la corresponsabilidad masculina (Gorelli Hernández, 2022: 23).

Otras novedades incorporadas por la Directiva 2010/18/UE se refieren, en particular, a la necesidad de evaluar si deben ajustarse las condiciones de acceso y las normas de aplicación del permiso parental a las necesidades de quienes tengan hijos o hijas con una discapacidad o una enfermedad de larga duración (cláusula 3.3); el establecimiento de medidas para proteger de cualquier trato desfavorable y no solo el despido, a aquellas personas que hayan solicitado o disfrutado de un permiso parental (cláusula 5.4); o la adopción de las medidas necesarias para velar por que las personas trabajadoras puedan solicitar cambios en sus horarios o regímenes de trabajo durante un período determinado de tiempo, al reincorporarse del permiso parental, debiendo la empresa atender dichas solicitudes teniendo en cuenta sus propias necesidades y las de la persona trabajadora (cláusula 6.1).

Asimismo, nuevamente, aunque contiene una referencia a los ingresos durante el período de disfrute del permiso parental, no prevé ninguna norma imperativa al respecto, dejando esta cuestión en manos de los Estados miembros o los interlocutores sociales, quienes deberán tener en consideración el papel de los ingresos, entre otros factores, en el uso del permiso (cláusula 5.5) (Lousada Arochena, 2011: 10).

El enfoque cambia sustancialmente a raíz de la aprobación de la actual Directiva 2019/1158/UE⁵ en la cual se aprecia una apuesta más decidida por la corresponsabilidad, estableciendo medidas más efectivas para lograr que los hombres asuman en mayor medida responsabilidades familiares, en particular, un permiso por paternidad y nuevas reglas en materia de permiso parental (Ballesster Pastor, 2019: 1112; De la Corte Rodríguez, 2020: 74). A lo anterior cabe añadir que, a diferencia de las Directivas anteriores, la norma reconoce que la conciliación de la vida familiar y laboral va más allá de la crianza de hijos e hijas y también debe referirse al cuidado del cónyuge o pareja de hecho, a otros familiares e incluso a las personas que convivan con la persona trabajadora, subrayando que las políticas de conciliación deben tener en cuenta los cambios

⁵ Nótese que esta Directiva ya no aplica un Acuerdo marco debido a la falta de consenso con los interlocutores sociales, fundamentalmente, con la representación empresarial, la cual consideraba que estas cuestiones debían abordarse en cada sistema interno (Fernández Prieto, 2020: 5; Cabeza Pereiro, 2020: 45). En este sentido, se ha apuntado que esta circunstancia puede haber motivado que la nueva Directiva implique mayores avances en materia de conciliación que sus predecesoras (Ballesster Pastor, 2019: 1110).

demográficos, incluidos los efectos del envejecimiento de la población (Considerando 6). Sin embargo, a lo largo de la norma se evidencia que se otorga preferencia a las medidas de conciliación destinadas al cuidado de hijos e hijas (López Álvarez 2022: 68).

De entre las importantes novedades que incorpora la Directiva 2019/1158/UE vamos a centrarnos en las relativas al permiso parental, al ser el objeto del presente trabajo⁶. En este sentido, la duración del permiso parental no experimenta variaciones pues continúa siendo de cuatro meses y la edad máxima del menor también sigue siendo ocho años. Sin embargo, con la finalidad de conseguir una mayor utilización por parte de los hombres (De la Corte Rodríguez, 2020: 77-78), se amplía el periodo intransferible de uno a dos meses (art. 5.2)⁷ y, a mi juicio, lo que resulta más relevante es que prevé que los Estados miembros o los interlocutores sociales deberán establecer una remuneración o prestación económica al menos durante dicho periodo no susceptible de ser transferido al otro progenitor (art. 8.3). Si bien, a diferencia de lo que sucede con el permiso de paternidad, no fija una cuantía mínima, la cual deberá definirse de manera que se facilite que ambos progenitores puedan disfrutar del permiso parental.

Asimismo, los Estados miembros deberán establecer las medidas necesarias para garantizar que las personas trabajadoras puedan solicitar el disfrute del permiso parental de forma flexible, configurándolo, así, como un derecho del trabajador o trabajadora (Fernández Prieto, 2020: 16). En tales casos, las empresas deberán estudiar y atender dichas solicitudes teniendo en cuenta tanto sus propias necesidades como las de las personas trabajadoras y, en caso de denegación, deberán justificarla por escrito y en un plazo razonable (art. 5.6).

Finalmente, la Directiva también se refiere a cuestiones tales como la fijación del plazo de preaviso que debe observar la persona trabajadora para solicitar el permiso parental, la posibilidad de condicionar el derecho a disfrutar del permiso a un periodo de prestación de servicios o antigüedad, que no podrá exceder de un año, o la posibilidad de definir las circunstancias en las que las empresas podrán aplazar la concesión del permiso parental por razones relacionadas con una alteración seria del funcionamiento de la empresa, aplazamiento que deberán notificar por escrito. En todo caso, esta posibilidad de aplazamiento sería una solución subsidiaria, debiendo la empresa, con carácter previo, proponer fórmulas de disfrute flexible (Rodríguez González, 2022: 159).

⁶ Cabe destacar, la previsión de un permiso de paternidad de diez días laborables (art. 4) que deberá llevar aparejada una remuneración o prestación económica al menos equivalente a la que correspondería en el supuesto de interrupción de sus actividades por motivos relacionados con su estado de salud (art. 8.2); un permiso para cuidadores de cinco días laborables al año (art. 6); o el fomento de las fórmulas de trabajo flexible (art. 9).

⁷ Aunque en la propuesta de Directiva el periodo no transferible abarcaba cuatro meses (Fernández Prieto, 2020: 16).

En definitiva, aunque la Directiva 2019/1158/UE supone un avance desde la perspectiva de la corresponsabilidad en lo que se refiere al permiso parental, contiene algunos elementos que pueden poner en entredicho esa pretendida finalidad. De un lado, debería haberse configurado como un permiso intransferible en su totalidad y no sólo en parte, pues dos meses es un periodo demasiado escaso para promover la corresponsabilidad (Ballester Pastor, 2019: 1122), y, de otro lado, pese a que la previsión expresa de una retribución o prestación económica debe valorarse de manera positiva, sobre todo si la comparamos con las Directivas anteriores, no fija ningún umbral mínimo de ingresos, a diferencia de lo que sucede con el permiso por paternidad, lo que puede posibilitar regulaciones nacionales con una garantía de mantenimiento de ingresos mínima, con el efecto de desincentivar el uso del permiso por parte de los hombres (Cabeza Peireiro, 2020: 63; Gorelli Hernández, 2022: 31; López Álvarez, 2022: 66).

3. El nuevo permiso parental del art. 48 bis ET

El RD-Ley 5/2023 introduce un nuevo permiso en el art. 48 bis ET, denominado permiso parental, utilizando así la terminología de la legislación comunitaria. Se trata de un permiso de ocho semanas de duración para el cuidado de hijos e hijas hasta el cumplimiento de los ocho años y que, por el momento, carece de carácter retribuido. A continuación, vamos a analizar la regulación de este permiso, resaltando aquellos aspectos que puedan suscitar más dudas en la práctica.

3.1. ¿Era necesaria la creación de un permiso específico?

Antes de adentrarnos en el análisis del régimen jurídico del nuevo permiso parental, cabe formular el interrogante de si realmente era necesario crear un permiso específico para cumplir con las prescripciones de Directiva 2019/1158/UE o si podría haberse optado por efectuar las correspondientes modificaciones en derechos de conciliación ya existentes en nuestra legislación.

La respuesta a esta pregunta es, evidentemente, que no resultaba imprescindible regular un permiso parental *ex novo*. De hecho, en el caso de la Directiva 96/34/CE el legislador español no creó nuevas figuras, sino que decidió adecuar las ya existentes a lo dispuesto en la Directiva (López Terrada, 2010:147). Y lo mismo sucedió con la Directiva 2010/18/UE. En este sentido, la doctrina ha entendido, de manera mayoritaria, que la excedencia por cuidado de hijos e hijas sería la figura equivalente al permiso parental de la legislación comunitaria (Ballester Pastor, 2019: 1122; De la Corte Rodríguez, 2020: 86), de tal forma que las dos alternativas serían igualmente apropiadas para efectuar la transposición: o bien se creaba un nuevo permiso, o bien se introducían las modificaciones pertinentes en la excedencia por cuidado de hijos e hijas (Ballester Pastor, 2019: 1125; López Álvarez, 2022: 75; Rodríguez Gon-

zález, 2022: 160). En todo caso, debe tenerse en consideración que, tras la Directiva 2019/1158/UE, este tipo de excedencia tampoco se adecuaría al permiso parental, por lo que hubiera resultado insoslayable la reforma de su régimen jurídico. En concreto, la excedencia debería haber sido retribuida, al menos en una parte del periodo, debería haberse previsto su disfrute de manera flexible, debería haberse establecido un plazo de preaviso para su solicitud y debería haberse contemplado la posibilidad de aplazamiento por razones serias de funcionamiento de la empresa⁸ (López Álvarez, 2022: 75-76; Ballester Pastor, 2019: 1124; Rodríguez González, 2022: 160-161). Por el contrario, otros aspectos de la excedencia se acomodarían sin dificultad al permiso parental regulado por la Directiva, particularmente, su duración, mucho más prolongada, su configuración como un derecho individual e intransferible en su totalidad o la edad de los menores que generan el derecho a su disfrute, siendo de tres años en los supuestos de hijos e hijas biológicos, por debajo de los ocho años que señala la Directiva, lo cual no implicaría problemas de inadecuación de la legislación nacional, al no configurarse como un límite mínimo.

Dicho lo anterior, se plantearía una nueva pregunta: ¿por qué ahora se ha decidido crear un permiso específico? A mi modo de ver, la razón de regular un permiso parental independiente de otros derechos de conciliación contemplados en el ET, estaría relacionada con el claro sesgo de género que puede apreciarse en las excedencias. En efecto, si atendemos a las estadísticas publicadas por el Instituto de las Mujeres, en el año 2022 el 88,02% de las personas trabajadoras que disfrutaron de una excedencia por cuidado de hijos e hijas fueron mujeres, lo que la convierte en un derecho de conciliación de disfrute mayoritariamente femenino⁹. Y, en el caso de la excedencia, este dato es particularmente significativo habida cuenta que nos encontramos ante un periodo de tiempo que puede ser prolongado¹⁰, dando lugar, por consiguiente, a un abandono transitorio del trabajo, fundamentalmente de las mujeres, con las repercusiones en materia retributiva, en la promoción profesional o en la protección social que ello conlleva

⁸ Respecto a esta última cuestión, el RD-Ley 5/2023 ha modificado el art. 46.3 ET para modificar la previsión relativa a la posibilidad de que la empresa limite el ejercicio simultáneo de la excedencia cuando dos o más personas trabajadoras de la misma empresa generen este derecho por el mismo sujeto causante, precisando que, para que ello sea posible, deberán existir «razones fundadas y objetivas de funcionamiento debidamente motivadas por escrito» y añadiendo que, en tal caso, la empresa deberá ofrecer un plan alternativo que asegure el disfrute de ambas personas trabajadoras y que posibilite el ejercicio de los derechos de conciliación.

⁹ <https://www.inmujeres.gob.es/MujerCifras/Conciliacion/ExcedPermisos.htm>. Es cierto que el porcentaje de mujeres ha ido disminuyendo en los últimos años, incrementándose paralelamente el número de hombres que optan por el disfrute de esta excedencia, pero sigue siendo un porcentaje muy elevado.

¹⁰ Nótese que el art. 46.3 ET fija una duración máxima (tres años contados desde la fecha del nacimiento o desde la resolución judicial de adopción o desde la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o acogimiento), pero no una mínima, de tal forma que no siempre va a implicar una ausencia dilatada en el tiempo.

(Casas Baamonde, 2018: 1080-1081), además de implicar un mayor riesgo de acabar apartándose de manera definitiva del mercado laboral (Gil Plana, 2017: 245). A lo anterior cabe añadir que, cuanto más prolongado sea un permiso, menor impacto tendrá su carácter intransferible, pues no va a impedir que sea la mujer y no el hombre quien, en la mayoría de los casos, opte por su disfrute íntegro (Cabeza Pereiro, 2020: 59).

A propósito de ello, se ha afirmado que la duración de la excedencia sería excesiva, abogando por su reducción (Gil Plana, 2017: 245) e, incluso, por su supresión, derogando el art. 46.3 ET (Cabeza Pereiro, 2021: 87)¹¹. No obstante, esta segunda posibilidad, como reconoce el propio autor, podría ser vista como un recorte de derechos y, en cualquier caso, exigiría una apuesta decidida por la gratuidad de la educación infantil de primer ciclo y la promoción de las fórmulas flexibles de trabajo, como las adaptaciones de jornada del art. 34.8 ET (Cabeza Pereiro, 2021: 87). Y, aunque en menor medida, también podría encontrar resistencias la disminución de la duración máxima de la excedencia. Otras medidas, menos incisivas, podrían ser el establecimiento de cuotas para cada progenitor, dividiendo el periodo de disfrute entre ambos, y/o la incentivación del disfrute conjunto, a modo de ejemplo, mediante el reconocimiento de una prestación económica (Lousada Arochena, 2008: 74).

En definitiva, la excedencia por cuidado de hijos e hijas no se caracteriza por ser un derecho que fomente la corresponsabilidad en la práctica. Siendo este uno de los objetivos de la Directiva 2019/1158/UE se puede comprender la opción del legislador de urgencia por crear un permiso específico y no reforzar la excedencia.

De este modo, van a coexistir la excedencia por cuidado de hijos o hijas, concebida para los primeros años de vida del menor¹² (sin perjuicio de lo dispuesto en los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento), con una duración que puede ser prolongada y sin retribución, y el permiso parental que permite atender al cuidado del menor hasta una edad más avanzada (aunque no impide que pueda disfrutarse durante el mismo periodo que la excedencia, lo que da lugar a una duplicidad de medidas durante este periodo), con una duración más reducida y también sin retribución, sin perjuicio de que, para acomodar nuestra legislación a la Directiva 2019/1158/UE, deba preverse alguna retribución, como más adelante se expondrá.

¹¹ De la Corte Rodríguez (2020: 76) señala que diversos estudios han destacado que los permisos relativamente cortos tienen un efecto positivo en la tasa de empleo de las mujeres y, por el contrario, los permisos de larga duración tienen el efecto opuesto.

¹² A este respecto cabe señalar que el Tribunal Supremo ha entendido que la excedencia por cuidado de familiares no incluye el cuidado de hijos o hijas menores de edad, pero mayores de tres años, salvo que por accidente, enfermedad o discapacidad no puedan valerse por sí mismos (STS de 5 de febrero de 2021, rec. 2102/2018).

3.2. Naturaleza jurídica

El permiso parental ha sido configurado como un supuesto de suspensión del contrato de trabajo al ser incluido entre las causas de suspensión contractual enumeradas en el art. 45.1 ET, en concreto, mediante la introducción de un nuevo apartado o) en dicho precepto. En consecuencia, como es sabido, durante el disfrute del permiso parental, las partes quedarán exoneradas de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo (art. 45.2 ET), sin perjuicio de que también pueda ser disfrutado a tiempo parcial. Asimismo, implica que la persona trabajadora tendrá derecho a la reserva de su puesto de trabajo durante dicho periodo y a su reincorporación inmediata tras la suspensión contractual (art. 48.1 ET).

En todo caso, la configuración del permiso parental como una causa de suspensión del contrato de trabajo permite colegir que la retribución del mismo, cuando se acometa su regulación, no se hará recaer en las empresas, sino que será sufragada por el sistema de Seguridad Social a través de un subsidio económico.

Lo que la norma no ha dejado claro es cuál ha de ser tratamiento de este periodo de suspensión a efectos de Seguridad Social. En este sentido, cabría entender que, a falta de regulación expresa, el disfrute del permiso parental podría dar lugar a la baja del trabajador o trabajadora en la Seguridad Social, con interrupción de las cotizaciones¹³, tal y como sucede con otros supuestos de suspensión en los que no se haya establecido la subsistencia de la obligación de cotizar, y como sucede también con las excedencias por cuidado de hijos e hijas u otros familiares, pero, a diferencia de estas últimas (art. 237 apartados 1 y 2 LGSS) no se ha previsto tampoco su consideración como periodo de ocupación cotizada a efectos del acceso a algunas prestaciones. A lo anterior cabría añadir la situación de desprotección en la que quedaría la persona trabajadora, al no haberse previsto el disfrute del permiso parental como una situación asimilada al alta.

No obstante, el periodo de suspensión por permiso parental también podría equipararse a los supuestos de alta sin remuneración a los que se refiere el art. 69.1 del RD 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social, el cual menciona «los permisos y licencias que no den lugar a excedencias en el trabajo», lo que obligaría a la empresa a mantener a la persona trabajadora en alta en la Seguridad Social y a continuar cotizando por la base mínima de cotización aplicable (art. 69.2 RD 2064/1995 y art. 7 Orden PCM/74/2023).

Por otra parte, en caso de disfrute del permiso en régimen de jornada parcial, podrían resultar aplicables las reglas específicas de cotización de los

¹³ Entiende que no existiría obligación de cotizar Nieto Rojas (2023: 90).

contratos a tiempo parcial (art. 65 RD 2064/1995 y arts. 36 y 37 Orden PCM/74/2023), al igual que en los supuestos de reducción de jornada del art. 37.6 ET (art. 66 RD 2064/1995 y art. 43 Orden PCM/74/2023); si bien, en el caso del permiso parental tampoco se ha previsto el cómputo de las cotizaciones incrementadas hasta el 100% de la cuantía que habría correspondido de no haberse disfrutado el permiso en esas condiciones, a efectos de acceder a determinadas prestaciones (art. 237.3 LGSS).

Seguramente, estas dudas quedarán despejadas cuando se acometa la regulación de la prestación económica que llevará aparejada el permiso parental, momento en el que deberán abordarse también las cuestiones relativas a la cotización a la Seguridad Social. Y, en este punto, la solución más acertada sería, a mi juicio, la aplicación de las mismas reglas específicas de cotización que rigen en los supuestos de incapacidad temporal, nacimiento y cuidado de menor y riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural (art. 144.4 LGSS y art. 6 Orden PCM/74/2023). En este sentido, el art. 10.3 de la Directiva 2019/1158/UE dispone que los Estados miembros deberán definir el régimen del contrato de trabajo o de la relación laboral durante el permiso parental por lo que respecta a la Seguridad Social «incluidas las cotizaciones al sistema de pensiones, y se asegurarán de que la relación laboral se mantenga durante esos períodos».

En otro orden de cosas, el hecho de que el permiso parental se configure como un periodo suspensivo de la relación laboral en el que, en consecuencia, no existe prestación efectiva de servicios, plantea la cuestión de si dicho periodo es computable a efectos de generar derecho a vacaciones a la persona trabajadora. Respecto a esta cuestión la STJUE de 4 de octubre de 2018 (Asunto C-12/17 *Dicu*) entiende que, a diferencia de las ausencias por enfermedad y del permiso por maternidad, que no pueden afectar a la duración del periodo vacacional, no es contraria al Derecho comunitario una disposición nacional que excluye los periodos de disfrute del permiso parental de la consideración de tiempo de trabajo efectivo para determinar la duración de las vacaciones anuales retribuidas. Para motivar su decisión, de un lado, el Tribunal argumenta que, en el caso del permiso parental, no nos encontramos con una situación de carácter imprevisible, sino que deriva normalmente de la voluntad de la persona trabajadora de cuidar a su hijo o hija, ni tampoco está sujeto dicho trabajador o trabajadora a limitaciones físicas o psíquicas causadas por una enfermedad, de tal modo que no se trata de una situación equiparable a la incapacidad laboral. Y, de otro lado, tampoco puede asimilarse a la situación de una trabajadora que disfruta de un permiso por maternidad habida cuenta que la finalidad de este permiso es, «por una parte, la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después de este y, por otra parte, la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el periodo que sigue al embarazo y al parto, evitando que la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones». Así, con-

cluye que su doctrina según la cual un permiso garantizado por el Derecho de la Unión no puede menoscabar el derecho a disfrutar de otro permiso garantizado también por el Derecho de la Unión con distinta finalidad que el primero, no impondría a los Estados la obligación de considerar que el periodo de permiso parental se equipare a un periodo de trabajo efectivo para generar derecho a vacaciones.

Obviamente, la legislación interna podría establecer una regla más favorable en este aspecto, atendiendo a la finalidad del permiso parental y teniendo en consideración, además, que el nuevo permiso parental del art. 48 bis ET no tiene una duración tan prolongada como la excedencia, por lo que el reconocimiento de los días de vacaciones correspondientes al tiempo de disfrute de este permiso no constituye una carga excesiva para las empresas. No puede olvidarse tampoco el impacto de género de las medidas en materia de conciliación de la vida familiar y laboral, pudiendo perjudicar esta afectación al derecho a las vacaciones de manera desproporcionada a las mujeres (Lousada Arochena, 2019: 793-794).

3.3. Titularidad

De manera coherente con lo que se dispone en relación con el resto de derechos de conciliación, y también con la Directiva 2019/1158/UE, la titularidad del derecho se configura de una manera neutra correspondiendo de manera indistinta a ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores. Se trata, además, de un derecho individual de cada persona trabajadora, no dependiente de la situación laboral del otro progenitor.

Asimismo, una cuestión que resulta muy relevante desde la perspectiva de la corresponsabilidad es que el permiso tiene un carácter intransferible en su totalidad, no pudiendo cederse, ni en todo ni en parte, a otra persona. Con ello se pretende fomentar que los hombres opten por el disfrute de este permiso bajo la premisa de que, de no disfrutarlo, se perdería. Esta característica resulta previsible de los distintos derechos de conciliación contemplados en nuestra legislación en la actualidad, tras la constatación de que el ejercicio de estos derechos por los hombres ligados a un derecho originario de la mujer no favorecía la corresponsabilidad e, incluso, podía ser constitutivo de una discriminación por razón de género¹⁴.

¹⁴ A tales efectos, basta recordar la regulación de la suspensión por maternidad anterior al RD-Ley 6/2019 que preveía la posible cesión al otro progenitor de hasta diez semanas de permiso, siendo menos de un 2% el porcentaje de hombres que lo disfrutaban, según cifras del Instituto de la Mujer <https://www.inmujeres.gob.es/MujerCifras/Conciliacion/ExcedPermisos.htm>. Asimismo, la STJUE de 30 de septiembre de 2010 (Asunto C-104/09, Roca Álvarez) interpretó que la regulación del permiso por lactancia del art. 37.4 ET, que únicamente permitía al padre disfrutar del permiso cuando la madre fuera una trabajadora por cuenta ajena y cediera su derecho en favor del otro progenitor, era contraria a la Directiva 76/207/CEE, no ya por ser discriminatoria contra el varón, sino por contribuir a la perpetuación de los roles de mujeres y hombres en la asunción de responsabilidades familiares.

En todo caso, pese a ser cierto que los hombres son más proclives a disfrutar de aquellos derechos de los que son titulares y que no pueden ser transferidos, la realidad muestra que ello no es suficiente para fomentar el disfrute masculino de los permisos pues, con excepción del permiso por nacimiento y cuidado de menor en el que el disfrute por parte del progenitor distinto de la madre biológica es muy elevado¹⁵, otros derechos de conciliación como reducciones de jornada y excedencias siguen conjugándose en género femenino.

Por ello, aparte del carácter intransferible del permiso, debe tenerse en consideración que el otro factor que incide notablemente en el disfrute de derechos de conciliación por parte de los hombres es el mantenimiento de un nivel adecuado de ingresos durante dicho periodo, como se incidirá en el apartado correspondiente (De la Corte Rodríguez, 2020: 77)¹⁶. Junto a ello, desde la legislación, también podría haberse incentivado la utilización del permiso por parte de los varones mediante mecanismos tales como la ampliación del periodo de disfrute del permiso en caso de que ambos progenitores ejerzan el derecho de manera igualitaria.

3.4. Sujetos que generan derecho al permiso

Según dispone el art. 48 bis ET, el objeto del permiso parental es «el cuidado de hijo, hija o menor acogido por tiempo superior a un año, hasta el momento en que el menor cumpla ocho años». Pese a la omisión de toda referencia en la norma, cabe entender que los hijos e hijas que generan derecho a este permiso son tanto los biológicos como los adoptivos (Blasco Jover, 2023: 33) y que cabría incluir también los supuestos de guarda con fines de adopción tal y como sucede, por ejemplo, con el disfrute de la suspensión regulada en el art. 48.5 ET.

En todos los casos, el permiso se podrá disfrutar hasta que el menor cumpla ocho años, límite de edad que coincide con el dispuesto en la Directiva 2019/1158/UE. Este límite puede considerarse razonable (Blasco Jover, 2023: 33), aunque contrasta con lo establecido respecto a otros derechos de conciliación, singularmente, reducciones y adaptaciones de jornada en los que la edad máxima de los menores se sitúa en los doce años. Por el contrario, no se establece ninguna edad mínima, de tal modo que, teóricamente, podría dis-

¹⁵ Pueden consultarse las estadísticas al respecto en <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST45/4a60e9f5-f322-4af2-930d-2f42a86aca59/da38749b-54ab-4aed-ae96-d08dc10471b5>

¹⁶ Siendo los más relevantes, no son éstos los únicos factores que tiene influencia en el uso masculino de los permisos parentales. Según un estudio de Eurofound (2019: 23-24), junto a los citados, el hecho de que las madres tengan trabajos bien remunerados, que los hombres gocen de estabilidad en el empleo, que los progenitores tengan un nivel educativo elevado, que las cargas administrativas para solicitar el disfrute de los permisos sean reducidas y que las empresas y el entorno social apoyen a los padres que opten por su disfrute, determinan que exista una mayor probabilidad de que los hombres participen en mayor medida en las tareas de cuidado y soliciten permisos de conciliación.

frutarse desde el momento del nacimiento, la resolución judicial de adopción o la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o acogimiento; si bien, en estos momentos iniciales lo habitual será el disfrute del periodo de suspensión regulado en los arts. 48.4 y 48.5, respectivamente, pero nada impediría que, sin solución de continuidad, se pasara al disfrute del permiso parental.

En consecuencia, el arco temporal en el que puede ejercerse el derecho al permiso parental es bastante amplio, correspondiendo a la propia persona trabajadora decidir el momento o momentos concretos en los que disfrutará el periodo de suspensión, con el tope del cumplimiento de los ocho años del menor que lo genere, con lo que podría fomentar una mayor implicación de los varones en las tareas de crianza, más allá de sus primeros meses de vida.

El objeto del permiso es el cuidado del menor, entendido en sentido amplio (Blasco Jover, 2023: 33), de suerte que el mero hecho de tener hijos o hijas menores de ocho años ya justificaría *per se* la existencia de necesidades de cuidado. Obviamente, esa amplitud del objeto del permiso no obstaría a que pudiera sancionarse al trabajador o trabajadora por un uso desviado o indebido del mismo, incumpliendo así el deber de buena fe que rige en el ámbito de una relación laboral¹⁷.

Por otro lado, de la literalidad del precepto se desprende que cada trabajador o trabajadora tendrá derecho a tantos permisos parentales como hijos o hijas tenga y, por lo tanto, cada menor generaría derecho a un permiso parental de ocho semanas a favor de cada uno de sus progenitores. No obstante, se plantea la duda de si ello sería así también en los supuestos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples. A favor de entender que cada menor generaría derecho a un permiso también en estos supuestos cabría argumentar que la ley no efectúa ninguna distinción en ese sentido ni ninguna precisión específica para este tipo de situaciones como sí realiza en los periodos de suspensión por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento múltiples, que se amplían en dos semanas por cada hijo o hija a partir del segundo (art. 48.6 ET), o para el permiso por cuidado de lactante, cuya duración se incrementa proporcionalmente en estos supuestos (art. 37.4 ET). Por el contrario, la argumentación opuesta también sería defendible, fundamentalmente a la vista de la STJUE de 16 de septiembre de 2010 (Asunto C-149/10, *Chatzi*) en la cual entendió, de un lado, que de la Directiva 96/34/CE relativa

¹⁷ En este sentido, Blasco Jover (2023: 33) alerta del riesgo de que el permiso se utilice de manera abusiva para finalidades distintas del cuidado sin posibilidad de sanción por su mal uso ni modo de control. Sin embargo, a mi modo de ver, este incumplimiento podría configurarse como una transgresión de la buena fe contractual y ser sancionado y, en todo caso, no considero que el riesgo de uso desviado sea superior en este permiso que en otros derechos relacionados con la conciliación de la vida familiar y laboral en los que el objeto del permiso, en el caso de los menores de edad, también se configuraría en términos muy amplios.

Acuerdo marco sobre el permiso parental no se desprende que confiera a cada niño o niña un derecho individual al permiso parental y, de otro lado, que, atendiendo a la finalidad del permiso, en caso de nacimiento de gemelos o gemelas se produce un incremento en la intensidad de las tareas de cuidado que los progenitores deben asumir, pero no en la duración de las mismas, por lo que no justificaría el derecho a un doble permiso parental. A ello añade que la situación específica de los progenitores de gemelos o gemelas debe ser tenida en consideración por parte del legislador nacional, pero no necesariamente mediante el reconocimiento de un permiso por cada uno de los hijos o hijas nacidos.

A buen seguro, esta cuestión generará litigiosidad en la aplicación práctica del permiso, por lo que hubiera sido deseable que la norma hubiera especificado si cada hijo o hija, con independencia de si se trata de un nacimiento, una adopción, una guarda con fines de adopción o un acogimiento múltiple, genera o no derecho al permiso.

3.5. Periodo de disfrute

En virtud del art. 48 bis ET, la duración del permiso parental no podrá ser superior a ocho semanas, continuas o discontinuas. Aparentemente, atendiendo a dicha duración, podría pensarse que la misma no se adecúa a lo dispuesto en la Directiva 2019/1158/UE la cual, como se vio, regula un permiso parental de cuatro meses. No obstante, la legislación nacional sí respetaría la norma comunitaria por aplicación de la denominada «cláusula pasarela» prevista en el art. 20.6 de la Directiva, según el cual:

A efectos del cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 4, 5, 6 y 8 de la presente Directiva y en la Directiva 92/85/CEE, los Estados miembros podrán tener en cuenta cualquier período de ausencia del trabajo relacionada con la familia y cualquier remuneración o prestación económica por esta, entre otros por permisos de maternidad, paternidad, parental o para cuidadores a que pueda acogerse el trabajador en el ámbito nacional y que supere los estándares mínimos previstos en la presente Directiva o en la Directiva 92/85/CEE, siempre que se respeten los requisitos mínimos para dichos permisos y que no se reduzca el nivel general de protección garantizado a los trabajadores en los ámbitos de aplicación de dichas Directivas.

Ello significa que, si la legislación nacional prevé permisos por maternidad, paternidad, parental o de cuidadores de duración superior a la prevista tanto en la Directiva 2019/1158/UE como en la Directiva 92/85/CEE, esos otros permisos podrán ser tenidos en cuenta a la hora de regular el permiso parental, produciéndose, así, una especie de trasvase entre permisos (De la Corte Rodríguez, 2020: 80). De este modo, en los supuestos de maternidad biológica la duración del periodo de suspensión que prevé nuestra normativa interna es de dieciséis semanas, superando en dos semanas la duración mínima prevista en

el art. 8.1 de la Directiva 92/85/CEE, y el periodo restante hasta alcanzar los cuatro meses, podría entenderse cubierto con la excedencia por cuidado de hijos o hijas, cuya duración puede ser muy prolongada. Y, en cuanto al progenitor distinto de la madre biológica, la situación sería todavía más clara habida cuenta que tiene derecho a un permiso de diecisésis semanas igualmente, superando con creces los diez días laborables que contempla el art. 4.1 de la Directiva 2019/1158/UE. Sumando las ocho semanas de permiso parental del art. 48 bis ET a esas catorce semanas en que supera el permiso regulado en el art. 48.4 ET al permiso por paternidad de la Directiva, resulta claro que nuestra normativa respetaría la duración de cuatro meses que la normativa comunitaria prevé para el permiso parental, sin ni siquiera tener en cuenta la excedencia por cuidado de hijos o hijas.

Esta duración de ocho semanas se revela, por ende, como razonable, teniendo en cuenta los diversos derechos de conciliación regulados en la legislación laboral y por la conveniencia de que, a excepción de los primeros meses de vida del menor, no se establezcan permisos excesivamente prolongados y se fomenten en mayor medida las fórmulas de trabajo flexible, con la finalidad de evitar los perjuicios que la dedicación a las tareas de crianza pueden comportar en la vida profesional de las mujeres. De ahí que también deba valorarse de manera positiva que el permiso parental pueda disfrutarse de manera continua o discontinua, pues el disfrute en períodos alternos puede favorecer la responsabilidad y evita el alejamiento del trabajo por períodos prolongados (Rodríguez González, 2022: 158).

Por otra parte, a diferencia de lo que sucede con otros derechos de conciliación, no se prevé ningún supuesto de ampliación de la duración del permiso en supuestos tales como nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiple, como ya se ha comentado, o discapacidad del hijo o hija. Y tampoco contiene ninguna previsión específica a este respecto para las familias monoparentales.

A propósito de este tipo de familias, al configurarse el permiso como un derecho individual e intransferible de cada progenitor, el progenitor único de una familia monoparental tendrá derecho, obviamente, a las ocho semanas de suspensión del contrato de trabajo que le corresponden, pero sin posibilidad de acumular el periodo que hubiera correspondido al otro progenitor, de existir (Cabeza Pereiro, 2020: 60). Una interpretación extensiva del precepto en estos supuestos, aunque en relación con la prestación por nacimiento de hijo o hija, ha sido descartada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 2 de marzo de 2023 (Rec. 3972/2020) y en otras resoluciones posteriores¹⁸, al entender que el establecimiento de una prestación de duración más prolongada en el caso de las

¹⁸ Por ejemplo, STS de 14 de junio de 2023 (Rec. 1642/2022).

familias monoparentales es una tarea que corresponde acometer al poder legislativo y no a los jueces, a quienes les compete la función de interpretar y aplicar el Derecho, pero no la de crearlo y, además, la regulación actual de la citada prestación no resultaría contraria ni a la CE, ni a la normativa de la UE, ni a los tratados o convenios internacionales ratificados por España. Según el Tribunal, no obstaría a esta interpretación el principio de interés superior del menor, por cuanto no sería el único interés en juego ya que dicho principio debe coherir con el principio de igualdad y no discriminación entre mujeres y hombres que también ha sido tenido en consideración al confeccionar la normativa sujeta a examen, pretendiendo fomentar la corresponsabilidad en la crianza de hijos e hijas; y tampoco puede hablarse de «un teórico derecho del menor de las familias monoparentales a ser cuidado en condiciones de igualdad con respecto a las biparentales». Por último, no existiría, a juicio del Tribunal, una discriminación por razón de género, sino un eventual déficit de protección que corresponde remediar, en su caso, al legislador.

Con todo, la sentencia cuenta con un voto particular el cual, discrepando del parecer mayoritario de la Sala, argumenta que cabría efectuar una interpretación integradora de los arts. 177 y ss. LGSS, así como del art. 48.4 ET, a la luz del principio de interés superior del menor consagrado en la normativa interna, internacional y comunitaria, que tenga también en cuenta la perspectiva de género, como, de hecho, ya ha realizado el Tribunal en otras ocasiones tales como los supuestos de gestación por sustitución. Por ello, no se entiende bien por qué en este último caso se reconoció el derecho a la prestación, pese a no estar expresamente contemplado en la legislación y, por el contrario, se niega al progenitor único de una familia monoparental el derecho a disfrutar de una doble prestación acumulada.

Como quiera que el legislador no ha querido contemplar la situación específica de las familias monoparentales con respecto al disfrute del permiso parental, la conclusión que se impone es la imposibilidad de acumulación de dos permisos en la misma persona trabajadora. Ello sin perjuicio de que, de cara al futuro, deba valorarse la necesidad de tomar en consideración las necesidades particulares de determinados tipos de familias, que podría determinar, aunque no solo, el incremento de la duración de algunos permisos, lo cual no necesariamente implicaría su duplicación. En cualquier caso, si no se acometiera una modificación normativa en el sentido indicado, deberemos estar pendientes de lo que resuelva el TJUE al decidir sobre la cuestión prejudicial planteada recientemente por el Juzgado de lo Social n.º 1 de Sevilla sobre esta materia¹⁹.

¹⁹ Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de lo Social n.º 1 de Sevilla (España) el 27 de octubre de 2022 – CCC / Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) (Asunto C-673/22).

3.6. Ejercicio del derecho

Como se ha señalado en el apartado anterior, la persona trabajadora podrá optar entre disfrutar el permiso parental de forma continuada o fraccionada hasta que el menor cumpla ocho años. No obstante, respecto al segundo supuesto, el art. 48 bis ET no precisa cuál debe ser la duración mínima de cada una de las fracciones, lo que abonaría la posibilidad de interpretar que el permiso podría disfrutarse por días sueltos. Ciertamente, ello permitiría un margen de flexibilidad más amplio al trabajador o trabajadora para el disfrute del permiso en función de sus necesidades de conciliación. Ello contrasta con lo previsto en el EBEP el cual, al regular el permiso parental en el ámbito del empleo público, dispone expresamente que la fijación del periodo de disfrute deberá realizarse por semanas completas (art. 49.g). Por ello, no es descartable que en el futuro desarrollo reglamentario que debe acometerse, se establezca la misma previsión en el ámbito del ET y, tal y como sucede también en la suspensión por nacimiento de hijo o hija, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, una vez transcurridas las seis primeras semanas de permiso.

Asimismo, el precepto permite que el permiso se disfrute a tiempo completo o en régimen de jornada a tiempo parcial. En consecuencia, aunque es un permiso de ausencia, por imperativo de la Directiva 2019/1158/UE, debe permitirse a las personas trabajadoras solicitarlo de forma flexible (Ballester Pastor, 2019: 1122) y, entre las modalidades de disfrute flexible, se encontrarían, entre otras, el disfrute a tiempo completo o a tiempo parcial, o en períodos alternos (Considerando 23), posibilidades todas ellas que prevé el art. 48 bis ET. Sin embargo, en relación con el disfrute del permiso en régimen de jornada a tiempo parcial, la norma se remite al desarrollo reglamentario, el cual deberá concretar, entre otras cuestiones, los porcentajes máximos y mínimos de jornada que, en su caso, deberán respetarse. De este modo, mientras el permiso parental no sea retribuido y/o no se prevea un porcentaje de reducción de jornada superior al que establece el art. 37.6 ET, se produciría una suerte de duplicidad con el derecho regulado en este último precepto.

La persona trabajadora deberá preavisar a la empresa, especificando las fechas de inicio y finalización del disfrute del permiso o, en su caso, de los distintos períodos de disfrute, con una antelación mínima de diez días o la que se establezca en el convenio colectivo aplicable, salvo fuerza mayor, «teniendo en cuenta la situación de aquella y las necesidades organizativas de la empresa». Ello viene a dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 5.3 de la Directiva 2019/1158/UE al prever que los Estados miembros deberán establecer un plazo razonable de preaviso para ejercer el derecho, teniendo en cuenta tanto las necesidades de las empresas como las de las personas trabajadoras, y que la solicitud del permiso deberá concretar las fechas de inicio y fin de este. Si bien, en el caso de nuestra legislación se ha optado, con buen criterio, por no exigir

ningún periodo mínimo de antigüedad en la empresa para poder disfrutar del derecho.

Conviene, no obstante, llamar la atención respecto al inciso «teniendo en cuenta la situación de aquella [la persona trabajadora] y las necesidades organizativas de la empresa» que, a mi juicio, y como se desprende también del texto de la Directiva, parece referirse al plazo de preaviso, fundamentalmente en los supuestos de fuerza mayor que impidan respetar el plazo legal o convencionalmente fijado, y no a las fechas de comienzo y finalización del periodo de disfrute del permiso señaladas por la persona trabajadora. Ello sin perjuicio de la posibilidad de aplazamiento que será analizada seguidamente.

En cualquier caso, el derecho al permiso parental es un derecho de carácter pleno e incondicionado de la persona trabajadora (Ballester Pastor, 2019: 1122), no un derecho a solicitar, de tal manera que no podrá ser denegado por la empresa (Blasco Jover, 2023: 34; Nieto Rojas, 2023: 89), a salvo de lo que se pueda establecer en el desarrollo reglamentario del precepto en relación con las modalidades de disfrute flexible; pero incluso en ese caso, la negativa de la empresa no podría referirse al disfrute del derecho sino a la modalidad concreta pretendida (Cabeza Pereiro, 2020: 61). Ahora bien, el último párrafo del art. 48 bis ET le permite aplazar el disfrute del permiso por un periodo razonable, debiendo justificarlo por escrito y con la obligación de ofrecer, previamente, una alternativa de disfrute igual de flexible, cuando «dos o más personas trabajadoras generasen este derecho por el mismo sujeto causante o en otros supuestos definidos por los convenios colectivos en los que el disfrute del permiso parental en el periodo solicitado altere seriamente el correcto funcionamiento de la empresa».

El supuesto relativo a las personas trabajadoras que generen el derecho por el mismo sujeto causante resultaría más claro y viene a coincidir con lo que dispone el ET respecto a otros derechos de conciliación como el permiso por cuidado de lactante (art. 37.4) o la reducción de jornada para el cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave (art. 37.6), que permiten limitar su ejercicio simultáneo por razones fundadas y objetivas de funcionamiento de la empresa. Sin embargo, en cuanto a otros supuestos en los que disfrute del permiso parental en un periodo concreto pudiera alterar seriamente el funcionamiento de la empresa no queda claro si resulta imprescindible, para poder efectuar el aplazamiento, que tales supuestos hayan sido definidos por la negociación colectiva y, en consecuencia, en defecto de previsión convencional, la empresa no podría aplazar el disfrute del permiso aun cuando alterara seriamente su funcionamiento, o si, por el contrario, la falta de regulación de esta cuestión en convenio legitimaría a la empresa para realizar el aplazamiento siempre que acredite dichas alteraciones (Blasco Jover, 2023: 35).

Puede valer para ilustrar esta cuestión un ejemplo sobre una situación típica que podría plantearse en una empresa. Posiblemente, una de las situaciones

en las que el permiso parental se revela especialmente apropiado sería para atender al cuidado de los hijos e hijas durante el periodo de vacaciones escolares. Si en una empresa pequeña varios trabajadores o trabajadoras solicitaran al mismo tiempo el disfrute del permiso parental durante ese periodo, resulta evidente que podría enfrentarse a serios problemas organizativos. Sin embargo, la duda que se plantea es si, en defecto de previsión expresa en convenio, la empresa podría aplazar el disfrute del permiso de, al menos, algunos de los trabajadores o trabajadoras concernidos, tras haberles ofrecido una alternativa.

Es esta una cuestión que corresponderá dilucidar a los Tribunales, si bien, a mi modo de ver, debería admitirse la posibilidad de aplazamiento siempre que la empresa acredite esas dificultades serias en su funcionamiento (Blasco Jover, 2023: 35) y previa ponderación de los intereses en conflicto, lo cual no estará exento de dificultades, sobre todo en cuanto a la interpretación de qué puede entenderse por «periodo razonable» a tales efectos, pues deberá posibilitar, en todo caso, el ejercicio del derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral²⁰.

3.7. Carácter no retribuido

La principal crítica que cabe efectuar a la regulación del permiso parental es su carácter no retribuido, lo cual choca frontalmente con las previsiones de la Directiva 2019/1158/UE. De hecho, se trata de la cuestión que determinaba principalmente la inadecuación de la legislación interna a la normativa comunitaria en lo que al permiso parental se refiere. El propio legislador de urgencia reconoce que la transposición de la Directiva ha sido parcial, pues se habría excluido lo dispuesto en el art. 5 y en el art. 8.3, respecto de la remuneración o la prestación económica del permiso parental (Disp. final 8.^a RD-Ley 5/2023).

El argumento que se esgrime para justificar la ausencia de transposición de lo dispuesto en la Directiva en este punto es que, en lo relativo a la remuneración o prestación económica del permiso parental, el plazo para transponer la norma comunitaria sería más amplio, pues finalizaría el 2 de agosto de 2024. No obstante, ello no es del todo cierto habida cuenta que este plazo más amplio se refiere únicamente a la retribución de las dos últimas semanas del permiso parental, no a la de la totalidad de los dos meses que, como mínimo, debe abarcar dicha retribución, cuyo plazo fue el general de 2 de agosto de 2022 (López Álvarez, 2023: 2).

Ahora bien, para determinar si la norma cumple con las disposiciones de la Directiva en este punto debe acudirse, nuevamente, a la «cláusula pasarela» del art. 20.6, que permitiría tener en consideración, a efectos de dar cumpli-

²⁰ Siguiendo con el ejemplo citado, si varias personas trabajadoras solicitan el permiso parental durante el mes de julio y ello ocasiona serias alteraciones organizativas a la empresa, esta podría aplazar el disfrute del permiso, pero, seguramente, no más allá de dicho mes, pues las necesidades de conciliación podrían circunscribirse a ese periodo, coincidente con las vacaciones escolares.

miento a la obligación de retribuir al menos una parte del permiso parental, cualquier remuneración o prestación económica, entre otros, por permisos de maternidad, paternidad, parental o para cuidadores a que pueda acogerse la persona trabajadora en el ámbito nacional y que superen los estándares mínimos de la normativa comunitaria. En el caso de nuestro ordenamiento interno, las remuneraciones que deben tenerse en cuenta serían las prestaciones por nacimiento y cuidado de menor, que ascienden al 100% de la base reguladora (art. 179.1 LGSS)²¹. De este modo, en el caso de los progenitores distintos de la madre biológica la prestación cubre un total de diecisésis semanas que permitirían cumplir, sobradamente, la exigencia de contar con un permiso parental retribuido durante, como mínimo, dos meses, por cuanto la Directiva prevé un permiso de paternidad de 10 días laborables. No obstante, no puede afirmarse lo mismo en los supuestos de maternidad biológica, pues la prestación cubre también diecisésis semanas, pero únicamente dos más que las establecidas en el art. 8 de la Directiva 92/85/CEE. En consecuencia, no puede entenderse que el permiso parental regulado en el art. 48 bis ET respete lo dispuesto en el art. 8.3 en relación con el art. 5.2 de la Directiva 2019/1158/UE (López Álvarez, 2023: 2; Cabeza Pereiro, 2021: 79). En efecto, de conformidad con lo dispuesto en estos últimos preceptos, dos meses de permiso parental deberán ser retribuidos y dos meses equivalen a más de ocho semanas, a las que cabría descontar las dos semanas en que mejora el permiso por nacimiento de hijo o hija para la madre biológica al permiso por maternidad de la normativa comunitaria. Quedarían, por ende, más de seis semanas sin retribución de ningún tipo, respecto a una parte de las cuales el plazo de transposición habría finalizado el 2 de agosto de 2022 (López Álvarez, 2023: 2).

La conclusión que se extrae de cuanto antecede es que deberá acometerse la regulación de la remuneración del permiso parental a la mayor brevedad posible, al haberse superado ampliamente el plazo para la incorporación de la Directiva 2019/1158/UE a nuestra legislación interna. En cualquier caso, pese a que la inadecuación únicamente afectaría a los permisos parentales de las madres biológicas, la regulación debería ser igualitaria para ambos progenitores, así como en los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento pues, de lo contrario, se convertiría en un elemento desincentivador del disfrute del permiso por parte de los hombres y no se fomentaría la corresponsabilidad en las funciones de cuidado.

Para abordar esta tarea, lo más conveniente, a mi juicio, sería regular una nueva prestación económica de la Seguridad Social, solución esta que sugiere el

²¹ Cabe tener en cuenta que, en el supuesto de parto, si la madre no reuniera el periodo de cotización necesario para tener derecho al subsidio, se le reconocerá un subsidio por nacimiento cuya cuantía es del 100% del IPREM durante cuarenta y dos días, sin perjuicio de los supuestos de ampliación previstos (arts. 181-182 LGSS).

hecho de que el permiso parental se haya configurado como un supuesto de suspensión del contrato de trabajo que exonera a la empresa de su obligación de retribuir a la persona trabajadora. La cuestión que se plantea es, en consecuencia, qué nivel de ingresos debería cubrir dicha prestación para no desincentivar el disfrute del permiso parental por parte de ambos progenitores, fundamentalmente, de los hombres.

A este respecto, aunque la Directiva 2019/1158/UE no fija ningún umbral mínimo, el Considerando 31.º proporciona algunas pautas a los Estados miembros a la hora de regular la remuneración o prestación económica del periodo no transferible del permiso parental afirmando que deberá fijarse «en un nivel adecuado» y que al determinar dicho nivel adecuado deberán tener en consideración que el disfrute del permiso parental conlleva frecuentemente «pérdidas de ingresos para la familia», de tal manera que la persona que constituya la percipiente principal de ingresos en una familia no se acogerá a un permiso parental si dicho permiso no está lo «suficientemente bien remunerado, para poder mantener un nivel de vida digno». A ello cabe añadir lo dispuesto en el art. 8.3 de la norma comunitaria, de conformidad con el cual, al definir la remuneración o prestación económica, los Estados miembros deberán hacerlo de manera que se facilite el disfrute por ambos progenitores²².

De ello se extrae que la prestación debería cubrir un porcentaje importante de los ingresos de la persona trabajadora que disfruta del permiso parental. Resulta evidente que el porcentaje que cumpliría dichos requisitos sería, sin ningún tipo de duda, el del 100% de los ingresos. Ello constituiría un estímulo claro al disfrute masculino del permiso parental, al no implicar ninguna pérdida retributiva y al convertir en irrelevante cuál de los progenitores percibe unas retribuciones inferiores que, generalmente, será la mujer (Rocha, 2021: 54).

En todo caso, del texto de la Directiva 2019/1158/UE, no cabe inferir que imponga a los Estados miembros la obligación de garantizar el 100% de los ingresos durante el disfrute del permiso parental, máxime si tenemos en cuenta que, respecto al permiso por paternidad, señala de manera expresa que la remuneración o prestación económica deberá garantizar unos ingresos al menos equivalentes a los que percibiría la persona trabajadora cuando deba interrumpir su prestación de servicios por motivos de salud (art. 8.2)²³. Por consiguiente, un porcentaje inferior podría adecuarse a las exigencias de la legislación comunitaria, aun cuando debe tenerse presente que, cuanto menor sea el nivel de ingresos que cubra la prestación, menos se promoverá la corresponsabilidad en el disfrute del permiso parental.

²² Según Ballester Pastor (2019: 1122) al señalar que la retribución debe facilitar que ambos progenitores lo disfruten, está sugiriendo que debe acercarse a la retribución anterior, pero no es obligatorio.

²³ De hecho, la propuesta inicial de Directiva contemplaba esta misma previsión para el permiso parental (Cabeza Pereiro, 2020: 63).

En línea con lo anterior, también se ha destacado la existencia de estudios que sugieren que los hombres no suelen utilizar permisos que no estén retribuidos, como mínimo, al 80% de sus ingresos (Nieto Rojas, 2023: 90). Asimismo, se ha propuesto una prestación equivalente al subsidio por incapacidad temporal (Cabeza Pereiro, 2021: 86), en cuyo caso, sería preferible optar, a mi modo ver, por un porcentaje del 75% de la base reguladora, coincidente con el subsidio contemplado para las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional durante todo el periodo de incapacidad temporal y con la correspondiente a las contingencias de enfermedad común y accidente no laboral a partir del vigésimo primer día de baja. En consecuencia, estas consideraciones deberían ser tenidas en cuenta a la hora de fijar el importe de la correspondiente prestación²⁴.

En todo caso, el derecho a la percepción de la prestación económica también debería ser individual de cada persona progenitora. Respecto a ello, encontramos ejemplos en nuestra legislación de Seguridad Social en los que la prestación únicamente se reconoce a uno de los progenitores en caso de ambos reunieran los requisitos exigidos para percibirla, tal y como sucede con la prestación por ejercicio corresponsable del cuidado del lactante (arts. 183-185 LGSS) y la prestación por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave (arts. 190-192 LGSS). No debería optarse por esta configuración de la prestación en lo que respecta al permiso parental, en aras al fomento de la corresponsabilidad, y porque de la Directiva 2019/1158/UE se desprendería que el derecho a la remuneración o prestación económica lo ostenta cada persona trabajadora que ejerza su derecho al permiso parental. Igualmente, no cumple la exigencia de retribución del permiso parental el reconocimiento de beneficios por parte de la normativa de Seguridad Social para las excedencias por cuidado de hijos o hijas y familiares, en concreto, la consideración como periodo de cotización efectiva de este periodo de excedencia a efectos de acceder a determinadas prestaciones (art. 237 LGSS) (Ballester Pastor, 2019: 1124).

Finalmente, no cabría descartar, en lo atinente a la retribución del permiso parental, la posibilidad de reconocer un importe superior en caso de que ambos progenitores lo disfruten, con el objetivo, nuevamente, de promover una mayor utilización de este permiso por parte de los hombres.

²⁴ Un estudio sobre los diferentes permisos, tanto maternidad y paternidad, como parentales en diferentes países, actualizado a abril de 2023, puede consultarse en Blum, Dobrotić, Kaufman, Koslowski y Moss (2023). En dicho estudio se indica que un permiso se considera bien pagado cuando cubre el 66% o más de los ingresos (p. 39). No obstante, la gran diversidad existente entre los distintos países en términos de duración y retribución del permiso parental, dificulta efectuar comparaciones. Si bien cabe señalar, que incluso en los países con permisos de duración más prolongada y mejor remunerados, como los países nórdicos, la prestación no alcanza a cubrir el 100% de los ingresos.

3.8. Protección de las personas trabajadoras que disfruten del permiso parental

El reconocimiento de derechos de conciliación, como el permiso parental, requiere la adopción de mecanismos adicionales de tutela para la protección de las personas trabajadoras que ejerciten este derecho. Al mismo tiempo, la prevención de medidas adecuadas de protección frente a posibles represalias por estos motivos constituye una pieza clave para fomentar la corresponsabilidad. Estas cuestiones han sido contempladas en el RD-Ley 5/2023, el cual ha introducido diversas modificaciones con tal finalidad.

De este modo, en primer lugar, en el art. 4.2.c) ET se reconoce el derecho de las personas trabajadoras a no ser discriminadas ni directa ni indirectamente, entre otros motivos, por razón de sexo, incluyendo expresamente en esta causa de discriminación el «trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres por el ejercicio de los derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral». Con ello, nuestra normativa resulta más clara que la Directiva 2019/1158/UE, la cual, pese a establecer la obligación de los Estados miembros de adoptar medidas para prohibir que las personas trabajadoras reciban un trato menos favorable por haber solicitado o disfrutado uno de los permisos previstos en la misma, no llega a establecer explícitamente que dicho trato desfavorable constituya una discriminación por razón de sexo (Ballester Pastor, 2019: 1113; Cabeza Pereiro, 2020: 77).

Ello tendrá como consecuencia la nulidad de cualquier decisión empresarial que implique un trato desfavorable a un trabajador o trabajadora por el ejercicio del derecho al disfrute del permiso parental (art. 17.1 ET). Específicamente en caso de despido, el RD-Ley 5/2023 ha modificado tanto el art. 53.4 como el art. 55.5 ET para ampliar los supuestos de nulidad objetiva del despido incluyendo, entre otros, el «disfrute del permiso parental a que se refiere el artículo 48 bis». Por consiguiente, si el despido de la persona trabajadora se produce durante el periodo de suspensión del contrato por disfrute del permiso parental será calificado como nulo, salvo que pueda ser calificado como procedente. De esta manera, tras esta modificación, todos los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral regulados en el ET, con la excepción del permiso por fuerza mayor familiar del art. 37.9 ET, cuentan con esta protección reforzada frente a la decisión de la empresa de proceder al despido de la persona trabajadora²⁵. Con ello, la legislación interna va un paso más allá de lo dispuesto en la normativa comunitaria, habida cuenta que el art. 12, apartados 1 y 2 de la Directiva 2019/1158/UE se refiere a la protección de las personas trabajadoras frente al despido «por haber solicitado o disfrutado» alguno de los permisos contemplados en la misma, lo cual exigiría que la decisión extintiva estuviera

²⁵ Así, se ha paliado la injustificada exclusión de los supuestos de adaptación de la jornada y de la forma de prestación del art. 34.8 ET.

motivada por el hecho de haberse solicitado o estar disfrutando del permiso (Cabeza Pereiro, 2020: 75). Por el contrario, en la normativa interna la decisión extintiva puede ser calificada como nula aun cuando no exista móvil discriminatorio, pues lo determinante a tales efectos es que la empresa no acredite una causa justificada para despedir.

Junto a ello, se dispone que, para el cálculo de las indemnizaciones previstas en el ET, el salario a tener en cuenta cuando la persona trabajadora estuviera disfrutando de un permiso parental en régimen de jornada parcial, será el que le hubiera correspondido de no estar disfrutando dicho permiso a tiempo parcial (Disp. adicional 19.^a ET).

4. Conclusiones

Tras el análisis del régimen jurídico del nuevo permiso parental la principal conclusión que se extrae es que la transposición de la Directiva 2019/1158/UE no se ha realizado de manera adecuada, habida cuenta de que debería haberse previsto alguna remuneración o prestación económica para el mismo, sin que sea posible argumentar que el plazo para transponer este aspecto todavía no ha finalizado pues, como se ha expuesto a lo largo de estas líneas, dicha afirmación es cierta solo con respecto a la retribución de las dos últimas semanas del permiso parental. Se trata de una cuestión que no es baladí por cuanto, precisamente la necesidad de introducir un permiso remunerado es la principal innovación que debe acometerse para adecuar nuestra normativa a la legislación comunitaria. Al mismo tiempo, la garantía de un nivel suficiente de ingresos durante el disfrute de los permisos vinculados a la conciliación de la vida familiar y laboral se revela como un elemento fundamental, junto con su carácter individual e intransferible, para fomentar la corresponsabilidad en las tareas de cuidado.

Ahora bien, conviene recordar que, el hecho de que una medida de conciliación cumpla con estos requisitos, no es garantía de corresponsabilidad si se proyecta en una sociedad en la que la asunción de responsabilidades familiares sigue recayendo, mayoritariamente, en las mujeres (Gorelli Hernández, 2022: 13). En definitiva, con ser importante, no es suficiente con que la corresponsabilidad impregne el texto de las leyes, también es necesario que se inserte en la sociedad y en las empresas.

Por otro lado, las últimas reformas en materia de derechos de conciliación y corresponsabilidad han puesto de manifiesto, a mi juicio, la necesidad de acometer una reordenación de la normativa reguladora de estas cuestiones que evite duplicidades y promueva de manera decidida el recurso a formas de trabajo flexible las cuales, además, pueden resultar más atractivas para los hombres (López Álvarez, 2022: 69), en detrimento del disfrute de permisos de larga dura-

ción que comportan una ausencia prolongada del mercado de trabajo, particularmente, de las mujeres. En esta línea destaca la modificación del art. 34.8 ET llevada a cabo por el propio RD-Ley 5/2023, respecto a la adaptación de la duración y distribución de la jornada de trabajo o de la forma de prestación, en la que, fundamentalmente, se amplía el ámbito subjetivo de la medida y se reduce el plazo de negociación entre empresa y persona trabajadora en defecto de previsión negocial.

De este modo, a mi modo de ver, esta reordenación debería basarse en dos pilares: de un lado, con respecto a las tareas de cuidado de hijos o hijas, debería garantizarse el cuidado de los menores por parte de sus progenitores al menos durante su primer año de vida (o durante el primer año tras la adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento) mediante permisos igualitarios, intransferibles y convenientemente remunerados. De otro lado, más allá de dicho periodo temporal, así como en los supuestos en los que las responsabilidades de cuidado se refieran a otras personas distintas de hijos e hijas, debería otorgarse preferencia a las fórmulas de trabajo flexible frente a los derechos de ausencia, debiendo estos tener una duración no excesivamente prolongada.

Finalmente, cabe reseñar que en el reciente acuerdo de legislatura entre los partidos que conforman el actual Gobierno de coalición se prevé la extensión de los permisos por maternidad y paternidad hasta las 20 semanas, con una mayor flexibilidad con el trabajo a tiempo parcial desde la semana 16, así como remunerar, a partir de agosto de 2024, al menos cuatro semanas del permiso parental por cada hijo/a²⁶. Llegará tarde, pero bienvenido será.

5. Bibliografía

- BALLESTER PASTOR, M.ª Amparo (2019) «De los permisos parentales a la conciliación: expectativas creadas por la Directiva 2019/1158 y su transposición al ordenamiento español», *Derecho de las Relaciones Laborales*, 11, 1109-1132.
- BLASCO JOVER, Carolina (2023) «Cuando se cierra una puerta se abre una ventana: el RD ley 5/2023 salva *in extremis* la esencia de la ley de familias», *Lex Social. Revista de Derechos Sociales*, 13(2), 1-49.
- BLUM, Sonja, DOBROTIĆ, Ivana, KAUFMAN, Gayle, KOSLOWSKI, Alison, and MOSS, Peter (2023) *International Review of Leave Policies and Research 2023*. Disponible en: <https://www.leavenetwork.org/annual-review-reports/review-2023/>
- CABEZA PEREIRO, Jaime (2005) «La conciliación de la vida familiar y laboral. Situación en Europa», *Revista de Derecho Social*, 31, 21-39.

²⁶ Nótese que, como se indicó anteriormente, por aplicación de la denominada «cláusula parela», en caso de ampliar los permisos por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento a 20 semanas, sería suficiente, para que nuestra legislación se acomode a la Directiva 2019/1158/UE, con la remuneración de cuatro semanas de permiso parental.

- CABEZA PEREIRO, Jaime (2010) «¿En qué debe cambiar el Derecho Español para adaptarse al Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental?», *Aranzadi social*, 6 (versión electrónica).
- CABEZA PEREIRO, Jaime (2020) «La Directiva de conciliación de la vida familiar y laboral», *Revista de Derecho Social*, 92, 41-80.
- CABEZA PEREIRO, Jaime (2021) «La Directiva (UE) 2019/1158 y su trasposición al derecho interno», en RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Emma (Dir.) y MARTÍNEZ YÁÑEZ, Nora M.ª (Dir.), *Conciliación y corresponsabilidad de las personas trabajadoras: presente y futuro*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 67-92.
- CASAS BAAMONDE, M.ª Emilia (2018) «Conciliación de la vida familiar y laboral: Constitución, legislador y juez», *Derecho de las Relaciones Laborales*, 10, 1065-1082.
- DE LA CORTE RODRÍGUEZ, Miguel (2020) «La Directiva relativa a la conciliación de la vida familiar y profesional y su repercusión en la legislación española», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, 146, 69-96.
- EUROFOUND (2019) *Parental and paternity leave – Uptake by fathers*. Publications Office of the European Union: Luxembourg.
- FERNÁNDEZ PRIETO, Marta (2020) «Conciliación de responsabilidades de progenitores y cuidadores e igualdad de oportunidades en la Directiva (UE) 2019/1158», *Revista Derecho Social y Empresa*, 12, 1-30. DOI: 10.14679/1175
- GIL PLANA, Juan (2017) «La excedencia para el cuidado de hijos o familiares: puntos críticos», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 133, 223-267.
- GORELLI HERNÁNDEZ, Juan (2022) «Un análisis normativo de la evolución de las políticas de conciliación en la Unión Europea. De la maternidad a la corresponsabilidad», *Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, 7(2), 10-43.
- LÓPEZ ÁLVAREZ, M.ª José (2022) «La adaptación de la directiva de conciliación de la vida familiar y profesional al ordenamiento español», *Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, 7(2), 64-85.
- LÓPEZ TERRADA, Eva (2010) «Permisos parentales y conciliación», en BALLESTER PASTOR, M.ª Amparo (Coord.), *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 139-161.
- LOUSADA AROCHENA, José Fernando (2008) *Permiso de paternidad y conciliación masculina*. Albacete: Bomarzo
- LOUSADA AROCHENA, José Fernando (2011) «La incidencia sobre la excedencia para el cuidado de hijos/as del nuevo Acuerdo Marco (revisado) sobre el Permiso Parental», *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, 28, 6-13.
- LOUSADA AROCHENA, José Fernando (2019) «La construcción de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral como derechos fundamentales», *Derecho de las Relaciones Laborales*, 8, 783-796.
- NIETO ROJAS, Patricia (2023) «La transposición de la Directiva 2019/1158 de conciliación de la vida familiar y la vida profesional a través del RD Ley 5/2023», *Revista de Estudios Jurídicos Laborales y de Seguridad Social*, 7, 75-102.
- ROCHA, Miriam (2021) «Promoting gender equality through regulation: the case of parental leave», *The Theory and Practice of Legislation*, 9(1), 35-57.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Sarai (2022) «Los derechos de conciliación corresponsable en el derecho español a la luz de la Directiva 2019/1158», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, 154, 141-180.

LA TRANSPARENCIA RETRIBUTIVA PREVIA AL EMPLEO DE LA DIRECTIVA 2023/970

The pay transparency prior to employment at Directive 2023/970

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA

Universitat Oberta de Catalunya

RESUMEN

La Directiva 2023/970 establece unas medidas de transparencia retributiva previas al empleo. Este trabajo analiza esas medidas para determinar si son eficaces para evitar la discriminación y para indicar las posibles mejoras para su transposición al ordenamiento español.

Palabras clave: acceso al empleo, Directiva 2023/970, igualdad retributiva, transparencia retributiva.

ABSTRACT

Directive 2023/970 establishes pay transparency prior to employment measures. This work analyzes those measures to determine whether they are effective to avoid discrimination and to indicate possible improvements for their transposition into Spanish legal system.

Keywords: acceso al empleo, Directiva 2023/970, equal pay, pay transparency.

* **Correspondencia a:** Antonio Fernández García. Universitat Oberta de Catalunya (España). – afernandezgarcia16@uoc.edu – <https://orcid.org/0000-0003-1382-4407>

Cómo citar: Fernández García, Antonio (2024). «La transparencia retributiva previa al empleo de la Directiva 2023/970»; *Lan Harremanak*, 51, 43-57. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.26267>).

Recibido: 30 abril, 2024; aceptado: 15 mayo, 2024.

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



Esta obra está bajo una licencia
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

1. Introducción

La Directiva (UE) 2023/970 del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo de 2023 por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento (en adelante, Directiva 2023/970), supone un ambicioso desarrollo del art. 157.1 y 3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea así como de los arts. 21 y 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Constituye el resultado del compromiso de «presentar medidas vinculantes en materia de transparencia salarial» anunciado en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Una Unión de la igualdad: Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025», de 5 de marzo de 2020. Supera, además, a la Recomendación de la Comisión, de 7 de marzo, sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia, que no parece haber dado los frutos esperados, aunque sus medidas han sido adoptadas en nuestro ordenamiento mediante el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, y el Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres.

Parece claro que estamos ante una norma que establece «instrumentos firmes de avance» (Ballester Pastor, 2023: 3) reforzando lo dispuesto en el art. 4 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (en adelante, Directiva 2006/54), que establece que «para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuye un mismo valor, se eliminará la discriminación directa e indirecta por razón de sexo en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución. En particular, cuando se utilice un sistema de clasificación profesional para la determinación de las retribuciones, este sistema ha de basarse en criterios neutros con respecto al género comunes, y se establecerá de forma que excluya las discriminaciones por razón de sexo». Instrumentos firmes y también necesarios ya que se ha asumido que la aplicación del principio de igualdad de retribución se ve entorpecida por: (i) la falta de transparencia en los sistemas retributivos; (ii) la falta de seguridad jurídica en torno al concepto de «trabajo de igual valor»; (iii) los obstáculos procedimentales a los que se enfrentan las víctimas de discriminación¹.

¹ Considerando 11 de la Directiva 2023/970.

De este modo, la Directiva 2023/970 contiene: (i) obligaciones empresariales de publicidad activa; (ii) derecho de las personas trabajadoras a tener información sobre la situación retributiva en la empresa, el salario de otros trabajadores comparables, con el objetivo de saber si se está vulnerando su derecho a la igualdad retributiva; (iii) obligaciones empresariales de facilitar periódicamente información sobre su situación retributiva a los representantes de las personas trabajadoras y a diferentes organismos públicos; (iv) obligación de informar sobre los criterios (que serán objetivos y neutros con respecto al género) que se utilizan para determinar la retribución de la plantilla, los niveles retributivos y la progresión retributiva; (v) derecho de las personas trabajadoras a solicitar aclaraciones y detalles adicionales y razonables con respecto a los datos facilitados, y a recibir una respuesta motivada; (vi) medidas relacionadas con la valoración y evaluación del trabajo, como las estructuras retributivas neutras y las evaluaciones retributivas conjuntas; (vii) medidas de tutela del derecho de igualdad retributiva, como el fácil acceso a los procedimientos judiciales, la garantía de indemnidad, el derecho a obtener una indemnización efectiva, disuasoria y proporcionada, la inversión de la carga de la prueba, la posibilidad de acceso a las pruebas y plazos de prescripción no inferiores a tres años; (viii) establecimiento de un régimen de sanciones frente los incumplimientos de las obligaciones sobre igualdad retributiva.

De dicho contenido y de sus necesidades de transposición a nuestro ordenamiento se ha ocupado ya parte de la doctrina, por ejemplo, Ballester Pastor (2023), Fuentes Rodríguez (2023), Moraru (2023) y Roqueta Buj (2023). En este trabajo nos centramos en el análisis de las medidas relacionadas con el acceso al empleo, una materia muy concreta y relativamente breve de la Directiva que ocupa tan solo el artículo 5, titulado «Transparencia retributiva previa al empleo», pero que entendemos que suscita más interés de lo que en un primer momento aparenta. Además, se trata de un contenido que solo afecta a los «solicitantes de empleo» (art. 2.3 Directiva 2023/970) y al empleador que oferta tal empleo, a diferencia del resto de la norma cuyo ámbito de aplicación resulta mucho más amplio².

2. Obligaciones de información previa al empleo

Pese a que la mención de la retribución en una oferta de empleo es el dato que más peso tiene a la hora de que una persona muestre interés en ella (Cooper

² «Todos los trabajadores que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral según se definen en el Derecho, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado miembro, y habida cuenta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia» (art. 2.2 Directiva 2023/970).

et al., 2005: 83)³, no todas las empresas la indican pese a disponer de espacios específicos en los portales de empleo virtuales (tanto públicos como privados) y redes sociales profesionales⁴, que son los medios más utilizados en la actualidad para difundir las vacantes (Fernández García, 2021: 335-338).

Además de ocultar esta información en las ofertas, en ocasiones ni siquiera informan de ese dato hasta bien avanzado el proceso de selección. Por ejemplo, se empieza a informar en la última entrevista por lo que la mayoría de los solicitantes de empleo no llegan a conocer nunca el rango salarial ya que son descartados en fases anteriores. Los motivos para esta extendida opacidad son variados, pero se estima que no se desea dar información a otras empresas competidoras (o a la propia plantilla, cosa que el resto de medidas de transparencia retributiva de la Directiva 2023/970 convertirá en una opción estéril); o bien el salario es muy bajo y se perderían solicitantes en fases tempranas del proceso que, de continuar, sí acabarían mostrando interés por otras características del puesto⁵. Por otro lado, la empresa posee mayor poder de negociación frente a la persona candidata o para forzar la aceptación de la oferta a una persona desempleada con mucha necesidad de obtener el empleo, colectivo que tampoco es proclive a preguntar por la retribución durante un proceso de selección ni a negociar nada en este aspecto.

Esta práctica puede resultar lesiva para la propia empresa ya que algunas personas se negarán a inscribirse en una oferta de empleo si no se facilita la información retributiva. Piénsese que el hecho de mostrar el salario no solo es importante para considerar un cambio de trabajo, sino que, además, los portales de empleo permiten que las personas candidatas filtren las ofertas en función de esa variable por lo que, si no se suministra dicho dato, la oferta no será listada ni se visualizará, perdiéndose potenciales solicitantes (Infojobs, 2019).

Parece, pues, que la Directiva 2023/970 supondrá, en principio, un revulsivo ante el panorama descrito. Veamos en los siguientes epígrafes las concretas obligaciones que estipula (¿sobre qué informar? ¿cuándo informar? y ¿cómo informar?).

³ Por otro lado, si bien el salario parece que está dejando de ser el motivo que mayor peso tiene a la hora de decidirse por un cambio de empleo, las bajas voluntarias en las empresas se producen mayoritariamente porque la persona trabajadora recibe mejores ofertas salariales de otras empresas, aunque esta tendencia también se va reduciendo desde el año 2019 (Infoempleo y The Adecco Group, 2023: 173, 178 y 185).

⁴ Véase en Fernández García (2019) una muestra de ofertas de empleo entre las que se comprobará que muchas no informan de la remuneración.

⁵ Se estima que un salario bajo es uno de los principales escollos para la contratación de determinados perfiles (Infoempleo y The Adecco Group, 2023: 174). Por otro lado, el 43% de los desempleados manifiestan rechazar empleos por no ofrecer un salario suficiente y casi el 13% por tratarse de una categoría profesional no esperada (Infoempleo y The Adecco Group, 2023: 188).

2.1. ¿Sobre qué informar?

En primer lugar, el art. 5.1 Directiva 2023/970 indica que los solicitantes de empleo tendrán derecho a recibir del empleador potencial información sobre: (i) la retribución inicial o la banda retributiva inicial, basadas en criterios objetivos y neutros con respecto al género, correspondientes al puesto al que aspiran⁶; (ii) y, en su caso, las disposiciones pertinentes del convenio colectivo aplicado por el empleador con respecto al puesto.

Por «retribución» debe entenderse «el salario o sueldo base o mínimo ordinario y cualesquiera otras gratificaciones abonadas directa o indirectamente, en efectivo o en especie («componentes complementarios o variables»), por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo» (Art. 3.1.a Directiva 2023/970)⁷. Y la «banda retributiva» no viene definida en la norma, pero remite a la idea de existencia de un rango máximo y mínimo, dentro del cual se fija el nivel retributivo concreto de cada persona trabajadora (Fuentes Rodríguez, 2023: 240). De hecho, parece más lógico (y fiable) que se informe una banda retributiva ya que el cálculo exacto de la retribución inicial puede variar en empleos con turnicidad, nocturnidad, salario variable, etc. Obviamente, informar sobre una banda salarial excesivamente amplia, con el objeto o no de burlar la norma, resulta en un incumplimiento de la misma. En cualquier caso, parece que lo más adecuado es expresar dicha información en términos de retribución bruta anual o de retribución por hora⁸.

En segundo lugar, se obliga adicionalmente a informar sobre las disposiciones pertinentes del convenio colectivo de aplicación al puesto ofertado. A nuestro entender, si una mera remisión al convenio, indicándose la denominación

⁶ Fuentes Rodríguez (2023: 240) matiza acertadamente que «en realidad, la obligación formulada es la de facilitar información sobre la retribución que recibiría el trabajador en el puesto al que aspira, y ello será en todo caso, aunque la misma no esté basada en criterios objetivos y neutros con respecto al género, pues el inciso que hace la Directiva es su redacción debe entenderse exclusivamente como un refuerzo de la idea de que toda retribución ha de estar basada en estos criterios».

⁷ «En el caso de los componentes complementarios o variables, deben tenerse en cuenta todas las prestaciones adicionales al salario o sueldo base o mínimo ordinario que se abonen directa o indirectamente, en efectivo o en especie, al trabajador. Dichos componentes complementarios o variables pueden incluir, entre otros, las primas, la compensación por horas extraordinarias, el complemento de transporte, las dietas por alojamiento y manutención, el plus de formación, las indemnizaciones por despido, la prestación legal por enfermedad, las prestaciones reglamentarias y las pensiones de empleo. El concepto de «retribución» debe incluir todos los elementos de la remuneración exigibles con arreglo al Derecho, los convenios colectivos o las prácticas de cada Estado miembro» (Considerando 21 de la Directiva 2023/970).

⁸ Así lo sugiere, en general, el Considerando 22 de la Directiva 2023/970: «Con el fin de garantizar una presentación uniforme de la información exigida por la presente Directiva, los niveles retributivos deben expresarse en términos de retribución bruta anual y de retribución bruta por hora correspondiente. El cálculo de los niveles retributivos debe poder basarse en la retribución efectiva especificada respecto al trabajador, independientemente de que esta se determine sobre una base anual, mensual, por hora o de otro modo».

concreta, supone un sencillo conocimiento de esa información, se estaría dando cumplimiento a la norma. En caso contrario, por ejemplo, si el convenio estipula diferentes niveles retributivos dentro de un grupo profesional y no se concretase cuál corresponde al puesto ofertado, se estaría vulnerando la medida de transparencia retributiva. En definitiva, esta segunda obligación parece que pondrá que antes de la contratación deba quedar claramente especificado el concreto grupo profesional, nivel retributivo y otra información relacionada.

2.2. ¿Cuándo informar?

La Directiva 2023/970 establece que «esa información se facilitará de tal forma que se garantice una negociación informada y transparente sobre la retribución, por ejemplo, en el anuncio de la vacante que se publique o por otro medio».

Por lo tanto, parece que no se puede esperar a la última fase de un proceso de selección o a la propia entrevista de trabajo, porque entonces no se puede negociar nada, al menos de manera «informada». Tampoco resulta posible esperar al primer día de trabajo, por lo tanto, debe cumplirse con esta obligación como mínimo el día antes. En ningún caso debe confundirse esta nueva obligación con la establecida en el art. 5.1 de la Directiva (UE) 2019/1152, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, que obliga a informar de la remuneración entre el primer día de trabajo y el séptimo día natural⁹.

A nuestro juicio hubiera sido óptimo establecer dicha obligación en la oferta de empleo, siempre que se hubiera difundido públicamente, por ejemplo, mediante algún intermediario o en la propia página web de la empresa. De hecho, en la propuesta de la Directiva aparecía la obligación de facilitar esta información «antes de la entrevista de trabajo» y sin que la persona solicitante tuviera que pedirla, redactado mucho más óptimo que el definitivo para garantizar la efectividad del derecho de información (Fuentes Rodríguez, 2023: 240-241).

2.3. ¿Cómo informar?

El art. 8 Directiva 2023/970 indica que los empleadores facilitarán la información que proporcionen a los solicitantes de empleo en un formato que sea accesible para las personas con discapacidad y que tenga en cuenta sus necesidades específicas¹⁰. Por lo tanto, para el resto de las personas no se establece un formato concreto.

⁹ «Se proporcionará individualmente al trabajador en forma de uno o más documentos, durante el período comprendido entre el primer día de trabajo y, a más tardar, el séptimo día natural».

¹⁰ El Considerando 37 de la Directiva obliga a garantizar que a las personas con discapacidad se les facilite la información teniendo en cuenta sus discapacidades particulares, en un formato y con una forma de asistencia y apoyo adecuada que garanticen su acceso a la información y la compren-

En todo caso, si se ha publicado en la oferta de empleo habrá sido por escrito, con las mencionadas previsiones específicas para determinadas personas con discapacidad. Pero de lo contrario, parece que podrá ser de palabra durante la entrevista o en la invitación a la entrevista, o por escrito vía correo electrónico, etc. Hubiera sido más apropiado que se exigiera la forma escrita con acuse de recibo durante las primeras fases del proceso, o que figurase en la propia oferta de empleo, como hemos apuntado anteriormente.

3. Prohibición de preguntar sobre el historial retributivo

El art. 5.2 Directiva 2023/970 prohíbe a los empleadores «hacer a los solicitantes preguntas sobre su historial retributivo en sus relaciones laborales actuales o anteriores». Por lo tanto, no se podrá preguntar ni en la entrevista de selección, ni tampoco a través de cuestionarios escritos, ni de ningún otro modo. En ese sentido, algunos cuestionarios contienen preguntas sobre la experiencia laboral, demandándose que se especifique el sector empresarial, las tareas y responsabilidades, los logros alcanzados, pero también la retribución percibida. Con esta nueva prohibición deberán eliminarse ese tipo de cuestiones tanto en los formularios físicos como en los digitales.

De todos modos, lo habitual es que para la difusión de la vacante se recorra a portales de empleo y otros intermediarios digitales. Estos últimos no solo publican las ofertas de empleo, sino que ofrecen servicios que ayudan a filtrar y descartar a personas candidatas en función de diversos parámetros, para facilitar la selección en caso de numerosas solicitudes. Podría decirse que estamos en muchas ocasiones ante una oferta-inscripción, a la que se suma un tratamiento automatizado (filtrado), y no solo ante una mera información sobre una vacante. En pocos segundos la persona que se inscribe puede ser analizada por el programa informático y ser descartada o continuar en el proceso de selección. Así, es común utilizar las denominadas *killer questions*, esto es, formularios específicos de obligada cumplimentación si una persona desea inscribirse a una oferta publicada. Las preguntas incorporadas adoptan muchas veces la forma de test de respuesta múltiple. Suelen estar relacionadas directamente con los requisitos más esenciales del perfil demandado por lo que determinadas respuestas «no deseadas» eliminan a la persona del proceso o la sitúan en los puestos más bajos de una lista jerarquizada en atención a una puntuación establecida. En es-

sión de esta. Lo anterior podría consistir, por ejemplo, en proporcionar la información de una forma que sea fácil de entender y que puedan percibir, utilizando un tamaño de letra adecuado, suficiente contraste u otro formato adecuado al tipo de discapacidad. Cuando proceda, será de aplicación la Directiva (UE) 2016/2102, de 26 de octubre de 2016, sobre la accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles de los organismos del sector público.

tas preguntas tampoco podrían incluirse peticiones de informaciones salariales actuales o anteriores en cumplimiento de la nueva Directiva 2023/970. Aparece en estos casos el peligro de impunidad puesto que se trata de cuestionarios que no son visibles para cualquiera que visualice la oferta, sino solo para la persona que postula a ella, lo que provoca que la ilicitud quede oculta.

Otra herramienta de los portales de empleo son los filtros para localizar personas candidatas en sus bases de datos o jerarquizarlas en función de parámetros como el sexo, la edad¹¹, la nacionalidad, la titulación académica, la experiencia profesional, etc., incluyendo las pretensiones salariales. Esta última posibilidad no sería ilícita porque lo que prohíbe la Directiva 2023/970 es preguntar sobre la remuneración actual o anterior, y el salario por debajo del cual una persona no desea aceptar un empleo no puede encajarse dentro de esas categorías. Lo que no resultaría acorde con la norma sería la persistencia de campos de datos de obligatoria cumplimentación donde se solicitase información retributiva de anteriores o actuales puestos de trabajo, al igual que hemos comentado en el caso de los formularios físicos. Ni tampoco sería lícito un filtro que descartase a personas en atención a su historial retributivo.

4. Obligaciones respecto de las ofertas de empleo, denominaciones de puestos y procesos de contratación

El art. 5.3 Directiva 2023/970 estipula que «los empleadores deben garantizar que los anuncios de las vacantes de trabajo y las denominaciones de los puestos de trabajo sean neutros con respecto al género, y que los procesos de contratación se desarrolle de un modo no discriminatorio, a fin de no socavar el derecho a la igualdad de retribución por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor». Esta obligación no parece únicamente dirigida a evitar la discriminación salarial sino más bien constituye un precepto que pretende evitar la discriminación en general por razón de sexo (Fuentes Rodríguez, 2023: 241).

Recuérdese que la Directiva 2006/54 ya prohíbe la discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo, lo que incluye los procesos de contratación y también la publicación de vacantes¹². De hecho, el TJUE ya se ha pronunciado en ocasiones sobre las denominaciones de los puestos de trabajo en las ofertas de empleo y también lo han hecho nuestros tribunales¹³.

¹¹ Nótese que estamos ante herramientas discriminatorias por razón de sexo y edad.

¹² STJUE de 21 de mayo de 1985, C-248/83, asunto Comisión contra República Federal de Alemania, ECLI:EU:C:1985:214.

¹³ STJUE de 22 de abril de 1997, C-180/95, asunto Draehmpaehl, ECLI:EU:C:1997:208, y STSJ de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 10 de octubre de 2005, ECLI:ES:TSJCAT:2005:11266, por ejemplo.

A nuestro entender, este redactado tendrá cierta influencia en nuestro ordenamiento jurídico porque parece obligar al uso del lenguaje inclusivo en la redacción de las ofertas de empleo y denominaciones de puesto. Si bien se trata de un tipo de lenguaje que podría ser discutible en el redactado de legislación y de convenios colectivos (Gil y Gil, 2024: 66-71) en el ámbito de las ofertas de empleo entendemos que debe ser utilizado obligatoriamente, evitándose el recurso al masculino como genérico de la palabra que se designa, pese a que gramaticalmente sea lo adecuado¹⁴.

Piénsese que, tradicionalmente, se han publicado vacantes destinadas a un solo sexo, especificándose en la oferta la preferencia en cuestión, resultando ilícita esta práctica aunque poco perseguida hasta hace unos años¹⁵. Por lo tanto, es posible que una oferta donde se use el masculino como genérico pueda fácilmente interpretarse como excluyente de las mujeres, ya que en el pasado ha existido este tipo de práctica¹⁶.

En ese sentido, el propio TJUE ha afirmado que las meras declaraciones públicas relacionadas con condiciones de acceso al empleo (incluidos los criterios de selección) pueden disuadir «firmemente a determinados candidatos de presentar su candidatura y, por tanto, dificultar su acceso al mercado de trabajo»¹⁷. Lo mismo puede predicarse de una vacante publicada.

La conclusión es clara: si el redactado de la oferta ofrece dudas sobre su potencial discriminatorio, la empresa anuncianta se arriesga a ser sancionada en virtud del art. 16.c¹⁸ del 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 (en adelante, LISOS). En todo caso, incumbe a la empresa probar que no se ha vulnerado el principio de igualdad de trato¹⁹, que su intención al redactar la oferta no era discriminatoria, por ejemplo, si el proceso selectivo en cuestión ha finalizado con la contratación de una mujer aunque la denominación del puesto fuera en masculino²⁰. Así, para evitar estériles procesos judiciales

¹⁴ En contra, la SJS núm. 2 de Lleida de 15 de noviembre de 2023, ECLI:ES:JSO:2023:4356, y la más antigua STSJ de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 8 de marzo de 1999, ECLI:ES:TSJCAT:1999:2243.

¹⁵ De hecho, todavía pueden verse algunas recopiladas por Fernández García (2019).

¹⁶ Así ha ocurrido en el caso enjuiciado por la SJS núm. 2 de Lleida de 15 de noviembre de 2023, ECLI:ES:JSO:2023:4356.

¹⁷ SSTJUE de 25 de abril de 2013, C-81/12, asunto Asociația Accept, ECLI:EU:C:2013:275, de 23 de abril de 2020, C-507/18, asunto Rete Lenford, ECLI:EU:C:2020:289, y de 10 de julio de 2008, C-54/07, asunto Feryn, ECLI:EU:C:2008:397.

¹⁸ En cualquiera de sus dos versiones considera infracción muy grave «establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones para el acceso al empleo».

¹⁹ STJUE de 10 de julio de 2008, C-54/07, asunto Feryn, ECLI:EU:C:2008:397.

²⁰ Nuevamente, véase la SJS núm. 2 de Lleida de 15 de noviembre de 2023, ECLI:ES:JSO:2023:4356.

y cumplir a su vez con la Directiva 2023/970, recomendamos desdoblar la denominación de un puesto («administrativo/a») o emplear sustantivos colectivos de persona («personal administrativo»).

5. ¿Estamos ante medidas antidiscriminatorias?

El Considerando 19 de la Directiva 2023/970 afirma que «un elemento importante para eliminar la discriminación retributiva es la transparencia retributiva previa al empleo». Y el Considerando 32 explica que «la transparencia también garantizaría la existencia de una base explícita y libre de sesgos de género para la fijación de retribuciones y dificultaría la infravaloración de la retribución con respecto a las competencias y la experiencia». De hecho, la ocultación de los criterios para calcular una percepción salarial se considera un indicio de discriminación retributiva por lo que es coherente asumir que ocultar el salario en los momentos previos a la contratación puede ser indicio de futuras discriminaciones²¹. En conclusión, esta nueva obligación de informar sobre la remuneración en el acceso al empleo buscaría un ánimo antidiscriminatorio y no sería tan solo una medida para evitar la asimetría informativa entre ambas partes contratantes.

Asimismo «la transparencia abordaría también la discriminación interseccional, ya que la falta de transparencia en las estructuras retributivas posibilita prácticas discriminatorias por diversos motivos de discriminación» (Considerando 32). Esta lucha contra la discriminación por razón de sexo y por otros factores como el origen racial, que en ocasiones se interconexan o acumulan, creemos que está más vinculada con la prohibición de preguntar sobre el historial retributivo de las personas solicitantes de empleo²². En los Estados Unidos ya hay precedentes sobre prohibiciones similares como, por ejemplo, el del *New York City Administrative Code*, que en 2017 añadió en su párrafo 8-107 el apartado núm. 25 que establece la prohibición de consultar el historial salarial de las personas solicitantes de un empleo, añadiéndose la prohibición de negociar un futuro salario dependiendo de dicho historial²³. Se trata de una medida destinada a evitar la discriminación indirecta de mujeres, personas afroamericanas y otras minorías raciales, pues en el ámbito anglosajón resulta habitual condicionar la negociación del salario en función de los salarios anteriores, lo que supone un impacto adverso o pone en desventaja a colectivos tradicionalmente con sala-

²¹ STJUE de 31 de mayo de 1995, C-400/93, asunto Royal Copenhagen, ECLI:EU:C:1995:155.

²² Aunque también se trata de una medida para garantizar el derecho a la protección de datos de carácter personal. Véase la STJUE de 20 de mayo de 2003, C-465/00, C-138/01 y C-139/01, asuntos Rechnungshof y otros, ECLI:EU:C:2003:294.

²³ Por su parte, el estado de Nueva York ha establecido una norma en 2022 que obliga a informar en las ofertas de empleo o ascenso de la remuneración, en el mismo sentido que la Directiva 2023/970 (The New York State Senate, 2022).

rios más bajos, perpetuando estas situaciones desfavorables²⁴. Del mismo modo, con esta prohibición se estaría evitando la discriminación indirecta por situación socioeconómica, nueva causa de discriminación establecida por la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, protegiéndose a las personas trabajadoras pobres que deseen cambiar de empleo (Fernández García, 2023: 401-404).

Finalmente, la Directiva 2023/970 no solo busca evitar la discriminación de las personas solicitantes de empleo, sino que también protege a las personas encargadas del proceso de selección, pues así se desprende de su art. 25.2²⁵. Por ejemplo, se extendería la tutela a una persona trabajadora del departamento de recursos humanos de una empresa que informase de la retribución en las entrevistas de trabajo, o las incluyera en las ofertas de empleo publicadas, cumpliendo con la Directiva, y la empresa tomase represalias frente a ella por ese motivo²⁶.

6. Transposición al ordenamiento español y propuestas de mejora

La fecha tope de transposición a nuestro ordenamiento de la Directiva 2023/970 es el 7 de junio de 2026 (tres años), si bien se establecen algunas fechas más lejanas para el cumplimiento de determinadas obligaciones no relacionadas con las medidas de transparencia retributiva previa al empleo²⁷. Además, téngase en cuenta que en su art. 1 se habla de establecer «requisitos mínimos» y en el art. 27 se permite a los Estados miembros introducir o mantener disposiciones que sean más favorables para las personas trabajadoras que las establecidas en la presente Directiva. Por ese motivo, y en vista de que las medidas contempladas para la fase previa al empleo precisarán de una transposición a nuestro ordenamiento (Ballester Pastor, 2023: 2; Roqueta Buj, 2023: 84), proponemos a continuación algunas propuestas de mejora.

²⁴ La propuesta de Directiva 2023/970 ya afirmaba que se «garantizaría que la discriminación retributiva y los sesgos existentes no se perpetuasen en el tiempo, especialmente cuando los trabajadores cambien de empleo».

²⁵ «Los Estados miembros introducirán en sus ordenamientos jurídicos nacionales las medidas que resulten necesarias para proteger a los trabajadores, incluidos los trabajadores que sean representantes de los trabajadores, contra el despido o cualquier otro trato desfavorable de un empleador como reacción ante una denuncia efectuada en la organización del empleador o ante cualquier procedimiento judicial o administrativo a efectos del cumplimiento de los derechos u obligaciones relativos a la igualdad de retribución».

²⁶ Véase la STJUE de 20 de junio de 2019, C-404/18, asunto WTG Retail BVBA, ECLI:EU:C:2019:523, que extiende la tutela antidiscriminatoria por razón de sexo a una trabajadora que es despedida por defender a una candidata a la que la empresa se ha negado a contratar por su estado de embarazo.

²⁷ Véase el art. 9.2, 3 y 4.

En primer lugar, la retribución inicial o la banda retributiva inicial, el grupo profesional, nivel retributivo y otra información relacionada, debería figurar en la oferta de empleo si esta se ha publicado y difundido públicamente²⁸. Ya se ha dicho que la difusión de una vacante mediante intermediarios laborales digitales (tanto públicos como privados) es la práctica más habitual en la actualidad para contactar con solicitantes de empleo. Se trata de la mejor opción para garantizar un mínimo control y sancionar los incumplimientos, algo que podría hacerse incluso de forma automatizada usando sistemas de inteligencia artificial. De lo contrario, se dependerá de la difícil prueba del incumplimiento en una fase pre-contratual que en demasiadas ocasiones se considera «un espacio al margen de ley que condiciona el futuro profesional, donde las personas candidatas son especialmente vulnerables y donde las posibilidades de reclamación son muy limitadas» (Ballester Pastor, 2023: 2). Solo si la oferta no se ha difundido cabría la comunicación de esta información a la persona candidata en el momento del primer contacto con la parte empresarial. Y debería hacerse por escrito y con acuse de recibo.

En segundo lugar, será necesario modificar el régimen sancionador de la LISOS. Respecto de la obligación de información, no parece que su incumplimiento pueda incluirse en las infracciones de información, meramente formales o documentales del art. 6 LISOS, porque estamos ante una materia relacionada con la vulneración del derecho a no sufrir discriminación. Tenemos dudas de que pueda incluirse en el art. 15.5 LISOS dentro de la categoría de «ofertas de empleo que no respondan a las reales condiciones del puesto ofertado», o en el art. 16.c LISOS, en cualquiera de sus versiones. Pero podría incluirse en el art. 7.13 LISOS («incumplimiento medidas de igualdad») o en el art. 8.12 LISOS («decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones»).

Respecto a la prohibición de preguntar sobre las retribuciones pasadas o actuales, podría encajar la conducta en el art. 16.c LISOS al tratarse de una «solicitud de datos de carácter personal» con consecuencias potencialmente discriminatorias hacia los colectivos anteriormente mencionados (mujeres, minorías raciales, personas en situación de pobreza).

En conclusión, recomendamos que se incorpore en la LISOS un redactado específico que abarque claramente tanto el incumplimiento de ofrecer información a solicitantes de empleo como el de inquirir sobre los datos de su historial retributivo.

En tercer lugar, tanto si la empresa se niega a facilitar el salario durante la fase previa como si efectúa preguntas sobre el salario anterior a la persona candidata ¿cómo se compensa el agravio? Una lectura del art. 16 Directiva 2023/979

²⁸ Teniendo en cuenta las previsiones mencionadas respecto de las personas con discapacidad.

no deja clara la posibilidad de indemnización para el solicitante de empleo, pues solo se refiere a la persona trabajadora. Pero teniendo en cuenta la conexión con la doctrina sobre la compensación de la vulneración de derechos fundamentales en estadios previos al contrato de trabajo, entendemos que cabe la indemnización «real y efectiva por los daños y perjuicios sufridos», que será disuasoria y proporcionada²⁹. Para calcular la cuantía se pueden tomar como referencia los supuestos de incumplimiento de un precontrato de trabajo, esto es, atendiendo a los salarios dejados de percibir desde la fecha en que el candidato hubiera ingresado en la empresa³⁰, añadiéndose el daño moral³¹.

La vía a utilizar por la persona afectada sería la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales (arts. 177 y siguientes de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, en adelante, LRJS) frente al empresario o terceros vinculados (intermediarios laborales, por ejemplo). Presumiblemente interpondrán dicha acción las personas que no acaben siendo contratadas o las que, habiendo sido contratadas, vean extinguido su contrato. Pueden actuar como coadyuvantes los sindicatos más representativos y las entidades públicas o privadas entre cuyos fines se encuentre la promoción y defensa de los intereses legítimos afectados, si bien no podrán personarse, recurrir ni continuar el proceso contra la voluntad del candidato perjudicado (art. 177.2 LRJS y art. 15 Directiva 2023/970).

Finalmente, el art. 21 Directiva 2023/970 establece un plazo de prescripción no inferior a tres años para la interposición de reclamaciones relativas a la igualdad de retribución, que no empezará a correr «antes de que la parte reclamante tenga conocimiento de una infracción, o quepa esperar razonablemente que lo tenga». Este precepto amplía el plazo de un año dispuesto en el art. 59 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) y en la LRJS (Ballester Pastor, 2023: 1). Así pues, deberán modificarse esas normas para incluir el nuevo plazo de reclamación por vulneración del derecho a la información retributiva y de prohibición de preguntar salarios actuales o anteriores. Este cambio supondrá una divergencia con el plazo de un año previsto para las discriminaciones relacionadas con materias diferentes a la retributiva, por lo que debería unificarse de algún modo.

²⁹ La STJUE de 10 de abril de 1984, C-14/83, asunto Von Colson y Kamann, ECLI:EU:C:1984:153, no obliga a la contratación, pero sí a la indemnización.

³⁰ SSTS de 22 de octubre de 2009, ECLI:ES:TS:2009:7776, y de 15 de septiembre de 2009, ECLI:ES:TS:2009:6435.

³¹ Por ejemplo, 1.000 euros dictaminados en la STSJ de la Comunidad Valenciana de 20 de diciembre de 2018, ECLI:ES:TSJCV:2018:6787, 3.000 euros de la STSJ de Islas Canarias de 7 de abril de 2014, ECLI:ES:TSJICAN:2014:1799, 6.000 euros de la STSJ de Islas Canarias de 22 de diciembre de 2008, ECLI:ES:TSJICAN:2008:5249, o 30.000 euros (sumando daño patrimonial y moral sin distinción entre ellos) de la STS de 12 de noviembre de 2015, ECLI:ES:TS:2015:4686.

7. Conclusiones

La Directiva 2023/970 pretende reforzar el principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de diferentes medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento.

En el ámbito del acceso al empleo destacan las dos siguientes, contenidas en su art. 5: (i) una obligación de informar a las personas solicitantes de empleo sobre la retribución inicial o la banda retributiva inicial del puesto ofertado, junto con las disposiciones pertinentes del convenio colectivo aplicable; (ii) una prohibición de preguntarles sobre su historial retributivo en sus relaciones laborales actuales o anteriores.

No se concreta el momento en que debe efectuarse la obligación informativa, aunque se menciona el anuncio de la vacante de empleo. A nuestro entender, debiera especificarse esta información en la oferta de empleo siempre que se haya difundido públicamente, por ejemplo, mediante intermediarios laborales digitales o cualquier otro medio. De este modo se podría controlar mejor su cumplimiento por parte de la autoridad laboral. En caso de no difusión, debiera hacerse por escrito y con acuse de recibo, antes de la contratación.

Respecto a la prohibición de preguntar sobre el historial retributivo, se trata de una medida antidiscriminatoria y no solo de una medida para garantizar el derecho de protección de datos de carácter personal. Se pretende evitar así la discriminación indirecta de mujeres, minorías raciales y personas trabajadoras pobres, al no poderse condicionar la negociación del salario en función de los salarios anteriores. Esta práctica supone un impacto adverso sobre dichos colectivos que tradicionalmente perciben salarios más bajos, perpetuando estas situaciones desfavorables. Para que esta medida resulte efectiva, deberá ponerse atención en los cuestionarios y herramientas utilizadas por los intermediarios laborales digitales.

Finalmente, la fecha tope de transposición a nuestro ordenamiento de la Directiva 2023/970 es el 7 de junio de 2026. Estimamos que en relación a la transparencia retributiva previa al empleo habrá que incorporar infracciones y sanciones específicas en la LISOS, además de aumentarse en el ET y la LRJS el plazo de prescripción de uno a tres años para las reclamaciones por vulneración de las medidas de transparencia retributiva previa al empleo, pese a que las demandas relativas a estos estadios previos de la relación laboral siguen siendo muy escasas.

8. Referencias bibliográficas

- BALLESTER PASTOR, María Amparo (2023) «La Directiva 2023/970 sobre igualdad de retribución entre mujeres y hombres: un poco más cerca de la igualdad real y efectiva», *Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 37, 1-3. Disponible en: <https://www.aedtss.com/la-directiva-2023-970-sobre-igualdad->

- de-retribucion-entre-mujeres-y-hombres-un-poco-mas-cerca-de-la-igualdad-real-y-efectiva/ (Accedido: 25-4-2024)
- COOPER, Dominic, ROBERTSON, Ivan y TINLINE, Gordon (2005) *Reclutamiento y selección. Marco de actuación para obtener el éxito*. Madrid: Ediciones Paraninfo.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, Antonio (2023) «El rechazo a las personas desempleadas de larga duración ¿una discriminación en el acceso al empleo por situación socioeconómica?», en AA.VV., *Empleo y protección social. Comunicaciones del XXXIII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Economía Social, 393-409. Disponible en: https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2024/02/COMINICACIONES_XXXIII-Congreso.pdf (Accedido: 25-4-2024)
- FERNÁNDEZ GARCÍA, Antonio (2021) «La intermediación laboral digital: estado de la cuestión», en MORENO GENÉ, Josep y ROMERO BURILLO, Ana María (coord.), *Nuevas tecnologías, cambios organizativos y trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 335-396.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, Antonio (2019) «Recopilación de ofertas de empleo discriminatorias», *Blog AFLabor*. Disponible en: <https://aflabor.wordpress.com/2019/12/18/recopilacion-de-ofertas-de-empleo-discriminatorias/> (Accedido: 25-4-2024)
- FUENTES RODRÍGUEZ, Francisca (2023) «La Directiva 2023/970, por la que se refuerza el principio de igualdad de retribución a través de medidas de transparencia en materia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento», *Temas Laborales*, 168, 223-249. Disponible en: <https://www.juntadeandalucia.es/sites/default/files/inline-files/2023/11/08.pdf> (Accedido: 25-4-2024)
- GIL y GIL, José Luis (2024) «¿Hacia un lenguaje más inclusivo en el Derecho del trabajo?», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 67.
- INFOEMPLEO Y THE ADECCO GROUP (2023) *INFORME INFOEMPLEO ADECCO 2022. OFERTA Y DEMANDA DE EMPLEO EN ESPAÑA. RESUMEN EJECUTIVO*. Infoempleo y Adecco. Disponible en: <https://cdn.infoempleo.com/infoempleo/documentacion/Informe-infoempleo-adecco-2022.pdf> (Accedido: 25-4-2024)
- INFOJOBS (2019) «La importancia de mostrar el salario en las ofertas de trabajo», *Infojobs Blog Empresas*. Disponible en <https://recursos-humanos.infojobs.net/publicar-salario-oferta-laboral> (Accedido: 25-4-2024)
- MORARU, Gratiela-Florentina (2023) «La consolidación del principio de igualdad de retribución a través de medidas de transparencia retributiva y los mecanismos para su cumplimiento: la Directiva (UE) 2023/970», *Revista Justicia y Trabajo*, 3, 203-226. Disponible en: <https://revistajusticiaytrabajo.colex.es/wp-content/uploads/2024/01/3.9.pdf> (Accedido: 25-4-2024)
- ROQUETA BUJ, Remedios (2023) «La Directiva (UE) 2023/970 por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres y su transposición en España», *Labos*, 4 (3), 70-92. Disponible en: <https://doi.org/10.20318/labos.2023.8253> (Accedido: 25-4-2024)
- THE NEW YORK STATE SENATE (2022) *Senate Bill S9427A. Requires employers to disclose compensation or range of compensation to applicants and employees*. Disponible en: <https://www.nysenate.gov/legislation/bills/2021/S9427> (Accedido: 25-4-2024)

LA MENSTRUACIÓN EN EL ENTORNO LABORAL

Menstruation in the workplace

LIDIA DE LA IGLESIA AZA

Universidad de Santiago de Compostela

BERNADETT SOLYOMOSI-SZEKERES

Miskolc University

RESUMEN

El acercamiento interdisciplinario más reciente al fenómeno de la menstruación ha acuñado el término salud menstrual. Este concepto ha entrado en la legislación laboral principalmente a través de la institución de la baja menstrual. En este artículo se realiza una investigación comparativa basada en la bibliografía y jurisprudencia internacional sobre la salud y el permiso menstruales. Es imprescindible el acercamiento a este fenómeno para una legislación laboral sostenible, ya que la salud menstrual afecta a la legislación laboral, vinculándose a unas condiciones de trabajo justas y decentes. A nivel internacional no existe una solución jurídica común, si bien es una cuestión con relevancia global, hasta la fecha cuenta con muy limitados acercamientos jurídicos. El objetivo de este estudio es subrayar la necesidad de regular la menstruación en la legislación laboral.

Palabras clave: menstruación, legislación laboral, salud menstrual, igualdad de género, protección social.

ABSTRACT

Recent interdisciplinary approaches to the phenomenon of menstruation have coined the term menstrual health. This concept has entered labour legislation mainly through the institution of menstrual leave. In this article a comparative research based on international bibliography and jurisprudence on menstrual health and menstrual leave is carried out. An approach to this phenomenon is essential for sustainable labour law, as menstrual health affects labour law to achieve equal treatment, linked to fair and decent working conditions. At the international level there is no common legal solution, although it is an issue with global relevance, to date it has very limited legal approaches. The aim of this study is to highlight the need to regulate menstruation in labour legislation.

Keywords: menstruation, labour law, menstrual health, gender equality, social protection.

* **Correspondencia a:** Lidia de la Iglesia Aza. Universidad de Santiago de Compostela (España). – lidiadelraiglesia.aza@usc.es – <https://orcid.org/0000-0001-8455-0701>

Cómo citar: de la Iglesia Aza, Lidia; Solymosi-Szekeres, Bernadett (2024). «La menstruación en el entorno laboral»; *Lan Harremanak*, 51, 58-89. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.26149>).

Recibido: 21 marzo, 2024; aceptado: 21 marzo, 2024.

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



Esta obra está bajo una licencia
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

«La atención a las necesidades menstruales de mujeres y niñas es fundamental para la salud mundial y la igualdad de género»

(Hennegan *et al.* 2019)

1. Introducción - Las mujeres en el mercado laboral

La situación de las mujeres en el mercado laboral es muy diferente de la de los hombres. La tasa de inactividad entre las mujeres con hijos pequeños es llamativa, sobre todo, si se compara con la de los hombres del mismo tramo de edad y situación familiar, pero las necesidades de la conciliación no son las únicas que limitan el acceso al mercado laboral. Que las mujeres trabajan más para ganar lo mismo que los hombres, que son pocas las que ocupan puestos directivos y que soportan de forma mayoritaria la carga de conciliar la vida laboral y familiar son hechos constatados en los estudios estadísticos. Aunque tanto los compromisos internacionales como europeos y nacionales dictan que debe reforzarse la posición absoluta y relativa de las mujeres en el mercado laboral, las medidas adoptadas por los gobiernos no están logrando los objetivos deseados. Falta un compromiso político pleno con la igualdad y, por lo tanto, falta una visión clara, de pensamiento estratégico, de coherencia de las medidas, de consenso social y de coordinación institucional necesaria para la implementación de las políticas destinadas a superar esta situación (Vajda, 2014: 110-111).

La específica regulación de la posición laboral de la mujer es especialmente importante para evitar la discriminación de género, pero en la mayoría de las naciones, las medidas de protección están vinculadas principalmente al fenómeno de la maternidad. Esto supone que las políticas públicas (Kálmán, 2018: 79-87) destinadas en exclusiva a las mujeres están determinadas principalmente por consideraciones demográficas (Vajda, 2014: 100). La opción por la ampliación gubernamental del sistema de apoyo a la familia tiene impacto en la demografía de ese estado (Berde y Drabancz, 2022), y las políticas que afectan a la fecundidad de la mujer están inextricablemente ligadas a las cuestiones demográficas del país.

El proceso reproductivo de la mujer está protegido por el derecho social y laboral, contribuyendo así a la seguridad de las mujeres trabajadoras. La menstruación, sin embargo, está intrínsecamente ligada a la fertilidad de la mujer y es actualmente un fenómeno poco estudiado en el contexto del derecho laboral y social, y ello pese a las iniciativas que sitúan a la pobreza menstrual como centro de planes y programas de acción internacional. La pobreza menstrual es definida como la falta de fácil acceso a productos de higiene durante los períodos mensuales (tampones, compresas, copa menstrual...), pero también con la dificultad para acceder a lugares adecuados para utilizarlos, lo que incluye ser-

vicios de saneamiento básico, así como con las posibilidades de obtener información en torno a la menstruación (Rossouw y Ross, 2021). Contrariamente a los estereotipos, la pobreza menstrual no es sólo un problema mensual recurrente para las mujeres sin hogar o gravemente desfavorecidas, sino que también se da en los lugares de trabajo,¹ escuelas y universidades, sobre todo si el estudio de este fenómeno se hace desde la perspectiva de la insuficiencia de infraestructuras limpias y seguras para la gestión de la menstruación. Como se ha dicho «la ocultación de la menstruación y el silencio legal sobre el tema proporcionan un terreno fértil para el trato desigual, especialmente en forma de discriminación indirecta» (Goldblatt y Steele, 2005).

Este artículo no pretende analizar todos los problemas sociales y económicos que rodean a la menstruación, sino centrarse en el impacto que ésta puede tener en los derechos fundamentales de las mujeres y, a partir de ahí, en su dimensión jurídico-laboral.

2. La menstruación y el derecho humano subyacente: la salud menstrual

Por decir algo obvio, la menstruación y, más ampliamente, el ciclo menstrual, son a menudo desestimados y ridiculizados. Lo mismo ocurre con la menopausia, al final de la vida reproductiva. Este silencio y falta de concienciación sobre la menstruación no deja de reflejar la escasa participación histórica de las mujeres en la toma de decisiones y el establecimiento de prioridades normativas (Moffat y Pickering, 2019). Resulta transgresor resistirse a la norma del ocultamiento menstrual, el comienzo de este cambio debería partir de la respuesta a la pregunta: ¿qué objetivos de investigación y compromisos de justicia social son posibles cuando centramos nuestra atención en la salud y la política menstruales a lo largo de la vida de las personas que menstrúan?

El reconocimiento generalizado de la menstruación como fuente de lucha —en los medios de comunicación y entre los responsables políticos— es un fenómeno relativamente reciente (Zraick, 2018; Meng, 2018); nunca antes la menstruación había sido un tema de conversación, ni siquiera en privado, y mucho menos en público. Una vez que se empieza a hablar de menstruación, surge la frase «equidad menstrual» como marco que remite al credo democrático y a la aspiración de compromiso y oportunidades cívicas, económicas y políticas. El concepto de «equidad menstrual» es más amplio que un marco de saneamiento, higiene o salud pública, es un marco de derechos humanos y, por lo tanto, pro-

¹ En 2022, los estudios se centraron en las consecuencias económicas de la epidemia de coronavirus sobre la pobreza menstrual en Estados Unidos. Los datos de la investigación revelaron que el 18,4% de las encuestadas faltaron al trabajo por carecer de acceso a productos de higiene adecuados. Hunter *et al.*, 2022; Erdey y Várnagy, 2022: 60.

porciona una base tangible para la regulación (Weiss-Wolf, 2020). Y ello dado que la falta de infraestructura para apoyar la salud menstrual en el lugar de trabajo, por ejemplo, debe abordarse como una forma de discriminación (Nash, 2022: 1085).

Como señala Naciones Unidas (2019):

el estigma y la vergüenza generados por los estereotipos en torno a la menstruación tienen graves repercusiones en todos los aspectos de los derechos humanos de las mujeres y las niñas, incluidos sus derechos humanos a la igualdad, la salud, la vivienda, el agua, el saneamiento, la educación, la libertad de religión o de creencias, unas condiciones de trabajo seguras y saludables, y a participar en la vida cultural y la vida pública sin discriminación.

Para lograr tal objetivo UNICEF (2019) ha dicho que las personas menstruantes deben tener acceso a:

material de gestión menstrual limpio para absorber o recoger la sangre menstrual, que pueda cambiarse en privado tantas veces como sea necesario mientras dure el periodo menstrual, (...) y tener acceso a instalaciones para desechar los materiales de gestión menstrual usados.

Y el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (2021) pide que se reconozca la menstruación como una cuestión de salud y de derechos humanos, en lugar de una cuestión puramente higiénica. En un sentido equivalente, en 2018 la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer de las Naciones Unidas emitió recomendaciones para «adoptar medidas (...) para fomentar una cultura en la que se reconozca que la menstruación es saludable y natural y en la que no se estigmatice a las niñas por este motivo».

El concepto que capta la dimensión de derechos fundamentales de la menstruación es la salud menstrual, que ha sido incluida en las agendas mundiales de salud, educación, derechos humanos e igualdad de género por trabajadores y activistas de base, lo que ha hecho que un número creciente de organizaciones internacionales, incluida la OMS, aborden esta cuestión. Así, la OMS (2022) pide que la salud menstrual se reconozca, enmarque y aborde como una cuestión de salud y derechos humanos, no como una cuestión exclusivamente de higiene², y ello por cuanto entiende que tiene implicaciones para los derechos fundamentales, los derechos humanos y la igualdad de género. La OMS también subraya que la salud menstrual debe entenderse no sólo en su dimensión física, sino también en sus dimensiones psicológica y social. Esto incluye la necesidad

² La cuestión de la higiene sanitaria menstrual también afecta al lugar de trabajo. A menudo, los lugares de trabajo no disponen de condiciones seguras y limpias para la correcta sustitución del material sanitario. (Erdey y Várnagy, 2022: 70).

de que las personas afectadas trabajen en un entorno en el que la menstruación no esté estigmatizada y no dé lugar a sentimientos de vergüenza. Este entorno podría denominarse un lugar de trabajo amigable con la menstruación, lo que requiere la adopción de medidas positivas por parte de los empresarios (Seth, 2023).

Pero es evidente que los legisladores pueden y deben promocionar la salud menstrual, desarrollando políticas para abordar la pobreza menstrual y regulando los vínculos entre menstruación y trabajo, y ello en atención a que la toma en consideración de las cuestiones menstruales a lo largo de la vida laboral hace aflorar cuestiones y tensiones sociales más amplias, incluida la desigualdad de género.

El artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado el 16 de diciembre de 1966 por la Asamblea General, resolución 2200A (XXI) establece que «los Estados Parte en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto».

En adición a esta declaración, el artículo 1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer Nueva York, 18 de diciembre de 1979, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ACNUDH) determina:

a los efectos de la presente Convención, la expresión «discriminación contra la mujer» denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

Dado que la menstruación es un fenómeno exclusivamente femenino (al menos inicialmente, dado que también es posible en las personas trans) y, por tanto, basado en el género, cualquier discriminación que puedan sufrir las trabajadoras por tal circunstancia biológica debe entenderse como discriminación. A pesar de que la OIT ha adoptado varios convenios y recomendaciones sobre la discriminación de género y la protección de la maternidad —C111 – Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111); C100 – Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100); C156 – Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (núm. 156); C183 – Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm. 183); C190 – Convenio sobre la violencia y el acoso, 2019 (núm. 190) y R206— Recomendación sobre la violencia y el acoso, 2019 (núm. 206), a modo de ejemplo- no se encuentra ninguna referencia a la menstruación en el lugar de trabajo en sus cuerpos normativos. Sí se encuentra en su manual de autoformación WAS-

H4Work (2016) referido al agua y saneamiento en el lugar de trabajo, que incluye un apartado en el que se afirma que «los empleadores son responsables de proporcionar una instalación sanitaria mejorada que permita a los trabajadores ocuparse de sus asuntos de forma segura y discreta —incluyendo para las mujeres la gestión de sus necesidades menstruales». Esta referencia no solo no desestigmatiza, sino que ahonda en el secretismo en el abordaje de la menstruación: «ocuparse de sus asuntos». Este mínimo acercamiento no tiene ninguna intención normativa y se limita a un enfoque puramente higiénico de la cuestión menstrual. De esta forma, profundiza en el estrecho enfoque histórico centrado en el aspecto higiénico de la menstruación, en lugar de abordar una visión más amplia de la salud menstrual. Ni siquiera en el ámbito de la regulación colectiva se aborda la cuestión de la salud menstrual, ya que sólo un documento de la OIT³ hace una mención anecdótica al hecho de que las mujeres obtuvieron un día de permiso menstrual en Zambia e Indonesia.

En todo caso, la «igualdad formal» es insuficiente para lograr una verdadera igualdad. La doctrina (Marieb, Hoehn, 2010) aboga por el concepto de «igualdad sustantiva» para combatir eficazmente la desigualdad de género mediante el reconocimiento de las dimensiones sociales y sistémicas profundamente arraigadas de la discriminación, y en este campo, la salud menstrual surge como una cuestión que hay que abordar.

En primer lugar, conviene hablar brevemente de la menstruación como fenómeno natural, un «ciclo de cambios que el endometrio uterino experimenta cada mes en respuesta al aumento y disminución de las hormonas ováricas en la sangre» (Marieb, Hoehn, 2010). Se trata de un proceso biológico que ocurre cada 3-5 semanas, y que tiene un impacto significativo en el estado de la persona que menstrúa. La menstruación no es desconocida para ninguna mujer en edad fértil (Nőgyógyászati Központ, 2021), sin embargo, sus efectos sobre la persona menstruante no son experimentados de la misma manera por todas ellas. Más del 80% de las mujeres experimentan problemas menores o mayores durante su periodo menstrual (Armour *et al.*, 2017). Así, alrededor del 40% de las mujeres en edad fértil entrevistadas en Hungría refieren menstruaciones dolorosas, y el 10% experimenta un dolor tan intenso que les impide realizar su vida cotidiana con normalidad. (László *et al.*, 2007: 230). Estudios similares en la Comunidad Autónoma de Madrid (Larroy, Crespo y Meseguer, 2001) arrojan datos algo más elevados, 61,9% de mujeres con menstruaciones dolorosas. El dolor menstrual intenso, o dismenorrea, puede afectar hasta a una de cada cuatro mujeres, lo que lo convierte en un problema de importancia social (Földi, 2022).

³ OIT, La igualdad de género a través de la negociación colectiva, 2004, disponible en: https://www.ilo.org/actrav/pubs/WCMS_111428/lang--en/index.htm

La dismenorrea, del griego: *dis-*,*menós*: mes y *rhein*: fluir, es un dolor pélvico crónico de origen ginecológico que se produce durante el periodo menstrual, también descrito como dolores menstruales o menstruación dolorosa. En ocasiones, el dolor puede ser tan incapacitante que afecta negativamente a las actividades diarias de la mujer, limitando su vida social, profesional (Schoep, Adang, *et al.*, 2019) y personal (Amaya, 2010: 291), y es uno de los problemas ginecológicos más frecuentes (László *et al.*, 2007: 230). Así pues, la dismenorrea es un problema que afecta directamente a las mujeres y, según la OMS, debe ser reconocido como una cuestión de salud y de derechos humanos. El Fondo de Población de las Naciones Unidas menciona a su vez que la menstruación dolorosa, «contribuye al absentismo escolar y laboral, al tiempo que disminuye la calidad de vida de las mujeres» (Lysaght, 2016).

La menstruación dolorosa, sobre la base de la fisiopatología, puede clasificarse en dismenorrea primaria (dolor menstrual sin enfermedad orgánica) o dismenorrea secundaria (dolor menstrual asociado a patología pélvica subyacente) (Bernardi *et al.*, 2017). En la dismenorrea primaria, no hay ninguna enfermedad específica detrás de la menstruación dolorosa (Meliora, 2021) y está relacionada con el proceso normal de la menstruación (Mediresource, 2023). Sin embargo, la dismenorrea secundaria puede estar causada por varias afecciones, como endometriosis, fibromas o desequilibrio hormonal (Sáfrány, 2022).

En ambos casos, el dolor puede ser tan intenso que impida realizar las actividades cotidianas, como el trabajo, durante varios días al mes.⁴ La importancia sociopolítica de la menstruación dolorosa es, por tanto, muy alta, dado que tal y como avalan los estudios en la materia efectuados en Hungría, alrededor del 30% de las mujeres toman analgésicos con regularidad y el 20% de ellas requiere al menos 3 horas de reposo en cama. También supone alrededor del 11,5% de los días de baja laboral. (László *et al.*, 2007: 230). La prevalencia de la utilización de analgesia en España se ha situado en porcentajes equivalentes (Abarca, Molero y Casimiro, 2006: 554).

3. Salud menstrual y trabajo

La menstruación repercute en la vida cotidiana, los costes y el trabajo de la persona que menstrúa, por lo que debe tener un acercamiento expreso desde la legislación laboral.

Un estudio médico empírico de más de 400 personas en Hungría investigó hasta qué punto la dismenorrea limita a las mujeres que la sufren su capacidad para trabajar, y reveló que el 16,3% de las personas encuestadas declararon

⁴ Colegio Americano de Obstetras y Ginecólogos, 2023.

una dismenorrea grave que limitaba sus actividades cotidianas. En comparación con los grupos de control, este grupo tenía niveles significativamente más bajos de apoyo y seguridad en el trabajo (László *et al.*, 2007: 229). Esta investigación examinó a las mujeres húngaras a nivel nacional, pero investigaciones realizadas en otros países han arrojado resultados similares (Abarca, Molero y Casimiro, 2006). El entorno psicosocial en el trabajo se ha relacionado con el dolor menstrual, pero el número de estudios al respecto es muy bajo y los resultados no son concluyentes. La menstruación, incluida la menstruación dolorosa, se ve influida por factores internos, pero también por factores externos. Así, la relación entre el estrés y la menstruación dolorosa ya ha sido estudiada y acreditada. Los resultados publicados por Thurston y otros en 2000 (Thurston *et al.*, 2000) y por Christiani y otros en 1995 (Christiani, Niu y Xu, 1995) apoyan la hipótesis de que los altos niveles de estrés en el lugar de trabajo aumentan el riesgo de dismenorrea (László *et al.*, 2007: 230-231). Esta conclusión ampara una expectativa razonable de que los empleadores del futuro creen un entorno de trabajo favorable a la menstruación, lo que puede afectar a la percepción del dolor de las personas menstruantes.

Con estos datos, resulta sorprendente que la gestión de la menstruación no sea tenida en cuenta por las autoridades públicas. Por ejemplo, si nos fijamos en las políticas de EE. UU. sobre este tema, el Departamento de Trabajo de EE. UU., la Administración de Seguridad y Salud Ocupacional (OSHA) exige que los empleadores proporcionen a todos los trabajadores instalaciones sanitarias y seguras, así como los productos necesarios para lavarse y secarse⁵. Los productos menstruales no están incluidos en la lista de necesidades higiénicas, aunque se abordan con meticuloso detalle en los protocolos de eliminación de residuos.

En España, la normativa mínima sobre instalaciones sanitarias en los lugares de trabajo viene recogida en el Real Decreto 486/1997⁶, de 14 de abril, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo. En su Anexo V, referido a aseos y locales de descanso, apartado 4, se regula que «los lugares de trabajo dispondrán, en las proximidades de los puestos de trabajo y vestuarios, de aseos con espejos, lavabos con agua corriente, caliente en su caso, jabón y toallas individuales u otro sistema higiénico de secado. También dispondrán de duchas de agua corriente caliente y fría cuando se realicen de forma habitual trabajos sucios o contaminantes o que impliquen una fuerte sudoración. En tales casos, los trabajadores dispondrán del equipo especial de limpieza necesario». La única referencia a las necesidades específicas de las trabajadoras menstruantes, cuando menos crípticamente redactada, se contiene en el apartado 6, que establece que «se instalarán recipientes especiales

⁵ Departamento de Trabajo de los Estados Unidos, Título 29 del Código de Reglamentos Federales, Parte 1910, Sección 141.

⁶ BOE núm. 97, de 23/04/1997.

cerrados en los aseos que vayan a ser utilizados por las mujeres», sin referirse siquiera a la justificación de esta necesidad. Y, aunque en el artículo 10 se determina el contenido mínimo exigible al botiquín de la empresa, no se hace referencia alguna a la necesidad de contar con elementos de higiene para la gestión menstrual. Sí se regula que «las trabajadoras embarazadas y las madres lactantes tendrán la posibilidad de descansar tumbadas en condiciones adecuadas», de nuevo sin referencia alguna a las necesidades de las trabajadoras menstruantes.

La ley sueca sobre el entorno laboral⁷ (1977), establece que «las condiciones de trabajo deben adaptarse a las diferentes condiciones de las personas en términos físicos y mentales» (Capítulo 2, párrafo 1), la necesidad de espacios y dispositivos para la higiene personal (Capítulo 2, párrafo 8), y que el trabajo «debe planificarse y organizarse de forma que pueda llevarse a cabo en un entorno saludable y seguro» (Capítulo 2, párrafo 2), pero no se encuentra ninguna referencia directa a la menstruación en el texto.

En Hungría, el Decreto conjunto n.º 3/2002 (II. 8.) de la SzCsM-EüM, fija el nivel mínimo de requisitos de seguridad laboral en los lugares de trabajo, y su artículo 19 determina extensamente la necesidad de que los trabajadores dispongan de duchas suficientes y adecuadas si la naturaleza del trabajo u otra razón de salud así lo requiere. Sólo el apartado quinto de esta sección se refiere a los requisitos específicos de higiene para las mujeres, ya que el legislador determina que las duchas deben estar equipadas con instalaciones que permitan a todos los trabajadores asearse de acuerdo con los requisitos de higiene. Cuando no se requieran duchas, en el entorno del lugar de trabajo debe haber un número suficiente de lavabos adecuados con agua corriente. No existe ninguna norma sobre contenedores especiales, al contrario que en la legislación española. La única norma específica de género es que deben preverse aseos separados o de uso separado para hombres y mujeres. Por último, las mujeres embarazadas y las madres lactantes deben poder descansar en una habitación adecuada con una cama durante las pausas, incluso durante las horas de trabajo si es necesario por motivos de salud.

En el ámbito de la Unión Europea, llama la atención que en el informe de la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo (OSHA-UE⁸) «Nuevos riesgos y tendencias en la seguridad y la salud de las mujeres en el trabajo»⁹, publicado el 20 de enero , de 2013, destinado a examinar «los retos específicos en materia de salud y seguridad que plantea la mayor integración de las mujeres en el mercado laboral», la palabra menstruación solo se utiliza una vez (página 48) en su texto de 382 páginas. Y sólo para reforzar la necesidad de

⁷ <https://www.government.se/government-policy/labour-law-and-work-environment/19771160-work-environment-act-arbetsmiljolagen/>

⁸ <https://osha.europa.eu/en>

⁹ <https://osha.europa.eu/en/publications/new-risks-and-trends-safety-and-health-women-work>

una visión más amplia de la salud reproductiva, con una «mayor atención a las cuestiones reproductivas con respecto a los riesgos laborales generales en el programa de investigación». Al menos se tiene en cuenta que, si bien «hay algunas investigaciones sobre mujeres embarazadas y madres recientes, hay muchas menos sobre otras experiencias vitales de las mujeres, como los efectos hormonales, los trastornos de la menstruación y la menopausia».

Es evidente que la menstruación no ha sido tenida en cuenta ni en la legislación laboral ni en la de prevención de riesgos laborales, y sólo muy recientemente se le ha prestado una mínima atención en experiencias que aún podemos definir como casi anecdotásicas a nivel mundial. Sin embargo, ya existen estudios (Schoep *et al.*, 2019) que demuestran que los síntomas menstruales no suelen traducirse en un aumento del absentismo, pero sí del presentismo, definido como acudir al trabajo a pesar de estar enferma o dolorida por miedo a perder el empleo. El presentismo derivado de la menstruación puede provocar un descenso de la productividad. Reconociendo esto, las posibles soluciones para abordar estos retos pueden pasar por proporcionar a las personas que experimentan dolores durante la menstruación una mayor flexibilidad durante su periodo (Francis, 2022) (como la opción de trabajar desde casa o adoptar un horario flexible), el libre acceso a las instalaciones sanitarias y de descanso del lugar de trabajo y la aplicación de políticas de baja por menstruación, entre otros enfoques innovadores.

Como se ha dicho, uno de los enfoques de los entornos de trabajo favorables a la menstruación es la baja menstrual, que permite a las personas ausentarse del trabajo por problemas relacionados con la menstruación, pero esta política conlleva posibles implicaciones para las afectadas, ya que repercute en su situación laboral. La cuestión crucial gira en torno a si una política de este tipo contribuye positiva o negativamente al bienestar de las personas que se enfrentan a problemas relacionados con la menstruación (Levitt y Barnack, 2020: 562). A pesar de las intenciones progresistas, ¿podrían estas políticas conducir inadvertidamente a un aumento de la discriminación y a actitudes desfavorables hacia quienes necesitan un permiso menstrual?

4. Baja menstrual: experiencias internacionales

El permiso menstrual se define en la literatura internacional como un permiso que permite a las personas que menstrúan ausentarse del trabajo si no pueden ir a trabajar debido a su menstruación; es una política que puede afectar a las personas que menstrúan de diversas maneras¹⁰, incluida su situación laboral.

¹⁰ Levitt, Barnack-Tavlaris, 2020, 561-577, sugieren que esta influencia puede adoptar diversas formas, incluidas las potencialmente negativas, ya que puede discriminar a las mujeres en términos de empleo, salarios y ascensos.

La menstruación, partiendo del concepto de salud menstrual, proporciona un amplio contexto para el pensamiento sobre los derechos laborales, ya que está entrelazado con los objetivos de sostenibilidad, la igualdad de género y los derechos humanos fundamentales, por lo que debería definir no sólo la dirección de la investigación, sino también afectar a las decisiones política (Hennegan *et al.*, 2019: 31-38s).

Los ejemplos de permiso menstrual deben buscarse básicamente fuera de Europa. Revisando fuentes legales internacionales, podemos mencionar como localizaciones que han adoptado esta política a Japón (Dan, 1986), Indonesia (Matchar, 2014), Corea del Sur, Zambia Worley, 2017), tres provincias chinas (Hubei, Shanxi y Ningxia) (Forster, 2016), México (Levitt y Barnack-Tavlaris, 2020: 569), Taiwán (Chang, *et al.*, 2011: 436-450), Emiratos Árabes Unidos (Gregorio, 2023) y una provincia argentina (Federación) (Molony, 2016 capítulo VII).

En 2023 España se unió a este grupo de países, convirtiéndose en el primer Estado miembro de la UE en implantar legalmente el permiso menstrual retribuido. En el siguiente apartado se analiza en detalle esta nueva normativa.

Japón fue el primer país en introducir el permiso en 1947, pero ya se había debatido veinte años antes, en 1928 cuando, según Molony (2016), las conductoras de la Compañía Municipal de Autobuses de Tokio exigieron días libres para no tener que renunciar a su trabajo por las ausencias mensuales relacionadas con el periodo. Las ausencias estaban en este caso más relacionadas con la imposibilidad de acceder a productos higiénicos para la gestión de la menstruación que con el dolor provocado por ésta. La Segunda Guerra Mundial pospuso sus reivindicaciones, pero poco después de la contienda, «las mujeres empobrecidas, desesperadas por encontrar trabajo, se encontraron con que la falta de aseos adecuados y toallas higiénicas hacía imposible trabajar durante la menstruación» (Javaid, 2016: 10). Tras intensas presiones, las representantes sindicales de las mujeres consiguieron el derecho a la baja menstrual retribuida, y el artículo 68 de la Ley de Normas de Japón estableció que las mujeres que sufren menstruaciones dolorosas o cuyo trabajo pueda agravar el dolor menstrual tienen derecho a seirikyuuka (literalmente «baja fisiológica»), ya que se considera un derecho natural o biológico.

Así pues, en Japón se garantiza una protección a nivel legal para las mujeres que menstrúan desde 1947 (Asboth, 2022). La legislación no determina el número de días libres posibles, y tampoco se garantiza el salario durante este tiempo, ya que el empleador puede decidir la calificación de estos días como permiso retribuido o no. Según los datos del Ministerio de Trabajo japonés de 2020, el 30% de las empresas ofrecen voluntariamente un salario total o parcial a las trabajadoras que disfrutan de esta baja, pero sólo el 0,9% de las mujeres tienen la opción del permiso menstrual plenamente retribuida. Los sindi-

catos japoneses han señalado que la baja menstrual no sólo debía concederse en caso de menstruación «dolorosa», sino también en caso de ausencia de síntomas, ya que el objetivo de la baja menstrual es la protección de la fertilidad de la mujer. Se ha señalado que las mujeres que utilizan este permiso se enfrentan a consecuencias negativas como la discriminación y el acoso por parte de los empresarios. Esto hizo que el gobierno propusiera eliminar el permiso menstrual de la ley para salvaguardar a las trabajadoras de la discriminación y provocó tensiones entre los sindicatos y el gobierno (Dan, 1986: 9 a 13). A pesar de esta propuesta, el permiso menstrual sigue vigente en Japón.

Sobre la base de una ley de 2003, Indonesia también ofrece la oportunidad de disfrutar de tiempo de descanso relacionado con la menstruación en un máximo de dos días de permiso retribuido al mes, pero los detalles deben ser discutidos por las partes, y la empleada tiene la obligación de notificación previa.

El siguiente ejemplo es Corea del Sur, donde las mujeres que menstrúan tienen derecho a un día de permiso no retribuido al mes en virtud de la Ley de Normas Laborales de 2007. El empleador está obligado a conceder este permiso, puesto que si no lo hace se expone a una cuantiosa multa.¹¹ La misma normativa está vigente para los funcionarios públicos. Al igual que en Indonesia, la práctica demuestra que los empleadores de este país a menudo no garantizan los días libres asociados a la menstruación, y exigen pruebas materiales a las empleadas, violando su dignidad.

En cuanto a días libres, Taiwán regula el permiso menstrual de forma más estricta, ya que lo define en un día mensual, pero sólo en un máximo de tres días en un año, tal y como se incluyó el 16 de enero de 2002, con la promulgación de la Ley de Igualdad de Género en el Trabajo: «Artículo 14. Las trabajadoras que tengan dificultades para realizar su trabajo durante el período de menstruación podrán solicitar un día de permiso menstrual al mes. Si los permisos acumulados no superan los tres días en un año, no se computarán como días de baja por enfermedad. Todo permiso menstrual adicional se computará como baja por enfermedad» (Asboth, 2022). Un punto adicional de interés es que se abona el 50% del salario durante la baja menstrual, si no supera esos tres días en un año, como en el caso de la baja por enfermedad (Asboth, 2022; Matchar, 2014).

Emiratos Árabes Unidos (Gregorio, 2023) ha implantado un permiso menstrual retribuido, en una política que tiene su base teórica en la necesidad de apoyar a las mujeres en el lugar de trabajo durante su periodo menstrual, garantizando su bienestar y promoviendo la igualdad en el ámbito laboral.

¹¹ Según una encuesta realizada en 2018, a pesar de la multa que amenaza a los empresarios, solo una quinta parte de las empleadas se toma este día libre en Corea del Sur (Asboth, 2022).

En África, Zambia legisló un día de permiso menstrual al mes en una ley de 2015, configurándolo como un permiso que no requiere certificado médico ni notificación previa al empleador¹². Este permiso se denomina «Día de la Madre», dado que su base ideológica es el potencial de las mujeres de convertirse en madres (Worley, 2017), por tanto, lo que esta política destaca es el papel de las mujeres como madres/futuras madres.

A los servidores públicos del Estado de México se les ha otorgado la licencia por dismenorrea, entendiéndola como una necesidad y una deuda que tiene el Estado con los servidores públicos al servicio del buen funcionamiento de la administración pública. La justificación de esta licencia es el permitir a las mujeres el ejercicio de su actividad laboral, revindicando «sus derechos laborales, para lo cual se debe buscar el mecanismo que les permita el libre ejercicio de su actividad profesional, sin que ello afecte a su bienestar físico y emocional»¹³. Pero esta baja fisiológica establece tres colectivos beneficiarios: mujeres en edad adulta que padecen dismenorrea invalidante, mujeres en edad adulta con molestias propias de la menopausia y el climaterio; y hombres en edad adulta con molestias propias de la andropausia. Por tanto, no es una baja exclusivamente menstrual y tiene un espectro más amplio de potenciales beneficiarios.

Caso similar, desde 2014, en la provincia de Federación, en Argentina, donde el municipio otorga a sus empleados públicos un día de licencia con sueldo a las mujeres que se sientan imposibilitadas de trabajar durante su período menstrual (día de la mujer) (Mamani, 2023: 39).

En Hungría, algunos empresarios han introducido el permiso menstrual en sus propias organizaciones. A partir de septiembre de 2022, el Consejo de Representantes del VI. distrito de Budapest, a propuesta del alcalde, adoptó la decisión de conceder un día más de permiso retribuido al mes a las empleadas que padecen dismenorrea en las empresas del municipio. La decisión se basaba en la nueva legislación española. Para beneficiarse de este permiso, la trabajadora debe aportar un justificante médico que demuestre que padece dolores intensos durante la menstruación. La concesión de este derecho está sujeta a una revisión cada dos años, por tanto, un certificado médico proporcionará a la empleada un total de 12 días libres adicionales al año durante dos años (Szurovecz, 2022).

¹² Desgraciadamente, la práctica demuestra que el empresario espera la notificación previa del uso del día libre, a pesar de la normativa (Asboth, 2022).

¹³ Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado de México (2017, 29 de junio). Acuerdo por el que se concede a los Servidores Pùblicos adscritos a esta Instancia de Justicia Administrativa, Licencia de un día de descanso al mes, por complicaciones fisiológicas. Ausencia de un día de descanso al mes, por complicaciones fisiológicas. Diario Oficial de la Federación, Gaceta del Gobierno, Tomo 203, N.º 119. <https://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/gct/2017/jun291.pdf>.

Pero, además de la legislación, los interlocutores sociales también han comenzado a ocuparse de la menstruación. Cada vez más empleadores tienen normas sobre el tiempo de descanso relacionado con la menstruación en su organización interna: por ejemplo, la Zomato, una start-up de reparto de comida en la India ofrece diez días libres pagados al año debido a la menstruación (Lampért, 2021). También en India, una agencia de comunicación digital, Gozoop, ha introducido una medida menstrual según la cual las empleadas pueden trabajar desde casa un día al mes durante el periodo de menstruación (Levitt y Barnack-Tavlaris, 2020: 564). Se trata de un planteamiento especial de la salud menstrual, ya que no supone la exención del trabajo, sino la flexibilidad para posibilitar la prestación de servicios en el lugar libremente elegido por la trabajadora.

Ejemplos similares se pueden encontrar en Australia, Inglaterra (Morris, 2016) y Francia, donde una empresa de fabricación de muebles ofrece entre 6 y 10 días libres remunerados al año a las empleadas (Asboth, 2022). En Inglaterra, la directora de la empresa de servicios sociales Coexist puso en marcha un programa en 2016 que hacía posible que las mujeres se quedaran en casa durante la menstruación. Pero no es el único acercamiento a la salud menstrual en esta entidad, dado que se implementaron simultáneamente «salas de bienestar» en las que tanto las trabajadoras menstruantes como las no menstruantes podían acudir durante las horas de trabajo para descansar un poco y mantener su salud mental (Levitt y Barnack-Tavlaris, 2020: 570). A pesar de la intencionalidad del programa, las empleadoras lo evaluaron como la degradación de los logros del feminismo, ya que, según su punto de vista, las empujaba a un papel de víctimas, y entendían que limitaba sus posibilidades de promoción y ascenso (Lampért, 2021).

Otra empresa, Culture Machine, una firma de medios digitales, ofrece a sus empleadas un día libre remunerado al mes, denominado «Permiso del primer día de regla»¹⁴.

En Australia, Victorian Women's Trust (VWT), un organismo de defensa de la mujer ha puesto en marcha una política menstrual innovadora que amplía su cobertura a las empleadas con menopausia. Además, ha elaborado un modelo de política destinado a animar a otras empresas a adoptar políticas de baja menstrual. La génesis de su política se remonta al Proyecto Waratah¹⁵, una iniciativa centrada en abordar cuestiones relacionadas con la menstruación y la menopausia con el objetivo de eliminar el estigma asociado a estas. A través de una encuesta en línea, VWT descubrió que el 58% de los encuestados, tanto de Australia como de todo el mundo, expresaron su apoyo al concepto de permiso menstrual, creyendo que su aplicación mejoraría la experiencia menstrual en ge-

¹⁴ Blush Originals, 2017

¹⁵ <https://waratahproject.wordpress.com/>

neral. La política de permisos menstruales de VWT ofrece a las empleadas diversas opciones, como trabajar desde casa, trabajar en una zona tranquila y cómoda de la oficina o disfrutar de un día de permiso menstrual remunerado al mes (Melican y Mountford, 2017).

La iniciativa *Period works!*, desarrollada por la organización sueca MENSEN, es una referencia imprescindible en este ámbito. Esta entidad ha desarrollado una «certificación menstrual», en la que participan empresarios, empleados y sindicatos «para crear una vida laboral más respetuosa con el periodo menstrual en la que todos tengan las mismas oportunidades»¹⁶. Con esta iniciativa se llama la atención sobre el hecho de que existen retos en los entornos laborales que pueden excluir a las personas que menstrúan del mercado laboral: instalaciones inadecuadas y cargas de trabajo inflexibles que imposibilitan hacer pausas para ir al baño, son algunos de los retos a los que parte de la población trabajadora tiene que enfrentarse a diario (Hallcreutz, Rysdström y Simon, 2023). El planteamiento de esta entidad parte de la obligación legal de los empresarios de evitar la discriminación en el trabajo (Brassart, 2023: 156), y con esa base exige la toma en consideración de las circunstancias diferenciadoras, como es la menstruación.

Otro ejemplo de esta toma en consideración es la empresa Nike, implementada a escala mundial, y que incluyó en 2007 en su política corporativa para todas sus sedes y empresas contratistas que las empleadas pudieran tomarse un permiso en caso de menstruación.¹⁷

Pero los interlocutores sociales han expresado su preocupación por el impacto del permiso menstrual, temiendo que los empresarios estén menos dispuestos a contratar a mujeres a causa del coste asociado a este (Mizsur, 2022). Estas dudas también han bloqueado procesos legislativos. Un ejemplo es la propuesta italiana de permiso menstrual, que los interlocutores sociales consideraron una desventaja para las trabajadoras en cuanto a sus oportunidades en el mercado laboral (Lampért, 2021). Otros acercamientos al tema, como el de la doctrina alemana, consideran que este permiso retribuido es progresista, ya que promueve el derecho a la igualdad de trato de las mujeres que menstrúan, en particular en consonancia con las políticas de igualdad de género (Weisenbürger, 2022). Pese a ello, la solución alemana sigue siendo la utilización de la baja por enfermedad, lo que por otro lado supone que no es necesario indicar la causa exacta de ausencia, es decir, la menstruación (Kegel, 2022). Los interlocutores sociales suizos, en cambio, se muestran por el momento reacios a seguir adelante con un proceso legislativo de este tipo, ya que no consideran que la baja esté vinculada a la menstruación, sino a la enfermedad resultante, enfer-

¹⁶ <https://mensen.se/en/what-we-do/period-works/>

¹⁷ Menstrual Leave - die wichtigsten Infos zum Menstruationsurlaub, sin fecha.

medad que ya cuenta para su gestión con otros instrumentos de derecho laboral y social (Woerlen, 2022).

Todos estos acercamientos son previos a la regulación de la prestación en España, por lo que habrá que ver cómo se desarrollan las iniciativas legislativas en otros Estados de la Unión Europea una vez que la legislación española ha abierto la veda.

5. Regulación del permiso menstrual en España

Como ya se ha señalado, España es el único miembro de la UE que ha legislado sobre la materia hasta ahora. Así, la regulación del permiso menstrual en España se ha llevado a cabo a través de la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero¹⁸, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, con efectos a partir del 1 de junio de 2023. El proceso de elaboración de esta norma ha sido bastante tormentoso, dado que durante su recorrido parlamentario ya se recibieron fuertes críticas por parte de los diferentes partidos políticos debido a su carácter innovador y ambicioso (López Insua, 2023: 52). Ciertamente, se trata de una ley que crea nuevos derechos para la mujer, siguiendo la lógica de lo que algunos sectores doctrinales han denominado el «derecho al trabajo sin dolor» (Guamán, 2022).

En la exposición de motivos de la norma ya se plasma la ampliación de derechos que se implementa en la misma. Así, se establece que tendrá la consideración de situación especial de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes aquella baja en la que pueda encontrarse una mujer en caso de menstruación secundaria invalidante o dismenorrea secundaria asociada a patologías como la endometriosis, miomas, enfermedad inflamatoria pélvica, adenomiosis, pólipos endometriales, ovarios poliquísticos, o dificultad en la salida de la sangre menstrual de cualquier tipo, que pueden conllevar síntomas como dispareunia, disuria, infertilidad, o sangrado más abundante de lo normal, entre otros. Se plasma así mismo la intencionalidad de dar una adecuada regulación a esta situación patológica para eliminar cualquier tipo de sesgo negativo en el ámbito laboral.

La norma tiene un carácter más amplio en materia de salud menstrual, ya que incluye la gratuitidad de los productos de gestión menstrual en los centros educativos, en las situaciones en que sea necesario, así como en los centros penitenciarios y sociales para que las mujeres en situación de vulnerabilidad puedan acceder a ellos (artículos 5 quáter y 5 quinquies). Incluso incluye una referen-

¹⁸ BOE N.º 51, 1 marzo 2023.

cia a la necesidad de los poderes públicos de promover el uso de productos de gestión menstrual respetuosos con el medio ambiente y la salud de las mujeres. El artículo 2 de la Ley define los conceptos sujetos a regulación. Así, los apartados 4 y 6 conceptualizan los términos utilizados en el desarrollo legal de la siguiente manera:

4. Salud durante la menstruación: El estado integral de bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades, en relación con el ciclo menstrual. Por gestión menstrual se entenderá el modo en que las mujeres deciden gestionar su ciclo menstrual, incluido el uso de diversos productos menstruales como compresas, tampones, copas menstruales y artículos similares.
6. Menstruación incapacitante secundaria: Situación de incapacidad derivada de la dismenorrea generada por una patología previamente diagnosticada.

Además, el artículo 3.2 incluye expresamente dentro del ámbito de aplicación de la ley a las personas trans con capacidad gestacional, por lo que les serán de aplicación todas las referencias de esta ley orgánica referidas a los derechos reproductivos, incluidas las disposiciones relativas a la salud durante la menstruación. Y el artículo 5.1.j, dentro de los objetivos y garantías generales de la norma, incluye la generación y difusión efectiva de información de calidad sobre educación menstrual y productos de gestión menstrual.

La regulación de la baja menstrual se deriva a la Ley General de la Seguridad Social, modificada en sus artículos 169 a 176¹⁹. Es aquí donde se incluye un nuevo apartado a la anterior regulación de la incapacidad temporal por contingencias comunes, señalando que serán situaciones especiales de incapacidad temporal por contingencias comunes aquellas en las que pueda encontrarse la mujer en el supuesto de menstruación secundaria incapacitante. Esta remisión a la Ley General de la Seguridad Social no puede dejar de considerarse una técnica legislativa defectuosa, ya que esta norma no especifica qué se entiende por «menstruación secundaria incapacitante». De esta forma, para entender las situaciones protegidas es necesario valorar la exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2023, ya que el artículo 2.6 de la misma se limita a señalar que se entiende como tal la dismenorrea generada por una patología previamente diagnosticada.

Se requiere para que surja el hecho protegido prescripción médica de asistencia sanitaria e impedimento temporal para trabajar, y alguna doctrina ha aludido a que debe ser diagnosticada por un especialista en ginecología (Miñarro y Molina, 2023: 95), frente a la baja ordinaria por contingencias comunes, competencia de los médicos de familia.

¹⁹ BOE N.º 261, 31 de octubre de 2015.

En esta situación especial de incapacidad temporal por menstruación secundaria incapacitante, el subsidio será abonado por la Seguridad Social desde el día de la baja, lo que supone una clara mejora con respecto al régimen general de incapacidad temporal por contingencias comunes, en el que el abono se realiza a partir del cuarto día de baja, salvo mejoras pactadas en convenios colectivos o contratos de trabajo. No es ésta la única mejora del régimen general, ya que, en los procesos de baja médica por incapacidad temporal secundaria, cada proceso se considerará nuevo, sin computar a efectos del periodo máximo de duración de la situación de incapacidad temporal, y su posible prórroga, resultando por tanto al margen de la regulación de la recaída. Además, no se establece duración máxima para este supuesto de incapacidad temporal. Y como tercera mejora, aunque tiene la consideración de contingencia común, el derecho a la prestación no está sujeto a ningún requisito previo por lo que no es necesario acreditar cotización previa a la Seguridad Social.

El fundamento de esta especial protección ha sido discutido por la doctrina. En concreto, si se trata de un riesgo vinculado a la condición de mujer o, más específicamente, vinculado a la salud reproductiva. Sin embargo, sea uno u otro el fundamento, ha habido opiniones para todos los gustos. Desde ámbitos médicos se ha considerado que esta causa de incapacidad temporal era una regulación necesaria «reclamada desde hace tiempo por los especialistas en la atención ginecológica de la mujer» (De Fuentes y Armijo Suárez, 2023), aunque se ha reclamado una mejor definición legal.

Otro tipo de críticas han surgido porque al exigir que la dismenorrea sea generada por una patología, no se tiene en cuenta que las menstruaciones dolorosas no siempre tienen asociada una patología orgánica subyacente previamente diagnosticada, por no conocerse la enfermedad (ya que hay casos que no son fáciles de identificar) o no estar diagnosticadas, pero sí en estudio. Quedan, sin embargo, los casos de otras posibles menstruaciones incapacitantes («primarias», sin origen ni patología previa) o aquellas otras situaciones ligadas a las menstruaciones no contempladas en la nueva situación. Tal y como estaban hasta ahora, sometidas al proceso de incapacidad temporal derivado de contingencias comunes ordinarias o, lo que es lo mismo, con condiciones diferentes y peores (Hierro, 2023).

Otros críticos aluden a que debería haberse incluido como otra causa de incapacidad menstrual la hipermenorrea refractaria al tratamiento, es decir, el sangrado abundante que no se alivia con los fármacos habituales, porque «esta patología, aunque no siempre es dolorosa, tiene como consecuencia «que la mujer sangre tanto que le impida realizar su trabajo habitual y diario, ya que los productos de higiene femenina no contienen el flujo». Otros especialistas en ginecología sostienen que la ley también peca de exceso en la definición, ya que se debería haber indicado que la dismenorrea debe ser «refractaria al tratamiento», ya que «muchas de las patologías suelen responder correctamente a los trata-

mientos» hormonales (con la ingesta de anticonceptivos o antiandrógenos), antiinflamatorios (Pinkerton, 2023; Ferries-Rowe, 2020), por lo que tener este tipo de patología no siempre implicaría incapacidad laboral temporal.

Para otros autores, la descripción de dolorosa es criticable, porque «probablemente distorsiona el enfoque, ya que se requiere el mayor efecto de una incapacidad laboral» y abogan más por el teletrabajo para una mejor gestión menstrual. Es decir, más por medidas alternativas de gestión flexible en las empresas que por buscar una licencia o permiso retribuido (Miñarro Yanini, 2023: 92). Pero no debe obviarse que la previsión de la situación especial del permiso menstrual no excluye la posibilidad de establecer otras medidas en la negociación colectiva, como la posibilidad de que la mujer elija cambios de horarios, funciones, opción de teletrabajo, jornada irregular, bolsas de horas, u otras medidas de flexibilidad para paliar el absentismo por esta causa o las bajadas de productividad (Estévez Segarra, 2023).

Dado el corto periodo de vigencia de la norma, en vigor sólo desde el 1 de junio de 2023, habrá que esperar para hacer una evaluación estadística de esta medida, tanto de su aplicación efectiva como de los posibles efectos adversos de su regulación.

6. Debate sobre la forma y los efectos de la baja menstrual

La legislación española fue objeto de opiniones encontradas entre los interlocutores sociales. Se planteó el efecto estigmatizador del permiso menstrual. Diversas organizaciones señalaron que regulación legislativa general dificultaría aún más a las mujeres acceder al mercado laboral, dado que la posibilidad de disfrutar de un importante número de días libres pagados adicionales empeoraría su capacidad competitiva frente a un trabajador varón (Sáfrány, 2022). Desde el ámbito sindical también han surgido voces discrepantes, así desde la Unión General de Trabajadores (UGT), ha destacado el efecto estigmatizador de la baja menstrual y desde Comisiones Obreras (CC.OO), se ha señalado que «reconocer un derecho específico servirá para que las mujeres lo ejerzan»²⁰. En el ámbito político, también se han manifestado discrepancias. La entonces vicepresidenta del Gobierno y ministra de Economía, Nadia Calviño, verbalizó el temor a que los empresarios estén menos dispuestos a contratar mujeres debido a su posibilidad de disfrute de baja menstrual²¹.

²⁰ https://www.infolibre.es/igualdad/estigma-conquista-laboral-baja-menstrual-divide-gobierno-sindicatos_1_1231227.html, <https://www.europapress.es/economia/laboral-00346/noticia-sordo-ccoo-ve-perfectamente-justificada-baja-menstrual-si-dolor-inhabilita-trabajo-20220512153128.html>

²¹ https://www.huffingtonpost.es/entry/calvino-sobre-la-baja-por-menstruacion-el-gobierno-no-tomara-ninguna-medida-que-estigmatice-a-las-mujeres_es_627d63c9e4b0b74b0e8117bc.html

Es indudable que la licencia menstrual tiene el potencial de contribuir positivamente al bienestar de las personas que menstrúan, al promover la salud menstrual y desestigmatizar la menstruación, pero también puede dar lugar a consecuencias negativas no deseadas, dado que puede contribuir a perpetuar creencias y actitudes sexistas, reforzando los estereotipos de género y provocando el incremento de la brecha salarial.

La aplicación de una política en el lugar de trabajo relacionada con la menstruación puede requerir «definiciones explícitas y públicas de cuestiones que normalmente permanecen implícitas y privadas» (Dan, 1986: 2). Cuando una empleada opta por tomarse un permiso menstrual, como mínimo, su supervisor se entera de su estado menstrual, lo que puede desencadenar la cosificación, el sexismoy la discriminación, aunque sea a un nivel implícito. Así pues, las mujeres pueden optar consciente o inconscientemente por no utilizar el permiso menstrual, como una opción estratégica para ascender en el lugar de trabajo u optar a mejoras, al tiempo que eluden los juicios sociales negativos (Grose y Grave, 2014). Por ejemplo, los estudios indican que las mujeres chinas se muestran reacias a tomarse días de permiso menstrual por temor a que revelar su estado menstrual pueda perpetuar los estereotipos relacionados con la fragilidad femenina y la reducción de la productividad (Foster, 2016).

Debido a una dinámica similar, la baja menstrual también puede contribuir a perpetuar la brecha salarial entre hombres y mujeres y obstaculizar el avance de las mujeres en el lugar de trabajo, lo que se conoce como «techo de cristal», dado que las ausencias del trabajo pueden reforzar los estereotipos que retratan a las mujeres como empleadas menos valiosas y fiables, socavando así su progreso en el desarrollo de la carrera profesional.

Además, a falta de pruebas empíricas, la determinación por el profesional sanitario de la regularidad del dolor intenso se deberá efectuar presumiblemente basándose en la alegación de la propia trabajadora, lo que puede dar lugar a abusos que socaven la confianza pública en la utilidad del instrumento jurídico, reforzando su posible efecto estigmatizador (Szurovecz, 2022). Tampoco es seguro que el permiso sea el mejor marco para este tipo de descanso, ya que puede implicar una obligación de notificación previa, cuando la menstruación no puede calcularse por adelantado por la totalidad de las mujeres (Remnant y Sang, 2019).

En Hungría, quienes se oponen al permiso adicional introducido por algunos empresarios también alegan que, al carecer de base jurídica, el permiso menstrual voluntario concedido por los empresarios es discriminatorio, ya que discrimina a los trabajadores de sexo masculino y a las trabajadoras de sexo fe-

https://www.elespanol.com/espagna/20220512/calvino-regla-gobierno-no-tomara-medidas-estigmatizcen/671933177_0.html,

menino que no menstrúan. A este respecto, se ha considerado que el permiso menstrual no puede vulnerar el principio de igualdad de trato, ya que los empresarios que introducen la medida no discriminan en principio entre sexos, no establecen diferencias entre trabajadores y trabajadoras, sino que conceden el permiso adicional a trabajadoras que, debido a sus dolores menstruales médicaamente justificados y documentados, forman un grupo esencialmente homogéneo y, por tanto, no se encuentran en una situación comparable a la de otros trabajadores y trabajadoras (Csondor, 2022).

Además de estas críticas legales y sociales, deben considerarse los beneficios relacionados. Quizá el beneficio asociado más importante sea la reducción del sufrimiento por los síntomas físicos asociados a la menstruación, pero debe considerarse asimismo que el reconocimiento y la valoración de la menstruación en el derecho laboral conlleva una desestigmatización de esta (Levitt y Barnack-Taylor, 2020: 563), especialmente para las personas trans (Chrisler *et al.*, 2016).

En todo caso, previamente a la regulación legal debería haberse realizado una profunda reflexión sobre si la pérdida de la capacidad para trabajar debida al dolor menstrual debe tratarse como incapacidad laboral, como institución jurídica regulada en el Derecho de la seguridad social que permite la exención de la obligación de trabajar ligada a la existencia de enfermedad o accidente. La incapacidad temporal, en el marco legal actual en España no abarca las condiciones de salud distintas de la enfermedad o accidente, con la excepción de los períodos de observación para el diagnóstico de enfermedad profesional, en los que ya existe sintomatología, y en el caso de la dismenorrea primaria, estamos un fenómeno natural y no una condición patológica (Sáfrány, 2022). Pese a ello, el planteamiento de la normativa española pasa no por establecer un permiso especial vinculado a la menstruación, sino una regulación específica de la baja común por enfermedad asociada a la dismenorrea secundaria.

7. Jurisprudencia en materia de menstruación

Se han examinado los pocos precedentes jurisprudenciales que se han encontrado en diversas jurisdicciones nacionales para intentar encontrar puntos comunes en el acercamiento a la menstruación y su afectación a las relaciones laborales.

En la jurisprudencia laboral húngara no se han encontrado pronunciamientos relacionados con vulneraciones del principio general de igualdad de trato en los que la empleada denunciante alegara haber un comportamiento discriminatorio en el lugar de trabajo motivado por cuestiones relacionadas con la menstruación. Sin embargo, existe una decisión judicial que puede ofrecer luz sobre actitudes controvertidas que las personas que menstrúan pueden experimentar

en el ámbito laboral. En el supuesto de hecho, que da lugar a sentencia de primera instancia de mayo de 2014²², la demandante alegó que el empleador demandado había aplicado una instrucción interna conforme a la cual solo podían ir al baño durante una pausa por turno. Dado que la demandante había acudido al baño más de una vez en cada turno, se le imponía una sanción disciplinaria. La demandante alegaba que tenía menstruaciones abundantes, por lo que necesitaba cambiar los productos higiénicos a menudo para gestionar correctamente su flujo, lo que la citada instrucción impedía. El empresario había amenazado en múltiples ocasiones a la trabajadora con una sanción en el caso de que continuara incumpliendo la instrucción de acudir al aseo una única vez por turno de trabajo, incluyendo en sus amenazas el despido. En cumplimiento de tal instrucción, en varias ocasiones la demandante tuvo que continuar con sus tareas empapada por flujo menstrual, bajo la amenaza de que, de actuar de otra forma, sería despedida. Con esta base fáctica, la demandante entendió que se vulneraba su dignidad y se contrariaban los principios de igualdad de trato, lo que le había causado daños psicológicos (como un trastorno de pánico). La demandante reclamaba una indemnización por vulneración del derecho fundamental a la dignidad humana y a la igualdad de trato. En el desarrollo del procedimiento múltiples testigos declararon que en varias ocasiones el empresario no había permitido a la demandante ir al baño durante las horas de trabajo, así como que se le había amenazado con medidas disciplinarias y con el despido si quería ir al servicio antes de su pausa. En base a tal testifical, el tribunal consideró acreditado que se había denegado repetidamente a la demandada permiso para ir al servicio e incluso que se introdujo en el sistema de trabajo un límite de tiempo para la única visita permitida al servicio. Con estos antecedentes, declarados hechos probados por el tribunal, se estima su reclamación por vulneración de derechos fundamentales, si bien sin referencia alguna a la salud menstrual en la sentencia, y valorando globalmente las necesidades fisiológicas como impredecibles y no susceptibles de ser regladas.

En Estados Unidos existe un precedente con rasgos comunes con el húngaro, pero con una solución judicial diferente. Así, en el asunto *Coleman contra el Instituto Bobby Dodd*²³ una empleada denunciaba haber sido despedida por no controlar adecuadamente su menstruación. En este caso la trabajadora había sido previamente advertida, y finalmente despedida, por sangrar accidentalmente sobre la silla y la alfombra de la oficina debido a un flujo abundante inesperado. La señora Coleman demandó al empleador alegando discriminación por razón de sexo, pero el Tribunal de Distrito de Georgia declaró que el despido no constituía discriminación por razón de sexo basándose en que no se había

²² Decisión n.º M.135/2013/40 del Tribunal Administrativo y Laboral de Miskolc sobre la ilegalidad de una modificación de un contrato de trabajo.

²³ *Coleman contra Bobby Dodd Institute Inc* (D Ga, Civ N.º 17-029, 8 junio 2017).

demostrado que si un hombre hubiera dañado el mobiliario de la oficina «por incontinencia» el trato hubiera sido diferente. Este tribunal reconoce que en algunas circunstancias la menstruación puede ser un motivo prohibido de discriminación por razón de sexo, pero a pesar de tal reconocimiento, basándose en la equiparación de la menstruación con una enfermedad, desestimó la petición de la demandante. Así pues, este Tribunal negando que la menstruación sea un acontecimiento biológico específico del género femenino no vinculado a ninguna enfermedad, entiende que no es fundamento para una demanda por discriminación sexual.

Por el contrario, en España un despido disciplinario de 2014 se declaró judicialmente improcedente²⁴ al asociarse, entre otras causas, el abandono del puesto de trabajo vinculado a la dismenorrea de la trabajadora. Situación similar en la sentencia de 14 de mayo de 2014²⁵ y en la de 2 de febrero de 2011²⁶, si bien en todas ellas se valoran los hechos relacionados con la menstruación de forma tangencial, sin profundizar en sus posibles connotaciones discriminatorias.

En Colombia, la Corte Constitucional abordó abiertamente el tema del ciclo menstrual de la mujer en la sentencia T-398/19 (2019)²⁷, y resaltó que:

la menstruación es un proceso biológico, propio del ciclo vital de las mujeres, que ha sido utilizado para excluirlas, entre otros, de los espacios educativos, y sociales, por ser considerado un tabú de lo femenino. [...] también señaló que los derechos sexuales y reproductivos tienen un carácter reforzado por su dimensión funcional de la dignidad humana, y que en ello radica el tema de la higiene menstrual y todo lo relacionado con el manejo de la higiene menstrual.

Aún sin pronunciamiento judicial, una cadena internacional de tiendas ha sido acusada de espiar a sus empleadas en Alemania para saber cuántas veces iban al baño y acceder a detalles sobre sus ciclos menstruales, en una actuación que ha sido valorada por la doctrina como discriminatoria, al entender que:

en este tipo de contextos, vemos la aparición del estigma del periodo que, aunque está siendo cuestionado por activistas, todavía funciona claramente para limitar las oportunidades de las mujeres de articular sus necesidades en el lugar de trabajo, y en consecuencia la gestión de la menstruación se convierte en un proyecto individual para las mujeres en el trabajo (Remnant y Sang, 2019).

²⁴ Juzgado de lo Social núm. 1 de Terrassa, Sentencia de 31 marzo 2014. ECLI:ES:JSO:2014:244.

²⁵ Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Social, Sección 1.^a), Sentencia núm. 2386/2019 de 14 mayo. ECLI:ES:TSJCAT:2019:3169.

²⁶ Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Social, Sección 1.^a) Sentencia núm. 801/2011 de 2 febrero ECLI:ES:TSJCAT:2011:1792.

²⁷ <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-398-19.htm>

Una situación similar se da en las industrias en las que se ha implantado una política de «tiempo de tarea». En este sistema de trabajo, los empleadores saben cuánto tiempo pasan los empleados desconectados de los dispositivos, y en algunos entornos de trabajo, como Amazon, este sistema se aplica con tiempos designados para las pausas para ir al baño. Hay varias demandas por discriminación sobre esta base²⁸, y aunque hasta ahora se refieren a otras necesidades biológicas, es sólo cuestión de tiempo que surja la gestión menstrual ya que, por ejemplo, las métricas de rendimiento de Amazon sobre cuántas entregas debe hacer un conductor al día son inalcanzables si el conductor se toma algún tiempo fuera de su ruta para descansar o encontrar un baño, dado que los conductores son penalizados por la empresa si se retrasan en sus entregas. Mas allá de la afectación de derechos fundamentales general que este sistema de trabajo causa a todos los trabajadores, supone una evidente exclusión de este ámbito laboral de las mujeres menstruantes.

8. Conclusiones

Cuando se examina el papel de las mujeres en el mercado laboral se evidencias múltiples distorsiones con causas multifactoriales, dentro de las cuales debe procederse al estudio de la salud menstrual, indisolublemente ligada a cuestiones relacionadas con los derechos humanos y la igualdad de género. Se evidencia en este artículo que la menstruación tiene una dimensión laboral, pese a lo cual son contadas las experiencias legislativas al respecto, por ello el desarrollo del concepto de baja menstrual tiene una importancia trascendental.

La investigación comparada acredita que, si bien en algunas naciones el permiso menstrual se basa en decisiones legislativas, en otras tiene una dimensión empresarial. Pero, posiblemente, el diálogo social tripartito sea la mejor manera de abordar la salud menstrual en el entorno laboral. Abordaje que debe entenderse que es inevitable, dada la afectación de derechos humanos y fundamentales, específicamente de igualdad de género de la menstruación. Pero es evidente que la regulación de la menstruación no sólo depende del legislador, puesto que es un tema que también implica tabúes sociales. Por ello, para que las políticas de permiso menstrual sean plenamente beneficiosas para el bienestar de las personas afectadas, deben cambiar las creencias culturales sobre la menstruación y las actitudes hacia ella, lo que debe partir de una educación más inclusiva en la materia.

²⁸ <https://www.theguardian.com/technology/2021/mar/11/amazon-delivery-drivers-bathroom-breaks-unions>, <https://www.vice.com/en/article/z3m4wa/drivers-sue-amazon-over-inhumane-conditions-having-to-pee-in-bottles>, <https://www.cnet.com/tech/tech-industry/amazon-adjusts-time-off-task-policy-that-critics-said-limited-bathroom-breaks/>, <https://www.businessinsider.com/amazon-staffer-bathroom-breaks-irritable-bowel-syndrome-lawsuit-2021-8>

Dada la existencia de diversas políticas de baja menstrual en todo el mundo y el discurso en curso en torno a su ampliación, es imperativo emprender un análisis crítico sobre las posibles ventajas y desventajas derivadas de su aplicación. Es necesario seguir investigando para comprender plenamente las implicaciones del permiso menstrual en el bienestar general y la situación de las personas que menstrúan en el lugar de trabajo. Máxime cuando la influencia potencial de estas políticas depende de la forma y el contexto de su aplicación, pero lo que resulta innegable es que se necesita un planteamiento más global en esta materia.

Reconocer los derechos de las personas que experimentan la menstruación a la salud, la dignidad, la intimidad y la no discriminación es esencial para abordar sus necesidades en el lugar de trabajo. Sin embargo, es importante tener en cuenta que una mayor visibilidad puede perpetuar inadvertidamente los estereotipos misóginos y provocar un efecto rebote. Una transformación verdaderamente beneficiosa de la promoción de la salud menstrual en el lugar de trabajo sólo puede lograrse mediante la aplicación de un marco integral de derechos humanos, firmemente basado en la realización de los derechos de las personas que menstrúan. Un marco de derechos humanos cuidadosamente elaborado para la salud menstrual en el lugar de trabajo tiene el potencial de conciliar esta paradoja.

Es que los lugares de trabajo deben tener en cuenta los retos de género en el trabajo para crear igualdad de oportunidades y disminuir la discriminación. Para alcanzar este objetivo, la aplicación de medidas como la reestructuración de la organización de la carga de trabajo, la incorporación de pausas frecuentes, la planificación de las cargas de trabajo para permitir las pausas, la provisión de áreas de descanso designadas, la oferta de flexibilidad en el lugar de trabajo (cambios de horarios, funciones, opción de teletrabajo, horarios irregulares, bolsas de horas) y la garantía de permisos retribuidos cuando sean necesarios son pasos cruciales. El planteamiento español de esta medida, como una variación de la baja por enfermedad ordinaria, con modificaciones, pero con la misma garantía de confidencialidad, sería posiblemente el planteamiento que provocaría un menor efecto rebote de este tipo de políticas.

La igualdad real puede requerir un tratamiento diferenciado para rectificar las desigualdades mediante la adopción de medidas que ataquen los obstáculos estructurales a la igualdad. Tal y como señala la Recomendación General n.º 24, artículo 4, párrafo 1 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer «la equidad no surge de un trato estrictamente igualitario entre hombres y mujeres, sino que es el resultado de tener en cuenta las diferencias social y culturalmente construidas entre hombres y mujeres». Y esto incluye todas las diferencias biológicas, no sólo las relacionadas con el embarazo y la crianza, entre hombres y mujeres. Dado que los empresarios tienen la responsabilidad legal de aplicar medidas preventivas contra la dis-

criminación, y que la satisfacción de las necesidades menstruales en el lugar de trabajo mejorará la igualdad de género, el reconocimiento de los derechos de las personas que menstrúan es obligatorio.

La negociación de la igualdad de género, no sólo relacionada con la reducción de la brecha salarial entre hombres y mujeres o con la provisión de acuerdos laborales que mejoren el equilibrio entre la vida laboral y personal, sino como una perspectiva que tienda a la igualdad real en todas las cuestiones en las que el género biológico es relevante, puede ser el camino hacia la igualdad real en el lugar de trabajo. En este contexto, los sindicatos tienen un papel clave en la salud menstrual, como conocedores directos de las necesidades de los trabajadores a los que representan. Está claro que es necesario un enfoque prudente de la salud menstrual en el lugar de trabajo, ya que de lo contrario se podrían reforzar los estereotipos sobre las trabajadoras que menstrúan, pero el primer paso es empezar a tener en cuenta el hecho de que cada mes menstrúan alrededor de 1.800 millones de personas en el mundo y que una mujer, de media, pasa 3.000 días menstruando, lo que supone aproximadamente 8 años de su vida.

9. Bibliografía

- ABARCA, Leopoldo; MOLERO, Jose M.^a y CASIMIRO, César (2006) «Dismenorrea. Una revisión multidisciplinaria en el contexto de la medicina basada en la evidencia», *Formación Médica Continuada en Atención Primaria*, Vol. 13 Issue 9.
- AMAYA, Gregorio (2010) «Dismenorrea», *Ginecología y obstetricia*, 19, 291-302. Disponible en: https://revistas.udea.edu.co/index.php/ginecologia_y_obstetricia/article/view/17549. (Accedido 25-2-2024)
- ARMOUR, Michael; HYMAN, Mikayla; AL-DABBAS, M Mahmoud; PARRY, Kelly; FERFOLJA, Tania; CURRY, Christina; MACMILLAN, Freya; SMITH, Caroline y HOLMES, Kathryn (2021) «Menstrual health literacy and management strategies in young women in Australia: A national online survey of young women aged 13-25 years», *Journal of pediatric and adolescent gynecology*, 34 (2), pp. 1161-1171. DOI: 10.1016/j.jpag.2020.11.007.
- ASBOTH, Beatrix (2022) «Menstruációs» Szabadság - példák a nagyvilágból. Disponible en: <https://hu.euronews.com/2022/05/26/menstruacios-szabadsag-peldak-a-nagyvilagbol> (Accedido: 23-4-2023).
- BARNACK-TAVLARIS, Jessica; HANSEN, Kristina; LEVITT, Rachel y RENO, Michelle (2019) «Taking leave to bleed: Perceptions and attitudes toward menstrual leave policy», *Health Care for Women International*, 2019/12, pp. 1355-1373.
- BERDE, Éva; DRABANCSZ, Áaron (2022) «Népesedési szcenáriók magyarországon a családtámogatási program részeredményei és a globális termékenység változásának tükrében», *Köz-Gazdaság*, 2022/1, pp. 259-275. Disponible en: <http://real.mtak.hu/160011/1/1419-ArticleText-5299-1-10-20220309.pdf> (Accedido: 24-4-2023).
- BERNARDI, Mariagiuli; LAZZERI, Lucia; PERELLI, Federica; REIS, Fernando y PETRAGLIA, Felice (2017) «Dismenorrea y trastornos relacionados», *F1000Research*, 2017/6. Disponible en: <https://doi.org/10.12688/f1000research.11682.1> (Accedido: 23-4-2023).

- BRASSART OLSEN, Céline (2023) «¿Una bendición o una maldición? Un análisis de la promoción de la salud menstrual en el lugar de trabajo desde la perspectiva de los derechos humanos», *Revista Nórdica de Derechos Humanos*, 41, 2.
- BLUSH ORIGINALS (2017) «Primer día de baja por menstruación» (Archivo de video). Disponible en: https://www.youtube.com/watch?time_continue=11&v=avPgUxGC1Sg (Accedido: 2-2-2024).
- CHANG, Chueh; FEN-LING, Chen; CHU-HUI, Chang y CHING-HUI, Hsu (2011) «A Preliminary Study on Menstrual Health and Menstrual Leave in the Workplace in Taiwan», *Taiwan Gong Gong Wei Sheng Za Zhi* 30 (5).
- CHRISLER, Joan; GORMAN, Jenifer; MANION, Jen; MURGO, Michael; BARNEY, Angela; ADAMS-CLARK, Alexis; NEWTON, Jessica y MCGRATH, Meghan (2016) «Queer Periods: Attitudes toward and Experiences with Menstruation in the Masculine of Centre and Transgender Community», *Culture, Health, & Sexuality*, 2016/11, pp. 1238-1250.
- CHRISTIANI, D. C.; NIU, T. y XU, X. (1995) «Occupational stress and dysmenorrhoea in women working in cotton textile mills», *International Journal of Occupational and Environmental Health*, 1(1), pp. 9-15.
- COLEGIO AMERICANO DE OBSTETRAS Y GINECÓLOGOS, (2023), *Dismenorrea: Períodos dolorosos*. Disponible en: <https://www.acog.org/womens-health/faqs/dysmenorrhea-painful-periods> (Accedido: 22-4-2023).
- CSONDOR, Cecília, (2022), *Munkajogi gondolatok a menstruációs szabadságról*. Disponible en: <https://munkajogportal.hu/munkajogi-gondolatok-a-menstruacios-szabadsagrol/> (Accedido: 23-4-2023).
- DAN, Alice (1986) «The Law and Women's Bodies: The Case of Menstruation Leave in Japan», *Healthcare for Women International*, 1986/1-2, pp. 1-14.
- DE FUENTES G-ROMERO DE TEJADA, Carlos y ARMijo SUÁREZ, Mónica (2023) «La nueva regulación de la dismenorrea o reglas dolorosas», *Los Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Las claves de 2023*, 17, Cinca, pp. 77 -85.
- ERDEY, László y VÁRNAGY, Edyna (2022) «A menstruációs szegénység mint láthatatlan depriváció - nemzetközi és hazai tapasztalatok», *Külgazdaság*, 66(6), pp. 45-81.
- ESTÉVEZ SEGARRA, Amparo (2023) «Novedades en materia de Incapacidad Laboral», *Labos*, Vol. 4, Número extraordinario «Tormenta de reformas», pp. 50-65.
- FERRIES-ROWE, Elizabeth; COREY, Elizabeth y ARCHER, Johanna (2020) «Dismenorrea primaria: Diagnóstico y terapia». *Obstet Gynecol* 136 (5):1047-1058, 2020. doi: 10.1097/AOG.0000000000004096.
- FORSTER, Katie (2016) «Una provincia china concede a las mujeres dos días de permiso por periodo al Mes». *Independent*. Disponible en: <http://www.independent.co.uk/news/world/asia/chinaperiod-leave-ningxia-womentwodays-a-month-menstruation-a7197921.html> (Accedido: 15-1-2024).
- FÖLDI, Ildikó (2022) *¿Hogyan enyhíthető a menstruációs fájdalom?*, Disponible en: <https://www.webbeteg.hu/cikkek/fajdalom/12076/a-menstruacios-fajdalom-enyhitese> (Accedido: 23-6-2023).
- FRANCIS, Ali (2022) «Could «menstrual leave» change the workplace?», *BBC, Equality matters*, Disponible en: <https://www.bbc.com/worklife/article/20220426-could-menstrual-leave-change-the-workplace> (Accedido: 16-1-2024).
- GOLDBLATT, Beth y STEELE, Linda (2019) «Bloody unfair: Inequality related to menstruation - Considering the role of discrimination law», *Berkeley Comparative Equality & Anti-Discrimination Law Working Paper*, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3485987> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3485987> (Accedido: 19-1-2023).

- GREGORIO IBÁÑEZ, Almudena (2023) «Desafíos y avances en la equidad de género en Emiratos Árabes Unidos», *Legal Today*. Disponible en: <https://www.legaltoday.com/destacado/portada/desafios-y-avances-en-la-equidad-de-genero-en-emiratos-arabes-unidos-2023-08-09/> (Accedido: 22-11-2023).
- GROSE, Rose y GRABE, Shelly (2014) «Actitudes socioculturales en torno a la menstruación y productos menstruales alternativos: El papel explicativo de la auto-objetivación», *Healthcare for Women International* 35 (6), 677-94.
- GUAMAN, Adoración (2022) «Derecho a trabajar sin dolor», Disponible en: Menstruación y trabajo: el derecho a trabajar sin dolor (talcualdigital.com) (Accedido: 5-1-2024).
- GYÓGYSZERTÁRAK, Alma (2015) *Menstruációs fájdalmak: van megoldás!*, Disponible en: <https://almapatika.hu/magazin/csalad-es-egeszseg/noi-egeszseg/menstruacions-fajdal-mak-van-megoldas> (Accedido: 23-4-2023).
- HALLENCREUTZ, Rebecka; RYDSTRÖM, Klara y SIMON, Antonia (2019) «It's time to bring menstrual awareness to workplaces», *Equal times*, 9 de mayo de 2019, Disponible en: <https://www.equaltimes.org/it-s-time-to-bring-menstrual?lang=es> (Accedido: 18-1-2024).
- HIERRO HIERRO, Francisco Javier (2023) «Nuevas reglas para la incapacidad temporal: sobre su tramitación telemática y las situaciones especiales establecidas por la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010 de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo», *Revista Española de Derecho del Trabajo* num. 262/2023.
- HENNEGAN, Julie; SHANNON, Alexandra; RUBLI, Jenifer; SCHWAB, Kellog; MELENDEZ-TORRES, Graciela (2019) «Women's and girls' experiences of menstruation in low- and middle-income countries: A systematic review and qualitative metasynthesis», *PLoS Med*, 16(5), Disponible en: <https://doi.org/10.1371/journal.pmed.1002803> (Accedido: 23-4-2023).
- CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (2021) Gestión de la higiene menstrual, derechos humanos e igualdad de género, A/HCR/47/l.2, Disponible en: <https://www.ohchr.org/en/statements/2022/06/high-commissioner-human-rights-statement-menstrual-health> (Accedido: 18-1-2024).
- HUNTER, Emily; PALOVICK, Kristine; TENI, Minternot y KUHLMANN, Anne (2022) «COVID-19 made it harder to access period products: The effects of a pandemic on period poverty», *Front Reprod Health*, 4(1003040), Disponible en: <https://doi.org/10.3389/frph.2022.1003040> (Accedido: 23-4-2023).
- JAVOID, Maria (2016) «Los países asiáticos llevan casi 70 años ofreciendo a las mujeres permisos menstruales remunerados», Disponible en: <https://timeline.com/asian-countries-have-been-offering-females-paid-menstrual-leave-for-almost-70-years-401056ae-b1ec> (Accedido: 22-2-2024).
- KÁLMÁN, Janson (2018) «Nők foglalkoztatási helyzetére ható szakpolitikák Európában», en: Szabó-Morvai (ed.) *Közélkép. Nők a munkaerőpiacra*. Budapest: MTA Közgazdaság- és Regionális Tudományi Kutatóközpont Közgazdaságtudományi Intézet, pp. 79-87, Disponible en: https://kti.krtk.hu/wpcontent/uploads/2018/12/mt_2017_hun_39-201.pdf (Accedido: 25-4-2023).
- KEGEL, Nina (2022) *Spanien ermöglicht Menstruations «urlaub»*, Disponible en: <https://goodnews-magazin.de/spanien-ermoeglichst-menstruationsurlaub/> (Accedido: 23-4-2023).
- KELEMEN, Csaba. *Tényleg normális, ha belehalsz a menstruációs fájdalomba?*, Disponible en: <https://www.intima.hu/intim-magazin/endometriosis/tenyleg-normalis-ha-belehalsz-a-menstruacions-fajdalomba> (Accedido: 23-4-2023).

- «LEY DE NORMAS LABORALES». 1947. Disponible en. <https://www.ilo.org/dyn/travail/docs/2021/Labor%20Standards%20Act%20-20www.cas.go.jp%20version.pdf>. (Accedido 13-2-2024).
- LAMPÉRT, Zsófia (2021) «Nem biztos, hogy olyan jó a menstruációs szabadság», *Marie Claire*, Disponible en: <https://mariel Claire.hu/riporter/2021/10/21/menstruacio-munkahely-fizetett-szabadsag/> (Accedido: 23 de abril de 2023).
- LARROU, Cristina; CRESPO, María y MESEGUR, Cesar (2001) «Dismenorrea funcional en la Comunidad Autónoma de Madrid: estudio de la prevalencia en función de la edad», *Revista de la Sociedad Española del Dolor*, 8(1), pp. 11-22.
- LÁSZLÓ, Kristina; GYÖRFFY, Zsuzsa; SALAVECZ, GyÖNGYVÉR; Ádám, SZYLVIA y KOPP, Michael (2007) «Munkahelyi stressztényezők kapcsolata a fájdalmas menstruációval», *Mentálhigiéné és Pszichoszomatika*, 8(3). pp. 229-23, Disponible en: <https://doi.org/10.1556/Mental.8.2007.3.5> (Accedido: 23-4-2023).
- LEVITT, Rachel y BARNACK-TAVLARIS, James (2020) «Addressing Menstruation in the Workplace: The Menstrual Leave Debate», en: BOBEL, C., WINKLER, I., FAHS, B. (eds.) *The Palgrave Handbook of Critical Menstruation Studies*. Singapur: Palgrave Macmillan, Disponible en: https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK565643/#_NBK565643_dtls_ (Accedido: 23-4-2023).
- LÓPEZ INSUA, Belén María (2023) «Derecho a trabajar «sin dolor»: la cara femenina de la incapacidad temporal tras la LO 1/2023, de 28 de febrero», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones laborales y Derecho del empleo*, Vol. 11, n.º 2, abril-junio de 2023.
- LYSAGHT, Phillipa (2016) «La menstruación es importante... Es reglamentaria», *UNICEF*. Disponible en: <https://www.unicef.org/es/blog/menstruacion-es-importante-es-reglamentaria>, (Accedido: 5-1-2024).
- MAMANI MULLISACA, Rodrigo (2023) *Regulación de baja laboral por dismenorrea en la legislación Boliviana*, TFG Repositorio institucional de la Universidad Mayor de San Andrés. Disponible en <https://repositorio.umsa.bo/handle/123456789/33373>, (Accedido: 4-1-2024).
- MARIEB, Elaine y HOEHN, Katja (2010) *Anatomía y fisiología humanas*, 8th ed, Pearson Education Inc.
- MATCHAR, Emily (2014) «¿Debería existir la baja menstrual retribuida?», Disponible en: <https://www.theatlantic.com/health/archive/2014/05/should-women-get-paid-menstrual-leave-days/370789/> (Accedido: 23-4-2023).
- MÁTRAI, Anna (2022) «Havi 3 napot maradhatnak otthon a nők Spanyolországban», Disponible en: <https://hu.euronews.com/next/2022/05/17/havi-3-napot-maradhatnak-otthon-a-nok-spanyolorszagban> (Accedido: 21-5-2023).
- MEDIRESOURCE INC., (2023), *Dismenorrea*, Disponible en: www.medbroadcast.com/condition/getcondition/Dysmenorrhea (Accedido: 22-5-2023).
- MELICAN, Casimira, y MOUNTFORD, Grace (2017) «Por qué hemos introducido una política menstrual y tú también deberías hacerlo» (Web Log Post), *Victorian Women's Trust*, Disponible en: <https://www.vwt.org.au/blog-menstrual-policy/>.(Accedido: 3-1-2024).
- MELIORA (2021), Fájdalmas menstruáció kezelése, Disponible en: <https://meliorabykoc.hu/rolunk/blog/fajdalmas-menstruacio-kezelese> (Accedido: 23-4-2023).
- MENG, Grace; FERRERAS-COPELAND, Julissa y WEISS-WOLF, Jennifer (2018) «Women are finally winning the period rights fight». *Newsweek*, 25 de enero, Disponible en: <https://www.newsweek.com/women-finally-winning-period-rights-fight-790990>. (Accedido: 13-1-2024).

- MENSEN, Disponible en: <https://mensen.se/en/what-we-do/period-works/> (Accedido: 18-1-2024).
- MENSTRUAL LEAVE - DIE WICHTIGSTEN INFOS ZUM MENSTRUATIONSURLAUB*, Disponible en: <https://erdbeerwoche.com/meine-umwelt/menstrual-leave-die-wichtigsten-infos-zum-menstruationsurlaub/> (Accedido: 23-4-2023).
- MIÑARRO YANINI, Margarita y MOLINA NAVARRETE, Cristobal (2023) *Una reinvención sistémica de la Seguridad Social: reformas legales y reinterpretaciones judiciales de diligencia debida para corregir sus brechas de género*, Bomarzo.
- MÍSZSUR, Andras (2022) «Menstruációs szabadság bevezetését tervezik Spanyolországban, három nap járna a fájdalmaktól szenvédő nőknek», Disponible en: <https://telex.hu/kulfold/2022/05/12/spanyolorszag-menstruacios-szabadsag-torvenytervezet> (Accedido: 23-4-2023).
- MONFFAT, Natalie y PICKERING, Lucy (2019) «Out of order: the double burden of menstruation etiquette and the subtle exclusion of women from public space in Scotland», *The sociological review*, n.º 7, p. 766.
- MOLONY, Barbara (2016) *Gender in modern east Asia*, Routledge. Disponible en: <https://doi.org/10.4324/9780429493812> (Accedido: 5-1-2024).
- MORRIS, Steven (2016) «UK company to introduce 'period policy' for female staff», *The guardian*, Disponible en: <https://www.theguardian.com/lifeandstyle/2016/mar/02/uk-company-introduce-period-policy-female-staff> (Accedido: 23-4-2023).
- NASH, Meredith (2023) «Breaking the silence around blood: managing menstruation during remote Arctic fieldwork», *Gender, Place & Culture*, 30, p. 8.
- NÖGYÓGYÁSZATI, Központ (2021) «Erős, fájdalmas menstruációs vérzés- mi okozhatja?» Disponible en: <https://www.nogyogyaszatikozpont.hu/nogyogyaszati-hirek/eros-fajdalmas-menstruacios-verzes-mi-okozhatja> (Accedido: 23-4-2023).
- ORSZÁGGYŰLÉS, Hivatala (2019) «Keresőképtelenség – táppénz», Disponible en: https://www.parlament.hu/documents/10181/1789217/Infojegyzet_2019_3_keresokeptelenseg_tappenz.pdf/95e29957-8dd5-c6b6-3e2c-c77726cd6645 (Accedido: 23-4-2023).
- PARKER, Melissa; SNEDDON, A. y ARBON, Paul (2010) «The menstrual disorder in teenagers (MDOT) study: Determining typical menstrual patterns and menstrual disturbance in a large population-based study of Australian teenagers», *BJOG, International Journal of Obstetrics and Gynaecology*, 117, pp. 185-192, Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1471-0528.2009.02407.x> (Accedido: 12-1-2024).
- PATTON, Eric y JOHNS, Gary (2007) «Women's absenteeism in the popular press: Evidence for a Gender-Specific Absence Culture», *Relaciones Humanas* 60 (11).
- PINKERTON, Joanne (2023) «Dismenorrea», *Manual MSD*, Disponible en: <https://www.msmanuals.com/es/professional/ginecolog%C3%A9tica-y-obstetricia/anomal%C3%A9as-menstruales/dismenorrea> (Accedido: 30-11-2023).
- REMNANT, Jen y SANG, Kate (2019) «Her bloody project - managing menstruation at work», Disponible en: <https://www.cost-ofliving.net/her-bloody-project-managing-menstruation-at-work/> (Accedido: 25-4-2023).
- RROSSOUW, Laura y ROSS, Hana (2021) «Understanding Period Poverty: Socio-Economic Inequalities in Menstrual Hygiene Management in Eight Low- and Middle-Income Countries», *International Journal of Environmental Research and Public Health*. 2021 Mar;18(5):2571.
- SÁFRÁNY, Írász (2022) «Menstruációs szabadság - Tények és tévhitek», Disponible en: <https://das.hu/jogi-esetek-es-hirek/menstruacios-szabadsag-tenyek-es-tevhitek/> (Accedido: 26-4-2023).

- SCHOEPP, Mark; ADANG, Eddie; MAAS, Jaques; DE BIE, Bianca; AARTS, Johanna y NIEBOER, Theodore (2019) «Productivity loss due to menstruation-related symptoms: a nationwide cross-sectional survey among 32 748 women», *BMJ Open*, 9(6), 1-10, Disponible en: <https://doi.org/10.1136/bmjopen-2018-026186> (Accedido: 5-1-2024).
- SETH, Manav (2023) «Why it is important to have a period friendly workplace», Disponible en: <https://www.peoplematters.in/article/wellness/why-is-it-important-to-have-a-period-friendly-workplace-37083> (Accedido: 20-5-2023).
- SHEPPARD, Collen (2017) «Chapter nine: Systemic Discrimination and Gender Inequality: A life cycle approach to girl's and women's rights» en Mendes, E. y Srighanthan, S. (eds), *Confronting discrimination inequality in China: Chinese and Canadian perspectives*. Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/j.ctt1ckpdk1.15> (Accedido: 19-1-2024).
- SZUROVECZ, Illés (2022) «Menstruációs szabadságot vezetnek be a terézvárosi önkormányzati cégeknél», Disponible en: <https://444.hu/2022/09/01/menstruacionszabadsagot-vezetnek-be-a-terezvarosi-onkormanyzati-cegeknel> (Accedido: 23-4-2023).
- THURSTON, S. W., RYAN, L., CHRISTIANI, D. C., SNOW, R., CARLSON, J., YOU, L., CUI, S., MA, G., WANG, L., HUANG, Y., XU, X. (2000) «Petrochemical exposure and menstrual disturbances», *American Journal of Industrial Medicine*, 38(5), pp. 555-564.
- UNICEF, (2019), Orientaciones sobre salud e higiene menstruales. Disponible en: <https://www.unicef.org/documents/guidance-menstrual-health-and-hygiene>. (Accedido: 18-1-2024).
- ONU Mujeres, (2018), «Retos y oportunidades para lograr la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres y las niñas de las zonas rurales», párr. 38, Disponible en: www.unwomen.org (Accedido: 12-1-2024).
- NACIONES UNIDAS (2019) «International Women's Day - 8 March 2019 Women's menstrual health should no longer be a taboo», Disponible en: <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2019/03/international-womens-day-8-march-2019womens-menstrual-health-should-no> (Accedido: 9-1-2024).
- VAJDA, Róza (2014) «Munkaerőpiac, foglalkoztatás, vállalkozónők», en: Juhász, B. (ed.) *A nőtlen évek ára: A nők helyzetének közpolitikai elemzése*. pp. 99-152, Disponible en: http://real.mtak.hu/25164/1/vajda_nottlenevek.pdf (Accedido: 23-4-2023).
- «WASH4WORK: A SELF-TRAINING HANDBOOK», (2016), ILO, *Guía 3.5 Gestión de la higiene menstrual, n.º 16*, Disponible en: https://www.ilo.org/global/docs/WCMS_535058/lang--en/index.htm. (Accedido: 15-1-2024).
- WEISS-WOLF, Jennifer (2020) «U.S. Policymaking to Address Menstruation: Advancing an Equity Agenda», *The Palgrave Handbook of Critical Menstruation Studies*, p. 539-540.
- WEISENBURGER, Laura (2022) «Die mesntruation ist kein urlaub!», Disponible en: <https://www.apotheken-umschau.de/mein-koerper/weibliche-geschlechtsorgane/kommentar-die-menstruation-ist-kein-urlaub-873409.html> (Accedido: 23-4-2023).
- WOERLEN, Salome (2022) «Befreiung oder Stigmatisierung? Der spanische «Menstruations-Urlaub» spaltet die Gemüter», Disponible en: <https://www.watson.ch/international/schweiz/481139145-spanien-offeriert-frauen-menstruations-urlaub-das-musst-du-wissen> (Accedido: 23-4-2023).
- WORLEY, Will (2017) «The country where all women get a day off because of their period», *The Independent*, Disponible en: <https://www.independent.co.uk/news/world/africa/zambia-period-day-off-women-menstruation-law-gender-womens-rights-a7509061.html> (Accedido: 7-1-2024).

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, (2022), «WHO statement on menstrual health and rights», Disponible en: <https://www.who.int/news/item/22-06-2022-who-statement-on-menstrual-health-and-rights> (Accedido: 23-4-2023).

ZRAICK, Karen (2018) «It's Not Just the Tampon Tax: Why Periods Are Political», *The New York Times*, Disponible en: <https://www.nytimes.com/2018/07/22/health/tampon-tax-periods-menstruation-nyt.html>. (Accedido: 7-1-2024).

EL NUEVO PERMISO PARENTAL DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

The new 's labor law parental leave

EMMA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ¹

Universidad de Vigo

RESUMEN

A través del RD ley 5/2023, de 28 de junio, el legislador español transpone al ordenamiento interno el contenido de la Directiva (UE) 2019/1158, sobre conciliación y corresponsabilidad de las personas trabajadoras. Según el espíritu de la Directiva, todos los permisos en pro de la conciliación de la vida familiar y laboral deben facilitar la flexibilidad para la persona trabajadora y garantizar su ejercicio. Se refuerzan los derechos de conciliación como derechos individuales e intransferibles y se ahonda en la corresponsabilidad. En esta línea, se incorpora al Estatuto de los Trabajadores el nuevo permiso parental, a través del que se reconoce un permiso de ocho semanas a las personas responsables del cuidado de hijos o hijas hasta que estos alcancen la edad de ocho años. En este trabajo se analiza su régimen jurídico y los aspectos más controvertidos, a la vez que se plantean propuestas de futuro al respecto.

Palabras clave: conciliación, corresponsabilidad, permiso parental, discriminación, familia monoparental.

ABSTRACT

By means of Royal Decree Law 5/2023 of 28 June, the Spanish legislator transposes the content of Directive (EU) 2019/1158 on work-life balance and co-responsibility of workers into domestic law. According to the spirit of the Directive, all leave in favour of the reconciliation of work and family life must facilitate flexibility for the worker and guarantee its exercise. Reconciliation rights are reinforced as individual and non-transferable rights and co-responsibility is further strengthened. Along these lines, the new parental leave is incorporated into the Workers' Statute, through which an eight-week leave is recognised for those responsible for the care of children until they reach the age of eight. This paper analyses its legal regime and the most controversial aspects, and puts forward proposals for the future.

Keywords: work-life balance, co-responsibility, parental leave, discrimination, single-parent family.

¹ Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación «Negociación colectiva y Diálogo social para una ordenación sostenible del trabajo» (REF. PID2022-137853NB-I00).

* **Correspondencia a:** Emma Rodríguez Rodríguez. Universidad de Vigo (España). – emmarodriguez@uvigo.gal – <https://orcid.org/0000-0002-0770-0195>

Cómo citar: Rodríguez Rodríguez, Emma (2024). «El nuevo permiso parental del estatuto de los trabajadores»; *Lan Harremanak*, 51, 90-116. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.26337>).

Recibido: 20 mayo, 2024; aceptado: 07 junio, 2024.

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



Esta obra está bajo una licencia
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

1. La relevancia de la conciliación en la normativa laboral

Entre las instituciones de conciliación de la vida personal y la laboral destacan, en primer lugar, los permisos y las licencias que permitan a las personas trabajadoras interrumpir sus carreras profesionales para dedicarse al cuidado de sus familiares. Asimismo, cada vez se ha hecho más hincapié en que deben de procurarse horarios de trabajo flexibles, para posibilitar que las condiciones laborables puedan ser adaptadas a las necesidades de la vida personal y de las obligaciones familiares de las personas trabajadoras, sin que implique la renuncia completa a ninguna de esas facetas. Y, en tercer lugar, se viene reclamando papel principal que están llamados a ocupar los poderes públicos, pues han de procurar unos servicios adecuados que atiendan el cuidado de las personas adultas dependientes y de las menores, en general (Maneiro, 2023).

En efecto, las licencias han tenido un protagonismo que, sin embargo, se ha revelado ineficiente², mientras que las jornadas flexibles de trabajo y, en general, los mecanismos que permiten la adaptación del tiempo de trabajo al tiempo «de no trabajo» se acomodan mucho más al objetivo de la verdadera conciliación corresponsable. Y ello es así porque el estudio de estas figuras debe abordarse desde el prisma de la igualdad (Rodríguez Rodríguez, 2022: 37-55).

La Declaración del Centenario de la OIT, bajo el título «Futuro del Trabajo», adoptada en la Conferencia 108.^a, celebrada el 21 de junio de 2019, se refería a un «enfoque del futuro del trabajo centrado en las personas». Meses antes, la Comisión mundial de la OIT, en su informe «trabajar para un futuro prometedor», del 22 de enero, destacaba que «la Constitución de la OIT sigue siendo el contrato social más ambicioso de la historia» y llamaba a su revitalización, en el marco de la Agenda Global de la ONU 2030 y los Objetivos de Desarrollo del Milenio —justicia social, el pleno empleo, el fin de la pobreza, la igualdad de género y la reducción de las desigualdades—.

La Comisión mundial llamó la atención sobre la «mayor soberanía» de las personas trabajadoras sobre el tiempo de trabajo como una herramienta básica para avanzar hacia su bienestar, sus derechos de conciliación y, en consecuencia, hacia la igualdad por razón de género. Según la Comisión, el instrumento jurídico o el procedimiento más adecuado para conseguirlo será el diálogo social, con la implicación tripartita de los organismos más interesados, los interlocutores sociales —empresarios y trabajadores—, pero también el gobierno o el Estado, como responsable último de dar cumplimiento al mandato constitucional.

² A partir de los datos de la Encuesta de Población Activa, en el año 2022, el porcentaje de mujeres paradas cuya causa de dejar su último empleo fue el cuidado de niños/as o de personas adultas enfermas, incapacitadas o mayores, fue del 91,85% frente al 8,15% de los hombres que renunciaron a su último empleo por esta razón. Al respecto, *Mujeres en cifras 1983-2023*, Instituto de las Mujeres, 2023. Catálogo de Publicaciones de la Administración General del Estado: <https://cpage.mpr.gob.es>

El «empoderamiento» de los trabajadores en torno al reparto de sus tiempos vitales, se propugna desde la Comisión mundial como un cambio de paradigma fundamental para conseguir el «trabajo decente». De hecho, el modelo clásico sobre el que se asientan las normas tradicionales del ordenamiento jurídico como punto de partida —jornada ordinaria a tiempo completo— no resultan válidas ahora, en una organización del trabajo mucho más variable, imprevisible y que utiliza el tiempo de trabajo como un derecho «adaptativo» para el trabajador, especialmente en los trabajos de menos calidad, muchas veces desempeñados por mujeres y jóvenes.

Ya desde sus orígenes, el Convenio n.º 111 OIT, en el art. 1.3, se refirió a la no discriminación en la «admisión en el empleo». Esta norma recogió una visión transversal de la igualdad material con la admisión de medidas de acción positiva a favor del colectivo tutelado, mientras dure la situación discriminatoria (art. 5). También puede relacionarse con el Convenio n.º 122 OIT sobre política de empleo o el Convenio n.º 181 OIT que sometió la actuación de las agencias de colocación al principio de no discriminación en el acceso al empleo, incluyendo «cualquier forma de discriminación cubierta en la legislación y las prácticas nacionales (...)» (art. 5.1). Más específicos fueron el Convenio n.º 156, de 1981, y la Recomendación n.º 165, que reconocieron la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares.

A pesar de que no existe un Convenio de la OIT específico sobre la licencia parental, la Recomendación sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (núm. 165), y la Recomendación sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm. 191) contienen disposiciones sobre la licencia parental. Según estas Recomendaciones, tras el permiso de maternidad, cualquiera de los dos progenitores debería poder disponer de un período de licencia parental sin renunciar a su empleo y protegiéndose sus derechos laborales. No obstante, se ha observado que la articulación de las condiciones de este periodo de licencia, así como su remuneración y otros aspectos centrales, como el goce y la distribución de la licencia parental entre los progenitores, van a jugar un papel clave a la hora de que exista un verdadero reparto de las responsabilidades y de los tiempos del cuidado (Addati, Cattaneo, Pozzan, 2022: 151)³.

La ausencia de la universalización de servicios de cuidados garantizados convierte a la licencia parental en un instrumento básico para dar cobertura a esas necesidades de atención de los menores en edades más tempranas de su desarrollo. La segmentación en el reparto de estas responsabilidades dentro del ámbito privado viene demostrando que, en ausencia de una retribución de estos permisos, o el hecho de que sean excesivamente largos, repercuten en una des-

³ Según este estudio «sólo 831 millones de progenitores potenciales en el mundo viven en países en los que existe un derecho estatutario de licencia parental».

profesionalización de la persona que los disfruta, que suele ser la mujer. Por eso se ha afirmado que si no se prevén instrumentos que garanticen la individualización del permiso y las garantías en relación con los derechos laborales de quien se acoge al mismo, penalizará seriamente el derecho a la igualdad de oportunidades en el empleo de las mujeres (Addati, Cattaneo, Pozzan, 2022: 157)⁴.

Desde la perspectiva internacional resulta obvio que la igualdad de género es uno de los ejes sobre el que gira el objetivo más global de la universalización del «trabajo decente y sostenible», con gran capacidad de integración de la diversidad (Casas, 2019: 18-21). Es por lo que la igualdad real y efectiva, no sólo formal, se erige como un pilar a partir del que formular unas líneas generales que sustenten el reparto igualitario de los tiempos de cuidado y de los tiempos de trabajo, so pena de perpetuar los estereotipos de género.

En el ámbito europeo, la protección de la igualdad por razón de sexo se ha vinculado directamente con la igualdad en el acceso al empleo, en cuyo núcleo se han venido situando los avances normativos en relación con la conciliación de la vida familiar y laboral. El art. 157.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre la adopción de medidas destinadas a garantizar la igualdad de trato en asuntos de empleo y ocupación⁵, es heredero de la evolución normativa que parte del originario Tratado de Roma, en el que ya se recocía la igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras⁶, concepto sobre el que se ha venido insistiendo por la Comisión Europea⁷, hasta llegar a la reciente aprobación de la

⁴ El estudio recoge varios ejemplos muy ilustrativos, entre los que destaca, por ejemplo, «en algunos países las licencias parentales prolongadas pueden considerarse como medio de subvenir a los cuidados de los hijos pequeños y, de paso, reducir la necesidad de servicios públicos de guarderías para niños de cero a dos años, servicios que son escasos y requieren grandes inversiones. Por ejemplo, en Chequia existe una licencia parental de tres años por progenitor, una de las más prolongadas del mundo, dotada con una prestación familiar total de 11.461 euros. Sin embargo, en ese país no existe ningún tipo de servicio público de guardería para niños de cero a dos años; por consiguiente, el derecho a una licencia parental de tres años funciona como sustituto de los servicios públicos de guardería».

⁵ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, DOUE de 30 de marzo de 2010; en adelante, «TFUE». También la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01), arts. 20 y 21.

⁶ La finalidad de ese precepto era meramente económica, sólo se concibió como una necesidad para luchar contra el «dumping social». Con base en esta normativa, el Consejo de las Comunidades Europeas promulgó la Directiva 75/177/CEE, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de legislaciones de los Estados miembro que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos. En aplicación de esa norma, el TJCE declara contrarios al Derecho Comunitario los criterios que se fijen en convenios colectivos aplicables aparentemente neutros, que perjudican especialmente a un grupo de individuos por su pertenencia al mismo, sin justificación objetiva, por ejemplo, STJUE de 31 de enero de 1981, C-96/80, asunto «Jenkins» y STJUE de 17 de octubre de 1989, C-109/88, asunto «Danfoss».

⁷ Commission Recommendation on pay transparency and the gender pay, Bruselas, 7 de marzo de 2014. En este informe se pone de manifiesto que la diferencia salarial entre sexos es del 16% —en España el 18%, como consecuencia de la denominada «discriminación ocupacional» o «techo de cristal». La Comisión considera que ésta es un área fundamental que debe corregirse para conseguir

actual Directiva (UE) 2023/970, de 10 de mayo, «por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento»⁸.

En efecto, la primigenia Directiva 76/207/CEE⁹, se consideró la «Directiva Marco» en materia de igualdad de trato y no discriminación por razón de sexo en el ámbito laboral y fue el germen de medidas colectivas en el mismo sentido (Lousada, 2014). De hecho, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea comenzó a realizar una interpretación amplia del principio de igualdad con base en este texto¹⁰.

A continuación, destaca la Directiva 2002/73/CE¹¹ que incorporó la doctrina jurisprudencial europea y definió los conceptos de «discriminación directa» y «discriminación indirecta», en relación con el sexo de la persona trabajadora. Esta norma prohibió «todo trato desfavorable o práctica aparentemente neutra que suponga una desventaja particular con respecto a personas de otro sexo en condiciones objetivamente iguales para el acceso al empleo, la promoción profesional, la participación en los órganos de representación de la empresa, y en el resto de las condiciones de trabajo, como la protección frente al despido»¹².

Finalmente, la Directiva 2006/54/CE¹³, ya en sus consideraciones preliminares, se refiere al principio de igualdad entre hombres y mujeres como funda-

la verdadera igualdad, como ya puso de manifiesto en la «Strategy for equality between women and men 2010-2015», COM (2010) 491 final, SEC (2010) 1079 and SEC (2010) 1080.

⁸ Directiva (UE) 2023/970, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo de 2023 por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento, DOUE-L-2023-80668, de 17 de mayo de 2023.

⁹ Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. DOL 14 de febrero de 1976.

¹⁰ Por todas, la STJUE de 11 de noviembre de 1997, C-409/95, asunto «Hellmut Marschall contra Land Nordrhein-Westfalen» que establece que una normativa nacional que recoge una «cláusula de apertura a favor de la mujer» no contradice el principio de igualdad comunitario si se garantiza la posibilidad de acceso al varón y se le valora objetivamente de la misma manera que a la mujer. Resulta también de mucho interés el asunto «Kalanke» (C-450/93) por su confrontación con esta doctrina y posterior Comunicación interpretativa de la Comisión, de 27 de marzo de 1996, que afirma la legitimidad de las medidas de acción positiva.

¹¹ Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. DO L269/15.

¹² Por ejemplo: STJUE de 13 de julio de 1989, C-171/88, asunto «Rinner-Kühn» y STJUE de 30 de noviembre de 1993, C-189/91, asunto «Kirsammer-Hack».

¹³ Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición). DO L204/23. Efectivamente esta Directiva aglutinó otras entre las que destacan

mental en el Derecho de la Unión e incide en la igualdad de retribución, en la que se incluyen todas las prestaciones o indemnizaciones con cargo a la propia empresa¹⁴ y los «regímenes profesionales de seguridad social»¹⁵. De manera explícita especifica los ámbitos que abarca el concepto de discriminación, en el que incluye «discriminar a personas por razón de su sexo», como ofrecer un «trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso de maternidad». Además, define la «acción positiva» —art. 3—, en base a la cual «los Estados miembros podrán mantener o adoptar las medidas indicadas en el art. 141, apartado 4, del Tratado con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral»¹⁶ (Nielsen 2000: 236-238¹⁷). En todo caso, debe aplicarse de manera exhaustiva, valorando que la actividad profesional, y siempre que el objeto buscado sea legítimo y se respete el principio de proporcionalidad, según exige el TJUE «que no se traspasen los límites de lo que es adecuado y necesario para la consecución del objetivo que se persigue con la excepción»¹⁸.

Esta regulación se completa, entre otras normas y por lo que aquí interesa, en primer lugar, con la Directiva 92/85/CEE¹⁹ que otorga una protección integral a la seguridad y salud de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia²⁰. Y, en segundo lugar, hay que destacar la Directiva 2010/18/UE, de 8 de marzo de 2010, «por la que se aprueba el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por Business Europe, la

las Directivas 76/207/CEE, la 75/117/CEE, y sus respectivas versiones modificadas, dentro de las que se encuentra la Directiva 2002/73/CE.

¹⁴ Hace una referencia expresa a la STJUE de 17 de mayo de 1990, C-262/88, asunto «Barber/Guardian Royal Exchange AssuranceGroup».

¹⁵ En este sentido es significativa la STJUE de 22 de noviembre de 2012, C-385/11, asunto «Isabel Elbal Moreno/INSS y TGSS». Se produce una clara discriminación indirecta por la normativa española sobre los trabajadores a tiempo parcial dado que son un porcentaje muy elevado de mujeres y esto influye peyorativamente sobre las carreras de cotización de las pensiones contributivas. En la misma situación, de trabajadores a tiempo parcial —siendo la mayoría trabajadoras mujeres— y su repercusión en la remuneración, STJUE de 13 de julio de 1989, C-171/88, asunto «Ingrid Rinner-Kühn contra FWW Spezial-GebäudereinigungGmbH& Co. KG.» y sobre despido, STJUE de 30 de noviembre de 1993, C-189/91, asunto «Petra Kirsammer-Hack contra NurhanSidal».

¹⁶ Sobre el concepto de acción positiva STJUE de 25 de octubre de 1988, C-312-86, asunto «Comisión contra Francia».

¹⁷ En el mismo sentido, analiza el asunto Abrahamsson (C-407/98), en el que el Tribunal de Justicia confirma la legitimidad de las acciones positivas en el ámbito de las administraciones públicas.

¹⁸ STJUE de 15 de mayo de 1986, C-222/84, asunto «Johnston». Por todas, el asunto ya citado, «Maschall» (C-409/95).

¹⁹ Directiva 92/85/CEE, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, de 19 de octubre de 1986.

²⁰ STJUE de 1 de julio de 2010, C-471/08, asunto «Sanna Maria Oarviainen contra Finnair Oyj», sobre complementos retributivos de una azafata de avión embaraza que es trasladada de su puesto por riesgo durante el embarazo.

Ueapme, el CEEP y la CES y se deroga la Directiva 96/34/CE»²¹, predecesora inmediata de la actual Directiva (UE) 2019/1158, de 20 de junio²² y que, en efecto, deroga la primera de las normas europeas dedicadas al tiempo para el cuidado de menores y familiares como una cuestión social que requiere especial reconocimiento jurídico en el ámbito laboral.

Para terminar este breve repaso a la legislación, hay que mencionar que en la Unión Europea se elaboraron numerosos y relevantes instrumentos de *soft law*²³ que reivindican la centralidad del principio de igualdad entre hombres y mujeres en todos los ámbitos y, de manera destacada, «en el empleo, trabajo y retribución»²⁴. A partir de esta regulación en el ámbito de la Unión Europea, el principio de igualdad de trato y no discriminación se impone desde la estrategia *gender mainstreaming*. Así se recoge en el Pilar Europeo de Derechos Sociales (Ramos, 2017: 19-42), heredero de las múltiples Directivas en el mismo sentido, pero también de los derechos reconocidos *ad initio* en la Carta Social Europea y en su versión revisada, con lo que conlleva su ratificación en cuanto a derechos sociales (Salcedo, 2014: 154-162).

Además, paralelamente a este elenco normativo, el Tribunal de Justicia ha desarrollado un papel clave en la interpretación expansiva de la protección del derecho a la igualdad y de la prohibición discriminación por razón de sexo para albergar los derechos de conciliación de las personas trabajadoras, al menos de manera indirecta. Esto se ha puesto de manifiesto en asuntos tan relevantes como «Coleman»²⁵, en el que se reconoce un trato discriminatorio para la trabajadora que sufre consecuencias peyorativas en su entorno laboral fundamentadas por la empresa en las ausencias vinculadas al tiempo de cuidado de su hijo con discapacidad. Es verdad que la conexión en este caso se formula a través de la que se ha denominado «discriminación refleja» o «por vinculación», en referencia a la prohibición de discriminación por discapacidad²⁶ que se aplica, a modo de espejo, a esta madre trabajadora.

²¹ DO L 68/13, de 18 de marzo de 2010.

²² Directiva (UE) 2019/1158, de 20 de junio, de Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo.

²³ Destacan los cinco Programas sucesivos sobre la «promoción de la igualdad de oportunidades para la mujer. Otros textos que destacan son la Recomendación del Consejo 84/635/CEE, de 13 de diciembre de 1984, relativa a la protección de acciones positivas a favor de la mujer, y la Recomendación 92/241/CEE, de 31 de diciembre de 1992, sobre el cuidado de hijos y la necesidad de que los Estados miembros incorporen progresivamente iniciativas que permitan a las mujeres y a los hombres conciliar sus responsabilidades familiares y laborales.

²⁴ Art. 23, Carta de los Derechos Fundamentales de los Trabajadores, de 12 de diciembre de 2007, DO n.º C. 303, de 14 de diciembre de 2007.

²⁵ STJUE de 17 de julio de 2008, C-303/06.

²⁶ Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. DOUE, 2 de diciembre de 2000.

Más incisa, o más explícita en cuanto a discriminación por la imposibilidad del ejercicio de un derecho de conciliación, es la interpretación del asunto «Roca Álvarez»²⁷. En efecto, este pronunciamiento reconoció que los permisos no podían establecerse sólo a mujeres, ni tan siquiera, preferentemente, porque implica perpetuar el rol de género, pero tampoco es lícito establecer un trato diferenciado entre los sexos, de manera que todos los beneficios derivados de las labores de cuidado deben concebirse de manera individual e igual entre las posibles personas destinatarias, con independencia de su género.

Y, por último, en este pequeño resumen sobre evolución jurisprudencial, conviene recordar el asunto «H. versus Land Berlín»²⁸, en el que el Tribunal se muestra muy claro y contundente al afirmar que la finalidad primordial del Acuerdo Marco revisado es garantizar los derechos de los trabajadores que se acogen a su permiso parental. De tal forma que una interpretación contraria a la promoción profesional en este caso incidiría negativamente en quién, como la trabajadora del litigio, ejerce sus derechos de conciliación de la vida personal y familiar con la laboral. La normativa nacional, en este caso, produce un efecto disuasorio para disfrutar del permiso parental lo que supone, al mismo tiempo, un menoscabo del efecto útil de la Directiva 2010/18/UE.

En el ordenamiento jurídico interno, la regulación de las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral se han integrado también como una técnica indirecta para la consecución del principio de igualdad, tal y como se recoge en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, sobre la igualdad efectiva entre mujeres y hombres (en adelante LOI)²⁹ que en realidad constituye la transposición de la Directiva 2002/73/CE. Como es sabido, la protección de la conciliación en nuestro ámbito laboral ha venido marcada por la transposición de las Directivas europeas y, en buena medida, también por las numerosas cuestiones prejudiciales resueltas en el sentido de considerar la normativa española contraria por discriminatoria, respecto de los derechos de conciliación.

No obstante, el precedente inmediato a la legislación actualmente vigente fue el RD Ley 6/2019³⁰ que colocó a nuestro ordenamiento a la vanguardia jurídica, recogiendo el espíritu de la norma europea sobre la individualización de los permisos de conciliación y las fórmulas de trabajo flexible³¹. Además de las adaptaciones terminológicas en el propio texto legislativo para corregir un lenguaje desfasado y sexista (Núñez-Cortés, 2019: 109), debe destacarse que por

²⁷ STJUE de 30 de septiembre de 2010, C-104/09.

²⁸ STJUE de 7 de septiembre de 2017, C-174/16.

²⁹ BOE de 23 de marzo de 2007.

³⁰ Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. BOE de 7 de marzo de 2019.

³¹ Se ha avalado su constitucionalidad como instrumento jurídico adecuado para esta regulación de urgencia, en STC 18/2023, de 21 de marzo de 2023.

fin se elimina la atribución preferente de derechos de conciliación de titularidad exclusiva o preferentemente femenina a favor de una regulación de derechos para cada progenitor, sin posibilidades de transferencia o con cuotas de reserva no intercambiables. Por otra parte, reconoce una especie de «flexibilidad inversa» a la persona trabajadora que quisiera adaptar su jornada a través de un acuerdo con la empresa (art. 34.8 ET), aunque la restrictiva interpretación del Tribunal Supremo hizo que se convirtiese en una posibilidad con importantes restricciones prácticas y no carente de críticas por la doctrina (López, 2019: 98-100; también, Martínez, 2020, 71-79).

En fin, tras esta revisión «a ojo avizor» de la evolución legislativa laboral supranacional e interna, puede afirmarse que la centralidad de la conciliación co-responsable constituye hoy un día el nudo gordiano para conseguir el ideal del trabajo decente propugnado por la OIT. También la Estrategia para la igualdad de Género 2020-2025, de la Comisión Europea se ha referido a las fórmulas de trabajo flexible y al reparto equitativo de las responsabilidades asistenciales entre ambos progenitores, como instituciones fundamentales para garantizar la igualdad de todas las personas trabajadoras, a través de la correcta transposición por los Estados miembro de la Directiva 2019/1158. A continuación, se analiza esta norma.

2. La directiva «de los progenitores y los cuidadores»: la centralidad del permiso parental

La relevancia del permiso parental como instrumento característico del derecho a la conciliación se viene advirtiendo desde el primer Acuerdo marco adoptado por los interlocutores sociales europeos y que acabó desembocando en la primera Directiva 96/34/CE. Esta norma ya pivotaba desde su propia denominación, sobre el reconocimiento de ausencias al trabajo justificadas en las necesidades de la persona trabajadora de atender a los menores a su cargo. El permiso por causas de «fuerza mayor» también se contempla, pero simplemente se enuncia. Por lo tanto, desde sus orígenes, la configuración jurídica del derecho a la conciliación se viene centrando en el cuidado de hijos o hijas, pero siempre alejado del permiso de maternidad cuya normativa específica permanece inalterable desde la conocida Directiva 92/84/CE.

En efecto, la licencia por maternidad ha evolucionado en su propia concepción desde una legislación paternalista que, en base a la prevención de riesgos del sexo «débil», consideraba importante alejar y proteger a la gestante de determinados riesgos físicos derivados del ámbito laboral. Con la proliferación de los movimientos feministas europeos, la maternidad empieza a desgranarse en dos partes, por un lado, esa estrictamente biológica que debe ser objeto de la

máxima protección y que no admite ningún tipo de trato peyorativo o discriminatorio, frente a la parte del cuidado intrínseco del menor a que haya dado a luz. De esta forma se articula una derivada que se centra en cubrir los vacíos de esa legislación apegada a la circunstancia de la gestación, el parto y el amamantamiento y dar un paso más allá para responder a las necesidades sociales creando un modelo distinto para esa etapa posterior, de manera que se extiendan los mismos derechos para los hombres y para las mujeres.

En esta línea el Tribunal de Justicia europeo resaltó que el permiso de maternidad tiene una doble finalidad: ofrecer una protección biológica materna y a la vez garantizar las especiales relaciones entre la madre y el niño en los momentos posteriores al nacimiento o adopción. Según la jurisprudencia TJUE esto impide convertirlo en sustitutivo del permiso parental ni, desde luego, aquél puede sustituirse por el de maternidad, sino que el permiso parental ha de aplazarse o interrumpirse hasta que la trabajadora haya finalizado su disfrute del permiso de maternidad³².

La Directiva 96/34/CE reguló el permiso parental de tres meses de duración, como un derecho individual si bien, con carácter «en principio, no transferible». Esto hizo que se debilitase ese requisito porque los Estados miembros al desarrollar esta regulación, a través de sus propias leyes y convenios colectivos, en muchos casos, prescindieron de esa característica. Por su parte, la Directiva 2010/18/UE, se refería al permiso parental como un «derecho individual» concedido a «los trabajadores, hombres y mujeres, por motivo de nacimiento o adopción de un hijo, para poder cuidarlo hasta una edad determinada, que puede ser hasta ocho años» (Cláusula 2.1). Además, en aras de la igualdad entre hombres y mujeres, se concedía «con carácter intransferible», al menos un mes de los cuatro que se prevén como duración mínima, «para fomentar un uso más equitativo del permiso por ambos progenitores» (Cláusula 2.2). Es decir, supuso un avance considerable en el fomento del reparto de responsabilidades de cuidado entre progenitores, según explica «si se da carácter intransferible a este permiso, puede servir de incentivo positivo para que lo utilicen los padres» (Considerando 16). No obstante, esta normativa no respondió a las expectativas que ya había expresado el Consejo de la Unión Europea sobre la necesidad conseguir una participación equilibrada de mujeres y hombres, tanto en el mercado de trabajo, como en la vida familiar, y el derecho a hacerlo de todas las personas trabajadoras, con independencia de su sexo³³.

³² En este sentido: STJUE de 12 de julio de 1984, C-184/83, asunto «Hoffman»; STJUE de 29 de noviembre de 2001, C-366/99, asunto «Griesmar»; STCE de 18 de marzo de 2004, C-342/01, asunto «Merino Gómez»; STJUE de 14 de abril de 2005, C-519/0, asunto «Comisión/Luxemburgo»; STJUE de 20 de septiembre de 2007, C-116/06, asunto «Sari Kiiski».

³³ Resolución del Consejo y de los Ministros de Trabajo y Asuntos Sociales, de 29 de junio de 2000, DO Serie C, n.º 218, de 31 de julio de 2000.

Como resultado de esta evolución y ante la constatación del inmovilismo legislativo y de los agentes sociales para avanzar en un nuevo acuerdo más ambicioso en torno a estas realidades, el 26 de abril de 2017, el Parlamento y el Consejo tomaron la iniciativa y presentaron la propuesta de Directiva relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y de los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo. Entre las razones y objetivos que la justifican, el propio texto de la propuesta enumera profusamente resultados sobre el fracaso de las medidas adoptadas hasta ahora, lo que ha abocado a las mujeres a una situación de infrarrepresentación en el empleo —trabajos a tiempo parcial, temporales o informales—. Las consecuencias inmediatas se trasladan a la brecha salarial de género, llegando a alcanzar el 28% en algunos Estados miembros y el 40% de media en el UE, en el ámbito de las pensiones³⁴. A la vez, critica abiertamente la carencia de disposiciones que permitan que los hombres asuman las mismas responsabilidades familiares que las mujeres al no establecer permisos de cuidado equitativos y sin vinculación al género.

Con anterioridad, en julio de 2015, se había anunciado la retirada de la propuesta de modificación de la Directiva relativa al permiso de maternidad³⁵, derivada de las contumaces oposiciones estatales para avanzar en su tramitación. Por eso, en el año 2016, la «Comisión Juncker», incluyó entre su plan de trabajo la iniciativa «Un nuevo comienzo para hacer frente a los desafíos de la conciliación de la vida laboral y familiar», que pretendía incrementar la participación de las mujeres en el mercado de trabajo³⁶. Es más, esa nueva propuesta se presentó con un cariz amplio para abrir «la vía a un nuevo enfoque para cumplir los objetivos estratégicos de mejorar la protección de las madres, lograr una mejor conciliación de la vida profesional y la vida familiar y facilitar la participación de las mujeres en el mercado de trabajo»³⁷.

En efecto, la Directiva (UE) 2019/1158, de 20 de junio, es la única de las tres normas europeas que, hasta el momento, no proviene de un acuerdo del diálogo social. Esa especie de «novedad» se refleja en la propia estructura legislativa, mucho más acomodada a un instrumento normativo típico europeo, al de

³⁴ En 2015, la tasa de empleo femenina (20-64 años) alcanzó el 64,3%, frente al 75,9% en el caso de la masculina, «Closing the Gender Gap», OCDE (2013).

³⁵ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 92/85/CEE del Consejo, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia. Bruselas, 3 de octubre de 2008, COM (2008) 637 final.

³⁶ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Programa de trabajo 2016: «No es el momento de dejar las cosas como están», Estrasburgo, 27 de octubre de 2015. COM (2015) 610 final

³⁷ Comunicado de prensa de la Comisión Europea, sobre el nuevo enfoque de la conciliación y la retirada de la propuesta de Directiva sobre la maternidad, Bruselas, 1 de julio de 2015.

abrir sanciones para los supuestos de incumplimiento de los Estados miembro y una cláusula de transposición —también llamada «cláusula pasarela»— sobre la que volveremos al tratar la regulación española (art. 20).

Asimismo, incluye una nueva clasificación de los permisos (art. 3), diferenciando entre el de paternidad y el parental, a la vez que también mantiene el permiso por fuerza mayor, pero crea otro distinto que denomina «permiso para cuidadores». La duración será independiente entre cada permiso y taxativamente de carácter intransferible. Así, contarán de diez días, el de paternidad; cuatro meses, el parental; para cuidadores, un período mínimo de cinco días; y por fuerza mayor, el tiempo equivalente a cuatro días de trabajo al año. Además, se amplía el concepto de familia, dando cabida a la convivencia, y se establecen los ocho años la edad mínima del menor hasta la que se permite disfrutar de estos permisos, así como solicitar formas de trabajo flexibles que pueden someterse a límites razonables (arts. 5, 6 y 7, sobre los distintos permisos, respectivamente).

Al mismo tiempo se refuerzan las garantías de disfrute de estos permisos a través de la consolidación de los derechos adquiridos o en curso de adquisición que se generen durante su disfrute, y se incide en la protección frente a la desigualdad de trato o a las consecuencias desfavorables para quién se acoja a estos permisos, a través de mecanismos de protección económica y el desplazamiento de la carga de la prueba en supuestos de discriminación (arts. 12, 13 y 14).

En todo caso, deja sin resolver de manera expresa si crea una nueva causa de discriminación por conciliación, más allá de la evidente relación que la une con la discriminación por razón de sexo y que ha otorgado un paraguas de protección frente a los actos discriminatorios por este motivo hasta la actualidad. El art. 11, por primera vez en la regulación de las directivas sobre conciliación, plantea de manera sutil esa conexión directa entre el ejercicio de los derechos de conciliación y la discriminación, de manera que prohíbe que las personas trabajadoras «reciban un trato menos favorable por haber solicitado o disfrutado» alguno de los permisos a los que se refiere, o haber solicitado el ejercicio flexible de los mismos. En todo caso, este precepto está conectado con la cláusula anti-discriminatoria del art. 21 de la Carta de los fundamentales de la Unión Europea que contempla un listado abierto causas de discriminación y, por tanto, podría incorporarse una nueva causa de discriminación por conciliación (Ballester, 2017: 75).

Por lo que se refiere al permiso parental, en concreto, la Directiva dedica buena parte de sus Considerandos -desde el 19 al 26- a reivindicar su importancia como instrumento jurídico sobre el que articular un reparto de los cuidados de las personas menores. Se refuerza su articulación respecto del objetivo de la corresponsabilidad y sus halagüeñas perspectivas en la reducción de las brechas de género. Casi podría afirmarse que la Directiva fía buena parte de su éxito a alcanzar una importante cobertura por parte de los Estados de este permiso de

cuatro meses, de los que ahora dos han de ser intransferibles y que se caracteriza por su disfrute a través de fórmulas tan flexibles como sea posible. Todas estas circunstancias lo configuran como el permiso «estrella» para que los padres —o un segundo progenitor, en el caso de que se reconozca por la legislación nacional (art. 5 de la Directiva 1158/2019)— puedan acogerse para atender a los hijos o hijas, garantizando que no se merman sus derechos laborales y, simultáneamente, que se adapten a las necesidades parentorias de cuidado.

Sobre el requisito de la remuneración o prestación económica, el Considerando 29 se refiere a ella como el incentivo para que los hombres, en particular, se acojan a su disfrute. A diferencia del permiso de paternidad, sobre el que se fija un mínimo de referencia equivalente al permiso por enfermedad que exista en las legislaciones nacionales respectivas, en relación con el permiso parental se concede más margen definidor a los Estados, dejando incluso que se determine por la negociación colectiva garantías para su efectividad y reparto equitativo (art. 8.3 Directiva 1158/2019/UE). Ahora bien, insiste en que deben fijar un «nivel adecuado» de la remuneración o «prestación para el período mínimo no transferible» (...) «para poder mantener un nivel de vida adecuado» (Considerando 30). Sobre estas referencias volveremos al tratar la transposición al derecho interno.

A la vez, esta regulación responde a una previsión de carácter imperativo sobre la regulación del trabajo flexible que pretende incidir directamente en la coresponsabilidad, al fomentar el retorno al mundo laboral de la mujer, tradicional destinataria de los permisos parentales más extensos, con el consustancial riesgo de su desprofesionalización. En este nuevo reconocimiento se permite cierta limitación —hasta los 8 años— y requisitos, en su caso, —cierta antigüedad en el puesto, no más de un año—, pero se configura como un derecho subjetivo al que los Estados miembros deberán de dar cobijo en sus ordenamientos internos de manera que resulte efectivo. Como señala la Directiva, «las mujeres y los hombres deberán tener igual acceso a permisos especiales para cumplir con sus responsabilidades de cuidado y animárseles a utilizarlos de forma equilibrada» (Rodríguez Rodríguez, 2020:40-78).

Es decir, resulta fundamental, completar estos permisos específicos de alejamiento del puesto de trabajo, con las posibilidades de adaptación flexible al empleo, una vez que ha finalizado aquél o, incluso, durante su disfrute, en la medida que eso podrá facilitar la reincorporación de la persona trabajadora. Este es el punto clave y que marcará la diferencia respecto de la anterior regulación porque se refuerza el derecho a la reserva y reincorporación al trabajo tras el permiso parental. La previsión de la anterior Directiva sobre animar a personas trabajadoras y a las empresas «a tomar disposiciones para definir medidas adecuadas para la reintegración» queda superada en la actual redacción del art. 9 de la Directiva.

Por último, las garantías sobre los derechos laborales generados o que se hayan podido generar mientras la persona trabajadora se encontraba disfrutando del permiso, asegura el derecho de esa persona a reincorporarse a su trabajo o un puesto equivalente en unas condiciones que «no le resulten menos favorables, así como beneficiarse de cualquier mejora de las condiciones laborales a la que hubieran tenido derecho si no hubieran disfrutado el permiso» (art. 10 de la Directiva). Incluso especifica que incluye «eventuales cambios derivados de la legislación, los convenios o los usos nacionales» y también los derechos de seguridad social, incluidas «las cotizaciones al sistema de pensiones, y asegurarán que la relación laboral se mantenga durante esos períodos» (apartado 3, art. 10, Directiva). Se trata, en definitiva, de evitar pronunciamientos judiciales o interpretaciones de las legislaciones nacionales que puedan perjudicar el ejercicio del derecho, como sucedió con la norma precedente³⁸.

Partiendo de esta normativa europea, a continuación, se llevará a cabo el análisis de la regulación laboral actual del permiso parental en nuestro ordenamiento, una vez que se ha llevado a cabo la transposición, bajo amenaza por parte de la Comisión Europea de sanción por incumplimiento del plazo (rematado desde el mes de agosto de 2022).

3. El nuevo régimen jurídico del permiso parental tras el RD Ley 5/2023

El Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio³⁹, en su Libro II procede a la trasposición de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo.

Conviene, no obstante, referirse a varios aspectos relevantes en lo que fue el largo y tortuoso camino de la transposición, hasta alcanzar el resultado publicado en la norma de urgencia. De hecho, la Disposición Final Octava explícita que se trata de una transposición parcial de la norma comunitaria, al dejar fuera de su contenido lo previsto sobre la remuneración del permiso parental en

³⁸ En este sentido restricto, por ejemplo, con gran impacto negativo, STJUE (Gran Sala), 4 de octubre de 2018, C-12/17, asunto «María Dicu», en el que el permiso parental disfrutado no se consideró tiempo de trabajo efectivo para generar el correspondiente derecho a vacaciones que, por lo tanto, se deniegan a la trabajadora.

³⁹ Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea. BOE de 29 de junio de 2023.

los artículos 5 y 8, respectivamente. Sin duda se trata de una precaución del legislador de urgencia acorde con el plazo más amplio —hasta el 2 de agosto de 2024— del que goza ese aspecto concreto en la Directiva consciente el legislador europeo de las dificultades de negociación que puede implicar en el ámbito interno de cada Estado miembro al poder optar entre una remuneración o a una prestación económica, condicionada a períodos de trabajo previos.

Además, existen otras dos cuestiones importantes a la hora de enfrentarse al análisis de la norma de urgencia y que sin duda deben de tenerse presentes para su correcta interpretación. Una, esta Directiva nace vinculada al impulso que el derecho a la igualdad de género tiene en la normativa de la UE y que también venía recogido, desde un primer momento, en el Pilar Europeo de Derechos Sociales. Y, la otra es que este Real Decreto recoge —o salva— parte del contenido que estaba reflejado en la *non nata* Ley de Familias, del año 2023⁴⁰.

En efecto, la *non nata* Ley de Familias recogía buena parte de estas cuestiones, al ser la norma en la que, *a priori*, se proponía transponer la Directiva (UE) 2019/1158. Debe tenerse presente que, en realidad, el origen simultáneo de esta norma europea, en el marco del desarrollo del Pilar europeo de derechos sociales, junto con la Directiva (UE) 2019/1152⁴¹, implicaba que lo idóneo era una transposición conjunta y, así, completar de forma más ambiciosa esa necesaria adaptación entre los tiempos de trabajo y de vida de las personas trabajadoras (Rodríguez Rodríguez, 2021: 40-45). No obstante, el legislador al optar por primar en la Ley de Familias la vertiente más social frente a la estrictamente laboral de estos permisos también dio un paso coherente en relación con las nuevas estructuras familiares y la legislación sobre la igualdad que ha sido desarrollada de forma muy intensa⁴².

Dejando aparte estas circunstancias, el RD Ley 5/2023, incorpora al Estatuto de los Trabajadores —en adelante ET—⁴³, en el art. 4.2, c) *in fine*, el derecho de las personas trabajadoras a no ser discriminadas directa o indirectamente en el «empleo o, una vez empleados», «el trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres por el ejercicio de los derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral». Por lo tanto, se reconoce un derecho subjetivo de la persona trabajadora a la protección frente a las conductas o acciones que

⁴⁰ Proyecto de Ley de Familias (121/000151,) BO de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, 14 de abril de 2023.

⁴¹ Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, de 11 de julio de 2019. L186/105.

⁴² Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (BOE de 13 de julio de 2022) o la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la Igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI. BOE de 1 de marzo de 2023.

⁴³ 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, BOE de 24 de octubre de 2015.

sean contrarias a ese derecho explícitamente reflejado ahora en el elenco de derechos laborales básicos. Esto tendrá su reflejo en la intensidad de las sanciones y capacidad de acción procesal que se prevén al respecto, como se verá a continuación.

En el análisis del permiso parental también hay que tener presente el mandato general de la Directiva de mantener el mismo nivel de protección que ya se viniese dispensando por los distintos ordenamientos nacionales, es decir, no cabe que el legislador interno se ampare en la transposición para una *reformatio in peius* (art. 16). Y, finalmente, otra regla importante es la referida en la «cláusula pasarela» que permite tener en cuenta los períodos de ausencia al trabajo «relacionados con la familia» y cualquier «remuneración o contraprestación prestación preexistente en el ordenamiento interno» (art. 20).

3.1. Ámbito de aplicación y la —ausencia de— remuneración

La nueva letra o) del art. 45 ET introduce «el disfrute del permiso parental» como causa de suspensión del contrato de trabajo, cuyo régimen jurídico desarrolla el también nuevo art. 48 bis ET.

El ámbito de aplicación del permiso viene definido en los mismos términos que en la Directiva, por lo tanto, se reconoce «para el cuidado de hijo, hija o menor acogido por tiempo superior a un año, hasta el momento en que el menor cumpla ocho años». A continuación, especifica que «tendrá una duración no superior a ocho semanas, continuas o discontinua». En realidad, en estas primeras líneas el precepto concentra las circunstancias más importantes para la interpretación del nuevo permiso. Así, delimita claramente el objeto del permiso y el sujeto causante, en función del cual se circunscribe temporalmente su disfrute —los ocho años del menor—, es decir, la duración del permiso.

No obstante, esta redacción también alberga ciertas dudas que ha manifestado la doctrina (Rodríguez Escanciano, 2023: 29) sobre la diferencia de duración del permiso entre las ocho semanas recogidas por la norma interna y las dieciséis semanas a las que se refiere al Directiva. Al respecto de la extensión temporal divergente entre la europea y la interna, ya se ha mencionado que la Directiva incorpora previsiones específicas para computar cualquier licencia incorporada previamente al ordenamiento nacional que facilite alcanzar ese periodo más amplio, aunque tengan otra nomenclatura, eso sí, siempre que se ocupen de la misma o similar finalidad, tal y como sucede en el ordenamiento español. En este sentido, aplicando esta «cláusula pasarela», en nuestra legislación la regulación de la excedencia del art. 46 del ET y otros permisos abarcan sobradamente los otros dos meses que debe durar el permiso parental (Cabeza, 2020: 41-80), bien computándose el permiso completo o en parte, como el de lactancia (art. 37.4 ET) o el de reducción de la jornada (art. 37. 6 ET), junto con el permiso por nacimiento, en lo que excede de las doce semanas que

marca la Directiva 92/84/CE como obligatorias en caso de maternidad biológica (art. 48 ET).

Ahora bien, téngase en cuenta que la Directiva se refiere a una duración de cuatro meses, de los que dos —ocho semanas— «no pueden ser transferidos» (art. 5.2) y sobre los que «el estado miembro o los interlocutores sociales definirán dicha remuneración o prestación económica» (art. 8.3). Es aquí cuando el legislador español se ha visto en la obligación de añadir un período concreto que abarcará el permiso parental ineludiblemente unido al permiso por nacimiento de diecisésis semanas que se retribuye como una prestación de seguridad social. Ocurre, sin embargo, que, en el caso de las madres biológicas, sólo se cubren a través de la prestación cuatro semanas, de las ocho que prevé como mínimo la Directiva⁴⁴.

Por eso, la norma española se refiere ya desde su Exposición de Motivos a una transposición parcial de la Directiva y, más adelante, el propio legislador de urgencia, en la Disposición final octava, sobre la «incorporación de Derecho comunitario», de manera explícita señala que «el libro segundo traspone parcialmente la Directiva (UE) 2019/1158 (...) salvo su artículo 5 y su artículo 8, apartado 3, respecto de la remuneración o la prestación económica del permiso parental»⁴⁵. Efectivamente ambos preceptos de la Directiva se refieren a cómo los Estados miembro o los interlocutores sociales deben garantizar una remuneración suficiente o una prestación económica que «garantice un nivel de vida adecuado» y que facilite el que ambos progenitores puedan disfrutar el permiso parental. Dadas las dificultades que esta cuestión puede conllevar en el diseño del propio permiso, el artículo 20 de la Directiva amplía el plazo de transposición en relación con la remuneración del permiso hasta el 2 de agosto de 2024⁴⁶.

Este punto se trata, sin duda, del que más críticas ha recibido tras el proceso de transposición a la legislación interna (López Álvarez, 2023). En efecto, debe corregirse cuanto antes porque la norma europea es contundente en este aspecto, como se ha venido expresando en estas páginas, so pena de que el per-

⁴⁴ Téngase en cuenta que decayó la previsión recogida en la disposición transitoria decimoquinta del Proyecto de Ley de Familias que conoció el Consejo de Estado y que preveía la remuneración de seis semanas en el año 2023 y los dos restantes, por lo tanto, de todo el permiso parental en el año 2024. Dictamen del Consejo de Estado, Número de expediente: 146/2023, de 16 de marzo de 2023.

⁴⁵ La misma literalidad se puede encontrar ya en el Proyecto de la Ley de Familias, en concreto en la Disposición final decimoséptima, sobre la incorporación de derecho de la Unión Europea.

⁴⁶ Art. 20 Directiva 2019/1158: «No obstante lo dispuesto en el apartado 1 del presente artículo, para la remuneración o la prestación económica correspondientes a las últimas dos semanas del permiso parental previsto en el artículo 8, apartado 3, los Estados miembros pondrán en vigor disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para cumplir la presente Directiva a más tardar el 2 de agosto de 2024. Informarán de ello inmediatamente a la Comisión.

miso parental termine convirtiéndose en un instrumento inocuo en el reparto de los cuidados o, incluso, más perjudicial, al incidir negativamente y perpetuar el esquema conocido de que cuida quien menos gana, o quien menos puestos de responsabilidad ocupa.

A falta de una indicación más clara por parte de la Directiva sobre la cuantía que debe acompañar el tiempo de disfrute del permiso parental, a diferencia de la contundencia manifestada para el permiso de paternidad en el art. 8.2, donde además impone esa obligación a los Estados. Desde la doctrina han planteado alternativas en torno al 80% de sus ingresos, teniendo en cuenta que el permiso parental debe dispensar una protección económica razonablemente atractiva, ante la pérdida de ingresos que por sí mismo implica dejar de trabajar para cuidar (Cabeza, 2020: 67-69).

En efecto, su propia ubicación en el Estatuto de los Trabajadores y los proyectos legislativos conocidos⁴⁷, hacen pensar que finalmente acabará configurándose como una prestación pública que cubra, al menos en una parte importante, el periodo del permiso parental. De lo contrario habría que plantearse que sean los convenios colectivos los que determinen su grado de retribución, en este caso a cargo de la empresa. La problemática aquí sería mayor por la propia disparidad de criterios y de regulaciones que pueden surgir, más allá de la confusión que podría darse al poner en marcha los controvertidos mecanismos de compensación y absorción respecto de las posibles mejoras económicas voluntarias preexistentes.

De hecho, en el ámbito del empleo público, recientemente el Tribunal Supremo ha negado la posibilidad de que se pacte la remuneración de este permiso a la espera del desarrollo reglamentario anunciado por la ley, y lo hace en base al carácter de norma mínima del Estatuto Básico del Empleado Público⁴⁸. Es cierto que, en el ámbito laboral privado, nada impediría tal pacto, sin embargo, sería imprescindible, en base a la seguridad jurídica, que el legislador estatutario dispusiese al menos, unos parámetros mínimos de orientación para su aplicación o franjas respecto de las cuantías. Esto es lo que parece que se pretendía con la remisión al reglamento de desarrollo que prevé el propio art. 48 bis ET.

⁴⁷ El nuevo Proyecto de Ley de Familias, ref. 121/000011. BO Congreso de los Diputados de 8 de marzo de 2024, así lo configura al integrarlo en el propio permiso por nacimiento al establecer su alargamiento en cuatro semanas. El frustrado proyecto normativo de la legislatura anterior, ya se ha señalado que establecía unos plazos de transposición más avanzados, según lo cual en el año 2024 ya restasen sólo dos semanas por retribuir. En ambos casos, se plantea que sea equivalente a la prestación por nacimiento.

⁴⁸ STS 421/2023 de 29 marzo, Sección Cuarta de la Sala Tercera (Contencioso-Administrativo), (rec. núm. 5492/2021). El Alto Tribunal ha considerado nulo el precepto de una norma autonómica conforme a la cual el disfrute de un permiso por guarda legal (por cuidado de descendiente menor de 12 años) no comporta disminución retributiva.

A la espera de esa norma, sobre la duda respecto de la obligación de cotizar de la empresa por la persona trabajadora durante su disfrute del permiso parental, la Seguridad Social ha aclarado a través de una instrucción que se aplica el art. 69 del Reglamento General sobre Cotización y Liquidación⁴⁹, que implica que la naturaleza jurídica del permiso prevalece y por tanto la persona trabajadora está en alta, aunque sea sin retribución. Es decir, la empresa debe seguir cotizando durante el permiso parental⁵⁰.

3.2. Tramitación y fórmulas de disfrute

El art. 48 bis, en su apartado segundo consolida la titularidad individual del permiso parental, propia de su naturaleza jurídica como derecho de conciliación. Derivado de esa potestad sobre ese tiempo, la norma europea, al igual que se recoge en la transposición, otorga la capacidad de decidir cuándo y cómo utilizarlo a la persona trabajadora.

En esta línea, el legislador de urgencia avanza una especie de reglas de mínimos que al recogerse por la ley no podrán ser alteradas o vaciadas de contenido por otra norma de inferior rango jerárquico. Además, esta regulación no supera el disfrute del permiso a un tiempo mínimo de antigüedad en la empresa, que es una opción prevista en el art. 8.4 de la Directiva, aunque la limita a un año (Nieto Rojas, 2023: 88). Así, los siguientes párrafos del art. 48 bis vienen a desarrollar a grandes rasgos la propia dinámica del permiso.

Por un lado, se remarca el carácter flexible del propio disfrute del permiso, permitiendo que se desarrolle en semanas «continuas o discontinuas» y «a tiempo completo o en régimen de jornada a tiempo parcial». Es decir, la ley no establece un tope mínimo ni máximo para su disfrute, lo que implica interpretar esta cláusula legal de acuerdo con la doctrina jurisprudencial que viene insistiendo en que el cómputo de los permisos debe verse referenciado a los días laborales (Fernández Prol 2023: 117-128).

Por otro lado, el carácter flexible del disfrute del permiso sólo se verá limitado por dos premisas concretas a las que debe de circunscribirse que son el preaviso mínimo de diez días «o la concretada por los convenios colectivos», a la fecha de inicio y de fin del periodo de permiso o, «en su caso, de los períodos de disfrute». Es decir, ese plazo de antelación con el que se debe comunicar a la empresa (Rodríguez Rodríguez, 2023: 158-181) se establece como un requisito formal que ha de atender el solicitante, so pena de que la empresa pueda condicionarlo a su cumplimiento. Esa sería la opción más gravosa que puede adop-

⁴⁹ Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social. *BOE* de 25 de enero de 1996.

⁵⁰ Dirección general de Ordenación de la Seguridad Social, mediante el Boletín de noticias RED (BNR), n.º 2/2024, de 22 de enero.

tar la empresa, pues denegar el permiso por ese requisito formal podría ser una conducta tildada como discriminatoria. De hecho, a reglón seguido la propia norma establece una excepción a este mismo requisito de forma al establecer que se exonerará si concurre algún supuesto de fuerza mayor que requiera el cuidado del menor, lo que se interpreta según el propio art. 37.9 ET (Blasco Jóver, 2023: 12).

También se refiere esa excepción sobre el plazo legal o convencional del preaviso a las «necesidades organizativas de la empresa». Esta apreciación ha presentado ciertas dudas interpretativas sobre la propia repercusión en la efectividad del derecho al permiso (Reche Tello, 2020: 82), sin embargo, no presentan tales riesgos ya que la propia inoperatividad del precepto al indicar que el derecho corresponde a la persona trabajadora y que únicamente «comunicará» el momento de su disfrute, no «solicitará» o «pedirá» que le permita la empresa ejecutarlo. Simplemente puede atenderse a las dimensiones de la empresa, o el puesto ocupado por la persona solicitante, es decir, la negociación colectiva podrá pactar un plazo mayor o menor en función de parámetros casuísticos. Se trata, por lo tanto, igual que en el caso de la fuerza mayor aplicable a las circunstancias de la persona trabajadora, de una previsión normativa circunscrita al ámbito de los requisitos formales para el ejercicio del derecho, pero que en ningún caso puede condicionar su efectividad práctica, ni mucho menos es constitutiva de su existencia.

Además, con esta normativa ya no tendrán cabida pronunciamientos que desoigan las pretensiones de las personas trabajadoras respecto a la determinación del disfrute del permiso en un determinado momento o amparándose en unas concretas fórmulas de flexibilidad que sean acordes con las necesidades de conciliación de la persona solicitante⁵¹. Recuérdese que el reconocimiento del permiso se articula como una nueva manifestación de los derechos de las personas trabajadoras a la conciliación entre la vida familiar y laboral.

Y, para terminar, el último párrafo del precepto se ocupa de reproducir la regla que también se incorpora en otros preceptos del ET (art. 34.8) para los supuestos de concurrencia de ambas personas progenitoras a la hora de solicitar el periodo del disfrute del permiso parental. De nuevo se trata de una solución de compromiso con el buen funcionamiento de la empresa afectada, pero el legislador especifica que, en estos casos, aunque puede incluso aplazarse la concesión del permiso, siempre han de contemplarse tres premisas acumulativamente: que el aplazamiento sea por un «período razonable, justificándolo por escrito y des-

⁵¹ STJUE de 18 de septiembre de 2019, C-366/18, asunto «Ortiz Mesonero», en la que se niega el derecho a concreción horaria de la persona trabajadora en base a la Directiva 2010/18 porque no ampara las necesidades de las personas trabajadoras como prioritarias frente al derecho o no de la empresa de conceder ese ajuste horario.

pués de haber ofrecido una alternativa de disfrute más flexible». Es decir, el legislador a la vez que prima el correcto funcionamiento de la empresa, pero no deja de garantizar el derecho de los solicitantes. Además, se ajustan al tenor del artículo 5 de la Directiva, sobre el permiso parental. En esa línea parece razonable interpretar esos tres requisitos, sobre todo el que tiene que ver con la obligación de ofrecer una alternativa que facilite el disfrute simultáneo del permiso parental para los progenitores.

3.3. Prohibición de discriminación y garantía de indemnidad

Para completar la articulación del nuevo permiso parental, en el ordenamiento interno se ha incorporado a las causas protegidas con la calificación de nulidad, en caso de producirse la extinción del contrato de la persona que lo esté disfrutando. En concreto, se ha incorporado a la redacción del art. 55.5 segundo párrafo letra a) ET, sobre despido disciplinario, y del art. 53.4, segundo párrafo letra a) ET, que ya se referían a los despidos «de las personas trabajadoras durante los períodos de suspensión del contrato por nacimiento, adopción, guarda con fines de acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural a que se refiere el art. 45.1.d) y e), o por enfermedades causadas por el embarazo, parto o lactancia natural, o cuando se notifique la decisión en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dichos períodos». Paralelamente, como era de esperar, se han introducido las correlativas modificaciones en la calificación procesal del despido y en sus consecuencias judiciales⁵².

Esta nueva redacción de la normativa laboral implica que a la persona trabajadora le bastará demostrar que se encuentra disfrutando de un permiso parental (Blasco Jóver, 2023: 31) o que tiene intención de hacerlo y eso ha sido conocido por la empresa, para invertir la carga de la prueba con lo que debe ser la empleadora que pretende rescindir el contrato la que demuestre que tan finalización contractual escapa y no tiene relación alguna con el derecho de conciliación de la persona afectada. En caso de conseguir romper esa presunción, el despido será procedente y no nulo, como ocurre con la protección otorgada ahora en la norma estatutaria.

El objeto de la protección es claro: el ejercicio del derecho parental. Es cierto que implica obligaciones de cuidado de todo punto (físico, emocional...) y que podría conllevar fraudes en su puesta en práctica. Ahora bien, el derecho de las personas trabajadoras a ejercerlo no puede verse reducido o limitado por las posibilidades de fraude en su desarrollo. Tal fraude supondría no dedicarse a cuidar al menor, pero en todo caso sería imposible eludir los requisitos de par-

⁵² Art. 108, apartado 2; y art. 122, apartado 2, Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. BOE de 11 de octubre de 2011.

tida, es decir, que exista el hijo o hija, y que sea menor de ocho años de edad. Las obligaciones de cómo cuidar se escapan del ámbito laboral y se deslindan hacia el ámbito estrictamente familiar, más propias del derecho civil.

Este nuevo planteamiento legislativo podría considerarse incluso innecesario si partimos del bien entendido derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación en el empleo, como parte esencial del núcleo indisponible de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras. A pesar de la extendida perspectiva antidiscriminatoria conectada con el principio de igualdad en la jurisprudencia interna y europea⁵³, supone un importante avance establecer expresamente en nuestro ordenamiento esa máxima protección para las personas trabajadoras que ejerzan sus derechos de conciliación.

En realidad, esta previsión responde a la previsión de mecanismos de garantía prevista en el art. 12 de la Directiva 2019/1158. Según este precepto las legislaciones nacionales de los Estados miembro están obligadas a disponer de medidas necesarias para prohibir el despido y cualquier acto relacionado con la extinción contractual de la persona trabajadora por haber solicitado o disfrutado de alguno de los permisos contemplados en la Directiva. Esta previsión incluye la necesidad de que se invierta la carga probatoria en el supuesto de indicios de vulneración de los derechos de conciliación recogidos en la normativa europea. Por lo tanto, el legislador español ha introducido con esta modificación en la legislación laboral este mandato de la propia directiva, como se espera del proceso de transposición normativo. No existe, por lo tanto, ningún exceso legislativo en este sentido.

4. Propuestas y expectativas de futuro a modo de conclusión

La regulación del permiso parental que se acaba de analizar presenta aciertos, pero sin duda, también resulta mejorable. La norma de transposición ya se ha señalado que es fruto de un frustrado proyecto legislativo mucho más amplia y en cuyo seno se abordaban aspectos que ahora parecen quedar incompletos. A pesar de lo controvertido del Proyecto de la Ley de Familias de 2023 (Blasco Jóver, 2023: 3) su largo proceso de tramitación permitió llevar a cabo un diálogo con los agentes sociales y los colectivos más afectados, así como contar con el preceptivo Dictamen del Consejo de Estado⁵⁴. De hecho, ahora que se ha retomado ese proyecto legislativo es importante centrarse en cuestiones que han

⁵³ Estrechamente conectada con esta, STJUE de 26 de febrero de 2008, C-506/06, asunto «Mayr»; y sobre el despido colectivo, STJUE de 22 de febrero de 2018, C-103/16, asunto «Porras Guisando»; también, sobre la legislación española y la indemnización por despido improcedente, STJUE de 17 de febrero de 2015, C- 407/14, asunto «Arjona Camacho».

⁵⁴ Número de expediente: 146/2023, fecha de aprobación 16 de marzo de 2023.

quedado pendientes y, desde luego, reforzar «las políticas de cuidado y, en general, de los servicios sociales»⁵⁵.

Tal vez unas de las cuestiones que deriva directamente de ese proceso legislativo que se acaba de describir tiene que ver con la continuidad de las referencias a los derechos de conciliación vinculados con familiares afines y no sólo a los consanguíneos, sobre todo, lo que había sido criticado por la doctrina al considerar que perpetua el rol de cuidado de la mujer como tradicional cuidadora (Rodríguez Rodríguez, 2010). En este sentido, será fundamental el papel de la negociación colectiva para introducir hacer valer la corresponsabilidad en ese reparto de los permisos, no tanto en el parental que, como se ha señalado, es intransferible e individual para todas las personas susceptibles de disfrutarlo. Por lo tanto, habrá que prestar atención a la repercusión del V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (en adelante, V AENC)⁵⁶ que reconoce el importantísimo papel del tiempo de trabajo «sobre la conciliación de la vida personal y laboral, la corresponsabilidad y la salud, como para las empresas en términos de competitividad y organizativos». Es más, los interlocutores sociales han concretado la necesidad de «promover la igualdad real entre mujeres y hombres en el empleo» en el Capítulo XII y para conseguir ese objetivo, consideran imprescindible «profundizar en medidas de conciliación corresponsable de la vida personal, laboral y familiar, que se deben compatibilizar con las necesidades organizativas y productivas de las empresas».

Asimismo, el RD Ley 5/2023 guarda silencio sobre situaciones concretas que ya venían planteándose en nuestros tribunales, señaladamente la cuestión de la extensión del permiso parental en el caso de familias monoparentales (Bogoni, 2023: 90) y otras que no están tan presentes en la discusión doctrinal, como los derechos de conciliación de las personas con discapacidad (Cabeza, 2021:75). La propia Directiva, en su Considerando 37, contempla una expresamente a este tipo de familias dentro de los colectivos más vulnerables que deben tomarse en consideración.

Es cierto que la Sala Cuarta de nuestro Alto Tribunal se ha pronunciado sobre el particular en unificación de doctrina, reconociendo que la ausencia de regulación expresa por parte de la normativa aplicable hace imposible que el juez pueda construir o dar una interpretación tan expansiva a la letra de ley como implicaría duplicar el permiso parental reconocido a uno de los progenitores, al mismo, en el caso de que exista sólo uno con obligaciones de cuidado. En

⁵⁵ No en vano la componente 22 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia del Gobierno de España, <https://planderecuperacion.gob.es/politicas-y-componentes/componente-22-plan-de-choque-para-economia-de-cuidados-y-refuerzo-de-politicas-de-inclusion>

⁵⁶ V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva para los años 2023, 2024 y 2025, suscrito con fecha 10 de mayo de 2023; resolución de 19 de mayo de 2023, de la Dirección General de Trabajo; *BOE* de 31 de mayo de 2023.

efecto, Cuenta con un Voto Particular contrario al sentir general de la Sala sobre la no concesión de la duplicidad del permiso parental en el caso de familias en las que, por su configuración monoparental, sólo podrá disfrutarse por una persona⁵⁷. La cuestión, sin embargo, sigue resultando muy controvertida⁵⁸.

Por su parte, el TJUE ha conocido de esta temática concreta en relación con el ordenamiento español, aunque no entra a resolver el asunto por la inadmisibilidad de la cuestión prejudicial (Rojo: 2024)⁵⁹. Más interés pueden presentar otras sentencias del TJUE que por ejemplo ante un parto gemelar se habían pronunciado denegando la duplicidad del permiso⁶⁰. De hecho, se comparte la opción doctrinal (Cabeza, 2024: 581-599) que se ha manifestado en buena medida de acuerdo con la necesidad de tener en cuenta estas situaciones de especial vulnerabilidad, también por su conexión con la discriminación por razón de sexo, al ser la abrumadora mayoría mujeres las cabezas de familias monoparentales, sin embargo, desde una óptica más próxima al razonamiento del Tribunal europeo.

Es decir, la diferente naturaleza jurídica de los permisos de maternidad, paternidad y del permiso parental vienen a justificar sus tratamientos jurídicos distintos y, lo que puede resultar positivo, en efecto, es reforzar determinadas cuestiones vinculadas inexorablemente a las perentorias necesidades de conciliación de las familias monoparentales, y no tanto aumentar los permisos de alejamiento de puesto de trabajo. Otra cosa bien distinta es que se contemple cierta especialidad al respecto, también en torno al incremento de los períodos de permiso parental o las posibilidades de reducción de la jornada, en cuyo caso la protección legal ha de verse reforzada al máximo —por ejemplo, en la elección

⁵⁷ STS de 2 de marzo de 2023, rec. 3972/2020. Cuenta con un Voto Particular contrario al sentir general de la Sala sobre la no concesión de la duplicidad del permiso parental en el caso de familias en las que, por su configuración monoparental, sólo podrá disfrutarse por una persona.

⁵⁸ STSJ de Madrid, de 18 de marzo de 2024, rec 850/2023, aunque sigue la tesis del TS, en el *obiter dicta* muy crítico con tal criterio y señala: «La Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial mediante acuerdo de 4 de febrero de 2021, llegó a una conclusión similar a la nuestra primitiva tesis. Lo cual nos obliga a resaltar que su aplicabilidad a todos los miembros de los órganos judiciales que estuvieran en esa situación, crea una situación un tanto paradójica. Así, pueden disfrutar del derecho litigioso los encargados de administrar justicia, pero no los/as administrados/as». Y a tal efecto se recuerda por el CGPJ que: «La Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial considera que los jueces y juezas que sean progenitor legal único en familias monoparentales pueden disfrutar de forma acumulada de los permisos por nacimiento de hijo o hija que la normativa vigente reconoce de manera separada a cada uno de los progenitores en familias biparentales. Si bien la ley sólo permite la transmisión del derecho de disfrute de estos permisos de un progenitor a otro cuando fallece la madre biológica, el CGPJ entiende que, de acuerdo con la Constitución y los tratados internacionales, dicha opción es aplicable a casos como el analizado para proteger el interés superior del menor».

⁵⁹ STJUE de 16 de mayo de 2024, C-673/22, petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Sevilla, mediante auto de 28 de septiembre de 2022. La sentencia del TJUE se dicta sin conclusiones del abogado general.

⁶⁰ STJUE de 16 de septiembre de 2010, C-149/10, asunto «Chatzi».

de turnos, de vacaciones o, incluso, a la hora de que la empresa pueda alegar impedimentos para adoptar la medida propuesta por la persona trabajadora⁶¹.

Finalmente, en cuanto a la problemática de la remuneración o retribución del permiso parental, ya se ha advertido de una cuestión que debe terminar de aquilatarse a la menor brevedad pues se trata de una garantía básica del éxito del permiso parental como institución jurídica de conciliación corresponsable. Ahora bien, no debe olvidarse que la finalidad y la naturaleza jurídica del permiso parental es distinta de la que tiene en nuestro ordenamiento, por ejemplo, el permiso por nacimiento y cuidado del menor. En concreto, si bien las posibilidades de flexibilidad deben respetarse en ambos casos, la capacidad decisoria de la persona trabajadora sobre la distribución de su permiso es mucho más incisa en el caso del parental, por no mencionar la limitación temporal en relación con la edad del menor tan divergente en un caso y otro, pues en el parental, de nuevo, se extiende hasta los ocho años frente al primer año de vida en los otros supuestos. En esta línea, debe cuidarse este carácter específico del permiso parental, tal y como por otra parte reconoce la Directiva, a riesgo de que todo esfuerzo legislativo sea inocuo por continuar sin atender los criterios de la norma europea. También, en este sentido son relevantes los pronunciamientos que han considerado ilícitas las cláusulas convencionales que establecían una suerte de «mejora» vinculada al sexo femenino, más allá de los permisos iguales e intransferibles que existían para todas las personas trabajadoras⁶².

En fin, todo lo expuesto no es óbice para que pueda afirmarse que la norma sí garantiza, sin fisuras, el derecho individual a la conciliación de cada persona trabajadora, en términos de corresponsabilidad (Navarro, 2023: 2), tanto en el empleo público, como en el privado. Y que el permiso parental ha adquirido la centralidad que desde sus comienzos legislativos había aspirado a ocupar. De hecho, en nuestro ordenamiento, como en la propia Directiva, se configura como el permiso verdaderamente igualitario para ambos progenitores y en el que debe de ponerse el foco de los poderes públicos en el análisis de sus parámetros disgregadas por sexo para asegurar su buen funcionamiento. Esto también debe tenerse presente tanto a la hora de negociar en el ámbito del diálogo social las cláusulas de los preavisos para el disfrute del permiso parental, por ejemplo, o delimitar de manera restrictiva las causas empresariales por las que podría denegarse el disfrute del permiso parental como lo solicite la persona trabajadora. El reenvío de la norma estatutaria a la negociación colectiva implica que ésta juegue un papel fundamental en el éxito de este derecho de conciliación como un verdadero derecho corresponsable.

⁶¹ En esta línea, en el nuevo Proyecto de Ley de Familias, ref. 121/000011. BO Congreso de los Diputados de 8 de marzo de 2024, se prevén dos semanas de incremento del permiso parental.

⁶² STJUE de 18 de noviembre de 2020, C-463/19, aunto «Syndicat CFTC de la Caisse primaire Dassurance Maladie de la moselle/CPAM de la Moselle», sobre un permiso posterior al de maternidad, de disfrute exclusivo por mujeres». O SAN 198/2018, de 18 de diciembre de 2018, rec. 294/2018, que se refiere a una cláusula convencional que establecía un incremento económico si el permiso lo disfrutaban las mujeres.

5. Bibliografía

- ADDATI, Laura, CATTANEO, Umberto, POZZAN, Emmanuela (2022), *Los cuidados en el trabajo: Invertir en licencias y servicios de cuidados para una mayor igualdad en el mundo del trabajo*. Ginebra. OIT.
- BALLESTER PASTOR, M.ª Amparo (2017), «La conciliación de responsabilidades: estado de la cuestión a la luz de la propuesta de la Directiva de la Comisión Europea de 26 de abril de 2017», *La Harremanak*, 38, II, 67-92.
- BLASCO JOVER, Carolina (2023), «Cuando se cierra una puerta se abre una ventana: el RD Ley 5/2023 salva in extremis la esencia de la Ley de familias», *Lex Social, Revista de derechos sociales*, 13 (2), 1-49.
- BOGONI, Milena (2023), «Familias monomarentales y la nueva Ley de familias: el largo camino hacia el reconocimiento de sus derechos de conciliación», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, 155, 65-98.
- CABEZA PEREIRO, Jaime (2021), «La Directiva (UE) 2019/1158 y su transposición al derecho interno», en RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Emma, y MARTÍNEZ YÁÑEZ, Nora M.ª (Dir.), *Conciliación y corresponsabilidad de las personas trabajadoras. Presente y futuro*, Bosch, 67-92.
- CABEZA PEREIRO, Jaime (2020), «La directiva de conciliación de la vida familiar y profesional», *Revista de Derecho Social*, 92, 41-80.
- CABEZA PEREIRO, Jaime (2024), «La suspensión por nacimiento de hijo y por adopción: de cómo el Tribunal Supremo aviva el debate con tres sentencias de diferente perfil», en MONEREO PÉREZ, José Luis y MORENO ROMERO, Francisca (Coord.), *Cuestiones actuales en materia de Seguridad Social: Libro homenaje al profesor Tortuero Plaza*, Laborum, 1, 581-599.
- CASAS BAAMONDE, M.ª Emilia (2019), «La organización del tiempo de trabajo con perspectiva de género: la conciliación de la vida privada y la vida laboral», *Documentación Laboral*, 117, 17-21.
- FERNÁNDEZ PROL, Francisca (2023), «Régimen de disfrute de permisos retribuidos nuevo pronunciamiento sobre el cómputo de días. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Social) de 7 de junio de 2023 (Rec. núm. 280/2021)», *Revista de Relaciones de Trabajo*, 8, 117-128.
- LÓPEZ ÁLVAREZ, M.ª Jesús (2023), «Por qué el nuevo permiso parental no cumple con los plazos de transposición de la Directiva (UE) 2019/1158», *Briefs AEDTSS*, 52.
- LOUSADA AROCHENA, J. Fernando (2014), *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- LÓPEZ BALAGUER, Mercedes (2019), «El derecho de adaptación de jornada y de modificación de la prestación», en AA. VV., *Los derechos de conciliación en la empresa. Actualizado al RDLey 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 95-116.
- MANEIRO VÁZQUEZ, Yolanda (2023), *Cuidadores, igualdad y no discriminación y corresponsabilidad la (r)evolución de los derechos de conciliación de la mano de la Directiva (UE) 2019/1158*, Bomarzo.
- MARTÍNEZ MORENO, Carolina (2020), «La nueva regulación de la adaptación de la jornada con fines de conciliación. ¿Hasta dónde llega el avance?», *Revista Derecho Social y de Empresa*, 12, 61-80.
- NAVARRO NIETO, Federico (2023), «Actualidad normativa y jurisprudencial en los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 262.

- NIELSEN, Ruth (2000), *European Labour Law*, Ed. DJØF Publishing, Copenhagen.
- NIETO ROJAS, Patricia (2023), «La transposición de la Directiva 2019/1158 de conciliación de la vida familiar y la vida profesional a través del RD Ley 5/2023», *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, 7, 75-102.
- NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, Pilar (2019), «Avances en corresponsabilidad y flexibilidad en el cuidado del lactante y la adaptación de la jornada por motivos familiares», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 55.
- RAMOS QUINTANA, M.ª Isabel (2017), «El Pilar Europeo de Derechos Sociales: la nueva dimensión social europea», *Revista de Derecho Social*, 77, 19-42.
- RECHE TELLO, Nuria (2020), «La nueva Directiva de conciliación de los progenitores y cuidadores: ¿otra oportunidad perdida?», *Revista de Derecho Social*, 89, 65-90.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana (2023), «El Régimen jurídico del permiso parental a la luz del Real Decreto Ley 5/2023: antecedentes, novedades y cuestiones pendientes», *Revista de Derecho Social y Empresa*, 19, 44-80.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Emma (2023), «Los nuevos permisos de conciliación y el reforzamiento de la corresponsabilidad en el estatuto básico del empleado público tras el RD ley 5/2023», *Revista Derecho Social y Empresa*, 19, 158-181.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Emma (2020), «De la conciliación a la corresponsabilidad en el tiempo de trabajo: un cambio de paradigma imprescindible para conseguir el trabajo decente», *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 11 (1), 40-78.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Emma (2022), «La ‘soberanía sobre el tiempo’. Unilateralidad e imposición en la distribución del tiempo de trabajo frente a conciliación corresponsable», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 40 (1), 37-55.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Emma (2010), *Instituciones de conciliación de trabajo con el cuidado de familiares*, Bomarzo.
- ROJO TORRECILLA, Eduardo, <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2024/05/el-tjue-no-entra-resolver-sobre-el.html> (Accedido: 17-5-2024)
- SALCEDO BELTRÁN, Carmen (2014), «La Carta Social Europea y la protección de los Derechos Sociales en el marco del Consejo de Europa», en AA.VV., *Lecciones sobre Estado Social y Derechos Sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 153-178.

LA PRESENCIA DE MUJERES EN LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN Y PUESTOS DIRECTIVOS DE LAS EMPRESAS: DE LA LEY ORGÁNICA DE IGUALDAD (2007) AL —PROYECTO— DE LEY ORGÁNICA DE PARIDAD (2024)

Women presence at board and managerial levels: from the Equality Organic Law (2007) to the -projected draft- of the Parity Organic Law (2024)

MARÍA PONS CARMENA*

Universitat de València

RESUMEN

El próximo 28 de diciembre de 2024 finaliza el plazo de transposición de la Directiva 2022/2381 que tiene por objeto, precisamente, la mejora del «equilibrio de género» entre los administradores de las sociedades cotizadas. La promoción de la presencia de mujeres en los consejos de administración ya estaba prevista en la Ley Orgánica de Igualdad de 2007 (art. 75), pero sin carácter vinculante. Por ello, de la mano del deber de incorporar esta Directiva comunitaria, que obliga a la presencia de mujeres mediante un sistema de cuotas, se hace necesario examinar el proyecto de Ley Orgánica de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres (2024) que, además de ampliar el alcance y ámbitos de aplicación de la Directiva 2022/2381, aborda la representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres en numerosos organismos e instituciones del Estado. El presente artículo analiza en este sentido y desde un triple plano de análisis —derechos social, societario y de protección de la igualdad—, las pretendidas modificaciones previstas en el proyecto de Ley Orgánica de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres (2024), requiriendo para ello plantearse aspectos como la conveniencia de la introducción de cuotas y, por supuesto, los posibles problemas y/o lagunas que pueden encontrarse en la proyectada Ley Orgánica.

Palabras clave: Directiva 2022/2381, paridad de género, equilibrio de género, personal de alta dirección, consejos de administración.

* **Correspondencia a:** María Pons Carmena. Universitat de València (España). — mponsc@uv.es — <https://orcid.org/0000-0002-1378-8840>

Cómo citar: Pons Carmena, María (2024). «La presencia de mujeres en los consejos de administración y puestos directivos de las empresas: de la Ley Orgánica de Igualdad (2007) al —proyecto— de Ley Orgánica de Paridad (2024)»; *Lan Harremanak*, 51, 117-150. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.26315>).

Recibido: 16 mayo, 2024; aceptado: 05 junio, 2024.

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



Esta obra está bajo una licencia
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

ABSTRACT

On December 28th., 2024 the deadline for the transposition of Directive 2022/2381 will come to an end. This Directive deals with the improvement of «gender balance» among board members of listed companies. The promotion of women presence at board level is regulated on the actual legislation in force, the Equality Organic Law of 2007 (art. 75); but this provision lacks a compulsory nature. In this respect, the need to incorporate the content of the Directive -which introduces an obligatory system of quota for women on boards- into the Spanish legal system, is the perfect opportunity to analyze the projected draft of the Parity Organic Law (2024). This legislative proposal not only enhances what is stated on the Directive, but it goes beyond its content, by increasing its scopes of application and by regulating gender parity in other public institutions and organisms. Therefore, the objective of this article is to analyze, from a threefold point of view -social, business-orientated and equality protection legislation, the pretended modifications included on the draft of the Parity Organic Law (2024). In this sense, it is required to tackle the suitability of introducing quotas, as well as, of course, the many problems and detected loopholes that could be found within the projected legislation.

Keywords: Directive 2022/2381, gender parity, gender balance, managerial personnel, company boards.

1. Aclaraciones previas sobre el objeto de estudio

El presente trabajo tiene por objeto analizar las modificaciones que, muy probablemente, se producirán en la normativa española con ocasión de la transposición de la Directiva 2022/2381, de 23 de noviembre de 2022, relativa a un mejor equilibrio de género entre los administradores de las sociedades cotizadas y a medidas conexas (en adelante, Directiva 2022/2381) de la mano del proyecto de Ley Orgánica de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres, publicado en el *BOE* de 15 de diciembre de 2023, en adelante LO de Paridad (2024)¹. Ambas normas tratan sobre la presencia de mujeres en los consejos de administración de las empresas, entre otros aspectos.

Ha de aclararse, en primer lugar, que la Directiva 2022/2381 tiene por finalidad lograr un «mejor equilibrio de género» entre los administradores de las sociedades cotizadas, limitándose su ámbito de aplicación a dicho tipo de sociedades. Sin embargo, el proyecto de LO de Paridad (2024) va más allá y pretende garantizar la representación efectiva de las mujeres en la gran mayoría de los ámbitos decisarios de la vida política y económica de nuestro país y, a tal finalidad, se introducen modificaciones sustanciales en numerosas normas: su ámbito de aplicación, en este sentido, es mucho más amplio y ambicioso que el de la Directiva, puesto que se extiende, «el equilibrio de género», no solamente a las sociedades cotizadas, sino también a las no cotizadas y otros tipos de entidades de interés público, a las listas electorales (listas cremallera), a los órganos constitu-

¹ El pasado 7 de mayo de 2024 se han publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, 110 enmiendas a este Proyecto de Ley Orgánica y queda pendiente su aprobación pues, a fecha de hoy (30 de mayo de 2024), esta iniciativa legislativa está en la fase de elaboración del Informe de la Ponencia por parte de la Comisión de Igualdad, dictamen de esta Comisión y votación posterior en Pleno del Congreso por tratarse de la Ley Orgánica. En cualquier caso, sí se han incluido en este trabajo comentarios puntuales sobre las enmiendas presentadas más relevantes.

cionales y de relevancia constitucional, al gobierno, administraciones públicas y entidades del sector público, y a los colegios profesionales, tribunales que otorgan premios, entre otros. El objeto de este trabajo se centra en el análisis de la presencia de equilibrio de género en las sociedades cotizadas, en otro tipo de sociedades y en entidades de interés público y en la alta dirección, pero no se entra en el ámbito del equilibrio de género en el sector público.

En segundo lugar, conviene señalar que nuestro objeto de estudio, la regulación legal del «equilibrio de género» en los consejos de administración de las sociedades y entidades mencionadas, nos obliga, desde mi punto de vista, a trabajar desde una triple perspectiva, no exenta de problemas pero que, a su vez, puede nutrirse de esta triple visión y beneficiarse de las herramientas propias de cada disciplina. Me refiero a que, claramente, la regulación de los órganos de administración de las sociedades es competencia del derecho mercantil, pero, a su vez, cuando nos adentramos en el ámbito del personal de alta dirección y/o consejos de dirección de las empresas, a los que hace referencia la Directiva 2022/2381 y el proyecto de LO de Paridad (2024), como sujetos a los que ha de afectar también «el equilibrio de género», nos adentramos en el terreno del derecho laboral. Y es en el ámbito sociolaboral, en el que se aprecia una mayor trayectoria y experiencia, no solo en cuanto a la incorporación de normativa europea «de género», sino y principalmente en cuanto a la consecución del ejercicio real y efectivo del principio constitucional de igualdad de género. No hay duda de que es en el ámbito del derecho del trabajo, en el ambiente laboral, en el que se han detectado y tutelado más fácilmente las discriminaciones (Rodríguez-Piñero, 2022: 12). En cualquier caso, los objetivos pretendidos por la normativa a analizar están alineados, o podrían estarlo: atender al «equilibrio de género» en el más alto nivel societario crea «marca» y mejora la imagen corporativa de las empresas y, a su vez, como se argumentará, potencia, facilita y multiplica los beneficios de cualquier obligación legal (planes de igualdad, de diversidad, protocolos contra la violencia/acoso y/o transparencia retributiva segregada por género), convencional, o incluso, extralegal que pudieran existir o provenir de la esfera sociolaboral.

En tercer lugar, evidentemente, abordar el «equilibrio de género» en los consejos de administración de las empresas, nos lleva a adentrarnos en el terreno de la protección de igualdad y no discriminación, reflejo y ejemplo de normativa transversal e integral, pero que también goza de entidad propia, por lo que la lucha contra discriminaciones ha de considerarse como tercer pilar o pata de nuestro estudio. Necesariamente las futuras modificaciones normativas que introducirá el proyecto de LO de Paridad (2024), han de conformarse con la normativa en vigor: tanto la Ley Orgánica de Igualdad, en adelante LOI (2007), que por cierto no se prevé su modificación², como las más recien-

² *Vid.*, Enmienda n.º 17 presentada por el Grupo Parlamentario Mixto (Ione Belarra Urteaga) en la que se propone modificar la DA 1.º de la LOI (2007), en el sentido de: 1.—que se recoja que la

tes Ley 15/2022 sobre igualdad de trato y no discriminación (nótese que su artículo 33.2 llama a la iniciativa empresarial) y la Ley 2/2023 para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI. Como puede verse, los ingredientes que podrían introducirse en este cóctel son muy diversos; y a su vez existen relevantes matices conceptuales. Nótese, en este sentido, que en derecho mercantil la «diversidad» en los consejos de administración hace referencia a edad, género, discapacidad y, sobre todo, a diferente procedencia, bagaje, estudios y/o trayectorias profesionales; mientras que, en los ámbitos laborales y/o de protección de la igualdad y no discriminación «de última generación», se suele hacer referencia a la «diversidad» como diversidad de género o sexo o de orientación sexual. Cuestión importante que ha de tratarse, no obstante, y desde mi punto de vista, partiendo de la premisa de que la igualdad binaria, hombre-mujer, aún no se ha alcanzado y esta «lucha» no debería desnaturalizarse, ni abandonarse, sino complementarse con la no discriminación por razón de sexo y/o género en términos no binarios; siempre y en la medida de lo posible.

Esto nos lleva, a una cuarta y muy importante consideración previa, la paradoja de la igualdad de género; o, más bien, la paradoja de la protección de la igualdad de género (Dubin, 2007: 341), entendida exclusivamente desde la perspectiva binaria hombre-mujer, en el sentido de que otorgar una mayor protección a las mujeres por el hecho de serlo, en este caso me refiero a la imposición de cuotas de presencia femenina como máxima medida de discriminación positiva existente, puede jugar en contra del objetivo pretendido, que sería valorar el talento femenino; sea esto lo que sea. En este sentido, puede adelantarse ya que ni la Directiva 2022/2381, ni el proyecto de LO de Paridad (2024) imponen cuotas *strictu sensu*. Por el contrario, el énfasis se pone, como debe ser, en asegurar criterios objetivos de selección de personas que han conformar los consejos de administración de las empresas y/o ocupar los puestos directivos de lo que éstos suelen nutrirse. Como se verá, tanto la norma europea como la proyectada nacional, prevén distintos caminos para lograr el pretendido «equilibrio de género», distinguiendo, además, entre consejeros/as ejecutivos/as y no ejecutivos/as (lo importante no es sólo su presencia), y estableciendo porcentajes de representación del género menos representando, pero sin llegar a imponer —incluso impidiendo— una paridad absoluta. A su vez, en el caso de la proyectada norma española, se permiten diferentes plazos de aplicación de las obligaciones que se pretenden, pues se establecen entradas en vigor escalonadas en atención al tipo de sociedad o entidad obligada al cumplimiento de la normativa.

El objeto de este artículo, en definitiva, consiste en presentar lo que hay (principalmente el art. 75 de la LOI (2007) y algunas previsiones en el ám-

composición equilibrada se refiere a un 50 por 100; 2.—una nueva adicional sobre la regulación de la profesión de agente de igualdad; y 3.—otra adicional sobre la adaptación de reglamentos judiciales.

bito del derecho mercantil —art. 529 bis del Texto Refundido de la Ley Sociedades de Capital, aprobado por RD Legislativo 1/2010, de 2 de julio, en adelante LSC, y la recomendación n.º 15 del Código unificado de buen gobierno de las sociedades cotizadas), analizar a qué nos obliga la transposición de la Directiva 2022/2381 y, finalmente, indagar sobre las luces y las sombras de la propuesta de LO de Paridad de 2024, en lo que respecta al «equilibrio de género» en los órganos decisarios de las empresas cotizadas y otro tipo de sociedades o entidades de interés público. No se aborda, por razones de limitación de espacio, la regulación de sistemas de cuotas previstos en los sistemas jurídicos de otros países de nuestro entorno, aunque sí se aprecia que un análisis comparativo podría haber enriquecido en mayor medida el análisis que sigue³.

2. Normativa española en vigor en torno a la presencia de mujeres en los consejos de administración de las empresas

Como se ha señalado, con anterioridad a la aprobación de la Directiva 2022/2381 sobre el equilibrio de género y a la existencia del proyecto de LO de Paridad (2024), contábamos en el panorama normativo español con lo previsto en la LOI (2007), principalmente lo dispuesto en su art. 75, que forma parte del conjunto de medidas relativas a «la igualdad en la responsabilidad social de las empresas» (arts. 73-75). En relación con estas prácticas o acciones de responsabilidad social (o RSC) no vinculantes, ha de atenderse a lo previsto en la recomendación n.º 15 del Código de buen gobierno de las sociedades anónimas cotizadas (versión 2020). A su vez, también en el ámbito del derecho mercantil, se hará referencia a lo dispuesto en el art. 529 bis LSC, relativo a la composición de los consejos de administración de este tipo de sociedades; norma que es objeto de modificación por el Proyecto de LO de Paridad (2024), junto con la reforma de la Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión (*vid.*, *infra* apartado 4.2).

³ Varios países han introducido medidas legislativas, entre ellos, Francia, Italia, Bélgica y Alemania; y más recientemente Austria y Portugal. En cuanto a Francia, *vid.*, DE CONTES, María Luisa (2019). La Ley de cuotas en los consejos de administración de las empresas francesas y su aplicación. En *Gobierno corporativo e Igualdad de Género. Realidad y tendencias regulatorias actuales*, Tirant lo Blanch, pp. 532-545. En este mismo libro, pueden consultarse análisis sobre la regulación normativa en otros países europeos y en México. Por lo demás, a estos efectos, se cuenta con una excelente base de datos del EIGE (*European Institute for Gender Equality*) sobre estadísticas de igualdad de género actualizadas, en las que se distingue la presencia de mujeres en los consejos de administración de empresas cotizadas y su posición en el consejo (*president, employee representative y board members*).

2.1. La recomendación sobre presencia equilibrada en los consejos de administración prevista en el artículo 75 LOI

Con la entrada en vigor de la LOI en marzo de 2007, ampliamente analizada por la doctrina en su momento (Sala Franco y otros, 2008), España se sumaba a los 44 países del mundo que en ese momento contaban con medidas legales o constitucionales para garantizar la presencia de mujeres, tanto en el ámbito político (por ejemplo, listas electorales de aplicación inmediata), como en el económico (empresas). En este último ámbito, sin embargo, entre las medidas previstas predominaba el carácter de auto-regulación, la flexibilidad y la no imposición de sanciones. En este sentido, las previsiones sobre la presencia de mujeres en los consejos de administración (art. 75 LOI), distaba mucho de lo previsto con respecto a la obligatoriedad de elaborar planes de igualdad, materia en la que, aunque la LOI de 2007 únicamente «recomendaba» su existencia en empresas de más de 250 trabajadores, a fecha de hoy, sí puede afirmarse que se han producido avances, al menos, en términos de producción normativa (RD 901/2020)⁴; discutible si estos avances lo son también en atención a otro tipo de parámetros; y discutible también si una futura regulación vinculante sobre presencia femenina en los máximos órganos de dirección y administración de las empresas y/o cuotas en torno al personal de alta dirección podría contribuir, y en qué medida, a hacer efectivos los avances en torno al entonces «plato fuerte» sociolaboral de la LOI (2007): los planes de igualdad (*vid., infra* apartado 5).

En todo caso, a fecha de hoy, el art. 75 LOI se refiere a la presencia de mujeres en los consejos de dirección de las empresas, pero con carácter de recomendación, pues dice que las sociedades obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada «procurarán» incluir un número de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada de éstas y los hombres en un plazo de 8 años, a partir de la entrada en vigor de la LOI (plazo que finalizó en 2015). Por su parte, la DA 1.º de la LOI (2007) fija el porcentaje de «presencia o composición equilibrada» entre un 40-60 por 100 («que no supere el 60 por 100, ni sea menos del 40 por 100»). En cuanto a las sociedades que deben procurar la presencia equilibrada, ésta se limita a determinados tipos de sociedades (SA, SRL, comanditaria por acciones). Ya se señaló por la doctrina en su momento, la «inoportuna e inexacta» referencia a «sociedades obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias» (Embíd Irujo, 2007: 327); que no tiene coherencia, pues no todas las sociedades mercantiles están obligadas a presentar pérdidas y ganancias; error que, veremos, sí se subsana en el proyecto de LO de Paridad (2024).

⁴ A partir del RD Ley 6/2019, de 1 de marzo, las empresas de más de 50 trabajadores estaban obligadas a elaborar un plan de igualdad; y se introduce un apartado 13 en el artículo 7 de la LISOS relativo a la tipificación como infracción grave el «no cumplir las obligaciones que se establezcan en materia de planes y medidas de igualdad que se establecen en la LOI, el ET o el convenio colectivo que sea de aplicación».

En todo caso, el mencionado artículo 75 LOI (2007) forma parte del Título VII relativo a «la igualdad en la responsabilidad social de las empresas en el que se aprecia el carácter de voluntariedad (art. 73, «las empresas podrán asumir la realización voluntaria de acciones de responsabilidad social...»); es decir, con respecto al contenido del art. 75 LOI, claramente no se aprecia una imposición de la que se derive una nítida obligación de cumplir con este requerimiento, solo una recomendación, cuyo incumplimiento no tiene consecuencias jurídicas, ni se prevé sanción alguna. En este sentido, se ha afirmado que el legislador de 2007 actuó con cautela (Mella Méndez, 2024: p. 476). Únicamente cabría señalar que, quizás, en el ámbito de la contratación pública (arts. 33 y 34 LOI), las Administraciones públicas podrían «establecer (algún tipo) de medidas especiales con el fin de promover la igualdad»⁵. Por lo demás, el art. 54 LOI, y en general los arts. 52-54 LOI, prevén la presencia equilibrada de mujeres y hombres en la AGE y organismos públicos vinculados o dependientes de ella, «salvo por razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas»; cuestión en la que no se va a entrar pues, como se ha dicho, no es objeto de este artículo analizar la participación de mujeres en los organismos públicos vinculados o dependientes de la AGE; en todo caso, sí se ha de mencionarse que también en este punto la LOI carece de carácter vinculante y tampoco prevé consecuencias jurídicas en caso de incumplimiento de esa predizada «presencia equilibrada».

Por lo demás, basta señalar una importante última precisión con respecto a la LOI (2007) y el nombramiento de mujeres en los consejos de administración de las empresas que, aunque no se recogió en el articulado, si está en la Exposición de motivos de la LOI: «es finalidad de esta medida que el criterio prevalente en la incorporación de consejeros sea el talento y el rendimiento profesional, ya que, para que el proceso esté presidido por el criterio de imparcialidad, el sexo no debe constituir un obstáculo como factor de elección». Incidir sobre la necesidad, u obligatoriedad, de establecer criterios objetivos, neutros, en los procesos de selección de los miembros de los consejos de administración, con carácter previo al inicio de dichos procesos, será una de las claves más innovadoras de la Directiva 2022/2381, como se verá (*vid., infra* apartado 3).

⁵ Incluso el art. 34.1 LOI va un poco más allá, al afirmar que «anualmente, el Consejo de Ministros, a la vista de la evolución e impacto de las políticas de igualdad en el mercado laboral, determinará los contratos de la Administración General del Estado y de sus organismos públicos que obligatoriamente deberán incluir entre sus condiciones de ejecución medidas tendentes a promover la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo, conforme a lo previsto en la legislación de contratos del sector público».

2.2. El art. 529 bis del TR de la Ley de Sociedades de Capital (RD legislativo 1/2010, de 2 de julio)

En todo caso, en el ámbito del Derecho mercantil, en cuanto a las sociedades de capital, el art. 529 bis del TR de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por RD legislativo 1/2010, de 2 de julio (en adelante LSC como ya se ha señalado), relativo a determinadas especialidades del consejo de administración, prevé (desde la Ley 5/2021) que los miembros sean personas físicas (apartado 1) y, desde la Ley 11/2018, que el consejo debe velar para que los procesos de selección de sus miembros «favorezcan la diversidad en cuestiones como la edad, el género, de experiencias y de conocimientos y no adolezcan de sesgos implícitos que puedan implicar discriminación alguna y, en particular, que faciliten la selección de consejeras en un número que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres» (apartado 2).

Puede verse que en este art. 529 bis LSC no se fija un porcentaje mínimo de equilibrio de género y, además, tampoco se observa la imposición de un deber ni, por consiguiente, se prevé sanción alguna; es decir, no existe ninguna obligación. Ello es criticable porque, cuando se aprobó la Ley 31/2014 de reforma de la LSC, es decir en 2014, la LOI (2007) ya llevaba 7 años en vigor, y es llamativo que la norma no contuviera ningún avance en materia de igualdad de género en la gobernanza de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada. Como se ha señalado, solo existe una referencia formal en el mencionado art. 529 bis LSC: que los procedimientos de selección de consejeros favorezcan la diversidad de género y en particular la selección de consejeras. Se trata de una norma programática, que no contiene un mandato vinculante para las sociedades ni para los órganos de administración, que no define objetivos ni cuotas y que ni siquiera incorpora un elemento de presencia equilibrada de géneros (Mateu de Ros, 2019: 88). Veremos, posteriormente, que el proyecto de LO de Paridad (2024), prevé la modificación de este artículo 529 bis LSC (*vid., infra* apartado 4).

2.3. La Recomendación n.º 15 del Código unificado de buen gobierno de las sociedades cotizadas (versión 2020) y la diversidad de género en el ámbito de la responsabilidad social corporativa

Por lo demás, también en el ámbito del derecho mercantil, podemos encontrar otro tipo de disposiciones específicas que tienen por objeto favorecer la diversidad de género. En general, prevalece de nuevo el carácter de promoción o recomendación; es decir, predomina la ausencia de naturaleza vinculante, y ésta es la razón principal por la cual, según la doctrina, no se han alcanzado los resultados esperados en cuanto al equilibrio de género en las empresas españolas (Campuzano, 2019: 27). Este tipo de iniciativas podemos enmarcarlas en el ámbito de la denominada responsabilidad social de las empresas (o responsabilidad social corporativa), que hace referencia a compromisos voluntarios asumidos por las em-

presas con respecto a la sociedad, el medio ambiente y el desarrollo sostenible o, también, se refiere a la «integración voluntaria por parte de la empresa de preocupaciones sociales o medioambientales en sus operaciones comerciales y en sus relaciones con sus interlocutores», en palabras del precursor Libro verde de la Comisión Europea de 2001 sobre esta materia. Más recientemente, estas iniciativas podrían asimilarse también, como señala la doctrina (Alonso Olea, 2022: 22), a los objetivos ODS establecidos por la ONU (2015); en concreto, al ODS 5: lograr la igualdad de género y empoderar a todas las mujeres (y a las niñas).

En cualquier caso, a pesar de carecer de carácter vinculante, estas iniciativas o guías de actuación de las empresas en favor del equilibrio o diversidad de género son, en mi opinión, positivas y necesarias, y deben completar la normativa vinculante. La existencia de iniciativas no vinculante es necesaria, pues se ha señalado que, el asumir voluntariamente acciones de RSC (Responsabilidad Social Corporativa), se incide en determinados aspectos de la organización y funcionamiento de las sociedades mercantiles, pudiendo plantear, por ejemplo, cuestiones sobre la competencia en la adopción de acuerdos que no están relacionados directamente con el objeto social ni con la obtención de beneficios económicos y entendemos como muy significativo el hecho de realizar acciones en favor de la igualdad por otros motivos, no económicos (Boldó Roda, 2023: 123). No obstante, ha de tenerse presente que estas iniciativas no vinculantes no deben asumirse para redefinir, reinterpretar o evadir las leyes, las regulaciones o las legítimas expectativas de la sociedad y, por ello, deben rechazarse si pretenden ser un sustituto de la normativa estatal, de la negociación colectiva y/o del diálogo social (Merino Segovia, 2009: 11).

En todo caso, es en el marco del gobierno corporativo, o conjunto de normas, principios o procedimientos que regulan la estructura del sistema de gobierno de una sociedad anónima cotizada y su funcionamiento en la práctica, donde podemos situar el denominado Código unificado de buen gobierno de las sociedades cotizadas, aprobado por el CNMV el 22 de mayo de 2006 y actualizado en 2020⁶. En la recomendación n.º 15 de este Código se prevé, concretamente, que sería recomendable que existiera un porcentaje entre 30-40 por 100 de consejeras (sin especificar el tipo)⁷, y a su vez, se prevé la obligación de

⁶ Otros: 1.—el Informe Olivencia (1998) fue el primer intento de dar demanda de eficiencia, agilidad, responsabilidad y transparencia en el gobierno de las sociedades, pero no se contemplaban de forma expresa acciones sobre diversidad de género; 2.—el Informe Aldama (2003) tampoco prevé nada sobre género; y 3.—el Código Conthe (2006) sí establecía una recomendación sobre diversidad de género, pero perdió transcendencia con la LOI (2007).

⁷ Recomendación 15 (2020): «Que los consejeros dominicales e independientes constituyan una amplia mayoría del consejo de administración, y que el número de consejeros ejecutivos sea el mínimo necesario, teniendo en cuenta la complejidad del grupo societario y el porcentaje de participación de los consejeros ejecutivos en el capital de la sociedad. Y que el número de consejeras supongan al menos, el 40% de los miembros del consejo de administración antes de que finalice 2022 y en adelante, no siendo con anterioridad inferior al 30%».

explicar qué tipo de actuaciones se están llevando a cabo para corregir el escaso número de mujeres consejeras (*comply or explain*). En todo caso, se prevé también que el consejo de administración debe tener entre 5-15 miembros, ya internos o ejecutivos, ya externos (dominicales, independientes y otros externos), para facilitar «su eficaz funcionamiento, la participación de todos los consejeros y la agilidad en la toma de decisiones». A su vez, en este Código de buen gobierno se recomienda a las sociedades que expliciten su compromiso con una composición diversa del consejo de administración, desde la fase inicial de selección de posibles candidatos, y que se adopte una política de promoción de la diversidad que fomente el incremento de las mujeres altas directivas (principio 10 y recomendación 14).

En cuanto, al principio «cumple o explica», típico de los códigos de gobierno corporativo (Embid Irujo, 2008: 352), se pretende que las sociedades cotizadas expliquen las causas del incumplimiento, pues estas explicaciones pueden ser valoradas por los accionistas o inversores, pero no se prevé que la ausencia de equilibrio de género, o el no alcanzar el porcentaje recomendado de presencia femenina (30-40 por 100), pueda ser objeto de sanción por la CNMV u otros; a salvo de exigir que se corrijan omisiones o datos engañosos o erróneos que pudieran constar en el informe anual corporativo de obligado a presentar por las sociedades cotizadas; informe previsto en el art. 540 LSC, que regula el contenido y estructura del informe anual⁸. Como se argumentará con posterioridad, la transposición de la Directiva 2022/2381 en el ordenamiento jurídico español, de la mano de la LO de Paridad (2024) va a suponer la introducción de normativa vinculante, y no solamente en punto a las obligaciones de información que recaen sobre las sociedades cotizadas (*vid., infra* apartado 4.2).

3. Antecedentes y contenido de la Directiva 2022/2381: en favor del establecimiento de cuotas como máxima medida de acción positiva

En el ámbito de la Unión Europea, la idea de fomentar la participación equilibrada de mujeres y hombres en los centros de decisión, políticos y económicos, viene de lejos y, como no podía ser de otra manera, forma parte del denominado modelo social europeo y de los avances en favor de la lucha con-

⁸ *Vid.*, Circular 5/2023, de 28 de septiembre, de la CNMV, por la que se modifican la Circular 4/2013 (modelo informe anual remuneraciones consejeros) y la Circular 5/2013 (modelo informe anual gobierno corporativo) (*Supra*, apartado 4.2). A su vez, la Orden ECC/461/2013, de 20 de marzo, establece que: «las sociedades cotizadas, en su informe anual de gobierno corporativo, deberán indicar el grado de seguimiento de cada una de las recomendaciones del Código unificado de buen gobierno de las sociedades cotizadas, señalando si las siguen parcial o totalmente y, en caso de no seguimiento o de seguimiento parcial, explicando sus motivos, de manera que los accionistas, los inversores y el mercado en general, cuenten con suficiente información para valorar el proceder de la sociedad».

tra la discriminación de la mujer; lucha en la que la Unión es pionera y estandarte⁹. Ahora bien, ha de tenerse presente que, si bien la UE ha sido un referente en materia de no discriminación por razón de género, no puede afirmarse lo mismo con respecto a las medidas de acción positiva; es decir, con respecto a medidas que pueden adoptarse, de forma automática, en favor del sexo menos representado por el hecho de serlo, que hoy sí encuentran un claro fundamento en el art. 157.4 TFUE (introducido en el derecho originario por el Tratado de Ámsterdam, 1997)¹⁰, pero sobre el que se encontraron reticencias hasta ese momento. En este sentido, puede señalarse que las medidas de acción positiva no encuentran su origen histórico en intervenciones por parte de la normativa comunitaria, sino más bien al contrario pues, se ha corroborado que la práctica totalidad de las intervenciones del TJCE y del actual TJUE en materia de acción positiva en favor de las mujeres lo han sido para pronunciarse sobre hasta qué punto las medidas nacionales de acción positiva resultan viables desde el punto de vista del Derecho de la Unión (Ojeda Avilés, 2019: 251). Es por ello, que puede afirmarse que la aprobación de la Directiva 2022/2381, en favor del establecimiento de cuotas en favor de las mujeres, como medida de acción positiva de grado máximo, es un hito en sí mismo; a pesar de que se haya aprobado una versión «descafeinada» de la norma, alejada de la propuesta original, la de 2012, en la que se apreciaba un mayor contenido vinculante y una mejor previsión de consecuencias jurídicas en caso de incumplimiento de la normativa, cómo se explicará en apartados siguientes.

3.1. Las razones por las que fue rechazada la propuesta de Directiva de 2012

Lo cierto es que debería haberse seguido adelante con la propuesta de Directiva de 2012, que era bastante más ambiciosa. El hecho de aprobar finalmente normas comunitarias con menor contenido vinculante o mayores vías de escape de las obligaciones previstas es algo que ha venido ocurriendo sistemáticamente en el ámbito social europeo; de forma significativa, por ejemplo, con ocasión de las Directivas sobre derechos de información, consulta y participación interna de los trabajadores (consejos de administración, dirección o vigilancia según sistema monista o dualista), cuyas redacciones finales aprobadas distaban bastante de sus propuestas originales, en el peor de los sentidos.

⁹ *Vid.*, la Recomendación del Consejo de 13 de diciembre de 1984 relativa a la promoción de acciones positivas en favor de la mujer (84/635/CEE), DOCE 19/12/84, y la Recomendación del Consejo de 2 de diciembre de 1996 relativa a la participación equilibrada de las mujeres y de los hombres en los procesos de toma de decisión (96/694/CE), DOCE 10/12/96.

¹⁰ Art. 157.4 TFUE: «Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales».

Pues bien, la propuesta de Directiva de 2012 sobre presencia femenina en los consejos de administración en las sociedades cotizadas fue rechazada por diversos motivos, según los distintos Estados miembros. Entre las razones más relevantes para los rechazos destacaban las siguientes: 1.—la propuesta atentaba directamente contra el principio de subsidiariedad; interesante dilema jurídico —el alcance del principio de subsidiariedad— finalmente salvaguardado por jurisprudencia del TJUE en favor de la adopción de medidas de acción positiva (*Marschall vs. Kalanke*)¹¹, pero ¿cómo podría responder el TJUE en el futuro? ¿podría oponerse a determinadas medidas de acción positiva adoptadas por algún Estado miembro en su labor de transposición de la Directiva 2022/2381 alegando que ésta atenta contra el principio de subsidiariedad? (*vid., supra* apartado 5); 2.—la propuesta de 2012 preveía la nulidad de las designaciones de consejeros cuando no se atendía a la obligación de presencia equilibrada del género menos representado; 3.—se afirmaba, además, que la propuesta atentaba contra la libertad de empresa (art. 16 CDFUE); y 4.—la propuesta de 2012 no respetaba los sistemas en los que parte de los miembros de los consejos de administración eran, y son, elegidos por sindicatos y/o representantes de los trabajadores —Alemania y Suecia, entre otros— (Veldman, 2023: 46). Lo cierto es que en 1992 algunos Estados miembros ya contaban con sus propias regulaciones internas, aunque ello no significaba que admitieran de forma completa la adopción de una nueva norma europea, pues ésta podría contradecir lo ya dispuesto a nivel interno.

3.2. Exposición de motivos y objeto de la Directiva 2022/2381

Como señala su Exposición de motivos, la Directiva 2022/2381, con fundamento en el mencionado art. 157.4 TFUE, tiene por objeto garantizar la aplicación de igualdad de oportunidades y lograr una representación de género equilibrada, tanto en los consejos de administración de las sociedades cotizadas, como en los puestos de alta dirección (que sí se mencionan en la Exposición de motivos, pero nada se dice sobre ellos en el articulado). En cuanto a asegurar el equilibrio de género en los consejos de administración, la Directiva incide, tanto en el establecimiento de objetivos a alcanzar en punto al porcentaje de presencia del sexo menos representado (art. 5 Directiva), como también en la existencia de una serie de requisitos de procedimiento relativos a la selección de candidatos a efectos de nombramiento o elección para los puestos de administrador/a sobre la base de criterios de transparencia y de mérito (art. 6).

¹¹ Asunto C-450/93 (*Kalanke*), 17.10.95 (el TJCE fue tajante al no admitir medidas de acción positiva en un proceso selectivo de promoción profesional en la Administración Pública de un *Land* alemán); Asunto C-409/95 (*Marschall*), 11.11.97. La doctrina *Marschall* o «estándar Marschall» (se admite la preferencia de la mujer a partir de la premisa de la igualdad de validez profesional —igual capacitación desde el punto de vista de su aptitud, competencia y prestaciones profesionales— entre hombre y mujer), fue posteriormente confirmada por el Asunto C- 407/98 (*Abrahamson and Anderson v. Fogelqvist*), 2000.

Esta norma, junto con la Directiva 2023/970 sobre transparencia retributiva, forman parte de los primeros resultados palpables de la Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025 de la Unión Europea¹²; en concreto, la necesidad de adoptar la Directiva 2022/2381 se menciona en el apartado 3 de la Estrategia europea (pp. 14-15). No obstante, en términos más específicos, tiene mayor relevancia lo dispuesto en una Comunicación de la Comisión de 2012¹³, donde se analizan, entre otros aspectos, los siguientes: 1.—los obstáculos para la igualdad de género en los puestos directivos de las empresas (roles tradicionales de género, división del trabajo, opciones educativas de mujeres y hombres, la concentración de las mujeres en unos pocos sectores profesionales, la falta de ayuda para compaginar familia y trabajo, el techo de cristal y la falta de transparencia en las prácticas de contratación y promoción); entre otros (pp. 10-14); 2.—las medidas que han ido adoptando los Estados miembros, desde iniciativas voluntarias a cuotas vinculantes (Boldó Roda, 2023: 27); y 3.—las líneas básicas de actuación y los argumentos en favor de una iniciativa comunitaria: necesidad de actuar a nivel UE; centrarse en las empresas cotizadas por su importancia económica, su visibilidad e impacto; garantizar que, en la selección de puestos de administradores no ejecutivos, se dará prioridad al candidato del género menos representado si tiene las mismas cualificaciones que candidato del otro género en términos de adecuación, competencia y rendimiento profesional; y, para los puestos ejecutivos, se debe obligar a las empresas a fijar sus propios compromisos que deberán cumplir en los mismos plazos que los anteriores; medidas políticas y apoyo financiero; un sistema eficaz de control y aplicación; entre otros aspectos.

En todo caso, la propia Exposición de motivos de la Directiva 2022/2381 añade interesantes afirmaciones; entre las que destacan las siguientes: con la adopción de la norma, «se espera un efecto indirecto positivo para el empleo de las mujeres en las sociedades afectadas y para toda la economía» (punto 10); «es necesaria una mayor concienciación en las escuelas de negocios y facultades universitarias empresariales sobre los beneficios que aporta a la competitividad empresarial» (punto 15); «el 60 por 100 de los graduados universitarios (en la UE) son mujeres» (punto 16); «la diversidad se traduce en un modelo empresarial más proactivo, decisiones más equilibradas y una mejora de las competencias profesionales en los consejos de administración que reflejan mejor las realidades sociales y las necesidades de los consumidores» (punto 16); los desequilibrios de género son mayores en los niveles más altos... es vital aumentar el número de mujeres en los puestos directivos... son lo que nutren los puestos de los con-

¹² Comunicación de la Comisión de 5.3.2020, COM (2020) 152 final.

¹³ Comunicación de la Comisión de 14.11.2012, COM (2012) 615 final, sobre «El equilibrio entre hombres y mujeres en la dirección de las empresas: una contribución a un crecimiento inteligente, sostenible e integrador».

sejos de administración (punto 21); «las sociedades cotizadas establecen patrones de actuación para la economía en su conjunto y cabe esperar que sus prácticas sean seguidas por otro tipo de sociedades» (punto 27); «la preferencia por el sexo menos representado no se concede de modo automático e incondicional... sino cuando el candidato/a menos representado presente igual capacitación que su competidor del otro sexo desde el punto de vista de su aptitud, competencia y prestaciones profesionales» (punto 38); «criterios de selección claros, formulados de manera neutra y sin ambigüedad, que se hayan establecido con anterioridad al proceso de selección, como ejemplos cabe citar: la experiencia profesional en tareas de dirección o supervisión, la experiencia internacional, la capacidad multidisciplinar, la capacidad de liderazgo y de comunicación, la aptitud para establecer una red de contactos y los conocimientos de determinados ámbitos pertinentes, tales como las finanzas, la supervisión financiera o la gestión de recursos» (punto 39) (¿no son estos criterios sesgados también?); «la presente Directiva no interfiere indebidamente en la gestión corriente de las sociedades cotizadas, puesto que éstas pueden seguir seleccionando libremente a los candidatos basándose en su capacitación o en otras consideraciones objetivas pertinentes» (punto 42); entre otros aspectos.

3.3. Principales rasgos y contenido de la Directiva 2022/2381

En todo caso, los principales rasgos de la Directiva 2022/2381 finalmente aprobada son los siguientes:

1. Su enfoque moderado y su entrada en vigor escalonada: se ha señalado que la finalidad de la norma no es introducir algo nuevo, sino acelerar o impulsar la consecución de un ideal que ya estaba en proceso de construcción desde hace años. A tal objeto, no se impone un criterio único, sino que se ofrecen distintas alternativas a la hora de alcanzar los objetivos perseguidos y, además, se incluyen excepciones a los mismos (Mella Méndez, 2024: 470). A su vez, como reflejo de moderación, se establecen diferentes plazos de entrada en vigor de la normativa. Así, la Directiva entró en vigor el 27 de diciembre de 2022 (art. 14 Directiva); los Estados miembros tienen hasta el 28 de diciembre de 2024 para incorporar la normativa en sus ordenamientos jurídicos (art. 11.1 Directiva); y las sociedades cotizadas obligadas a alcanzar determinados objetivos de equilibrio de género, tienen un plazo de 3 años y medio, hasta el 30 de junio de 2026, para alcanzarlos (art. 5.1 Directiva).
2. Su flexibilidad a la hora de alcanzar objetivos se refleja en la posibilidad de transitar por diferentes caminos: en este sentido, se permite a los Estados miembros conseguir los objetivos a través de sus propios métodos, siempre y cuando las medidas que se hayan tomado sean efectivas o se hayan alcanzado progresos cercanos a los objetivos exigidos. Así, se

prevé en el art. 5.1 de la Directiva que los Estados miembros garanticen (antes del 30 de junio de 2026) que las sociedades cotizadas están sujetas, alternativamente, a uno de los siguientes objetivos, con respecto a los miembros del sexo menos representado: a) que ocupen como mínimo el 40 por 100 de los puestos de administrador no ejecutivo (y no más de 49 por 100 por indicación del art. 5.3 Directiva); o b) que ocupen como mínimo el 33 por 100 del total de puestos de administrador, tanto ejecutivos, como no ejecutivos¹⁴.

Los Estados miembros que hayan optado por el sistema a), es decir, exigir como mínimo un 40 por 100 de puestos de administradores no ejecutivos para el sexo menos representado, han de indicar objetivos cuantitativos individualizados (ejecutivos-no ejecutivos) «con vistas a mejorar el equilibrio de género entre los administradores ejecutivos» (art. 5.2 Directiva). Se aprecia, así, una doble preocupación, al detectarse que el problema de la ausencia de equilibrio de género afecta esencialmente a los administradores ejecutivos (pues esta medida está prevista precisamente para aquellos Estados en los que no se alcanza el 33 por 100 indicado del total de puestos) que, además, suelen provenir del equipo directivo y/o de los puestos directivos de mayor rango, que es precisamente dónde se aprecia el menor número de mujeres (techo de cristal y barrera de acero). En este sentido, es significativo que la Directiva 2022/2381 realice un doble *check* como forma de destacar que ha de resolverse la falta de equilibrio de género especialmente entre los puestos de consejeros ejecutivos.

3. Su mayor virtud reside, a mi juicio, en las indicaciones previstas sobre los procesos de selección de los candidatos. En este sentido, el art. 6.1 de la Directiva establece una serie de indicaciones sobre el proceso de selección que han de garantizarse por los Estados miembros «cuando las sociedades cotizadas no alcancen los objetivos mencionados» (los porcentajes del 40 y 33 por 100 previstos en el art. 5). Así, se establece que los candidatos serán seleccionados «sobre la base de una apreciación comparativa de la capacitación de cada uno de ellos»; es decir, se aplicarán unos criterios claros, formulados con carácter neutral y sin ambigüe-

¹⁴ Como es sabido, y por propia indicación del art. 3 de la Directiva 2022/2381, el/la administrador/a ejecutivo/a es el que interviene en la gestión corriente de una sociedad, y el no ejecutivo, es el que ejerce funciones de control. Nótese, a su vez, que en el anexo se contiene una tabla especificando el número de administradores, no ejecutivos y en total, del sexo menos representado necesarios para cumplir los objetivos en cada caso (40 por 100 o 33 por 100), según el número de puestos a cubrir en el consejo de administración. A la hora de hacer el cálculo, hay 2 reglas que deben tenerse en cuenta: el número de administradores para nombrar no siempre puede ser el reflejo exacto de aplicar los porcentajes de referencia (33 o 40 por 100); en tales casos será la cifra más alta —por arriba o por abajo— a la proporción de los porcentajes indicados; y 2.—el porcentaje nunca puede ser superior al 49 por 100, ósea el 50 por 100 o más. La directiva no va dirigida a la paridad.

dades, «de forma no discriminatoria a lo largo de todo el proceso de selección, incluida la fase de preparación de las vacantes, de preselección, de preparación de la lista restringida y la creación de grupos de selección de candidatos. Dichos criterios han de establecerse con carácter anterior al proceso de selección» (art. 6.1 Directiva)¹⁵.

4. Su mayor defecto: la Directiva 2022/2381 contiene una importante vía de escape, pues prevé en su artículo 12 la posibilidad de eludir la aplicación de la norma, con anterioridad a su entrada en vigor (es decir, antes del 27 de diciembre de 2022), al estilo del art. 13 de la Directiva original 94/45/CE sobre comités de empresa europeos o el establecimiento alternativo de procedimientos de información y consulta en empresas y grupos de dimensión comunitaria. Así, el art. 12 de la Directiva 2022/2381, cuya redacción no podría ser más enrevesada, acoge de nuevo esta práctica, inaceptable a mi juicio, de permitir la suspensión de la aplicación de una norma, en concreto de la aplicación de lo dispuesto en el art. 6 (criterios de selección de candidatos para los supuestos en los que no se alcances los objetivos del art 5 —40 y 33 por 100 de equilibrio de género consejeros no ejecutivos y totales, respectivamente—), o bien, de lo dispuesto en el art. 5.2 (cuando se haya optado por el 40 por 100 puestos consejeros no ejecutivos y hayan de asegurarse objetivos cuantitativos individualizados consejeros ejecutivos y no ejecutivos), en los siguientes supuestos: a) que en el Estado miembro se haya cumplido lo siguiente: «los miembros del sexo menos representado ocupen, como mínimo, el 30 por 100 de los puestos de administrador no ejecutivo o, como mínimo, el 25 por 100 del total de puestos de administrador en las sociedades cotizadas¹⁶»; o, alternativamente, b) que el derecho nacional: i) lo exija; ii) comprenda medidas de ejecución efectivas, proporcionadas y disuasorias en caso de incumplimiento de las medidas mencionadas; y iii) exija que todas las sociedades cotizadas a las que no se aplique dicho derecho nacional fijen objetivos cuantitativos individuales para todos los puestos de administrador. En todo caso, de lo dispuesto en el art. 11.3 Directiva, parece deducirse que, una vez se dejen de cumplir las condiciones para poder suspender la aplicación de lo dispuesto en los arts. 6 y 5.2, se puede esperar hasta un periodo de 6 meses para

¹⁵ En la Exposición de motivos (punto 39) se establecen algunos ejemplos de este tipo de criterios: «experiencia profesional en tareas de dirección o supervisión; la experiencia internacional, la capacidad multidisciplinar, la capacidad de liderazgo y de comunicación, la capacidad para establecer una red de contactos y los conocimientos de determinados ámbitos pertinentes, tales como las finanzas, la supervisión financiera o la gestión de recursos humanos».

¹⁶ Estos porcentajes, como se aprecia, son inferiores a los requeridos por la Directiva (40 y 33 por 100, respectivamente), lo que se valora es el hecho de haber tomado voluntariamente la iniciativa legislativa en esta materia; esa es la razón por la que el legislador europeo permite esa flexibilidad (Mella Méndez, 2024: 474).

que se pueda volver a exigir el cumplimiento «normal» de lo dispuesto en la Directiva¹⁷.

5. Su especial preocupación por la supervisión y/o la adopción de informes de control (arts. 6 y 7 Directiva). En todo caso, se prevé en la Directiva la necesidad de que se asegure la elaboración de informes con el siguiente contenido:

- a) Información sobre los criterios de capacitación en los que se basó la selección de candidatos a los puestos de administrador/a, sobre la apreciación comparativa objetiva de los candidatos con arreglo a estos criterios, y sobre las condiciones específicas que, con carácter excepcional, hicieron inclinar la balanza en favor de un candidato que no sea del sexo menos representado (art. 6.3). Esta información ha de facilitarse siempre que lo solicite cualquier candidato/a, y ha de asegurarse, por los Estados miembros, que, en caso de demanda judicial por parte del candidato/a, la carga de la prueba recaiga sobre la sociedad que incumple (art. 6.4).
- b) Información adecuada sobre las medidas previstas en la Directiva y sobre las posibles sanciones en caso de incumplimiento. Esta información debe facilitarse a los votantes (accionistas o trabajadores), cuando el proceso de selección o nombramiento para los puestos de administrador se haga mediante votación (art. 6.5).
- c) Información anual por las sociedades cotizadas a las autoridades competentes sobre la representación de género en sus consejos de administración, distinguiendo entre administradores ejecutivos y no ejecutivos, y sobre las medidas adoptadas para la consecución de los objetivos y porcentajes establecidos en la Directiva. Esta información, además, ha de publicarse en las páginas web de las sociedades, de forma accesible y adecuada, y debe ser publicada también, y actualizada periódicamente, por los Estados miembros (art. 7.1). Se prevé asimismo que, cuando la sociedad cotizada incumpla, «incluirá los motivos» (art. 7.2). Además, «cuando proceda, también se incluirá esta información en la declaración sobre gobernanza de la sociedad de conformidad con lo dispuesto en la Directiva 2013/34¹⁸» (art. 7.4).

¹⁷ Art. 12.3 Directiva: «Cuando en un Estado miembro que haya suspendido la aplicación del artículo 6 y, en su caso, el artículo 5, apartado 2, con arreglo al apartado 1 del presente artículo, ya no se cumplan las condiciones establecidas en el apartado 1 del presente artículo, se aplicará el artículo 6 y, en su caso, el artículo 5, apartado 2, a más tardar seis meses después de haber dejado de cumplir dichas condiciones».

¹⁸ Directiva 2013/34, de 26 de junio, sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas, modificada por la Directiva 2014/95, de 22 de octubre, en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos. *Vid.*, art. 20.1, al que se añade la letra g, relativa la descripción sobre la política de diversidad (edad,

6. Su tibieza en cuanto a las previsiones sobre posibles sanciones y otras medidas adicionales. Es llamativo, sin embargo, la parquedad de la norma en cuanto al establecimiento de un régimen sancionador ante incumplimientos de las obligaciones establecidas en la misma; ello no es algo que deba sorprendernos, claro; aunque sí se aprecia una diferencia importante con respecto a lo dispuesto en la anterior propuesta de Directiva de 2012, que obligaba a la nulidad de los nombramientos de consejeros en los supuestos en los que no se establecieran los porcentajes de equilibrio de género previstos en la normativa. Este tipo de previsión relativa a la nulidad de los nombramientos es, en la Directiva 2022/2381 finalmente aprobada, una posibilidad que se deja en manos de los Estados miembros. En todo caso, como viene siendo habitual, el establecimiento de un régimen sancionador es competencia de los Estados miembros, que están obligados a garantizar que disponen de procedimientos administrativos o judiciales adecuados para hacer cumplir las obligaciones derivadas de la norma; ello, antes del 28 de diciembre de 2024 —fecha de transposición— (art. 8.1)¹⁹. Por lo demás, en virtud de lo dispuesto en el art. 7.2 no queda claro en qué medida prima también el principio de «cumplir y explicar»; pues en este sentido se pronuncia el mencionado art. 7.2: «cuando una sociedad cotizada no haya alcanzado alguno de los objetivos (arts. 5 y 6, sobre equilibrio de género) ...incluirá los motivos por lo que no se han alcanzado los objetivos y una descripción exhaustiva de las medidas que la sociedad cotizada ya haya tomado o tenga intención de tomar para alcanzarlos».
7. Su amplitud en cuanto a los plazos de vigencia y de revisión de la Directiva. La Directiva 2022/2381, cuyo plazo de transposición finaliza el próximo 28 diciembre 2024, fija además determinados plazos temporales para valorar si las modificaciones legislativas han sido adecuadas o no. Así, a más tardar el 29 de diciembre de 2025 y, posteriormente, con carácter bianual, los Estados miembro deberán informar a la Comisión sobre las medidas que han adoptado para cumplir con lo previsto en los arts. 5.1, 5.2 y 7 de la Directiva (art. 13.1). A su vez, la Comisión deberá efectuar una revisión e informar al Parlamento sobre la aplicación de la Directiva antes del 31 de octubre 2030 y, posteriormente, bianual-

género, sexo, etc.), los objetivos de esa política, la forma en la que se ha aplicado y los resultados en el periodo de presentación de informes. «En caso de no aplicarse una política de ese tipo, el Estado deberá ofrecer una explicación al respecto».

¹⁹ Como viene siendo habitual, se establece que las sanciones «serán efectivas, proporcionales y disuasorias». Tales sanciones podrán consistir en multas o en la posibilidad de que un órgano jurisdiccional anule o declare la nulidad de una decisión relativa a la selección de los administradores realizada en contra de las disposiciones nacionales adoptadas con arreglo al artículo 6» (art. 8.1). «Las sociedades cotizadas únicamente podrán ser consideradas responsables de los actos u omisiones que se les puedan atribuir de conformidad con el derecho nacional» (art. 8.2).

mente. Por último, en el caso de que la evaluación efectuada resultase positiva, la Comisión propondrá la prórroga o la modificación de la norma más allá del 31 de diciembre de 2038 (fecha de expiración). Ello porque, inicialmente, la duración de la Directiva se prevé hasta esta fecha, 31 de diciembre de 2038; al considerarse que, para ese momento, se habrán alcanzado los objetivos de equilibrio de género en los consejos de administración en las sociedades y entidades obligadas a ello.

8. Modificaciones relevantes con respecto a la propuesta de Directiva de 2012. Nótese, por último, que, con respecto a la propuesta de 2012, en la Directiva 2022/2381 finalmente aprobada se ha modificado lo siguiente: 1.—se fijan porcentajes orientativos en lugar de imponer cuotas; 2.—se eliminan las posibles sanciones, especialmente la que establecía la nulidad de los nombramientos de consejeros sin respetar cuotas —anterior art. 8 de la propuesta de 2012—; 3.—se vuelve a hacer hincapié en la doctrina *Marschall* sobre igualdad y sobre la justificación de la adopción de medidas de acción positiva, o de discriminación positiva; es decir, art. 157.3 TFUE, que permite a la UE adoptar medidas para la plena aplicación del principio de igualdad de oportunidades y de igualdad de trato; 4.- la norma finalmente aprobada es más *light*, permite *opt-outs* o períodos de carencia en la aplicación de la norma (art. 12); validando así, o dando por bueno, menos de lo logrado por los Estados miembros que tienen una normativa más estricta en cuanto al establecimiento de cuotas en favor de las mujeres. ¿Es lícita esta cláusula de exclusión? Seguramente no, pero la norma comunitaria quizás no se hubiera podido aprobar sin ella (Veldman, 2023: 56).

4. El proyecto de LO de Paridad (2024): la regulación prevista sobre el equilibrio de género en las sociedades cotizadas al objeto de transponer la Directiva 2022/2381

El pasado 5 de diciembre de 2023, el Consejo de ministros aprobó el proyecto de Ley Orgánica de Paridad, Ley Orgánica de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres, iniciándose su tramitación parlamentaria que se encuentra en estos momentos en su fase final (pendiente de Informe y posterior dictamen de la Comisión de Igualdad y votación en Pleno), y sobre la que se han presentado formalmente 110 enmiendas (7 de mayo de 2024). Este proyecto de LO de Paridad (2024) viene precedida una proposición de Ley de 2018, presentada por el grupo socialista, que no vio la luz, aunque parte de su contenido fue retomado por otras normas (Ley 15/2022 sobre igualdad de trato y no discriminación). En cualquier caso, en cuanto a la presencia equilibrada de mujeres en los consejos de administración, el proyecto LO de Paridad (2024) viene a incorporar

al ordenamiento jurídico español la Directiva 2022/2381, cuyo plazo de transposición finaliza, como se ha dicho, el próximo 28 de diciembre de 2024. No obstante, el proyecto de LO de paridad, no exento de polémica (enmienda a la totalidad por parte de VOX)²⁰, y que cuenta con fervientes detractores²¹, tiene unos objetivos y un contenido que van más allá de nuestra materia objeto de estudio: presencia femenina en los consejos de administración y entre el personal directivo de las empresas. Conviene, no obstante, presentar algunos apuntes sobre el contenido del proyecto de LO de Paridad (2024) y, posteriormente, profundizar sobre las medidas concretas previstas en el mismo con respecto a la presencia equilibrada de hombres y mujeres en los órganos societarios y personal directivo, de aquellas sociedades cotizadas, o no, y otras entidades de interés público que forman parte del ámbito de aplicación de este proyecto de LO.

4.1. Finalidad y razón de ser de la Ley Orgánica de Paridad (2024)

Pues bien, en términos generales podemos afirmar que el proyecto de LO de Paridad (2024) toma el testigo de la LOI (2007) y busca garantizar la presencia de mujeres en todos los ámbitos, como medida necesaria para asegurar la calidad de un sistema democrático. En este sentido, como se señala en su Exposición de motivos, el objetivo de esta norma es avanzar en la consecución del ejercicio real y efectivo del principio constitucional de igualdad, de acuerdo del art. 9.2 CE, y de ahondar en el principio de presencia o composición equilibrada en determinados ámbitos decisarios de la vida política y económica de nuestro país (parte I). A tal objeto se modifican las normas siguientes: 1.—LO 5/1985 del Régimen Electoral General, con la intención de alcanzar una composición paritaria (50 por 100) en las candidaturas para las elecciones generales, municipales, europeas, autonómicas, etc. («listas cremallera»); 2.—LO 2/1979 del Tribunal Constitucional, LO 3/1980

²⁰ Enmienda de totalidad de devolución de la iniciativa presentada el 2 de febrero de 2024 por el grupo VOX en los términos siguientes: «La pretensión del Gobierno de España de imponer *ope legis* el referido igualitarismo entre hombres y mujeres, confundiendo igualdad ante la ley con identidad, y que se traducirá en importantes modificaciones legislativas, indudablemente traerá consigo muchos perjuicios para España y para los españoles. Entre ellos destacan los siguientes: (i) la vulneración de la igualdad, principio y derecho de relevancia constitucional; (ii) el menoscabo de los principio de mérito y capacidad consagrados en la Constitución Española para el acceso a la función pública; (iii) una creciente inseguridad jurídica; y (iv) paradójicamente, si tenemos en cuenta el aludido propósito de la iniciativa, la degradación y el cuestionamiento, de facto, de la valía personal y profesional de la mujer» (punto II de la enmienda). «... las pretendidas modificaciones, no sólo no ayudan, sino que perjudican a la mujer... aquellos que defienden que existan cuotas para que las mujeres puedan alcanzar puestos de responsabilidad adoptan una actitud paternalista que fomenta la percepción de estas como individuos vulnerables, situados en una posición subordinada que demanda una tutela particular, al tiempo que silencian otras causas que podrían razonablemente justificar la diferencia que, en ocasiones, existe entre el número de hombres y mujeres en determinados ámbitos laborales» (punto V de la enmienda). Rechazada (310/32/0).

²¹ *Vid.*, entre otros, el blog de Jesús Alfaro Águila-real, 23 de junio de 2022 «La deplorable propuesta para mejorar el equilibrio de género en los consejos de administración».

del Consejo de Estado, LO 50/1981 del Ministerio Fiscal, LO 2/1982 del Tribunal de Cuentas; y LO 6/1985 del Poder Judicial (CGPJ), con el objeto de asegurar una presencia equilibrada, de al menos el 40 por 100 de cada uno de los sexos, en estos órganos constitucionales y de relevancia constitucional; 3.—Leyes 50/1997 del Gobierno y 40/2015 del Régimen Jurídico del Sector Público, para asegurar también una presencia equilibrada, como mínimo el 40 por 100, en el nombramiento de las siguientes: personas titulares de Vicepresidencias y Ministerios; personas titulares de órganos superiores y directivos y personal de alta dirección de las entidades del sector público institucional estatal; Secretarías de Estado y órganos directivo de la AGE; entre otros; 4.—Ley 2/1974, sobre Colegios Profesionales, cuyas juntas de gobierno deben asegurar por lo menos el 40 por 100 de presencia equilibrada, o explicar si no cumplen; 5.—Ley 39/2007 de la carrera militar; y 6.—otras normas con el objeto de asegurar objetivos de presencia equilibrada de mujeres y hombres en la composición de órganos para la concesión de premios o condecoraciones financiados o concedidos por la AGE o por entidades integrantes del sector público institucional estatal (DA 1.º LO Paridad).

Por lo demás, el capítulo V del Proyecto de LO de Paridad (2024), se dedica a regular las modificaciones necesarias para acomodar la transposición de la Directiva 2022/2381, relativa a un mejor equilibrio de género entre los/las administradores/as de las sociedades cotizadas y medidas conexas, al ordenamiento jurídico español. A tal objeto, se prevén las siguientes modificaciones: por un lado, la modificación del TR Ley de Sociedades de Capital, aprobado por RD legislativo 1/2010, de 2 de julio, en concreto se modifica el art. 529 bis y la DA 7.º y se añade una nueva DA 16.^a; y, por otro lado, en consonancia que estos cambios, se modifica también la Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión, en concreto, el art. 292 relativo a las infracciones por incumplimiento de obligaciones previstas en la norma anteriormente mencionada: la Ley de Sociedades de Capital de 2010.

4.2. Notas principales sobre las modificaciones previstas en cuanto a la presencia equilibrada en los consejos de administración de las sociedades cotizadas

En todo caso, en atención a las modificaciones introducidas en las dos normas citadas, la Ley de Sociedades de Capital de 2010 (en adelante LSC) y la Ley 6/2023, pueden señalarse las siguientes notas principales de la nueva normativa prevista en el proyecto de LO Paridad (2024), de llegar a aprobarse en su redacción actual, que es lo más probable (salvo aprobación de enmiendas que se comentarán en lo que corresponda):

1. Se obliga a que las sociedades cotizadas aseguren que sus consejos de administración cuentan con una composición o presencia equilibrada de al menos el 40 por 100 de miembros del sexo menos representado (y no

más del 49 por 100); ello sin especificar si se trata de administradores ejecutivos o no ejecutivos (nuevo apartado 3 del art. 529 bis LSC)²².

Nótese, en primer lugar, que el proyecto de LO de Paridad español se acoge una opción mixta, entre la primera opción prevista en el art. 5.1.a de la Directiva, es decir, el objetivo de cuota de 40 por 100 de puestos de administradores no ejecutivos; y la segunda opción que consiste en asegurar como mínimo un 33 por 100 de los puestos del consejo de administración, tanto ejecutivos como no ejecutivos, al sexo menos representado (art. 5.1.b Directiva). Como se argumentará (*vid., infra* apartado 5), el proyecto de LO de Paridad español parece que mejora el porcentaje del 33 por 100, pero esta presunta «mejora» ha de admitirse con reservas, pues los problemas de ausencia de equilibrio de género y de los techos de cristal y barreras de acero, afectan esencialmente a los puestos ejecutivos (de gestión). En todo caso, el proyecto LO de Paridad (2024) prevé la forma de proceder en caso de producirse vacantes anticipadas, con pérdida del equilibrio de género, en los consejos de administración (art. 529 bis apartado 3, segundo párrafo, LSC)²³; previsión que no se contemplaba en la Directiva 2022/2381.

En segundo lugar, ha de precisarse que la LO de Paridad española sí amplía, mejora, claramente el ámbito de aplicación de la Directiva 2022/2381, pues ésta se refería únicamente a sociedades cotizadas y la propuesta española alcanza también a entidades de interés público y a sociedades de capital que no sean cotizadas pero que, a efectos de la legislación de auditoría de cuentas, sean consideradas entidades de interés

²² *Vid.*, las siguientes enmiendas: 1.—la n.º 9, presentada por el Grupo Parlamentario Mixto (Ione Belarra Urteaga), en la que se propone incrementar el porcentaje del 40 por 100 al 50 por 100 de presencia femenina, como mínimo; y 2.—las n.º 25 y 30 presentadas por el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) y por el Grupo Parlamentario *Junts per Catalunya*, respectivamente, que introducen lo siguiente: «A los efectos del cálculo del porcentaje, se excluirán del cómputo los consejeros dominicales contemplados en el art. 529 duodecies.3» (se considera, apoyándose en la doble opción que prevé la Directiva (art 6.2), que si no se acoge la modificación propuesta, se está privando a los accionistas de la libertad de designación de sus representantes en las empresas en cuyo capital participan); esta exclusión afectaría también a las entidades de interés público (enmiendas n.º 26 del Grupo Parlamentario Vasco y n.º 31 del Grupo Parlamentario *Junts per Catalunya*).

²³ Art. 529 bis, apartado 3, segundo párrafo, LSC: «en caso de que se produzca un incumplimiento de dicho porcentaje a raíz del fallecimiento u otras circunstancias sobrevenidas, como la pérdida de su capacidad de obrar o inhabilitadas legalmente, o a consecuencia de la renuncia voluntaria de uno de los miembros del consejo de administración, produciéndose una vacante anticipada, la sociedad cotizada deberá alcanzar de nuevo dicho porcentaje al nombrar al nuevo consejero o consejera por cooptación, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 529 decies apartado 2. Dicho porcentaje deberá recuperarse de forma definitiva en la primera junta general de accionistas que tenga lugar después de la vacancia producida». *Vid.*, enmienda n.º 100 del Grupo Parlamentario Popular que añade, que (el porcentaje podrá recuperarse en la primera junta general de accionistas), «salvo que sea necesario un plazo mayor, por razones fundadas, debidamente acreditadas ante el órgano encargado de la promoción, análisis, seguimiento, y apoyo al cumplimiento de las obligaciones establecidas en esta ley, debiendo restablecerse el equilibrio tan pronto sea posible».

público. Con tal finalidad, el proyecto de LO de Paridad (2024) introduce una nueva DA 16.^o en la LSC. En esta nueva disposición se prevé que estas entidades de interés público y sociedades consideradas como tales (según la Ley 22/2015, de 20 de julio de Auditoría de Cuentas)²⁴, deben cumplir el principio de equilibrio de género a partir del ejercicio siguiente al que concurran ciertos requisitos; esto es, que el número medio de trabajadores empleados sea superior a 250 (habrá que matizar cómo se realiza el cómputo) y que el importe neto de la cifra anual de negocios supere los 50 millones de euros o el total de las partidas de activo sea superior a 43 millones de euros²⁵.

Por último, y de gran transcendencia, también con respecto al ámbito de aplicación de la proyectada LO de Paridad (2024), el nuevo apartado 8 del art 529 bis LSC, prevé como principio y no como obligación —matiz importantísimo—, que las sociedades cotizadas deberán velar por que «la alta dirección» tenga una composición que asegure como mínimo la presencia de un 40 por 100 de personas del sexo menos representado. Con respecto al equilibrio de género del personal de alta dirección (¿es de aplicación el concepto previsto en la normativa laboral?), ha de señalarse lo siguiente: 1.—se trata únicamente de un principio y, por tanto, si no se respeta el mencionado equilibrio de género, no procede una sanción, sino que basta con «una explicación de los motivos y de las medidas adoptadas para alcanzar ese porcentaje mínimo (40 por 100) en el ejercicio económico posterior y sucesivos» (art. 529 bis apartado 8 LSC); 2.—el posible cumplimiento de este principio ha de detallarse en la Memoria sobre cuentas anuales, regulada en el capítulo II, Título VII de la LSC (arts. 260-261, contenido de la Memoria)²⁶. También está

²⁴ El concepto de Entidad de Interés Público (EIP) viene definido por el art. 3.5 de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas y por el art. 8 del RD 2/2021, de 12 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 22/2015. En términos generales, puede afirmarse que el concepto incluye a las sociedades cotizadas, y a determinadas entidades financieras sujetas a supervisión y empresas que exceden de cierta dimensión (entidades financieras y cualquier empresa que cuente con más de 4000 empleados y más de 2000 millones de cifra de negocio). Recientemente, desde el 1 de enero 2023, también las federaciones deportivas españolas y las ligas profesionales tienen la consideración de entidades de interés público (art. 58.2 Ley 39/2022, de 30 de diciembre, del Deporte). La enmienda n.^o 102 del Grupo Parlamentario Popular propone que en el caso de EIP emisoras de valores admitidos a negociación en un sistema multilateral de negociación, su capitalización, calculada según el precio de cierre de la última sesión del año, esté por encima de los 200 millones de euros.

²⁵ Existen cerca de 655 Entidades de Interés Público (EIP) establecidas España, según datos de 2017 de la Guía Técnica de *Europa Press. Cit.*, por Informe de PWC Comisiones de Auditoría de Entidades de Interés Público (EIP). Claves y principales conclusiones de la Guía 3/2017 de la CNMV.

²⁶ En concreto, en la mención décima (art. 260), se prevé que la Memoria ha de contener el número medio de personas empleadas en el curso del ejercicio, expresado por categorías, así como los gastos de personal (desglosando «sueldos, salarios y los referidos a cargas sociales con mención separada de los que cubren las pensiones, cuando no estén así consignadas en la cuenta de pérdidas y ganancia»). «La distribución por sexos al término del ejercicio del personal de la sociedad, desglosado en un número suficiente de

prevista la obligación de detallar el número de mujeres que hay en la «alta dirección», y el porcentaje de mujeres sobre el total de miembros de alta dirección, en el Informe anual sobre gobierno corporativo, según se dispone en la Circular 3/2021, de 28 de septiembre, de la CNMV por la que se modifican la Circular 4/2013 (modelo informe anual remuneraciones consejeros), y Circular 5/2013 (modelo informe anual gobierno corporativo); en concreto, el apartado C.1.14²⁷.

2. En segundo lugar, como previsión en el supuesto de que las sociedades cotizadas no cumplan con el objetivo de equilibrio de género (40 por 100 como mínimo, y no más del 49 por 100, de consejeros del sexo menos representado), se establece en el proyecto de LO de Paridad (2024) que se deberán ajustar los procesos de selección de administradores en los términos siguientes (art. 529 bis nuevo apartado 4 LSC), muy similares a lo establecido en la Directiva (art. 6.1): a.—se deberá establecer un procedimiento, con anterioridad al inicio del mismo, que permita la apreciación comparativa de las competencias y capacidades de cada persona candidata; b.—se ha de diseñar con criterios claros, neutrales y no ambiguos, «asegurando un proceso no discriminatorio a lo largo de todas las fases de selección, incluyendo la fase de preparación de los anuncios de vacantes, de preselección, de preparación de la lista restringida y la creación de grupos de selección de personas candidatas»; c.—en el caso de que varias personas candidatas estén igualmente capacitadas (competencia, prestaciones profesionales y aptitud), se deberá dar preferencia a la persona candidata del sexo menos representado pero, y este matiz es muy importante, se podrá incumplir esta obligación en supuestos excepcionales, «cuando existan motivos de mayor alcance jurídico, como que se persigan otras políticas de diversidad²⁸, que se aduzcan tras una evaluación individualizada y una apreciación objetiva... y siempre sobre la base de criterios no discriminatorios²⁹»; y d.—en el caso de que

categorías y niveles, entre los que figurarán el de altos directivos y el de consejeros» y «el número medio de personas con discapacidad mayor o igual al 33 por 100. También el contenido de esta mención décima ha de suministrarse por las sociedades que pueden formular balance abreviado (art. 261 LSC).

²⁷ Este apartado del Informe anual de Gobierno Corporativo, relativo a la estructura de la administración de las sociedades prevé que se identifique a los miembros de la alta dirección que no sean a su vez consejeros ejecutivos, estableciéndose en un cuadro distinto el «número de mujeres en la alta dirección» y el «porcentaje sobre el total de miembros de la alta dirección».

²⁸ Nótese que en el Informe anual de Gobierno Corporativo (apartado C.1.5), se prevé que la sociedad informe sobre la existencia o no de políticas de diversidad, «en lo que respecta a cuestiones como, por ejemplo, la edad, el género, la discapacidad, o la formación y experiencia profesionales». En caso afirmativo, deben describir estas políticas, sus objetivos, las medidas y la forma en la que se han aplicado y sus resultados. En caso de que la sociedad no aplique una política de diversidad, debe explicar las razones por las cuales no lo hace.

²⁹ *Vid.*, Enmienda n.º 25 presentada por el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV), que introduce lo siguiente: «la obligación de poner en marcha el proceso de selección regulado en este apar-

la persona no seleccionada inicie un procedimiento judicial, se prevé la inversión de la carga de la prueba (art. 529 bis, apartado 7). Ha de precisarse que será difícil llegar a este punto, pues no es viable que existan dos personas, de distinto sexo, con idéntica capacitación.

3. En cuanto a las obligaciones de información, y de elaboración de informes, que recaen sobre las sociedades cotizadas, el art. 529 bis, apartados 5, 6, 9 y 10, LSC prevé lo siguiente:
 - Por un lado, las sociedades cotizadas deben facilitar a la junta general de accionistas información sobre las medidas adoptadas en materia de equilibrio entre hombres y mujeres en el consejo de administración (medida ya prevista en el Informe anual de gobierno corporativo de las sociedades anónimas cotizadas, Circular 3/2021 de la CNMV)³⁰, y también deben proporcionar información sobre las posibles sanciones derivadas del incumplimiento de estas, y que pudieran afectar a la sociedad (novedad).
 - Por otro lado, las sociedades cotizadas están obligadas a informar a toda persona candidata, cuando lo solicite y siempre que su candidatura se hubiera examinado en el proceso de selección a miembros del consejo de administración, de lo siguiente: a.—los criterios de capacitación en los que se basó la elección; b.—la apreciación comparativa de las personas candidatas que se ha realizado con arreglo a esos criterios; y c.—en su caso, los motivos que llevaron a exigir a una persona candidata que no fuese del sexo menos representado (art. 529 bis, apartado 5, LSC).
 - Además, el consejo de administración de las sociedades cotizadas deberá elaborar y publicar, integrado en el informe de sostenibilidad³¹, anualmente y en su página web «información sobre la representación del sexo menos representado». Esta información se remitirá a la CNMV, que publicará, con periodicidad anual, un listado de las sociedades cotizadas que manifiesten en su informe de sostenibilidad

tado no será aplicable a la designación de consejeros dominicales por parte de accionistas que tengan presencia i representación en el consejo de conformidad con el art. 529 duodecies.3».

³⁰ *Vid.*, apartado C.1.4 del Informe anual de Gobierno Corporativo que establece «complete el siguiente cuadro con la información relativa al número de consejeras (número de consejeras y porcentaje sobre el total de consejeros de cada categoría) al cierre de los últimos 4 ejercicios, así como la categoría de tales consejeras (ejecutivas, dominicales, independientes, otras externas).

³¹ *Vid.*, Directiva 2022/2464, de 14 de diciembre, por la que modifican el Reglamento (UE) 537/2014 y las Directivas 2004/109, 2006/43 y 2013/34 en cuanto a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas. La entrada en vigor de esta Directiva se prevé en los términos siguientes: 1.—empresas cotizadas y entidades dominantes de grupos cotizados que superen, en ambos casos, el número medio de 500 empleados, ejercicios iniciados a partir de enero 2024; 2.—grandes empresas y entidades dominantes de grupos grandes no incluidos en el apartado anterior, ejercicios iniciados a partir de enero de 2025; y 3.—Pymes cotizadas en un mercado regulado de la UE y que no sean microempresas, que podrán optar por no aplicar hasta el 1 de enero de 2028, ejercicios iniciados a partir de enero de 2026.

haber alcanzado el objetivo de equilibrio de género en los consejos de administración (al menos 40 por 100 del sexo menos representado y no más del 49 por 100). Esta información debe distinguir entre miembros de consejo de administración ejecutivos y no ejecutivos, «y recopilar las medidas que se hubiesen adoptado para alcanzar los objetivos de equilibrio de género. En caso de no haberse alcanzado estos objetivos, han de incluirse los motivos a los que responde dicho incumplimiento, y una descripción exhaustiva de las posibles medidas que se hayan adoptado o se tenga previsto adoptar para cumplir con estos (art. 529 bis, apartados 9 y 10, LSC).

4. En cuanto al régimen sancionador, se establece que la CNMV es competente para iniciar e instruir el procedimiento administrativo sancionador en caso de incumplimiento de lo establecido en el art. 529 bis LSC, apartados 3-7 y 9-11, de acuerdo con lo establecido en el Título IX de la Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión (nueva DA 7.^a LSC). En este sentido, el proyecto de LO Paridad (2024) prevé la modificación de Ley 6/2023, en concreto de su artículo 292, para tipificar las presuntas infracciones y sanciones en los supuestos de incumplimiento de las obligaciones previstas en el art. 529 bis LSC relativas a «las exigencias de representación equilibrada de mujeres y hombres entre los administradores de las sociedades cotizadas y a la publicación de información relativa a dicha representación equilibrada en el seno de la sociedad» (art. 292.1.c Ley 6/2023). Puede apreciarse que no se prevén sanciones en caso de ausencia de presencia de género equilibrado del personal de alta dirección pues, como ya se señaló, no se prevé con una exigencia en tal sentido con carácter vinculante, sino que se trata de un mero «principio», cuyo incumplimiento se resuelve, básicamente, atendiendo a la máxima «cumplir o explicar»; en consonancia, expresamente se elude una referencia al apartado 8 del art. 529 bis LSC en el art. 292.1.c de la Ley 6/2023. Por lo demás, es de aplicación el mencionado Título IX de la Ley 6/2023 (arts. 232-337), por el que se regula el régimen de supervisión, inspección y sanción a cargo de la CNMV. En concreto, en lo que respecta al procedimiento administrativo sancionador por infracciones cometidas por los consejos de administración en cuanto al cumplimiento de los objetivos de presencia equilibrada y a la publicación de la información sobre la misma (y también sobre los procesos de selección de candidatos, aunque no se mencione expresamente en el art. 292.1.c Ley 6/2023), la mencionada Ley 6/2023 prevé lo siguiente: 1.—las actuaciones del personal de la CNMV tendrán valor probatorio (art. 237); 2.—existe una obligación general de colaboración con la CNMV (art. 242); 3.—tanto la incoación e instrucción del procedimiento san-

cionador, como la imposición de sanciones corresponden a la CNMV (art. 270.1); 4.—el plazo para resolver y notificar la resolución sancionadora es de 1 año (art. 270.2); 5.—rige el principio *non bis in idem* (art. 271); 6.—se regulan de forma minuciosa los canales de comunicación de infracciones a los presuntos infractores y el contenido de dichas comunicaciones (arts. 274-277); y 7.—se prevén plazos de prescripción de las infracciones (art. 311); entre otros aspectos.

En cuanto a las infracciones tipificadas en el art. 292.1.c Ley 6/2023, relativas a la presencia equilibrada de género en los consejos de administración y a la publicación de la información sobre la misma (extensible a todo el contenido del proyectado art. 529 bis apartados 3-7, 9-11 LSC), se califican como graves y, a tal efecto, se prevén las siguientes sanciones (art. 313 Ley 6/2023), que pueden ser varias: a.—una multa de hasta 300.000 euros u otras cantidades calculadas en función de distintos criterios³²; b.—la suspensión o limitación del tipo o volumen de operaciones realizadas en el mercado de valores hasta 1 año; 3.—la suspensión de la condición de miembro del mercado regulado o sistema multilateral de negociación por el mismo periodo; 4.—la suspensión del puesto de administrador u otro que ocupe el/la infractor/a o, entre otras, 5.—la inhabilitación para ejercer cargos de administración o de dirección.

5. Por último, el proyecto de LO de Paridad (2024) prevé su régimen de entrada en vigor de forma escalonada, con respecto a las modificaciones operadas en el art. 529 bis, apartados 3-11 de la LSC, en los términos siguientes (DT 4.º); es decir, la regla del equilibrio de género se aplicará: 1.—a partir del 30 de junio de 2024 para las 35 sociedades con mayor valor de capitalización bursátil, determinada utilizando la cotización de cierre en el día en que la ley entre en vigor³³; 2.—a partir del 30 de junio de 2025 para las sociedades cotizadas que tengan una capitalización bursátil, a esa fecha, superior a 500 millones de euros; 3.—a partir del el 30 de junio de 2026 para las sociedades cotizadas que tengan una capitalización bursátil, a esa fecha, inferior a 500 millones de euros; y 4.—para las entidades de interés público, se aplicará gradualmente respecto de los consejos de administración y de la alta dirección de esas entidades, debiendo alcanzar el 33 por 100 el 30 de junio de 2026 y el 30 de junio 2028, el 40 por 100.

³² Art. 313.1 de la Ley 6/2023: «a) el triple del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en los que consista la infracción; b) el 2 por 100 de los recursos propios de la entidad infractora; c) el 2 por 100 de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción».

³³ *Vid.*, la enmienda n.º 107 del Grupo Parlamentario Popular que propone retrasar la entrada en vigor al 30 de junio de 2026, al considerar que una fecha anterior es insuficiente para ejecutar los cambios con el rigor que requiere el proceso de selección de los candidatos, con una función clave para la gestión de las compañías.

5. Consideraciones finales

La adopción de la Directiva 2022/2381, de 23 de noviembre, con el objetivo de mejorar el equilibrio de género en los consejos de administración de las sociedades cotizadas y otras medidas conexas, es sin duda una buena noticia y supone un avance y un cambio de perspectiva en una materia que estaba pendiente de regulación vinculante desde hace muchas décadas. El acceso a los ámbitos de poder de las grandes empresas por parte de las mujeres, tradicionalmente controlados por los hombres, resulta imprescindible; y ello no por razones, ni de utilidad, ni de rentabilidad económicas, ni tampoco por razones relativas a las virtudes que algunas personas, erróneamente a mi juicio, atribuyen al denominado «talento femenino». Desde mi punto de vista, se trata básicamente de una cuestión de justicia social y de dignidad, como lo son también la igualdad retributiva, el reconocimiento de derechos de conciliación y la erradicación de conductas de violencia y acoso contra las mujeres y las niñas. Los prejuicios y los estereotipos de género están siempre ahí, y las mujeres no han alcanzado los más altos puestos de dirección y control de las empresas (consejos de administración, de dirección y/o de vigilancia según las estructuras monista o dualista de las sociedades), ni tampoco los puestos de alta dirección, no por falta de cualificación y/o de competencias, sino por otras razones muy claras relacionadas con las mentalidades, circunstancias y condiciones de las sociedades patriarcales. En estos términos se pronunciaba la Comisión Europea ya en 2012: roles tradicionales de género, división del trabajo, opciones educativas para las mujeres, techo de cristal (y barrera de acero³⁴) y falta de transparencia en las prácticas de contratación, elección y promoción³⁵.

Ahora bien, al hilo de la adopción del proyecto de LO de Paridad (2024) en nuestro país, que ha sido detenidamente analizado en este trabajo (*vid., supra* apartado 4), se reabre el debate, encarnizado, sobre la conveniencia o no de imponer cuotas obligatorias de presencia femenina en determinados ámbitos; entre ellos, en el seno de los consejos de administración y entre el personal de alta dirección de las empresas. A la hora de adentrarnos en este debate, y a la vista del contenido del proyecto de LO de Paridad que modifica el art. 529 bis LSC (introduce 9 nuevos apartados), ha de tenerse presente lo siguiente: 1.—que, en la actual redacción de la norma, no se impone una paridad absoluta, sino que se trata de obligar a una presencia equilibrada que, en nuestro caso, alcanza el 40 por 100 del

³⁴ Con el término «barrera de acero» se hace referencia a la aparición de una nueva limitación para el avance de las mujeres en las empresas debido a su falta de experiencia internacional. Las mujeres no son asignadas a puestos en el extranjero y, por tanto, tienen menos oportunidades que sus compañeros hombres para optar a puestos de alta dirección en empresas que operan en el ámbito multinacional. La mujer queda relegada de destinos en el extranjero frecuentemente por razones subjetivas y por resistencia organizativa. Se denomina de acero porque esta barrera es más compleja y difícil de romper que el «techo de cristal».

³⁵ Comunicación de la Comisión de 14.11.2012, COM (2012) 615 final, p. 10.

sexo menos representado, y nunca más del 49 por 100 (art. 529 bis, apartado 3 LSC); 2.—este porcentaje se predica respecto de cualquier tipo de consejero/a; es decir, incluyendo ejecutivos (de gestión) y no ejecutivos (de control), por lo que básicamente no se obliga a que se establezca una determinada cuota en favor de las mujeres en puestos clave (de gestión) de la sociedad, que se nutren principalmente de personal directivo; 3.—además, con respecto al personal de alta dirección, no se prevé obligación alguna pues, en línea con lo dispuesto en la Directiva 2022/2381, y con la intención de respetar la libertad de empresa y de gestión del personal de la misma, el equilibrio de género en la alta dirección, también de al menos un 40 por 100 de presencia del sexo menos representado, no es más que un principio; y no se prevén sanciones por su incumplimiento (únicamente explicar las razones del incumplimiento); 4.—el propio proyecto de LO de Paridad (2024), también siguiendo en este punto lo dispuesto en la Directiva (art. 6.1), protege la libertad empresarial, al permitir que se subsane la falta de presencia equilibrada en los consejos de administración de las sociedades cotizadas, mediante el establecimiento alternativo de procesos de selección objetivos, neutros, que permitan valorar las competencias y capacidades de las personas candidatas a los puestos de consejero/a asegurándose, de esta manera, que no se producen discriminaciones por razón de género (art. 529 bis, apartado 4 LSC).

Nótese que, de nuevo, se prevé la posibilidad de que se incumpla el objetivo de equilibrio de género previsto —40 por 100—, por lo que no podemos hablar de imposición de cuotas de ninguna manera, dadas las grandes posibilidades de eludir estas obligaciones. Así, podemos afirmar que no estamos ante una norma que imponga una paridad, ni absoluta, ni automática si la sociedad no quiere, pues únicamente podría exigirse ante igualdad total de méritos y capacidades entre personas de distinto sexo, algo difícil en realidad pues generalmente no vamos a encontrar a dos personas con exactamente una misma trayectoria vital y/o CV. Por lo demás, y, por otro lado, cierto es que se ha reconducido de forma muy satisfactoria el incumplimiento de las obligaciones de asegurar la presencia equilibrada en los consejos de administración, y las obligaciones de información y de elaboración de informes (arts. 529 bis, apartados 5, 6, 9 y 10 LSC). Prueba de ello es la remisión de la LO de Paridad (2024) al procedimiento administrativo sancionador previsto en la Ley 6/2023 (también reformada, en concreto su art. 292), que ha de incoarse, instruirse y dictar resolución sancionadora por la propia CNMV. Ahora bien, ¿cómo es posible que el órgano instructor y el resolutor recaigan sobre la misma entidad?

En cualquier caso, a mi juicio, se echa en falta lo siguiente:

- En primer lugar, quizás hubiera sido conveniente reformar la LOI (2007), cuyo art. 75 prevé la presencia de mujeres en los consejos de administración, pero con carácter de recomendación y la DA 1.º de la LOI fija el porcentaje de presencia o de composición equilibrada del sexo me-

nos representado, entre un 40-60 por 100. Es llamativo que el proyecto de LO de Paridad no haga referencia alguna a la LOI, a pesar plantear la modificación de numerosas leyes orgánicas y a pesar de ser la LOI la norma transversal básica y fundamental de nuestro ordenamiento en materia de igualdad.

- En segundo lugar, se ha centrado la atención de forma intensiva en la presencia de mujeres en los consejos de administración de las sociedades cotizadas cuando, pienso, en nuestro país, no sólo el tejido empresarial está compuesto mayoritariamente por PYMES, sino que, además, los consejos de administración de las grandes empresas no están en nuestro país, sino en aquéllos en los que se sitúa la dirección central o empresa «madre». En línea con este argumento, en mi opinión, lo verdaderamente significativo y relevante hubiera sido incidir en el establecimiento de cuotas en el ámbito de la denominada «alta dirección³⁶», en leguaje mercantil, o «personal de alta dirección³⁷», en el ámbito laboral. Ahí es dónde hay que incidir y, en este punto, es dónde nos encontramos con el dilema de avanzar en la igualdad *versus* la libre capacidad de decisión de las empresas a la hora de designar a su personal directivo. Evidentemente, en este punto, la norma española (proyecto de LO Paridad), sigue el camino trazado por la Directiva 2022/2381 que, a pesar de mencionar al personal de alta dirección en su Exposición de motivos³⁸, no se refiere a ello en su articulado. La ausencia de referencias normativas en la Directiva sobre el personal directivo responde claramente a la necesidad de respetar, tanto el principio de subsidiariedad (que impide armonizar con detalle normas que afectan a competencias nacionales) como, sobre todo, el principio de no interferir en la gestión de las empresas, máxime en lo que se refiere a la selección, contratación y/o promoción de personal directivo. Se echa en falta, no obstante, una suerte de cuota al estilo de la establecida con respecto a los consejeros/as pues, ya se ha señalado, con el sistema al que se acoge la norma para los consejeros/as, sí se asegura que las sociedades cotizadas puedan seguir seleccionando libremente a los candidatos/as basándose en su capacitación o en otras consideracio-

³⁶ Se entenderá por «alta dirección» aquellos directivos que tengan dependencia directa del consejo o del primer ejecutivo de la compañía y, en todo caso, el auditor interno (apartado C.1.14 Circular 5/2023 de la CNMV).

³⁷ Art. 1.2 RD 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial del personal de alta dirección, establece que se considera «personal de alta dirección» a aquellos trabajadores (personas trabajadoras) que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa —con su firma pueden obligar a la empresa—, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad solo limitados por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad (*vid.*, De Val Tena, 2002:106-111).

³⁸ Apartados 7, 12, 13, 17, 21.

- nes objetivas pertinentes. Por este motivo, una disposición similar para el personal de alta dirección hubiera sido muy conveniente³⁹.
- En tercer lugar, no menos importante, como ya señaló el CES (Dictamen 7/2023)⁴⁰, la norma española (LO Paridad 2004) constituye un gran avance pues se transita de las meras recomendaciones o buenas prácticas al establecimiento de obligaciones con el fin de progresar en la igualdad efectiva entre hombres y mujeres. Ahora bien, señala el CES dos cosas: 1.—debería haberse pretendido la paridad total (al menos en el sector público); y 2.—debería adecuarse la norma a un lenguaje inclusivo y no sexista, «sobre todo teniendo en cuenta la materia y contenido de la iniciativa» (p. 12). Es una realidad que en determinadas ramas del derecho —mercantil, civil, extranjería y un largo etcétera— la utilización de lenguaje no discriminatorio, brilla por su ausencia.
- En cuarto lugar, al hilo de la reflexión anterior relativa a la ausencia de modificación de la LOI (2007), lo más importante, a mi juicio, de la proyectada regulación prevista en la LO Paridad (2024), hubiera sido haber ahondado, haber profundizado o al menos haber mencionado, la conexión existente entre, por un lado, la obligatoriedad de presencia femenina en los consejos de administración de al menos 40 por 100 y no más del 49 por 100, y la recomendación de observar estos porcentajes en la «alta dirección»; y, por otro, las exigencias en torno a los planes de igualdad y, a día de hoy (desde el 2 de marzo de 2024), también con la obligación de adaptar estos planes y contar con un protocolo LGTBI (de actuación en caso de violencia o acoso), en empresas de más de 50 trabajadores (art. 15, Ley 4/2023). Con respecto a los planes de igualdad, las opciones para ahondar en esta relación son múltiples, como ha ido señalando la doctrina 1.—el equilibrio de género en los consejos de administración es determinante para asegurar la situación general de la igualdad de género en la empresa (Mella Méndez, 2024: 480); 2.—el plan de igualdad puede ser útil como instrumento regulador de criterios de mérito y capacidad que se deben cumplir para formar parte de los consejos de administración (Zoco Zabala, 2014: 643); 3.—lo que está claro es que la negociación colectiva, pretendida con ocasión de la aprobación de los planes de igualdad, no es suficiente para asegurar la igualdad y se necesita el impulso desde los consejos de administración⁴¹. Además,

³⁹ En este sentido, la enmienda n.º 9 presentada por el Grupo Parlamentario Mixto (Ione Belarra Urteaga) que prevé que la alta dirección tenga una composición que asegure la presencia, como mínimo, de un 50 por 100 de mujeres.

⁴⁰ Dictamen 7/2023 sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Representación paritaria de mujeres y hombres en órganos de decisión, aprobado en pleno de 29 de marzo de 2023.

⁴¹ Los planes de igualdad no siempre se negocian por diversos motivos (ausencia de representación legal o comisión sindical, por causa ajena a la empresa, por ejemplo) o, de existir, plantean diversos problemas en términos de condiciones pactadas y de relaciones de complementariedad res-

la propia Ley 15/2022, para la igualdad de trato y no discriminación (art. 33.2), abre la puerta a la adopción de medidas por la sola iniciativa empresarial (Nieto Rojas, 2023: 127)⁴². Es decir, tanto la imposición de obligaciones en torno a los planes de igualdad, y de diversidad, en las empresas (RD 901/2020 y Ley 4/2023), como la futura obligación del equilibrio de género en los consejos de administración de las sociedades cotizadas u otras entidades forman parte de todo, están unidas y relacionadas; aunque con ello no quiere decirse que necesariamente exista una alta correlación entre presencia femenina y/o diversa —en el sentido no binario del género o sexo— en los consejos de administración y mejores planes de igualdad o de diversidad en las empresas. No existen estudios concluyentes en este sentido; ni tampoco sobre las virtudes del «talento femenino» o sobre el «talento diverso».

Cuestión distinta, sin embargo, es afirmar que la existencia de normativa sobre imposición de equilibrio de género en los consejos de administración, ya sea con carácter vinculante o como mera recomendación, ha ido contribuyendo a una mejora y a un cambio de tendencia; al menos en cuanto al número o porcentaje de mujeres en las altas instancias empresariales, pues existe constancia de que se ha avanzado mucho, sobre todo en los países con normas vinculantes, como puede observarse en las cifras⁴³. La imposición de cuotas femeninas es un tema sensible y delicado, que genera detractores sin tener en cuenta, en muchas ocasiones, las informaciones necesarias para apoyar sus argumentos en contra. En todo caso, este tipo de medidas deben contemplarse desde el punto de vista de su vigencia temporal, pues las medidas deben cesar una vez se hayan alcanzado los objetivos pretendidos⁴⁴. Lo relevante es que, de la mano de normativa que promueve medidas de acción positiva del más alto nivel (cuotas), y con el apoyo tanto de la dirección de las empresas como de los agentes sociales a través de la negociación colectiva, se pueda ir avanzando hacia una mayor igualdad y no discriminación en el mundo del trabajo y, de ahí, que estos avances se reflejen en todas las esferas de la vida pública y privada de las personas que sufren discriminaciones, que muchas veces son dobles o triples. Por supuesto, otro tipo

pecto de contenidos previstos en convenios de sector o, bien en términos de registro, etc. (Nieto Rojas, 2023: 125).

⁴² El art. 33.2 de la Ley 15/2022, prevé que las empresas puedan asumir la realización de «acciones de responsabilidad social», consistentes en «medidas económicas, comerciales, laborales, asistenciales o de otra naturaleza, destinadas a promover condiciones de igualdad de trato y no discriminación en el seno de las empresas o en su entorno social»; sin perjuicio de que «se informará a los representantes de los trabajadores de las acciones adoptadas» y, además, la realización de las mismas «podrá ser concertada con la representación de los trabajadores».

⁴³ *Vid.*, la información recogida por el EIGE (*European Institute for Gender Equality*).

⁴⁴ En este sentido, en muy valiosa la experiencia adquirida con el sistema de cuotas en favor de la raza negra de la década de los años 70 en Estados Unidos (*vid.*, Ballester Pastor y Ballester Cardel, 2008: 76-80).

de medidas son también significativas y muy necesarias, como las políticas y campañas de conciliación y una reforma profunda de los sistemas de educación y formación a todos los niveles.

6. Bibliografía

- ALONSO-OLEA GARCÍA, Belén (2022). Gobierno corporativo y responsabilidad social corporativa de las sociedades anónimas cotizadas. *Temas Laborales*, 162/2022, pp. 19-54.
- BALLESTER PASTOR, María Amparo y BALLESTER CARDEL, María (2008). Significado general y conceptual de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de hombres y mujeres. En *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres*. LA LEY, grupo Wolters Kluwer, pp. 33-111.
- BOLDÓ RODA, Carmen (2023). Derecho de sociedades y diversidad de género: nuevos retos en la legislación comunitaria y española. *Revista jurídica Valenciana*, n.º 41, semestre enero-junio 2023, pp. 115-130.
- CAMPUZANO LAGUILLO, Ana Belén (2019). La igualdad de género en el acceso a los puestos de responsabilidad de las sociedades de capital. En *Gobierno Corporativo e Igualdad de Género. Realidad y tendencias regulatorias actuales*, Tirant lo Blanch, pp. 25-80.
- CAMPUZANO LAGUILLO, Ana Belén (2017). Capítulo 31. La diversidad de género en los consejos de administración de las sociedades de capital. En *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital: liber amicorum*, Fernando Rodríguez Artigas, Gaudencio Esteban Velasco, coord. por Javier Juste Mencía, Cristóbal; Fernando Rodríguez Artigas (hom.), Gaudencio Esteban Velasco (hom.) Vol. 1, Tomo 1, pp. 953-974.
- DE CONTES, María Luisa (2019). La Ley de cuotas en los consejos de administración de las empresas francesas y su aplicación. En *Gobierno corporativo e Igualdad de Género. Realidad y tendencias regulatorias actuales*, Tirant lo Blanch, pp. 532-545.
- DE VAL TENA, Ángel Luis (2002). *El trabajo de alta dirección. Carácteres y régimen jurídico*. Civitas.
- DUBIN, Kenneth (2007). La LOIMH y la transformación de los principios de regulación en el mercado de trabajo español. En MERCADER UGUINA, Jesús Rafael, (2007). *Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres*, Tirant lo Blanch, pp. 331-362.
- EMBID IRUJO, José Miguel (2008). Los aspectos mercantiles de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en SALA FRANCO, Tomás, y otros, *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*. LA LEY, Wolters Kluwer, pp. 269-354.
- MARTÍNEZ-GARCÍA, Irma (2023). Cuotas de género en los consejos de administración: una perspectiva internacional. *Revista Instituto Iberoamericano de Mercados de Valores*, n.º 69, pp. 1-11.
- MATEU DE ROS, Rafael (2019). El principio jurídico de igualdad de género. En *Gobierno Corporativo e Igualdad de Género. Realidad y tendencias regulatorias actuales*, Tirant lo Blanch, pp. 81-96.
- MELLA MÉNDEZ, Lourdes, (2024). Hacía el equilibrio de género en las sociedades cotizadas europeas: puntos críticos de la Directiva 2022/2381 y su futura transposición en España. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 67, pp. 461-510.
- MERINO SEGOVIA, Amparo (2009). *Igualdad de género, empresa y responsabilidad social*, Bo-marzo.

- MONTESDEOCA SUÁREZ, Arturo (2023). La situación actual de la mujer en los consejos de administración de las empresas cotizadas: ¿desequilibrio, desigualdad o ceguera de género? *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, 477, pp. 23-58.
- NIETO ROJAS, Patricia. (2023). El complicado entramado normativo de planes de igualdad y protocolos en las empresas. Algunas reflexiones sobre protocolos anti-acoso y gestión de la diversidad. *Labos*, Vol. 4. Número extraordinario «Tormenta de reformas», pp. 122-142.
- OJEDA AVILÉS, Antonio (2019). Las medidas de acción positiva, en CASAS BAAMONDE, María Emilia y GIL ALBURQUERQUE, Román, *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, 2.º edición, Francis Lefebvre, pp. 245-268.
- RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel (2022). Los contornos de la discriminación. *Temas Laborales*, 162/2022, pp. 11-18.
- SALA FRANCO, Tomás, BALLESTER PASTOR, María Amparo, BAÑÓ LEÓN, José María, EM-BID IRUJO, José Miguel y GOERLICH PESET, José María (2008). *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*. LA LEY, Wolters Kluwer.
- VELDMAN, Albertine (2023). Gender Quota for Corporate Directors: a task for the European Union? The Revival of the Directive on Gender Balance Company Boards. *Utrecht Law Review*, 19 (3), pp. 44-56
- ZOCO ZABALA, Cristina (2014). Planes de Igualdad en las empresas: requisitos y buenas prácticas. En *Mujeres, Contratos y Empresa desde la Igualdad de Género*. Tirant lo Blanch, pp. 625-645.

CONCILIACIÓN ENTRE LA VIDA PROFESIONAL Y LA VIDA FAMILIAR: UN ANÁLISIS DE LA NO DISCRIMINACIÓN, LA CORRESPONSABILIDAD Y LA FLEXIBILIDAD COMO ELEMENTOS PARA LA IGUALDAD LABORAL DE LAS MUJERES EN LA DIRECTIVA (UE) 2019/1158 Y EN SU TRASPOSICIÓN AL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

*Reconciliation between professional and family life: an analysis of
non-discrimination, shared responsibility, and flexibility as elements for labor
equality for women in Directive (EU) 2019/1158
and its transposition into Spanish law*

ELENA GARCÍA TESTAL

Universitat de València, España

RESUMEN

La Directiva (UE) 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y cuidadores, es una norma con la finalidad de promover la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Para ello impulsa dos elementos esenciales en el ejercicio de los derechos de conciliación: la corresponsabilidad y el ejercicio flexible de los tiempos de trabajo. La transposición de la Directiva al derecho interno insta la modificación de las normas laborales internas, incrementándose la protección de las personas trabajadoras en clave de corresponsabilidad en el cuidado y de igualdad y no discriminación laboral.

Palabras clave: Igualdad y no discriminación por razón de sexo y de género; conciliación de la vida laboral y familiar, corresponsabilidad; Directiva (EU) 2019/1158.

* **Correspondencia a:** Elena García Testal. Universitat de València (España). – elena.garcia@uv.es – <https://orcid.org/0000-0003-3069-0631>

Cómo citar: García Testal, Elena (2024). «Conciliación entre la vida profesional y la vida familiar: un análisis de la no discriminación, la corresponsabilidad y la flexibilidad como elementos para la igualdad laboral de las mujeres en la Directiva (UE) 2019/1158 y en su trasposición al ordenamiento español; *Lan Harremanak*, 51, 151-178. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.26323>).

Recibido: 15 mayo, 2024; aceptado: 16 junio, 2024.

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



Esta obra está bajo una licencia
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

ABSTRACT

Directive (EU) 2019/1158 of the European Parliament and of the Council of June 20, 2019, regarding the reconciliation of family and professional life of parents and caregivers, is a regulation aimed at promoting effective equality between women and men. To achieve this, it promotes two essential elements in the exercise of reconciliation rights: shared responsibility and flexible working arrangements. The transposition of the Directive into domestic law calls for the modification of internal labor regulations, increasing the protection of workers in terms of shared responsibility in caregiving and workplace equality and non-discrimination.

Keywords: Equality and non-discrimination based on sex and gender; reconciliation of work and family life, shared responsibility; Directive (EU) 2019/1158.

1. Introducción

La aprobación de la Directiva (UE) 2019/1158, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, el 20 de junio de 2019, y la encomienda de transposición por los Estados miembros —a más tardar el 2 de agosto de 2022— es el punto de partida para que España entendiese la necesidad de incorporar modificaciones a su sistema de conciliación y atención a cuidadores y progenitores, no culminadas con las reformas legislativas llevadas a cabo a partir del Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

Pese a que la Directiva (UE) 2019/1158 proporciona un enfoque más amplio que su predecesora (la Directiva 2010/18), no estamos ante una norma unitaria de todos los derechos de conciliación o atención a las responsabilidades de cuidado. Atendiendo a la vinculación del embarazo y la maternidad biológica con la salud, se mantiene la vigencia de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, en cuanto a la licencia de maternidad, así como los aspectos de seguridad y salud, que no quedan sustituidos por la Directiva de 2019. Con respecto al permiso de maternidad, el artículo 8 de la Directiva 92/85/CEE encomienda a los Estados miembros la adopción de las medidas necesarias para que las trabajadoras disfruten de un permiso de maternidad de como mínimo catorce semanas ininterrumpidas, distribuidas antes y/o después del parto, así como que se debe incluir un período obligatorio de como mínimo dos semanas, distribuidas antes y/o después del parto.

La Directiva (UE) 2019/1158 no responde de forma absoluta a las expectativas generadas y el texto de los considerandos va más allá que el de la propia norma (Ballester Pastor, 2019: 1110), pero puede efectuarse una valoración positiva en relación con las siguientes cuestiones.

En primer lugar, la valoración positiva deriva del avance que puede suponer al nivelar las divergencias que existen entre los diferentes Estados miembros (López Álvarez, 2022: 66).

En segundo lugar, se diseñan por primera vez políticas y atención a necesidades de conciliación más allá del cuidado de hijos e hijas, incluyéndose a otros familiares (ascendientes, dependientes, enfermos), estableciéndose derechos de conciliación para progenitores y cuidadores.

En tercer lugar, la Directiva contempla derechos de conciliación que no suponen la ausencia de la persona trabajadora del lugar de trabajo, como alternativa a los derechos de ausencia más clásicos (López Álvarez, 2022: 68).

Ahora bien, debe también tomarse en consideración la necesidad de reequilibrar la perspectiva de igualdad de oportunidades respecto a la igualdad de género en el trabajo: dado que nos encontramos ante situaciones distintas entre mujeres y hombres, tanto por el hecho biológico de la maternidad como por la situación de desigualdad laboral (menores tasas de empleo y brecha salarial) las decisiones y políticas neutras generarán efectos indeseables de aumento de la desigualdad (Escobedo, 2022: 617). La doble responsabilidad derivada de la asunción de roles familiares de cuidado y de la realización de una prestación laboral de servicios está en el origen de posiciones laborales no igualitarias que requieren acciones positivas que se constituyan en garantía de unas relaciones familiares y laborales más igualitarias y no de políticas neutras que finalmente acrecientan la desigualdad. En este sentido las normas europeas han considerado el impulso a la necesidad de eliminar cualquier discriminación, desventaja, trato desfavorable o merma laboral que afecte laboralmente a quienes además se ocupan de las tareas de cuidado de hijos e hijas, familiares y personas dependientes.

Por último, también será preciso preguntarse sobre si las normas laborales están llamadas o pueden colaborar a resolver esta desigualdad entre hombres y mujeres en el ámbito laboral, no sólo protegiendo frente a decisiones empresariales discriminatorias en el trabajo, sino también contribuyendo a un ejercicio de los derechos laborales de conciliación más igualitarios.

De acuerdo con estas premisas se aborda, en primer lugar, si existe y cuáles son los perfiles del derecho a no ser discriminado por el ejercicio de los derechos de conciliación, desde la perspectiva de las normas europeas y su trasposición a las normas internas. A continuación, se aborda la corresponsabilidad en el ejercicio de los derechos de conciliación como garantía de la igualdad de las personas trabajadoras en el acceso al trabajo. Para finalizar se plantea la flexibilidad laboral como alternativa a los clásicos derechos de ausencia de las personas trabajadoras por razones de conciliación, que según se constata han perjudicado el adecuado desarrollo profesional de las mujeres. En definitiva, mediante este estudio se trata de plantear la importancia del derecho a la igualdad laboral y la no

discriminación para las personas trabajadoras en el ejercicio de los derechos de conciliación.

2. El derecho a no ser discriminado por el ejercicio de los derechos de conciliación entre la vida familiar y laboral

2.1. No discriminación por ejercicio de los derechos de conciliación en el derecho de la Unión Europea

Tanto el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (artículo 153.1.i) como el Tratado de la Unión Europea (artículo 3.3.2) encomiendan a la Unión el apoyo a los Estados miembros en el fomento de la igualdad entre hombres y mujeres, respecto a las oportunidades en el mercado laboral y en el trato en el trabajo y establecen el fomento de la igualdad entre hombres y mujeres como principio fundamental.

Por su parte, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000, incluye en su artículo 33 la conciliación entre la vida laboral y familiar en conexión con la garantía de la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social reconociendo el derecho de toda persona «a ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad, así como el derecho a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño». De acuerdo con ello, en la Carta de Derechos Fundamentales el contenido del derecho de conciliación es triple: la protección contra el despido relacionado causalmente con la maternidad, el derecho a un permiso pagado por maternidad y el de un permiso parental relacionado con el nacimiento o la adopción de menores.

Ciertamente cuando la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea se refiere a la igualdad por razón de género o a la no discriminación no incluye de forma específica el derecho a la conciliación entre la vida laboral y familiar. El artículo 21 de la Carta, relativo a la «No discriminación» prohíbe toda discriminación y enumera las discriminaciones prohibidas «por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual» y también «prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea y sin perjuicio de las disposiciones particulares de dichos Tratados».

Por su parte, el artículo 23 de la Carta, relativo a la «Igualdad entre hombres y mujeres», garantiza ésta en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución. En este contexto también reconoce que el principio

de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas en favor del sexo menos representado. Precisamente atendiendo al contenido de la Carta de Derechos Fundamentales se ha afirmado que existe en ella un derecho fundamental de todas las personas a la conciliación entre la vida laboral y familiar (Cairós Barreto, 2024: 374)

Como no podía ser de otro modo, en la Directiva (UE) 2019/1158, las manifestaciones relativas al derecho de las personas a no ser discriminadas por el ejercicio de los derechos de conciliación entre la vida familiar y laboral están presentes a lo largo del texto, especialmente en los considerandos. Al igual que sus antecesoras, la Directiva continúa fundando el establecimiento de medidas de protección de las personas trabajadoras y sus derechos de conciliación en la consecución de la igualdad de género entre mujeres y hombres, la promoción de la participación de las mujeres en el mercado de trabajo, el reparto igualitario de las responsabilidades por el cuidado de familiares entre hombres y mujeres y la eliminación de las desigualdades de género en materia de ingresos y salario.

En efecto, las anteriores premisas están presentes desde los primeros considerandos de la Directiva (UE) 2019/1158, comenzando por el recuerdo a la vinculación de la Unión Europea con el principio de igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo (contenida considerando 1), como principio fundamental de la Unión (considerando 2), hasta el reconocimiento más intenso de vinculación entre las políticas de conciliación y la igualdad de género cuando en el Considerando 6 establece que

las políticas de conciliación de la vida familiar y la vida profesional deben contribuir a lograr la igualdad de género promoviendo la participación de las mujeres en el mercado laboral, el reparto igualitario de las responsabilidades en el cuidado de familiares entre hombres y mujeres y la eliminación de las desigualdades de género en materia de ingresos y salarios. Estas políticas deben tener en cuenta los cambios demográficos, incluidos los efectos del envejecimiento de la población.

De forma que para la Unión el diseño de las políticas de conciliación no puede efectuarse sin tomar en consideración la igualdad de género: facilitar el ejercicio de los derechos de conciliación para ambos progenitores contribuye a lograr los objetivos de igualdad entre hombres y mujeres, tanto en lo referido a las oportunidades del mercado laboral, la igualdad de trato en el trabajo y el fomento del nivel de empleo en la Unión (considerando 16).

Aunque la Directiva (UE) 2019/1158 no incluye una declaración expresa del principio de igualdad (Maneiro Vázquez, 2023:52), el artículo 11, bajo la denominación Discriminación, prescribe la obligación de los Estados miembros de adoptar las medidas necesarias para prohibir que los trabajadores reciban un trato menos favorable por haber solicitado o disfrutado del permiso de paterni-

dad (regulado en el artículo 4 de la Directiva), del permiso parental (contenido en el artículo 5 Directiva), del permiso para cuidadores (al que se refiere el artículo 6 de la Directiva) o el tiempo de ausencia del trabajo por fuerza mayor (previsto en el artículo 7), o por haber ejercido los derechos de trabajo flexible del artículo 9 de la norma europea.

Es difícil efectuar una comprensión de este precepto.

En principio el encabezado del artículo 11 de la Directiva parece más ambicioso que el propio contenido del artículo: la «Discriminación» anunciada se traslada al texto únicamente como prohibición de un trato menos favorable por haber solicitado o disfrutado de permisos de conciliación (Maneiro Vázquez, 2023:165)

El contraste entre el encabezado y el contenido del artículo 11 de la Directiva conduce a la doctrina científica a una valoración negativa. En este sentido se afirma que el artículo 11 lo que contiene es, exclusivamente, una garantía de efectividad de los derechos y no una prohibición de discriminación (Ballester Pastor, 2019: 1113), así como que el limitado alcance muestra que la intención de la Directiva no parece ser la configuración de la conciliación como causa autónoma de discriminación (López Álvarez, 2022: 82). Una lectura más optimista reconoce en la Directiva la innegable vinculación del ejercicio de los derechos de conciliación con la discriminación por razón de género (Igartua Miró, 2022: 100); incluso se valora como la principal novedad de esta norma europea el reconocimiento expreso de la discriminación por conciliación (Fernández Prieto, 2020: 6).

Lo que sí sucede, en mi opinión, es que se conecta con rotundidad la finalidad de promover la igualdad y la cuestión de género y de igualdad de oportunidades, pero concurre una desconexión en el artículo 11 de la Directiva entre su rúbrica y su contenido.

Obsérvese que la manifestación relativa a la prohibición de recibir un trato menos favorable en ningún momento se califica como discriminación por razón de sexo (Castro Argüelles, 2024: 5) ni siquiera como discriminatorio (Maneiro Vázquez, 2023:54). Es por ello que se constata la siguiente contradicción: la Directiva manifiesta que tiene como objetivo el fomento de la igualdad entre hombres y mujeres, pero no reconoce expresamente que «una discriminación por ejercicio de derechos de conciliación constituya una discriminación» (Ballester Pastor, 2019: 1112). La explicación deriva del intento de no impedir la protección a los trabajadores varones que sufren discriminación por ejercicio de los derechos de conciliación, si únicamente se identifica una discriminación de este tipo con la discriminación por razón de sexo. En realidad, dado que en ese caso el hombre discriminado lo es por asumir roles de cuidado considerados femeninos, también sufre una discriminación por razón de sexo (Ballester Pastor, 2019: 1113).

Seguramente este es un ejemplo más de las importantes diferencias de intensidad en el reconocimiento de derechos existente en la Directiva, pues entre el texto de los considerandos previos y la formulación de las obligaciones para los Estados miembros hay importantes diferencias, originadas por la dificultad de atender los diferentes tratamientos en los Estados miembros (Ballester Pastor, 2019: 1110).

Además de las diferencias entre encabezado y contenido del artículo 11 de la Directiva (UE) 2019/1158, la interpretación del precepto debe hacerse en relación con otros preceptos de la misma norma, en concreto con el artículo 12 relativo a la protección contra el despido y carga de la prueba, y con el artículo 14 en relación a la protección contra el trato o las consecuencias desfavorables, que obliga a los Estados miembros a introducir las medidas necesarias para proteger a los trabajadores contra cualquier trato desfavorable tras hacer uso de los derechos establecidos en la Directiva. Precisamente el texto de los artículos 12 y 14 de la Directiva nos hacen cuestionar aún más el efectivo contenido del artículo 11, pues, pese a su parquedad para no ser concurrente con aquellos, debe atribuirse otro sentido más allá de las condiciones desfavorables o el despido por el uso de los derechos de conciliación, pues en caso contrario la protección ya se deriva de los artículos 12 y 14.

De modo que dilucidar cuál es el contenido de la encomienda del artículo 11 a los Estados miembros para que adopten las medidas necesarias para prohibir que los trabajadores reciban un trato menos favorable, exige por un lado darle un contenido distinto a la protección contra el despido del artículo 12 de la Directiva, e igualmente será necesario otorgar un contenido distinto del previsto en el artículo 14 que concreta la protección contra el trato o las consecuencias desfavorables, encomendando a los Estados miembros la introducción de medidas necesarias para proteger a los trabajadores, incluidos los trabajadores que sean representantes de los trabajadores, contra cualquier trato desfavorable por parte del empleador o contra las consecuencias desfavorables resultantes de la interposición de una demanda contra la empresa o de cualquier procedimiento iniciado con el objetivo de hacer cumplir los derechos establecidos en la presente Directiva.

A la vista de ambos preceptos, el contenido del artículo 11 de la Directiva queda reducido a la encomienda a los Estados miembros para adoptar la prohibición de tratos menos favorables por la solicitud o disfrute de derechos de conciliación.

2.2. **No discriminación y derecho a la conciliación entre la vida familiar y laboral en el derecho laboral español ¿una causa autónoma de no discriminación?**

El Real Decreto-Ley 5/2023, de 28 de junio, se encarga de la transposición de varias Directivas de la Unión Europea, entre las que se encuentra la tardía in-

corporación del contenido de la Directiva (UE) 2019/1158, a la que venimos haciendo referencia. Se trata de una incorporación tardía, pues el plazo había finalizado el 1 de agosto de 2022, y España había recibido carta de emplazamiento de la Comisión Europea y dictamen motivado por falta de comunicación de las medidas nacionales de transposición. Ambas circunstancias justifican acudir a un Decreto-Ley al amparo de la extraordinaria y urgente necesidad del artículo 86.1 de la CE (Castro Argüelles, 2024: 2).

La transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 supone la incorporación del permiso por fuerza mayor en el artículo 37.9 ET, y del permiso parental para cuidado de hijo o hija o menor acogido por tiempo superior a un año, en el artículo 45.1.o y en el 48 bis ET, pendiente de completarse a efectos de su retribución (lo que habría de producirse antes del 2 de agosto de 2024).

Además de otras modificaciones en el régimen de permisos y ajustes en el sistema de conciliación interno, el artículo 127 del Real Decreto-Ley 5/2023 modifica la redacción del artículo 4.2.c ET, destinado a la delimitación de los supuestos de discriminación prohibida en la relación de trabajo, para añadir el trato desfavorable por el ejercicio de los derechos de conciliación, y lo hace en los siguientes términos:

En la relación de trabajo, los *trabajadores* tienen derecho:

c) A no ser *discriminadas* directa o indirectamente para el empleo o, una vez empleados, por razones de estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, identidad sexual, expresión de género, características sexuales, afiliación o no a un sindicato, por razón de lengua dentro del Estado español, discapacidad, así como por razón de sexo, incluido el trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres por el ejercicio de los derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral.

La incidencia que me interesa destacar es la previsión del derecho a no ser discriminados, ni directa ni indirectamente, cuando ejercitan en la relación de trabajo los derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral.

Esta mención al ejercicio de responsabilidades de cuidado en el núcleo de las políticas de discriminación en la relación de trabajo del Estatuto de los Trabajadores, el artículo 4.2.c, permite plantear la cuestión central de este trabajo: la duda generada sobre si se está dotando de autonomía a una causa de discriminación por conciliación, aneja a la discriminación por razón de sexo y género, y que iría más allá del contenido expreso del artículo 11 de la Directiva (UE) 2019/1158.

En primer lugar, en todo caso podemos partir de la idea clara de que la previsión del art. 4.2.c ET supone la incorporación de un enfoque de género en la

protección antidiscriminatoria de estos derechos (Castro Argüelles, 2024: 3), y es, además, acorde con la doctrina del Tribunal de Justicia Europeo y la del Tribunal Constitucional: en este sentido el preámbulo del Real Decreto-Ley menciona la STJUE de 8 de mayo de 2019, C-486/18, y la STC 79/2020, de 2 de julio de 2020, trayendo así la aplicación al varón de la mayor afectación femenina para la declaración de existencia de una discriminación indirecta por razón de sexo; y, disipando, si existían, dudas respecto a la dimensión constitucional de los derechos de conciliación entre la vida familiar y laboral, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación del artículo 14 de la CE, como de la protección a la familia y a la infancia del artículo 39 de la CE (Fernández-Prats, García-Testal, López-Balaguer, 2019: 98; Aragón Gómez, 2024: 104), como recogen las sentencias del Tribunal Supremo, de 26 de abril de 2023 (rec. 1040/2020) y de 25 de mayo de 2023 (rec. 1602/2020).

En segundo lugar, la previsión se reitera como llamada a la negociación colectiva, en el artículo 34.8 ET, y es que la encomienda a la negociación colectiva de la fijación de los términos del ejercicio de la denominada jornada flexible o adaptación de las condiciones de trabajo conlleva la necesaria garantía de que los criterios y sistemas establecidos garanticen la ausencia de discriminación, directa e indirecta, entre personas trabajadoras de uno y otro sexo. Esto es, cuando la negociación colectiva es invocada para intervenir estableciendo criterios o sistemas de flexibilización de la jornada no puede hacerlo sin tomar en consideración la prohibición de introducir discriminaciones entre personas trabajadoras, ni de forma directa ni indirecta, ni en función del sexo ni del género de las personas solicitantes.

Además, este contenido del artículo 34.8 ET debe relacionarse con el del artículo 85.1 ET, que cuando se refiere al contenido de la negociación colectiva, establece el deber de negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral o en su caso, como contenido de los planes de igualdad, con el alcance de las previsiones de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y su normativa de desarrollo (Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre).

En efecto, creo que un punto de inflexión en esta materia la constituyen las modificaciones introducidas por el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, respecto al contenido del diagnóstico y el plan de igualdad.

El artículo 46.2 de la Ley Orgánica 3/2007, cuando se refiere al carácter obligatorio del diagnóstico previo al plan de igualdad, establece como contenido de éste una serie de materias entre las que se encuentra el ejercicio corresponsable de los derechos de la vida personal, familiar y laboral (previsión repetida en el artículo 7 del Real Decreto 901/2020). De manera que, si el diagnóstico identifica en la empresa dificultades para el ejercicio corresponsable de los derechos de la vida personal, familiar y laboral, el plan de igualdad, entendido como

«conjunto ordenado de medidas adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo» deberá dar respuesta e introducir sistemas, criterios o procedimientos que eliminan las dificultades para el ejercicio de los derechos de conciliación de forma corresponsable. No servirá, obviamente, la reiteración de contenidos legales, sino verdaderas respuestas a los conflictos planteados en torno a las necesidades de ajuste temporal con origen en el cuidado que las personas trabajadoras prestan a sus familiares, dependientes, descendientes o ascendientes.

De cuanto antecede creo que pueden identificarse dos ámbitos del derecho a no ser discriminado por el ejercicio de derechos de conciliación entre la vida familiar y personal. El primero se vincularía de forma directa con la discriminación por razón de género y el segundo de forma indirecta.

En efecto, por un lado, es preciso garantizar el derecho a no ser discriminado por la asunción de las responsabilidades familiares, efectuando el análisis de ponderación respecto a los derechos de las personas trabajadoras que no las asumen o no ejercitan derechos vinculados a éstas, impidiéndose la existencia de actuaciones discriminatorias o carentes de justificación objetiva y razonable de la empresa.

La protección en este supuesto quedaría claramente incluida en la prohibición de discriminación por conciliación entre la vida familiar y laboral. Aunque de forma indirecta se aborde desde la perspectiva de la discriminación por razón de género, también puede hacerse desde el derecho de los trabajadores varones a asumir las tareas de cuidado y no ser discriminado por este ejercicio (López Álvarez, 2022: 83).

En este sentido no parece difícil mantener que la conciliación entre la vida laboral y familiar puede convertirse en una circunstancia personal o social que causa discriminación, subsumible en la referencia del artículo 14 del texto constitucional a *cualquier otra circunstancia personal* y en el artículo 17 del ET cuando se refiere a la condición social como causa de discriminación (Castro Argüelles, 2017:26). La dimensión constitucional es independiente de que sea hombre o mujer quien ejercita los derechos de conciliación, extendiéndose al varón la protección antidiscriminatoria, con mayor alcance que el previsto en la Directiva (UE) 2019/1158 (Castro Argüelles, 2024: 3).

Pero además, por otro lado, no cabe el establecimiento de diferencias de trato injustificadas entre personas trabajadoras que acceden a los derechos de conciliación establecidas en función de su género, esto es, el término de comparación de la discriminación se establece entre sujetos que sí asumen responsabilidades familiares y tomando en consideración la necesidad de corresponsabilidad para romper la inercia de trato discriminatorio hacia las mujeres como sujetos

cuidadores. En este caso estaríamos ante una prohibición de discriminación por razón de género por el desequilibrio laboral que provoca en las mujeres la asunción desproporcionada de las responsabilidades familiares.

En ambos casos puede observarse la conexión que el ejercicio de derechos de conciliación entre la vida familiar y laboral tienen con la igualdad laboral, y pone de manifiesto la necesidad de políticas públicas que favorezcan una asunción corresponsable de las responsabilidades familiares, pues un desequilibrio en este aspecto de la vida personal de las personas trabajadoras no resulta inocuo en su vida laboral.

No puedo finalizar sin efectuar dos menciones que contribuyen a descartar la existencia de una causa autónoma de discriminación, desde la perspectiva de la coherencia de la normativa interna.

Por un lado, la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, ley que, como se señala por la doctrina laboralista, aspira a convertirse en el mínimo común normativo del derecho antidiscriminatorio español y que alberga sus garantías básicas (Lousada Arochena, 2023: 15). Esta Ley 15/2022 en su reconocimiento del derecho de toda persona a la igualdad de trato y no discriminación no se refiere a la discriminación por conciliación como causa autónoma (Castro Argüelles, 2024: 6).

El artículo 2 de la Ley 15/2022 cuando enumera las causas de discriminación señala que

nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Ninguna referencia a la conciliación o asunción de responsabilidades de cuidado como causa de discriminación, y solamente la cláusula final de cualquier otra condición o circunstancia personal o social que podría incluir aquella.

Por otro lado, el Real Decreto-Ley 5/2023 junto a la modificación del artículo 4.2.c del ET no introduce ninguna modificación del artículo 17 ET, lo que justificaría que no se ha tratado de ampliar los motivos de discriminación sino únicamente de delimitar supuestos que podrían quedar incluidos en la discriminación por razón de sexo (Castro Argüelles, 2024: 6).

2.3. La garantía de indemnidad en la Directiva 2019/1158 y su traslación al derecho laboral español

El derecho de las personas trabajadoras a no recibir un trato menos favorable por la solicitud o el ejercicio de derechos de conciliación se acompaña, tanto

en la Directiva (UE) 2019/1158 como en el derecho español, de la garantía de indemnidad o derecho a no sufrir ninguna quiebra en los derechos adquiridos, o en proceso de ser adquiridos, ni una extinción injustificada de la relación laboral. No puede ser de otro modo, pues si se aborda la conciliación entre la vida familiar y laboral como instrumento al servicio de la igualdad efectiva de mujeres y hombres, es precisa la introducción de garantías de protección de los derechos y las condiciones laborales de las personas trabajadoras que ejercitan esos derechos (Castro Argüelles, 2017: 25).

Son varias las previsiones de la Directiva en este sentido. Así sucede en el artículo 10 que reconoce la garantía de no afectación por el ejercicio de los derechos de conciliación. A estos efectos se introduce el derecho de las personas trabajadoras a no encontrar dificultades de reingreso al finalizar los permisos y ausencias de conciliación, garantizando los Estados miembros el derecho a reincorporarse a su trabajo o a un puesto equivalente en unas condiciones que no les resulten menos favorables, así como a beneficiarse de cualquier mejora de las condiciones laborales a la que hubieran tenido derecho si no hubieran disfrutado el permiso, de manera que una de las garantías está vinculada al mantenimiento o mejora de condiciones de trabajo, de manera que el ejercicio de los derechos de conciliación no genere un perjuicio a las personas trabajadoras, incluido lo que respecta a la seguridad social (incluidas las cotizaciones al sistema de pensiones).

En cuanto a las garantías relacionadas con la extinción injustificada de la relación laboral son tres las previsiones contenidas en el artículo 12 de la Directiva.

En primer lugar, encomienda a los Estados miembros la adopción de las medidas necesarias para prohibir el despido de las personas por haber solicitado o disfrutado de los permisos o ausencias o flexibilidad del tiempo de trabajo vinculadas a la conciliación entre la vida laboral y familiar; pero su segunda disposición establece el derecho a exigir al empleador la fundamentación objetiva y por escrito de las causas de despido.

La protección consiste así en la necesidad de concurrencia y comunicación de causa justificada, que pueda ser objeto de prueba objetiva por el empresario (Ballester Pastor, 2017:91), pues, en tercer lugar, los Estados Miembros deberán adoptar las medidas necesarias para que se produzca en estos casos una inversión de la prueba, de tal forma que sea el empleador quien deba demostrar que el despido se ha basado en motivos distintos (o el establecimiento por los Estados miembros de un régimen probatorio más favorable a los trabajadores). La Directiva no sólo protege a quienes están disfrutando de los derechos de conciliación, sino también al momento previo y al posterior, esto es, a quienes solicitan y a quienes se reincorporan tras el disfrute.

Además, el artículo 12 contiene un mandato a los Estados miembros sobre la carga de la prueba encomendándoles la adopción de medidas para que corres-

ponda al empleador demostrar que el despido se ha basado en motivos distintos, en los supuestos en que los trabajadores consideren que han sido despedidos por haber solicitado o disfrutado uno de los permisos previstos en los artículos 4, 5 y 6. En este caso llama la atención que la Directiva no incluye las fórmulas de trabajo flexible del artículo 9, y este hecho debe ser objeto de crítica al clasificar los derechos a la flexibilidad como derecho de segunda categoría, sin la máxima protección, frente a los derechos de conciliación tradicionales (Igartua Miró, 2022: 101).

Las previsiones se completan con el régimen sancionatorio que establece el artículo 13 de la Directiva (que impone a los Estados miembros la inclusión de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias) y con la protección del artículo 14 frente a tratos desfavorables por parte del empleador o contra las consecuencias desfavorables resultantes de la interposición de una demanda contra la empresa o de cualquier procedimiento iniciado con el objetivo de hacer cumplir los derechos establecidos.

Pues bien, ante este conjunto de disposiciones, la cuestión que es preciso trasladar hace referencia a la legislación española, cuestionándonos si ha de efectuar una trasposición de este contenido o, por el contrario, las leyes laborales vigentes ya cumplen las exigencias de la Directiva.

En este sentido se afirma que el Estado español cumple lo establecido en el artículo 12 de la Directiva con las previsiones del Estatuto de los Trabajadores (artículo 53.4 y 55.5) relativas a la nulidad del despido sin causa en el caso de disfrute de derechos de conciliación, pero, en cambio, no es tan evidente el cumplimiento de la exigencia de adecuada satisfacción a la víctima (a la que se refiere el artículo 14 de la norma europea) o el carácter disuasorio de la sanción (previsto en el artículo 13 de esta Directiva) (Ballester Pastor, 2017:92).

En efecto, en el primer sentido, nuestro ordenamiento recoge la garantía objetiva y automática a favor tanto de la mujer embarazada como de las personas trabajadoras que hacen uso de los derechos de conciliación —los períodos de suspensión del contrato de trabajo, los permisos, las adaptaciones de jornada, los períodos de excedencia—, y, además, no sólo cuando estén disfrutando de estos períodos, sino por el hecho de haberlos solicitado, así como también tras el reintegro al trabajo al finalizar los períodos de suspensión del contrato por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, a que se refiere el artículo 45.1.d), siempre que no hubieran transcurrido más de doce meses desde la fecha del nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción o el acogimiento. Aunque en un principio, tras la reforma del precepto en 2019, la garantía no se extendía al ejercicio o solicitud de medidas de adaptación de jornada (como advertía López Álvarez, 2022:82), tras la modificación introducida en 2023 la garantía es más extensa.

Esta garantía consiste en la calificación de nulidad de los despidos, salvo que se acredite la procedencia de las extinciones por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a permisos, suspensiones o excedencias. En los supuestos de despido por causas objetivas se exige que para considerarse procedente se acredite suficientemente que la causa objetiva que sustenta el despido requiere concretamente la extinción del contrato de la persona referida (artículo 53.4 ET).

La reforma introducida por el Real Decreto-Ley 5/2023, extiende la tutela a las extinciones de quienes solicitan o disfrutan de adaptaciones de jornada o del permiso parental —ajustándose así, además, al Convenio 156 OIT, sobre igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares (Nieto Rojas, 2023: 97-98)—, colma la transposición de las garantías a través de la nulidad de las extinciones de quienes solicitan trabajo flexible y cubre una infraprotección generada en la regulación previa (Ballester Pastor, 2019: 1132).

Sin embargo, es necesario tener en cuenta que la aplicación de la nulidad de las extinciones con carácter objetivo no presume la existencia de una discriminación en la actuación empresarial. Tampoco se trata de una nulidad automática, pues el empresario puede probar la concurrencia de una causa de su decisión extintiva, ajena a cualquier relación con el ejercicio de los derechos de conciliación señalados. No se trata de una prohibición del despido (tutela preventiva) sino de una tutela reparativa (en expresión de Aragón Gómez, 2024: 105-106).

De forma que, como ha declarado el Tribunal Supremo, la declaración de nulidad no supone un reconocimiento de una vulneración del derecho fundamental a la igualdad y no discriminación, por lo que no debe ir acompañada de una indemnización reparadora de los daños causados (STS de 12 de diciembre de 2023, rec. 5556/2022). Es en este sentido en el que puede afirmarse que la reparación de la víctima no es equiparable a la reparación de quien acredita la vulneración del derecho fundamental a la igualdad o la no discriminación. A pesar de ello cabe la solicitud de una indemnización de daños y perjuicios que puede acumularse a la reclamación por ejercicio de los derechos de conciliación, según prevé el art. 139 LRJS.

Finalmente, la protección mediante la calificación de la nulidad del despido injustificado se completa con unas reglas especiales para el cálculo de indemnizaciones en determinados supuestos de jornada reducida. Se trata de los supuestos de reducción de jornada contemplados en el artículo 37.4 ET en su párrafo final, así como en sus apartados 5, 6 y 8 del mismo art. 37 ET, así como en los supuestos de ejercicio a tiempo parcial de los derechos de los apartados 4 y 5 del artículo 48 (el período siguiente a las 6 semanas de disfrute obligatorio), y en el permiso parental. En los supuestos señalados, a efectos del cálculo de una indemnización legal, el salario que se ha de tener en cuenta será el que hubiera

correspondido a la persona trabajadora sin considerar la reducción de jornada efectuada, siempre y cuando no hubiera transcurrido el plazo máximo legalmente establecido para dicha reducción.

3. El fomento de la corresponsabilidad mediante la atribución individual de derechos, y su carácter no transferible: el ejemplo del permiso por nacimiento y adopción de hijos y del permiso parental

El fomento de la corresponsabilidad en la asunción del cuidado entre trabajadores de uno y otro sexo se conecta con la eliminación del riesgo de discriminación que afecta a las mujeres. El mantenimiento de derechos de titularidad específica o exclusivamente femenina, legitimados en el concepto de acción afirmativa, deviene en un mantenimiento de roles que incide de forma perjudicial en la igualdad real (Ballester Pastor, 2012: 58). Ejemplo de discriminación y perpetuación de roles lo constitúa en el derecho español la atribución de la titularidad prioritaria del permiso de lactancia a las mujeres, sobre la que tuvo que pronunciarse la STJUE de 30 de septiembre de 2010, C-104-09, en el asunto Roca Álvarez, que aplicando la normativa antidiscriminatoria y el concepto de corresponsabilidad incide específicamente en cómo la atribución exclusiva o preferentemente femenina de los beneficios vinculados al cuidado de los hijos provoca el efecto de perpetuar los roles de cuidado en el colectivo de mujeres por lo que deviene discriminatoria (Ballester Pastor, 2012: 63).

De modo que para conseguir la igualdad real entre mujeres y hombres es preciso el reparto equilibrado de los deberes de cuidado que se fomenta mediante el establecimiento de corresponsabilidad en la atribución de derechos de conciliación y la concesión de derechos de forma intransferible, dado que la opción por la transferencia de los derechos de titularidad originaria materna no funciona como fórmula válida para estos fines.

Este es el sentido del artículo 44 de la Ley Orgánica 3/2007 cuando dispuso que «Los derechos de conciliación entre la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio.»

Y, en la misma línea se mueve, tanto la Directiva (UE) 2019/1158, como las modificaciones introducidas en el ET. Sirvan los dos ejemplos siguientes que se desarrollan más adelante. Por un lado, las introducidas en el artículo 48 del ET por el Real Decreto-Ley 6/2019, que aunque previas a la Directiva, introduce la equiparación completa de ausencia entre progenitores ante el nacimiento o adopción de hijos e hijas, suprimiendo las diferencias entre derechos de ausencia por maternidad y por paternidad y unificando en un mismo régimen

men jurídico para ambos progenitores. Por otro lado, el nuevo permiso parental del artículo 48 bis del ET —que configuran éste como derecho de las personas trabajadoras, de cada una de ellas, por cada hijo, hija o menor acogido—.

3.1. La corresponsabilidad en la Directiva (UE) 2019/1158

El objetivo más claro que deriva del diseño de la Directiva (UE) 2019/1158 es el fomento de la corresponsabilidad entre cuidadores y progenitores. Muestra de ello son el artículo 4, relativo al permiso de paternidad —concedido en exclusiva al padre o al otro progenitor¹, y el artículo 5, en cuanto que configura el carácter intransferible de una parte del permiso parental².

Pero además reiteradamente los considerandos de la Directiva se pronuncian en torno a la necesidad de alterar estereotipos en relación con la igualdad real en el ámbito laboral y familiar (Ballester Pastor, 2019: 1112).

Así, como ejemplo, el considerando 11 es claro al vincular el desequilibrio en la carga de trabajo familiar con las posibilidades de realización de trabajos remunerados por las mujeres, tomando en consideración la falta de incentivos para

¹ Véase cómo el Considerando 19 de la Directiva se refiere a este permiso en los siguientes términos:

Al objeto de fomentar un reparto más equitativo entre mujeres y hombres de las responsabilidades en el cuidado de familiares, y de permitir que se cree un vínculo temprano entre padres e hijos, debe introducirse el derecho a un permiso de paternidad para los padres o, en el caso y en la medida en que se reconozca en la legislación nacional, para los segundos progenitores equivalentes. Los padres deben acogerse a dicho permiso en torno al momento del nacimiento de un hijo y debe estar claramente vinculado al nacimiento con el fin de prestarle asistencia. Los Estados miembros también pueden conceder el permiso de paternidad en caso de muerte fetal. Los Estados miembros deben determinar si el permiso puede disfrutarse en parte antes del nacimiento del hijo o exigir que se disfrute en su totalidad después, el plazo para acogerse a él, y si es posible —y en qué condiciones— acogerse al permiso en régimen de trabajo a tiempo parcial, en períodos alternos, por ejemplo, un cierto número de días consecutivos de permiso separados por períodos de trabajo, o con arreglo a otras fórmulas flexibles. Los Estados miembros pueden especificar si el permiso de paternidad se expresa en días laborables, semanas u otras unidades de tiempo, teniendo en cuenta que diez días laborables corresponden a dos semanas naturales. A fin de tener en cuenta las diferencias entre los Estados miembros, el derecho al permiso de paternidad debe concederse sea cual sea el estado civil o familiar conforme al Derecho nacional.

² Obsérvese el contenido del Considerando 20 de la Directiva:

Dado que la mayoría de los padres no aprovechan su derecho al permiso parental y transfieren una proporción considerable de este a las madres, la presente Directiva amplía de uno a dos meses el período mínimo de permiso parental que no puede ser transferido de un progenitor al otro, al objeto de animar a los padres a acogerse al permiso parental al tiempo que mantiene el derecho contemplado en la Directiva 2010/18/UE de que cada uno de los progenitores disfrute de un mínimo de cuatro meses de permiso parental. El objetivo de garantizar que cada progenitor disponga al menos de dos meses de permiso parental, con carácter exclusivo y que no pueda transferirlos al otro progenitor, es animar a los padres a hacer uso de su derecho a tal permiso. De esta manera se fomenta también la reincorporación de las mujeres al mercado laboral tras haber disfrutado de un período de maternidad y un permiso parental.

que los hombres asuman las responsabilidades familiares. Esta apreciación parte de la ausencia de permisos de paternidad y permisos parentales remunerados en muchos Estados miembros, así como del desequilibrio en el diseño de las políticas sobre conciliación entre la vida familiar y la vida profesional entre hombres y mujeres. Y, en consecuencia, procede orientar las políticas de igualdad de trato.

3.2. El fomento de la corresponsabilidad tras el Real Decreto-Ley 6/2019 y tras el Real Decreto-Ley 5/2023

El Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación acabó con la diferente atribución de derechos de conciliación vinculados al nacimiento o adopción de hijos e hijas, e instauró un sistema de permisos o suspensiones de contrato, de carácter igualitario e intransferible para los progenitores, que resultó definitivo en 2021, tras un período transitorio de introducción. Este Real Decreto-Ley permitió cambiar la valoración del sistema de conciliación español por fomentar el uso corresponsable de los derechos, y es que una política de conciliación corresponsable no solo permite conciliar trabajo y familia, sino que además tiene como objetivo conseguir la igualdad real, enmarcándose la política de conciliación en la política de igualdad (Fernández-Prats, García-Testal, López-Balaguer, 2019:13). Las nuevas políticas de conciliación, en clave de igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres, se diseñan desde la concepción de la necesidad de reparto intrafamiliar equitativo y equilibrado de las tareas domésticas y de cuidado que contribuyan a minorar las brechas de género (Fernández Prieto, 2020: 8-9).

La suspensión del contrato por nacimiento, adopción y cuidado de hijo/a (artículo 45.1.d y artículos 48.4 y 48.5 ET) comprende la atención y protección a la salud de la madre biológica, durante las 6 semanas posteriores al parto, y el cuidado del menor por ambos progenitores, que se ejercitará de forma simultánea por ambos progenitores durante 6 semanas ,y de forma alterna o sucesiva durante el resto del período, hasta completar las 16 semanas que se atribuyen de forma intransferible a cada uno de ellos, como derecho individual.

Por su parte, el Real Decreto-Ley 5/2023 introduce el denominado permiso parental, al que dedica el artículo 45.1.o y el artículo 48 bis ET.

Por su ubicación se configura como una nueva causa de suspensión del contrato destinada al cuidado de menores, más allá del período inmediato al nacimiento o la adopción. Su configuración también es con carácter de derecho individual de las personas trabajadoras, hombres y mujeres, que podrán ejercitar el período de ocho semanas, continuas o discontinuas, a tiempo completo o parcial, sin poder transferirse entre progenitores. Precisamente por su ubicación, la naturaleza jurídica de este derecho es confusa: se introduce en el artículo 45 ET entre las causas de suspensión del contrato, que exoneran de las obligaciones re-

cíprocas de trabajar y remunerar el trabajo, pero se habla de este derecho como permiso (tanto en el propio artículo 45 ET como en el artículo 48 bis), y en ningún caso se prevé su carácter retribuido ni tampoco se incluye, de momento, ninguna prestación sustitutoria de la pérdida de ingresos. La Disposición Final Quinta del Real Decreto-Ley 5/2023 reconoce la falta de trasposición completa de la Directiva en esta cuestión.

Es por ello por lo que puede señalarse que el fomento de la corresponsabilidad decae en la fórmula adoptada por el legislador español, pues, aunque ha acudido a la figura de la suspensión del contrato, actualmente el permiso parental constituye una ausencia del trabajo que no se compensa económicamente, ni mediante el mantenimiento del salario (al ser una suspensión de las obligaciones laborales) ni mediante la generación de una prestación dentro del sistema de la seguridad social. Así se ha puesto de manifiesto que éste es el punto más conflictivo de la trasposición de la Directiva, ya que, como es conocido, en los supuestos de pérdida económica por el ejercicio de derechos de conciliación, reina un evidente sesgo de género y de clase (Nieto Rojas, 2023, p. 89-90), y aunque, de momento, no estamos ante un incumplimiento de la Directiva, pues para la obligación de retribución se establece un plazo de transposición más amplio (hasta el 2 de agosto de 2024) que aún estamos en condiciones de cumplir, la pérdida de ingresos tiene una deriva claramente de perjuicio para las madres.

Por otro lado, el fomento de la corresponsabilidad en las demandas de las personas trabajadoras de adaptación de jornada para la conciliación entre su vida familiar y personal nos llevaría a la paradoja de favorecer que la empresa tenga la «obligación» de comprobación de que el modelo de jornada propuesto derive de un reparto corresponsable del cuidado. Esta opción, sin duda, choca frontalmente con el derecho a la protección de datos de la esfera personal de las personas trabajadoras, por lo que acertadamente se ha señalado que el titular del derecho no está obligado a demostrar la imposibilidad de que concilie el otro progenitor, ni la imposibilidad de atender la conciliación a través de otras medidas o con la colaboración de otras personas (Nieto Rojas, 2023: 86).

Otras previsiones destinadas a favorecer la corresponsabilidad tras el Real Decreto-Ley 5/2023 resultan, sin embargo, más confusas. Es el caso de las previsiones que en torno a la reducción de jornada del artículo 37.6 ET y de la excedencia del artículo 46.3 ET, que se refieren a que «en el ejercicio de este derecho se tendrá en cuenta el fomento de la corresponsabilidad entre mujeres y hombres y, asimismo, evitar la perpetuación y estereotipos de género».

Podría pensarse que estas expresiones suponen la introducción en el ET del mandato del artículo 44 de la Ley Orgánica 3/2007 cuando, como decía antes, establece que el reconocimiento de los derechos de conciliación debe otorgarse en forma tal que fomente la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares y evite toda discriminación basada en su ejercicio.

Pero, a diferencia de lo que establece el mencionado artículo 44 de la LO 3/2007 en que el mandato va dirigido a quienes tienen competencia para regular esos derechos, en los artículos 37.6 y 46.3 ET se desconoce los destinatarios: ¿corresponde a la empresa fomentar la corresponsabilidad cuando reconoce reducciones de jornada o excedencia por cuidado de hijos o familiares? ¿O corresponde al juez que ha de resolver un conflicto sobre la gestión de derechos de conciliación?

En mi opinión, en ningún caso puede estar reconociéndose la legitimación de la empresa o de los tribunales para, como señala alguna autora, «inmiscuirse en la organización en el ámbito familiar de las necesidades de atención y cuidados de hijos y otras personas dependientes» (Castro Argüelles, 2024:21), o dicho de otra forma invadir la intimidad familiar de las personas trabajadoras, otorgando a la empresa o a los tribunales la capacidad de decidir a cuál de los progenitores o cuidadores le corresponde asumir la responsabilidad de cuidado, o qué modalidad de derecho de conciliación adoptar, o cómo deben repartirse entre cuidadores las responsabilidades concurrentes.

Dejando al margen esta opción, y entendiendo que no sería válida tal opción, las mencionadas valoraciones de corresponsabilidad en los arts. 37.6 y 46.3 del ET no cumplen más función que la pedagogía o información de la voluntad del legislador de profundizar en la corresponsabilidad en la gestión de los derechos de conciliación. Otra cuestión de mayor calado sería que contuviese un mandato a la negociación colectiva o a la inclusión de medidas de conciliación en el plan de igualdad de la empresa, o de formación o sensibilización a los propios progenitores.

4. La flexibilidad en la gestión de los derechos de conciliación y la flexibilidad en el tiempo de trabajo

4.1. Flexibilidad en la Directiva (UE) 2019/1158

La Directiva (UE) 2019/1158 incorpora elementos de flexibilidad tanto en la gestión de los derechos de conciliación como en la flexibilización del tiempo de trabajo mediante fórmulas de trabajo alternativas a la ausencia de las personas trabajadoras.

En el primer sentido, son frecuentes las remisiones a los Estados miembros para que sean éstos quienes determinen cuándo y cómo disfrutar de los permisos, así como para solicitar su ejercicio en formas flexibles (por ejemplo, en el artículo 4 para el permiso de paternidad, o en el artículo 5 para el permiso parental).

La flexibilidad en la gestión de los derechos de conciliación se relaciona con la probabilidad de que los progenitores varones se acojan al derecho a disfrutar

de los permisos, adaptándose a fórmulas de disfrute a tiempo completo o parcial, en días alternos, en semanas consecutivas o separadas (véase el considerando 23 de la Directiva).

En el segundo sentido, el artículo 9 encomienda a los Estados miembros la adopción de medidas que garanticen a progenitores y cuidadores derecho a solicitar fórmulas de trabajo flexible para atender las obligaciones de cuidado.

El concepto «fórmulas de trabajo flexible» se recoge en el artículo 3.1.f de la Directiva, acudiendo a tres posibilidades de los trabajadores para adaptar sus modelos de trabajo: la primera se refiere a las fórmulas de trabajo a distancia, la segunda al establecimiento de calendarios laborales flexibles, y la tercera la reducción de horas de trabajo.

El trabajo flexible consistirá pues en modificar el lugar de trabajo, desvinculando físicamente a la persona trabajadora de la obligación de desplazarse y realizar su trabajo en el centro de trabajo, o en modificar el tiempo de trabajo, de forma cualitativa mediante calendarios laborales flexibles (horarios flexibles) o de forma cuantitativa (reduciendo el número de horas de trabajo).

A este respecto el considerando 34 de la Directiva relaciona el derecho al trabajo flexible con la permanencia en el mercado de trabajo, pues se permite ajustar los modelos de trabajo a la atención de las responsabilidades en el cuidado de familiares. Las fórmulas de trabajo flexible pretenden que las personas trabajadoras no tengan que abandonar el puesto de trabajo para asumir deberes de cuidado de hijos/hijas o familiares.

La inclusión del trabajo a distancia como fórmula de trabajo flexible ha sido objeto tanto de valoraciones positivas, desde la perspectiva de la organización flexible del trabajo, como negativas desde la perspectiva de la igualdad de género, pues lo que pueda suponer de flexibilización y facilidad en la gestión del tiempo de trabajo puede rebelarse como instrumento perpetuador de roles y estereotipos de cuidado (Igartua Miró, 2022: 90).

Se aprecia en los calendarios laborales flexibles una amplitud de fórmulas y variedades, ya que la flexibilidad se puede aplicar a la jornada y su cómputo, al horario, las pausas, los descansos, los períodos de vacaciones, los turnos de trabajo, los horarios flexibles de entrada y salida, las bolsas de horas, los permisos recuperables... (Igartua Miró, 2022: 90).

La tercera fórmula se relaciona con las reducciones de jornada. La perspectiva respecto al tiempo de trabajo ya no es cualitativa sino cuantitativa: un menor número de horas de trabajo suelen implicar una pérdida de retribución, por lo que también aquí hay que prestar especial cuidado a la perspectiva de género y la perpetuación de roles y discriminaciones retributivas, pues el mantenimiento del empleo, limitando las ausencias de las mujeres en el lugar de trabajo

perjudica en menor medida las posibilidades de promoción profesional de las mujeres.

En cuanto al régimen jurídico, la regulación encomienda a los Estados miembros garantizar «el derecho a solicitud» de los progenitores con descendientes de hasta 8 años (siendo éste un mínimo que los Estados miembros pueden mejorar) y a los cuidadores, sometiéndose en la norma comunitaria el derecho a los siguientes límites:

- La encomienda a los Estados miembros solo es un reconocimiento del derecho a solicitar fórmulas de trabajo flexible; un derecho a solicitar no es un derecho subjetivo a disfrutar del trabajo flexible; el derecho de adaptación se determina como un derecho a la solicitud;
- La duración del período de flexibilización podrá someterse a límites temporales razonables;
- Habilita a los empleadores a gestionar el trabajo flexible tomando en cuenta sus propias necesidades, pero en su caso las denegaciones o aplazamientos de solicitud deben ser justificadas, así como las solicitudes de regreso al modelo de trabajo original;
- Habilita a supeditar el derecho a solicitar trabajo flexible a períodos de trabajo anterior o a una antigüedad en la empresa sin superar los seis meses y tomando en consideración los períodos de contratación de duración determinada.

Aunque se trata solo de un derecho a solicitar fórmulas de trabajo flexible, y que los empresarios pueden tomar en consideración sus propias necesidades, el punto más positivo y que debe destacarse es el de que las denegaciones o aplazamientos por parte empresarial deben ser justificadas, teniendo en cuenta sus propias necesidades y las de las personas trabajadoras, y que debe resolverse en un plazo razonable de tiempo (Ballester Pastor, 2019: 1127).

4.2. Flexibilidad en el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores

En el ordenamiento español es el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores el que habilita las solicitudes de las personas trabajadoras para adaptar sus condiciones de trabajo a las necesidades de conciliación. No es esta la única vía, pues, como hemos visto, la flexibilidad de la que habla la Directiva (UE) 2019/1158 se refiere tanto a las fórmulas de trabajo flexible, como a las reducciones de jornada y al trabajo a distancia. De las reducciones de jornada se ocupan otros preceptos del Estatuto de los Trabajadores, los apartados 4, 5 y 6 del art. 37 ET principalmente. De las fórmulas de cambio del lugar de prestación de servicios y sus consecuencias en la distribución del tiempo de trabajo se ocupa la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia. El apartado 5 del artículo 4 de esta Ley contempla en su texto articulado en una única ocasión la

conciliación de la vida familiar y laboral en el trabajo a distancia, y lo hace en el contexto de garantizar la igualdad y no discriminación señalando que

5. Las personas que realizan trabajo a distancia tienen los mismos derechos que las personas trabajadoras presenciales en materia de conciliación y corresponsabilidad, incluyendo el derecho de adaptación a la jornada establecido en el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores, a fin de que no interfiera el trabajo con la vida personal y familiar.

El texto del vigente artículo 34.8 ET (modificado tanto por el Real Decreto-Ley 6/2019, y recientemente por el Real Decreto-Ley 5/2023) reconoce el derecho de las personas trabajadoras a solicitar determinadas adaptaciones de sus condiciones de trabajo, en concreto «las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia», para hacer efectivo su derecho a la conciliación entre la vida familiar y laboral.

La regulación del derecho a flexibilizar o adaptar las condiciones de trabajo en el ET mantiene varias concordancias con la normativa europea:

— En primer lugar, su contenido objetivo, ya que en las fórmulas de trabajo flexible del artículo 34.8 ET se incluyen las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada, la ordenación del tiempo de trabajo y la forma de prestación, incluyendo la prestación de trabajo a distancia. Este es quizás la principal dificultad de su aplicación: la fórmula es suficientemente abstracta como para generar conflictos respecto al efectivo contenido del derecho. Así uno de las habituales dificultades resulta del juego combinado de la adaptación de jornada con la reducción de jornada. Es el caso resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 noviembre de 2023, (RJ/2023/6093) en conflicto respecto a trabajador sometido al trabajo a turnos que solicita una reducción de jornada por guarda legal. El TS interpreta el derecho a la reducción del artículo 37.6 ET en términos de legalidad ordinaria para afirmar que: «tal derecho se acompaña de la facultad de concretar las características específicas de la reducción, de suerte que es a la persona trabajadora a quien la norma otorga el derecho de determinar las condiciones de la reducción horaria, con un único límite que la reducción se comprenda «dentro de su jornada ordinaria»; añadiendo que «el término jornada ordinaria hace referencia a la que efectivamente viene desarrollando el trabajador, de manera habitual, dentro de los límites establecidos legal o convencionalmente.»

La solución del TS no puede significar que la modificación de la jornada de trabajo requerida por las personas trabajadoras para atender el cuidado de menores o familiares que conlleva una modificación del sis-

tema de trabajo a turnos sea inviable, sino exclusivamente que va más allá de las previsiones del artículo 37.6 ET, siendo subsumible en el artículo 34.8 ET (García Testal, 2023: 8).

- En segundo lugar, en cuanto al contenido subjetivo se establece una mejora de las previsiones europeas, ya que se refiere el precepto a las necesidades de conciliación entre la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, con las siguientes precisiones: quedan incluidas las necesidades de cuidado de hijos o hijas hasta los doce años; pero también, tras la reforma de 2023, se atiende a las necesidades de cuidado de los hijos e hijas mayores de doce años, el cónyuge o pareja de hecho, familiares por consanguinidad hasta el segundo grado de la persona trabajadora, y de otras personas dependientes convivientes, que por razones de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos. Esta ampliación o precisión legislativa de los sujetos causantes de las necesidades de cuidado de la persona trabajadora adapta los derechos de adaptación a las situaciones familiares en sentido amplio conforme a los vigentes modelos familiares. Sin embargo, resulta poco concreto la utilización de la expresión *necesidades de cuidado*, en las que pueden incluirse desde las más nimias hasta las más graves, pero que deben interpretarse conforme a la Directiva como *asistencia o cuidados importantes por un motivo médico grave* (Blasco Jover, 2023:14). En cualquier caso, queda claro que las adaptaciones de jornada atienden necesidades de conciliación de la vida familiar y no ampara cualquier circunstancia personal de las personas trabajadoras (Fernández-Prats, García-Testal, López-Balaguer, 2019: 96; Castro Argüelles, 2024: 9).
- En tercer lugar, respecto a la posición de la empresa, del mismo modo que en la Directiva, las adaptaciones de jornada no sólo se analizarán atendiendo a las necesidades de la persona trabajadora, sino también a las necesidades organizativas o productivas de la empresa. En este punto es preciso advertir que de este modo no se está configurando un derecho a la adaptación de la vida laboral a la familiar, sino exclusivamente un *derecho a plantear a la empresa una posible adaptación* (Castro Argüelles, 2017: 22). También en este punto es necesario advertir sobre las opciones de indagación que tiene la empresa y las de ponderación judicial de los intereses en juego, respecto a las necesidades de cuidado de la familia, las fórmulas de corresponsabilidad en el cuidado y las necesidades organizativas empresariales, pues en la práctica deberían establecerse límites que garanticen la intimidad personal y familiar. En este sentido, tratándose de derechos de titularidad individual ampararía la imposibilidad de indagación sobre las circunstancias personales concurrentes, que sobrepasase el cumplimiento de la exigencia de que las adaptaciones sean razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de ambas partes.

— En cuarto lugar, el procedimiento de solicitud y gestión de las fórmulas de trabajo flexible se encomienda a la negociación colectiva; pero en ausencia de previsiones convencionales, la empresa, ante la solicitud de la persona trabajadora, abrirá un proceso de negociación, que habría de desarrollarse con celeridad (máximo de quince días, mejorándose la redacción resultante del Real Decreto-Ley 6/2019 que estableció un plazo excesivo de hasta treinta días, que no podía considerarse razonable en general para todos los supuestos (Ballester Pastor, 2019:1129), teniendo en consideración que una negociación dilatada en el tiempo puede vaciar de contenido el derecho y la necesidad conciliatoria, Blasco Jover, 2023:11), que podrá finalizar tácitamente presumiéndose su concesión si no concurre oposición motivada y comunicada en este plazo, o bien de forma expresa, mediante escrito de la empresa comunicando la aceptación, planteando una propuesta alternativa, o bien comunicando la negativa a su ejercicio. En ambos casos, propuesta alternativa o denegación, será necesario motivar las razones objetivas de la decisión empresarial. El margen de decisión empresarial se limita a la aceptación, rechazo en atención a la razonabilidad y proporcionalidad de las adaptaciones o a plantear alternativas de concreción (Castro Argüelles, 2024: 10).

Debe celebrarse que la norma española no haya incorporado la necesidad de acreditar una antigüedad en la empresa para poder hacer uso de la gestión flexible del tiempo o del lugar de trabajo como fórmula de conciliación entre la vida familiar y laboral (Igartua Miró, 2022: 97). Por otro lado, ha de señalarse que, aunque la Directiva (UE) 2019/1158 prevé la posibilidad de intervenir temporalmente en la duración de las fórmulas de trabajo flexible, la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 5/2023 no ha acogido ninguna limitación en este sentido (más allá de la limitación relativa a la edad del menor en las reducciones y adaptaciones de jornada). Pero no es fácil celebrar su carácter positivo pues, si nos situamos en la perspectiva empresarial, el conocimiento de la duración de las medidas propuestas por las personas trabajadoras reduciría tensiones en la gestión de las solicitudes, así como evitar duraciones excesivas o abusivas con indudables efectos negativos (Igartua Miró, 2022: 99).

5. Un apunte final: ¿se reconoce un derecho a la conciliación entre la vida familiar y laboral?

La aprobación de la Directiva (UE) 2019/1158 no sólo encomienda a los Estados miembros el establecimiento de derechos de ausencia para adaptar el trabajo de las personas que cuidan a familiares, sino que también otorga una relevancia especial a la flexibilización de las condiciones de trabajo como derechos de conciliación, y refuerza la corresponsabilidad, como mecanismo para el logro

de la igualdad efectiva de las personas trabajadoras. En este sentido, su objetivo es la eliminación de las discriminaciones o tratos desfavorables que afectan a las personas trabajadoras que se ocupan de las tareas de cuidado de familiares o dependientes. En la gestión de la doble atención a obligaciones familiares y laborales debe prestarse un especial cuidado a la aplicación efectiva del principio de no discriminación.

Junto a los requerimientos derivados de la Directiva (UE) 2019/1158, pueden ponerse también en la balanza las demandas de cuidado derivadas del envejecimiento de la población o las reveladas por la pandemia, así como las transformaciones de los modelos de familia y de los roles y posiciones de los progenitores en el cuidado, elementos no contemplados de forma absoluta por el legislador español.

En el ordenamiento español, el Real Decreto-Ley 5/2023, como hemos visto, mejora las disposiciones normativas internas completando el camino ya iniciado por el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

Sin embargo, y pese a que indudablemente se constata una aproximación a un régimen perfeccionado y ampliado de los permisos, de las excedencias y suspensiones de contratos, así como una mejora del régimen jurídico aplicable a las adaptaciones de jornada, teniendo en cuenta que la configuración jurídica de los derechos de conciliación refleja cómo se entiende el cuidado de las personas y la importancia que la sociedad otorga a quien cuida y a quien es cuidado (Castellanos-Serrano, 2022: 581 y Aragón Gómez, 2024:107), quedan pendientes, en mi opinión, dos cuestiones: la necesidad de revisar si el sistema de conciliación, tal y como está conformado, es un sistema accesible para las personas trabajadoras y las empresas —en el sentido de facilitar y promocionar el uso y disfrute de los derechos que reconoce—, pero también igualitario, de derechos intransferibles, equilibrado, coherente, flexible, completo pero sin solapamientos, garantista; y la cuestión sobre el efectivo reconocimiento de un derecho de conciliación de las personas trabajadoras, no para configurarlos como derechos absolutos al margen de la situación y características de la empresa, pero sí para que, en la ponderación de intereses, se otorgue el valor que los derechos de conciliación tengan socialmente sin disminución de las opciones de equilibrio con la vida laboral.

Si las políticas de conciliación de la vida familiar y la vida profesional pueden contribuir a lograr la igualdad de género y la eliminación de las desigualdades de género en materia retributiva, estas políticas deben tener en cuenta la realidad social que acompaña al ejercicio de los derechos de conciliación.

Si el objetivo es que las personas trabajadoras puedan conciliar o equilibrar los tiempos dedicados a las necesidades de cuidado con sus obligaciones labora-

les, es preciso el establecimiento de un conjunto de instrumentos para organizar el cuidado sin afectar las oportunidades laborales de quienes cuidan en el seno de las familias.

Sin embargo, en mi opinión, el actual sistema, pese a haber avanzado en igualdad de oportunidades y corresponsabilidad, peca de dos defectos: existe demasiada variedad de derechos y de sistemas de gestión de estos derechos —en ocasiones hasta tres fórmulas para atender una misma situación de necesidad de cuidado (es lo que ocurre en el cuidado del lactante, en que, con diferente régimen jurídico es posible optar por ausencias al trabajo, reducciones de jornada o acumulación en jornadas completas)—; y, en segundo lugar, es poco accesible, dada la variedad de situaciones y de fuentes normativas y convencionales que pueden intervenir (convenios colectivos, acuerdos de empresa, planes de igualdad) y la negociación con la empresa, que puede demorar el acceso o incluso disuadir a las personas trabajadoras de iniciar la solicitud. En este proceso, creo que sería importante introducir mecanismos de información y gestión más ágiles para garantizar la verdadera existencia de un derecho a la conciliación, y que los planes de igualdad serían los instrumentos que permitirían detectar los escollos a la conciliación en la empresa (a través del diagnóstico previo) e introducir las soluciones necesarias.

Además, no puedo finalizar sin poner de manifiesto, contestando al interrogante al inicio planteado, que no solo son precisos instrumentos y mecanismos de contenido jurídico laboral, sino un conjunto de políticas de cuidado y atención pública a las necesidades de conciliación, para que éstas no se conviertan en una alternativa al trabajo o desarrollo profesional de las personas.

En definitiva, es preciso dar relevancia especial a dos elementos: el primero, las necesidades de cuidado pueden satisfacerse mediante modelos no basados necesariamente en la ausencia de las personas trabajadoras, sino a través de la adaptación y flexibilización de las condiciones de trabajo; el segundo, la dimensión de la corresponsabilidad, única fórmula que permite un reparto en la asunción de las responsabilidades, y, en consecuencia, abrir un camino hacia una incorporación igualitaria de las mujeres al mundo del trabajo.

En todo caso no puede perderse de vista que las medidas laborales sólo pueden formar parte de un conjunto de políticas de igualdad diseñadas para facilitar el cuidado de hijos, hijas, familiares o convivientes, en el que deben incluirse servicios públicos de cuidado de calidad (de menores, de mayores y de personas dependientes) adecuado a los horarios laborales y las necesidades familiares; una política de sensibilización e información sobre los permisos de cuidado y de fomento del uso corresponsable entre hombres y mujeres; un análisis y evaluación del impacto de las reformas introducidas para comprobar su funcionamiento (Jurado Guerrero, 2022: 577). Todo ello supone el diseño de unas políticas públicas de atención a la familia asumiendo la necesidad de perspectiva de género que permita avanzar hacia la eliminación de los estereotipos y roles de género.

El hecho de contar con derechos de conciliación para el cuidado del neonato, atribuidos con carácter individual a ambos progenitores, de forma intransferible y con mantenimiento de la capacidad económica convierte a España en un país pionero en Europa (Castellanos-Serranos, 2022: 605), pero no debe ser obstáculo para la mejora en otros aspectos del sistema de conciliación en clave de corresponsabilidad e igualdad de género.

6. Bibliografía

- ARAGÓN GÓMEZ, Cristina (2024), «La transposición de la Directiva 2019/1158 de conciliación de la vida familiar y profesional al ordenamiento español: análisis de los nuevos permisos por razón de cuidado del Real Decreto-Ley 5/2023, de 28 de junio», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, 480, 85-110.
- ARGÜELLES BLANCO, Ana Rosa (2023), *Conciliación y corresponsabilidad en los cuidados: líneas evolutivas y retos para los derechos laborales. El Derecho del trabajo que viene: reflexiones sobre la reforma laboral que necesitamos*, Coord. por Martínez Moreno y Martínez Álvarez, 107-137.
- BALLESTER PASTOR, M.ª Amparo (2012), «La era de la corresponsabilidad: los nuevos retos de la política antidiscriminatoria», *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, (25), 53-77.
- BALLESTER PASTOR, M.ª Amparo (2017), «La conciliación de responsabilidades: estado de la cuestión a la luz de la propuesta de Directiva de la Comisión Europea del 26 de abril de 2017», *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, (38), 67-92.
- BALLESTER PASTOR, M.ª Amparo (2019), «De los permisos parentales a la conciliación: Expectativas creadas por la Directiva 2019/1158 y su transposición al ordenamiento español», In *Derecho de las relaciones laborales* (Issue 11, pp. 1109-1132).
- BALLESTER PASTOR, M.ª Amparo (2019), «El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol». *FEMERIS: Revista Multidisciplinar De Estudios De Género*, 4(2), 14-38.
- BLASCO JOVER, Carolina (2023), «Cuando se cierra una puerta se abre una ventana: el RD Ley 5/2023 salva in extremis la esencia de la ley de familias», *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 13(2), 1-49.
- CAIRÓS BARRETO, Dulce M.ª (2024), *Condiciones de empleo y trabajo. Lecciones de derecho social de la Unión Europea* / Magdalena Nogueira Guastavino (dir.) Olga Fotinopoulou Basurko (dir.), José María Miranda Boto (dir.), Valencia: Tirant lo Blanch.
- CASTELLANOS-SERRANO, Cristina (2022), «Reformar y evaluar el permiso de nacimiento y cuidado de menor para asegurar el objetivo de corresponsabilidad», *IgualdadES*, 7, 579-609
- CASTRO ARGÜELLES, M.ª Antonia (2017), «La conciliación de la vida laboral, personal y familiar como estrategia para alcanzar la igualdad efectiva de mujeres y hombres», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, (133), 15-36.
- CASTRO ARGÜELLES, M.ª Antonia (2024), «Conciliación de la vida familiar y laboral de progenitores y cuidadores: la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 por el Real Decreto-Ley 5/2023», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, (271), 1-23.

- ESCOBEDO, Anna (2022), «Una oportunidad de ampliación y mejora del sistema español de licencias remuneradas parentales y por cuidados familiares», *IgualdadES*, 7, 611-628.
- FERNÁNDEZ PRATS, Celia, García Testal, Elena, López Balaguer, Mercedes, (2019) *Los derechos de conciliación en la empresa. La corresponsabilidad como objetivo para la igualdad*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- FERNÁNDEZ PRIETO, Marta (2020), «Conciliación de responsabilidades de progenitores y cuidadores e igualdad de oportunidades en la Directiva (UE) 2019/1158», *Revista de Derecho Social y Empresa* (12).
- GARCÍA TESTAL, Elena (2024), «Conciliación y cuidado de menores mediante reducción de jornada: ¿existe un derecho a la concreción de la reducción», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, (273), 1-10.
- IGARTUA MIRÓ, Teresa (2022), «Promoción de la igualdad de género a través de «fórmulas de trabajo flexible». Reflexiones y propuestas a la luz de la Directiva (UE) 2019/1158», *Femeris*, (7-2), 86-114.
- JURADO GUERRERO, Teresa (2022), «Presentación. El permiso por nacimiento y cuidado de menor: la transposición de la Directiva europea de conciliación de 2019», *IgualdadES*, 7, 575-578.
- LÓPEZ ÁLVAREZ, M.ª José (2022), «La adaptación de la directiva de conciliación de la vida familiar y profesional al ordenamiento español», *FEMERIS: Revista Multidisciplinar De Estudios De Género*, 7(2), 64-85.
- LOUSADA AROCHENA, José Fernando (2023), «Incidencia sobre los derechos de las trabajadoras de las recientes leyes españolas de igualdad (2022-2023)», *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. VIII, núm. 1.
- MANEIRO VÁZQUEZ, Yolanda (2023), «Cuidadores, igualdad y no discriminación y corresponsabilidad: la^o evolución de los derechos de conciliación de la mano de la Directiva (UE) 2019/1158», *Albacete: Bomarzo*.
- NIETO ROJAS, Patricia (2023). «La transposición de la directiva 2019/1158 de conciliación de la vida familiar y la vida profesional a través del RD-Ley 5/2023», *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLLS)*, 7, 75-102.
- SEPÚLVEDA GÓMEZ, María (2023) «La dimensión constitucional de las normas sobre conciliación de la vida laboral y familiar e indemnización por daños morales», *Temas Laborales*, (169), 189-203.

MEDICIÓN Y EVALUACIÓN DEL IMPACTO OCUPACIONAL 4.0: UN EJEMPLO EN EL SECTOR DE ALIMENTACIÓN

*Measuring and evaluating occupational impact 4.0:
an example in the food sector*

JOSE LUIS LOPEZ CARMONA*

Universidad Complutense de Madrid, España

RESUMEN

En este artículo se presenta la utilización de una metodología propia y original para la medición y evaluación del cambio en las ocupaciones y los empleos como consecuencia de la digitalización de las empresas. Este procedimiento es el resultado de una investigación que fundamentó la tesis doctoral del autor. Mediante la consideración de tres dimensiones y 10 indicadores, se calcula el Impacto Ocupacional 4.0 que, de manera individual y para cada puesto de trabajo, mide el grado y las características de los cambios que se dan en las condiciones de trabajo y en la cualificación como resultado de la digitalización del centro de trabajo en que se halla. Además, se expone un ejemplo de la aplicación de la metodología en una planta de elaboración y envasado de productos de gran consumo, perteneciente a una multinacional del sector de alimentación.

Palabras clave: Impacto Ocupacional, Condiciones de trabajo, Digitalización, Cuarta Revolución Industrial.

ABSTRACT

This article presents the use of a proprietary and original methodology for the measurement and evaluation of the change in occupations and jobs because of the digitalization of companies. This procedure is the result of research that underpinned the author's doctoral thesis. By considering three dimensions and 10 indicators, the Occupational Impact 4.0 is calculated, which, individually and for each job, measures the degree and characteristics of the changes that occur in working conditions and qualifications because of the digitalization of the workplace in which it is located. In addition, an example of the application of the methodology in a plant for the production and packaging of consumer products, belonging to a multinational in the food sector, is presented.

Keywords: Occupational Impact, Working Conditions, Digitalization, Fourth Industrial Revolution.

* **Correspondencia a:** Jose Luis Lopez Carmona. Universidad Complutense de Madrid (España). – joseluis.lopez@trabajo4cero.com – <https://orcid.org/0000-0003-4640-7116>

Cómo citar: Lopez Carmona, Jose Luis (2024). «Medición y evaluación del impacto ocupacional 4.0: un ejemplo en el sector de alimentación», *Lan Harremanak*, 51, 179-208. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.26027>).

Recibido: 05 febrero, 2024; aceptado: 10 abril, 2024.

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



Esta obra está bajo una licencia
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

1. Introducción

Como ha sucedido en anteriores revoluciones industriales, la incorporación de una nueva generación de tecnologías y de innovaciones organizativas al sistema productivo posibilita a las empresas innovar en nuevos productos y modelos de negocio, en nuevas formas de producir bienes o servicios, o en nuevas formas de organizar el trabajo, que las permiten aprovechar al máximo las nuevas capacidades productivas y que, al demostrarse su éxito, son incorporadas por el conjunto de las empresas. Como consecuencia, las empresas abordan de manera diferente y con diferentes ritmos una *transformación digital* de sus organizaciones productivas. Por *transformación digital de la empresa* entendemos «un cambio total de las organizaciones mediante la implementación de tecnologías digitales y la introducción de nuevos procesos con el fin de crear nuevos productos y servicios, o mejorar los existentes, y entregarlos al mercado global de manera más rápida, barata e innovadora» (Phir, *et al.* 2019, p. 33; trad. propia).

La transformación digital del sector industrial —lo que se define como *industria 4.0*— está asociada a un proceso de modernización e innovación tecnológica de las empresas que las permite competir en un mercado mundial, donde la industria europea ha perdido terreno en los últimos decenios a manos de otras economías asiáticas, como China, Corea del Sur o India. Por eso, la *industria 4.0* se suele caracterizar como una *oportunidad* para las economías europeas de recuperar su competitividad en base a una reindustrialización de sus estructuras productivas. Atrás ha quedado la idea —que fue hegemónica en los gobiernos de los países más avanzados desde los años 1970— que la desindustrialización era «un síntoma de la transición hacia una especialización deseada hacia nuevos servicios de alto valor, intensivos en conocimiento y asociados a incrementos de productividad y renta» (Estrada, 2016, p. 12). En un escenario internacional caracterizado por una elevada competencia mundial, tanto la Unión Europea como sus principales competidores comerciales (EE. UU., China, Japón, o Corea del Sur) están desarrollando importantes esfuerzos inversores para modernizar sus industrias. La industria enfrenta el reto de aprovechar las oportunidades que brinda la *Cuarta Revolución Industrial*, de manera plena y con rapidez, y garantizar la competitividad frente a sus competidores globales a medio y largo plazo (Consejo Económico y Social, 2019).

La industria presenta una serie de claves importantes para el desarrollo económico: poseen un mayor gasto en I+D+i, una tasa de exportación más elevada, una mayor cualificación de sus trabajadores, así como una productividad mayor en comparación con el resto de los sectores económicos (McKinsey, 2012). En la industria manufacturera el nivel salarial de los trabajadores es mayor que en el conjunto de los sectores económicos, y presenta una menor polarización de las cualificaciones y los salarios que la existente en el sector servicios, dando como resultado que una pérdida de peso de la industria manufacturera en el empleo

acentúa y agrava la desigualdad social (Roland Berger, 2015). Ese tipo de razones han conducido a que en la segunda década de este siglo, en el contexto de la *Cuarta Revolución Industrial* y —no hay que olvidarlo— en medio de una crisis económica sin precedentes en la economía mundial iniciada en 2008, las grandes potencias han puesto en marcha iniciativas para la relocalización o relanzamiento de la industria en sus territorios.

En el caso de la industria española, el sector de la alimentación (CNAE 10) ocupa un lugar importante en la economía por su contribución a la producción industrial y al empleo. Es una de las actividades productivas en que España posee una especialización funcional con respecto a la Unión Europea, con un índice de Especialización Productiva (IEP)¹ de 1,5 en 2023 (datos de Eurostat, National Accounts Aggregates by Industry). Además, el sector empleó a 471.000 trabajadores en 2022 (datos de Eurostat), que representan el 2,3% de la población ocupada española (el 2,6% de los varones y el 2% de las mujeres).

Las investigaciones más recientes sobre la digitalización del sector de la alimentación apuntan a las mejoras que se introducen en la logística y en las cadenas de suministro (Annosi *et al.* 2021; Dong *et al.* 2023; Maric *et al.* 2024; Michel-Villarreal *et al.* 2021; Rejeb *et al.* 2022; Vilalta-Perdomo *et al.* 2023), o en la seguridad alimentaria (Grau-Noguer *et al.* 2023), y también a los beneficios en los dos extremos de la cadena de valor: las explotación agrarias, especialmente las familiares (Barile *et al.*, 2022; Girotto *et al.*, 2022; Jorge-Vázquez *et al.*, 2021); y los consumidores (Schneider y Eli 2023; Stoian *et al.* 2022). Más relacionado con el interés científico de nuestra investigación, existe también bibliografía que aborda el impacto de la digitalización en el interior de las fábricas, en los cambios que se producen en la estrategia corporativa y en los procesos internos de elaboración y envasado de los productos (Alnoor, Atiyah, y Abbas 2023; Kosior 2022). En este sentido, la literatura menciona ciertos beneficios que aportan las nuevas tecnologías a las empresas del sector alimentario, principalmente la mejora de la eficiencia y la flexibilidad productiva, así como la mejora de la trazabilidad de los productos.

Todos estos estudios avanzan los retos que la digitalización presenta para el sector de la alimentación en la actualidad, que como se acabamos de ver es un sector clave en la industria española en cuanto a Valor Añadido (VAB) y empleo. Sin embargo, el grado de implantación de la industria 4.0 en el sector alimentario es todavía deficiente, como ha mostrado recientemente una investigación realizada por el Centro Tecnológico AZTI-Tecnalia sobre empresas del

¹ El índice de especialización productiva (IEP) se calcula según: $IEP_i = (VA_i \text{ESP} / VA_t \text{ESP}) / (VA_i \text{UE28} / VA_t \text{UE28})$; donde i se refiere a cada sector y t el total de la industria manufacturera. Los sectores en los que $IEP > 1$, la industria manufacturera española está especializada en este tipo de sectores y cuando $IEP < 1$, los sectores considerados tienen una menor importancia relativa en España.

sector en el País Vasco (España). Mediante una encuesta online a más de 200 empresas se concluyó que el grado de madurez digital general alcanzado por la industria alimentaria vasca era de «nivel principiante» (nivel 2 en una escala de 1 a 5) debido a la alta presencia de empresas de menos de 10 trabajadores en el sector. Más de un 58% de las empresas consideró que la implementación del concepto 4.0 era inexistente en su compañía. Por actividad económica también se daban diferencias en el grado de madurez digital, siendo las empresas de «Panadería y Pastas» y el «sector Lácteo» las que manifestaron mayor desconocimiento sobre la industria 4.0, precisamente los dos sectores en que se concentraban las empresas de menos de 10 empleados (AZTI 2019).

En la investigación que se llevó a cabo (López Carmona, 2023b) el objeto de análisis cambió de foco, y se ocupó de los efectos de la industria 4.0 sobre las ocupaciones y los empleos. En este sentido, la literatura tiende a distinguir entre dos tipos de efectos. Por un lado, la digitalización permite a las empresas sustituir el trabajo humano por máquinas, desapareciendo un volumen determinado de empleos en la economía, generando grupos de *ganadores* y *perdedores* que sufren un impacto desigual del cambio tecnológico (Heijs *et al.*, 2015). Por otro lado, la conjunción de innovaciones tecnológicas e innovaciones organizativas en el interior de las empresas alteran el modelo de uso y consumo productivo del trabajo (Arana-Landín *et al.* 2023). Suponen un cambio en las tareas y actividades de los trabajadores, en los dispositivos organizativos que implementan las empresas y en la necesaria incorporación de nuevas destrezas y habilidades; en casos determinados, esto da lugar a la emergencia de nuevas ocupaciones o la reconfiguración de las existentes.

Es en este segundo conjunto de transformaciones en el trabajo donde se ubicó la investigación y que pretendía responder a dos cuestiones.

- a) En primer lugar, con la digitalización de las empresas se da un cambio global en el proceso productivo que altera el producto, los procesos y la organización. La hipótesis que manejamos es que estos cambios productivos afectan a los procesos de trabajo que tienen lugar en los talleres, con lo que nos preguntamos ¿Cómo y de qué manera afectan estos cambios productivos a las condiciones de trabajo?
- b) Una segunda pregunta se refirió a los aspectos epistemológicos y metodológicos de la anterior. Si se planteó que existen ese impacto en las condiciones de trabajo, ¿cómo podemos medirlo y evaluarlo en el interior de las empresas?

Para responder a ambas preguntas necesitábamos contrastar las hipótesis en varias plantas industriales —o talleres— de empresas españolas. Por su importancia dentro en la industria española en cuanto a volumen de empleo, se contactó con varias empresas del sector de la alimentación para solicitar su participación en la investigación. Finalmente, respondió afirmativamente a nuestra

solicitud una planta de elaboración y envasado que una multinacional del sector de alimentación tiene en España².

Además de esta introducción, el artículo se estructura en varios apartados. En un primer epígrafe, hacemos una descripción de los aspectos metodológicos generales seguidos en la investigación, y en concreto los aspectos referidos a la medición y evaluación del impacto ocupacional que se llevó a cabo en la planta. Pasamos, después, a una presentación de los resultados obtenidos en la medición del impacto ocupacional, desagregando los datos por puesto de trabajo analizado sobre la muestra de trabajadores que respondieron el cuestionario. En un epígrafe posterior establecemos las conclusiones obtenidas. En este sentido, la medición y evaluación del impacto ocupacional supone un *enfoque ergonómico* de las transformaciones productivas, que apuesta por complementar las habilidades del factor humano para incrementar el uso eficiente de la propia tecnología.

2. Metodología

El diseño de la metodología y los resultados obtenidos en la planta de elaboración y envasado de alimentos han formado parte de una investigación mayor en la que se estudiaron los efectos de la digitalización en el sector industrial sobre las condiciones de trabajo. En la investigación, y mediante el empleo de diferentes técnicas (entrevistas personales, fuentes documentales, fuentes estadísticas, etc.)³ se mapeó un conjunto de efectos sobre las condiciones de trabajo como consecuencia de la digitalización de las empresas. Esto se realizó mediante dos pasos (López Carmona, 2023b):

- a) Identificación de las variables que impactan sobre las condiciones de trabajo, y que son resultado de un cambio en el entorno laboral, generado la digitalización en las empresas.
- b) Descripción de los efectos provocados por el nuevo entorno laboral sobre las condiciones de trabajo, relacionando cada efecto (variable dependiente) con la variable de impacto (variable independiente).

Con estas variables se procedió, en una fase posterior, a elaborar una matriz de datos que nos permitiera cuantificar el impacto ocupacional 4.0 (IO4.0). Por impacto ocupacional 4.0 entendemos el «conjunto de efectos —previstos o imprevistos— que la puesta en marcha de programas de transformación digital dentro de las empresas ocasiona sobre las condiciones de trabajo» (*ibid.*).

² Para preservar la confidencialidad de la información contenida, y por sugerencia de un responsable de la planta, se ha omitido en el artículo el nombre de la compañía y su actividad.

³ Se remite al lector interesado a la lectura del capítulo 3 de la tesis doctoral (López Carmona, 2023b).

2.1. Identificación de las variables: el entorno digital de trabajo

2.1.1. *Fuentes empleadas*

Para realizar el mapeado de impactos de la industria 4.0 sobre las condiciones de trabajo se recurrió a diversas técnicas de investigación: fuentes documentales y entrevistas cualitativas.

Fuentes documentales. El uso de documentos representaba para los fines perseguidos una doble ventaja. En primer lugar, estos documentos contienen información no reactiva, que no se ve afectada por la relación del investigador y los sujetos investigados. Además, la lectura de estos documentos permitió estudiar la evolución en los últimos 20 años de las condiciones de trabajo en Europa.

Se utilizaron informes y artículos científicos sobre las condiciones de trabajo en Europa y España, publicados desde 2016. Los informes proceden tanto de organismos internacionales como nacionales. Entre los primeros están los informes y estudios de la Comisión Europea, Eurofound y el Consejo Económico y Social (CES) europeo. También se recurrió a informes del CES en España, y a estudios promovidos por los dos sindicatos mayoritarios en nuestro país, Comisiones Obreras (CCOO) y Unión General de Trabajadores (UGT).

De manera especial se acudió a diversos estudios e informes que desde la *Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo* (Eurofound) se han realizado dentro del proyecto «*Future of Manufacturing in Europe*»⁴. El proyecto, originado a instancias del Parlamento Europeo y delegado a Eurofound por la Comisión Europea, ha consistido en un estudio exploratorio sobre el futuro de la industria manufacturera en Europa que comenzó en abril de 2015 y duró cuatro años. El informe final del proyecto se presentó en abril de 2019 (Eurofound, 2019). También se revisaron los informes de la *Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo* (EU-OSHA) que en los últimos años viene publicando dentro de su «*Proyecto de prospectiva EU-OSHA*»⁵ sobre el impacto que tiene para el trabajo la incorporación de las tecnologías digitales a los procesos productivos, incluida la inteligencia artificial y la robótica, y el posible impacto resultante en la seguridad y la salud en el trabajo.

Entrevistas cualitativas. Además de las fuentes documentales, el modo de acercarnos y recoger una visión lo más aproximada al estudio del impacto ocupacional de la industria 4.0 sobre las condiciones de trabajo, ha sido la entrevista cualitativa.

⁴ Información obtenida en <https://www.eurofound.europa.eu/observatories/emcc/fome>

⁵ Información obtenida de <https://osha.europa.eu/es/emerging-risks/developments-ict-and-digitalisation-work>

Se realizaron de manera sucesiva dos series de entrevistas para dar cuenta de los dos objetivos marcados. En una primera serie se seleccionó una muestra de **24 interlocutores clave** para conocer sobre qué contenidos y formas las empresas del sector industrial se estaban digitalizando. Entre las cuestiones que se abordaron en las entrevistas se trató de los factores explicativos mediante los cuales estas transformaciones productivas alteraban o cambiaban las condiciones de trabajo en las ocupaciones y los empleos del sector, y que constituyan un *nuevo entorno digital de trabajo*. En el **diseño de la muestra** se pretendió que estuvieran representadas cuatro situaciones que, a juicio de investigador, cubren la variedad de instancias sociales y productivas desde la que se produce la implantación de la *Industria 4.0* en España (representatividad sustantiva):

- Empresas industriales en proceso de adaptación a la Industria 4.0.
- Proveedores de soluciones tecnológicas e industriales.
- Observatorios, Institutos Tecnológicos, Consultoras de Industria 4.0.
- Representantes de la Administración Pública y de los Agentes Sociales.

En una segunda tanda de entrevistas se seleccionó una muestra de **12 trabajadores del sector industrial** para mapear los efectos que tenían los anteriores factores explicativos que habíamos descubierto en el paso anterior para las condiciones de trabajo. En el diseño de la muestra se buscó la representación de diferentes realidades sociotécnicas que permitieran una capacidad interpretativa más extensa y completa de las transformaciones que se estudiaban. Además, en los casos seleccionados se buscó que estuvieran representados los tres grupos profesionales que existen en la realidad productiva de las fábricas y que consideramos que nos podían aportar contraste en los resultados, ya que nuestra hipótesis era que el impacto ocupacional era diferente entre categorías o grupos profesionales. Los grupos considerados fueron: los operarios de fábrica; los ingenieros y el personal técnico; y los directores y coordinadores.

- En el grupo «Operarios de Fábrica» se ubican aquellos puestos que su desempeño consiste en atender y vigilar el funcionamiento de máquinas e instalaciones industriales, o la conducción de maquinaria móvil dentro de las instalaciones de la fábrica. También en este grupo se engloban los trabajadores que realizan tareas generales que requieren el empleo de herramientas manuales dentro del proceso de fabricación.
- En el grupo «Ingenieros y Personal Técnico» se sitúan los puestos de trabajo que su desempeño requiere de conocimientos profesionales y experiencia en campos relacionados con las disciplinas STEM (Ciencia, Tecnología, Ingeniería y Matemáticas). También en este grupo están los técnicos cuyo desempeño consiste en la instalación y mantenimiento de máquinas e infraestructuras industriales.

- Por último, en el grupo de «Directores y Coordinadores» están englobados los puestos cuyo desempeño consiste en planificar, dirigir y coordinar la actividad de una fábrica, o que tienen bajo su responsabilidad algún departamento o línea de producción dentro de la misma.

La primera tanda de entrevistas a *interlocutores claves* fue realizada entre mayo de 2020 y febrero 2021; las entrevistas a *trabajadores* se realizaron entre marzo y abril de 2021. Antes de celebrarse las entrevistas, todos los participantes recibieron por correo electrónico un modelo de consentimiento informado, donde se exponían los objetivos de la entrevista y las temáticas a discutir en la misma. Las entrevistas se realizaron por videoconferencia, utilizando Google Meet (López Carmona, 2023a).

2.1.2. *Variables de impacto: el entorno digital de trabajo*

En la investigación hemos planteado como hipótesis que las consecuencias de las diferentes intervenciones sobre el producto, los procesos y la organización que se llevan a cabo en una empresa concreta, dentro de su estrategia de digitalización, suponen un **nuevo entorno digital de trabajo**. Este se define en la investigación, de manera operativa, como el «conjunto de cambios operados en la empresa con motivo de su transformación digital y que tienen capacidad para impactar de manera variable en las condiciones de trabajo» (López Carmona, 2023b). Es decir, no todas las intervenciones y cambios que se operan en la empresa con motivo de la implantación de la Industria 4.0 afectan a las condiciones de trabajo, al menos de una manera clara y directa. Y además, aquellas que sí afectan solo tienen la capacidad —es decir, existe solo probabilidad— de impactar en las condiciones de trabajo; para que esa capacidad se materialice se requiere de una toma de decisión en la dirección de la empresa. Como consecuencia, el impacto en las condiciones de trabajo no es igual entre puestos de trabajo —o entre áreas o departamentos— de la empresa, lo que permite su gradación y comparación.

Como resultado de las entrevistas a interlocutores clave se pudieron identificar y caracterizar cuatro factores contextuales que caracterizarían el *nuevo entorno digital de trabajo* (Figura 1). Estos elementos suponen las variables de impacto, que consideramos causantes de los efectos sobre las condiciones de trabajo que se estudiaron:

- **Control automático de máquinas y procesos**, como consecuencia de la automatización casi completa del proceso de fabricación que introduce la industria 4.0 como nuevo paradigma industrial.
- **Gestión de los datos**. Con la recogida de información de manera automática y en tiempo real de máquinas y procesos industriales a lo largo de la cadena de valor, las diferentes categorías de trabajadores aumentan la

capacidad para tomar decisiones en su propio ámbito de actuación con vistas a mejorar los procesos.

- **Digitalización del puesto de trabajo.** La incorporación de dispositivos y herramientas digitales ayuda a los trabajadores en el desempeño de las nuevas funciones que la automatización de los procesos les exige.
- **Entorno colaborativo de trabajo.** Aunque se conservan rasgos de lo que se define como taylorismo (por ejemplo, la parcelación de las tareas en el caso de los operarios de producción) se incorporan y extienden nuevas formas de trabajo posttayloristas que ya se conocían en la industria en las últimas décadas, como son los grupos de trabajo, la autonomía de los puestos de trabajo, la reducción de niveles jerárquicos o la integración de tareas.

Figura 1
Factores que componen el Nuevo Entorno digital de trabajo



2.1.3. *Mapa de impactos ocupacionales de la Industria 4.0*

A partir de los verbatim de las entrevistas a trabajadores de la industria procedimos a identificar un conjunto de cambios en las condiciones de trabajo y en la cualificación de los puestos de trabajo que se desempeñaban en empresas donde se desarrollaban procesos de transformación digital. Estos efectos se registraron y se agruparon en cuatro categorías.

- a) **Contenido del puesto.** Aquí se incluyeron los efectos sobre los cambios en la composición del puesto de trabajo que tienen lugar con la incorporación de los habilitadores digitales en la planta industrial. Es decir: ¿qué tareas desaparecen o cuáles ven disminuir su importancia?, ¿qué tareas incrementan su importancia?

- b) **Lugar de trabajo (Workspace).** Se incluyeron los cambios en las condiciones ambientales (físicas, químicas y biológicas) y los efectos observados en los riesgos de seguridad y salud laboral.
- c) **Organización del trabajo.** Se incluyeron en esta categoría los diferentes cambios que están relacionados con la forma en que se organiza el trabajo⁶, como la intensidad del trabajo, la rotación de puestos, el tiempo de trabajo, etc.
- d) **Requerimientos de cualificación.** Aquí se clasifican los efectos de la transformación digital sobre las capacidades y conocimientos sobre el proceso de trabajo que debe poseer el trabajador para desempeñar sus tareas.

Estas categorías de impacto fueron delimitadas en la propia investigación, aunque se tomaron en consideración diversos modelos y esquemas clasificatorios. De especial relevancia fueron dos. Para el caso del *contenido del puesto* y la *organización del trabajo* se empleó la taxonomía desarrollada por Fernández-Macías y Bisello (2016), en la que se clasifican las tareas en dos ejes conceptuales diferentes: 1) el contenido de las tareas (qué se hace); y 2) los métodos y herramientas empleados (cómo se trabaja). En el caso de la categoría *requerimientos de cualificación*, se empleó el modelo contenido en el European Qualifications Framework (EQF)⁷.

También, a partir de los verbatim de las entrevistas se pudo relacionar cada uno de los efectos —o impactos— sobre las ocupaciones con alguno de los factores impulsores del *entorno digital de trabajo* con los efectos observados en la investigación. Como resultado del cruce de los factores impulsores (entorno digital) con los efectos identificados obtuvimos un *mapa —o matriz— de impactos*, que vemos representado en la Tabla 1. En las columnas aparecen los cuatro elementos o factores a través de los cuales operan los cambios productivos originados en el interior de las empresas y que introducen novedades en los procesos de trabajo, delimitando un *nuevo entorno digital de trabajo en las fábricas*. Así también, en las filas aparecen los aspectos del puesto de trabajo que, según lo que hemos obtenido de las entrevistas personales a trabajadores, pueden verse alterados o cambiados como consecuencia del impacto del nuevo *entorno digital de trabajo*. Por último, los círculos (en gris) de la tabla hacen referencia a los impactos de los cuales hemos conseguido evidencia en nuestra investigación, relacionado el factor o componente del *entorno digital de trabajo* que lo genera (variable de impacto) con el aspecto del puesto de trabajo que se ve alterado por él mismo.

⁶ Por organización del trabajo entendemos un conjunto de relaciones que mantiene un trabajador en su puesto de trabajo con datos (información, ideas, teorías, instrucciones diversas, ...), con personas (compañeros de trabajo, proveedores, clientes, superiores, subordinados, ...) o con cosas (herramientas, máquinas, equipos, materias primas...)

⁷ <https://europa.eu/europass/en/europass-digital-tools/european-qualifications-framework>

Tabla 1
Mapa de impactos sobre los puestos de trabajo

	Entorno digital de trabajo			
	v1	v2	v3	v4
1. Contenido del trabajo				
— Desaparición total, o disminución, de las tareas físicas.	•		•	
— Incremento de las tareas intelectuales.	•	•	•	•
— Mayor protagonismo de las tareas sociales.			•	•
2. Workspace de la fábrica				
— Mejora de las Condiciones Ambientales de la fábrica.	•			
— Emergencia de nuevos riesgos de Seguridad y Salud.	•		•	
3. Organización del trabajo				
— Mayor frecuencia del trabajo híbrido y del teletrabajo.	•	•	•	
— Mayor frecuencia en que producen tiempos de trabajo atípicos.			•	
— Intensificación del trabajo	•			
— Mayor frecuencia en que se rota de puesto dentro de la misma categoría profesional.	•			
— Monitorización del desempeño del trabajador.			•	
4. Requerimientos de cualificación.				
— Mayor autonomía para tomar decisiones.	•	•	•	
— El propio desempeño del puesto (experiencia) y la formación dentro de la empresa, los mayores <i>drivers</i> .	•	•	•	
— Necesidad de nuevos conocimientos relacionados con la I4.0.	•	•	•	•
— Importancia creciente de habilidades digitales relacionadas con el proceso de trabajo.	•	•	•	•

Nota: v1= Control automático de máquinas y procesos. v2= Gestión del dato. v3= Digitalización del puesto de trabajo. v4= Entorno colaborativo.

2.2. La matriz de indicadores CMQ

Después de identificar y mapear los impactos ocupaciones en la industria, se pudo construir un modelo para medir el impacto ocupacional, de manera individualizada, sobre cada puesto de trabajo. Para ello, previamente, se realizó una revisión crítica de la literatura publicada desde la década de 1980 sobre los efectos de la digitalización en el trabajo y los modelos teóricos y taxonomía empleados en las investigaciones (López Carmona, 2023a)⁸.

⁸ Aparte del resumen que aparece en este artículo, se remite al lector interesado a la lectura del capítulo correspondiente de la tesis (López Carmona, 2023b).

La selección del puesto de trabajo como unidad de análisis posee la virtud de poder medir el impacto ocupacional mediante la consideración de tres dimensiones y 10 indicadores del proceso de trabajo que se ven afectados por la transformación digital de la empresa, y que refieren a:

- ¿Qué hace el trabajador en su puesto de trabajo? (Contenido). Nos preguntamos por los cambios en la *composición de los puestos de trabajo* en cuanto a los tipos de tareas que se desarrollan.
- ¿Cómo hace su trabajo? (Metodología y dispositivos organizativos). Al estar inmerso en una organización, bajo la dirección de la empresa, el trabajo se desarrolla con *métodos de trabajo y dispositivos organizativos* que la dirección de la empresa utiliza para dirigir la producción dentro de la fábrica.
- ¿Qué requerimientos de cualificación necesita el trabajador para acometer las tareas? (Requerimientos de cualificación). Consideramos cuestiones como el grado de autonomía y el grado de importancia que poseen la experiencia y la formación/aprendizaje como formas de adquisición de las competencias requeridas.

Para poder hacer comparaciones entre grupos, primeramente, hemos asignado a la matriz una puntuación máxima de 100 puntos, que se corresponde con el mayor grado de impacto ocupacional que un puesto de trabajo puede sufrir como consecuencia de la transformación digital en la empresa donde se encuadra. En la asignación de puntuaciones a cada una de las tres dimensiones que analizamos (ver Figura 2) se han tomado en consideración las evidencias encontradas en las fases anteriores de la investigación.

Figura 2
Dimensiones de la matriz CMQ. Distribución de las puntuaciones



Después de asignada una puntuación a cada dimensión de la matriz de puntuaciones, hemos distribuido esa puntuación entre los diferentes indicadores

que consideramos para la medición del impacto ocupacional 4.0. En la Tabla 2 aparece un cuadro resumen con las dimensiones e indicadores⁹. En la columna izquierda de la tabla aparecen los indicadores que hemos seleccionados para la medición del impacto ocupacional. En la columna derecha de la tabla aparece la puntuación que hemos dado a cada indicador.

Tabla 2
Matriz CMQ para la medición del Impacto Ocupacional 4.0.
Dimensiones e indicadores

1. Contenido del puesto (C)		48 puntos
Tareas físicas		18 puntos
Tareas intelectuales	Cambio en la presencia de las diferentes tareas en el puesto de trabajo.	18 puntos
Tareas sociales		12 puntos
2. Métodos y dispositivos organizativos (M)		32 puntos
Intensidad del trabajo	¿Ha habido incremento de las exigencias en el puesto de trabajo?	15 puntos
Rotación de puestos	¿Con qué frecuencia rota el trabajador de puesto dentro de la fábrica?	6 puntos
Tiempo de trabajo atípico	¿Con qué frecuencia se dan cambios en la jornada laboral o en el horario de trabajo?	6 puntos
Teletrabajo	¿Con qué frecuencia el trabajador realiza sus tareas desde su propio domicilio?	5 puntos
3. Requerimientos de cualificación (Q)		20 puntos
Autonomía	¿Qué grado de libertad tiene el trabajador para llevar a cabo sus tareas sin contar con un supervisor?	10 puntos
Experiencia previa	¿Qué importancia tiene contar con experiencia previa en otros puestos, o en otras empresas, para desempeñar su trabajo?	5 puntos
Formación en el puesto	¿Qué importancia tiene la formación en el puesto de trabajo?	5 puntos

El Impacto Ocupacional de la *Industria 4.0* en un puesto de trabajo considerado (IO4.0_{lx}) se calcula simplemente mediante la suma aritmética de las

⁹ Por falta de espacio se omite la explicación de la distribución de las puntuaciones entre los distintos indicadores y la fundamentación de la asignación de las puntuaciones en el interior de cada indicador. Se remite nuevamente al lector interesado a la tesis doctoral (López Carmona, 2023b).

puntuaciones obtenidas en cada dimensión. En los casos donde obtuvimos varias observaciones de un mismo puesto de trabajo procedimos a asignar a este las puntuaciones medias obtenidas en los diferentes indicadores.

$$IO4.0_{(k)} = IOC_{kx} + IOM_{kx} + IOQ_{kx}$$

Siendo:

$$IOC_{kx} = c_1 + c_2 + c_3$$

$$IOM_{kx} = m_1 + m_2 + m_3 + m_4$$

$$IOQ_{kx} = q_1 + q_2 + q_3$$

El cálculo del IO4.0 en los puestos de trabajo nos permitió medir y cuantificar dos aspectos diferentes del impacto ocupacional que se deriva de la transformación digital de las empresas: la *intensidad* del impacto y su *estructura*.

- En primer lugar, por **intensidad del impacto** entendemos la magnitud global de este sobre el contenido, sobre la metodología y organización del trabajo, y sobre los requerimientos de cualificación del puesto de trabajo que estamos considerando.
- El impacto ocupacional sobre un determinado puesto de trabajo puede ser resultado de diferentes situaciones sociotécnicas que se producen al calor de la transformación digital de la empresa. Por este motivo, junto a la intensidad, debemos evaluar la **estructura del impacto ocupacional**. Es decir, de qué manera particular cambian y se alteran las condiciones del puesto de trabajo en lo relativo a su contenido, a la organización de su trabajo o a los requerimientos de cualificación que conlleva su desempeño.

2.3. La encuesta como técnica de investigación

Para cuantificar los efectos del impacto ocupacional se eligió la encuesta como técnica de investigación, por ser la más aconsejada en estos casos para obtener de manera sistemática y ordenada información relevante sobre el tema de nuestra investigación. Además, con la encuesta se da una estandarización del estímulo —el cuestionario— que nos permitía comparar las respuestas —puntuaciones de los diferentes indicadores del IO4.0— y analizarlas con técnicas estadísticas.

2.3.1. *Diseño del cuestionario*

Se procedió a diseñar un cuestionario individual como instrumento para medir los diferentes indicadores del IO4.0. El cuestionario fue autoadministrado (es el propio sujeto el que lo cumplimentaba) y estuvo disponible —en formato online— en Microsoft Forms. El cuestionario se componía de un

conjunto de preguntas que recabaron información sobre *hechos objetivos* referidos a cambios en el puesto de trabajo con motivo de la digitalización. Estas preguntas hacían referencia a dos tipos de cuestiones (Alvira Martín y Aguilar, 2015):

- a) la *frecuencia*, o incidencia, medida por el número de veces que aparece el efecto que estamos midiendo en un cierto intervalo de tiempo convenido; y
- b) la *magnitud*, expresada por el grado de importancia que tiene ese efecto sobre el contenido, las formas de trabajar o las necesidades de cualificación del puesto de trabajo.

Las preguntas del cuestionario se organizaron en varios bloques temáticos. En el primero se preguntó sobre cuestiones referidos a la actividad que se realiza en la fábrica y sobre determinadas características sociodemográficas del trabajador, como edad, género, antigüedad en la empresa, nivel de estudios, etc. En el segundo bloque preguntábamos sobre las diferentes variables operativas que hemos englobado en el concepto *entorno digital de trabajo*. Queríamos saber con qué cambios concretos y con qué intensidad se había alterado el entorno de trabajo en que se hallaba el trabajador. El tercer bloque entraba a preguntar sobre las consecuencias concretas que el nuevo entorno de trabajo tiene para las variables relacionadas con las condiciones de trabajo que hemos seleccionado: contenido del trabajo (tareas y actividades); metodología y dispositivos organizativos; y requerimientos de cualificación. Muy relacionado con los requerimientos de cualificación, en un cuarto bloque preguntamos sobre las habilidades y actitudes que el trabajador consideraba más necesarias para desarrollar con éxito su puesto de trabajo.

Hay que apuntar que cuando se procedió al diseño del cuestionario se pensó en un análisis de los datos que fuera más allá del cálculo de los indicadores del impacto ocupacional IO4.0. Se pretendía con los datos recogidos en una muestra considerable de casos, establecer asociaciones y correlaciones entre diversas variables sociodemográficas de los trabajadores, y las variables del *entorno digital de trabajo*, con las puntuaciones obtenidas de los indicadores de los IO4.0. Sin embargo, el reducido número de casos analizados nos hizo adaptar el tratamiento y análisis de los datos obtenidos de los cuestionarios. Se hizo imposible desarrollar un análisis de datos más exhaustivo del que finalmente se llevó a cabo; el cual se limitó al cálculo de los indicadores y de los índices del IO4.0.

2.3.2. *Realización de la encuesta a trabajadores de la planta*

El trabajo de campo consistió en una única recopilación de datos entre los trabajadores de la planta de la empresa de alimentación durante los meses de oc-

tubre a diciembre de 2021. Desde la dirección de la planta se mandó email a los trabajadores, con un enlace online donde entrar y poder realizar el cuestionario. Con ello se consiguió salvaguardar la privacidad y la protección de datos de los sujetos participantes.

En total, cumplimentaron el cuestionario online 69 trabajadores. Con los datos recogidos, se creó un fichero mediante el uso del software estadístico IBM-SPSS 25. A este fichero se le realizaron varias tareas de depuración de la información para identificar posibles errores cometidos durante la realización de la encuesta, o en la grabación de los datos, y corregirlos.

Para cada una de las 69 observaciones que se obtuvieron en la encuesta, se puntuaron las respuestas obtenidas en el segundo bloque del cuestionario (las que hacían referencia a los impactos de la industria 4.0) y se calcularon los diferentes indicadores. Las puntuaciones obtenidas en el cuestionario fueron agrupadas en dos niveles. En primer lugar, según la denominación del puesto de trabajo. Así, conseguimos información sobre un total de 17 puestos de trabajo. En un segundo nivel de agrupación se asignó cada puesto de trabajo resultante a uno de los cuatro grupos profesionales que se definieron (Tabla 3):

- En el grupo «Operarios de Fábrica» agrupamos aquellos puestos que su desempeño consiste en atender y vigilar el funcionamiento de máquinas e instalaciones industriales, o la conducción de maquinaria móvil dentro de las instalaciones de la fábrica. También en este grupo se engloban los trabajadores que realizan tareas generales que requieren el empleo de herramientas manuales dentro del proceso de fabricación.
- En el grupo «Personal de mantenimiento» se engloban los puestos de trabajo que su desempeño requiere de conocimientos técnicos y profesionales y cuyo desempeño consiste en la instalación y mantenimiento de máquinas e infraestructuras industriales.
- En el grupo «Ingenieros y Técnicos» están presentes los puestos de trabajo que su desempeño requiere de conocimientos profesionales y experiencia en campos relacionados con las disciplinas STEM (Ciencia, Tecnología, Ingeniería y Matemáticas).
- Por último, en el grupo de «Directores y Coordinadores» agrupamos los puestos cuyo desempeño consiste en planificar, dirigir y coordinar la actividad de una fábrica, o que tienen bajo su responsabilidad algún departamento o línea de producción dentro de la misma.

Tabla 3
Puestos de trabajo analizados, por grupo profesional

Grupo	Puesto
Operarios de Fábrica	Operario de proceso Operario de packing
Personal de mantenimiento	Electromecánico
Ingenieros y Técnicos	Food Expert PCyIS Engineer Process Execution Technician Technology owner Técnico de calidad / laboratorio
Directores y Coordinadores	Business Unit Manager Coordinador de producción Encargado de almacén Manager de Mantenimiento Operations Manager Smart Factory Ksum Lead Team leader Technical Manager Utilities coordinator

2.4. Validez y fiabilidad de la matriz CMQ10

En la investigación se realizó un análisis de la validez y fiabilidad mediante técnicas estadísticas, y con el empleo del paquete SPSS-25, para comprobar la bondad de la medición realizada y considerando que ambos análisis nos «proporcionan el lenguaje esencial de la medición y constituyen los índices de calidad de los cuestionarios» (Batista-Foguet, Coenders, y Alonso 2004:21). La *validez* refiere al grado en que la operacionalización del concepto de *Impacto Ocupacional 4.0* —mediante la definición de las dimensiones e indicadores que hemos establecido— refleja la realidad que queremos medir con ese concepto. Con la validez el investigador «tratará, en suma, de identificar si las definiciones operacionales e indicadores aplicados resultan apropiados» (Cea D'Ancona 2001:150) para medir el concepto de IO4.0. La *fiabilidad*, por su parte, se relaciona con la estabilidad de las puntuaciones obtenidas tras la aplicación del

¹⁰ El estudio de validez y fiabilidad que aquí se presenta de manera resumida se realizó con el conjunto de respuestas obtenidas en las empresas que participaron en la investigación. En total se recogieron 87 respuestas al cuestionario y se analizó el IO4.0 de un total de 28 puestos de trabajo. Para el lector interesado se remite a la lectura del capítulo 6 de López Carmona (2023b).

cuestionario; la *fiabilidad* se puede controlar mejor que la *validez* y posee un carácter empírico y cuantificable que no se da con la validez (*ibid.* p. 223).

2.4.1. *Análisis de Validez. Análisis Factorial*

Para evaluar la validez de la matriz CMQ hemos utilizado dos criterios: la validez de contenido y la validez de constructo. La **validez de contenido** plantea la cuestión de la utilidad del instrumento de medida. Evaluamos si en la operacionalización del concepto de Impacto Ocupacional 4.0 (IO4.0) hemos considerado un número suficiente y significativo de indicadores que dé cuenta de los diferentes aspectos que conforman la realidad empírica que estamos estudiando.

Este tipo de validez no se cuantifica y se fundamenta en la opinión de figuras *expertas* que enjuician la adecuación y la pertinencia de los indicadores empleados. En nuestro caso particular, esto lo hemos realizado a lo largo de la investigación, mediante el uso combinado de fuentes estadísticas y documentales, y de entrevistas cualitativas a *informantes clave* y a *trabajadores* de la industria.

El segundo criterio de validez que hemos analizado es la **validez del constructo**, que consiste en un análisis de la significación de las puntuaciones obtenidas para expresar el concepto expresado en su medición. Para comprobar el grado de correspondencia entre la estructura de las puntuaciones de la escala con la estructura del constructo (validez estructural) hemos realizado un *análisis factorial confirmatorio* (AFC), que es el que mejor se ajusta para este fin (Pérez Gil, Chacón Moscoso, y Moreno Rodríguez 2000). El AFC es una técnica estadística multivariable basada en la reducción de datos, y que está orientada a la comprobación de modelos teóricos donde se cuenta con un modelo inicial que es preciso *confirmar*.

Previo al análisis factorial confirmatorio, hemos comprobado estadísticamente la adecuación de los datos mediante la *prueba de KMO* (Medida Kaiser-Meyer-Olkin) de adecuación de la muestra y la *prueba de esfericidad de Bartlett*. El valor encontrado en la *prueba de KMO* es superior a 0,6 que es el valor mínimo que se considera deseable para realizar con las máximas garantías el AFC. En la *prueba de esfericidad de Bartlett* el nivel crítico (Sig.) obtenido es 0,046 (un valor por debajo de 0,05) por lo podemos rechazar la hipótesis nula y considerar que el modelo factorial es adecuado para analizar los datos de la matriz CMQ.

Tomando la muestra de datos obtenida en la encuesta a trabajadores, con el AFC buscamos grupos homogéneos de variables (factores) capaces de explicar el máximo de información contenida en los datos para, posteriormente, comparar estos factores con los indicadores y dimensiones que habíamos planteado inicialmente en la matriz CMQ. La **tabla de comunidades** reveló que todas las variables de la matriz CMQ pueden ser explicadas por el modelo factorial, dado que ninguno de los valores se sitúa alrededor del valor 0. Estos resultados

se confirman con el **análisis de la varianza total explicada**, donde obtuvimos cuatro factores que poseen un autovalor superior a 1. Como contraste, hemos obtenido una segunda solución factorial con tres factores, para poder evaluar cómo se agrupan las variables considerando el mismo número de factores que el número de dimensiones del modelo teórico de la matriz CMQ.

Seguidamente obtuvimos la **matriz de estructura factorial** donde se encuentra la solución factorial con cuatro y con tres factores que el programa estadístico IBM SPSS obtiene con los datos de nuestra muestra. Para facilitar la interpretación de la solución factorial hemos rotado la matriz mediante el método Varimax, que es un método de rotación ortogonal que minimiza el número de variables que tienen saturaciones altas en cada factor, lo que ayuda a simplificar la interpretación de los factores, optimizando la solución por columna. La solución rotada aparece en la **matriz de componentes rotados** (con cuatro factores), y que solo incluyen los valores de las correlaciones mayores de 0,30 (Tabla 4).

Tabla 4
Análisis factorial. Matriz de componentes rotados, con cuatro factores

	Componente			
	1	2	3	4
Tareas físicas	0,803			0,338
Tareas intelectuales	0,736	0,349	0,363	
Tareas sociales	0,820			
Intensidad del Trabajo	0,480		0,676	
Rotación del puesto				0,848
Tiempo de trabajo atípico			0,691	
Teletrabajo		0,475	0,607	
Experiencia previa				0,725
Formación Recibida		0,828		
Autonomía	0,381	0,737		

Nota: Método de rotación Varimax con normalización Kaiser. Coeficientes con un valor superior a 0,30.

2.4.2. *Fiabilidad. Alpha de Cronbach*

Después de comprobar la validez de constructo de la matriz CMQ que hemos diseñado para el análisis y cuantificación del impacto ocupacional, se evaluó la fiabilidad de las puntuaciones obtenidas, analizando la consistencia interna de los indicadores del IO4.0 a través del cálculo del *Alpha de Cronbach*.

Hemos obtenido un valor de 0,635, para al *Alpha de Cronbach*, y de 0,610 para el *Alpha de Cronbach estandarizado*, que se sitúan en los valores mínimos para ser considerados como una medida cuestionable (entre 0,60 y 0,70), según los criterios de consistencia interna de (George y Mallery 2002) para esta prueba.

También hemos calculado la fiabilidad en cada una de las tres dimensiones de la escala, obteniendo en todas ellas un valor superior a 0,6 (Tabla 5).

Tabla 5

Análisis de la fiabilidad de la medición mediante el cálculo del «Alpha de Cronbach»

	Alpha de Cronbach	Alpha de Cronbach estandarizado	N elementos
IO4.0	0,635	0,610	10
IOC	0,731	0,765	3
IOM	0,671	0,610	4
IOQ	0,601	0,626	3

Como último paso, se consideró la fiabilidad de la matriz de indicadores en caso de desaparecer un elemento (Tabla 6)

Tabla 6
Alpha de Cronbach si se elimina el elemento

	Media de escala si el elemento se ha suprimido	Varianza de escala si el elemento se ha suprimido	Correlación total de elementos corregida	Alfa de Cronbach si el elemento se ha suprimido
Tareas físicas	49,29	197,746	0,493	0,561
Tareas intelectuales	45,75	208,305	0,712	0,485
Tareas sociales	49,72	256,205	0,478	0,569
Intensidad del Trabajo	51,44	230,875	0,400	0,589
Rotación del puesto	57,52	323,496	0,013	0,655
Tiempo de trabajo atípico	58,47	322,988	0,209	0,634
Teletrabajo	57,41	321,118	0,062	0,646
Experiencia previa	51,19	305,804	0,153	0,637
Formación Recibida	55,53	311,659	0,220	0,627
Autonomía	54,55	315,292	0,286	0,625

Como conclusión del análisis realizado, se puede afirmar que el instrumento de medida que hemos definido a lo largo de la investigación cumple con los suficientes requerimientos de validez y fiabilidad. Por tanto, y con la información aportada por nuestra pequeña muestra de observaciones, podemos inferir que la matriz CMQ es una herramienta útil y fiable que nos permite medir el impacto ocupacional que se produce en los puestos de trabajo como consecuencia de la transformación digital de las empresas. Esto no es óbice para que consideremos necesario realizar nuevos estudios, con tamaños de muestra mayores para apuntalar lo dicho aquí sobre la validez y fiabilidad de las mediciones obtenidas con la matriz CMQ.

3. Resultados. El impacto ocupacional 4.0 en una planta del sector de alimentación

En el interior de la planta de elaboración de alimentos, la materia prima pasa, en términos generales, por diferentes áreas de procesado y embalaje. Primeramente, hay un *área de planificación* que controla la recepción de las materias primas y emite las órdenes de producción a la planta. Existen tres *áreas de producción*, cada una encargada de elaborar una línea de productos diferente de la marca y de su empaquetado.

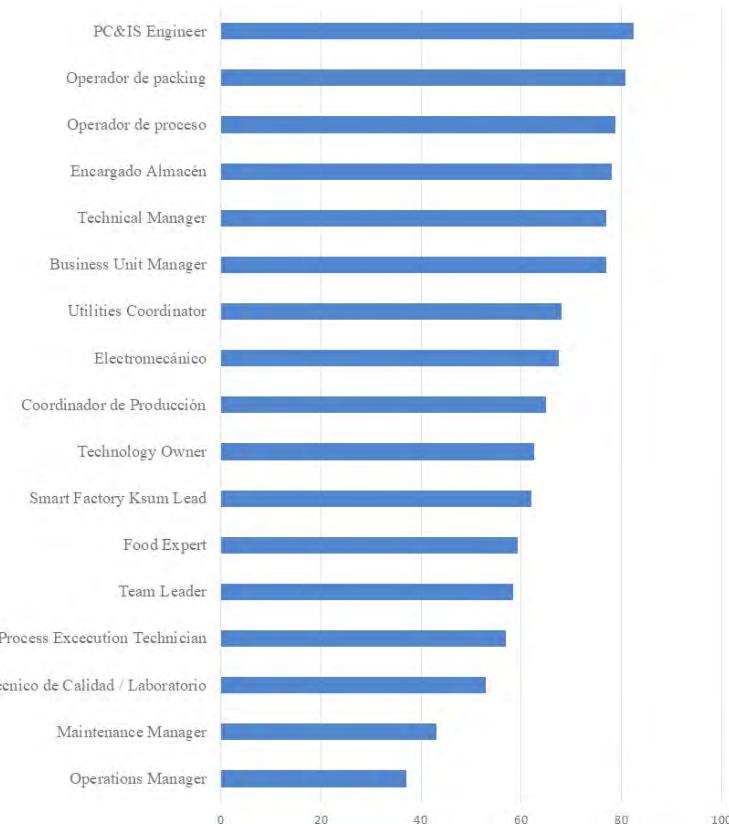
La planta lleva desde 2019 desarrollando un *Smart Factory Plan*, al que anualmente se le asigna una partida presupuestaria para su implementación, y que tiene por objetivo estratégico el aumento del OEE (Overall Equipment Effectiveness) o Eficiencia General de los Equipos¹¹. El Plan está liderazgo por un equipo de *Smart Factory* y que dirige el propio director de la planta. En los diferentes módulos del Plan participan en la fase de diseño e implementación los trabajadores de las áreas implicadas.

3.1. Intensidad del Impacto Ocupacional 4.0

Un rasgo característico de la muestra —limitada y exploratoria— de puestos de trabajo que estamos examinando (Figura 3), consiste en la variabilidad de situaciones entre grupos profesionales y puestos de trabajo, incluso dentro de una misma empresa, en lo que respecta a la intensidad del impacto ocupacional. La intensidad se corresponde con la puntuación obtenida en el cálculo del IO4.0 en cada puesto de trabajo, y es resultado de la suma de puntuaciones obtenidas en los 10 indicadores —agrupado en tres dimensiones— que lo conforman.

¹¹ El OEE consiste en una medida de la eficiencia productiva de la maquinaria industrial y se ha convertido en la actualidad en un estándar internacional reconocido, ya que engloba en un único indicador información cuantitativa sobre disponibilidad, eficiencia y calidad de la máquina.

Figura 3
Medición del IO4.0 en los puestos de trabajo



Como consecuencia de la implantación de su *Smart Factory Plan* en los últimos años, en la fábrica de productos de alimentación encontramos un grado medio-alto de impacto ocupacional, aunque existen diferencias de intensidad entre los puestos de trabajo. Uno de cada tres puestos (6 casos) se encuentra en un nivel alto en la puntuación del IO4.0 (más de 70 puntos); la mayor puntuación la obtiene el puesto de *PC&IS Engineer*, con 83 puntos. En este grupo están representados todos los grupos profesionales, desde los *operarios de fabrica* (producción y proceso), pasando por *ingenieros y personal técnico*, hasta el personal de *dirección y coordinación* de la planta.

La mayoría de los puestos de trabajo —10 casos de 17— se sitúa en un nivel intermedio de impacto ocupacional (entre 40 a 69 puntos), propio de entornos digitales que están siendo alterados, pero no de manera completa y ade-

más con desigual impacto entre las áreas o departamentos de la fábrica. Solo el puesto de *Operations Manager* tiene un índice inferior a 40 puntos, lo que en el estudio considerábamos como un nivel bajo de impacto.

3.2. Estructura del Impacto Ocupacional 4.0¹²

La mayor o menor intensidad del impacto ocupacional en los diferentes grupos profesionales y los puestos analizados se conjuga con una desigual incidencia de los diversos indicadores que hemos construido para dar cuenta de los cambios sufridos. En las dos tablas siguientes aparecen los *coeficientes de impacto ocupacional* de cada uno de los 10 indicadores que estamos considerando para medir el IO4.0. Estos coeficientes nos permiten comparar el impacto entre distintas variables que poseen diferentes escalas de medida, y son el resultado de dividir la puntuación obtenida por la puntuación máxima que hemos asignado a cada uno de los indicadores. Lo que nos indica el coeficiente es, de manera sintética, cual es el grado de impacto de cada variable en el grupo profesional (Tabla 7) o en el puesto de trabajo (Tabla 8).

Tabla 7
Coeficientes de impacto ocupacional por grupo profesional

Grupo profesional	IOC				IOM				IOQ		
	c1	c2	c3	m1	m2	m3	m4	q1	q2	q3	
Operarios de fábrica	39	56	42	47	50	0	20	80	40	80	
Personal de mantenimiento	67	94	92	67	50	17	0	90	100	80	
Ingenieros y técnicos	61	67	83	60	0	0	40	80	60	60	
Directores y coordinadores	56	83	92	47	17	17	40	70	80	100	

3.2.1. Contenido del trabajo (IOC)

La digitalización cambia la forma en que se llevan a cabo las tareas y su contenido y, como consecuencia, la cualificación y las competencias necesarias para realizar estas tareas (Eurofound 2018, 2019). El trabajo efectivo se hace más inmaterial (menor manipulación de objetos físicos), con más tiempo de trabajo dedicado a tareas intelectuales donde se gestionan los datos recogidos a lo largo de la cadena de valor, y donde los trabajadores tienen cierta capacidad

¹² En López Carmona (2023b) se hace un análisis más detallado del impacto ocupacional y se relacionan los datos obtenidos de la encuesta con los obtenidos en las entrevistas personales. Aquí hacemos una presentación resumida de los resultados.

para tomar decisiones en su propio ámbito de actuación con vistas a mejorar los procesos:

- En el caso de los trabajadores directos, el *operario de fábrica* se convierte en un «conductor» del proceso o subproceso productivo donde se halla, que vela por la calidad, por la eficiencia, por la mejora continua.
- Para el resto de los segmentos profesionales —cuadros intermedios, ingenieros y personal técnico— la gestión y análisis de los datos ha pasado a ser una de sus principales funciones.

De este modo, la medición del IO4.0 en todos los grupos profesionales revela que el impacto ocupacional se dirige principalmente a incrementar las **tareas intelectuales** (c2) relacionadas con la supervisión, el tratamiento de la información y la resolución de problemas, y en menor medida las tareas sociales, relacionadas con **interacción social** y el trabajo en equipo (c3). El impacto ocupacional sobre la reducción de **tareas físicas** (c1) es menor en todos los grupos de la fábrica, producto del avanzado estado de desarrollo de su Smart Factory Plan (Tabla 7).

Tabla 8
Coeficientes de Impacto Ocupacional, por puesto de trabajo

Puesto de trabajo	IOC			IOM				IOQ		
	c1	c2	c3	m1	m2	m3	m4	q1	q2	q3
Business Unit Manager	83	100	100	100	0	33	0	50	100	100
Coordinador de Producción	100	83	100	33	0	0	0	100	0	100
Electromecánico	50	83	75	100	0	33	0	100	83	67
Encargado Almacén	83	67	100	67	100	0	100	80	100	100
Food Expert	92	42	88	50	0	17	0	88	50	100
Maintenance Manager	0	67	50	0	0	0	100	100	100	100
Operador de packing	100	100	100	100	0	0	0	100	57	100
Operador de proceso	67	100	75	100	85	3	0	100	92	100
Operations Manager	0	67	100	0	0	0	0	30	100	100
PC&IS Engineer	100	100	100	100	0	0	100	45	100	100
Process Execution Technician	0	67	75	100	0	17	100	100	50	50
Smart Factory Ksum Lead	67	100	100	0	0	33	100	30	100	100
Team Leader	33	67	100	56	0	0	0	100	100	100
Technical Manager	50	100	50	100	0	67	100	100	100	100
Technology Owner	67	67	100	33	0	0	67	100	100	67
Técnico de Calidad/Laboratorio	50	67	100	11	0	0	0	100	67	100
Utilities Coordinator	17	100	100	100	0	0	100	50	100	100

3.2.2. *Metodología y los dispositivos organizativos (IOM)*

El impacto ocupacional sobre la organización del trabajo (métodos y dispositivos organizacionales) presenta unas puntuaciones menores en los cuatro indicadores medidos, respecto a las puntuaciones halladas en las otras dimensiones del IO4.0. Este menor impacto ocupacional —aún con alguna excepción— se debe a la existencia de formas duales de organizar el trabajo, que conservan rasgos de lo que se define como *taylorismo* (por ejemplo, la parcelación de las tareas en el caso de los operarios de fábrica) pero incorporando y extendiendo el uso de nuevas formas de trabajo *posttayloristas*, que ya se conocían en la industria en las últimas décadas, como son los grupos de trabajo, la autonomía relativa, la reducción de niveles jerárquicos o la integración de tareas (Lahera Sánchez 2005).

Analizando las puntuaciones entre grupos profesionales (Tabla 7) vemos que no existen grandes diferencias en la intensidad del impacto ocupacional en la organización del trabajo. Junto a la reconfiguración de las tareas, el incremento de la estandarización de las tareas y actividades a desarrollar en la planta abre la puerta a un incremento de la **intensidad del trabajo** (m1). En 14 de los 17 puestos analizados, aparece reflejado un incremento generalizado del ritmo y la velocidad de trabajo, con mayores exigencias de atención y concentración en los procesos, y con la consiguiente sobrecarga emocional para los trabajadores, que puede causar determinados trastornos psicosociales, como el estrés (Pérez Zapata, Alvarez Hernández, y Revilla Castro 2021).

Otras consecuencias de la estandarización de las tareas y rutinas de trabajo, como el aumento de la frecuencia en la **rotación de puestos** (m2) y en los **tiempos de trabajo atípicos** (m3) están poco presentes en los datos obtenidos, a pesar que ambos elementos se sitúan en el centro de las estrategias de flexibilidad organizativa que tienen a disposición las empresas para hacer frente a los ajustes de la producción ante variaciones de la demanda, y que están siendo potenciadas por las nuevas posibilidades de producción que otorgan las nuevas tecnologías habilitadoras de la industria 4.0. Mayor incidencia tiene el aumento del **trabajo híbrido** y el teletrabajo (m4) para 9 puestos de trabajo pertenecientes al grupo de ingenieros y personal técnico.

3.2.3. *Requerimientos de Cualificación (IOQ)*

La digitalización trae transformaciones en los puestos de trabajo existentes, al cambiar la forma en que se llevan a cabo las tareas y su contenido. Como consecuencia, la cualificación y las competencias necesarias para realizar estas tareas también sufren cambios. En los puestos de trabajo analizados, nos encontramos con un ligero impacto de los requerimientos de cualificación, con incremento general de la **autonomía en el trabajo** (q1) en todos los puestos y en una mayor importancia de la **experiencia previa** para desempeñar el trabajo (q2).

El proceso de aprendizaje / formación que se produce en el propio desempeño del puesto, y que tiene como resultado una revalorización de la experiencia acumulada por el trabajador, hace crecer también la necesidad de formar a los trabajadores en **nuevas áreas de conocimientos** (q₃) sobre determinadas áreas relacionadas con la industria 4.0 para

En 13 de los 17 casos analizados, los trabajadores señalan la necesidad de más formación en las nuevas tecnologías empleadas en el proceso industrial. En 9 casos se manifiesta también la necesidad de formación en competencias transversales y en la evaluación de información.

Como resumen de lo hallado en la medición del IO4.0 en la planta del sector de alimentación podemos apuntar a los siguientes puntos:

1. Debido a los planes anuales de Smart Factory que se han llevado a cabo en la planta, existe un entorno digital avanzado, con una casi total automatización de todos los procesos productivos y una progresiva digitalización de los puestos de trabajo.
2. Más de la mitad de los puestos analizados manifiestan un impacto ocupacional intermedio como consecuencia de las transformaciones productivas llevadas a cabo en la planta. Esto revela que, según se avance en la transformación digital de los procesos productivos en la planta, se seguirán dando nuevos cambios en los puestos de trabajo en los próximos años.
3. La composición del impacto ocupacional revela la desigual incidencia de las variables estudiadas. Los principales puntos de impacto están en el contenido de los puestos (tareas y actividades), en la autonomía de los puestos, y en las situaciones de trabajo híbrido o teletrabajo en puestos relacionados con la ingeniería y coordinación.
4. La práctica totalidad de puestos manifiesta la necesidad de mayor formación en el uso de las tecnologías en los procesos productivos y en competencias digitales transversales, relacionadas con la gestión y evaluación de la información.
5. mejorar su desempeño (Tabla 9).

Tabla 9
Necesidades de nuevos conocimientos, por puesto de trabajo

	1	2	3	4	5
Business Unit Manager			•	•	
Coordinador de Producción	•	•	•	•	•
Electromecánico	•	•			
Encargado Almacén	•			•	
Food Expert	•			•	
Maintenance Manager			•		
Operador de packing	•	•	•	•	•
Operador de proceso	•	•	•	•	•
Operations Manager				•	
PC&IS Engineer		•	•		•
Process Execution Technician			•		•
Smart Factory Ksum Lead		•			
Team Leader		•			
Technical Manager			•		
Technology Owner	•	•	•	•	•
Técnico de Calidad/Laboratorio	•	•	•	•	
Utilities Coordinator			•		

Notas: (1) El proceso industrial global de la fábrica o taller. (2) Nuevas tecnologías y herramientas digitales empleados en el proceso industrial. (3) Competencias transversales. (4) Recopilación, tratamiento y evaluación de información. (5) Comunicación y trabajo colaborativo.

4. Conclusiones

Se ha presentado una metodología propia y original que ha sido resultado de una investigación del autor sobre los efectos de la Cuarta Revolución Industrial en las ocupaciones y empleos. Se ha formulado un procedimiento con el que se cuantifica y evalúa el impacto ocupacional ocasionado por la digitalización de las empresas —el impacto ocupacional 4.0 (IO4.0)— mediante la medición de 10 indicadores que corresponden a las tres dimensiones de los puestos de trabajo (Contenido del puesto, Métodos y dispositivos organizativos y requerimientos de Cualificación) que son alteradas por una serie de transformaciones productivas que se dan en el interior de las empresas con la llegada de las tecnologías de la industria 4.0 a los centros de trabajo; esto permite analizar tanto la intensidad general del impacto ocupacional como la estructura interna del mismo debido a la diferente incidencia de las variables consideradas en cada puesto de trabajo. Con la medición del IO4.0 se pueden, además, realizar comparaciones dentro de una misma empresa entre áreas o departamentos, o hacer también comparaciones entre empresas de un mismo sector o de sectores diferentes.

En este artículo se han presentado también los resultados de la medición del IO4.0 llevados a cabo en la investigación en una planta radicada en España perteneciente a una multinacional del sector de la alimentación. El análisis de los datos obtenidos, a pesar de lo reducido de la muestra de puestos de trabajo, avala la utilidad de la matriz de datos CMQ.

El procedimiento de medición del impacto ocupacional, así conseguido, se convierte en una herramienta para la intervención organizativa en las empresas mediante un enfoque ergonómico de las transformaciones productivas, que formando parte de los programas de transformación digital, ayude al análisis y evaluación preliminar de los efectos sobre las condiciones de trabajo. También a nivel de sector, o rama productiva, la medición del IO4.0 permite a las Administraciones Públicas y a los Agentes Sociales disponer de una medida estandarizada de las transformaciones en las condiciones de trabajo que se producen como consecuencia de las innovaciones tecnológicas y organizativas, lo que puede colaborar a una mayor claridad en los debates y discusiones sobre el uso eficiente de la tecnología en el sistema productivo.

5. Referencias bibliográficas

- ALNOOR, Alhamzah, ATIYAH, Abbas Gatea, & ABBAS, Sammar. (2023). «Toward digitalization strategic perspective in the European food industry: Non-linear nexuses analysis», *En. Asia- Pacific Journal of Business Administration*. Emerald Group Publishing LTD. <https://doi.org/10.1108/APJBA-07-2023-0298>
- ALVIRA MARTÍN, Francisco Ricardo, & AGUILAR, María José (2015). «La evaluación de intervenciones sociales: Proyectos, programas y políticas», *En. M. GARCÍA FERRANDO, F. ALVIRA MARTÍN, L. E. ALONSO, & M. ESCOBAR (Eds.), El análisis de la realidad social: Métodos y técnicas de investigación* (pp. 270-294).
- ANNOSI, María Carmela, BRUNETTA, Federica., BIMBO, Francesco., & KOSTOULA, Marianthi (2021). «Digitalization within food supply chains to prevent food waste». Drivers, barriers and collaboration practices, *En. Industrial Marketing Management*, Vol. 93, pp. 208-220. <https://doi.org/10.1016/j.indmarman.2021.01.005>
- ARANA-LANDÍN, Germán, LASKURAIN-ITURBE, Iker, ITURRATE, Mikel., & LANDETA-MANZANO, Beñat (2023). Assessing the influence of industry 4.0 technologies on occupational health and safety. *Heliyon*, 9(3), e13720. <https://doi.org/10.1016/j.heliyon.2023.e13720>
- AZTI. (2019). «Transformación digital: Reto para la industria alimentaria». Disponible en <https://www.azti.es/la-transformacion-digital-reto-pendiente-para-la-industria-alimentaria/>
- BARILE, Domenica, SECUNDO, Giustina, & DEL VECCHIO, Pasquale (2022). «Food 4.0 for competing during the COVID-19 pandemic: Experimenting digitalization in family firms», *En. European Journal of Innovation Management*. Emerald Group Publishing LTD. <https://doi.org/10.1108/EJIM-07-2022-0373>
- BATISTA-FOGUET, Joan Mamuel, COENDERS, Germà, & ALONSO, Jordi (2004). «Análisis factorial confirmatorio. Su utilidad en la validación de cuestionarios relacionados con la salud». *Medicina Clínica*, 122, Número S1, pp. 21-27.

- CEA D'ANCONA, María Ángeles. (2001). *Metodología cuantitativa: Estrategias y técnicas de investigación social: 1. Síntesis*.
- CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL. (2019). *Informe sobre la industria en España; propuestas para su desarrollo* (Número 04/2019). <http://www.ces.es/documents/10180/5209150/Info419.pdf>
- DONG, Yan, AHMAD, Sayed Fayad, IRSHAD, Muhammad, AL-RAZGAN, Muna, ALI, Yasser A., & AWWAD, Emad Marous (2023). «The Digitalization Paradigm: Impacts on Agri-Food Supply Chain Profitability and Sustainability», *En. Sustainability*, Vol. 15, Número 21. <https://doi.org/10.3390/su152115627>
- ESTRADA, Bruno (2016). *Disrupciones tecnológicas y empleo. Diagnóstico y propuestas*. <https://www.fundacionalternativas.org/recursos/disrupciones-tecnologicas-y-empleo-diagnostico-y-propuestas>
- EUROFOUND. (2018). *Game changing technologies: Exploring the impact on production processes and work*. Oficina de Publicaciones de la Unión Europea;
- EUROFOUND. (2019). *The future of manufacturing in Europe*. Oficina de Publicaciones de la Unión Europea.
- FERNÁNDEZ-MACÍAS, Enrique, & BISELLO, Martina. 2016. «A framework for measuring tasks across occupations». *VoxEU.org*. Recuperado 26 de marzo de 2024. (<https://voxeu.org/article/framework-measuring-tasks-across-occupations>).
- GEORGE, Darren, & MALLERY, Paul (2002). *SPSS for Windows Step by Step: A Simple Guide and Reference*. Allyn & Bacon
- GIROTTI, Francesca, GALEAZZI, Andrea, MANENTI, Flavio, GUEGUEN, Sophie, & PIAZZA, Laura (2022). «Water-food-energy nexus: Assessing challenges in the trend toward digitalization: The case study of an Italian winemaking industry», *En. Environmental Progress & Sustainable Energy*. Vol. 41, Número 6. <https://doi.org/10.1002/ep.13893>
- GRAU-NOGUER, Eduard, SUPPI, Remo RODRIGUEZ-SANZ, Maica, SERRATOSA, Jordi, BOLAÑO, Assun, LUNDEN, Janne, HAU, Patrick, de VASCONCELOS, Filipa Melo, ABERG, Riikka, BLOMGREN, Cecilia, LAMBERT, Michael, LEPPIK, Keidi, VAGSHOLM, Ivar, KAUTTO, Arja Helena, LUECKL, Johannes, ABELN-RICHTER, Sara, KAMPHAUSEN, Rolf, BAMMENS, Erno, GEORGIADES, Filippos, ... PORTANA, Samuel (2023). «Digitalization and official food safety inspections at retail establishments», *En. Food Control*, Vol. 154). <https://doi.org/10.1016/j.foodcont.2023.109950>
- HEIJS, Joost, MOLES, Gabriel, & IGLESIAS-VILLASOL, María Covadonga (2015). El impacto de las innovaciones de producto y de proceso sobre el empleo industrial. *Documento Trabajo IAIF N° 97*.
- JORGE-VAZQUEZ, Javier, CHIVITE-CEBOLLA, Ma Peana, & SALINAS-RAMOS, Francisco (2021). «The Digitalization of the European Agri-Food Cooperative Sector. Determining Factors to Embrace Information and Communication Technologies», *En. Agriculture-Basel*, Vol. 11, Número 6. <https://doi.org/10.3390/agriculture11060514>
- KOSIOR, Katarzyna. (2022). «The advancement of digitalization processes in food industry enterprises in the European Union». *En. Zagadnienia Ekonomiczne Rolnej*, Vol. 371, Número 2, pp. 28-46. <https://doi.org/10.30858/zer/146782>
- LAHERA SÁNCHEZ, Arturo. (2005). *Enriquecer el Factor Humano: Vol. VI*. Fundación de Investigaciones Marxistas.
- LÓPEZ CARMONA, José Luis (2023a). «Más allá de la automatización. Impacto de la Cuarta Revolución Industrial sobre las condiciones de trabajo y la cualificación». *Sociología del Trabajo*, 103, 29-42. <https://doi.org/10.5209/stra.92439>

- LÓPEZ CARMONA, José Luis (2023b). *Trabajar en la Industria 4.0. Medición del impacto ocupacional como consecuencia de la transformación digital de las empresas en el sector manufacturero español*. Universidad Complutense de Madrid. Tesis doctoral dirigida por Arturo Lahera Sánchez.
- MARIC, Drazen, VUKMIROVIC, Goran, MARIC, Radenko, NUSEVA, Daniela, LEKOVIC, Ksenija, VUCENOVIC, Sonja, & TESTA, Ricardo (2024). «Analysis of Food Supply Chain Digitalization Opportunities in the Function of Sustainability of Food Placement in the Western Balkans Region». En *Sustainability*, Vol. 16, Número 1. <https://doi.org/10.3390/su16010002>
- McKINSEY GLOBAL INSTITUTE. (2012). *Manufacturing the future: The next era of global growth and innovation*. https://www.mckinsey.com/-/media/McKinsey/Business%20Functions/Operations/Our%20Insights/The%20future%20of%20manufacturing/MGI_Manufacturing%20the%20future_Executive%20summary_Nov%202012.pdf
- MICHEL-VILLARREAL, Rosario, VILALTA-PERDOMO, Eliseo Luis, CANAVARI, Maurizio, & HINGLEY, Martin (2021). «Resilience and Digitalization in Short Food Supply Chains: A Case Study Approach», En *Sustainability*, Vol. 13, Número 11. <https://doi.org/10.3390/su13115913>
- PÉREZ GIL, José Antonio, CHACÓN MOSCOSO, Salvador, & MORENO RODRÍGUEZ, Rafael (2000). «Validez de constructo: El uso de análisis factorial exploratorio-confirmatorio para obtener evidencias de validez». *Psicothema*, 12(Su2). Disponible en <https://www.psicothema.com/pdf/601.pdf>
- PÉREZ ZAPATA, Oscar, & ÁLVAREZ HERNÁNDEZ, Gloria (2021). «Empleo, trabajo y riesgos para la salud mental: Análisis y propuestas de intervención». *Panorama social*, 34, 77-103.
- PIHIR, Igor, TOMICIC-PUPEK, Katarina, & FURJAN, Martina Tomicic (2019). *Digital transformation playground: Literature review and framework of concepts*. <https://doi.org/10.31341/jios.43.1.3>
- REJEB, Abderahman, REJEB, Karim, ABDOLLAHI, Alireza, ZAILANI, Suhaiza, IRANMANESH, Mohammad, & GHOBAKHLOO, Morteza (2022). «Digitalization in Food Supply Chains: A Bibliometric Review and Key-Route Main Path Analysis», En. *Sustainability*, Vol. 14, Número 1. <https://doi.org/10.3390/su14010083>
- ROLAND BERGER (2015). *The digital transformation of industry*. www.rolandberger.com/publications/publication_pdf/roland_berger_digital_transformation_of_industry_20150315.pdf
- SCHNEIDER, Tanja, & ELI, Karin (2023). «The digital labor of ethical food consumption: A new research agenda for studying everyday food digitalization», En. *Agriculture and Human Values*, Vol. 40, Número 2, pp. 489-500. <https://doi.org/10.1007/s10460-022-10390-7>
- STOIAN, Mirela, DOBRE, Iuliana, POPESCU, Cristian George, COSMIN, Marius Vasile, DIMITRIU, Anton Theodor, & ION, Ana (2022). «Increasing sustainability of food production and ensuring human health through agriculture digitalization», En. *Ekonomika Poljoprivreda-economics of agriculture*, Vol. 69, Número 4, pp. 1209-1223). <https://doi.org/10.5937/ekoPolj2204209S>
- VILALTA-PERDOMO, Eliseo, SALINAS-NAVARRO, David E., MICHEL-VILLARREAL, Rosario, & GARCIA BUSTAMANTE, Rocio (2023). «Digitalization of the Logistics Process in Short Food Supply Chains. An online Viable System Model application during the COVID-19 pandemic», En. *Systemic practice and Action Research*, Vol. 36, Número 4, pp. 509-534. <https://doi.org/10.1007/s11213-022-09619-7>

LOS DIFERENTES ELEMENTOS INDEMNIZATORIOS POR LA RESCISIÓN DEL CONTRATO POR VOLUNTAD UNILATERAL DEL DEPORTISTA PROFESIONAL SIN CAUSA IMPUTABLE AL CLUB

The different elements of compensation for the termination of the contract by unilateral will of the professional athlete without cause attributable to the club

POMPEYO GABRIEL ORTEGA LOZANO*

Universidad de Granada, España

RESUMEN

A efectos de este estudio doctrinal se otorgan las pautas necesarias con las que cuantificar, valorar y probar la indemnización económica a solicitar al jugador por la extinción de la relación laboral consecuencia de su propia voluntad. Considerando los antecedentes anteriores, pretendemos otorgar las pautas oportunas sobre el siguiente objeto: (a) Analizar la aplicación de la doctrina general respecto a los conceptos económicos por los que se puede reclamar la extinción del contrato de trabajo a voluntad del deportista sin causa imputable al club. (b) La importancia de los medios probatorios con los que justificar el «petitum» indemnizatorio en vía judicial por reclamación de cantidad. (c) La realización de un profundo estudio de la doctrina judicial y académica para la valoración del «quantum» económico indemnizatorio por el daño que la actuación del deportista profesional ha ocasionado al club en supuestos en los que no hay cláusula alguna pactada.

Palabras clave: deportista, jugador, abandono, dimisión, resolución, incumplimiento.

ABSTRACT

The purpose of this doctrinal study is to provide the necessary guidelines to quantify, assess and prove the financial compensation to be requested to the player for the termination of the employment relationship as a result of his own will. Considering the foregoing background, we intend to provide the appropriate guidelines on the following object: (a) To analyze the application of the general doctrine regarding the economic concepts for which the termination of the employment contract can be claimed at the will of the athlete without cause attributable to the club. (b) The importance of the evidentiary means with which to justify the compensation «petitum» in judicial proceedings for claiming an amount. (c) The realization of an in-depth study of the judicial and academic doctrine for the valuation of the economic compensation «quantum» for the damage that the performance of the professional athlete has caused to the club in cases in which there is no agreed clause.

Keywords: *Multiple chemical sensitivity, Permanent disability, Central sensitization syndrome, Comorbidity.*

* **Correspondencia a:** Pompeyo Gabriel Ortega Lozano. Universidad de Granada (España). – portega@ugr.es – <https://orcid.org/0000-0001-9880-4231>

Cómo citar: Ortega Lozano, Pompeyo Gabriel (2024). «Los diferentes elementos indemnizatorios por la rescisión del contrato por voluntad unilateral del deportista profesional sin causa imputable al club»; *Lan Harremanak*, 51, 209-236. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.26015>).

Recibido: 30 enero, 2024; aceptado: 16 abril, 2024.

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



Esta obra está bajo una licencia
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

1. Introducción: objetivo del estudio

A efectos de este estudio doctrinal se otorgan las pautas necesarias con las que cuantificar, valorar y probar la indemnización económica a solicitar al jugador por la extinción de la relación laboral consecuencia de su propia voluntad. Considerando los antecedentes anteriores, pretendemos otorgar las pautas oportunas sobre el siguiente objeto: **(a)** Analizar la aplicación de la doctrina general respecto a los conceptos económicos por los que se puede reclamar la extinción del contrato de trabajo a voluntad del deportista sin causa imputable al club. **(b)** La importancia de los medios probatorios con los que justificar el *«petitum»* indemnizatorio en vía judicial por reclamación de cantidad. **(c)** La realización de un profundo estudio de la doctrina judicial y académica para la valoración del *«quantum»* económico indemnizatorio por el daño que la actuación del deportista profesional ha ocasionado al club en supuestos en los que no hay cláusula alguna pactada.

Para ello tomamos como punto de referencia el artículo 16.1 del Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales, cuyo apartado 1 recoge que la extinción del contrato por voluntad del deportista profesional, sin causa imputable al club, dará a la entidad deportiva derecho, en su caso, a una indemnización que en ausencia de pacto al respecto (cláusula de penalización predeterminada) fijará la Jurisdicción Laboral en función de las circunstancias de orden deportivo, perjuicio que se haya causado a la entidad, motivos de ruptura y demás elementos que el juzgador considere estimable (elementos que crean absoluta inseguridad jurídica en vía de tribunales tal y como advertimos a lo largo de todo el estudio). De la literalidad del precepto se extrae una importante conclusión: el contrato se puede resolver por la sola voluntad del jugador, sin que dicha resolución quede condicionada a la intervención de juez o al pago de una indemnización; es más, la intervención de los tribunales solo será para fijar el importe de la indemnización económica (Roqueta Buj, 2011: 411). Por tanto, se entiende que si el club se siente perjudicado puede solicitar una indemnización, pero esto no debiera ser óbice para que las federaciones queden vinculadas por la resolución del contrato y, por ende, la tramitación de la licencia federativa con el nuevo club o el pase internacional hacia un club extranjero (Palomar Olmedo, 1987). Para la profesora Roqueta Buj, sin duda, *«el deportista puede proceder a abandonar su club cuando lo considere oportuno y concertar sus servicios con otra entidad con carácter inmediato, sin necesidad de pronunciamiento previo de la jurisdicción laboral, ni de abono de la indemnización a que haya lugar»* (Roqueta Buj, 2011: 411).

Por tanto, es evidente que cuando el trabajador (deportista profesional) abandona su club de origen sin causa imputable al empleador, debiera existir —salvo alguna excepción que referiremos que tiene que ver con el abandono absoluto de la práctica deportiva— una indemnización económica a la entidad deportiva, indemnización bastante confusa, con abundantes elementos de valoración que crean

una importante inseguridad jurídica al respecto, y, sobre todo, discutida por la doctrina, sin tener muy claro si nos encontramos ante una «*cláusula penal por incumplimiento de contrato, un derecho de desistimiento, una extinción ad nutum o una figura sui generis*» (Seligrat González, 2013: 196). Al respecto, hay opiniones en todos los sentidos (Alonso Olea y Casas Baamonde, 1998; Limón Luque, 2000; Montoya Melgar, 2006; Rubio Sánchez y Barriuso Iglesias, 1999; Seligrat González, 2013), y si bien no es este el objeto del estudio, nos decantamos por considerar la cuestión como un abandono del trabajador (del jugador profesional) de su puesto de trabajo lo que, consecuencia de lo especial de la relación laboral, deberá indemnizar a la parte contrario, pues existe un claro incumplimiento contractual por parte del empleado con especial repercusión en el empleador, pues no ha existido causa válida de resolución anticipada (*ante tempus*) del mismo (precisamente, el propio precepto establece «*sin causa imputable al club*»).

Respecto a la tradición jurídica de la norma se refiere expresamente el prof. Montoya Melgar cuando alude al artículo 299 del Código de Comercio («*Si el contrato entre los comerciantes y sus mancebos y dependientes se hubiere celebrado por tiempo fijo no podrá ninguna de las partes contratantes separarse sin consentimiento de la otra de su cumplimiento hasta la terminación del plazo convenido. Los que contraviniéren a esta cláusula quedarán sujetos a la indemnización de daños y perjuicios, salvo lo dispuesto en los artículos siguientes*»), al artículo 1586 del Código Civil («*Los criados de labranza, menestrales, artesanos y demás trabajadores asalariados por cierto término para cierta obra, no pueden despedirse ni ser despedidos antes del cumplimiento del contrato, sin justa causa*») y al artículo 20 del Código de Trabajo de 1926 («*Celebrado el contrato por tiempo determinado, ninguna de las partes podrá darlo por terminado antes de su vencimiento, a no mediar justa causa*»). Lo que parece claro es que ante el abandono o resolución del contrato *ante tempus* por parte del deportista profesional, debe existir una cuantía económica indemnizatoria que el jugador (o el nuevo club de manera subsidiaria¹) deberá abonar por dicho incumplimiento contractual al club de origen: y es justo el cálculo de esta indemnización económica lo que se analiza en profundidad en este estudio.

2. Normativa de referencia a efectos de la cuantía indemnizatoria: las circunstancias de orden deportivo

Dentro del marco normativo del Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales,

¹ A ello mismo se refiere el segundo apartado del artículo 16 cuando establece lo siguiente: «*en el supuesto de que el deportista en el plazo de un año desde la fecha de extinción, contratase sus servicios con otro club o entidad deportiva, éstos serán responsables subsidiarios del pago de las obligaciones pecuniarias señaladas*».

el artículo 7 (referido a los «derechos y obligaciones de las partes») nos viene a confirmar que «*el deportista profesional está obligado a realizar la actividad deportiva para la que se le contrató en las fechas señaladas, aplicando la diligencia específica que corresponda a sus personales condiciones físicas y técnicas, y de acuerdo con las reglas del juego aplicables y las instrucciones de los representantes del club o entidad deportiva*» (temática tratada en Monereo Pérez, Cardenal Carro, Fernández Avilés y García Silvero, 2010; Palomar Olmeda y Terol Gómez, 2023).

De conformidad con el artículo 13 del citado texto normativo (precepto referido a la «*extinción del contrato*»), dentro de las posibles causas de extinción de la relación laboral, localizamos las siguientes: a) Por mutuo acuerdo de las partes. b) Por expiración del tiempo convenido. c) Por el total cumplimiento del contrato. d) Por muerte o lesión que produzca en el deportista una incapacidad permanente total o absoluta o gran invalidez. e) Por disolución o liquidación del club o de la entidad deportiva correspondiente. f) Por crisis económica del club o entidad deportiva. g) Por las causas válidamente consignadas en el contrato, salvo que las mismas constituyan manifiesto abuso de derecho por parte del club o entidad deportiva. h) Por despido del deportista. i) Por voluntad del deportista profesional.

Respecto a los «*efectos de la extinción del contrato por despido del deportista*», el apartado 2 del artículo 15 estipula que «*el despido fundado en incumplimiento contractual grave del deportista no dará derecho a indemnización alguna a favor del mismo. A falta de pacto al respecto la Jurisdicción Laboral podrá acordar, en su caso, indemnizaciones a favor del club o entidad deportiva, en función de los perjuicios económicos ocasionados al mismo*».

Y el artículo 16, referido a los «*efectos de la extinción del contrato por voluntad del deportista*», con una redacción que parece dar lugar a confusión (contenido normativo que posteriormente desarrollaremos profundamente), establece lo siguiente:

Uno.— La extinción del contrato por voluntad del deportista profesional, sin causa imputable al club, dará a éste derecho, en su caso, a una indemnización que en ausencia de pacto al respecto fijará la Jurisdicción Laboral en función de las circunstancias de orden deportivo, perjuicio que se haya causado a la entidad, motivos de ruptura y demás elementos que el juzgador considere estimable. En el supuesto de que el deportista en el plazo de un año desde la fecha de extinción, contratase sus servicios con otro club o entidad deportiva, éstos serán responsables subsidiarios del pago de las obligaciones pecuniarias señaladas.

Dos.— La resolución del contrato solicitada por el deportista profesional, fundada en alguna de las causas señaladas en el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, producirá los mismos efectos que el despido improcedente sin readmisión.

Precepto que ha sido definido doctrinalmente por el prof. Rubio Sánchez como «*obligación resarcitoria de origen reglamentario, cuya cuantía se determina*

nará contractualmente o, en su defecto, en sede jurisdiccional. El fundamento de este precepto consiste en tratar de ofrecer, con dudoso acierto en su redacción y relativo éxito en la práctica, un cierto grado de equidad entre los intereses en juego en la relación de trabajo existente entre el club o entidad deportiva y el deportista profesional (necesitado de la continuidad laboral de un trabajador cualificado y, en su caso, indemnizado por su pérdida), frente al interés del jugador (centrado en su promoción profesional que le legitima el ejercicio de la libertad contractual, y al que, ante una oferta que mejore sus condiciones laborales, nunca podrá negársele el derecho a aceptarla, aunque deba indemnizar a su empresario si rompe el contrato unilateralmente)» (Rubio Sánchez, 2011; García Silvero, 2008: 249).

Asimismo, y sirva esto a mero título ejemplificativo de la cuantía económica a indemnizar por el deportista profesional, dentro del IV Convenio colectivo de baloncesto profesional ACB (Resolución de 3 de marzo de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el IV Convenio colectivo de baloncesto profesional ACB), en su anexo 1, se localiza el «*contrato tipo de mínimos*» que, en su cláusula séptima, estipula lo siguiente: «*el club podrá también resolver el presente contrato cuando el jugador adquiera compromisos de cualquier índole, sin su consentimiento, con otro club. En tal caso, el jugador deberá abonar al club la mitad de la retribución pactada para la última temporada de contrato, en concepto de indemnización por daños y perjuicios*». Y en el anexo 2, en el denominado «*documento de oferta*», dentro del apartado «*condiciones de la oferta*», se establece lo siguiente: «*4.º En su caso, importe de la cantidad acordada como indemnización por la extinción del contrato por voluntad unilateral del jugador sin causa imputable al club*».

3. Efectos de la extinción del contrato por voluntad del deportista profesional con existencia de una cláusula penal de rescisión: una doctrina judicial manifiesta en la «dimisión» del trabajador-deportista de élite

Ante un acto de rebeldía del jugador profesional entendemos que el club posee dos opciones —a elegir entre las existentes—: despido disciplinario o dimisión indemnizada del jugador (en este último caso, extinción del contrato de trabajo por causa de dimisión que terminaría verificando un supuesto de extinción del contrato por voluntad del deportista sin causa justificada, pues verdaderamente no existe la libertad de dimisión del jugador —más bien una supuesta «dimisión indemnizada»—).

Para la doctrina académica, en el supuesto de que se haya estipulado la cuantía de la indemnización, ya sea en la ruptura o en el propio contrato de trabajo a través de una cláusula penal (Álvarez de la Rosa, 1990), los órganos jurisdiccionales tendrán que confirmar lo convenido por las partes —salvo que se

declaren abusivas por extralimitación evidente, esto es, cuando terminen frustando la promoción profesional y económica del deportista impidiendo el cambio de club— (Roqueta Buj, 2011: 415 y 417).

El prof. Sala Franco también refiere esa importante diferencia que existe en el supuesto de rescisión *ante tempus* del término fijado para su vencimiento del contrato de los deportistas profesionales y los contratos de trabajo ordinarios. Incide así en los supuestos en los que la voluntad del deportista profesional es rescindir la relación laboral sin causa imputable al club, lógicamente, argumentando que este último (en referencia a la entidad deportiva) debe tener derecho a una indemnización que será, en primer término, la pactada (cláusula de rescisión contractual) y, en caso de no existir indemnización pactada alguna, habrá que estarse a la indemnización fijada por la propia Jurisdicción Laboral en función de una serie de criterios a atender por el juzgador:

las circunstancias de orden deportivo (el momento de producción de la rescisión contractual, esto es, durante la competición o finalizada ésta o la existencia o no de plantilla suficiente para cubrir esta ausencia). El perjuicio que se haya causado al club (el monto de la retribución abonada al deportista por los años contratados y los años de contratación transcurridos). Los motivos de la ruptura (personales o profesionales, tales como una nueva contratación por otro club). «Demás elementos que el juzgador considere estimables», dando de esta manera al juez una gran discrecionalidad, permitiendo el juego de la equidad en atención a las circunstancias.

Y termina comentando un supuesto concreto poniendo de relieve la importancia de las cláusulas consecuencia de la valoración indemnizatoria que pueden realizar los tribunales:

estas cláusulas rescisorias no se generalizaron hasta la década de los 90, contribuyendo a ello notablemente la STSJ de Aragón de 29 de junio de 1994, dictada en el Caso Toni, portero del Zaragoza. El supuesto planteado era el siguiente: a los pocos meses de firmar el contrato con el Zaragoza, el deportista rescindió el contrato sin causa justificada para firmar con el Rayo Vallecano; el Zaragoza reclamó la indemnización por los perjuicios que la marcha le suponía y, al no existir cláusula rescitoria contractual sobre la cuantía de la indemnización, reclamó al Juzgado de lo Social que la determinó en 10 millones de pesetas, cantidad idéntica a la que el Zaragoza invirtió en contratar a un nuevo portero, aunque se trataba de una cifra inferior al precio del jugador en el mercado; recurrida la sentencia del juzgado en suplicación por el club, el TSJ de Aragón confirmó la sentencia de instancia en su integridad, creando con ello un temor generalizado en los clubes por las soluciones judiciales, pensando que estas bajas cantidades podían empujar a los deportistas a abandonar los clubes y «tirar por tierra» el «mercado de traspasos», una de las principales fuentes de financiación de los clubes, especialmente de los más modestos (Sala Franco, 2009).

Para responder a dicha cuestión (cuya decisión es posible que el club la haya tomado en sus comunicaciones previas con el jugador y sus agentes) acudimos al

típico criterio de localizar supuestos similares en los órganos judiciales. Y si bien es cierto que no suele ser muy común que un jugador profesional abandone su club a mitad de temporada, en los últimos años se están dando casos que, si bien antes eran una excepción, en la actualidad ya no lo es tanto (poniéndose de relieve que existe un cambio de tendencia en esta situación y que, en los próximos años, este tipo de disputas irán creciendo en número de casos).

En tal sentido, dentro del sector del fútbol profesional, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco de fecha 17 de octubre de 2006² se otorga respuesta a la primera pregunta que debe responderse: ¿despedir al trabajador o rescisión del contrato de trabajo por voluntad unilateral del jugador? Es por ello que debemos fijarnos bien en sus antecedentes fácticos y, concretamente, cuando el juzgado de instancia³, por una demanda de despido del futbolista al club (Real Sociedad de Fútbol), vino a establecer lo siguiente: «*en fecha 10.08.05 se dictó sentencia por el Juzgado de lo Social núm. 4 de Donostia San Sebastián, en el procedimiento seguido en reclamación por despido*» cuyo fallo declaraba: «*que desestimó la demanda, declaro que no existe el despido que denuncia D. José Manuel el 7 de julio de 2005, sino la rescisión del contrato de trabajo*» por voluntad unilateral del trabajador, «*hecho que se produjo el 1 de julio del 2005, debiendo las partes pasar por esta declaración; y absuelvo a la empresa «Real Sociedad de Fútbol, SAD» de los pedimentos de la demanda*». Fallo de la sentencia que fue confirmado posteriormente en suplicación⁴. Consecuentemente, el equipo de fútbol demandó al jugador que terminaría siendo condenado a abonar 5.000.000€ al club⁵. Al hilo de lo anterior, a efectos de *quantum indemnizatorio* económico, todo parece indicar que a beneficio de los clubes profesionales interesa que dicha actuación sea tramitada como una clara voluntad del jugador de extinguir el contrato de trabajo por causa de dimisión, abandono o rescisión —artículo 13.i) del Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales—, lo que verificaría un supuesto de extinción del contrato por voluntad del deportista, sin causa justificada (artículo 16.1 del Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales) y, por tanto, un incumplimiento del contrato de trabajo suscrito entre el jugador profesional y el club o entidad deportiva.

² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco de fecha 17 de octubre de 2006 [AS 2006\2321] (confirmada por Sentencia del Tribunal Supremo 12 de mayo de 2008 [RJ 2020\5542]).

³ Juzgado de lo Social núm. 4 de San Sebastián.

⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 20 de diciembre de 2005 [AS 2006\1464].

⁵ Lo confirma la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco de fecha 17 de octubre de 2006 [AS 2006\2321].

Dejando el fútbol y sus importantes dimensiones económicas e introduciéndonos en el baloncesto profesional, la siguiente resolución judicial⁶ dirime la indemnización que el jugador de baloncesto («caso Miralles») debe abonar al Club Joventut Badalona consecuencia de su propia dimisión, aunque con un dato importante a tener en cuenta, pues en el «caso Miralles» existía una cláusula expresa pactada entre el jugador y el club. Concretamente, después de que el jugador intentara sin éxito obtener la carta de libertad, optó por fichar por otro club, concertando el nuevo club y el jugador un contrato de trabajo de deportista profesional en la que se pactó el pago de una retribución superior a los 60.000€ por temporada. Posterior a la formalización del contrato, el jugador comunicó su baja voluntaria a la que el antiguo club respondió interponiendo una demanda por reclamación de cantidad que finalizó con la sentencia del Juzgado de lo Social de Mataró con el siguiente fallo:

estimar parcialmente la demanda interpuesta por el Club Joventut de Badalona, SAD contra D. Javier y contra el Club Ourense Baloncesto, SAD, y debo condenar y condeno a D. Javier que abone al club demandante la cantidad de 601.012,10 euros y, asimismo, condeno subsidiariamente al Club Ourense Baloncesto, SAD al abono de dicha cantidad, condenando a los demandados a estar y pasar por esta declaración.

Cantidad indemnizatoria que fue reducida, pues la cláusula de rescisión pactada entre las partes era del doble: 1.202.024,20€. Por dicho motivo (y otros más, valiéndose a efectos de este estudio doctrinal solo la cuantía indemnizatoria) se interpuso recurso de suplicación. Para resolver la cuestión debe partirse de que el vínculo contractual que une a las partes (jugador profesional y entidad deportiva) no es calificable como relación laboral ordinaria, sino de carácter especial; lo que significa que la aplicabilidad del Estatuto de los Trabajadores y demás normas laborales es única y exclusivamente en lo no regulado por el Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales. Más detalladamente, téngase en cuenta que la dimisión indemnizada del trabajador aparece regulada expresamente por el artículo 16 del Real Decreto 1006/1985 de forma muy concreta para esta relación laboral especial, sin que —así lo entendemos— haya posibilidad de aplicación supletoria del Estatuto de los Trabajadores. Y en el caso planteado (caso «Miralles») existía una cláusula de rescisión (*«la fijación del «quantum» indemnizatorio para el caso de rescisión por voluntad del jugador, sin causa imputable al club, en 200 millones de pesetas»*), a la que el propio tribunal considera *«fruto de un proceso de negociación entre las partes»*, por lo que atendiendo a tal cúmulo de circunstancias *«no puede considerarse como abusiva la cantidad indemnizatoria pactada»* consecuencia de varios factores que la doctrina judicial califica, valora y tiene en cuenta, tales como los siguientes:

⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 2 de febrero de 2004 [AS 2004\1463].

dado que no podemos olvidar que su incorporación al primer equipo se produce a una edad muy temprana, la duración establecida en el contrato es la habitual en estos casos y su proyección profesional se produce gracias a esa prolongada vinculación al club, por lo que no puede decirse que nos hallemos, en absoluto, ante una cuantía indemnizatoria desproporcionada, debiendo rechazarse el carácter abusivo de la misma.

Consecuencia de la decisión judicial que se sostiene de conformidad a los términos del artículo 16 del RD 1006/85, puesto que el contenido del mismo es claro y no ofrece lugar a duda, por lo que la indemnización que viene obligado a abonar el jugador, cuando extingue voluntariamente el contrato de forma anticipada, sin causa imputable al club, «será la pactada por las partes y, única y exclusivamente, en ausencia de pacto al respecto, será fijada por el Juez en atención a las circunstancias de orden deportivo, perjuicio que se haya causado a la entidad, motivos de ruptura y demás elementos que considere estimables». Es evidente que la actuación del deportista profesional que abandona el club sin causa aparente resulta totalmente contraria a las normas esenciales de la buena fe que deben presidir las relaciones jurídico-contractuales (sean relación laboral de carácter especial o común), dado que el jugador termina fichando por otro club nuevo en una situación jurídica que podríamos caracterizar por un hecho concreto, y es que el jugador tiene contrato vigente con su antiguo club (Joventut) y sin obtener la carta de libertad, y siendo plenamente consciente de sus circunstancias laborales y profesionales, así como que su actuación carece de amparo legal alguno (en el caso concreto esto último lo «*ajustifica el contenido del anexo al contrato suscrito con el Ourense, asumiendo el jugador el pago de las indemnizaciones que deba abonar al Joventut a causa de su incumplimiento contractual, circunstancias todas ellas que, dicho sea de paso, redundan en la consideración de que la cláusula no fue en momento alguna abusiva*»). Jugador profesional de baloncesto que terminaría siendo condenado a abonar la cantidad de 1.202.024,20€ por extinción del contrato por voluntad del deportista sin causa imputable a la entidad deportiva⁷.

Para la doctrina judicial y académica hay bastante oscuridad en aquellos supuestos en los que el jugador profesional decide «abandonar» su club de origen y «fichar» por un nuevo club (extinción del contrato por voluntad del deportista profesional) sin que exista cláusula alguna pactada. Es por ello que, a continuación, realizamos un detallado estudio de doctrina judicial sobre los criterios que deben seguirse para valorar el «*quantum*» indemnizatorio por la incorrecta actuación del deportista profesional (verdadero objeto de estudio).

⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 2 de febrero de 2004 [AS 2004\1463].

4. Construcción judicial sobre los conceptos económicos por los que se puede reclamar al jugador por extinción del contrato de trabajo por voluntad del deportista sin causa imputable al club [gastos, perjuicios deportivos, daños de imagen y daños materiales]

4.1. La doctrina general respecto a la reclamación indemnizatoria por el incumplimiento del contrato

En supuestos en los que la indemnización compensatoria no está previamente fijada por las partes (por tanto, inexistencia de cláusula indemnizatoria alguna en caso de dimisión, abandono o rescisión a voluntad del jugador), descartada la posibilidad de llegar a un acuerdo (sin duda, la negociación entre las partes sería la mejor fórmula de solucionar dichas disputas con un amplio abanico de inseguridad jurídica en las argumentaciones de derecho), será el juzgador quién deberá fijar discrecionalmente la cuantía económica de la indemnización atendiendo a los siguientes parámetros que caben destacarse (Roqueta Buj, 2016: 225-260 y 261-328): circunstancias de orden deportivo; perjuicio causado a la entidad; motivos de la ruptura; y demás elementos que el juzgado considere estimables. De este modo deben ponerse en relación los elementos esenciales de la responsabilidad del deportista profesional que, *mutatis mutandi*, son los mismos elementos esenciales de la responsabilidad por daños y perjuicios del Derecho Civil. Por tanto, una conducta antijurídica por parte del deportista profesional, que haya constituido unos daños reales verificables, junto con la típica relación de causalidad. De este modo, la descripción fáctica a poner en relación con los elementos esenciales de la responsabilidad civil serían los siguientes: (1) Una conducta antijurídica por parte del deportista profesional que termine desencadenando su responsabilidad; es decir, la resolución de la relación laboral por la propia voluntad del trabajador sin que haya causa imputable al empleador (club o entidad deportiva) (Durán López, 1990; Magaz González, 2004). (2) La existencia de unos daños —consecuencia de la conducta incumplidora del trabajador— reales y que puedan ser probados (con todas sus especificidades a las que iremos haciendo referencia).

En este sentido, apoyándose en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo [en sentencias que a continuación vamos a ir referenciando], la doctrina judicial realiza una construcción impecable sobre los aspectos que pueden reclamarse y sus conceptos, argumentando y justificando, lógicamente, todos ellos⁸.

Se parte de que el artículo 16 del Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio por el que se regula la Relación Laboral Especial de los Deportistas Profesionales, prevé que, cuando no exista pacto, la indemnización será fijada por

⁸ Sentencia del Juzgado de lo Social de Oviedo de fecha 26 de junio de 2002 [AS 2002\2235] que ha sido confirmada por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de fecha 12 de septiembre de 2003 [AS 2003\4085].

el juez atendiendo a todas las circunstancias que concurran, tanto deportivas como económicas. La indemnización de daños y perjuicios debe comprender, no sólo el valor de la pérdida que se haya sufrido, sino también el de la ganancia que se haya dejado de obtener por parte del acreedor (esta última, como veremos, con bastantes dudas judiciales). Pero esta disposición ha venido siendo matizada por la doctrina jurisprudencial que insiste en que para determinar el «*lucro cesante*» hay que atenerse a la «*posibilidad objetiva de realizar la ganancia, teniendo en cuenta la resultante del curso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso concreto*»; o que las ganancias dejadas de obtener por quien se crea perjudicado «*no puedan derivar de meros cálculos, hipótesis o desprovistos de certidumbre*»⁹. El artículo 1106 del Código Civil cuando se refiere al desistimiento unilateral del propietario de la obra le obliga a indemnizar al contratista por la «*utilidad que pudiera obtener de ella*».

Más adelante en el tiempo el Tribunal Supremo también declaró que la «*no concreta regulación en nuestro Derecho positivo de los principios generales que deben regir la indemnización de daños y perjuicios derivados de una responsabilidad contractual, tiene como consecuencia que se ha de efectuar la mensura, tanto del daño emergente como del lucro cesante, por el órgano judicial con un criterio discrecional*»¹⁰. Y por ello, como dice la doctrina emanada de constantes sentencias de nuestro alto tribunal, la apreciación de los mismos es una cuestión de hecho reservada única y exclusivamente al tribunal de instancia (esto último importante porque son abundantes las sentencias que, en relación a la dimisión del deportista profesional, solo tiene en cuenta lo que el juzgador de instancia ha declarado en relación a los daños probados por el club). Sin embargo, aparte de pacto o precepto especial, como consecuencia de que nuestro sistema responde a una «*ratio*» resarcitoria o compensatoria, es preciso la constancia de la existencia o realidad del daño y de su cuantía, además de que sea consecuencia necesaria del incumplimiento. El principio de la total indemnidad queda sujeto a las reglas legales que determinan los daños resarcibles (artículo 1106 CC) y a la prueba que la jurisprudencia de la Sala de lo Civil ha venido declarando en numerosas sentencias que el incumplimiento puede dar lugar «*per se*» a la indemnización, pero ello no significa que se haya abandonado la doctrina general de que el incumplimiento contractual no genera el desencadenamiento inexorable de los daños y perjuicios y su reparación, y que, por ende, incumbe a la parte reclamante la carga de la prueba de su existencia y cuantía¹¹.

⁹ Cuyos ejemplos más elocuentes podemos ver en las Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 31 de mayo de 1983 [RJ 1983\2956], 13 de febrero de 1984 [RJ 1984\650] y 29 de noviembre de 1985 [RJ 1985\5916].

¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de mayo de 2001 [RJ 2001\6189].

¹¹ En este sentido, entre otras muchas resoluciones, las Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 8 de febrero de 1996 [RJ 1996\1345], 1 de abril de 1996 [RJ 1996\2875], 13 de mayo de 1997 [RJ 1997\3842], 20 de diciembre de 1997 [RJ 1997\9337], 14 de noviembre de 1998

La doctrina que mantiene la posibilidad de apreciar el efecto indemnizatorio por el simple incumplimiento se refiere a supuestos en que el incumplimiento determina «*por sí mismo*» un daño o perjuicio, una frustración en la economía de la parte, en su interés material o moral¹², lo que ocurre cuando se deduce necesaria y fatalmente la existencia del perjuicio¹³, o es una consecuencia forzosa¹⁴, o natural e inevitable¹⁵, o se trata de daños incontrovertibles¹⁶, evidentes¹⁷ o patentes¹⁸.

Al respecto, el Tribunal Supremo entiende que el jugador

se marchó a su país por causas familiares durante la vigencia del contrato que tenía suscrito con el mismo club demandante, y luego no regresó a España, comunicando el agente del jugador demandado al club que aquél no volvería. El contrato tenía una cláusula que fijaba en 7.000.000 libras esterlinas la indemnización por desistimiento unilateral del contrato, pero la sentencia estimando parcialmente la demanda, la fijó en 300.000€ atendiendo a una serie de criterios que la sentencia de suplicación utilizada ahora de contraste considera acertados¹⁹.

Y, en este sentido, los argumentos de la sentencia de suplicación para rebajar la indemnización (que posteriormente acoge el Tribunal Supremo) tiene muy en cuenta que cuando el jugador abandonó su club de origen (en fecha de «7 de marzo de 2001») para marcharse a Inglaterra por los «*problemas del embarazo y parto de su compañera*», no fue para jugar en otro equipo, pues no es hasta «*febrero del año 2002*», cuando se comunica

al Club de Fútbol del Real Oviedo, por la Real Federación Española de Fútbol que un club inglés ha solicitado el certificado de transferencia internacional; es decir que, en la fecha del cese, ni se había solicitado el «transfer», ni consta que, en esa fecha hubiera intención de solicitarlo, y, por consiguiente, de jugar en otro equipo o club. Por último cabe añadir, que la simple solicitud del certificado de transferencia, en ningún caso, puede equivaler a la efectiva prestación de servicios en otro club, ni la intención del jugador de

[RJ 1998\9972], 24 de mayo de 1999 [RJ 1999\4056], 17 de noviembre de 1999 [RJ 1999\8613], 22 de enero de 2000 [RJ 2000\59], 18 de abril de 2000 [RJ 2000\2672], 23 de mayo de 2000 [RJ 2000\3917] y 10 de junio de 2000 [RJ 2000\4407].

¹² Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 18 de julio de 1997 [RJ 1997\5522], 16 de marzo de 1999 [RJ 1999\1675], 28 de diciembre de 1999 [RJ 1999\9146].

¹³ Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 19 de octubre de 1994 [RJ 1994\8118], 16 de marzo de 1995 [RJ 1995\2661], 11 de julio de 1997 [RJ 1997\6014], 16 de marzo de 1999 [RJ 1999\1675], 28 de diciembre de 1999 [RJ 1999\9146], 10 de junio de 2000 [RJ 2000\4407].

¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 25 de febrero de 2000 [RJ 2000\1245].

¹⁵ Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 22 de octubre de 1993 [RJ 1993\7762] y 18 de diciembre de 1995 [RJ 1995\9149].

¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de septiembre de 1989 [RJ 1989\6393].

¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23 de febrero de 1998 [RJ 1998\1164].

¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 25 de marzo de 1998 [RJ 1998\1651].

¹⁹ Por Auto del Tribunal Supremo de fecha 17 de febrero de 2011 [JUR 2011\94383] por cuanto se refiere a la antes mencionada Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de fecha 12 de septiembre de 2003 [AS 2003\4085].

hacerlo con anterioridad a la fecha de terminación del contrato que le vinculaba con el Club Real Oviedo²⁰.

Por lo que es importante tener en consideración que en este supuesto de solicitud del «transfer» han transcurrido doce meses por lo que parece ser que la doctrina judicial distingue cuando la solicitud es inmediata tras el abandono del club o hay un «plazo de espera» desde el abandono hasta la vuelta a los terrenos de juego, hasta el punto de mitigar en cuantía económica importante la indemnización que deberá resarcir el jugador profesional al club por su abandono o dimisión.

Y confirmando —como antes hemos referenciado— que una mejor solución es un acuerdo (aunque sea «malo» como el refranero que dice «*más vale un mal arreglo que un buen pleito*»; a esto mismo también se refiere Roqueta Buj, 2022; Roqueta Buj, 2021), la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Donostia/San Sebastián de fecha 9 de marzo de 2006 nos da la razón cuando confirma lo siguiente:

no puede pasar desapercibido a este juzgador que, a pesar de las cuantiosas y elevadas cláusulas de rescisión pactadas en este país —e incluso en el entorno comunitario—, pocas resoluciones judiciales se han dictado, lo que es síntoma de que antes de acudir a la sede judicial para que se confirme, modere o fije la indemnización, las sociedades anónimas deportivas y entidades deportivas en general, y los jugadores, prefieren alcanzar acuerdos que satisfagan a todas las partes implicadas, lo que también se constata por el hecho de que sólo en casos muy puntuales se han llegado a pagar las cifras inicialmente pactadas en las cláusulas de rescisión, cuestión que abunda en la necesidad de limitar el importe de la indemnización²¹.

4.2. Doctrina específica respecto a los conceptos y cuantías económicas a solicitar por la extinción del contrato de trabajo por voluntad del deportista sin causa imputable al club

La doctrina judicial examina las disposiciones del Código Civil y la jurisprudencia concordante, en relación con el ámbito laboral (por tanto, haciendo ahora referencia al deporte profesional) y afirma que el artículo 16 del Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales, contiene los elementos esenciales de la responsabilidad por daños del derecho civil y que son: a) respecto a la conducta que desencadena la responsabilidad, ésta consiste en la resolución del contrato por voluntad del deportista sin causa imputable al club; b) los daños que el jugador

²⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de fecha 12 de septiembre de 2003 [AS 2003\4085].

²¹ Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Donostia/San Sebastián de fecha 9 de marzo de 2006 [AS 2006\800].

infiere deben ser reales y probados por el club, no sólo los estrictamente materiales sino los morales, incluido el lucro cesante que sea consecuencia inmediata del comportamiento del deportista y que sea previsible en el momento en que tiene lugar éste, para cuya valoración deben tomarse en consideración todas las circunstancias; y c) los motivos de ruptura (que no sea causa imputable al club y/o puedan ver argumentos que justifiquen ese comportamiento por parte del jugador profesional)²².

Al respecto, en el caso que ahora planteamos²³, el demandante (Real Oviedo Club de Fútbol, SA) se refiere a determinados daños tales como los gastos, los perjuicios deportivos, los daños de imagen y los daños materiales. Por tanto, de conformidad con el artículo 1106 del Código Civil («*la indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor*»), se solicita «*daño emergente*» (el valor de la pérdida que se haya sufrido) y «*lucro cesante*» (el valor de la ganancia que se haya dejado de obtener). Pero para que el «*lucro cesante*» forme parte de la indemnización, es necesario que la pérdida de la ganancia sea consecuencia inmediata de comportamiento del deportista y que sea previsible en el momento en que tiene lugar éste (de conformidad con los artículos 1106 y 1107 del Código Civil); es por ello que doctrina académica sostiene —en contra de algunas resoluciones judiciales que referiremos— que «*por un principio elemental de equivalencia e igualdad de las partes en el contrato, es claro que la indemnización a fijar por el juez en ningún caso podría comprender, por ejemplo, los esperados beneficios de una cesión temporal o traspaso posteriores, la nueva cotización en el mercado de deportista, el valor del nuevo deportista que el club adquiera o el presumible déficit de ingresos por taquilla*» (Roqueta Buj, 2016: 422), puesto que de lo contrario se rompería el equilibrio contractual suponiendo una limitación a la libertad de trabajo que chocaría con el artículo 35 CE (Palomar Olmedo, 1987: 269).

Profundizando en los daños y perjuicios que un club o entidad deportiva puede contemplar a efectos de indemnización consecuencia del abandono de un jugador profesional (teniendo en cuenta la inseguridad jurídica existente a estos efectos y de la recepción de los mismos por parte del juzgador), entendemos que estos podrían quedar enumerados y definidos de la siguiente manera²⁴:

1. Gastos y daños emergentes. Respecto a los gastos ya realizados por la entidad deportiva y en los que se incluye el daño emergente, dentro de los mismos podrían introducirse gastos relacionados con la «*ficha federativa, avión, hotel, teléfono, equipamiento deportivo, remaquetación del poster oficial del equipo, el*

²² Sentencia del Juzgado de lo Social de Oviedo de fecha 26 de junio de 2002 [AS 2002\2235].

²³ Sentencia del Juzgado de lo Social de Oviedo de fecha 26 de junio de 2002 [AS 2002\2235].

²⁴ Sentencia del Juzgado de lo Social de Oviedo de fecha 26 de junio de 2002 [AS 2002\2235].

núm. 4 de la revista y las camisetas, postales y demás objetos de promoción del club que incluían al demandado como jugador, además de 29.104.493 ptas. de la parte del contrato de crédito cobrado por él, ascendiendo a un total de 40.717.051 ptas» (la mayoría son gastos fácilmente probables). Pero, por otro lado, también se localiza el perjuicio deportivo y de imagen del club (dificilmente cuantificable en términos económicos). Sin perjuicio de lo anterior, nos encontramos ante conceptos que requieren prueba de su existencia y la conexión con el incumplimiento por parte del jugador y, lógicamente, de la inexistencia de incumplimiento alguno por parte del club, pues lo contrario podría servir para reducir el importe de la posible indemnización consecuencia del abandono del jugador. Asimismo, si bien pueden existir elementos «accidentales» que pudieran justificar un «abandono temporal» del jugador, lo que no es comprensible es un «abandono total» una vez superado el problema que permita su reincorporación al puesto de trabajo:

debe dejarse sentado que no se probó incumplimiento del actor que pueda valorarse para reducir el importe de la posible indemnización y que se trata de un abandono por parte del jugador sin causa imputable al empleador. El motivo alegado para su repentina marcha fue que su compañera tenía riesgo de eclampsia, hecho relacionado con el parto y que si bien justifica sobradamente el traslado del jugador a su país de residencia no explica que una vez superado el problema no se reincorporara al equipo y que continúe sin hacerlo a pesar del tiempo transcurrido; por tanto el abandono no responde a otra causa que el mero deseo del jugador²⁵.

Todos los anteriores son gastos que deberán cuantificarse y acreditarse correctamente por el club o entidad deportiva correspondiente.

2. Aspecto deportivo. En el aspecto deportivo se tiene en valoración la posible aportación (en términos deportivos) del jugador al club: las estadísticas, si es o no un jugador titular, la clasificación del club con el rol del jugador, la categoría del mismo en comparación con otros jugadores que ocupan su misma situación en el terreno de juego, si se ha abonado o no indemnización por su traspaso, la estrategia utilizada por la entidad, y todas aquellas cuestiones deportivas que pudieran entenderse relevantes:

la estancia del demandado duró un mes durante el cual no jugó como titular en ninguno de los partidos, no fue alineado en todos ellos y jugó durante escasos minutos; en todos ellos el equipo perdió. En la tabla de clasificación se encontraba entre los puestos 8.º y 9.º y mientras jugó el demandado bajó al 12.º, según declaró el entonces segundo entrenador y hoy entrenador principal oído como testigo. El mismo manifestó que el demandado tenía reconocida internacionalmente una categoría muy superior a la del resto de jugadores del club que ocupaban la misma situación en el campo y ése fue el motivo de su contratación; debe destacarse que a pesar de esa calidad profesional que ninguna de las partes discute,

²⁵ Sentencia del Juzgado de lo Social de Oviedo de fecha 26 de junio de 2002 [AS 2002\2235].

el actor no abonó gastos por su traspaso sin que consten los motivos. La estrategia de juego variaba si se incorporaba el demandado pasando de dos delanteros a uno, hecho que no produjo un grave perjuicio porque el entrenador decidió que debía adaptarse al equipo y nunca lo alineó como titular ni durante todo el partido; se puede decir que deportivamente no tuvo oportunidad de ofrecer el resultado que se esperaba de su juego. Es evidente que el actor decidió contratarle por su calidad como jugador y de ahí que estuviera dispuesto a abonarle las cantidades que constan en el contrato, notoriamente más elevadas que las del resto de la plantilla, como se deduce de la declaración del director financiero de la entidad oido como testigo cuando dijo que el actor había hecho un esfuerzo económico muy grande para esa contratación; sin embargo no se plasmó en el terreno de juego²⁶.

Argumentos deportivos que fácilmente pueden quedar probados haciendo una revisión de las estadísticas del jugador en los partidos que haya podido disputar con el club de origen. Pero también se valora si se trata de uno de los jugadores con mayor salario en la plantilla (lógicamente, de este dato se deduce la importancia y lo que se espera de este jugador profesional, pues es evidente que, a mayor salario, mayor rango de importancia en la entidad deportiva a todos los efectos: «merchandising», publicidad, estadísticas, etcétera). Pero también, entendemos, debería valorarse la dificultad de acudir al mercado para fichar a otro jugador de similares características.

3. Imagen de la sociedad deportiva dañada. Ante el abandono del jugador también la imagen del club o entidad deportiva puede quedar dañada, ya no solo de cara a la poca profesionalidad o mal ambiente para crecer profesionalmente que el club aporta hacia el exterior, sino también por las propias expectativas generadas en los aficionados: «*la imagen de la sociedad deportiva resultó afectada por lo anómalo de la marcha del jugador, cuando su llegada fue acompañada de una amplia campaña publicitaria a nivel provincial, relatando los pormenores de la larga negociación; se crearon unas expectativas en los aficionados, socios o no, como en todo contrato de un jugador de fútbol internacional, que se frustraron antes de consolidarse con el descrédito que ello supone*». Imagen dañada de la sociedad deportiva que, lógicamente, habría que vincular a la campaña publicitaria realizada para anunciar la contratación o el fichaje de ese jugador, pero, yendo más allá, valorándose si ha sido uno de los reclamos para el abono de los socios al club. Lo que ponemos en relación con el siguiente punto en el que se indica datos importantes para probar el desembolso o perjuicio material de la imagen del club.

4. Daños materiales. «*Los daños materiales a indemnizar son el importe de la ficha federativa y el equipamiento deportivo porque fueron necesarios para la prestación del servicio que se frustró. No sucede lo mismo con los gastos en productos promocionales (camisetas, etc.) forma parte de la campaña publicitaria y de imagen porque no se probó un desembolso o perjuicio material concreto*²⁷.

²⁶ Sentencia del Juzgado de lo Social de Oviedo de fecha 26 de junio de 2002 [AS 2002\2235].

²⁷ Sentencia del Juzgado de lo Social de Oviedo de fecha 26 de junio de 2002 [AS 2002\2235].

Para dicha valoración y cuantificación económica habrá que atenderse a las facultades moderadoras que se atribuyen al artículo 1103 del Código Civil (*«la responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos»*), teniendo en cuenta que, de conformidad con la doctrina del Tribunal Supremo²⁸, la apreciación de los perjuicios (valorados en cuantía económica) pueden obtenerse por medio de aprecios o cálculos teóricos, basados en una cierta probabilidad objetiva deducida del curso normal de los acontecimientos. En el supuesto de la Sentencia del Juzgado de lo Social de Oviedo de fecha 26 de junio de 2002 se estimaba la indemnización, valorando todos elementos definidos, en «300.000 euros».

4.3. ¿Y el valor del mercado del jugador? Inseguridad jurídica y criterio de difícil justificación

Sin embargo, y en contra de esa literatura académica ya mencionada, localizamos otras resoluciones judiciales que sí que permiten valorar el valor de mercado del jugador en cuestión como elemento adicional a tener en cuenta (al respecto, entendemos que las diferencias económicas entre el sector fútbol con otros deportes hacen que algunos juzgadores tengan en cuenta ese valor de mercado del jugador en el coste de la indemnización).

Un caso llamativo es el enjuiciado por la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Donostia/San Sebastián de fecha 9 de marzo de 2006²⁹ que tiene en cuenta un importante conglomerado de circunstancias para el cálculo de la indemnización. Esta sentencia parte de que el artículo 16.1 del RD 1006/1985 cuando establece que la indemnización se fijará *«en función de las circunstancias de orden deportivo, perjuicio que se haya causado a la entidad, motivos de ruptura y demás elementos que el juzgador considere estimable»*, se está otorgando al juez plena libertad de criterio, dentro de unos los límites razonables, no arbitrarios y partiendo de bases equitativas, para calcular la cuantía económica indemnizatoria. Por dicho motivo se tienen en cuenta parámetros tales como los que antes hemos referenciado: daños deportivos consecuencia de elementos tácticos; daños que no tienen carácter material como el nombre y el prestigio del club (ya no solo porque la entidad deportiva puede quedar en entredicho, sino también si el jugador termina reforzando a otra entidad deportiva rival); situación de mercado de deportistas similares, teniendo en cuenta el salario como el resto de condiciones económicas, incluso el montante de las cláusulas de rescisión (valorándose incluso si entre el anterior y el nuevo club, la dinámica de las cláusulas de rescisión son similares y/o parecidas, lo que puede constatar las exageradas indemnizaciones a imponer). Pero también el muy dudoso «coste del jugador»:

²⁸ STS de fecha 31 de mayo de 1983 [RJ 1983\2956].

²⁹ Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Donostia/San Sebastián de fecha 9 de marzo de 2006 [AS 2006\800].

otro de los elementos que la doctrina estima que debe ser tenido en cuenta es el «coste» del jugador, pero aquí, como quiera que proviene de la «cantera» del propio club, este valor debe ser imputado directamente a la formación recibida y que le ha hecho progresar hasta ser un jugador de primera división con una «cotización» similar a otros jugadores de esta misma categoría. Muestra de ello es la previsión de contratación que ha hecho el Athletic Club, SAD, y que a juzgar por el sueldo igualado de todos los jugadores de esta entidad, la ficha de contratación y los incentivos, supondría una promoción económica suficiente». Por todas estas razones anteriores, «este juzgador considera prudente y ponderado fijar la indemnización que debe abonar D. Ivan a la entidad demandante en la cifra de 5.000.000 de euros.

Y justifica esta elevada cantidad indemnizatoria de la siguiente manera³⁰:

Es posible que tal cifra pudiera ser tachada de excesiva, o incluso abusiva, con respecto a lo que el jugador puede pagar realmente, ya que si no puede pagar 30 millones de euros tampoco puede pagar 5 millones. Es posible esa tacha, o incluso lo sería si se fijara un millón, pero no podemos abstraemos de la realidad del mercado en la que el jugador ha optado voluntariamente incorporarse y seguir sus dictados, ya que es dentro de esta perspectiva donde se establecen los parámetros que pueden ayudar a determinar el quantum indemnizatorio, puesto que tanto los jugadores profesionales, como los clubes que participan en las categorías profesionales de fútbol, como las marcas comerciales o deportivas que patrocinan equipos y jugadores, se mueven en un mercado donde las retribuciones (sueldos, primas, derechos de imagen, etc.), los patrocinios, y en general cuantos recursos económicos se mueven alrededor del fútbol profesional, manejan cifras absolutamente impensables en un mercado que estrictamente regule relaciones laborales, por muy especiales que sean, de tal forma que se ha tenido en cuenta, como factor a considerar, las cuantías que se llegan a pagar por otros deportistas.

Resolución judicial que queda confirmada en suplicación³¹ —sentencia a la que ahora hacemos referencia por elementos nuevos que introduce y que después nos volveremos también a referir (posteriormente ratificada por nuestro Tribunal Supremo³²)—. Para este tribunal³³, si el contrato está vigente, el jugador profesional es un activo para la entidad deportiva, debiendo valorarse, además, las expectativas en orden al desarrollo deportivo de tal jugador («que empieza a manifestarse ya en la temporada pasada, donde ya juega catorce partidos en primera división y su rendimiento es lo que hace que el Athletic Club pretenda su contratación»), por lo que el club de origen —durante el periodo de vigencia que

³⁰ Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Donostia/San Sebastián de fecha 9 de marzo de 2006 [AS 2006\800].

³¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco de fecha 17 de octubre de 2006 [AS 2006\2321].

³² Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de mayo de 2008 [RJ 2020\5542] y Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de mayo de 2008 [RJ 2009\2172].

³³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco de fecha 17 de octubre de 2006 [AS 2006\2321].

resta del contrato— podrá obtener frutos «negociando su cesión definitiva o traspaso (artículo 13 punto 1 letra a) con el consentimiento del trabajador». Por tanto, se trata de un importante activo cuya pérdida debe ser valorada de conformidad con el artículo 16.1 del Real Decreto 1006/1985, precisamente, por la literalidad del inicio del párrafo primero y la de su segundo párrafo, considerándose que dichos apartados permiten, para fijar el monto indemnizatorio, tener en cuenta en su valoración «el hecho de que el desistimiento tiene por base el pacto de jugar con otro equipo (se entiende que porque se mejoran las condiciones profesionales al no constar motivo de ruptura)».

Así pues, continúa perfeccionándose por los tribunales la literalidad normativa del sentido del artículo 16 del RD 1006/1985 —efectos de la extinción del contrato por voluntad del deportista— afirmándose que el precepto no fija la indemnización vinculada sola y exclusivamente a los perjuicios causados a la empleadora genéricamente ni impone que éstos sólo sean los directa e inmediatamente irrogados, sino que puede irse más allá incluyéndose también la valoración del activo: en otros términos, del propio jugador profesional. Volviendo al caso planteado, el tribunal entiende acertado considerar aquel «*eventual valor en mercado*» del jugador, además de los «*gastos de sustitución del jugador y de formación del mismo*», lo que tiene cobijo en el contenido del artículo 16 —en sus dos párrafos— en relación con el artículo 13.a) del Real Decreto.

Concluye el tribunal entendiendo que, «*dadas las circunstancias del caso*» (por lo que no puede entenderse como regla general, sino que habrá que estar al «caso por caso» o «caso concreto»), la indemnización «*debía cubrir no sólo los eventuales gastos de formación y de sustitución del jugador, sino también su propio valor en mercado a la fecha de la rescisión al deber de equipararse el caso al supuesto en que no hubo pacto*». Por todo lo anterior se entiende que la cifra fijada como indemnización por extinción del contrato a voluntad del deportista —5.000.000€ (cinco millones de euros)— no es desproporcionada, sin que se pueda deducir lo contrario del monto de traspasos de jugadores de similares o parecidas características, valor de gastos de formación o de sustitución del mismo³⁴.

Sin embargo, para la profesora Roqueta Buj, tal y como antes hemos referenciado, la indemnización no puede comprender el valor de mercado del jugador, «*ya que ello rompería el equilibrio contractual y supondría una limitación a la libertad de trabajo que chocaría con el art. 35 de la Constitución. Por consiguiente, hay que entender que los elementos de interpretación para calcular la indemnización no son otros que los puramente contractuales*» (Roqueta Buj, 2011: 422; Roqueta Buj, 2023). Por lo que el conflicto judicial y doctrinal está servido (con diferentes argumentaciones por tribunales y literatura científica).

³⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco de fecha 17 de octubre de 2006 [AS 2006\2321].

5. La importancia de los medios probatorios y la especial atención a la interpretación realizada por el juez de instancia

Ya referidos todos los elementos que pueden ser cuantificados y valorados en relación a la indemnización a solicitar por la entidad deportiva cuando el jugador profesional decide poner fin a su relación laboral especial por voluntad propia y sin causa imputable al club (Sagardoy Bengoechea y Guerrero Ostolaza, 1991; Borrajo Dacruz, 1994), debemos ahora centrarnos en los medios probatorios para la valoración del *quantum* indemnizatorio. Entre dichos medios probatorios es importante poner el foco de atención en elementos tales como los perjuicios concretos y cuantificables que se hayan podido derivar de la rescisión del contrato; los especiales méritos que el deportista profesional poseía para el club; la proyección deportiva significativa que venga a justificar la cuantía de la cláusula de rescisión (en caso de que exista); elementos que pudieran cuantificar la proyección profesional del jugador o eventuales derechos por su traspaso a otro club; así como todos aquellos perjuicios adicionales o específicos que pudiera el club sufrir consecuencia de la resolución contractual por parte del jugador, como, por ejemplo, el daño a la imagen del club; la frustración de contratos publicitarios u otros de cualquier índole que aparezcan como verdaderamente significativos y cuantificables (como, por ejemplo, el lucro cesante):

por eso, teniendo en cuenta la cantidad que hubiese pagado Osasuna al jugador si hubiese decidido el club la rescisión unilateral, que coincide además con uno de los posibles precios en el mercado del jugador, a la vista del importe del último traspaso realizado al Club Leganés, de haberse estimado la demanda, y el importe de la cláusula pactada en el contrato suscrito por el jugador con el Racing de Santander —6.000.000 de euros, en el contrato vigente al tiempo de la «contratación» que hace valer la parte actora—, debería fijarse la cuantía indemnizatoria a abonar por el jugador —y de forma subsidiaria por el Club Racing de Santander— en el importe de 6.000.000 de euros, valorando también el lucro cesante del Club Osasuna por la pérdida de expectativa económica derivada de la eventual transferencia del futbolista, teniendo en cuenta que al contratar al jugador adquirió una expectativa de obtener un beneficio económico derivado de una hipotética transferencia del futbolista a un tercer club o entidad deportiva³⁵.

Confirma el prof. Rubio Sánchez (en referencia al prof. Palomar Olmedo) que, sobre la base de la doctrina civilista de la responsabilidad por daños y perjuicios, no parece descabellado compartir la teoría según la cual la indemnización no es esencial y absoluta, pudiendo darse el caso de que no haya derecho a indemnización alguna a favor del club o entidad deportiva (Palomar Olmedo, 1987: 278),

³⁵ Sentencia del Juzgado de lo Social de Pamplona de fecha 31 de marzo de 2017 [AS 2017\252].

tesis compatible y coherente con la expresión «en su caso» que se contiene en el artículo 16.1 del Real Decreto 1006/1985, lo que vendría a constituir una presunción iuris tantum, que puede destruirse mediante prueba en contrario de existencia de daños o perjuicios reales y, en consecuencia, indemnizables. Así pues, cabe colegir que cuando la extinción voluntaria esté basada en el abandono de la práctica deportiva o, por infrecuente o extraño que fuere, por el cambio a otra modalidad deportiva, no parece tener sentido gravar la marcha del deportista profesional cuando no se cumple el fundamento primario del meritado artículo 16.1 del Real Decreto 1006/1985 (Rubio Sánchez, 2011).

Afirmaciones de las que se deduce también el criterio indemnizatorio que venimos sosteniendo consecuencia de que la extinción de la relación laboral por voluntad del trabajador tenga como finalidad la marcha a otro club (normalmente porque la nueva entidad deportiva ha venido a ofrecer un contrato con mejores condiciones); siendo así que dicha indemnización pudiera no existir cuando el jugador decide abandonar el deporte que venía practicando en su club de origen.

Siendo elemento clave de valoración indemnizatoria la interpretación de las circunstancias realizadas por el juzgador de instancia. Al respecto atiéndase a la complejidad y dificultad existente para alterar la cuantía indemnizatoria admitida en primera instancia consecuencia de la valoración realizada de la prueba en ese momento procesal: «*el juzgador de instancia ha fijado una atendiendo a todas las circunstancias que ha considerado relevantes, razonándolo extensamente en los fundamentos de derecho octavo a undécimo de su sentencia, sin que en ello pueda verse un evidente error de hecho ni la indemnización que fija pueda entenderse caprichosa, desorbitada o injusta*»³⁶. Doctrina judicial confirmada también por nuestro Tribunal Supremo: «*el presente recurso de suplicación es un recurso extraordinario y por tanto, en principio, siguiendo lo que es una tradicional doctrina en esta materia ha de prevalecer la valoración judicial de instancia, que ha podido apreciar con mayor exactitud las concretas circunstancias del caso, salvo acreditación de que la misma es notoriamente desproporcionada o ilegal*»³⁷.

³⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de fecha 25 de mayo de 2010 [JUR 2010\214800].

³⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 16 de junio de 2015 [AS 2015\1718] confirmada por Auto del Tribunal Supremo de fecha 15 de septiembre de 2016 [JUR 2016\225182].

6. Un «popurrí» de alternativas y posibilidades judiciales en la valoración del «*quantum*» económico indemnizatorio por el daño que la actuación del deportista profesional ha ocasionado al club en supuestos en los que no hay cláusula legal pactada

Del estudio realizado extraemos diferentes elementos a valorar en la compleja construcción jurídica de la fundamentación de la cuantía económica a solicitar por el club consecuencia de los daños y perjuicios ocasionados por el «abandono» del jugador. En concreto extraemos —de la doctrina judicial— cuatro criterios diferentes para el cálculo de la indemnización a solicitar cuando no hay cláusula legal pactada.

— La difícil posibilidad de solicitar la indemnización económica correspondiente al propio valor del jugador en el mercado a la fecha de la rescisión del contrato

La doctrina judicial entiende que para fijar el monto indemnizatorio debe estarse a cuatro factores extraídos del artículo 16.1 del Real Decreto 1006/1985: (a) las circunstancias de orden deportivo; (b) perjuicio que se haya causado a la entidad; (c) motivos de ruptura y (d) demás elementos que el jugador considere estimable. Atendiendo a la literalidad del citado precepto, el mismo no fija la indemnización vinculada sola y exclusivamente a los perjuicios causados a la entidad deportiva (gastos de sustitución del jugador, gastos de formación, etcétera), ni impone que éstos sólo sean los directamente ocasionados, sino que debe irse más allá e incluirse también la valoración del activo que se pierde (esto es, el jugador en sí), considerándose el eventual valor en mercado que posee: «*entendemos que la indemnización debía cubrir no sólo los eventuales gastos de formación y de sustitución del jugador, sino también su propio valor en mercado a la fecha de la rescisión al deber de equipararse el caso al supuesto en que no hubo pacto*»³⁸.

— El criterio de la indemnización equivalente a la cantidad económica por cada año incumplido en plena relación al sueldo que viene cobrando el jugador

Otro criterio interesante que también ha sido utilizado por la doctrina judicial es aquel que tiene en cuenta dos variables: que el jugador profesional se haya formado en ese club; y una cantidad económica para cada año incumplido consistente en la establecida para la retribución del jugador. Esta alternativa concurre en un caso en el que, para cuantificar la indemnización, el juzgador tiene en cuenta,

³⁸ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco de fecha 17 de octubre de 2006 [AS 2006\2321], confirmada por Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de mayo de 2008 [RJ 2020\5542] y Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de mayo de 2008 [RJ 2009\2172].

la formación recibida por el jugador y la retribución percibida. En cuanto a la formación, la valora en 25.000 euros, cantidad que no se considera desproporcionada, teniendo en cuenta que el Sr. Primitivo se formó y jugó en los infantiles y juveniles del Gimnàstic de Tarragona, habiendo progresado hasta convertirse en un jugador de Segunda División B. El Juzgador fija además una cantidad por cada año de incumplimiento contractual, mostrándose acertado acudir a tal efecto al parámetro de 14.400 euros anuales por año de incumplimiento, al ser dicha suma la establecida en el contrato de 20-7-2012 para la retribución del jugador en la temporada 2012/2013³⁹.

- Criterio judicial consistente en la diferencia entre la cantidad económica que venía cobrando el jugador en el club que abandona y la que va a cobrar en su nuevo equipo (cuando esta es superior) con la «sanción añadida» de una cuarta parte (1/4) de lo que venía cobrando en el club abandonado

Si bien la sentencia del Juzgado de lo Social reconoce la cuantía económica de 25.000€ como indemnización, el jugador decidió recurrir en suplicación (no el club), respondiendo el tribunal correspondiente que la cuantía económica a abonar, incluso, podría haber sido superior de conformidad a como este tribunal la viene cuantificando. Más profundamente, el supuesto al que ahora aludimos se refiere a una posible fórmula para el cálculo de la indemnización a abonar por el jugador al club que consiste en restar a la cuantía total que puede obtener en su nuevo club (58.500€) la cantidad económica que venía percibiendo en su anterior club y que ha abandonado (36.000€), lo que sale un total de 22.500€ (de restar la cantidad de 58.500€ a 36.000€), a lo que le suma (para sancionar al jugador) una cuarta parte del salario anual que venía obteniendo en el club de origen, esto es, 9.000€, para hacer un total de 31.500€. Al hilo de lo anterior, para la citada sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valladolid, vistos los hechos, «*no puede discutirse que el jugador actuó ilícitamente en contra de los compromisos obligacionales contraídos voluntariamente por él mismo unos meses atrás y que ello obliga al mismo a indemnizar a la otra parte del contrato de los daños y perjuicios causados*». Además, considera el tribunal que «*es de sobra conocido que una de las principales peculiaridades de la relación laboral especial de deportistas profesionales es que no existe en todo caso la libertad de dimisión del trabajador*». Por tanto, ha de aplicarse para el cálculo de la indemnización la norma especial contenida en el artículo 16 del Real Decreto 1006/1985 con preferencia a la común contenida en los artículos 1101 y concordantes del Código Civil, estableciéndose la siguiente manera de calcular el «*quantum*» indemnizatorio:

³⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 16 de junio de 2015 [AS 2015\1718] confirmada por Auto del Tribunal Supremo de fecha 15 de septiembre de 2016 [JUR 2016\225182].

el citado artículo 16 no solamente construye una indemnización en sentido clásico, como restauración del valor monetario del daño causado, sino que tiene naturaleza también punitiva y obliga a tomar en consideración otros elementos, como son, por ejemplo, las circunstancias de orden deportivo y los motivos de ruptura. No constan circunstancias reseñables de orden deportivo en los hechos probados, pero lo que sí aparece es la ausencia de una motivación seria y razonable de la ruptura unilateral del contrato (la sentencia de instancia habla de «mala fe»), que es la conducta que ha de sancionarse mediante la imposición de la indemnización. Tomando en consideración el beneficio económico obtenido por el trabajador derivado del incumplimiento (pasa de un salario de 36000 euros anuales a otro de 50000 euros, que podría llegar a ser de 58500 euros, lo que arroja una diferencia anual máxima de 22500 euros), si aplicamos el mismo criterio de nuestra sentencia de 17 de junio de 2009 resultaría una indemnización resultante de sumar la diferencia salarial máxima (22500 euros) y una cuarta parte del salario anual en el club de origen (9000 euros), lo que alcanzaría un total de 31500 euros, por encima de lo establecido en la sentencia que se recurre⁴⁰.

Misma fórmula es la utilizada en esta sentencia:

sin embargo, el artículo 16 no solamente construye una indemnización en sentido clásico, como restauración del valor monetario del daño causado, sino que tiene naturaleza también punitiva y obliga a tomar en consideración otros elementos, como son, por ejemplo, las circunstancias de orden deportivo y los motivos de ruptura. No constan circunstancias reseñables de orden deportivo en los hechos probados, pero lo que sí aparece es la ausencia de una motivación seria y razonable de la ruptura unilateral del contrato, que es la conducta que ha de sancionarse mediante la imposición de la indemnización. Tomando en consideración que se ha incumplido la mitad de la duración del contrato, que era de dos temporadas, y el salario correspondiente a la temporada que dejó de cumplirse, que, conforme al ordinal primero de los hechos probados, era de 73.323 euros anuales, que pasarían a ser de 97.323 euros para el caso de mantener la categoría o 145.323 euros para el caso de ascenso a primera división, mientras que en el Albacete Balompié S.A.D. el salario anual sería de 115.000 euros, esta Sala fija la indemnización procedente en 45.000 euros, resultado de sumar la diferencia salarial máxima como consecuencia del nuevo contrato (41.677 euros) y una cuarta parte de la retribución anual en la Unión Deportiva Salamanca, esto es, 18.331 euros, lo que suma 60.008 euros⁴¹.

— Criterio consistente en fijar la cantidad indemnizatoria por daños y perjuicios en un 25% de la retribución neta anual contractual a percibir por el jugador por cada una de las temporadas que ha dejado de jugar para la entidad

Otra manera diferente de valorar los daños y perjuicios ocasionados al club podría ser la siguiente; en concreto, se sanciona al deportista profesional con el pago al club de una indemnización correspondiente a la cuarta parte del salario (25%) por cada una de las temporadas que le restan en el club:

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid, de fecha 16 de septiembre de 2009 [AS 2009\2413].

⁴¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid, de fecha 17 de junio de 2009 [AS 2009\2264].

pues bien, en este caso procede estimar la reclamación del club en los términos que habilita el art 16 antes transcrito, si bien fijando la cantidad indemnizatoria por daños y perjuicios en un 25% de la retribución neta anual contractual a percibir por el jugador en esas tres temporadas que ha dejado de jugar para la entidad, con lo que se le condena al pago de 412.500 euros, cantidad que devengará el interés legal elevado en dos puntos desde la fecha de notificación al jugador de esta nuestra sentencia, que consideramos resarcitorio prudentemente, atendidos los siguientes criterios: el prestigio del club que milita en una de las mejores ligas profesionales del mundo, lo que ha posibilitado que el jugador y bajo su disciplina haya disputados partidos frente a varios de los mejores clubs de fútbol del mundo, lo que potencia su caché a la hora de ser fichado por otros clubs de otra ligas extranjeras, el salario y retribución anual neta del jugador y el aprovechamiento para su formación como jugador que le ha reportado la permanencia durante tres temporadas bajo la disciplina de aquel, sin que sin embargo resulten tan decisivos el importe de los gastos de toda índole desembolsados por el club durante toda la relación laboral y que se piden con carácter subsidiario, pues evidentemente el contrato inicial del jugador —que no provenía de su cantera— si desplegó plena vigencia ya durante tres años y se han justificado y consumido parcialmente aquellos desembolsos iniciales». En consecuencia, «estimamos parcialmente el recurso y revocamos la sentencia y acogiendo parcialmente la demanda condenamos a D, Romualdo a que abone a la Unión Deportiva Almería SAD 412.500 euros, cantidad que devengará el interés legal elevado en dos puntos desde la fecha de notificación al jugador de esta nuestra sentencia⁴².

7. Balance y perspectivas: conclusiones

Siendo conscientes de que en el campo del Derecho las opiniones y los criterios que se pueden mantener son susceptibles de no ser compartidos por otros juristas que aborden la misma problemática, en este estudio doctrinal ponemos de relieve las diversas posibilidades existentes actualmente para valorar la posible indemnización económica que el deportista profesional que abandona el club debe abonar a la entidad deportiva por el incumplimiento de la relación laboral de carácter especial. De conformidad con lo expuesto en los apartados anteriores, pueden alcanzarse las siguientes conclusiones:

1. En relación a los elementos esenciales de la responsabilidad del deportista profesional, a efectos indemnizatorios, deberemos tener en cuenta los mismos elementos esenciales de la responsabilidad por daños y perjuicios del Derecho Civil y, concretamente, la teoría de los daños emergentes y del lucro cesante.
2. A efectos del cálculo de la indemnización entendemos que las entidades deportivas deben traer a colación todos los conceptos económicos necesarios que puedan ser acreditados, tales como los siguientes (a modo ejemplificativo): gastos y daños emergentes; aspecto deportivo (en rela-

⁴² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada, de fecha 12 de marzo de 2014 [AS 2014\1593].

ción al alto rendimiento que el jugador puede venir ofreciendo y ofrecer en un futuro al club); imagen de la sociedad dañada; daños materiales; sueldos y comisiones a los agentes; dificultad de acudir al mercado para contratar un jugador con sus mismas características y rendimiento directo; abandono en el inicio de la temporada habiendo realizado la pretemporada completa con el club; el prestigio del club que milita en una de las mejores ligas profesionales del mundo y que ha posibilitado al jugador disputar partidos frente a varios de los mejores equipos, lo que puede servir de «trampolín» para ponerse en el escaparate de cara a otras entidades deportivas con mayor capacidad económica; entre otros muchos más conceptos a valorar, todos ellos, referenciados en este estudio.

3. Respecto al valor del mercado del jugador, entendemos que el mismo termina siendo de difícil acreditación judicial, especialmente, cuando se trata de jugadores que no han sido formados en la cantera del club y les resta solo un año de relación laboral especial. Sin perjuicio de lo anterior, hay sentencias que terminan reconociendo dicho valor en la indemnización económica —por lo que es viable su solicitud en vías judiciales y, especialmente, en negociaciones previas para llegar a algún tipo de acuerdo—.
4. Consecuencia de la inseguridad jurídica que localizamos en esta temática, sin duda, apostamos por la posibilidad de llegar a un acuerdo, debiéndose tener en cuenta que, en caso de que el asunto termine en vías judiciales, todos los conceptos indemnizatorios que se hayan tenido en cuenta para el cálculo de la indemnización solicitada por el abandono del trabajador deberán quedar acreditados. Siendo importante recordar el criterio jurisprudencial que otorga absoluta preferencia a los efectos probatorios valorados e interpretados por el juez de instancia.
5. Por último, hemos traído a colación cuatro formas diferentes para calcular la indemnización que podría corresponderle al club o entidad deportiva, todos ellos criterios válidos y utilizados por los tribunales, lo que demuestra la absoluta inseguridad jurídica que existe en la difícil cuestión planteada. De entre todas ellas, tal y como ya hemos referenciado, entendemos que la del valor del mercado podría ser la más positiva (en términos económicos) para el club, pero especialmente difícil en su argumentación jurídica. Dejando este criterio de cuantificación de la indemnización de lado (valor del jugador en el mercado), y siendo consciente de la dificultad planteada, entendemos que una buena estrategia a seguir podría ser la de solicitar la indemnización equivalente a la cantidad económica por cada año incumplido en plena relación al sueldo que viene cobrando el jugador⁴³, lo que, además, deberíamos poner en relación, a su vez, con todos los daños y perjuicios ocasionados.

⁴³ Es el criterio que se desarrolla en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 16 de junio de 2015 [AS 2015\1718].

8. Bibliografía

- ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, M.^a Emilia, *Derecho del Trabajo*, Madrid, Civitas, 2005.
- ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel, *Pactos indemnizatorios en la extinción del contrato de trabajo*, Madrid, Civitas, 1990.
- BORRAJO DACRUZ, Efrén, «Extinción del contrato de trabajo deportivo por voluntad del deportista profesional», AA.VV., *Libro homenaje al profesor García Abellán*, Murcia, Universidad de Murcia, 1994.
- DURÁN LÓPEZ, Federico, «Resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador y despido», en *Relaciones Laborales*, núm. 1, 1990.
- GARCÍA SILVERO, Emilio, *La extinción de la relación laboral de los Deportistas Profesionales*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2008.
- LIMÓN LUQUE, Miguel Ángel, «La dimisión del deportista profesional y la indemnización a favor de la entidad deportiva», en *Revista Española del Derecho del Trabajo*, núm. 101, 2000.
- LLEDÓ YAGÜE, Francisco, «El caso Téllez: La cláusula de rescisión de los futbolistas y su aplicación judicial», en *Aranzadi Social*, núm. 15, 1998.
- MAGAZ GONZÁLEZ, Ana María, «Reflexiones en torno al significado económico de la rescisión unilateral del contrato por el futbolista», en *Revista jurídica de deporte y entretenimiento: deportes, juegos de azar, entretenimiento y música*, núm. 11, 2004.
- MONEREO PÉREZ, José Luis (Dir.), CARDENAL CARRO, Miguel (Dir.), FERNÁNDEZ AVILÉS, José Antonio (Coord.) y GARCÍA SILVERO, Emilio (Coord.) *et al.*, *Los deportistas profesionales: estudio de su régimen jurídico laboral y de seguridad social*, Granada, Comares, 2010.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Derecho del Trabajo*, Madrid, Tecnos, 2006.
- PALOMAR OLMEDO, Alberto, «Análisis de los diferentes aspectos que plantea la resolución del contrato de trabajo de los deportistas profesionales», en *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, núm. 30, 1987.
- PALOMAR OLMEDA, Alberto (Dir.), TEROL GÓMEZ, Ramón (Dir.) y BARBA SÁNCHEZ, Ramón (Dir.) *et al.*, *El deporte en la jurisprudencia*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2009.
- PALOMAR OLMEDA, Alberto (Dir.) y TEROL GÓMEZ, Ramón (Dir.) *et al.*, *Derecho del deporte profesional*, Cizur Menor, Aranzadi, 2023.
- ROQUETA BUJ, Raquel, *El trabajo de los deportistas profesionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.
- ROQUETA BUJ, Raquel, *Los deportistas profesionales: régimen jurídico laboral y de seguridad social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.
- ROQUETA BUJ, Raquel, «La extinción del contrato del deportista profesional (I)» y «(II)», en PALOMAR OLMEDO, Alberto (Coord.) *et al.*, *Régimen jurídico del deportista profesional*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016.
- ROQUETA BUJ, Raquel, «Las relaciones laborales en el deporte (I)», en PALOMAR OLMEDA, Alberto (Dir.) y TEROL GÓMEZ, Ramón (Dir.) *et al.*, *Derecho del deporte profesional*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017.
- ROQUETA BUJ, Raquel, «Los efectos del despido improcedente de los deportistas profesionales en España», en *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*, núm. 73, 2021.
- ROQUETA BUJ, Raquel, «La indemnización de los futbolistas profesionales por ruptura del contrato por voluntad del club o entidad deportiva sin causa justificada», en *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*, núm. 74, 2022.

- ROQUETA BUJ, Raquel, «El contenido laboral de la nueva Ley del Deporte», en *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*, núm. 79, 2023.
- ROQUETA BUJ, Raquel y SALA FRANCO, Tomás, «Las relaciones laborales en el deporte II», en PALOMAR OLMEDA, Alberto (Dir.) y TEROL GÓMEZ, Ramón (Dir.) *et al.*, *Derecho del deporte profesional*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017.
- RUBIO SÁNCHEZ, Francisco, «Cláusulas de rescisión: una síntesis», en *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 33, 2011.
- RUBIO SÁNCHEZ, Francisco y BARRIUSO IGLESIAS, María Cristina, «El mercado de trabajo del deporte profesional: gestión empresarial, mediación en la contratación y cláusula de rescisión», en *Aranzadi Social*, núm. 5, 1999.
- SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio y GUERRERO OSTOLOZA, José María, *El contrato de trabajo del deportista profesional*, Madrid, Civitas, 1991.
- SALA FRANCO, Tomás, «Las cláusulas rescisorias contractuales del deportista profesional», en *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 25, 2009.
- SELIGRAT GONZÁLEZ, Víctor Manuel, «Responsabilidad Civil dimanante del incumplimiento de contrato por deportistas profesionales o la denominada «cláusula de rescisión»», en *ICADE. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 90, 2013.

EL SÍNDROME DE SENSIBILIDAD QUÍMICA MÚLTIPLE Y SU ENCUADRAMIENTO EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

*The multiple chemical sensitivity syndrome and its framing
in Social Security system*

RAQUEL POQUET CATALA*

Universidad de Valencia, España

RESUMEN

En este trabajo se realiza un análisis del síndrome de sensibilidad química múltiple como posible contingencia de la incapacidad permanente, es decir, relacionar la sensibilidad química múltiple con un origen laboral. El problema es que el número de estudios es escaso, y es harto complejo poder relacionar su origen con el entorno estrictamente laboral. A ello, cabe añadir que los síntomas propios de la sensibilidad química múltiple se solapan, muchas veces, con otras comorbilidades, lo que dificulta su valoración clínica y su diferenciación respecto de otras similares. De ahí, la necesidad de realizar un estudio tanto desde el punto de vista médico analizando sus características epidemiológicas y clínicas para poder asociarlo a un origen laboral, y poder declararse la incapacidad permanente derivada de contingencias profesionales.

Palabras clave: sensibilidad química múltiple, incapacidad permanente, síndrome de sensibilización central, comorbilidad.

ABSTRACT

In this work, it is carried out an analysis of multiple chemical sensitivity syndrome as a possible contingency of permanent disability, that is, relating multiple chemical sensitivity to a work-related origin. The problem is that the number of studies is small, and it is very complex to be able to relate their origin to the strictly work environment. To this, it should be added that the symptoms of multiple chemical sensitivity often overlap with other comorbidities, which makes their clinical assessment and differentiation from other similar ones difficult. Hence, it is necessary to carry out a study both from a medical point of view, analyzing its epidemiological and clinical characteristics to be able to associate it with a work origin, and to be able to declare permanent disability derived from professional contingencies.

Keywords: multiple chemical sensitivity, permanent disability, central sensitization syndrome, comorbidity.

* **Correspondencia a:** Raquel Poquet Catala. Universidad de Valencia (España). – raquel.poquet@uv.es – <https://orcid.org/0000-0001-9606-8832>

Cómo citar: Poquet Catala, Raquel (2024). «El síndrome de sensibilidad química múltiple y su encuadramiento en el sistema de seguridad social». *Lan Harremanak*, 51, 237-266. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.25956>).

Recibido: 20 enero, 2024; aceptado: 19 febrero, 2024.

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



Esta obra está bajo una licencia
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

1. Introducción

La actual sociedad imbuida en el uso constante de productos químicos, donde los humos, gases y productos de limpieza y droguería forman parte de la vida cotidiana, ha traído nuevas enfermedades. En este contexto, ha surgido la sensibilidad química múltiple, conocida también como «enfermedad del siglo xx» o «enfermedad ecológica», la cual es objeto de intensa discusión, porque muchos casos de esta patología tienen muy pocos aspectos comunes, dada la variedad de síntomas que presentan las personas afectadas.

Algunas sociedades como la Asociación Médica norteamericana ven la entidad con escepticismo y no la reconocen como síndrome (Nogué Xarau, 2011; Chumillas, 2015). Sin embargo, otros países como Alemania, Austria, Japón, Suiza o Dinamarca y España la reconocieron oficialmente como enfermedad incorporándola a la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE) en su novena edición de 2014. La prevalencia de este síndrome es desconocida, pero varios estudios reflejan el aumento de prevalencia en mujeres (Nogué Xarau, 2007), muchas de las cuales tienen comorbilidad con patología psiquiátrica. Para su diagnóstico no existen biomarcadores específicos, sino que se basa en criterios clínicos, síntomas y antecedentes de exposición química, que se consensuaron en 2011 y que se siguen utilizando en la actualidad.

La cuestión que se plantea es relacionar la sensibilidad química múltiple con un origen laboral, pues el número de estudios es escaso, lo que dificulta asimismo su reconocimiento como enfermedad profesional o accidente de trabajo. A ello, cabe añadir que los síntomas propios de la sensibilidad química múltiple se solapan, muchas veces, con otras comorbilidades, lo que dificulta su valoración clínica y su diferenciación respecto de otras similares.

De ahí, la necesidad de realizar un estudio tanto desde el punto de vista médico analizando sus características epidemiológicas y clínicas para poder asociarlo a un origen laboral, y poder declararse la incapacidad permanente derivada de contingencias profesionales.

2. Sensibilidad química múltiple. Aproximación científico-médica

La sensibilidad química múltiple (sensibilidad química múltiple) es una afección que junto con la fibromialgia, el síndrome de fatiga crónica, y el síndrome de sensibilidad electromagnética, configuran las denominadas afecciones o síndrome de sensibilización central. La peculiaridad de estas afecciones se halla en la ausencia de un tratamiento curativo y las limitaciones que provocan a la persona afectada para llevar a cabo una vida normal y permitirse seguir trabajando como lo realizaba con anterioridad. Además, todas ellas comparten su

etología desconocida y la inexistencia de unos parámetros objetivos para establecer su diagnóstico y su gravedad.

En concreto, la sensibilidad química múltiple o intolerancia ambiental idiopática es un síndrome caracterizado por la pérdida de tolerancia a la presencia ambiental de productos químicos en concentraciones que son consideradas no tóxicas (Ortega Benito, 2002, pp. 68-72). Se caracteriza por la aparición de síntomas en diversos órganos y sistemas por exponerse la persona a productos químicos que se encuentran presentes en el medio ambiente a concentraciones que no resultan perjudiciales para la población general. Según la doctrina judicial, el síndrome de sensibilidad química múltiple

es una enfermedad multisistémica, inflamatoria, crónica y degenerativa, que se caracteriza porque los afectados presentan reacciones de hipersensibilidad a multitud de sustancias de uso cotidiano, como perfumes, productos de limpieza, detergentes, suavizantes, aditivos, fármacos, etc, provocando reacciones de tipo alérgico o tóxico que incluyen la pérdida de coordinación, insuficiencia respiratoria, confusión mental e incluso desmayos y convulsiones¹.

Cullen definió esta patología como

un trastorno adquirido caracterizado por síntomas recurrentes, referibles a múltiples sistemas orgánicos, que se presentan como respuestas a la exposición demostrable a muchos compuestos sin relación química entre sí a dosis muy por debajo de las que se han establecido como causantes de efectos perjudiciales en la población general» (1987: 655).

De hecho, el término «múltiple» hace referencia a la multiplicidad de manifestaciones, orígenes y procesos implicados. En este sentido, se puede señalar que se trata de un desorden adquirido, relacionado con la exposición al ambiente, lo cual significa que se restringe su aplicación a pacientes que desarrollan los síntomas por primera vez después de un encuentro con su ambiente, excluyendo aquellas personas con problemas permanentes de salud. Además, los síntomas implican más de un sistema orgánico, y aparecen y desaparecen en respuesta a estímulos predecibles, excluyendo, de esta forma, los pacientes cuyos síntomas permanecen constantes. Los síntomas son provocados por exposiciones a sustancias químicas de clases estructurales y de acción toxicológicos diferentes. Los síntomas son provocados por exposiciones que son demostrables, aunque de bajo nivel, de tal forma que otras personas, distintas de la persona afectada, son capaces de percibir la presencia de la sustancia, aunque sin producirles molestias. Por último, las exposiciones que provocan los síntomas han de ser muy bajas, entendiendo por tales aquellas que están varias veces por debajo de la desvia-

¹ STSJ Galicia, sala de lo contencioso-administrativo, de 24 de mayo de 2022, proc. núm. 232/2021.

ción estándar de las exposiciones promedio que se conocen que son capaces de causar respuestas adversas en las personas (Obiols i Palau, 2000).

Lo que no hay duda es sobre la cronicidad de los síntomas, los cuales aparecen con una exposición química y desaparecen cuando se evitan. Por regla general, aparecen de modo más o menos inmediato y desaparecen en unas horas o días, aunque no todos los síntomas surgen y se van al mismo tiempo. En algunos pacientes puede existir un fondo sintomático de tal forma que los síntomas solo empeoran o mejoran.

Según las encuestas poblacionales médicas (Caress, 2002) hasta un 10% de la población se ve afectada por intolerancias ambientales. No obstante, la cifra real de pacientes con sensibilidad química múltiple ronda el 0,1%.

La causa del síndrome de sensibilidad química múltiple es desconocida. Pero se suele asociar a la exposición a diversos productos químicos tales como plaguicidas, hidrocarburos o gases irritantes, especialmente cuando se hallan en el entorno laboral (Nogué Xarau, 2011). Según los estudios, los agentes más frecuentemente señalados como causantes de la sensibilidad química múltiple son disolventes orgánicos, pinturas y lacas para acabados; plaguicidas; humos; metales; sustancias químicas diversas; polvo; sarna o herpes zóster; productos de perfumería y ambientadores; estrés y caídas en el trabajo; muebles; papel o edificios nuevos. La sensibilidad química múltiple impide que la persona afectada esté en un ambiente donde haya perfume, colonia, ambientador, lejía, humo u otros agentes químicos. El diagnóstico de la sensibilidad química múltiple es clínico, ya que no se dispone de marcadores biológicos ni de pruebas complementarias específicas (Ortega Pérez, 2007).

Además, la sensibilidad química múltiple suele ir acompañada de otras afecciones tipo comorbilidades, como el síndrome de fatiga crónica, con el que comparte mecanismos etiológicos y físico patológicos en el contexto de los denominados síndromes de sensitivización central (Fernández Solá, Lluís Padierna, Nogué-Xarau, Munné Mas, 2005). Como propio de estas patologías, sus manifestaciones clínicas son multiorgánicas, afectando a diversos órganos y sistemas, especialmente al aparato respiratorio, al sistema nervioso central, irritación ocular, irritación faríngea o mal estado general. De los diferentes síntomas y órganos a los que afecta, el sistema nervioso central, el respiratorio y el gastrointestinal son los que se ven afectados con mayor frecuencia, destacando la presencia de hipersensibilidad olfativa e intolerancia a algunos alimentos o sustancias químicas (Lago Blanco, *et al.*, 2016).

De cualquier forma, el problema de la sensibilidad química múltiple es que no cuenta con un tratamiento médico que sea eficaz, recomendándose a la persona afectada que evite la exposición a los productos frente a los que se ve afectado y no tiene tolerancia.

Según el consenso internacional de expertos (Bartha, 1999), para su diagnóstico se deben cumplir unos criterios específicos —los denominados criterios Bartha—, pues no se cuenta con pruebas complementarias diagnósticas ni biomarcadores analíticos cuantificables que permitan determinar la presencia del síndrome ni de su gravedad.

Debe señalarse que la Organización Mundial de la Salud no ha reconocido la sensibilidad química múltiple como una entidad nosológica. No obstante, el Ministerio de Sanidad sí lo ha hecho recientemente incluyéndola oficialmente en la novena Clasificación Internacional de las Enfermedades-Modificación Clínica (Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2014).

Los criterios de consenso adoptados para el diagnóstico de la sensibilidad química múltiple son los siguientes (Bartha, 1999). En primer lugar, los síntomas son reproducibles con la exposición química repetida. En segundo lugar, la condición es crónica. En tercer lugar, niveles bajos de exposición ocasionan manifestaciones del síndrome siendo dichos niveles más bajos que los usual o previamente tolerados. En cuarto lugar, los síntomas mejoran o se resuelven cuando los incitantes son eliminados. En quinto lugar, las respuestas se presentan a múltiples sustancias sin relación química. Por último, los síntomas implican múltiples sistemas orgánicos.

Según un estudio de los Comités de Ética y de Investigación del Hospital Clínic de Barcelona (Nogué Xarau, *et al.*, 2010: 52-58), de un grupo de pacientes diagnosticados con sensibilidad química múltiple el 41,8% presentaba una sensibilidad química múltiple relacionable con un origen laboral. El tiempo mediano de seguimiento en la Consulta Externa de Toxicología del Hospital Clínic de los pacientes que habían acudido en más de 2 ocasiones fue de 503 días, mientras que un 25% de los pacientes había acudido a los 364 días y un 75% lo había hecho a los 709 días.

Curiosamente, de los pacientes diagnosticados y su relación con el puesto de trabajo, destaca que el 21,8% de los mismos prestaban servicios como administrativos. Seguidamente, se halla el personal de limpieza, las personas enfermeras de centros de atención primaria y las personas auxiliares de clínica. En cuanto a las exposiciones laborales que pudieran haber desencadenado la sensibilidad química múltiple, las situaciones más frecuentes son la fumigación o vertido de plaguicidas con un porcentaje del 33,3% de los casos; el vertido de hidrocarburos (5,8%), la exposición a productos de limpieza (11,6%), o a gases y vapores irritantes (8,7%).

En cuanto a la gravedad de los síntomas de la sensibilidad química múltiple según sea o no de origen laboral, aunque se observó un mayor porcentaje de pacientes con criterios de gravedad en las sensibilidad química múltiple que no tenían origen laboral —concretamente, un 85,4 frente al 75,4%—, no se encontraron diferen-

cias entre los productos químicos que desencadenaron síntomas en los pacientes con sensibilidad química múltiple de causa laboral o los que desencadenaron síntomas en los pacientes con sensibilidad química múltiple de causa no laboral.

Por último, en relación con las situaciones de incapacidad temporal o incapacidad permanente, los pacientes con incapacidad temporal cuya sensibilidad química múltiple parecía ser de origen laboral fue mayor que en los pacientes con sensibilidad química múltiple de origen no laboral —un 60,9 frente al 39,6%—, mientras que en las incapacidades permanentes fue al contrario —un 8,7 frente al 22,9%—.

3. Sensibilidad química múltiple y su relación con el ámbito laboral

Como la sensibilidad química múltiple es un síndrome complejo que comparte muchos síntomas propios de otras comorbilidades, es difícil poder realizar una valoración clínica sobre su etiología laboral.

Según el citado estudio del Hospital Clínic de Barcelona, la relación entre el ámbito laboral y la sensibilidad química múltiple es importante, pues en el 41,8% de los casos se observa una relación entre la exposición a productos químicos del puesto de trabajo y la aparición de los síntomas de la sensibilidad química múltiple. Además, los pacientes con sensibilidad química múltiple de origen laboral tenían menos comorbilidades e incapacidades permanentes que los pacientes con sensibilidad química múltiple de origen no laboral. Ello puede tener su explicación en que los mecanismos que desencadenan la sensibilidad química múltiple de origen no profesional tienen más trascendencia patogénica, sintomática, invalidante e irreversible que los derivados de una exposición laboral (Nogué Xarau, *et al.*, 2010: 55).

Destaca que un elevado porcentaje de las personas afectadas son mujeres (Lax, Hennenberger, 1995), lo cual se asocia al histórico rol de la mujer en la sociedad en lo que a la limpieza del hogar se refiere, así como al crecimiento exponencial de la oferta de productos químicos de uso doméstico. Cabe señalar que un problema añadido a su calificación como de origen laboral se halla en que muchas veces las entidades implicadas se niegan a su reconocimiento causal, pues muchas veces, llega a constatarse el uso de producto químicos no autorizados, la falta de medidas de seguridad y salud laboral en el trabajo, o la ausencia de información y formación a las personas trabajadoras sobre el uso correcto de sustancias y productos químicos o tóxicos, así como la inexistencia de equipos de protección personal y el incumplimiento del tiempo máximo de exposición.

En este sentido, se han realizado diversos estudios sobre su etiología. Se ha estudiado su relación con factores genéticos, siendo el resultado totalmente incierto, pues, aunque un estudio preliminar señaló una mayor prevalencia de un

receptor del alelo 7 (Binkley, *et al.*, 2001). Sin embargo, posteriormente, otros estudios no han verificado alteraciones en ningún gen que pueda estar implicado en esta patología (Wiesmüller, *et al.*, 2008).

Tampoco ha quedado demostrado ninguna relación entre la capacidad de percepción y discriminación de los olores aumentada en los pacientes con sensibilidad química múltiple (Van Triel, *et al.*, 2008).

Asimismo, otra tesis es la de deficiencias inmunológicas, especialmente seguida por los médicos conocidos como ecologistas. No obstante, la revisión de esta teoría y los estudios realizados (Sullivan, *et al.*, 2001) sugieren que las alteraciones del sistema inmune no son la causa de la sensibilidad química múltiple.

Otra teoría sobre el origen de esta enfermedad ha sido la relacionada con el aparato respiratorio. Esta tesis (Sullivan, *et al.*, 2001) sostiene que los pacientes con sensibilidad química múltiple presentan una frecuencia respiratoria aumentada y una mayor resistencia de las fosas nasales después de exponerse a los olores, sugiriendo que las sustancias químicas podrían estimular las fibras nerviosas nasales y estas producir neuropéptidos que actuarían a nivel de vasos y vías aéreas.

Otro grupo de expertos ha señalado a los errores metabólicos (Bascom, 1992) como posibles causantes de la susceptibilidad a las sustancias químicas. No obstante, esta hipótesis no ha sido confirmada.

Otros autores han concluido que todos los síntomas de la sensibilidad química múltiple son consecuencia de enfermedades psiquiátricas específicas (Schottenfeld, 1987). No obstante, aunque el trastorno del área psíquica como causa es una hipótesis que no se puede descartar en algunos pacientes, en otros no se puede explicar porque muchos pacientes no presentan enfermedades psiquiátricas.

También se ha propuesto la tesis sobre la sensibilización neurológica previa, es decir, aquella que es capaz de ocasionar una respuesta desproporcionada al grado de su exposición. Y, dadas las conexiones neurales del sistema olfativo con el sistema límbico y el hipotálamo podría producir una respuesta multiorgánica (Nolthe, 1993). La inflamación neuronal producida a nivel respiratorio podría liberar ciertos factores que produciría inflamación en otros lugares.

Por otro lado, la conexión de la sensibilidad química múltiple con los denominados síndromes de sensitivización central comporta que muchas personas afectadas acumulen síntomas progresivos de descontrol en la percepción de la fatiga física o neurocognitiva —propios de la SFC—, con el dolor, y con la exposición a productos químicos —propios de la sensibilidad química múltiple—.

Por tanto, como conclusión se puede señalar que sí existe un mayor porcentaje en la concesión de la incapacidad temporal en las personas cuya sensibilidad química múltiple era de origen laboral, mientras que las incapacidades permanentes otorgadas lo han sido en base a sus comorbilidades y no tanto por su sen-

sibilidad química múltiple. Ello explica, en cierta forma, el mayor porcentaje de incapacidades permanentes en los pacientes con sensibilidad química múltiple de origen no laboral, ya que la falta de una secuencia temporal que permita establecer el orden de aparición de las comorbilidades podría haber creado confusión a la hora de conceder la incapacidad permanente.

4. Valoración del grado de discapacidad laboral de las personas afectadas por sensibilidad química múltiple

La cuestión clave se halla en cómo determinar y valorar el grado de afectación de la sensibilidad química múltiple sobre la capacidad laboral de la persona afectada.

En este sentido, en primer lugar, en 2006, la Sociedad Española de Reumatología (Rivera, *et al.*, 2006) ya indicó —aunque referida a la fibromialgia— que «en la actualidad no existe ningún cuestionario, prueba analítica o exploración complementaria que permita hacer una clasificación de los pacientes con FM según el grado de afección».

En segundo lugar, un panel de expertos español elaboró un documento de consenso interdisciplinar (Alegre de Miquel, *et al.*, 2010) para el tratamiento de la fibromialgia que concluyó que la clasificación de Giusecke es la que cuenta con mayor evidencia científica y la más útil. No obstante, el Ministerio de Sanidad (2011) señaló que no existen estudios fiables sobre la «valoración de las limitaciones biomecánicas realizadas en el ámbito de la evaluación perital de estos pacientes».

En tercer lugar, el Instituto de Investigación de Enfermedades Raras del Instituto de Salud Carlos III señaló en su documento de consenso (Pérez Avellaneda, Martínez Gómez, 2009) que

es complejo evaluar la incapacidad debido a que los criterios diagnósticos clínicos no han sido validados en el marco médico-legal, a la falta de pruebas objetivas y de instrumentos validados para cuantificar la incapacidad/discapacidad de esta entidad, y a que los instrumentos, si existen, tienen poco rendimiento médico-legal.

En cuarto lugar, el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y la Agència de Qualitat i Avaluació Sanitàries de Catalunya (AQuAS) señala en su documento de consenso (2017) que los criterios diagnósticos del ACR 2010 (Wolfe, *et al.*, 2010), validados para la población española en 2016

eliminan la evaluación por parte del médico, lo que convierte este cuestionario autoadministrado por parte del paciente en una herramienta útil para los estudios epidemiológicos (...) En otras palabras, esta herramienta no elimina la subjetividad, sino que sustituye la evaluación por parte del médico por la evaluación subjetiva del propio paciente.

En quinto lugar, los estudios neuropsicológicos pueden poner de manifiesto el deterioro cognitivo puntual de las personas afectadas por fibromialgia o síndrome de fatiga crónica, aunque también con ciertas limitaciones. Por ejemplo, al comparar la exploración neuropsicológica de pacientes con fibromialgia y la de pacientes con deterioro cognitivo ligero se han obtenido resultados similares (Pericot Nierga, *et al.* 2009).

En sexto lugar, y específicamente para el caso de la sensibilidad química múltiple, existe un cuestionario de autoevaluación de la gravedad e impacto de la sensibilidad química múltiple, que es el Quick Environmental Exposure and Sensitivity Inventory (Miller, Prihoda, 1999). Este cuestionario mide 5 aspectos de la sensibilidad química múltiple y permite la clasificación de los pacientes en tres grados de severidad —baja, media y alta—, en función de las puntuaciones obtenidas. No obstante, ha quedado demostrado que cuando se produce un enmascaramiento, los pacientes no diferencian entre estímulos verdaderos y placebo (Regal Ramos, 2010). Por consiguiente, el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad y el Instituto Aragonés de Ciencias de la Salud declararon que «al no existir en la actualidad biomarcadores específicos que permitan confirmarlo, la detección de la sensibilidad química múltiple se basa en criterios clínicos, en los síntomas autorreferidos por las personas afectadas» (López Pousa, Garre-Olmo, 2007).

Por último, el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y la AQuAS indican que

no se han observado nuevas evidencias convincentes sobre el diagnóstico, pruebas complementarias y el tratamiento efectivo de este amplio conjunto de síntomas agrupados en la fibromialgia. No se han producido avances relevantes y significativos en el conocimiento de las causas de esta enfermedad y en su tratamiento. Las recomendaciones de los anteriores documentos publicados por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad —MSSI (MSPSI 2011) y AQuAS (AQuAS 2011) mantienen su vigencia (2017).

Por tanto, según los expertos, no existe evidencia de las enfermedades incluidas en el síndrome de sensibilización central que tengan criterios fiables para clasificar la discapacidad laboral. La ausencia de parámetros objetivos para determinar el diagnóstico o gravedad de estas enfermedades obliga a individualizar la gravedad de estas enfermedades, comportando la necesidad de individualizar la evaluación laboral de estos pacientes, teniendo en cuenta la comorbilidad y los requerimientos laborales.

El diagnóstico es, pues, basado en datos subjetivos, esto es, en los síntomas que padecen las personas afectadas. No obstante, no existe un patrón sintomático preciso que permita hacer el diagnóstico de esta entidad. No existe ningún dato de laboratorio o exploración complementaria que permita realizar de una

manera objetiva el diagnóstico de la sensibilidad química múltiple. No existe ningún patrón serológico específico de esta patología, pues muchas alteraciones son consecuencia del propio estrés de esta enfermedad o de la activación de circuitos neuroendocrinos tras el estímulo olfativo.

5. Breve referencia a la incapacidad permanente

5.1. Conceptuación y requisitos configuradores de la incapacidad permanente

La situación de incapacidad permanente puede ser definida como aquella de duración ilimitada en la que se encuentra la persona trabajadora que, tratada médicaamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva, previsiblemente definitivas, que suponen la disminución o la anulación de la capacidad laboral (art. 193 LGSS)².

Este precepto utiliza conceptos jurídicos indeterminados que obligan a llevar a cabo un análisis pormenorizado de cada uno de ellos. En el fondo, esa indeterminación del texto legal tiene su razón de ser en la flexibilidad, ya que permite adaptarse a cada caso en concreto según las circunstancias concurrentes (Rivas Vallejo, 2006: 76).

Los elementos que configuran el concepto legal de incapacidad permanente son la alteración grave de la salud; la determinación objetiva o fijación del diagnóstico; el carácter permanente y definitivo de la alteración o previsiblemente definitivo; y la incidencia en la capacidad laboral, suponiendo una disminución considerable de la capacidad de ganancia.

En primer lugar, el art. 193 LGSS se refiere a las «reducciones anatómicas o funcionales graves» (Barba Mora, 2001: 34, que indica que «esta expresión es meramente enunciativa, por lo que no pueden descartarse supuestos análogos que no se ciñan estrictamente al concepto de reducción anatómica o unional, como podría ser la contraindicación médica de realizar determinadas actividades, no porque sea imposible realizarlas, sino porque engendren riesgos para la salud con graves consecuencias, sin olvidarnos, de los problemas psíquicos cada vez más presentes en las declaraciones de invalidez»). De ello cabe indicar, por un lado, que la reducción anatómica va referida a la amputación de un miembro o parte del mismo o la extracción de un órgano (Pérez Pineda, García Blazquez, 1999: 34), mientras que la reducción funcional supone la pérdida de la funcio-

² Literalmente, indica que «la incapacidad permanente contributiva es la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral. No obstará a tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del incapacitado, si dicha posibilidad se estima médica como incierta o a largo plazo».

nalidad de una parte del cuerpo que tenga incidencia y que disminuya, al menos, parcialmente, la capacidad de todo el individuo (Rivas Vallejo, 2006: 77).

Además, esta reducción anatómica o funcional debe ser «grave», lo cual significa que, para que pueda declararse la incapacidad permanente, debe haberse sometido la persona trabajadora a un tratamiento médico. No obstante, la doctrina jurisprudencial³ ha sido flexible al entender que no es necesario que la incapacidad permanente siempre venga precedida de una anterior situación de incapacidad temporal con el correspondiente tratamiento médico. En este sentido, el TS ha declarado que

cuando el accidente ha producido tan espectaculares lesiones que no es necesario esperar ningún tratamiento para poder definir el grado de invalidez permanente; cuando la sigilosa enfermedad profesional no ha consentido su conocimiento hasta que ya son irreversibles sus estragos; cuando el trabajador, por su incuria, no ha ejercitado sus derechos a las prestaciones asistenciales y económicas previas, o demostrada y resignadamente ha conllevado en el trabajo sus dolencias hasta que es real su permanente invalidez. En todos estos supuestos ha dicho la doctrina legal que la dicción literal del precepto no priva al interesado del derecho a las prestaciones que pudieran corresponderle cuando ha llegado el momento de la invalidez⁴.

Por consiguiente, no es necesario que exista una fase previa de incapacidad temporal, aunque será lo más normal. No obstante, sí que hay que tener en cuenta que mientras exista la necesidad de tratamiento no cabe la calificación de la incapacidad como permanente.

El segundo requisito es la alteración de la salud susceptible de determinación objetiva o la fijación del diagnóstico. El art. 193.1 LGSS hace referencia a que las reducciones sean «susceptibles de determinación objetiva», lo cual exige que la patología de la persona trabajadora sea determinada de forma objetiva por especialistas médicos de forma clara y concreta en base a descripciones científicas constatables (Pérez Pineda, García Blázquez, 1999: 43). Ello significa que la dolencia o reducción ha de ser descrita

con fundamentos científicos, siempre teniendo presente que la medicina no es una ciencia exacta y que existen procesos nosológicos, como las enfermedades mentales, cuya determinación objetiva con medios instrumentales será en la mayoría de los casos imposible, al menos ateniéndose a los medios actuales de que la técnica dispone (Rodríguez Jouvencel, 1993: 176).

³ SSTS de 10 de febrero de 1969; de 11 de junio de 1980.

⁴ STS de 11 de junio de 1980. En la misma línea STS de 10 de noviembre de 1999, rec. núm. 882/1999, que señala que aunque el precepto normativo parece exigir que exista una incapacidad temporal previa, hay que tener en cuenta que existe una reiterada jurisprudencia flexibilizadora que postula que la interpretación razonable, lógica, sistemática y finalista de la norma legal permite afirmar que la intención del legislador fue solo establecer la necesidad de un tratamiento previo médico o quirúrgico para conseguir la curación de la enfermedad si fuere posible, pero sin cerrar las puertas de la Seguridad Social.

Para poder fijar el diagnóstico es importante el listado de enfermedades profesionales aprobado por el RD 1299/2006. En este sentido, un sector doctrinal considera que el dolor constituye una secuela altamente invalidante, cuya apreciación no se funda en las meras manifestaciones subjetivas de la persona afectada, sino que existe una base objetiva de la que se puede concluir su existencia. Es decir, entiende que son irrelevantes las manifestaciones dolorosas subjetivas que no se traduzcan en lesiones constatables científicamente ya sea mediante radiografías, electros.... No obstante, en la práctica es difícil escapar de los aspectos subjetivos⁵. Por ello, las enfermedades mentales también pueden ser diagnosticadas.

En tercer lugar, en cuanto a la permanencia, como es sabido, la incapacidad permanente supone, por sí misma, una situación de persistencia. Este carácter definitivo de las reducciones significa la imposibilidad o casi imposibilidad de mejoría. El TS⁶ manifiesta que la invalidez permanente requiere para su declaración que las secuelas no sean susceptibles de curación o mejoría mediante los correspondientes tratamientos médicos. Es decir, no cabe declarar la situación de incapacidad permanente cuando sea posible la curación o la mejoría.

Las reducciones anatómicas o funcionales han de ser irreversibles, aunque siempre ha de existir una cierta esperanza de vida. No obstante, la doctrina ha flexibilizado este concepto al admitir como situaciones constitutivas de incapacidad permanente no solo las reducciones anatómicas o funcionales graves previamente definitivas, sino también aquellas cuya posibilidad de curación se estime médicaamente incierta o a largo plazo⁷.

De cualquier forma, cabe la declaración de incapacidad permanente, aunque quepa la revisión poro mejoría, en los casos que la enfermedad pueda remitir, siendo así que el carácter permanente o irreversible se convierte en un requisito de la incapacidad relativo. También es posible incluir en el concepto de incapacidad permanente aquellas enfermedades cuyo proceso no sea continuado, en las que pueden darse períodos asintomáticos más o menos largos, lo que no impide que la crisis se provoque en cualquier momento (Gala Vallejo, 1995: 355).

Lo importante, es, en definitiva, no es tanto relacionar la permanencia con el estado patológico, sino con la capacidad laboral disminuida, ya que el concepto de incapacidad peramente se fundamenta en un criterio de capacidad laboral y funcional según las secuelas de base médica (Rivas Vallejo, 2006: 177).

⁵ STS de 24 de junio de 1986, que señala que «la calificación de la incapacidad correspondiente, en base a las limitaciones que en el trabajador determinan los padecimientos que le aquejan, ofrece graves dificultades para su complejidad, dada la casi imposibilidad de reconducir a unidad los supuestos de hecho en su proyección jurídico-laboral y en razón de los problemas humanos que tres de cada incapacidad permanente se encierran».

⁶ STS de 4 de julio de 1978.

⁷ SSTS de 6 de abril de 1990; de 19 de noviembre de 1990.

El cuarto requisito es la disminución o anulación de la capacidad laboral, elemento clave para determinar una situación como incapacidad permanente, ya que, como se ha indicado, debe relacionarse con la capacidad laboral. Al respecto, el TS ha señalado que «lo decisivo para la determinación de una invalidez permanente y del grado correspondiente no es la mera descripción objetiva de las secuelas, sino el déficit orgánico o funcional que provocan y en definitiva su incidencia en la capacidad laboral del trabajador»⁸.

Lo relevante es la afectación de las limitaciones sobre su rendimiento laboral y su profesión habitual. Los límites legales máximos y mínimos de esa capacidad disminuida son la anulación total de la capacidad de trabajo, y la disminución del 33% de la capacidad, respectivamente. Dentro de dichos límites, la incapacidad se divide en diferentes grados.

Por último, el quinto requisito es que la alteración de la salud ha de ser involuntaria. La anulación o disminución de la capacidad laboral no ha de ser imputable a la persona trabajadora, pues, en caso contrario, podría ser causa de denegación del derecho a la prestación. En este sentido, el dolo, el fraude, la imprudencia temeraria y la negativa a seguir un tratamiento sanitario impiden la calificación de la incapacidad permanente⁹.

5.2. Grados de la incapacidad permanente

El art. 194.1 LGSS establece cuatro grados de incapacidad permanente en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo de la persona trabajadora. Estos grados son: incapacidad permanente parcial, incapacidad permanente total, incapacidad permanente absoluta, y gran invalidez.

Para determinar el grado de la incapacidad permanente de la persona afectada se tiene en cuenta la capacidad laboral residual, de tal forma que se debe analizar cómo incide la reducción de la capacidad de trabajo en el desarrollo de la profesión que habitualmente ejercía la persona interesada antes de producirse el hecho causante.

Por tanto, el criterio para calificar el grado de la incapacidad permanente es el criterio profesional. Según la doctrina (Alonso Olea, Tortuero Plaza, 2002: 101, que señala que «para la calificación de las incapacidades permanentes, a las resultas directas del accidente hay que añadir las lesiones preexistentes de accidentes o enfermedades, laborales o no, anteriores y/o los defectos anatómicos o fisiológicos congénitos del accidentado: todas ellas conforman una nueva situa-

⁸ STS de 8 de abril de 1989.

⁹ SSTSJ Castilla y León, de 13 de noviembre de 1992; Extremadura, de 11 de julio de 1997, deniegan la calificación de la incapacidad permanente ante la negativa a someterse al tratamiento rehabilitador o la falta de colaboración en dicho tratamiento.

ción examinada y calificada en su conjunto»), para ello, deben sumarse los efectos de todas y cada una de las secuelas. Cabe valorar todas las dolencias, pero no de modo individual, sino cómo afectan las consecuencias de todas ellas en la aptitud para el trabajo¹⁰.

Además, cabe señalar que los arts. 37, 38 y 41 Reglamento de Accidentes de Trabajo, de 22 de junio de 1956, aunque ya no están vigentes, son considerados como orientadores para configurar los supuestos de incapacidad permanente.

En primer lugar, la incapacidad permanente parcial viene definida en el art. 194 LGSS/1994 como aquella en la que se encuentra una persona trabajadora cuando sufre una disminución en su capacidad laboral no inferior al 33% del rendimiento normal para la profesión habitual sin llegar a impedir a la persona trabajadora la realización de las tareas fundamentales de la misma.

Como se observa, pues, la incapacidad permanente se califica en el grado de parcial cuando la capacidad laboral se reduce como mínimo un tercio, pero sin que alcance al grado de total. La doctrina jurisprudencial¹¹ considera que el porcentaje de reducción se debe tomar sólo como índice aproximado sin exigir prueba terminante al respecto y específica que no es la disminución de rendimiento lo que se indemniza, sino la discriminación de la capacidad de trabajo. De este modo, se debe declarar la incapacidad permanente parcial cuando no se haya mermado el rendimiento, pero mantener este se debe emplear un esfuerzo físico superior que haga que el trabajo sea más penoso o peligroso. Es posible, también, declarar la situación de incapacidad permanente parcial cuando la persona trabajadora necesite la ayuda de otra persona para realizar alguna tarea propia de su profesión habitual o le es imposible efectuar otras tareas o vea disminuido su ritmo de trabajo¹².

En definitiva, para la declaración de incapacidad permanente parcial hay que atender al conjunto de actividades y tareas que un concreto puesto de trabajo tiene y valorar si la persona trabajadora las ve limitadas al menos en un tercio, ya que si la limitación no alcanza al 33% no cabrá dicha declaración y no podrá cobrar una prestación económica consistente en una indemnización, salvo que se trate de una lesión permanente no invalidante.

¹⁰ STS de 19 de mayo de 1986, que señala que «es doctrina reiterada y uniforme de esta sala que, para calificar el grado de invalidez que padece el trabajador, ha de estarse más que a la índole y gravedad de las lesiones que padece, a las limitaciones que las mismas representan en orden al desarrollo de la actividad laboral, limitaciones que, en la mayoría de los casos, no se obtiene por la suma de cada una de las secuelas, pues alguna de ellas son factor multiplicador más que un simple sumando».

¹¹ SSTS de 30 de junio de 1987; SSTSJ País Vasco, de 17 de septiembre de 1991; Canarias, de 24 de abril de 1992; Galicia, de 28 de enero de 1997.

¹² STSJ Baleares, de 7 de enero de 1993.

En segundo lugar, la incapacidad permanente total es aquella que inhabilita a la persona trabajadora para realizar todas o las tareas básicas de la profesión que venía ejerciendo, siempre que pueda dedicarse a otra distinta. Para valorar dicha afectación o limitación deben compararse dos elementos fácticos, como son, las limitaciones funcionales y orgánicas que producen a la persona trabajadora y los requerimientos físico-psíquicos de su profesión habitual¹³.

En este grado de incapacidad permanente es necesario analizar la conexión entre las lesiones sufridas y el ámbito de las tareas que corresponden a la profesión habitual de la persona trabajadora (Pérez Pineda, García Blázquez, 1999: 69). Debe analizarse si la persona trabajadora es capaz o no de dedicarse a otra actividad diferente, y ello puede llevarse a cabo apreciando la idoneidad psicofísica para trabajar en otra ocupación para la que tenga aptitudes y la posibilidad real de encontrar ocupación lucrativa en el mercado de trabajo¹⁴.

En este caso, la declaración de la incapacidad permanente total no se basa en un porcentaje numérico, sino que la calificación se funda en la imposibilidad de realizar las tareas fundamentales de su profesión, siendo así que en estos casos es difícil concretar cuáles son fundamentales y cuáles no.

Este grado de incapacidad no se declara únicamente cuando la persona trabajadora se ve impedida para realizar todas o las fundamentales tareas de su profesión habitual, sino también cuando no se pueden ejecutar con la profesionalidad, continuidad, dedicación o rendimiento que la relación laboral exige¹⁵; o cuando, sin producir tales efectos, conlleva para la propia persona trabajadora riesgos adicionales a los normales de la profesión¹⁶.

También se declarará la incapacidad permanente total cuando la persona trabajadora pueda realizar otras actividades diferentes o desempeñar tareas menos importantes o secundarias de su propia profesión habitual, siempre que exista una imposibilidad de continuar trabajando en dicha actividad profesional.

En este caso es cuando entra en juego la sensibilidad química múltiple, pues la incapacidad permanente también puede ser declarada en el grado de total cuando se puedan realizar las tareas propias de la profesión, pero esta es incompatible con el ambiente, ya que es posible que el contacto con el trabajo habi-

¹³ STSJ País Vasco, de 4 de marzo de 2003, rec. núm. 265/2003, que señala que «lo que realmente se valora es la trascendencia que tienen las limitaciones con que definitivamente quede la persona trabajadora en orden al desempeño del oficio que realiza habitualmente, en tanto que carece de toda importancia, a estos efectos lo que vayan a repercutir en otros aspectos de la vida o en su capacidad para ejercer otras profesiones distintas. Lo que se tiene en cuenta son las tareas fundamentales de la profesión y no las ligadas al puesto de trabajo que desempeña».

¹⁴ STS de 12 de febrero de 1987.

¹⁵ STS de 12 de febrero de 1987; STSJ País Vasco, de 13 de noviembre de 1992.

¹⁶ SSTS de 12 de julio de 1985; de 6 de marzo de 1986.

tual sea susceptible de provocar en el sujeto una reacción patológica (Goerlich Peset, 1996: 592).

En tercer lugar, la incapacidad permanente absoluta es aquella que inhabilita por completo para cualquier profesión u oficio. Si atendiéramos a la literalidad estricta de este precepto, en pocos casos sería viable la declaración de este grado de incapacidad, ya que por muy grave que sea la situación de una persona con incapacidad siempre cabrá realizar algún tipo de actividad retribuida. Como señala la doctrina

es evidente el rigor de esta definición puesto que son innumerables los trabajos que se pueden realizar incluso estando en una silla de ruedas: desde despachar entradas en un cine hasta manejar un ordenador o impartir clases o hacer traducciones, etc.; por ello se ha evitado una interpretación tan estricta de la ley que convertiría a la invalidez absoluta en un supuesto prácticamente académico» (De La Villa Gil, Desdentado Bonete, 2010: 387).

De hecho, nuestro alto tribunal¹⁷ no ha seguido la literalidad del precepto, sino que ha llevado a cabo una interpretación más flexible, valorando las circunstancias personales de la persona afectada. El TS considera que el precepto legal no puede ser interpretado con rigorismo, ya que conduciría a su inaplicación, sino que ha de ser aplicado con flexibilidad para posibilitar así su aplicación a los diferentes supuestos que la realidad laboral presenta, valorando no solo la patología, sino también las condiciones personales de la persona afectada y, especialmente, su capacidad laboral residual.

En este sentido, vuelve a tener cabida la sensibilidad química múltiple como afección que afecta a la capacidad de la persona trabajadora impidiéndole realizar cualquier actividad laboral por los graves perjuicios para su salud que le causa el ambiente que le rodea donde existen multitud de sustancias químicas y es casi imposible crear un entorno sin sustancia química alguna que le cause afecciones a su salud.

Debe destacarse que nuestro alto tribunal¹⁸ considera que la incapacidad permanente absoluta no tiene por qué suponer una imposibilidad total de realizar cualquier profesión u oficio, siendo suficiente con que le impida a la persona trabajadora realizar la mayor parte de las profesiones u oficios. Por tanto, la incapacidad permanente absoluta se declara a quien no puede realizar la «mayor parte» de las profesiones u oficios, no siendo necesario una imposibilidad total.

Esta incapacidad permanente absoluta no solo debe ser reconocida a la persona trabajadora que carezca de toda posibilidad física para realizar cualquier ac-

¹⁷ STS de 28 de septiembre de 1976.

¹⁸ STS de 21 de marzo de 1970.

tividad laboral, sino también a aquella que, aun conservando ciertas aptitudes para algunas actividades, no tenga facultades reales para consumar las tareas de una actividad, cualquiera que sea.

En definitiva, como señala la doctrina judicial, o la incapacidad permanente absoluta se reconoce cuando las secuelas del accidente o de la enfermedad, definitivas e irreversibles impidan a la persona trabajadora prestar cualquiera de los quehaceres retribuidos que ofrezca el mundo laboral, no pudiendo ser entendido ello a través de una interpretación literal y rígida que nos llevaría a la imposibilidad de su aplicación, y sí por el contrario, en forma flexible para su adaptación a las cambiantes formas en que la actualidad laboral se muestra, valorando primordialmente la real capacidad de trabajo residual que la persona enferma conserva, y teniendo en cuenta que el desempeño de todo trabajo retribuido lleva consigo el sometimiento a una disciplina laboral, trabajo que siempre se requiere ha de desarrollarse con profesionalidad y de modo continuo no susceptible de fases de reposo y de fases de actividad.

Como mantiene la jurisprudencia, deberá declararse la invalidez absoluta cuando resulte una inhabilitación completa del trabajador para toda profesión u oficio, al no estar en condiciones de acometer ningún quehacer productivo, porque las aptitudes que le restan carecen de suficiente relevancia en el mundo económico para concertar alguna relación de trabajo retribuida (STS de 18-1-1988 y de 25-1-1988), implicando no sólo la posibilidad de trasladarse al lugar de trabajo por sus propios medios y permanecer en él durante toda la jornada (STS de 25-3-1988) y efectuar allí cualquier tarea, sino la de llevarla a cabo con un mínimo de profesionalidad, rendimiento y eficacia, actuando de acuerdo con las exigencias, de todo orden, que comporta la integración en una empresa, en régimen de dependencia de un empresario, dentro de un orden pre establecido y en interrelación con los quehaceres de otros compañeros (STS de 12-7-1986 y de 30-9-1986), por cuanto no es posible pensar que en el amplio campo de las actividades laborales exista alguna en la que no sean exigibles esos mínimos de dedicación, diligencia y atención que son indispensables en el más simple de los oficios y en la última de las categorías profesionales, salvo que se den un singular afán de superación y espíritu de sacrificio por parte del trabajador y un grado intenso de tolerancia en el empresario pues, de no coincidir ambos, no cabe mantener como relaciones laborales normales aquellas en las que se ofrezcan tales carencias (STS de 21-1-1988). Por tanto, no se trata de la mera posibilidad del ejercicio esporádico de una determinada tarea, sino de su realización conforme a las exigencias mínimas de continuidad, dedicación y eficacia (STS de 6-2-1987), y estando por ello incapacitado para asumir cualquier género de responsabilidad laboral, por liviana o sencilla que sea la profesión u oficio elegido (STS de 29-09-87). En consecuencia, habrá invalidez permanente absoluta siempre que las condiciones funcionales médica mente objetivables del trabajador le inhabiliten para cualquier trabajo que tenga una retribución ordinaria dentro del ámbito laboral (STS de 23-3-1988 y de 12-4-1988)¹⁹.

¹⁹ STSJ Castilla y León, de 20 de febrero de 2019, rec. núm. 2077/2018.

Por último, la gran invalidez es definida como aquella situación de la persona trabajadora que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesita la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos. La característica de este grado de incapacidad es la imposibilidad de la persona trabajadora para cuidarse de sí misma precisando la asistencia de una tercera persona para realizar los actos esenciales de la vida. Según la doctrina jurisprudencial²⁰ es suficiente con la imposibilidad de la persona incapacitada para realizar por sí misma uno solo de los actos más esenciales de la vida y la correlativa necesidad de ayuda externa, no siendo tampoco necesario que la ayuda sea constante²¹.

Se consideran actos esenciales, según el tribunal supremo, vestirse, comer y desplazarse (Pérez Pineda, García Blázquez, 1999: 120-121, que señala que «las personas necesitan para su higiene, exigencias psicofísicas, etc., moverse, desplazarse (para ir al cuarto de baño, para abrir una ventana y dejar entrar la luz, para bajar una persiana; y ya fuera de la casa para ir a la consulta médica, a ciertos actos de obligado cumplimiento, etc.)». No obstante, también caben otros análogos como calzarse, higiene personal, sentarse, acostarse, levantarse, colocarse la prótesis e incluso evitar accidentes²². En este sentido, se estiman que constituyen supuestos de gran invalidez la ceguera total, la paraplejia, la parálisis de piernas que obliga a utilizar silla de ruedas, la pérdida anatómica de varios dedos de ambas manos o la enfermedad de Alzheimer entre otras²³.

6. La sensibilidad química múltiple como contingencia profesional

6.1. Calificación como incapacidad permanente total o absoluta

Como se ha indicado, y siguiendo la normativa vigente sobre incapacidad permanente, el grado de su calificación depende del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo de la persona interesada. Es decir, para el reconocimiento de una situación de incapacidad permanente debe ponerse en relación la patología que sufre la persona trabajadora con su capacidad de trabajo. De esta forma, partiendo de la repercusión de la patología sufrida por la persona trabajadora en el desarrollo de su actividad laboral puede determinarse el grado de incapacidad que sufre para el desempeño de todas o parte de las fundamentales tareas de su profesión habitual, o la imposibilidad para seguir realizando actividad alguna o incluso, la necesidad de la asistencia de una tercera persona. Como señala la doctrina judicial

²⁰ STS de 28 de noviembre de 1988.

²¹ STSJ Galicia, de 16 de febrero de 1996.

²² STS de 30 de enero de 1987.

²³ SSTSJ Andalucía, de 6 de mayo de 1991; Comunidad Valenciana, de 19 de enero de 1993; Castilla-La Mancha, de 27 de febrero de 1997.

la existencia o no de invalidez peramente y su ubicación en uno de los grados legalmente establecidos se determina mediante un complejo proceso valorativo en el que se ponen en relación el cuadro general de las dolencias, la afectación personal y el trabajo del sujeto. Y, como quiera que estos tres elementos y sus interrelaciones recíprocas no son nunca exactamente las mismas, las decisiones van a ser circunstanciales y casuísticas (SSTC 232/91 y 53/96; y STS 15/12/98).

Por ello, la doctrina judicial no ha establecido de forma unánime unos criterios generales y abstractos, sino que la «decisión debe acomodarse a un necesario proceso de individualización, en atención a cuáles sean las concretas particularidades del caso a enjuiciar»²⁴.

De cualquier forma, puede señalarse que el sector judicial mayoritario aboga por la consideración como total y no como absoluta. En este sentido, se pueden encontrar situaciones que afectan a médicos²⁵ que padecen el síndrome de sensibilidad química múltiple, declarando que esta enfermedad le inhabilita para realizar las tareas propias de su profesión habitual, pero no para realizar otras actividades. Así también se ha declarado en el caso de una funcionaria auxiliar administrativa²⁶, por considerar que se trata de una enfermedad de carácter limitativo, crónico e irreversible, que se traduce en cuadros clínicos limitativos muy importantes, que obligan al uso continuo de mascarilla FFP2, dieta con productos naturales, necesidad de uso de ropa de fibra natural, no entrar en contacto con jabones, pastas de dientes, detergentes, lejías, colonias, perfumes, desodorantes, no poder asistir a supermercados, cines, bares, peluquerías, y necesidad de confinamiento en el domicilio, lo cual imposibilita el desempeño del trabajo con un mínimo de garantía de rendimiento y eficacia. También en el caso de una técnica en anatomía patológica al considerar que sí se le reconoce la incapacidad en grado de total, pero «no estimamos, sin embargo, que el cuadro patológico descrito resulte tributario del reconocimiento del grado de absoluta de la incapacidad permanente, al no haber sido acreditado que le impida el desarrollo de actividades en que tales agentes químicos no se encuentren presentes»²⁷.

Asimismo, ha sido declarada con incapacidad permanente total una persona profesora de enseñanza secundaria, puesto que dicha enfermedad la imposibilita totalmente para el desempeño de las funciones propias de su actividad docente y las medidas propuestas por la Administración para la readaptación del puesto

²⁴ STSJ Galicia, de 20 de junio de 2019, rec. núm. 4378/2018.

²⁵ STSJ Galicia, de 20 de junio de 2019, rec. núm. 4378/2018, que señala que «la incapacidad permanente lo es para el ejercicio de su profesión habitual, y la incompatibilidad de la demandante se da con las condiciones de ejercicio de su puesto de trabajo, puestas en relación con los padecimientos que sufre».

²⁶ STSJ Galicia, sala contencioso-administrativo, de 24 de mayo de 2022, proc. núm. 232/2021.

²⁷ STSJ Cataluña, de 28 de febrero de 2020, rec. núm. 4513/2019.

de trabajo de la persona afectada no eran ni suficientes ni efectivas²⁸. De igual modo, ha sido declarado en total en el caso de una persona trabajadora que es bombero conductor por considerar que no cabe la incapacidad permanente absoluta al no impedirle desempeñar cualquier otra profesión, ya que estima que «por más que el demandante haya referido que hay muchos agentes que están en el medio ambiente o en artículos alimenticios, carburantes, ambientadores, etc.,... no están en la cantidad suficiente para que solo por su proximidad pueda generarles una grave sintomatología»²⁹.

6.2. Consideración como derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional

La calificación de la sensibilidad química múltiple como incapacidad permanente derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional no es nada pacífico, pues se trata, como se ha señalado, de una enfermedad compleja por cuanto no resulta nada objetivo su determinación, especialmente, entre el seno de la comunidad científico-médica. Además, aunque no se trata de una enfermedad de las denominadas «raras», ya que no se encuentra en el intervalo de población afectada (en Europea 1/2000), pues su afectación social entre un 0,2 y un 4% del total de la población, y con mayor incidencia sobre las mujeres, sin embargo, es muy complejo su diagnóstico. A ello, cabe recordar que esta enfermedad puede manifestarse con diversos síntomas, y afectar a diversos órganos y sistemas, lo cual dificulta aún más el proceso de calificación. De ahí, la dificultad a la hora de diagnosticarla.

En este sentido, como es sabido, es el art. 157 LGSS el que conceptualiza el concepto de enfermedad profesional señalando que es aquella «contraída a consecuencia del trabajo ejecutado en las actividades que se especifiquen en el cuadro de enfermedades profesionales y que esté provocada por la acción de los elementos o sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional». Según la doctrina, la enfermedad profesional tiene su base en el elemento etiológico, es decir, debe ser adquirida como consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena o asimilado; y en el elemento enumerativo, que implica que la enfermedad debe ser consecuencia de las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe reglamentariamente, y una relación directa entre ellos (López Gandía, 2014: 286).

Esta regulación se complementa con el RD 1299/2006 que recoge el listado de enfermedades profesionales, de tal forma que para que una enfermedad sea considerada como profesional deben concurrir tres requisitos, cuales son es-

²⁸ STSJ Castilla-La Mancha, sala contencioso-administrativo, de 14 de mayo de 2020, rec. núm. 626/2018.

²⁹ STSJ Asturias, de 25 de julio de 2023, rec. núm. 826/2023.

tar recogida como tal en el citado cuadro legal; que sea causada por el agente y subagente señalado en el citado cuadro; y que la profesión aparezca listada en el RD como actividades en las que se esté expuesto a dicho riesgo profesional.

De hecho, en relación con el cuadro de enfermedades profesionales del RD 1299/2006, existe una presunción iuris et de iure en la conexión entre el trabajo y la enfermedad. Ello significa que si la persona trabajadora contrae una de las enfermedades que aparece en el listado legal y ha realizado actividades o manejado sustancias incluidas en el Anexo I, existe una presunción iuris et de iure de que existe una enfermedad profesional. Así lo confirma el TS cuando indica que «en virtud de la presunción contenida en el artículo 116 de la Ley General de la Seguridad Social tal prueba no se exige al trabajador en ningún caso en las enfermedades profesionales listadas»³⁰. Es decir, una

enfermedad profesional no es cualquier patología contraída en el trabajo, sino únicamente aquella que, teniendo su origen en el medio laboral, está expresamente tipificada como tal en la correspondiente lista oficial. En consecuencia, para poder configurar una determinada contingencia como derivada de enfermedad profesional, habrá que estarse a los siguientes elementos: a) que la enfermedad se haya contraído a consecuencia de la actividad profesional, ya sea por cuenta propia o ajena; b) que se trate de alguna de las actividades que reglamentariamente se determinen; y c) que esté provocada por la acción de elementos y sustancias que se establezcan para cada enfermedad (Aragón Gómez, 2020).

La razón no es más que nuestro sistema de calificación de enfermedades profesionales es el sistema de lista cerrada. Este sistema parte de que solo son enfermedades profesionales aquellas que estén recogidas en el catálogo normativo y siempre que hayan sido causadas por las sustancias y elementos en los sectores previamente determinados en dicho catálogo. Las ventajas de este modelo son la rapidez y la eficacia, pues la calificación de la enfermedad es automática sin que la persona trabajadora tenga que probar la relación de causalidad entre la dolencia y la realización de la actividad laboral (Moreno Cáliz, 2001: 81). Pero este sistema tiene el inconveniente de la falta de actualización. De ahí que se prevea la posibilidad de su modificación en su art. 2.1 indicando que «las enfermedades no incluidas en el Anexo I que sean incorporadas como enfermedades profesionales a la lista europea, serán objeto de inclusión por el Ministerio de Sanidad y Consumo en el cuadro de enfermedades profesionales».

Si se analiza la lista de enfermedades profesionales del RD 1299/2006, cabe destacar, por un lado, que en las recogidas en el grupo 1 —es decir, las causadas por agentes químicos—, no existe nominación explícita de enfermedad alguna en esta lista, por lo que debe actuarse por reenvío a lo que tenga establecido en

³⁰ STS de 19 de mayo de 1986.

cada momento la ciencia médica. Es decir, relacionado el concreto agente químico que, en cada caso, se cita con una determinada actividad económica o tipo de industria en el que efectivamente se trabaje o se haya trabajado. Ello lleva de nuevo al debate de si la lista se configura como abierta, cerrada o mixta.

Por otro lado, como se observa en el título del grupo 4, esto es, las «causadas por inhalación de sustancias y agentes no comprendidas en otros apartados», cabe entender que se incluyen otras sustancias químicas y ambientales. No obstante, en este grupo no se hace referencia alguna a la sensibilidad química múltiple.

En cuanto a su calificación como accidente de trabajo, es el art. 156 LGSS el que recoge este concepto jurídico, previsión que ha sido interpretada por la doctrina jurisprudencial. Del art. 156 LGSS se desprende la existencia de tres requisitos para estar ante un accidente de trabajo, tales como la lesión corporal o elemento objetivo, el desarrollo de una relación de trabajo por la persona trabajadora o elemento subjetivo, y la relación de causalidad entre la lesión y la prestación laboral o elemento causal.

En primer lugar, respecto a la lesión corporal, en principio, hace referencia a aquel menoscabo físico o fisiológico sufrido en la salud de la persona trabajadora derivado de una fuerza externa súbita y violenta. No obstante, se incluye también aquella enfermedad producida por elementos internos o motivada a partir de un deterioro lento y progresivo según los arts. 156.2 e) y 157 LGSS. Y es aquí donde podría encajar el síndrome de sensibilidad química múltiple. En segundo lugar, respecto al elemento subjetivo, el propio concepto de accidente de trabajo del art. 156.1 LGSS exige que la lesión se produzca en la ejecución de la prestación laboral. Por último, la relación de causalidad entre la lesión y la prestación laboral significa que el daño debe ser causado por el trabajo realizado, si bien la jurisprudencia³¹ ha precisado que se trata de una causalidad amplia, con lo cual basta con que el nexo causal, indispensable en algún grado, concorra sin precisar su significación, próxima o remota, concausal o coadyuvante, debiéndose otorgar dicha calificación cuando no aparezca acreditada la ruptura de la relación de causalidad entre la actividad profesional y el padecimiento, excepto cuando resulte claramente que se rompe aquella relación, como en los casos de fuerza mayor.

De esta forma, el art. 156.2 e) LGSS recoge el concepto de enfermedad derivada del trabajo, figura más bien de creación jurisprudencial y doctrinal, a partir de la propia configuración histórica del riesgo profesional entendido en un sentido amplio y de la toma en consideración de nuevas patologías y de su relación con el trabajo, es decir, en contraposición al riesgo común. Por tanto, cualquier enfermedad que contraiga la persona trabajadora, aun cuando sea en el

³¹ STS de 4 de noviembre de 1988, rec. núm. 234/1987.

trabajo, de no estar recogida en la lista legal, tendría la consideración de enfermedad común. De este modo, desde la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 1903 se considera que el concepto de accidente de trabajo comprende no sólo las lesiones externas causadas por accidentes, sino también las lesiones internas provocadas por enfermedades cuando estén causadas por el trabajo, ampliando así el concepto para no dejar desprotegidas a las personas trabajadoras ante enfermedades contraídas en el puesto de trabajo, debido a que no se había configurado todavía la noción de enfermedad profesional.

Las enfermedades del trabajo son enfermedades de naturaleza común, pero cuya etiología se conecta con el trabajo, y su calificación y consideración como accidente de trabajo responde al mismo fundamento que los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, pues el funcionamiento de la empresa es un factor objetivo desencadenante del riesgo del que deriva la contingencia. Y es aquí donde el síndrome de sensibilidad química múltiple tiene su encuadre.

Concretamente, el art. 156.2 e) LGSS atribuye la condición de accidente de trabajo cuando, no estando incluidas en la lista de enfermedades profesionales, se contraigan «con motivo de la realización de su trabajo», siempre y cuando «se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo». Aquí tienen cabida aquellas enfermedades no recogidas en el RD 1299/2006, pero que van a tener la protección que ofrece el accidente de trabajo, siempre que se cumplan dos condiciones, cuales son, por un lado, que la enfermedad la contraiga la persona trabajadora con motivo de la realización de su trabajo, y, por otro lado, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo. Debe demostrarse, pues, la relación entre el trabajo y la enfermedad, pero esta prueba no es nada fácil. De cualquier forma, debe indicarse que la exigencia legal de que el trabajo constituya la única causa de la enfermedad, ha sido flexibilizada, entendiendo que existe enfermedad del trabajo cuando el ambiente laboral tiene prioridad, prevalencia o es decisivo, aunque no exclusivo (González Ortega, 2017: 37).

Por otro lado, cabe también tener presente la posibilidad de encajar el síndrome de sensibilidad química múltiple en el apartado f) del art. 156.2 LGSS, que alude a «las enfermedades o defectos padecidos por el trabajador con anterioridad al accidente, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente». De esta definición se pueden extraer los siguientes elementos. En primer lugar, se requiere que la persona trabajadora padezca una enfermedad o defecto previo. Esta dolencia previa puede tener un origen común o profesional. Tampoco se exige que sea física, pudiendo ser psíquica, fisiológica o sensorial, incluyéndose así el síndrome de sensibilidad química múltiple. Cabe tener presente, no obstante, que este supuesto no comprende aquella enfermedad previa que, una vez que la persona trabajadora restablezca las consecuencias del accidente, ve agravada su estado de salud por una posterior evolución de dicha

enfermedad preexistente, ni aquel accidente que hace surgir una patología derivada de lesiones que la persona trabajadora padecía anteriormente sin que le hubieran provocado alteraciones relevantes.

En segundo lugar, se requiere que se produzca una lesión o accidente que agrave de forma cualitativa la enfermedad previa, de tal forma que debe suponer una agravación del estado patológico previo empeorando las limitaciones que ya padecía. La clave de este requisito se halla, a primera vista, en que el accidente conlleve una agravación del estado patológico previo³². No obstante, la doctrina jurisprudencial no exige que se produzca propiamente un accidente que agrave la enfermedad previa, siendo suficiente la realización de un esfuerzo o un movimiento que agrave el estado previo.

En tercer lugar, debe existir un nexo causal entre la lesión que padece la persona trabajadora y el trabajo que desempeña, ya sea bien por consecuencia, bien con ocasión del mismo, circunstancias diferentes que complican la demostración de la relación de causalidad, al tratarse de procesos patológicos que se desarrollan en un periodo de tiempo más o menos prolongado, susceptibles de ser afectados en mayor o menor medida por factores de diversa índole. De cualquier forma, esta relación de causalidad debe entenderse en un sentido amplio y flexible. En este sentido, la doctrina judicial³³ ha tratado de delimitar lo que se denomina concausalidad al señalar que

son accidentes de trabajo, los resultantes de la agravación de enfermedades o defectos preexistentes, de modo que junto a las relaciones de causalidad u ocasionalidad entre trabajo y lesión, pueden darse las de concausalidad entre el accidente y otras lesiones preexistentes o sobrevenidas. La existencia del primer tipo de concausalidad, se produce cuando, como consecuencia de condiciones morbosas (enfermedad o defecto físico) anteriores al accidente, éste provoca una lesión más grave o distinta de la que hubiera determinado por sí mismo (preexistencia de la concausa). El accidente actúa así como elemento agravante o desencadenante de esas condiciones patológicas considerándose el resultado de ambas causas como lesión determinada por el accidente de trabajo.

³² STS de 10 de junio de 2003, rec. núm. 1866/2002, que señala que deriva de contingencia profesional la agravación de enfermedades o defectos padecidos con anterioridad en un supuesto en que un trabajador sufre una lumbalgia que afecta a una patología del sistema osteo-articular y que determina una incapacidad permanente en grado de total para su profesión habitual. Concluye que «aún en el caso de no existir una agravación de anteriores dolencias nos hallaríamos en una reducción funcional que arranca de la lesión sufrida en tiempo y lugar de trabajo». Tales antecedentes dejan de manifiesto que si se produce, sin solución de continuidad, una incapacidad permanente consecuente a un accidente de trabajo que actúa sobre la salud del trabajador incidiendo sobre patologías de carácter común, aún en tal supuesto la contingencia habría de ser profesional, dada la continuidad en la situación de incapacidad que se produce a partir de la fecha del accidente.

³³ STSJ Navarra, de 19 de julio de 2010, rec. núm. 141/2010.

Si se analiza la doctrina judicial y jurisprudencial, se puede observar que existen diversas sentencias que reconocen la existencia de la sensibilidad química múltiple³⁴. Destaca que un gran sector doctrinal judicial³⁵ estima que el síndrome de sensibilidad química múltiple es causa de incapacidad permanente por contingencia profesional, al considerarse probada la presencia habitual de sustancias propias del RD 1299/2006 como origen de su desencadenamiento. Así se ha declarado, por ejemplo, en el caso de una persona trabajadora dedicada a la restauración de pinturas y cuadros³⁶, por estar en contacto con pinturas y productos químicos; en el caso de una técnica en anatomía patológica³⁷; o en el caso de una persona trabajadora auxiliar de clínica por la exposición continua a sustancias químicas³⁸, entre otros.

Sin embargo, en otros casos, la doctrina judicial ha estimado que como esta enfermedad no se encuentra en la lista del RD 1299/2006, es necesario probar que su origen es laboral para que sea considerada como contingencia profesional³⁹. En este sentido, en un caso de una trabajadora del sector del metal, concretamente de una empresa de la industria del automóvil, que prestó servicios en distintos departamentos de la empresa en los que estuvo en contacto con diversos agentes químicos y sustancias, desde plásticos a disolventes, lubricantes, polvos de pintura...., el órgano judicial⁴⁰ estimó que

no basta para tener la consideración de accidente de trabajo, pues, en enfermedades no definidas como legal y reglamentariamente profesionales, es preciso que las contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo.

Por tanto, «el hecho de que una enfermedad de etiología común se revele exteriormente con ocasión del ejercicio de la ocupación laboral no dota a la

³⁴ STSJ Castilla y León, de 6 de julio de 2010, rec. núm. 381/2010, que señala que «se consideró que podía tratarse de una intolerancia ambiental idiopática o también llamada sensibilidad química múltiple, que se define: «un trastorno adquirido por síntomas recurrentes, relacionado con múltiples factores ambientales tolerados por la mayor parte de las personas y que no se explica por ningún trastorno médico o psiquiátrico». Diagnóstico que sirvió para la que la actora tuviese reconocida una IT por enfermedad profesional por inhalación de pegamento, que le provoca un cuadro asmatiforme, con disnea y tos, pero no para la imposición de un recargo de prestaciones a cargo de la Administración demandada, toda vez que el accidente fue consecuencia de la sensibilidad química múltiple padecida por la traídora con anterioridad, de tal manera que las mismas circunstancias ambientales concurrentes eran soportables por la mayor parte de las personas».

³⁵ STSJ Cataluña, de 25 de octubre de 2010, rec. núm. 100/2010; Cataluña, de 27 de enero de 2010, rec. núm. 6689/2008; País Vasco, de 26 de enero de 2010, rec. núm. 2475/2009. También SJS núm. 4 Valencia, de 30 de enero de 2020, proc. núm. 247/2019.

³⁶ SJS núm. 4 Valencia, de 30 de enero de 2020, proc. núm. 247/2019.

³⁷ STSJ Cataluña, de 28 de febrero de 2020, rec. núm. 4513/2019.

³⁸ STSJ Cataluña, de 9 de octubre de 2017, rec. núm. 3747/2017.

³⁹ STSJ Cataluña, de 3 de mayo de 2018, rec. núm. 1614/2018.

⁴⁰ STSJ Cataluña, de 9 de noviembre de 2011, rec. núm. 5138/2010.

misma, sin más, de la característica jurídica de accidente de trabajo, en tanto en cuanto no se demuestre la efectiva influencia de aquel ejercicio laboral en la aparición de la patología de referencia». Así, en algún caso, se ha estimado que la sensibilidad química múltiple no tiene la consideración de contingencia profesional por no quedar demostrado su origen laboral⁴¹, como en el caso de una persona trabajadora que realizaba tareas como operador de máquina de impresión, al no haber quedado acreditado que los padecimientos de la persona trabajadora tengan causa en exposición a sustancias tóxicas en tiempo y lugar de trabajo⁴². Así también se ha declarado en el caso de una persona técnico en educación infantil que presta servicios en centro de guardería⁴³.

En definitiva, considera que en el caso de la sensibilidad química múltiple se requiere demostrar la «imprescindible exclusiva causalidad». Ello lleva, a mi juicio, a soluciones radicales que van a imposibilitar la calificación de esta enfermedad como derivada del trabajo.

7. Conclusión

La sensibilidad química múltiple es una enfermedad nada pacífica, sino más bien controvertida y no aceptada por todos los expertos científico-sanitarios. No obstante, la sensibilidad química múltiple afecta de forma directa al ámbito de la salud laboral y de la política preventiva.

Esta patología se caracteriza por manifestarse ante una exposición continua a sustancias y productos tóxicos y químicos. Y, en este sentido, puede ser causada en el lugar de trabajo. El problema es la dificultad en determinar su origen y su relación con el trabajo cuando las causas son múltiples y pueden concurrir factores extralaborales. El síndrome de sensibilidad química múltiple es un síndrome de difícil etiqueta y cuyo origen no es siempre fácil de relacionar única y exclusivamente con el trabajo, impidiendo de esta forma que se pueda declarar de forma objetiva que tenga génesis y etiología en exposición a sustancias tóxicas en lugar y tiempo de trabajo.

Además, su consideración como incapacidad permanente total o absoluta no es de fácil catalogación, pues para ello debe analizarse caso por caso las circunstancias concurrentes, su incidencia en la capacidad laboral y la relación con la profesión habitual.

⁴¹ STSJ País Vasco, de 15 de marzo de 2016, rec. núm. 416/2016.

⁴² STSJ Cataluña, de 1 de febrero de 2016, rec. núm. 5824/2015.

⁴³ STSJ Madrid, de 15 de noviembre de 2021, rec. núm. 528/2021.

De cualquier forma, lo que no cabe duda es que se trata de una patología emergente, actualmente incurable, crónica, con un gran impacto en la vida de la persona afectada y una importante repercusión en su estado anímico, debido a las limitaciones y a las pérdidas tanto laborales, económicas, familiares o sociales, así como al desconocimiento general sobre esta patología y a la incomprendión, no sólo social, sino de gran parte de la comunidad sanitaria, y que implica serias limitaciones para la vida cotidiana. La persona afectada por sensibilidad química múltiple tiene necesidad de utilizar productos especiales en todas las áreas de la vida, tanto en el aseo personal, la limpieza doméstica o la alimentación, así como utilizar mascarilla, purificador de aire y otros instrumentos que les permitan no recibir el 100% del impacto de los tóxicos que se encuentran en el ambiente⁴⁴. Por ello, es necesario, intentar proteger a la persona afectada y ofrecerle una prestación social y de Seguridad Social que, como mínimo, le compense la pérdida salarial que le supone no poder prestar servicios como cualquier persona.

8. Bibliografía

- ALEGRE DE MIQUEL, Cayetano, *et al.* (2010) «Documento de consenso interdisciplinar para el tratamiento de la fibromialgia», *Actas Esp. Psiquiatr.*, 38.
- ALONSO OLEA, Manuel; TORTUERO PLAZA, José Luis (2002) *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid: Civitas.
- AQuAS 2017, Grup de treball sobre fibromiàlgia i síndrome de fatiga crònica (2017) *Fibromiàlgia i síndrome de fatiga crònica: recomanacions sobre el diagnòstic i tractament*. Barcelona: Agència d'Informació, Avaluació i Qualitat en Salut. Servei Català de la Salut, Departament de Salut, Generalitat de Catalunya.

⁴⁴ STSJ Castilla-La Mancha, sala contencioso-administrativo, de 14 de mayo de 2020, rec. núm. 626/2018, donde se reconoce que «por su trabajo como profesora, está expuesta continuamente a los productos higiénicos de los alumnos (colonias, desodorantes, suavizantes y detergentes de lavados de las ropas, etc.) así como a los productos de limpieza del aula (lejías, detergentes, ambientadores, etc.). Productos que no puede evitar porque habría que cambiar completamente los hábitos de higiene y limpieza de los alumnos y sus familiares con los que tiene obligado contacto y de las normas de limpieza del centro de trabajo. Por todo lo anterior entiendo que Estela afectada de un SENSIBILIDAD QUÍMICA MÚLTIPLE está incapacitada para ejercer su profesión habitual en un centro de enseñanza donde es imposible evitar la exposición a las sustancias causantes de sus síntomas y debe concedérsele la incapacidad laboral. De continuar expuesta a dichos productos la evolución de la enfermedad será la persistencia y empeoramiento de sus síntomas, pudiendo llegar a lo que se conoce como «personas burbuja» condenadas a vivir casi completamente aisladas. Así mismo se encuentra incapacitada para la realización de cualquier actividad en contacto con público o en ambientes donde haya productos químicos, olores, etc.

Actividades normales y cotidianas como puede ser ir al cine, a un restaurante, a hacer la compra, a trabajar, etc., que en cualquier persona no supone ninguna limitación, en esta paciente puede ser una actividad molesta, con múltiples síntomas y molestias y llegan a ser actividades imposibles de realizar».

- ARAGÓN GÓMEZ, Cristina. (2020) «Contagio del personal sanitario: ¿accidente de trabajo? Reflexiones en torno al art. 9 RDLey 19/2020», [blog] *El Foro de Labos*. Disponible en <https://forodelabos.blogspot.com/2020/06/contagio-del-personal-sanitario.html>
- BARBA MORA, Antonio (2001) *Incapacidad permanente y Seguridad Social*. Pamplona: Aranzadi.
- BARTHA, Louis, et al. (1999) «Multiple chemical sensitivity: A 1999 consensus», *Arch Environ Health*, 54.
- BASCOM, Rebecca (1992) «Multiple chemical sensitivity: a respiratory disorder?», *Toxicol Ind Health*, 8.
- BINKLEY, Karen, et al. (2001) «Idiopathic environmental intolerance: increased prevalence of panic disorder-associated cholecystokinin B receptor allele 7», *Allergy Clin Immunol*, 107.
- CARESS, Stanley; STEINEMANN, Anne (2002) «Prevalence of multiple chemical sensitivities: A population-based study in the Southeastern United States», *Am J Public Health*, 94.
- CHUMILLAS, Patricia, et al. (2015) *Manual de sensibilidad química múltiple*. Lérida: Ajuntament de Lleida.
- CULLEN, M.R. (1987) «The worker with multiple chemical sensitivities: an overview», *Occupational Medicine*.
- DE LA VILLA GIL, Luis Enrique; DESDENTADO BONETE, Aurelio (2010) *Manual de Seguridad Social*. Cizur Menor: Aranzadi.
- DOTY, Richard, et al. (1998) «Olfactory sensitivity, nasal resistance and autonomic function in patients with multiple chemical sensitivities», *Arch Otolaryngol Head Neck Surg*, 114.
- ESTEBAN LEGARRETA, Ricardo; RODRÍGUEZ BEA, Elena (2000) «Dos puntos conflictivos en la determinación de la nueva pensión por incapacidad permanente», VV. AA.: *Presente y futuro de la contratación laboral y de las pensiones*. Albacete: Comares.
- FABREGAT MONFORT, Gemma (2005) «La profesión habitual como a profesión habitual como determinante de la incapacidad permanente total», *Aranzadi Social*, 7.
- FERNÁNDEZ SOLÁ, Joaquim; LLUÍS PADIERRA, Meritxell; NOGUÉ-XARAU, Santiago; MUNNÉ MAS, Pere (2005) «Síndrome de fatiga crónica e hipersensibilidad química múltiple tras exposición a insecticidas», *Medicina Clínica*, 124.
- GALA VALLEJO, César (1995) *El sistema de la Seguridad Social en España*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
- GOERLICH PESSET, José María (1996) «La protección de la incapacidad: algunos puntos críticos de la doctrina jurisprudencial unificada», *AL*, 31.
- GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago. (2017) «Las enfermedades profesionales: un concepto de delimitación compleja para un fenómeno social de relevancia», en BARCELÓN COBEDO, Susana y GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago. (Dirs.), *Las enfermedades profesionales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GRAVELING, Richard, et al. (1999) «A review of multiple chemical sensitivity», *Occup Environ Med*, 56.
- LAGO BLANCO, Eva, et al (2016) «Sensibilidad química múltiple: evaluación clínica de la gravedad y perfil psicopatológico», *Medicina Clínica*, 146, 3.
- LAX M.B.; HENNEBERGER, P.K. (1995) «Patients with multiple chemical sensitivities in an occupational Health clinic: Presentation and follow-up», *Arch Environ Health*, 50.
- LÓPEZ GANDÍA, Juan. (2014) «Acción protectora I. las contingencias protegidas», en AA.VV. *Curso de Seguridad Social*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- LÓPEZ POUZA, Secundino; GARRE-OLMO, Josep (2007) «Demencia. Concepto. Clasificación. Epidemiología. Aspectos socioeconómicos», *Medicine*, 9.
- MILLER C.S.; PRIHODA, T.J. (1999) «The Environmental Exposure and Sensitivity Inventory (ESSI): A standardized approach for measuring chemical intolerances for research and clinical Applications», *Toxicol Ind Health*, 15.
- MINISTERIO DE SANIDAD, POLÍTICA SOCIAL E IGUALDAD (2011) *Fibromialgia*. Madrid: MSPSI.
- MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD (2014) *CIE-9-MC*. Madrid: Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.
- MORENO CÁLIZ, Susana. (2001) «La tutela de la enfermedad profesional: aspectos controvertidos», *AS*, 9.
- NOGUÉ XARAU, Santiago (2011) «Sensibilidad química múltiple», *Medicina Clínica*, 136, 15
- NOGUÉ XARAU, Santiago, *et al.* (2007) «Multiple chemical sensitivity: study of 52 casos», *Medicina Clínica*, 129, 3.
- NOGUÉ XARAU, Santiago, *et al.* (2010) «Sensibilidad química múltiple: diferencias epidemiológicas, clínicas y pronósticas entre la de origen laboral y la de origen no laboral», *Medicina Clínica*, 135, 2.
- NOLTHE, John (1993) *The Human Brain: An introduction to its funcional anatomy*, St. Louis, Mosby –Year Book.
- OBRIOLS I PALAU, Josep (2000) *NTP 557. Intolerancia ambiental idiopática (IAI): sensibilidad química múltiple y fenómenos asociados*. Madrid: Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo.
- ORTEGA BENITO, José María (2002) «Prestación de servicios sanitarios basados en la evidencia: hipersensibilidad química múltiple o intolerancia ambiental idiopática», *Medicina Clínica*, 118.
- ORTEGA PÉREZ, Arturo (2007) «Hipersensibilidad química múltiple: en busca de la sistematización de su diagnóstico», *Medicina Clínica*, 129.
- PÉREZ AVELLANEDA, Alba; MARTÍNEZ GÓMEZ, Mónica (2009) «Síndrome de fatiga crónica. Documento de consenso», *Aten. Primaria*, 41.
- PÉREZ PINEDA, Blanca; GARCÍA BLÁZQUEZ, Manuel (1999) *Fundamentos médico-legales de la incapacidad laboral permanente*. Granada: Comares.
- PERICOT NIÉRGA, Inmaculada, *et al.* (2009) «Perfil cognitivo en la fibromialgia. Comparación con un grupo con deterioro cognitivo leve», *Medicina clínica*, 133.
- REGAL RAMOS, Raúl Jesús (2010) «¿Qué evidencia científica tienen los métodos propuestos para valorar la discapacidad laboral de los pacientes con síndrome de sensibilización central?», *Medicina de Familia*, 46.
- RIVAS VALLEJO, Pilar (Dir.) (2006) *Tratado Médico-legal sobre Incapacidades Laborales. La Incapacidad Permanente desde el punto de vista médico y jurídico*. Cizur Menor: Aranzadi.
- RIVERA, Javier, *et al.* (2006) «Documento de consenso de la Sociedad Española de Reumatología sobre la fibromialgia», *Reumatol Clin*, 2.
- RODRÍGUEZ JOUVENCÉL, Miguel (1993) *La incapacidad permanente para el trabajo*. Barcelona: Bosch.
- SCHOTTENFELD, Richard (1987) «Workers with multiple chemical sensitivities: psychiatric approach to diagnosis and treatment», *Occup Med*, 2.
- SULLIVAN, James Bolling, *et al.* (2001) «Low-Level Chemical Sensitivity and Chemical Intolerance», SULLIVAN James Bolling (Coord.) *Clinical Environmental Health and Toxic Exposure*. Philadelphia: Lippincott Williams and Wilkins.

- TOSCANI JIMÉNEZ, D. (2012) El régimen de las pensiones de incapacidad permanente: derechos y obligaciones de solicitantes y beneficiarios. Valencia : Tirant lo Blanch.
- VAN TRIEL, Christoph, *et al.* (2008) «Odor Annoyance of Environmental Chemicals: Sensory and Cognitive Influences», *J Toxicol Environ Health A*, 71.
- WIESMÜLLER, Gerard Andreas, *et al.* (2008) «Sequence Variations in Subjects with Self-Reported Multiple Chemical Sensitivity (sMCS): A Case-Control Study», *J Toxicol Environ Health A*, 71.
- WOLFE, Theodore, *et al.* (2010) «The American College of Rheumatology preliminary diagnostic criteria for fibromyalgia and measurement of symptom severity», *Arthritis Care Res*, 62.

¿CUÁNDO ES IRREGULAR EL CONTRATO TEMPORAL O EL FIJO-DISCONTINUO EN EL TRABAJO AGRÍCOLA? EXTENSO REPASO JURISPRUDENCIAL CON ESPECIAL REFERENCIA AL CASO DE LA REGIÓN DE MURCIA¹

*When is the temporary or fixed-discontinuous contract
in agricultural work irregular?*

*Extensive jurisprudential review with special reference to the case
of the Region of Murcia*

JOSÉ ENRIQUE RUIZ SAURA*

Universidad de Murcia, España

RESUMEN

Los condicionantes que afectan a la correcta utilización de las modalidades de contratación laboral temporal y fija (tanto discontinua como ordinaria) en campañas agrícolas, son diversos y entrañan complejidad. Por este motivo, existe una amplia doctrina jurisprudencial llamada a clarificar cuándo es ajustado a derecho el empleo de cada uno de los referidos contratos, así como a concretar cuáles son los límites que no debe rebasar la negociación colectiva en este ámbito.

El presente trabajo pretende presentar un análisis cronológico de las resoluciones más relevantes sobre esta materia, incidiéndose en la evolución del criterio doctrinal mayoritario hasta llegar al prevalente en la actualidad. Como podrá verse, la casuística propia del trabajo agrícola en la Región de Murcia resulta interesante por abordar cuestiones en algunos casos novedosas y de enorme relevancia.

Palabras clave: fijo-discontinuo, eventual, agricultura, negociación colectiva, contratación irregular.

¹ 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. Universidad de Murcia (España). – jsaura.ruiz@gmail.com – <https://orcid.org/0000-0002-9284-1004>

Cómo citar: Ruiz Saura, José Enrique (2024). «¿Cuándo es irregular el contrato temporal o el fijo-discontinuo en el trabajo agrícola? Extenso repaso jurisprudencial con especial referencia al caso de la Región de Murcia»; *Lan Harremanak*, 51, 267-288. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.25079>).

Recibido: 04 septiembre, 2023; aceptado: 19 septiembre, 2023.

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



Esta obra está bajo una licencia
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

ABSTRACT

The conditions that affect the correct use of the modalities of temporary and permanent labor contracting (both discontinuous and ordinary) in agricultural campaigns are diverse and involve complexity. For this reason, there is a broad jurisprudential doctrine called to clarify when the use of each of the aforementioned contracts is adjusted to law, as well as to specify what are the limits that collective bargaining in this area should not exceed.

The present work intends to present a chronological analysis of the most relevant resolutions on this matter, focusing on the evolution of the majority doctrinal criterion until reaching the prevailing one today. As can be seen, the casuistry of agricultural work in the Region of Murcia is interesting because it addresses issues that are in some cases novel and of enormous relevance.

Keywords: *fixed-discontinuous, temporary, agriculture, collective bargaining, irregular contracting.*

1. Introducción

Una parte muy significativa de la actividad económica desarrollada en la Región de Murcia y otros lugares de España, como Andalucía o Extremadura, consiste en «trabajo agrícola» (Cavas e Hierro, 2007: 50)², ya sean actividades de temporada o de campaña específicamente realizadas en la agricultura o en la industria vinculada a ella.

Consecuentemente, esta realidad requiere una mano de obra destinada a prestar servicios de forma intermitente en unas épocas determinadas de cada año natural, es lo que se denomina trabajo fijo-discontinuo o, anteriormente, trabajo de campaña, temporada, costera o zafra. Esta forma de trabajo se ha de sustentar en un contrato de duración indefinida porque, pese a cubrir una necesidad circunscrita a un determinado periodo del año, responde a una carga de trabajo permanente en la empresa y reiterada de forma cíclica, aunque se produzca con solución de continuidad durante todo el año. En el caso de no darse esta prestación de servicios permanente, es decir, para la realización de una o varias campañas de forma puntual u ocasional, está previsto recurrir a la contratación temporal.

² Para entender el alcance del término «trabajo agrícola», nos remitimos a la delimitación llevada a cabo en CAVAS MARTÍNEZ, F. y HIERRO HIERRO, F.J., *Relaciones laborales y Seguridad Social agraria*, Laborum, Murcia, pág. 50.

Los autores señalan cuatro requisitos que deben concurrir conjuntamente para que, a efectos de regulación laboral, una actividad conexa pueda considerarse incluida en el trabajo agrario. Serían los siguientes:

- a) criterio de la vinculación subjetiva, la industria complementaria tiene que asumirla el titular de la explotación agraria;
- b) criterio de la prevalencia, los productos transformados tienen que estar fundamentalmente obtenidos en la explotación propia;
- c) criterio de la integración o falta de autonomía, las actividades conexas no pueden constituir una explotación económica independiente de la agraria;
- d) criterio de la accesoriedad o complementariedad, las actividades conexas deben tener una relevancia económica subsidiaria en relación con la actividad principal agraria.

Sin embargo, los límites para la utilización del contrato fijo-discontinuo o de la contratación temporal pueden resultar difusos en no pocas ocasiones. Esto es una enorme fuente de conflictividad en el ámbito agrario y justifica que los convenios sectoriales se hayan visto en la necesidad de incluir criterios objetivos para la conversión de contratos temporales (anteriormente, eventuales³ sobre todo) en fijos-discontinuos.

Otro supuesto frecuente de conflicto es el referido a aquellos trabajos fijos-discontinuos cuya duración pueda llegar a abarcar la totalidad o la inmensa mayoría del año natural y, además, se reiteren durante varios años. En este caso, también se dificulta la distinción entre el contrato fijo-discontinuo y el indefinido ordinario.

No obstante, pese a que el trabajo a tiempo parcial ha sido tenido en cuenta por parte de la Organización Internacional del Trabajo en elementos normativos como el Convenio núm. 175 «sobre el trabajo a tiempo parcial»⁴ y la Recomendación núm. 182⁵, al igual que ocurre a nivel comunitario con la Directiva 97/81/CE, no ocurre así con el trabajo fijo-discontinuo, que habitualmente ha pasado inadvertido y carece de instrumentos normativos uniformadores de alcance internacional.

En cambio, a nivel nacional, la fijeza-discontinua cuenta con una amplia tradición en nuestro ordenamiento jurídico en las décadas precedentes, estando regulado actualmente en el art. 16 ET y, a nivel sectorial, en multitud de convenios llamados a normativizar actividades de temporada. En este sentido, quizás la agroindustria sea el caso prototípico de actividad laboral que, por sus particularidades, requiera de un conjunto de normas muy específicas para la ordenación de su trabajo estacional.

De la misma forma, resulta interesante el papel preventivo que los convenios colectivos pueden desempeñar respecto a la conflictividad derivada del tránsito de la temporalidad a la fijeza-discontinua. En este sentido, es resaltable el caso de la negociación colectiva en el sector agrario de la Región de Murcia que comprende una pluralidad de ámbitos negociadores superior a la del resto

³ 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 (en adelante, RDL 32/2021) (*BOE* núm. 313, de 30 de diciembre de 2021) modificó el art. 15 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) incidiendo en varias de las modalidades de contratos temporales vigentes hasta ese momento. Una de sus consecuencias ha sido que el contrato eventual, junto al contrato de obra o servicio determinado, ha sido sustituido por una nueva modalidad denominada «contrato por circunstancias de la producción».

En consecuencia, todas las alusiones al contrato eventual en el siguiente texto se entenderán referidas a una casuística anterior al RDL 32/2021, dándose por sentado que el contrato temporal más utilizado a partir de ahora en el sector agrario es el contrato por circunstancias de la producción.

⁴ Data del año 1994, aún no ha sido ratificado por España.

⁵ También data del mismo año.

de autonomías y provincias españolas, tanto en la actividad de recolección como en la de manipulado y envasado. Así como una casuística particular que ha ayudado a modular de forma pionera algunos de los elementos más importantes del clausulado de cada convenio. Todo ello se expondrá de forma concreta en uno de los apartados siguientes.

2. Antecedentes en la regulación de la fijeza-discontinua en el ámbito agrario

2.1. Origen y evolución

Tras ser ordenada inicialmente por medio de la costumbre laboral, la figura del fijo-discontinuo tiene su primer reflejo en un texto normativo en la Reglamentación para el Trabajo de Industria Conservera de Pescado de 17 de julio de 1939⁶. En esta regulación sectorial, el personal fijo-discontinuo es delimitado como «el que habitualmente es llamado para realizar las faenas propias de la industria pero que actúa intermitentemente en razón a la falta de regularidad de tales faenas» (Checa, 1998: 13).

En lo referido estrictamente al sector agrario, la aparición legal de la fijeza-discontinua puede situarse en la Reglamentación de Trabajo de Empaquetado de Plátanos, Tomates y otras frutas de 18 de noviembre de 1943 (Nuez, 2001: 88-94), y más adelante, en la Reglamentación de Trabajo de Manipulado y Envasado de Agrios de 28 de octubre de 1957⁷. En ambos reglamentos se aborda la utilización de personas trabajadoras con carácter fijo-discontinuo o de temporada.

En las siguientes décadas, las regulaciones sectoriales fueron incorporando progresivamente las cuestiones abordadas dentro del trabajo discontinuo de temporada y, de esta manera, se llegó a la Ordenanza Laboral de Alimentación de 1975⁸. Esta norma incluía, cuestiones novedosas referidas a expedientes de temporada, plus de campaña, vacaciones, etc.

Después de tener reiterada cabida en normas de ámbito sectorial, la fijeza-discontinua pasó a integrarse en normas de rango legal con alcance general. Así ocurrió con la Ley de Relaciones Laborales de 1976⁹ (en adelante, LRL), que señaló en su art. 16 lo siguiente:

Cuando se trate de trabajos fijos en la actividad de la empresa, pero de carácter discontinuo, los trabajadores que realicen tal actividad deberán ser llamados cada vez que vaya a realizarse y tendrán la consideración, a efectos laborales, de fijos de trabajos discontinuos.

⁶ BOE de 29 de julio de 1939.

⁷ BOE de 15 de noviembre 1957.

⁸ BOE de 8 de julio de 1975.

⁹ Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales (BOE de 21 de abril de 1976).

Más adelante, el contrato fijo-discontinuo también fue recogido en el art. 15.6 del primer Estatuto de los Trabajadores, de 1980¹⁰, y en los arts. 11 a 14 del Real Decreto 2104/1984, de 21 de noviembre, por el que se regulan diversos contratos de trabajo de duración determinada y el contrato de trabajadores fijos-discontinuos¹¹. Desde entonces, esta modalidad contractual ha estado presente en la legislación laboral con diversos matices, ya que en ocasiones perdió su carácter autónomo para ser considerada una variante del trabajo a tiempo parcial¹².

No obstante, pese a ello, una parte importante de la negociación colectiva del sector agrario de la Región de Murcia ha guardado silencio sobre esta figura hasta comienzos de la década de 1990. *V.gr.*, este era el caso del Convenio de Conservas Vegetales de Murcia de 1976, del Convenio de Manipulado y Envasado de Agrios de Murcia de 1977 o del Convenio de Manipulado de Frutas Frescas de ese mismo año (Checa, 1998: 16), los cuales sólo hacían referencia a personas trabajadoras eventuales o de campaña, desconociendo la figura del fijo-discontinuo, ya creada por la LRL. Indudablemente, esta inadecuación en el contenido de los convenios colectivos y su falta de adaptación al marco legal incidió en la proliferación de contratos eventuales en la agroindustria murciana. Y en una proporción alta de casos, la celebración de los mismos era contraria a derecho por tratarse de la concertación de unos servicios que, en puridad, tenían naturaleza fija-discontinua.

Además de lo anterior, los intentos regulatorios del fijo-discontinuo han convivido en ese periodo con una jurisprudencia ambivalente sobre el reconocimiento claro de la condición de persona trabajadora fija-discontinua en el ámbito agrícola. De hecho, la línea jurisprudencial contraria a la posibilidad celebrar contratos fijos-discontinuos en el campo, comenzó a partir de dos Sentencias del Tribunal Central de Trabajo (en adelante, TCT) de 1 de junio de 1979¹³. Después, la STCT de 31 de marzo de 1985¹⁴, incluso, reafirmó de forma tajante la tesis negatoria sobre la fijeza-discontinua agrícola, al establecer lo siguiente:

¹⁰ Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (*BOE* de 14 de marzo de 1980).

¹¹ *BOE* de 23 de noviembre de 1984.

¹² El RDL 18/1993, de 3 de diciembre, de Medidas Urgentes para el Fomento de la Ocupación y, tras su convalidación, la Ley 10/1994, de 19 de mayo, derogaron el art. 15.6 ET. De esta forma, el contrato fijo-discontinuo dejó de ser un tipo de contrato autónomo para configurarse como una variante del contrato de trabajo a tiempo parcial, quedando incorporado al art. 12 ET.

Con el RDL 5/2001, de 2 de marzo, y con la Ley 12/2001, de 9 de julio, el trabajo fijo-discontinuo «que no se repite de forma cierta» se trasladó al 16.1 ET, volviendo a recuperar la autonomía de antaño.

¹³ Aranz. 4.157 y 4.158.

¹⁴ Aranz. 4965.

El trabajador agrícola tendrá la condición de eventual, trabajador de temporada o fijo, pero en ningún caso la de fijo de carácter discontinuo, pues la especial naturaleza de las explotaciones agrarias y las variaciones de cultivo que las circunstancias pueden exigir, entrañan en todo caso distintas exigencias de orden personal.

Por el contrario, en los años inmediatamente anteriores a la referida resolución, el propio TCT reconocía la existencia de la contratación fija-discontinua en la agricultura. Así consta en sus sentencias de 13 de enero de 1979, de 2 de noviembre y 11 de diciembre de 1981, y de 31 de enero de 1984 (Tárraga, 2018: 42).

2.2. Breve digresión sobre la reforma laboral de 2021 y su incidencia en el trabajo agrario fijo-discontinuo

El RDL 32/2021 ha introducido modificaciones en el art. 16 ET y, a partir de ello, el contrato fijo-discontinuo ha ampliado el perfil de las relaciones laborales que puede albergar.

En relación con lo abordado en este estudio, es destacable que desaparece la separación entre la fijeza-discontinua o de llamada incierta y la conocida como fijeza periódica o de llamada cierta (Poquet, 2016: 21), que venía estando asociada legislativamente al régimen propio del contrato indefinido a tiempo parcial¹⁵. Consecuentemente, el contrato fijo-discontinuo ha pasado a aglutinar diferentes tipos de prestaciones de servicios intermitentes.

Por un lado, este contrato sigue acogiendo trabajos de carácter estacional o de temporada, como es el caso de la agricultura. Este es el primer supuesto contemplado en el vigente art. 16.1 ET, que va referido a actividades permanentes, ubicadas en épocas concretas del año y que pueden repetirse en fechas ciertas o inciertas, puesto que pueden estar condicionadas por factores como el clima o la meteorología (Núñez-Cortés, 2022: 8).

Y, además, incluye ahora actividades no estacionales, que sean ejecutadas tanto en períodos ciertos como indeterminados (Gorelli, 2022: 226). Este es el segundo supuesto contemplado en el referido primer apartado del art. 16 ET, que alude a trabajos permanentes y estables pero intermitentes y objetivables independientemente de la voluntad de las partes.

Sin embargo, como podrá verse en las siguientes páginas, estas novedades introducidas por la reforma laboral de 2021 no han provocado la obsolescen-

¹⁵ Con el ET de 2015, el contrato fijo-discontinuo dejó de estar regulado en el art. 15 junto a la contratación temporal, pasando a estarlo en el art. 16 de forma autónoma. De esta forma, el contrato fijo-discontinuo estaba diferenciado del contrato empleado para atender actividades también fijas pero periódicas y previsibles en fechas ciertas. En este último caso, la regulación aplicable estaba contenida en el art. 12.3 ET, recurriendo al contrato indefinido a tiempo parcial.

cia de una gran parte de sentencias y de posicionamientos doctrinales que han entrado a resolver cuestiones ligadas a la correcta utilización de la contratación temporal, de la fijoza-discontinuo y del contrato indefinido ordinario en el ámbito agrario.

3. Controversias en torno a la conversión de eventuales en fijos-discontinuos

Tradicionalmente, el trabajo estacional propio del sector agrario ha implicado que la actividad productiva se realice por ciclos anuales de actividad-inactividad. En determinadas ocasiones, esto puede generar dudas sobre qué modalidad contractual es la más apropiada en casos de esa índole. De hecho, la finalización de la campaña o temporada ha sido considerada frecuentemente por parte de no pocas empresas agrícolas como causa extintiva en los casos de contrataciones eventuales. Sin embargo, en el supuesto de una relación laboral de naturaleza fija-discontinua, esa misma terminación de la campaña es únicamente causa de suspensión del contrato. De tal manera que ha de volver a reiniarse ese mismo contrato en el siguiente ciclo productivo, sin producirse ninguna extinción contractual entretanto¹⁶.

No obstante, esta controversia se encuentra resuelta mediante una abundante doctrina del Tribunal Supremo (en adelante, TS) y de algunos tribunales superiores de justicia (en adelante, TSJ). En este sentido, la STSJ de Murcia 25/1990, de 31 de enero¹⁷, destaca por ser la primera que sentó las bases para resolver la litigiosidad derivada del uso fraudulento de la contratación eventual en el agro murciano. En su fundamento jurídico (en adelante, FJ) 4, vino a determinar lo siguiente:

(...) estamos ante una patronal que explota frutos con ribetes casi industriales (...) y lo hace a medio de actividades que se suceden en el tiempo, con periódicas repeticiones, propias de las cosechas del tomate (invierno y verano) y del melón. Lo

¹⁶ Para conocer el contexto de la utilización del contrato fijo-discontinuo en el modelo productivo agrícola en Murcia, *vid.* RAMÍREZ MELGAREJO, Antonio José (2023): «El trabajo fijo-discontinuo en el sector de la agroindustria en el sureste de Europa», *Sociología del Trabajo*, Núm. 102, pág. 5-8.

Este modelo de contratación fija-discontinua (...) es central en la agroindustria murciana puesto que es clave para abordar la articulación de las relaciones laborales y las estrategias de estabilización que desarrollan los trabajadores. No es sólo un modo de contratación, sino que se ha convertido en el modo más estable de insertarse laboralmente en el sector agroindustrial, evidentemente dentro de la endémica eventualidad del agro. Los trabajadores vulnerables y segmentados, especialmente migrantes y mujeres con reducidas opciones de movilidad laboral a otros sectores, tratan de resistir en sus trabajos temporales por la promesa no escrita de poder estabilizarse como fijos-discontinuos en las empresas que los reclutan y, de este modo, no ser reclutados solamente durante los picos de producción de las campañas agrícolas que duran solo unos dos o tres meses.

¹⁷ Rec. 449/1989.

que de suyo acarrea la también repetida llamada de varios trabajadores, como muestra el abultado número de ejemplares de contratos que aportó la empresa, bien que concebidos bajo el signo de una eventualidad que nada tiene que ver con la labor ejecutada por el obrero. Muy al contrario, estamos ante una fenomenología negocial que se formaliza a través de trabajos fijos y periódicos de la actividad de la empresa, pero de carácter discontinuos, en términos empleados por el ET en su art. 15.6 (...).

En consonancia con lo anterior, la fundamentación repetida persistentemente por el TS desde finales de la década de 1990 es que la actividad laboral circunscrita a las campañas agrícolas de las empresas de este sector no encaja con la contratación temporal¹⁸, puesto que «lo que prima es la reiteración de esa necesidad en el tiempo, aunque lo sea por períodos limitados». De tal manera que la contratación temporal quedaría relegada a «circunstancias excepcionales u ocasionales, es decir cuando la necesidad de trabajo es, en principio, imprevisible y queda fuera de cualquier ciclo de reiteración regular». Estaríamos, por tanto, ante personas trabajadoras fijas-discontinuas «porque la actividad desplegada por ellos, aunque limitada en el tiempo, no es de duración incierta»¹⁹.

Más recientemente, este criterio ha sido reiterado por la STS de 13 de febrero de 2018²⁰, así como por las SSTSJ de la Comunidad Valenciana 2341/2020, de 23 de junio²¹; y 3137/2020, de 15 de septiembre²². En este último caso, el tribunal valenciano reiteró la señalada doctrina al entrar a conocer una casuística de repetición de contratos temporales ocurrida en el seno de una empresa de recolección de cítricos de la provincia de Alicante.

No obstante, esta interpretación restrictiva sobre la reiteración periódica de contratos eventuales con una misma persona trabajadora admite matices. En este sentido, el TSJ de Andalucía (Sevilla) en su sentencia 520/2000, de 11 de febrero²³, determinó que una pluralidad de contrataciones eventuales sucesivas puede no ser fraudulenta en determinados casos y, por ende, no conllevar ineludiblemente la existencia de una fijeza-discontinua encubierta. Concretamente, así ocurre cuando la persona contratada se haya de ocupar de tareas distintas a las propias de esa empresa agraria. En el caso de autos, la empleadora se dedicaba al cultivo y recolección de fresones, mientras que el trabajador tenía enco-

¹⁸ Modalidad contractual que ya no viene recogida en el ET, tras la reforma del mismo llevada a cabo por 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 (BOE 30 de diciembre de 2021).

¹⁹ SSTS de 5 de julio de 1999 (Rec. 2958/98), de 21 de diciembre de 2006 (Rec. 4537/05), de 30 de mayo de 2007 (Rec. 5315/2005) y de 13 de febrero de 2018 (Rec. 3825/2015).

²⁰ Rec. 3825/2015.

²¹ Rec. 1699/2019.

²² Rec. 2238/2019.

²³ Rec. 4030/1999.

mendadas la elaboración de envases posteriormente destinados al condicionamiento de los frutos recolectados²⁴.

4. La temporalidad y la fijeza-discontinua en la negociación colectiva agraria murciana

4.1. Las cláusulas de conversión del contrato eventual en fijo-discontinuo

A través de la negociación colectiva sectorial agraria, se han introducido mecanismos heterogéneos para facilitar el tránsito de la contratación temporal a la fija-discontinua en distintas ramas de actividad. De esta forma, ese contrato temporal se ha erigido a efectos prácticos en un paso previo a la formalización de una relación laboral estable con la empresa. Para ello, los convenios colectivos incorporan en su articulado un derecho preferente de estas personas trabajadoras temporales para futuras contrataciones o para ver reconocida la condición de fijos-discontinuos si se repite el llamamiento al trabajo durante un número de jornadas previamente establecido.

V.gr., el Convenio colectivo de trabajo agrícola, forestal y pecuario de la Región de Murcia, en el último párrafo del art. 6, que establece que «aquellos trabajadores/as eventuales que acrediten haber trabajado en la Empresa, como mínimo, 160 jornadas, tendrán derecho a adquirir la condición de trabajador/a fijo discontinuo». No obstante, ha surgido la controversia de si este artículo implica un acceso automático de la persona eventual a la fijeza-discontinua, esto es, por el ministerio de la ley o, por el contrario, requiere la previa solicitud y consecuente reconocimiento por parte de la empleadora. Esta cuestión ha sido recientemente resuelta por el TSJ de Murcia en sus sentencias 734/2021, de 16 de septiembre²⁵; y 1038/2021, de 23 de noviembre²⁶, en las cuales precisó lo siguiente:

(...) no nos encontramos ante un derecho automático, sino ante una posibilidad que tiene el trabajador y que podrá ejercitar según su conveniencia, ya que el pre-

²⁴ Así lo manifiesta en su único FJ:

(...) al no ser la actividad normal de la cooperativa demandada la que fue objeto de la repetida contratación del actor, no puede considerarse comprendida la reseñada historia contractual en el art. 12.2 ET, siendo por el contrario aplicable a los mismos la norma contenida en el art. 16.c) del Convenio Colectivo Sindical de Trabajo para el Sector de la Madera en la provincia de Huelva —donde se establece que merecen la consideración de trabajos o tareas con sustantividad propia los de «trabajos de industrias de la madera auxiliares de actividades agrarias, tales como envases y paletas para productos hortofrutícolas»— (...), lo que debe conducir a la confirmación del criterio sentado en la sentencia recurrida, pues de otro modo se llegaría a obligar a la entidad demandada a asumir con carácter de fijeza en el tiempo una actividad que le es ajena, cual la de fabricación de envases para sus productos.

²⁵ Rec. 418/2021.

²⁶ Rec. 414/2021.

cepto utiliza la expresión «tendrán derecho», y este derecho no se ha visto ejercitado con anterioridad al planteamiento del presente litigio, ni le ha sido reconocida por la empresa.

No obstante, sería contrario a derecho que estos mecanismos surgidos de la autonomía colectiva de las partes acabaran suponiendo un endurecimiento del acceso a la fijeza-discontinua. Esto ocurre cuando se añaden requisitos, condicionantes o exigencias de permanencia previa en la empresa no previstas en la normativa de aplicación, obviando que la causa que motiva esa contratación laboral se corresponde con una actividad estacional, cíclica y permanente propia del trabajo fijo-discontinuo. Así lo dispuso el TS en el FJ 3 su sentencia 908/2016, de 26 de octubre²⁷, que declaró nulo el art. 13.II del Convenio Colectivo Provincial de Trabajo en el campo de Almería²⁸:

(...) la cláusula que se contiene en el precepto convencional examinado (...) no respeta el presupuesto objetivo del contrato fijo discontinuo tal como lo establece el artículo 15.8 ET (hoy art. 16 ET) ya que condiciona la adquisición de dicha condición a la prestación de servicios en varias campañas, bajo no se sabe qué modalidad contractual, eludiendo la configuración legal del contrato en cuestión; y constituyendo, consecuentemente, un claro supuesto de regulación convencional *contra legem*, vedado en nuestro ordenamiento jurídico por los artículos 3 y 82 ET.

En consonancia con lo anterior, el TS precisa además en su sentencia 135/2018, de 13 de febrero²⁹ que, independientemente del *nomen iuris* y de las consideraciones que puedan acordar las partes, la existencia de una relación laboral fija-discontinua en el sector agrario no puede dejar de estar supeditada a la estricta naturaleza de la prestación de servicios. Por ello, ni siquiera por medio la negociación colectiva es admisible ningún obstáculo que injustificadamente dificulte la fijeza de cualquier persona trabajadora en el ámbito agrícola, y especialmente, cuando concurra el siguiente supuesto de hecho:

trabajos que tengan el carácter de fijos discontinuos y no se repitan en fechas ciertas dentro del volumen de actividad de la empresa; y ello con independencia, del número de jornadas que realice anualmente, porque es el carácter de necesidad reiterada y permanente el tiempo de la actividad contratada la que determina la presencia de la modalidad contractual.

²⁷ Rec. 3826/2015.

²⁸ BOP Almería de 24 de abril de 2013.

²⁹ Rec. 3825/2015.

4.2. Mención especial a la fijeza-discontinua *ex novo* en la negociación sectorial agrícola de la Región de Murcia de 1991

A principios de la década de 1990 y durante el año siguiente, fue abordada la regulación de la fijeza-discontinua por las partes negociadoras de un convenio extraestatutario del sector de empresas cosechadoras y productoras de tomate³⁰ ³¹, algo que resultaba novedoso en ese momento en el «agro» de la Región de Murcia. Cabe destacar que se había llegado a ese escenario después de que, en la década anterior, se produjera una importante acción sindical en la agricultura murciana, la cual dio lugar movimientos de protesta y huelgas de gran calado. Especialmente, fue significativa la huelga general de 1989, que se alargó durante 15 días en un contexto de elevada tensión. Esta presión sindical obedecía a varios motivos entre los que se contrataban cercenar la situación precariedad asociada al abuso en la utilización de contratos eventuales³².

En esta ocasión, se planteó la posibilidad de recoger un acuerdo transaccional que estableciera el reconocimiento expreso de la condición de personal fijo-discontinuo a quienes vinieran reiterando su trabajo por cuenta ajena para la misma empresa durante un mínimo de campañas agrícolas correspondientes a los años inmediatamente anteriores en la misma empresa. Sin embargo, este derecho estaba sujeto a una condición controvertida y polémica: se debía circunscribir la antigüedad máxima de las personas beneficiarias de ese acuerdo a la fecha de suscripción del convenio, no admitiéndose una antigüedad mayor en ningún caso, es decir, se obviaban los períodos trabajados hasta ese momento bajo la modalidad del contrato eventual entonces existente³³.

Este acuerdo, finalmente, fue suscrito por el sindicato Unión General de Trabajadores (en adelante, UGT) y la patronal Proexport, planteándose que el mismo pretendía acabar con el abuso generalizado de la contratación temporal en el sector, el cual había venido siendo fuente de una elevada conflictividad.

³⁰ Inicialmente, nació con la vocación de convenio estatutario, pero la STSJ de Murcia de 10 de enero de 1991 (Rec. 31/1990), a instancia de la Autoridad Laboral, determinó que no concurrían los requisitos legales para ello, quedando expedita la vía de la consideración de acuerdo de eficacia limitada o de naturaleza extraestatutaria.

³¹ BORM de 20 de febrero de 1991.

³² Se expone con más detalle en: RUIZ SAURA, José Enrique (2023), «Las relaciones laborales en la agricultura intensiva de la región de Murcia: el papel de la acción sindical y de la negociación colectiva en la construcción de su marco regulatorio», *Lan Harremanak*, Núm. 49 edición *in press*, págs. 13-15. Disponible en: <https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.24812>

³³ Expresamente, se hacía constar en el Anexo II del acuerdo (titulado «De los trabajadores fijos-discontinuos de las empresas Cosechadoras y Productoras de Tomate y otros Productos Agrícolas y sus trabajadores de la Región de Murcia») que «hasta 1 de enero de 1.991 no han existido fijos-discontinuos en las empresas acogidas al convenio, instaurándose a partir de entonces dicha figura y atribuyéndose fijeza discontinua a aquellos trabajadores que, con anterioridad, hubieran prestado servicios a la misma empresa, como eventuales o temporeros, durante tres o más años consecutivos, con un promedio de más de doscientos días de trabajo al año, sin interrupción que les fuera imputable».

dad. No en vano, durante la década anterior al referido acuerdo, las organizaciones sindicales denunciaron la proliferación de contratos eventuales fraudulentos que, a menudo, se traducían después en despidos encubiertos y negativas a posteriores contrataciones con un trasfondo discriminatorio.

No obstante, el otro sindicato presente en las negociaciones, Comisiones Obreras (en adelante, CCOO), se opuso al referido acuerdo argumentando que el mismo era contrario al principio de irrenunciabilidad de derechos que, en virtud de lo dispuesto en el art. 3.5 ET, asiste a toda persona trabajadora en el ámbito de su relación laboral. Este sindicato señaló que, la imposición de la antigüedad general de 1 de enero de 1991 para la fijeza-discontinua, implicaba una renuncia de derechos para quienes tuviesen un historial de contratos eventuales que les permitiera solicitar una antigüedad mayor. Así mismo, hacía hincapié en que la «homogeneización» de la antigüedad para todo el personal fijo-discontinuo era perjudicial para aquellas personas trabajadoras más antiguas, penalizando la preferencia que les podría corresponder en el orden de llamamientos y ceses. Y todo ello, sin ningún coste asociado para las empresas representadas en la mesa de negociación.

Sin embargo, la STSJ de Murcia de 138/1991, 13 de marzo³⁴, declaró ajustado a derecho el acuerdo. Esta resolución fue posteriormente convalidada mediante su sentencia de 24 de febrero de 1992³⁵. En ella, el Alto Tribunal y su ponente, el Sr. Martínez Emperador, negaron que la referida cláusula sobre la antigüedad fijada para la fijeza-discontinua fuera perjudicial para el personal incluido dentro del ámbito personal de aplicación del acuerdo. Esta afirmación descansaba sobre la consideración de que, el pacto tenía como destinatarios concretos a «aquellos trabajadores cuyas circunstancias concurrentes no revistieran claridad suficiente, en orden a corresponderles la fijeza-discontinua». Y partiendo de esta base, su FJ 2 *in fine* señala que el contenido del acuerdo iría dirigido a propiciar la paz social entre la parte social y la patronal³⁶.

4.3. ¿Es posible pactar un contrato «eventual-discontinuo»?

Como se ha indicado anteriormente, la intermitencia en la prestación de servicios es el rasgo definitorio del contrato fijo-discontinuo. Tanto es así que,

³⁴ Rec. 8/1991.

³⁵ Rec. 831/1991.

³⁶ «(...) el pacto perseguía pacificar y clarificar su situación, a través de un reconocimiento *ex nunc* de la fijeza discontinua. Desde esta consideración se ha de entender que el acuerdo logrado constituía instrumento pacificador para situaciones de tensión, confusas hasta el momento, eludiendo procesos individuales de resultado incierto, pero sin mermar derechos de quien, gozando individualmente de los requisitos exigidos para alcanzar la condición de fijos-discontinuos, pudieran lograr su reconocimiento con eficacia *ex tunc*. Por ello, contrariamente a como sostiene el sindicato recurrente, no cabe entender que el pacto alcanzado consagre renuncia individual de derechos, como tampoco renuncia colectiva de los mismos, sino acuerdo transaccional, que pacifica situaciones conflictivas».

tanto el TSJ de Murcia como el TS, han reiterado que no cabe la posibilidad de recurrir a ninguna otra modalidad contractual para vehicular esa intermitencia, ni siquiera a través de contratos temporales «adaptados» a las peculiaridades del sector agrario por medio de la negociación colectiva. A continuación, se expondrá con más detalle esta doctrina.

El primer pronunciamiento del Alto Tribunal sobre esta cuestión específica vino de la mano de sus dos sentencias fechadas en 17 de diciembre de 2001³⁷ ³⁸. En ambos casos, la casuística versaba sobre la regulación de la contratación eventual entonces en vigor y contenida en dos de los distintos convenios sectoriales entonces vigentes en el sector agrario murciano: por un lado, en el art. 4 del convenio sectorial de manipulado y envasado de agrios de la Región de Murcia y, por otro, en el art. 21 de su homólogo para el manipulado y envasado de tomate fresco. Se trataba de dos controversias simétricas porque la literalidad de cada uno de los referidos artículos era exactamente coincidente entre sí³⁹. En esencia, estos preceptos establecían que las empresas incluidas en el ámbito de aplicación de cada convenio tenían la facultad de limitarse a asignar la ocupación efectiva y la retribución a cada persona trabajadora eventual en base a determinados días concretos de trabajo. Así mismo esos días laborables debían ser elegidos por el empleador dentro del periodo total de duración de su contrato si este consideraba «precisos sus servicios para la empresa».

Estos preceptos no suponían una novedad en el cuerpo de ambos acuerdos colectivos, sino que versiones anteriores de los mismos convenios ya incluían estos mismos preceptos con una redacción similar. Sin embargo, en esta ocasión, el sindicato UGT optó por desmarcarse de aceptar la continuidad del mismo y, ante la falta de un acuerdo unánime en la mesa negociadora⁴⁰, impugnó la validez de los mencionados artículos⁴¹.

En su demanda, esta organización sindical fundamentó su pretensión en que «el contrato eventual no admite trabajos de tipo intermitente, sino que

³⁷ Rec. 66/2001.

³⁸ Rec. 68/2001.

³⁹ «Los trabajadores que se contraten bajo esta modalidad, bien sea por acumulación de tareas, exceso de pedidos, circunstancias de la producción o mercado, aun tratándose de la actividad normal de la empresa, deberán suscribir el correspondiente contrato, con duración máxima de 180 días de trabajo efectivo dentro del período de 365 días, pero serán llamados al trabajo y lógicamente retribuidos, exclusivamente los días en que sean precisos sus servicios a la Empresa, dentro del período pactado y ello por posibilitarlo así el artículo 3 del RD 2720/1998, de 18 de diciembre, que desarrolla el artículo 15 del ET, ya que se está en presencia de Convenio Sectorial y se establece la duración de estos contratos en la forma expuesta, en atención al carácter estacional de la actividad».

⁴⁰ El otro sindicato firmante de ambos convenios, CCOO, sí mantuvo su conformidad con la discontinuidad del trabajo prestado por el personal eventual.

⁴¹ SSTJ de Murcia 1583/2000 (Rec. 5/2000) y 1584/2000 (Rec. 6/2000), ambas de 28 de noviembre.

comporta actividad todos los días laborales durante el periodo que la eventualidad dura». Además, puntualizó que las partes negociadoras de un convenio no están habilitadas para «regular las contrataciones eventuales en cuanto al llamamiento al trabajo de estos trabajadores como si de un trabajador fijo-discontinuo se tratase»⁴².

Así mismo, se expuso que los referidos convenios colectivos habían incurrido en una vulneración del principio de jerarquía normativa, pues se trataba de normas de rango convencional que estaban conculcando preceptos de derecho necesario absoluto sobre las modalidades de contratación temporal contenidas en el ET, es decir, en una norma de rango legal. En consecuencia, se trataría de supuestos en que la negociación colectiva, lejos de actuar dentro del margen previsto para que los convenios modulen de forma dispositiva determinadas facetas del contrato temporal, habría incurrido en dos actos *ultra vires*.

Por su parte, tanto los codemandados (entre ellos, CCOO como sindicato firmante de los convenios impugnados) como el Ministerio Fiscal, se opusieron a lo planteado por el demandante. Para ello, argumentaron que los dos artículos convencionales examinados tienen un alcance que no excede del ámbito competencial de la negociación colectiva y, además, lejos de perjudicar a las personas trabajadoras incluidas en ese momento en su ámbito de aplicación «responde a una necesidad real y no se trata de algo caprichoso, y ello se comprueba por la variedad de convenios que, pacíficamente, han venido reflejando preceptos esencialmente iguales»⁴³. Estos últimos argumentos fueron en su mayor parte los finalmente acogidos por el TSJ de Murcia en sus sentencias 1583/2000 y 1584/2000, ambas de 28 de noviembre de 2000^{44 45}.

Posteriormente, el sindicato demandante recurrió en casación ante el TS estas sentencias desestimatorias. Y en esta ocasión, el Alto Tribunal revocó el fallo de las mismas por medio de sus antedichas sentencias de 17 de diciembre de 2001. Así mismo, se mostró tajante haciendo hincapié en que es contrario a derecho celebrar un contrato temporal para llevar a cabo una prestación de servicios con solución de continuidad. Tanto es así que, según lo expuesto en su FJ 2, su-

⁴² *Vid. FJ 1 de cada una de las sentencias.*

⁴³ *Vid. FJ 1 in fine.*

⁴⁴ *Rec. 5/2000 y Rec. 6/2000.*

⁴⁵ Concretamente, en el FJ 4 de cada una ellas, el tribunal señaló lo siguiente:

«(...) no se ha vulnerado la regulación específica de los contratos eventuales, ya que, en una interpretación compatible con la legalidad, partiendo de la base de que una empresa tuviese trabajadores fijos, fijos-discontinuos, y eventuales, los trabajadores eventuales sólo podrían ser contratados cuando, agotada la contratación de los fijos-discontinuos, concurriesen las circunstancias que lo autoricen y, como las circunstancias pueden ser fluctuantes, cílicas o intermitentes; no parece arbitrario ni ajeno a la realidad que las partes hayan pactado el art. 4 del convenio colectivo, ahora impugnado, ya que, nada impide introducir períodos de suspensión en un contrato de trabajo, hasta tal punto que así se viene a reconocer en el R.D. 2720/98 (art. 7)».

pone distorsionar la propia naturaleza de la contratación temporal, empleándola para actividades y circunstancias que son propias de la fijeza-discontinua⁴⁶.

Es destacable que estas sentencias venían acompañadas de sendos votos particulares (en adelante, VP). Así mismo, tampoco es baladí que los magistrados murcianos Bartolomé Ríos Salmerón y Joaquín Samper Juan se encontraran entre los que plantearon una interpretación discordante con la doctrina mayoritaria y, por tanto, se mostraran coincidentes con el criterio sostenido en fase de instancia por el TSJ de Murcia. Básicamente, el VP discrepa sobre la negativa a que la negociación colectiva pudiera acordar un régimen de trabajo intermitente al margen del contrato fijo-discontinuo⁴⁷.

Así mismo, este VP plantea como reflexión que «no hay prohibición legal alguna de contratar de nuevo al mismo trabajador eventual al que se había contratado antes cuando nuevas «circunstancias de mercado» o nuevas «acumulaciones de tareas» lo justifican». Partiendo de esta consideración, se pone de relieve que, a efectos prácticos, la prestación de servicios intermitente dentro del mismo contrato «es sustituida por la intermitencia en la contratación, que la ley permite, equivalente funcional que tiene la ya señalada desventaja de un grado mayor de precariedad».

No obstante, después de estas dos resoluciones prácticamente simultáneas, en las cuales el TS reiteró su fundamentación contraria a la validez legal de los artículos convencionales analizados, quedó sentada una doctrina jurisprudencial que ha permanecido hasta hoy. De hecho, este criterio fue posteriormente refrendado por el propio TSJ de Murcia en sus sentencias 240/2003, de 17 de febrero⁴⁸, y 1078/2004, de 25 de octubre⁴⁹. En esta

⁴⁶ «(...) el contrato que autoriza el precepto convencional cuestionado es una especie de híbrido de contrato eventual, a tiempo parcial, para satisfacer trabajos fijos-discontinuos, que no respeta los mínimos legales de cada uno de ellos, constituyéndose en un medio por el que el empleador puede contar con los servicios de un trabajador, que queda vinculado contractualmente de manera obligatoria y que no ha de utilizar más que cuando sus servicios le sean necesarios, con olvido de que tal necesidad o su desaparición no puede ser elevada a la categoría de causa de la temporalidad, y, menos aún, de la indeterminación del tiempo en el que las partes quedan vinculadas.»

⁴⁷ «Tampoco compartimos la premisa de que el régimen de «trabajo intermitente» o «por llamada» queda fuera del ámbito material de los convenios colectivos. En principio, el derecho a la negociación colectiva laboral se extiende a todas las condiciones de trabajo y empleo no excluidas de manera expresa por el legislador, exclusión que no se da respecto de esta modalidad de ejecución del trabajo, de suerte que los convenios colectivos pueden regular materias o aspectos de las relaciones de trabajo.»

A ello hay que añadir que en las labores agrícolas y en el trabajo en el campo la «distribución» del tiempo de trabajo se encarga expresamente a los convenios colectivos (art. 5 del RD 1561/1995 de jornadas especiales de trabajo), precepto que tiene su razón de ser en determinadas circunstancias especiales de la producción agraria y del mercado de trabajo en el medio rural, que concurren también sin duda en las operaciones de manipulado y envasado de productos agrícolas».

⁴⁸ Rec. 48/2003.

⁴⁹ Rec. 916/200.

última, incluso se puso de manifiesto que «la contratación eventual con cláusula de intermitencia en la prestación del trabajo (...) pone de manifiesto que los contratos han sido analizados en fraude de ley, al ir en contra de lo dispuesto en el art. 15.1 ET».

Sin embargo, en la STSJ de Murcia 1264/2005, de 21 de noviembre⁵⁰, se matizó que, pese a la doctrina pacífica del TS sobre la imposibilidad del contrato «eventual-discontinuo», pueden darse supuestos excepcionales en los que la temporalidad pueda enlazar períodos intermitentes de actividad e inactividad. Se trata de situaciones en las que, debido a circunstancias de fuerza mayor imposible de prever, fuera necesario reasignar de manera coyuntural una carga de trabajo decreciente. En este caso concreto, a diferencia de la casuística conocida por el TS, «existía trabajo para unos y no para otros, procediéndose a la suspensión por las causas fijadas en el mencionado convenio colectivo, concretamente por circunstancias climatológicas que afectaban a la producción». Consecuentemente, al no concurrir un supuesto de hecho homologable al de las SSTS de 17 de diciembre de 2001, se admitió la intermitencia en la prestación de servicios ocurrida puntualmente dentro de ese contrato eventual.

5. Controversias en torno a la conversión de personas fijas-discontinuas en indefinidas ordinarias

En el ámbito agrario, a menudo, puede darse la situación de que personas trabajadoras con contrato fijo-discontinuo puedan completar una jornada anual equiparable a la de alguien con contrato indefinido ordinario. Esto puede ocurrir como consecuencia de sistemas de llamamiento que favorecen que, aquellas fijas-discontinuas con mayor antigüedad en la empresa, sean llamadas con carácter preferente para prestar servicios mientras subsista la carga de trabajo. En otras ocasiones, esta situación es resultado de una utilización indebida o, incluso, fraudulenta de esta modalidad contractual, en perjuicio del contrato indefinido ordinario.

En un primer momento, la STSJ de Murcia, de 26 de septiembre de 1990 (Checa, 1998: 25-27) consideró ajustado a derechos que una persona trabajadora fija-discontinua preste servicios ininterrumpidamente durante la totalidad de los días laborables del año natural. De manera que ese contrato habría sido celebrado en fraude de ley y, en consecuencia, la persona trabajadora envuelta en esta tesitura no debe adquirir la condición de indefinida ordinaria. Lejos de ello, la referida resolución señala que, en caso de que una persona fija-discontinua supere la jornada anual prevista para una indefinida ordinaria, la conse-

⁵⁰ Rec. 1180/2005.

cuencia legal sería la del devengo de un salario anual superior al del personal fijo, pero nunca la conversión de fijo-discontinuo en indefinido ordinario.

El magistrado ponente de esta resolución, Joaquín Samper Juan, llega a esta conclusión partiendo de la premisa de que, aunque la empresa haya trabajado en los últimos años un gran número de días ininterrumpidamente por el mero hecho de haber tenido fruto y mercado suficiente, no estaría ineludiblemente obligada a facilitar a su personal fijo-discontinuo un volumen similar de días de trabajo en años sucesivos. Y ello lo justifica indicando que cabe la posibilidad de que, en años posteriores, su actividad se vea reducida significativamente por falta de fruto o de mercado.

Este criterio fue respaldado por la STSJ de Navarra 251/2000, de 27 de junio⁵¹, que indicó que el contrato fijo-discontinuo permanece vigente aun cuando, en uno o más años, la causa determinante de la intermitencia de los trabajos a ejecutar sea generalizada hasta el punto de que estos se lleven a cabo durante todos los días laborables del año, o en el caso de que la duración de la producción cíclica de las correspondientes campañas se extienda a todos los días del año natural.

Sin embargo, esta doctrina comenzó a ser matizada por la STSJ de La Rioja 20/2003, de 4 de febrero⁵², que vino a señalar que una persona trabajadora fija-discontinua siempre ha de realizar una jornada anual «inferior a la jornada anual correspondiente al trabajador a tiempo completo comparable al servicio de la misma empresa, teniendo como límite máximo el número de horas complementarias el del 15% de la jornada normal del trabajador fijo-discontinuo»⁵³.

No obstante, la doctrina reiterada del TS se ha apartado de las fundamentaciones anteriores. Esencialmente, ha indicado que cuando hay once meses en el año en los cuales trabaja en la práctica totalidad de sus días laborables (al margen del descanso vacacional en agosto), es indudable que no hay solución de continuidad o intervalos temporales separados en esa relación laboral. Concretamente, este criterio fue expuesto en el FJ 2 de la STS/4.^a de 20 de abril de 2005⁵⁴. Y posteriormente, la STS/4.^a de 10 de octubre de 2013⁵⁵ reiteró que,

⁵¹ Rec. 265/2000.

⁵² Rec. 4/2003.

⁵³ Cabe aclarar que ese límite fijado en el 15% para la realización de horas complementarias puede ampliarse si así se prevé en el convenio de aplicación. No obstante, esta ampliación no podrá superar el 60% de la jornada ordinaria de la persona trabajadora.

⁵⁴ «(...) como los contratos se repiten en fechas ciertas dentro del volumen normal de la actividad, no se pueden calificar de fijos-discontinuos y, como la demandante presta sus servicios no solo en fechas ciertas, sino durante 11 meses dentro de cada año natural por lo que la actividad laboral es de forma ininterrumpida salvo el parentesis del mes de agosto que se corresponde con las vacaciones en el centro y, con jornada de trabajo no inferior a la de un trabajador a tiempo completo comparable, no resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 12.1 del Estatuto de los Trabajadores».

⁵⁵ Rec. 3048/2012.

para apreciar la condición de trabajadores fijos-discontinuos, era preciso que se acreditara «el carácter permanente de la actividad, como consecuencia de una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, es decir, a intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad» (FJ 4, párrafo 1.º).

Así mismo, en lo referente específicamente a la actividad en almacenes de manipulado y envasado, el TS también ha puntualizado con claridad que, este criterio, no se ve condicionado en modo alguno por el hecho de que, en atención a lo dispuesto en el art. 4 de la Orden de 30 de mayo de 1991 por la que se da nueva regulación a los sistemas especiales de frutas y hortalizas e industria de conservas vegetales, dentro del régimen general de la Seguridad Social⁵⁶ (en adelante, OM de 30/05/1991). Este precepto refiere que las campañas en el sector de manipulado y envasado de frutas y hortalizas se configuran desde enero a diciembre. De hecho, la STS/4.a de 15 de julio 2010⁵⁷ y la propia STS/4.a de 10 de octubre de 2013 ya mencionada en el párrafo anterior, de nuevo en su párrafo 1.º del FJ 4, lo señala de manera expresa y clara:

aunque en algún sector de la producción (...) las campañas pueden llegar a encadenarse e incluso alcanzar períodos anuales completos (art. 4 OM 30/05/1991), ello no puede suponer la derogación del precepto estatutario⁵⁸ y menos aún admitir que las campañas puedan sucederse sin solución de continuidad durante años sin que ello repercuta en la naturaleza jurídica de la relación (...), en todo caso, la regulación legal excluye la sistemática y prolongada falta de solución de continuidad entre ellas.

De igual forma, el TSJ de Aragón en sus sentencias de 185/2020, de 24 de abril⁵⁹; y 269/2020, de 23 de junio⁶⁰, ha precisado que la concurrencia de intermitencias frecuentes a lo largo de la jornada anual no impide por sí misma que el contrato fijo-discontinuo pueda estar celebrado en fraude de ley y, por tanto, que deba considerarse indefinido ordinario. Esto ocurre cuando dichas intermitencias no sean de duración significativa y puedan corresponder a períodos de descanso semanal, a festivos o períodos análogos y a vacaciones⁶¹.

⁵⁶ BOE de 8 de junio de 1991.

⁵⁷ Rec. 2207/2009.

⁵⁸ En ese momento, el TS se refería al art. 15.8 ET, posteriormente, la regulación del contrato fijo-discontinuo fue reubicada en el art. 16 ET, como es sabido.

⁵⁹ Rec. 129/2020.

⁶⁰ Rec. 229/2020.

⁶¹ Para mayor claridad, así lo expresan ambas resoluciones en su FJ 4:

(...) el actor trabaja prácticamente todo el año, de febrero a diciembre, con altas y bajas en la Seguridad Social, bajas que en la mayor parte de los casos son a intervalos de uno o dos días, muchas veces coincidiendo con fines de semana (por ejemplo, del 23 al 26 de febrero de 2018, o del 23 al 26 de marzo de 2018), así como bajas en Semana Santa, e interrupciones para el día 15 de agosto, festivo y sin actividad en la finca, sin que la empresa pruebe que los llamamientos del tra-

Más recientemente, la doctrina contenida en las tres resoluciones anteriores del TS, ha sido nuevamente reiterada por la STSJ de Cantabria 505/2020, de 14 de julio⁶² (concretamente, en su FJ 2), para resolver un supuesto de hecho que guarda similitud con el señalado en los párrafos anteriores. Pero, sobre todo, es destacable las relativamente recientes SSTS/4.^a 951/2020, de 28 de octubre⁶³, que ha vuelto a reafirmarse una vez más en el criterio señalado por el Alto Tribunal desde la década anterior hasta la actualidad⁶⁴, despejando de esta forma cualquier atisbo de duda sobre la posibilidad de emplear la fijeza-discontinua para trabajos que adolecen de solución de continuidad y afirmando que «la seña de identidad del fijo-discontinuo es la discontinuidad».

Concretamente, el supuesto de hecho analizado en este caso venía referido al contenido de un pacto entre una empresa alicantina dedicada a la recolección de tomate y la representación legal de los trabajadores. Este acuerdo suponía que el personal fijo-discontinuo viera reconocido el derecho en dos campañas dentro del año: la de verano (julio y agosto) y la de invierno (el resto del año). De esta manera, este colectivo de personas trabajadoras tenía garantizada una jornada de trabajo anual de 1802 horas, lo cual era coincidente con lo previsto en el convenio de aplicación para el personal indefinido ordinario.

Finalmente, en los apartados 4 y 5 de su FJ 3, el TS ha establecido lo siguiente:

Si los servicios que se prestan no son, de forma sistemática y reiterada en el tiempo, discontinuos, sino que son continuos y sin solución de continuidad, el contrato dejará de ser fijo-discontinuo y pasará a ser fijo continuo, porque esta será su naturaleza real y verdadera. El contrato fijo-discontinuo se reconoce para atender ne-

jador coincidan con campañas agrícolas. Por el contrario, se prueba una prestación de servicios de forma continuada, interrumpiéndose la actividad en la mayor parte de los casos en fines de semana y retomándose la actividad el lunes cuando el trabajador vuelve a ser dado de alta, lo que desde luego es un claro indicio de la intención de la empresa de no abonar al actor los salarios de fines de semana y festivos, tal y como por otra parte se refleja en sus nóminas.

⁶² Rec. 332/2020.

⁶³ Rec. 4364/2018.

⁶⁴ Para mayor claridad, se resaltan los siguientes dos párrafos de su FJ 3:

El hecho de que los recurrentes hayan prestado servicios para su empresa «prácticamente sin solución de continuidad, (...) encadenando unos contratos con otros» no es, en verdad, compatible con la naturaleza y finalidad del contrato fijo-discontinuo del artículo 16 ET (...) En estos últimos supuestos, el contrato adecuado es el fijo continuo u ordinario y no el fijo-discontinuo, por la sencilla razón de que no hay periodo alguno de discontinuidad» (párrafo 10.^o).

.../...

(...) un contrato en que los trabajadores, de manera sistemática y reiterada, prestan servicios de forma continua y sin solución de continuidad no se corresponde con la naturaleza de un contrato fijo-discontinuo, al que es inherente y consustancial que exista cierta discontinuidad en el trabajo (párrafo 14.^o).

cesidades empresariales y trabajos que son, por su propia naturaleza, discontinuos (periodos en los que se trabaja seguidos de periodos en los que no se trabaja), pero no es el contrato adecuado para los casos en los que el trabajo es continuo, toda vez que siempre se trabaja y no hay periodos en que no se trabaja. En estos últimos supuestos, el contrato adecuado es el fijo continuo u ordinario y no el fijo-discontinuo, por la sencilla razón de que no hay periodo alguno de discontinuidad.

Y para concluir este apartado, ha de aludirse a la recientísima STSJ de Murcia 51/2023, de 16 de mayo⁶⁵, el cual ha refrendado el criterio del TS aplicándolo al caso de una persona trabajadora vinculada contractualmente con una empresa murciana de manipulado y envasado de cítricos. Y además, ha precisado que es ineludible que el contrato fijo-discontinuo debe ir ineludiblemente acompañado a una cierta discontinuidad en la prestación de servicios para que sea válido, señalando que en caso de adolecerse de algún periodo sin carga de trabajo a lo largo del año, se tratara de un supuesto de fijeza ordinaria.

6. Conclusiones

Para dar cobertura a la demanda mano de obra temporal en el sector agroindustrial, se dan habitualmente dos formas de reclutamiento y contratación. Por un lado, el llamamiento según antigüedad a las personas contratadas por la empresa bajo la modalidad contractual de fijo-discontinuo. Y demás, la contratación temporal y de temporada de un gran número de personas trabajadoras que son, en su mayoría, reclutadas por empresas de trabajo temporal (en adelante ETTs) para el periodo de temporada alta de carga de trabajo⁶⁶.

El trabajo en el ámbito agrario y, concretamente, la aplicación sectorial de las figuras del contrato fijo-discontinuo y del contrato temporal, requiere una regulación específica que delimite de manera precisa y clara el concepto y alcance de cada una de estas modalidades. Ante su ausencia, es habitual la aparición de litigiosidad derivada de problemas en el encuadramiento de la particular prestación de servicios propia de la agroindustria. Esta es una de las causas que contribuyen a que el empleo agrícola esté asociado a condiciones generalmente más desventajosas que las de otros sectores.

⁶⁵ Rec. 96/2022.

⁶⁶ Las ETTs tienen una amplísima presencia en la agroindustria de la Región de Murcia. De hecho, según datos del Ministerio de Trabajo y Economía Social, de los 690.441 contratos de puesta a disposición que fueron celebrados en el sector agrario español durante el año 2021, 428.479 tuvieron lugar en la Región de Murcia, es decir, el 62,06% sobre el total nacional.

Vid. <https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/estadisticas/anuarios/2021/ETT/ETT.pdf> (págs. 4 y 8).

Además, los elementos que inciden en el adecuado uso de la fijeza-discontinua y de la fijeza ordinaria, son complejos y cuantiosos. Por ello, en las últimas décadas, ha aparecido una vasta doctrina que ha venido clarificando poco a poco cuándo es o no ajustado a derecho utilizar cada uno de estos contratos. De hecho, el TS y distintos tribunales superiores de justicia han resaltado requisitos básicos para no abusar de la contratación fija-discontinua en el ámbito agrario. En este sentido, es destacable que la fijeza-discontinua no deberá emplearse cuando estemos ante trabajos que no presenten intermitencias significativas o tengan solución de continuidad en un periodo relativamente extenso de tiempo, lo cual no puede obviarse ni siquiera cuando la persona trabajadora venga encadenando distintas campañas agrícolas de forma sucesiva.

Así mismo, para abordar esta problemática, además de a soluciones legales y reglamentarias⁶⁷, también se puede recurrir a la negociación colectiva. Fundamentalmente, a través de acuerdos marco entre los principales sindicatos y organizaciones patronales, para sentar las bases mínimas que establezcan la utilización adecuada de la fijeza-discontinua y reduzcan la utilización fraudulenta de contratos eventuales. De hecho, ya es habitual que los convenios recojan pautas claras para la transformación de contratos temporales en fijos-discontinuos, aunque no tanto para el caso de la conversión de estos en indefinidos ordinarios.

Finalmente, hay que poner de relieve que el RDL 32/2021 ha tenido relevancia en la regulación de los contratos fijos-discontinuos. Incluso, puede atribuirse una importancia determinante en el papel creciente que la fijeza-discontinua está teniendo en nuestro mercado de trabajo actual. De hecho, la referida norma modifica el papel de las ETTs al habilitarlas para intervenir en el reclutamiento y puesta a disposición de personas con este tipo contrato.

Y con respecto a los trabajos de temporada desempeñados en ámbitos como el agrícola, esencialmente, podría entenderse que la referida reforma laboral ha perseguido el objetivo de que queden ineludiblemente encuadrados en esta modalidad contractual, acotando los márgenes para recurrir a la contratación temporal (Cavas, 2022: 132).

No obstante, las novedades introducidas por el RDL 32/2021 no condicionan la validez futura del criterio expuesto por la doctrina y los tribunales y recogido en los párrafos precedentes. No en vano, la cuestión fundamental sigue siendo la existencia o no de intermitencias importantes en la prestación de servicios, de tal manera que no sería admisible la fijeza-discontinua cuando la persona trabajadora realice una jornada laboral que, proyectada en términos anuales, sea equiparable a la de otro empleado comparable que trabaje a tiempo completo en esa misma empresa.

⁶⁷ Aunque no puede afirmarse que la reforma del art. 16 del ET operada por la última reforma laboral (RDL 32/2021), haya ido en esa línea.

7. Bibliografía

- ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón (2007): *Estructura de la negociación colectiva, sistematización y análisis de los ámbitos negociales y de las reglas de articulación de convenios*, en ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón (Dir.), *La negociación colectiva en el sector agrario*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, Cap. III, pp. 81-108.
- CARRIZOSA PRIETO, Esther (2022): *La nueva regulación de contrato fijo discontinuo. Una visión general*, Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social, Núm. 152, pp. 45-65.
- CAVAS MARTÍNEZ, Faustino (2022): «El nuevo contrato fijo-discontinuo en la reforma laboral de 2021», en MONEREO PÉREZ, José Luis; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana; RODRÍGUEZ INIESTA, Guillermo y ORTIZ CASTILLO, Francisco (Coords.), *La reforma laboral de 2021: estudio técnico de su régimen jurídico*, Laborum, Murcia.
- CAVAS MARTÍNEZ, Faustino y HIERRO HIERRO, Francisco Javier (2005): *Relaciones laborales y Seguridad Social agraria*, Laborum, Murcia.
- CHECA DE ANDRÉS, Antonio (1998): *Los trabajadores fijos discontinuos en la Región de Murcia, y su incidencia en el sector agrario*, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia. Disponible en: <http://ralyjmurcia.es/sites/default/files/Número%2022.1998.Don%20%20Antonio%20Checa%20de%20Andres.pdf> (última revisión en fecha de 25 de julio de 2023).
- GARCÍA ORTEGA, Jesús (2017): «El contrato fijo-discontinuo. Retos actuales de una modalidad contractual histórica», *Documentos Laborales*, Núm. 110, pp. 93-102.
- GORELLI HERNÁNDEZ, Juan (2022): «El nuevo régimen jurídico del contrato fijo discontinuo tras la reforma de 2021», *Temas Laborales*, Núm. 161, pp. 217-252.
- LAHERA FORTEZA, Jesús (2022): «Las cinco modalidades del nuevo contrato de trabajo fijo-discontinuo», *Observatorio de recursos humanos y relaciones laborales*, Núm. 180.
- NUEZ YANEZ, Juan (2001): «Las reglamentaciones de trabajo para el cultivo del plátano en Canarias, 1939/1958», *III Encuentro de investigadores sobre el franquismo y la transición*, Universidad Pablo de Olavide, pp. 88-94.
- NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, Pilar (2022): «El contrato fijo discontinuo: precisiones conceptuales, requisitos y derechos de las personas trabajadoras», *Revista de Derecho Social y Empresa*, Núm. 17, pp. 1-25.
- POQUET CATALÁ, Raquel (2016): «Zonas grises del contrato fijo discontinuo», *IUSLabor*, Núm. 3, pp. 1-23.
- RAMÍREZ MELGAREJO, Antonio José (2023): «El trabajo fijo-discontinuo en el sector de la agroindustria en el sureste de Europa», *Sociología del Trabajo*, Núm. 102, pp. 1-11.
- RUIZ SAURA, José Enrique (2023), «Las relaciones laborales en la agricultura intensiva de la región de Murcia: el papel de la acción sindical y de la negociación colectiva en la construcción de su marco regulatorio», *Lan Harremanak*, Núm. 49 (edición *in press*), págs. 13-15. Disponible en: <https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.24812>
- RUIZ SAURA, José Enrique (2023): *Trabajo agrario y derechos laborales en la Región de Murcia*, en BERNÁRDEZ GÓMEZ, Abraham (Coord.), *Investigación para la mejora de la sociedad: aportaciones de los jóvenes investigadores*, Dykinson, Madrid, 2023, pp. 105-118.
- TÁRRAGA POVEDA, José (2018): *Los trabajadores de temporada, sus prestaciones sociales y actividad económica en la Región de Murcia*, Cuadernos del Consejo Económico de la Región de Murcia, Murcia.

NATURALEZA CONTRACTUAL DEL EJERCICIO PROFESIONAL DE LOS ÁRBITROS DEPORTIVOS¹

Contractual nature of the professional practice of sports referees

NATASHA VERGARA PRIETO*

Universidad del País Vasco. España

RESUMEN

La reciente sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 20 de febrero de 2024 ha supuesto un giro doctrinal respecto de la naturaleza jurídica de la relación contractual de los árbitros deportivos. El artículo trata de analizar, además de la jurisprudencia previa a dicha sentencia, los acontecimientos de diferente naturaleza que pueden haber intervenido en la aportación doctrinal novedosa realizada por la sentencia objeto de estudio.

Palabras clave: árbitro, deportista profesional, contrato laboral especial, temporalidad.

ABSTRACT

The recent judgement of the Superior Court of Justice of Madrid dated February 20, 2024 has represented a doctrinal change regarding the legal nature of the contractual relationship of sports referees. The article tries to analyze, in addition to the jurisprudence prior to the said ruling, the events of a different nature that may have intervened in the novel doctrinal contribution made by the judgment under study

Keywords: referee, professional athlete, special employment contract, temporary employment.

¹ Trabajo realizado en el marco del Proyecto «El régimen jurídico del Transition Law y su impacto sobre los derechos laborales de los trabajadores en mares y océanos» (Convocatoria: MCIU-Proyectos de Investigación No Orientada, referencia PID2021-124045NB-C31).

* **Correspondencia a:** Natasha Vergara Prieto. Universidad del País Vasco (España). – natasha.vergara@ehu.eus – <https://orcid.org/0000-0001-7007-4396>

Cómo citar: Vergara Prieto, Natasha (2024). «Naturaleza contractual del ejercicio profesional de los árbitros deportivos»; *Lan Harremanak*, 51, 289-307. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.26231>).

Recibido: 10 abril, 2024; aceptado: 29 mayo, 2024.

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



Esta obra está bajo una licencia
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

1. Introducción

El sistema jurídico español, a lo largo de la historia, no ha establecido un criterio claro respecto de la naturaleza jurídica que tiene el ejercicio profesional de los árbitros deportivos. Las resoluciones judiciales elaboradas al respecto, hasta la fecha, se inclinaron por considerar que la naturaleza de dicha relación se acercaba más a una relación de carácter administrativo; pero es evidente, que ni a los árbitros ni a la doctrina mayoritaria les ha satisfecho dicha calificación, pues han entendido que esta consideración no se ajustaba a su realidad contractual.

Es con fecha 20 de febrero de 2024, cuando el Tribunal de Justicia de Madrid, sección 3.^a de lo Social ha dictado una sentencia² que, quizás, pueda definitivamente consolidar la naturaleza contractual de la relación profesional de los árbitros deportivos; cubriendo, por fin, las necesidades de seguridad jurídica de estos, y terminando con la indefinición que, hasta la fecha, ha existido al respecto. La referida indefinición ha sido consecuencia de que la actividad profesional arbitral presenta perfiles propios y singulares (Basauli, 2014:105-145); y que son muy escasas las demandas que el colectivo arbitral ha interpuesto ante la jurisdicción ordinaria (Martín y Castrejana, 2009:210). Respecto de los perfiles propios y singulares que presenta la actividad profesional arbitral, se debe señalar que estos hacen que dicha relación reúna una serie de notas que, aisladamente consideradas y desde un punto de vista teórico, podrían servir para encajarla tanto en el ámbito social, como en el contencioso- administrativo; e incluso, en el civil.

2. Antecedentes jurisprudenciales

Respecto al análisis realizado por la jurisdicción ordinaria, en relación a la naturaleza contractual de los colegiados deportivos, son tres las sentencias destacadas hasta la fecha: la primera, la del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Social, de 4 de febrero de 1999; la segunda, la del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, de 25 de mayo de 2015; y la tercera, la del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, de 5 de julio de 2019.

A pesar de que en las sentencias referidas no existe una coincidencia respecto a las partes en el proceso, a la cuestión litigiosa ni a la decisión final, la elaboración doctrinal que realizan los distintos Tribunales Superiores de Justicia es muy similar, a pesar de que son veinte años los transcurridos entre las sentencias. Esta coincidencia en el argumentario podría dar a entender que la califica-

² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de los Social, Sección 3.^a, núm. 1789/2024, de 20 de febrero de 2024, ECLI:ES:TSJM:2024:1789.

ción de la naturaleza jurídica de las relaciones contractuales de los árbitros deportivos es una cuestión pacífica y clara; pero nada más lejos de la realidad, pues solo hay que acudir a la doctrina académica para observar que la configuración contractual de los árbitros es un asunto todavía no resuelto.

Para proceder a este análisis anunciado, y en aras a facilitar la compresión, por una parte, se expondrán los antecedentes de hecho de cada sentencia de forma individualizada, para después, analizar las conclusiones de las tres sentencias conjuntamente; ya que, como ya se ha adelantado, la elaboración argumental utilizada por los distintos tribunales hasta el 20 de febrero de 2024 ha sido muy similar.

2.1. Hechos litigiosos

2.1.1. *Sentencia del Tribunal Superior de Galicia, Sala de lo Social, de 4 de febrero de 1999*

El caso dirimido ante el TSJ Galicia fue consecuencia de una demanda de despido promovida por un árbitro de fútbol contra la Real Federación Española de Fútbol (RFEF). El demandante venía realizando funciones de árbitro de fútbol desde 1992, integrado en la Real Federación Española de Fútbol (RFEF) bajo las siguientes condiciones económicas:

- En la temporada 1995/1996, como árbitro en la categoría de Segunda División A, percibió una cantidad fija de 125.000 de pesetas (751,26€) mensuales, de septiembre a junio; además de la cantidad adicional de 80.500 pesetas (483,81€) por partido arbitrado.
- En la temporada 1996/1997, como árbitro en la categoría de Primera División, la cantidad cobrada ascendió a una cantidad fija de 200.000 pesetas (1.202,02€) mensuales, de septiembre a junio; y 115.000 pesetas (691,16€) por partido arbitrado.
- En la temporada 1997/1998, como árbitro de Segunda División A 125.000 pesetas (751,26€) mensuales, durante los meses de septiembre a junio; y por partido arbitrado 107.000 pesetas (643,08€).

Asimismo, el demandante percibía, además de dietas y gastos por desplazamientos, cantidades fijas por el arbitraje en partidos correspondientes a los de la Copa de su Majestad el Rey.

Las cantidades percibidas eran abonadas por la Liga Nacional de Fútbol Profesional (LNFP) a través de la RFEF, a excepción de las cobradas por los partidos arbitrados de la Copa de S.M. el Rey que eran abonadas a cuenta de la RFEF³.

³ En aras a la mejor comprensión de las instituciones mencionadas, se ve la necesidad de exponer el papel que juegan las federaciones deportivas y las ligas profesionales en las competiciones deportivas en España.

Con fecha 10 de julio de 1998, el árbitro recibió una carta del Comité Técnico de Árbitros de Fútbol⁴, en la que se le notificaba su descenso de categoría de acuerdo con la evaluación realizada. Dicha notificación sirvió para, después del infructuoso intento de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación, que el árbitro interpusiera una demanda por despido improcedente ante el Juzgado de lo Social núm. 3 de los de Pontevedra. El Juzgado mencionado, en su sentencia, entendió que era incompetente por razón de la materia, y sin entrar en el fondo del asunto, la demanda quedó desestimada. Dicha sentencia fue recurrida en suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

2.1.2. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, de 25 de mayo de 2015⁵

En este caso, el Tribunal de Justicia de Cataluña dirime sobre la demanda por despido interpuesta por un árbitro de baloncesto contra la Asociación de Clubs de Baloncesto (ACB), liga profesional creada al efecto para organizar las competiciones profesionales de baloncesto conjuntamente, en este caso, con la Federación Española de Baloncesto⁶.

El artículo 43 de la Ley 39/2022, de 30 de diciembre, del Deporte (*BOE* núm. 314, de 31 de diciembre de 2022) establece los siguientes:

1. Las federaciones españolas son entidades privadas de naturaleza asociativa, sin ánimo de lucro y con personalidad jurídica propia que tiene por objeto el fomento, la organización, la reglamentación, el desarrollo y la práctica, en el conjunto del territorio del Estado, de las modalidades y especialidades deportivas que figuran en sus estatutos.

(...)

4. En los sectores donde exista una competición profesional de ámbito estatal, la liga profesional correspondiente se integrará necesariamente en la federación en los términos que establecen esta ley y sus normas de desarrollo.

En resumen, la Ley del Deporte ordena la constitución de ligas en todas aquellas federaciones deportivas en las que se compita oficialmente con carácter profesional. Serán las ligas profesionales a las que les corresponde organizar sus propias competiciones, pero ello no quiere decir que sean independientes, sino que dicha organización debe llevarse a cabo en coordinación con su respectiva federación deportiva. La ordenación y dirección que la liga profesional deba realizar sobre sus competiciones debe hacerse dentro del marco que previamente le haya fijado la federación deportiva.

⁴ El Comité Técnico de Árbitros, en general, es el órgano encargado de regular la actividad del arbitraje en las competiciones organizadas por las federaciones deportivas o por las ligas profesionales, por estas últimas, cuando las competiciones sean de carácter profesional. Entre sus funciones se encuentra la clasificación técnica de los árbitros, proponiendo su adscripción a las categorías correspondientes; y designación de los mismos en las competiciones.

⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1.^a) núm. 3383/2015, de 25 de mayo, ECLI:ES:TSJCAT:2015:5966

⁶ A este respecto, véase la nota a pie de página número 4 del presente trabajo.

El demandante había ejercido como árbitro de baloncesto, en la máxima categoría de las competiciones oficiales estatales desde la temporada 1984/1985. El día 1 de septiembre de 2010, el árbitro y la ACB suscribieron un contrato, que denominaron de arrendamiento civil de servicios profesionales, para la temporada 2010/2011, remitiéndose su contenido a lo establecido en el Reglamento para la prestación de servicios de arbitraje deportivo aprobado por la liga profesional, para la temporada 2010/2011⁷ y, más concretamente, a lo pactado en el Acuerdo de Interés Profesional (AIP)⁸ entre la ACB y la Asociación de los Árbitros (Árbitros Españoles de Baloncesto Asociados), el 31 de agosto de 2010. Dicho contrato se renovó el 1 de septiembre de 2011 para la temporada 2011/2012.

El día 2 de agosto de 2012, la ACB publicó que el demandante causaría baja del colectivo arbitral para la temporada 2012/2013. Ante dicho acontecimiento, el 7 de agosto de 2012, el afectado remitió un burofax a la liga profesional comunicándole que consideraba que lo publicado suponía un despido tácito y, por tanto, exigiendo que se le comunicaran por escrito las causas que habían motivado el mismo. Por su parte, ante la recepción de dicha solicitud, la ACB remitió un escrito, el día 8 de agosto de 2012, informándole que el cese de su contrato ya se le había notificado cuando el 28 de junio de 2012, se le informó de la negativa de optar por suscribir una nueva prórroga.

El árbitro presentó la preceptiva demanda de conciliación, siendo el resultado de esta sin avenencia. En consecuencia, el demandante interpuso la demanda judicial ante el Juzgado de lo Social núm. 26 de los de Barcelona, que mediante su sentencia declaró la incompetencia del orden jurisdiccional para el conocimiento de la demanda interpuesta. Sentencia que, finalmente, se recurrió en suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

⁷ El Reglamento contemplaba, entre otras cuestiones, que los árbitros que tuvieran suscrito los correspondientes contratos tendrían la obligación de asistir a cuantas reuniones o sesiones de trabajo que fueran convocadas por el Director de Arbitraje; así como debían someterse a pruebas médicas, físicas y técnicas necesarias.

⁸ Este acuerdo reconocía a los árbitros el derecho a percibir un importe fijo, en 10 pagos mensuales, así como un importe variable en función del número de partidos arbitrados; y el reintegro de gastos de desplazamiento y manutención. Asimismo, se pactó la concertación de un seguro colectivo de salud, incapacidad temporal por accidente o enfermedad, incapacidad permanente por accidente o enfermedad, y muerte por accidente.

El acuerdo incluyó la posibilidad de extinción de la relación contractual a instancias de la ACB, sin derecho del árbitro a indemnización alguna, por el incumplimiento grave o reiterado de sus obligaciones. Además, se acordaron las causas de extinción del contrato del árbitro con derecho a indemnización, que eran las siguientes: la no superación de las pruebas médicas, físicas o técnicas reglamentariamente exigibles; el descenso de categoría; la no renovación del contrato a su finalización, no siendo por causa de edad; y la no renovación del contrato por el cumplimiento de 50 o más años. La indemnización prevista ascendía a 5.000€ anual, con carácter general, estableciendo un régimen excepcional transitorio para los árbitros que a fecha 30 de junio de 2010, acreditaran 5 o más temporadas completas en las competiciones de la ACB.

2.1.3. *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, de 5 de julio de 2019⁹*

En este caso, un árbitro de fútbol interpone una demanda ante el Juzgado de lo Social núm. 40 de los de Madrid sobre modificación sustancial de condiciones laborales de carácter individual, contra la RFEF y la Liga Nacional de Fútbol Profesional.

Si bien la sentencia no concreta los hechos origen del litigio, del relato de la misma se puede colegir que el árbitro fue degradado de categoría, de la 2.^a División A a la 2.^a División B del fútbol, consecuencia de la decisión adoptada por el Comité Técnico de Árbitros. Ante dicha decisión el árbitro interpuso la demanda referida anteriormente ante el Juzgado de lo Social, y este, de oficio, declaró la falta de jurisdicción del orden social para conocer de la controversia material planteada en la demanda; auto que fue recurrido, primeramente, en revisión y, ante su confirmación, en suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

2.2. Conclusiones jurisprudenciales

Para dilucidar y dar respuesta a los demandantes, en todos los casos, los Tribunales Superiores de Justicia realizan un similar análisis de la relación contractual que vincula a los árbitros con las federaciones deportivas. En todas ellas, se dictamina que la jurisdicción de lo social no es la competente para conocer del asunto, y se pronuncian a favor de una relación de naturaleza administrativa o estatutaria aquella que vincula al árbitro con la federación deportiva.

Para llegar a tal conclusión, los tribunales recurren al análisis de la concurrencia de los requisitos imprescindibles que definen una relación como laboral; esto es, que los trabajadores presten voluntariamente sus servicios retribuidos por cuenta ajena, y que la prestación se dé dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario¹⁰.

Ninguna de las sentencias discute las notas de voluntariedad, trabajo personal, retribución y ajenidad (los servicios prestados por los árbitros no los realizan en beneficio propio, sino en el de la federación deportiva, ya que esta está obligada a prestar el servicio de la función arbitral en las competiciones deportivas de su ámbito de actuación), (Basauli, 2014:105-145).

Cuestión distinta es cuando se analiza, en las sentencias, la relación de dependencia que debe existir entre el árbitro (trabajador) y la federación o liga

⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección n.^o 1 de lo Social) núm. 729/2019, de 5 de julio, ECLI:ES:TSJM:2019:5037.

¹⁰ Art. 1.1 de 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, BOE núm. 255 de 24 de octubre de 2015.

(empleador). Para ello, las resoluciones mencionadas centran su estudio en, y analizan prolijamente, la nota de dependencia o subordinación del árbitro a su federación deportiva; esto es, si aquel realiza o no sus tareas en el ámbito de organización y dirección de la federación.

A tal fin se realizan los siguientes considerandos (hay que tener en consideración que todas las sentencias hacen referencia a preceptos regulados en la antigua Ley del Deporte 10/1990¹¹, hoy derogada por la nueva Ley 39/2022, de 30 de diciembre, del Deporte¹²):

- Que las federaciones deportivas españolas son entidades privadas, con personalidad jurídica propia que, además de sus propias atribuciones, ejercen por delegación funciones públicas de carácter administrativo, actuando en este caso como agentes colaboradores de la Administración Pública¹³. Los árbitros, al ser titulares de la licencia federativa de árbitro (Seligrat, 2016:51-82), que les habilita para la práctica arbitral, tienen una relación con la federación de carácter especial (están sujetos a una relación de supremacía o sujeción especial) ya que ejercen la potestad disciplinaria.
- Que los árbitros, conjuntamente, con los clubes deportivos, deportistas, técnicos y ligas profesionales están integrados en las federaciones deportivas¹⁴ y, como un asociado más, contribuyen a formar la voluntad federativa, en tanto que son miembro de la Asamblea general y, además, son electores y elegibles con respecto a los órganos de gobierno¹⁵.
- Que las federaciones deportivas tienen entre sus atribuciones la de la disciplina deportiva, que se extiende a las infracciones de reglas del juego o competición y normas generales deportivas tipificadas en la ley. El ejercicio de dicha competencia corresponde, entre otros, a los árbitros durante el desarrollo de los encuentros o pruebas, con sujeción a las reglas establecidas en las disposiciones de cada modalidad deportiva, debiendo sancionar las acciones u omisiones que, durante el curso del juego o competición, vulneren, impidan o perturben su normal desarrollo¹⁶.

¹¹ Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, *BOE* núm. 249, de 17 de octubre de 1990.

¹² *BOE* núm. 314, de 31 de diciembre de 2022.

¹³ Art. 30.2 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, hoy derogada; pero la actual Ley 39/2022, del Deporte recoge el mismo contenido en su artículo 43, en su apartado 1.^º y 2.^º.

¹⁴ De hecho, la STJS de Galicia de 4 de febrero de 1999 dota una gran importancia y literalmente expone que «*se hace, expresamente, referente a la integración, y no se utiliza la palabra dependencia u otra similar*».

¹⁵ Art. 31 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, hoy derogada; pero la actual Ley 39/2022, del Deporte recoge el mismo contenido en los artículos 43, en su apartado 3.^º y 47.1 apartado b).

¹⁶ Artículos 73 y 74 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, hoy derogada; pero la actual Ley 39/2022, del Deporte recoge el mismo contenido en su artículo 97.

- Que la Ley del Deporte, en su artículo 75¹⁷, en relación con la disciplina deportiva, exige que se prevea un sistema tipificado de infracciones, así como un sistema de sanciones. A su vez, contempla también la necesidad de prever los distintos procedimientos disciplinarios de tramitación e imposición de sanciones y, por último, exige la estructuración de un sistema de recursos contra las sanciones impuestas.
- Que en el seno de las federaciones españolas existe (están constituidas de manera obligatoria) un Comité Técnico de Árbitros o Jueces cuyas funciones son, entre otras, establecer los niveles de formación; clasificar técnicamente a los árbitros, proponiendo la adscripción a las categorías correspondientes, en función de pruebas físicas y psicotécnicas, de conocimiento de reglamentos, de experiencia mínima y de edad; y aprobar las normas administrativas regulando el arbitraje¹⁸.

Partiendo de tales considerandos, las sentencias aludidas estiman que la relación entre los árbitros y las respectivas federaciones no está comprendida como una relación de naturaleza laboral; principalmente, porque no concurren en ellas la nota de dependencia o subordinación, esto es, que los árbitros no prestan sus servicios dentro del ámbito de organización y dirección de las federaciones deportivas.

Para finalizar con el análisis de las sentencias referidas, e indicar cuáles son las conclusiones alcanzadas al respecto; se ha de señalar que dos de ellas, las dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia de Galicia y de Madrid, consideraron que la naturaleza de los contratos suscritos entre los árbitros y las federaciones deportivas era administrativa; mientras que la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña estimó que la naturaleza de dicha relación contractual se acercaba más a la civil.

Respecto a los argumentos elaborados por los Tribunales Superiores de Justicia de Galicia y de Madrid se basaron en tres ideas (Basauli, 2014:105-145):

- Que los árbitros no realizan su trabajo bajo la dirección de las federaciones deportivas, realizan funciones públicas de carácter administrativo al actuar como agentes colaboradores de la administración pública.
- Que las federaciones deportivas no tienen las facultades de clasificación, promoción y formación profesional de los árbitros, ya que las facultades no radican en la federación como entidad privada, con personalidad jurídica propia, sino en el Comité Técnico de Árbitros que, si bien está constituido de manera obligatoria en su seno, no es dependiente de ella.

¹⁷ Si bien este precepto está derogado, la actual Ley 39/2022, del Deporte recoge el mismo contenido en su artículo 97.

¹⁸ Art. 22 del Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre, sobre las Federaciones deportivas españolas, *BOE* núm. 312, de 30 de diciembre de 1991.

— Que en ningún caso se puede llegar a la conclusión de que las federaciones deportivas tengan facultades sancionadoras sobre los árbitros. De hecho, en el caso se plantear alguna reclamaciones contra sus actuaciones, serían las propias actas suscritas por los propios árbitros las que constituirían el medio probatorio documental necesario, en el conjunto de la prueba de las infracciones a las reglas y normas deportivas¹⁹.

Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, además de negar la naturaleza laboral de la relación, se mostró en contra de calificarla como de naturaleza administrativa, al entender que la ACB no era ni un órgano perteneciente a la Administración Pública ni una corporación de Derecho público; que la relación contractual no se regía por el entonces vigente Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contrato del Sector Público²⁰; y que la decisión de denegar la prórroga contractual no respondía al ejercicio de funciones públicas de carácter administrativo. Excluidas ambas posibilidades, el tribunal optó por remitir al actor a los juzgados y tribunales del orden civil (García-Perrote y Mercader, 2016).

2.3. Críticas doctrinales

Partiendo de las conclusiones expuestas han sido muchos los autores que han rebatido, una por una, cada una de las conclusiones alcanzadas por los tribunales de justicia.

2.3.1. *Falta de dependencia en la relación contractual*

Respecto a la aseveración de la falta de dependencia de los árbitros respecto de las federaciones deportivas a las que están adscritos o, en otras palabras, la afirmación de que el árbitro no está obligado a realizar su trabajo bajo la dirección de la federación deportiva en la que está inscrito; la doctrina clásica critica el argumentario utilizado por los juzgadores para llegar a tal conclusión. En primer lugar, porque no se alcanza a entender la diferencia que se pretende establecer entre la integración y la dependencia, ya que es el propio Tribunal Supremo²¹ el que, en múltiples ocasiones, ha equiparado la dependencia a la integración. El que se considere al colectivo arbitral como un asociado más (que constituye una muestra más de su independencia), que participa en la adopción de sus decisiones, no es óbice para constatar su relación de dependencia laboral. No se puede dejar de lado que cualquier trabajador puede estar representado

¹⁹ Art. 82 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, hoy derogada, pero la actual Ley 39/2022, del Deporte recoge el mismo contenido en su artículo 97.

²⁰ BOE núm. 276, de 16 de noviembre de 2011. Derogada.

²¹ STS, Sala de lo Social, número 7809/1999, de 7 de diciembre 1999, Fundamento de Derecho 3.º, ECLI:ES:TS:1999:7809.

en los órganos decisarios de una empresa y no, por ello, pierde su condición de empleado por cuenta ajena (Fernández, 2007:107-117).

Además, mantener que el colectivo arbitral es un órgano independiente de la estructura organizativa deportiva y, por ello, entender que las federaciones deportivas no interfieren en la actividad arbitral durante el desarrollo de los encuentros (porque los árbitros solo quedan sujetos a las disposiciones establecidas en cada una de las modalidades deportivas) decae, porque se olvida que son las propias federaciones deportivas las que elaboran la normativa disciplinaria a tal efecto; esto es, los reglamentos, circulares y diversa normativa que regulan y establecen todos los extremos relativos a la función arbitral. Relacionado con este último argumento, la doctrina expone que, incluso la ausencia de interferencias o instrucciones concretas durante la ejecución del trabajo, no supone que no exista esa nota de subordinación o dependencia, como ocurre, y es muy habitual, en el ejercicio de las labores docentes por parte del profesorado (Irurzun, 1999: 2611-2616).

Muestra de que el árbitro realiza su trabajo bajo la dirección de la federación deportiva es el conjunto de obligaciones que asumen los árbitros en su ejercicio habitual de trabajo, como pueden ser: el aceptar el partido que se le haya asignado; acudir a la localidad del encuentro con una determinada antelación; someterse periódicamente a pruebas físicas y a reconocimiento médicos; acudir a jornadas formativas; aceptar normas relativas a la uniformidad y equipación necesaria; y/o someterse a su potestad disciplinaria (Basauli, 2014: 105/145).

2.3.2. Carenica de facultades de clasificación y formación profesional

En lo que respecta a la argumentación expuesta por los tribunales referidos por la que las facultades de clasificación y formación profesional son ajenas a las federaciones deportivas en las que están inscritas, identificando al Comité Técnico de Árbitros como el único facultado; la doctrina (Cazorla, 2016) expone lo siguiente:

- Que tal Comité está constituido en el seno de las propias federaciones deportivas.
- Que carece de personalidad jurídica propia.
- Y que tan solo se trata de una estructura organizativa para optimizar la operatividad de la verdadera empleadora, que no es otra que la federación deportiva (entidad con personalidad jurídica privada con la que el árbitro mantiene su relación).

2.3.3. Falta de competencia sancionadora

Y, por último, respecto a si la federación deportiva tiene o no facultades sancionadoras sobre a los árbitros.

La doctrina académica (Irurzun, 1999: 2611-2616) distingue dos tipos de facultades sancionadoras: por una parte, identifica aquella que, siendo de interés público, se somete a un procedimiento reglado de carácter administrativo, al ejercer por delegación facultades de carácter administrativo; y por otra, las infracciones cometidas por los árbitros que no sean de carácter deportivo, sino de carácter puramente laboral, como puede ser no presentarse a un partido, a las que la federación deportiva debería aplicar las facultades disciplinarias propias del empresario (Todolí, 2015:151-178).

En conclusión, parece ser que la doctrina académica, contrariando a las resoluciones judiciales tradicionales, ha optado por entender que la relación contractual de los árbitros es de naturaleza laboral, porque reúne todas las notas requeridas por el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores²². Esto es, la ya analizada dependencia, el trabajo personal, la voluntariedad, la remuneración y la ajenidad, que conforman los rasgos típicos de la laboralidad.

3. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 20 de febrero de 2024²³

Ya se ha adelantado que la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha supuesto una modificación doctrinal destacable, relativa a la calificación de la naturaleza de la relación contractual del colectivo arbitral. Sin embargo, se ha de señalar que dicho cambio no ha sido resultado de la mera casualidad, sino que ha sido consecuencia de otros hitos jurídicos que se han producido en los últimos años.

En primer lugar, se ha de destacar la respuesta a la consulta vinculante núm. V1780-18, de fecha 16 de junio de 2018, emitida por la Dirección General de Tributos del Ministerio de Hacienda, que procedió a calificar, a efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, como rendimiento del trabajo, las cantidades percibidas por los árbitros de las correspondientes federaciones deportivas por el desarrollo de su trabajo.

En segundo lugar, se encuentra el reconocimiento de una nueva modalidad contractual introducida, en este caso, por la propia Real Federación Española de Fútbol (RFEF), en virtud de su Reglamento General (arts. 175 bis, apartado 7.º; 178 y 185 bis), para la temporada 2020/2021. Dicho contrato, según reza su contenido, trata de plasmar una relación laboral especial entre un depor-

²² 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, *BOE* núm. 25,5 de 24 de octubre de 2015.

²³ STSJM núm. 1789/2024, Sala de lo Social, Sección 3.ª, de 20 de febrero de 2024, ECLI:ES:TSMJ:2024:1789.

tista profesional, como es el árbitro profesional, que se dedica a esta práctica deportiva, de forma voluntaria, con habitualidad y regularidad, y una asociación deportiva, como es la RFEF, bajo la dependencia del Comité Técnico de Árbitros (García, 2022).

Y, por último, la propia actual Ley del Deporte que, de forma innegable, ha hecho factible el reconocimiento jurisprudencial del carácter laboral del colectivo arbitral, asimilándolo al de deportista profesional regulado en el Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales. Son varias las disposiciones de la Ley que refrendan esta calificación:

- En primer lugar, se encuentra el artículo 2.1, que establece que la práctica deportiva es todo tipo de actividad física que (mediante una participación, individual o colectiva, organizada o no, profesional o no profesional) se realice con objetivos relacionados con la mejora de la condición física, psíquica o emocional. Dicha actividad física tendrá como objetivo la consecución de resultados en competiciones o actividades deportivas; la adquisición de hábitos deportivos saludable; o la ocupación activa del tiempo de ocio, realizada en instalaciones públicas o privadas, o en el medio natural.
- Por su parte, el artículo 19 del mismo texto legislativo especifica que se considera deportista cualquier persona física, que de forma individual o en grupo, practique actividad física o deporte en las condiciones establecidas en el anteriormente mencionado artículo 2 de la Ley.
- A todo ello se le debe añadir lo expuesto en el artículo 21 de la mencionada normativa, donde se recoge la definición del concepto de deportista profesional. En dicho precepto se indica que serán considerados como tales, quienes, en virtud de una relación establecida con carácter regular, se decidan voluntariamente a la práctica deportiva por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de un club o entidad deportiva a cambio de una retribución. Además, indica que las personas que tengan dicha condición de deportista profesional estarán sujetas a la relación laboral especial prevista en el artículo 2.1.d) del Estatuto de los Trabajadores, es decir, al Real Decreto 1006/1985.
- Y, por último, el artículo 37 estipula que los árbitros y jueces deportivos podrán ser declarados de alto nivel cuando, ejerciendo las funciones en competiciones deportivas internacionales o estatales en las que participen deportistas y técnicos o entrenadores de alto nivel, cumplan los requisitos que se establezcan reglamentariamente.

Todas estas son premisas esenciales para la consecución de la resolución reciente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que ha supuesto un cambio doctrinal fundamental en la concepción de la relación contractual del colectivo arbitral.

3.1. Hechos litigiosos

En el presente caso, el árbitro venía prestando sus servicios para la Real Federación Española de Fútbol (RFEF), como árbitro profesional de 1.^a y 2.^a División y como árbitro de asistente de vídeo (conocido como árbitro de VAR) desde el 1 de julio de 2014 hasta el 30 de junio de 2021. Desde el 1 de septiembre de 2020, estos servicios eran prestados en virtud de un contrato laboral especial de deportistas profesionales, y percibía, durante los doce meses anteriores a su extinción, una retribución bruta conjunta de 121.874,69€. Dicha relación contractual quedó resuelta a la fecha de su vencimiento sin posibilidad de prórroga expresa ni tácita.

Si bien fue el 1 de septiembre la fecha en la que se suscribió el contrato de carácter laboral, en el que se le asimilaba a la del deportista profesional, el desempeño arbitral del actor siguió siendo esencialmente el mismo, antes y después de dicha fecha. La mayor parte de las obligaciones reflejadas en el clausulado del contrato sobre el desempeño de la función arbitral, la preparación física y técnica, la utilización obligatoria de uniformidad, o la participación en jornadas y seminarios, existían ya con anterioridad a la suscripción de ese último contrato, siendo también similar el sistema de retribución del colegiado.

Las únicas diferencias que se introdujeron, a consecuencia del contrato de septiembre de 2020, fueron las siguientes: alta y baja en la Seguridad Social; el establecimiento de una jornada de 1.792 horas al año distribuidas de manera irregular; la instauración de un descanso semanal de día y medio; el reconocimiento del derecho a disfrutar de 30 días de vacaciones al año; y el incremento del número de seminarios de formación, que pasó de ser de 7 durante la temporada 2018/2019 a ser de 31 durante la temporada 2020/2021.

El 30 de junio de 2021, la RFEF comunicó por escrito la finalización de su contrato por expiración del plazo pactado en el mismo, emitiendo el documento de liquidación de saldo y finiquito, y abonando la RFEF la suma de 4.043,84€ en concepto de indemnización por finalización de contrato.

El 21 de julio de 2021 se presentó la preceptiva papeleta de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación (SMAC), que dio paso a la interposición de la demanda por despido improcedente y reclamación de cantidad ante el Juzgado de lo Social núm. 3 de los de Madrid. Este dictó sentencia estimando la demanda formulada por el árbitro, reconociendo el despido como improcedente, y condenando a la RFEF, a su libre elección, a readmitir al trabajador; o, alternativamente, a abonar una indemnización de 77.131,65€; y además estimó parcialmente la reclamación de cantidad por un importe de 10.156,22€, más el 10% de la misma en concepto de interés por mora.

Dicha sentencia fue recurrida en suplicación por la RFEF.

3.2. Recurso de Suplicación

La RFEF basó su recurso de suplicación en los siguientes argumentos:

1. La aplicación indebida del artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, al fijar la sentencia de instancia la antigüedad del árbitro desde el día 1 de julio de 2014, en lugar, de fijarla el 1 de septiembre de 2020 (que era la fecha en la que se suscribió el contrato laboral de árbitro profesional). Para ello, la recurrente en suplicación argumentó la falta de relación laboral anterior, poniendo de relieve la jurisprudencia existente hasta la fecha, que negaba la existencia del elemento fundamental de la dependencia en la relación de los árbitros y las federaciones deportivas.
2. La extinción de la relación laboral existente, por cuanto que se partía de una relación de carácter especial, como es la de deportista profesional, no suponía un despido. Según la recurrente la extinción contractual se produjo por expiración de término convenido, dado que dicha relación especial es siempre temporal, de acuerdo a lo establecido en los artículos 6 y 13 b) del Real Decreto 1006/1985²⁴.

En resumen, la recurrente exigía del Tribunal Superior de Justicia que determinara la falta de acción; y, subsidiariamente, en caso de apreciarse la existencia de despido, que se tuviera como fecha de antigüedad el 1 de septiembre de 2020, para el cálculo de la correspondiente indemnización.

Por su parte, el demandante (el árbitro), en su escrito de impugnación, argumentó que la formalización del contrato laboral con la RFEF, de fecha 1 de septiembre de 2020, supuso un reconocimiento expreso de la relación laboral

²⁴ Los artículos 6 y 13 b) del Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales, *BOE* núm. 153, de 26 de junio de 1985, establecen lo siguiente:

Art. 6. Duración del contrato

La relación laboral especial de los deportistas profesionales será siempre de duración determinada, pudiendo producirse la contratación por tiempo cierto o para la realización de un número de actuaciones deportivas que constituyan en conjunto una unidad claramente determinable o identificable en el ámbito de la correspondiente práctica deportiva.

Podrán producirse prórrogas del contrato, igualmente para una duración determinada, mediante sucesivos acuerdos al vencimiento del término originalmente pactado.

Solamente si un convenio colectivo así lo estableciere podrá acordarse en los contratos individuales un sistema de prórrogas diferente del anterior, que en todo caso se ajustará a las condiciones establecidas en el convenio.

Art. 13. Extinción del contrato

La relación laboral se extinguirá por las siguientes causas:

(...)

b) Por expiración del tiempo convenido.

que ya existía hasta dicha fecha. Según el árbitro, desde un inicio, en dicha relación concurrían las notas de dependencia, subordinación y ajenidad. De hecho, sostuvo que la relación profesional entre las partes no había sufrido diferencias significativas antes y después de la firma del contrato laboral. Lo único que había logrado la suscripción de dicho acuerdo fue dotar de forma jurídica a una relación que hasta ese momento carecía de ella, sin que ello supusiera una modificación sustancial en la forma en la que desempeñaba su actividad profesional²⁵.

3.3. Argumentos del TSJ de Madrid

El Tribunal parte de los siguientes argumentos para dirimir el litigio:

- Que el propio contrato suscrito por las partes el 1 de septiembre de 2020 sostiene que las partes consideran que se cumplen con todos los requisitos para suscribir un contrato laboral especial con carácter regular, dentro de la práctica del deporte profesional, al amparo del Real Decreto 1006/1985.
- Que, si bien no existía jurisprudencia al respecto, el colectivo arbitral debía considerarse como deportistas profesionales²⁶ al igual que, hace ya muchos años, lo había observado el Tribunal Supremo²⁷, respecto de otros profesionales relacionados con el deporte, entre ellos, los entrenadores.

²⁵ Como hechos acreditados que sostienen dicha afirmación, el demandante expuso que siempre prestó servicios en todos y cada uno de los partidos que la RFEF le designó; como así lo exigía el propio Reglamento General de la RFEF cuando establecía, expresamente, que ningún árbitro profesional podía rechazar una designación, salvo por causa justificada y acreditada. Por otra parte, expuso que la retribución percibida era por parte de la federación. Asimismo, puntualizó que la prestación de servicio debía estar sujeta a las normas obligatorias dictadas por la RFEF (como eran aquellas relativas a los desplazamientos, estancias, medios de transporte, vestimenta, entrenamientos, controles físicos, etc.). Señaló que no podía nombrar un sustituto y que tenía que comparecer a todas las pruebas físicas, médicas, técnicas y formativas a las que la RFEF le convocara, y participar activamente en las mismas. En caso de incumplimiento de sus obligaciones el demandante estaba sujeto a la apertura de un expediente disciplinario por parte de la RFEF.

²⁶ El Tribunal entendió que su relación era de carácter regular, dedicándose el demandante a la práctica deportiva voluntariamente por cuenta y dentro del ámbito de organización de una entidad deportiva, a cambio de una retribución.

²⁷ STS (Sala de lo Social), de 14 de mayo de 1985, Considerando 4.º. En dicha sentencia se reconoció a un preparador físico como deportista profesional en base a dos argumentos: por una parte, la relevancia de la función del preparador físico sin el cual la práctica del deporte por sus jugadores no sería posible; y, de otra, la retribución pactada, similar a los de los jugadores, mediante un sueldo mensual y una cantidad determinada por anualidad o temporada.

STS (Sala de lo Social), núm. 17154/1990, de 14 de febrero de 1990, ECLI:ES:TS:1990:17154. Dicha sentencia consideró deportista profesional al entrenador de club deportivo y sometida su relación a las disposiciones del Real Decreto 1006/1985 por cuatro motivos: porque realizaba deporte en el sentido de la norma (dirige al deportista, tiene responsabilidad sobre él); porque desarrollaba su trabajo bajo la dirección y en el ámbito de organización de un club o entidad deportiva; por la duración temporal del contrato; y por la remuneración, que se pactaba de forma paralela a la de los jugadores (incluyendo conceptos retributivos como las primas por contrato o por la consecuencia).

- dores. Incluso, la RFEF reconoció, en el acto del juicio, que la suscripción del contrato de deportistas profesionales fue resultado del acuerdo alcanzado por la RFEF con el colectivo arbitral para dotar de derechos y garantías a la función que desempeñaban los árbitros; decidiendo aplicar análogamente las normas del Real Decreto 1006/1985, al tratarse los árbitros de deportistas profesionales y resultar asimilables a los entrenadores y cuerpo técnico de los clubes.
- Que el contrato entre las partes se inició el 1 de julio de 2014 y que se había ido prorrogando por conformidad de las partes, siendo la última la plasmada por escrito el 1 de septiembre de 2020, en la que se estableció como fecha de finalización del 30 de junio de 2021, fecha en el que se extinguió el contrato, por llegar al término pactado.

3.4. Conclusiones del TSJ de Madrid

De todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia de Madrid alcanza las siguientes conclusiones:

1. Que del relato de los hechos probados resulta que las funciones del árbitro reúnen todas las notas que configurarían un contrato de trabajo, conforme al artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores:
 - a) Voluntariedad: el árbitro prestó sus servicios de forma libre y consensual.
 - b) Personal: el árbitro debía arbitrar personalmente los partidos que se le atribuían, sin poder delegar dicho encargo en nadie.
 - c) Ajenidad: siempre utilizó en la prestación de sus servicios los medios económicos y materiales que le suministraba la RFEF.
 - d) Retribución: la RFEF siempre fue la que retribuyó al árbitro por la prestación de sus servicios.
 - e) Dependencia: en todo momento, el árbitro prestó sus servicios dentro del ámbito y organización de la RFEF, siendo su asistencia a los partidos designados obligatoria salvo que lo justificara oportunamente. Prueba de dicha dependencia es que la RFEF era la encargada de: fijar los partidos que el árbitro debía arbitrar; de proveer de los uniformes que debía utilizar; de someterle a las pruebas físi-

Sentencia del TSJ 620/1997 de Cantabria, Sala de lo Social, de 2 de julio de 1997. El Tribunal justificó la calificación de deportista profesional a un ojeador diciendo que:

Lo mismo cabe afirmar respecto al actor, cuya profesión habitual era la de «colaborador auxiliar deportivo de la plantilla profesional» de fútbol, incardinado en el cuerpo técnico del club, encargado del seguimiento, elaboración de informes y cooperación técnica con el cuerpo técnico y la junta directiva del equipo. Lo que nos lleva a desestimar el recurso planteado por la entidad racinguita.

cas reglamentadas; de organizar sus desplazamientos y alojamientos; de imponer entrenamientos, seminarios y encuentros; de evaluarlo al final de cada partido y de cada temporada, de modo que dependiendo de su resultado, se decidía el descenso o ascenso de categoría, y la continuidad o no del colegiado la temporada siguiente; e incluso, de sancionarle en caso de incumplimiento de sus obligaciones, ejerciendo su potestad disciplinaria.

2. Que el contrato suscrito entre las partes el 1 de septiembre de 2020 es un contrato sujeto a lo establecido en el Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la Relación Laboral Especial de los Deportistas; ya que la función del árbitro se puede perfectamente incardinarse en la definición de deportista profesional, según lo regulado en la nueva Ley del Deporte.
3. Que dicha relación laboral se inició en julio de 2014, ya que la suscripción del contrato en ningún caso ha supuesto un cambio en la naturaleza jurídica de la relación, y finalizó el 30 de junio de 2021, cuando se extinguió por alcanzar la fecha de finalización de contrato pactada en el mismo.
4. Que en ningún caso dicha extinción se debe de interpretar como un despido improcedente. Pero dicha condición no excluye el derecho que el actor (árbitro) tenga a percibir una indemnización por finalización del contrato. Para ello, el Tribunal Superior de Justicia recurre a la sentencia del Tribunal Supremo núm. 367/2019 de fecha 14 de mayo de 2019²⁸, en la que se realiza un análisis profundo sobre la aplicación supletoria del artículo 49.1. c) del Estatuto de los Trabajadores.

El Tribunal Superior de Justicia, teniendo en consideración la jurisprudencia del Tribunal Supremo, parte del reconocimiento de lo recogido en el artículo 14 del Real Decreto 1006/1985 que en ningún modo reconoce el derecho indemnizatorio del deportista cuando la extinción contractual proviene de la expiración del tiempo convenio; pero admite que el hecho de que no quede dicha circunstancia prevista, no quiere decir que no se deba de pagar, ya que siguiendo los dispuestos en el artículo 21 de la referida norma,

en lo no regulado por el presente Real Decreto serán de aplicación el Estatuto de los Trabajadores y las demás normas laborales de general aplicación, en cuando no sea incompatibles con la naturaleza especial de la relación laboral de los deportistas profesionales.

²⁸ STS (Sala de lo Social) núm. 367/2019 de 14 de mayo de 2019, ECLI:ES:TS:2019:1882. La cuestión litigiosa consistió de dilucidar, a través de un recurso de casación para la unificación de doctrina si el importe de la indemnización que correspondía al trabajador que presenta sus servicios en virtud de un contrato eventual por circunstancias de la producción y ve válidamente extinguido dicho contrato al llegar la fecha de finalización, es o no de veinte días por años trabajado.

Por tanto, al recurrir al artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores, como Derecho supletorio, que es el precepto que regula la extinción de contrato, en su apartado primero, inciso c), reconoce al trabajador, en este caso deportista profesional, el derecho a percibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio; cuando la extinción del contrato sea consecuencia de la expiración del tiempo pactado contractualmente.

Todo ello, lleva al Tribunal Superior de Justicia a resolver que el árbitro tenía una relación laboral de carácter especial de deportista profesional desde 1 de julio de 2014, hasta el 30 de junio de 2021; y que dicho contrato se extinguía a consecuencia del término del plazo pactado, lo que lleva a negar la posibilidad de que exista un despido, y menos improcedente. Cuestión distinta es si esa circunstancia hace que se le deba negar una indemnización por la extinción del contrato por expiración del tiempo convenido, cuando el Real Decreto 1006/1985 no lo recoge. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, basándose en el criterio jurisprudencia del Alto Tribunal, entiende que es obligatoria la aplicación del Estatuto de los Trabajadores, como Derecho supletorio, porque de lo contrario, a los deportistas se les estaría dando un trato peor que al resto de los trabajadores comunes.

Como consecuencia de todo lo expuesto, el Tribunal condena a la RFEF a abonar en concepto indemnizatorio la cantidad de 28.047,60€.

4. Conclusiones

Con todo lo expuesto, se observa que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, a través de su sentencia número 1789/2024, de 20 de febrero de 2024, ha realizado un importante giro en la doctrina judicial al reconocer la condición de deportistas profesionales a los árbitros.

El Tribunal reconoce al árbitro como deportista profesional, incluso antes de la entrada en vigor de la nueva Ley del Deporte o de los nuevos contratos laborales que comenzaron a suscribirse entre la RFEF y el colectivo arbitral a partir de la temporada 2020/2021. Como ya se ha expuesto anteriormente, el Tribunal sostiene que los árbitros tienen una relación laboral con la RFEF desde que se inició la relación profesional y no, como pretendía la asociación deportiva, desde la suscripción del contrato laboral anteriormente mencionado.

De hecho, la sentencia afirma que la actividad, obligaciones y funciones del árbitro, su dependencia de la Federación y la inserción en la organización de la misma estaban presentes desde el inicio; y que la suscripción del nuevo contrato no supuso ninguna modificación sustancial de dicha relación; y que, mayormente, la firma de dicho contrato había servido para dotar de forma jurídica una relación que hasta ese momento carecía de ella.

Ante la evidente contradicción de las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia hasta la fecha y esta última, cuyo análisis ha sido objeto de estudio del presente artículo, es labor del Tribunal Supremo unificar doctrina mediante el correspondiente recurso de casación y, así se podrá verificar, si esta nueva corriente doctrinal es finalmente la que se impone.

5. Bibliografía

- BALLESTER PASTOR, M.ª Amparo (2019) «De los permisos parentales a la conciliación: expectativas creadas por la Directiva 2019/1158 y su transposición al ordenamiento español», *Derecho de las Relaciones Laborales*, 11, 1109-1132.
- BASAULI HERRERO, Emilio (2014) «Una nueva aproximación a la relación laboral de los árbitros y su posible integración como relación laboral especial. Sentencia de 14-3-2014 del Juzgado de lo Social n.º 26 de Barcelona», *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 43.
- CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, Pablo (2016) «Árbitros y jueces de partido: debate acerca de la laboralización de una figura jurídica controvertida en el ordenamiento jurídico español», *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 52.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Roberto (2007) «La prestación de servicios de árbitros y entrenadores», *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 19.
- GARCÍA RUBIO, María Amparo (2022) «Incursiones de las normas federativas en las relaciones laborales en el deporte», *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 74.
- GARCÍA-PERROTE, Ignacio y MERCADER UGUINA, Jesús R. (2016) «El peregrinaje jurisdiccional de los árbitros de competiciones deportivas: su laboralidad como telón de fondo», *Revista de Información Laboral*, núm. 1.
- IRURZUN UGALDE, Koldo (1999) «La prestación de los árbitros: asunto pendiente en la industria del fútbol», *Revista Doctrina Aranzadi Social*.
- MARTÍN DOMÍNGUEZ, Manuel J. y CASTREJANA FERNÁNDEZ, Carlota (2009) «La organización del deporte profesional no reconocido como tal», en: Palomar Olmeda, Alberto y Terol Gómez, Ramón, (Dir. y Coord.), *El deporte profesional*, Editorial Bosch.
- SELIGRAT GONZÁLEZ, Víctor Manuel (2016) «Responsabilidad Civil del árbitro o juez deportivo. Análisis de reglamentos de diferentes federaciones deportivas, su posible responsabilidad vicaria y experiencia bajo derecho comparado», *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 51.
- TODOLÍ SIGNES, Adrián (2015) «La relación jurídica de los árbitros deportivos desde la perspectiva comparada», *Revista Aranzadi de Derecho del Deporte y Entretenimiento*, núm. 49.

LA APORTACIÓN ECONÓMICA AL TESORO PÚBLICO EN LOS DESPIDOS COLECTIVOS QUE AFECTEN A PERSONAS TRABAJADORAS DE CINCUENTA O MÁS AÑOS DE EDAD. PROBLEMAS SUSCITADOS EN LA PRAXIS

The financial contribution to the Public Treasury in collective redundancies affecting employees aged 50 or over. Problems encountered in practice

ANA CASTRO FRANCO*

Universidad de León, España

RESUMEN

En atención a un supuesto concreto, como es el despido colectivo anunciado en el año 2010 por la compañía Telefónica, que afectaba en mayor proporción a las personas trabajadoras a partir de cincuenta años, la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, incorporó una previsión destinada a paliar los elevados costes para el Estado de una reestructuración de tal dimensión. A fin de evitar esta «socialización», la DA 16.^a establecía la obligación, a cargo de la empresa que percibiera beneficios y efectuara el reajuste incluyendo a personas trabajadoras de 50 o más años, de realizar una aportación al Tesoro Público por el importe de las prestaciones y subsidios de desempleo que generaran, incluidas las cotizaciones realizadas por el Servicio Público de Empleo Estatal. A partir de entonces, las importantes reformas acometidas han ampliado su ámbito, al pasar de ser aplicable a empresas con más de quinientas personas a cuantas proporcionen empleo a más de cien. Decisión que obedece a una doble finalidad: de un lado, desincentivar el despido de las personas mayores lastreadas en no pocas ocasiones por la discriminación por razón de edad; de otro, amortiguar el impacto de abonar las prestaciones a favor de personas lamentablemente signadas por un alto índice de desempleo de larga duración. En último extremo, la compleja regulación de esta figura dificulta su aplicación en la práctica, tanto por parte de las empresas a la hora de realizar la aportación, como de la entidad gestora encargada de su reclamación.

Palabras clave: despido colectivo, Tesoro Público, trabajadores de edad avanzada, desempleo, empresas con beneficios.

* **Correspondencia a:** Ana Castro Franco. Universidad de León (España). – acasf@unileon.es – <https://orcid.org/0000-0002-6834-3064>

Cómo citar: Castro Franco, Ana (2024). «La aportación económica al Tesoro Público en los despidos colectivos que afecten a personas trabajadoras de cincuenta o más años de edad. Problemas suscitados en la praxis»; *Lan Harremanak*, 51, 308-340. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.26325>).

Recibido: 16 mayo, 2024; aceptado: 05 junio, 2024.

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



Esta obra está bajo una licencia
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

ABSTRACT

In response to a specific case, such as the collective redundancy announced in 2010 by the Telefónica company, which affected a greater proportion of workers aged fifty and over, Law 27/2011 of 1 August, on the updating, adaptation and modernisation of the Social Security system, incorporated a provision to react to the high costs for the State of a restructuring of this scale. In order to avoid the socialisation of redundancy costs, the 16th DA established the obligation, for the company receiving profits and making the readjustment including senior workers, to make a contribution to the Public Treasury for the amount of unemployment benefits and subsidies for this group, including the contributions made by the State Public Employment Service. Since then, major reforms have broadened its scope from being applicable to companies with more than 500 employees to those employing more than 100. It serves a dual purpose: on the one hand, to discourage the dismissal of older people, who are often discriminated against on the grounds of age, and on the other, to cushion the impact of paying benefits to people who are unfortunately affected by a high rate of long-term unemployment. The complex regulation of this figure makes it difficult to apply in practice, both on the part of the companies when making the contribution and on the part of the management entity in charge of claiming it.

Keywords: *collective redundancy, Public Treasury, elderly workers, unemployment, companies with profits.*

1. Naturaleza y finalidad de la aportación al Tesoro Público

El art. 51.11 ET establece el deber empresarial de efectuar una aportación económica al Tesoro Público con la finalidad de disuadir a las empresas de su propósito de proyectar despidos colectivos que afecten a personas trabajadoras de 50 o más años de edad. A pesar de haberse convertido en una fuerza laboral dominante, la población activa de mayor edad continúa desplazada del mercado laboral, disparándose su desempleo de larga duración, según datos del primer trimestre de 2023, hasta el 58%, frente al 42% general (Fundación Adecco, 2023:4). El mantenimiento en el empleo del colectivo senior se ha convertido recientemente en un objetivo esencial no solo de las políticas del mercado laboral, sino también de los presupuestos de protección social. La lucha contra las barreras de la edad está justificada por razones relacionadas con el pragmatismo, las tasas de dependencia, la competitividad y las buenas prácticas en materia de recursos humanos, así como la justicia y la equidad. Promover un envejecimiento activo que reconozca al talento de las personas de más edad como fuerza laboral de alto valor, cuya profesionalidad y experiencia difícilmente pueden ser reemplazadas, requiere seguir trabajando para regular los supuestos de jubilación anticipada, como recurso típico en los procesos de reestructuración empresarial.

A su vez, la obligación a cargo de la empresa se inserta en un contexto signado por el déficit estructural del sistema de pensiones en España, a fin de amigar los costes asociados a las prestaciones y cotizaciones que conlleva la expulsión prematura del mercado laboral de las personas de edad madura. Sin duda, el recurso a las prejubilaciones ha servido en numerosas ocasiones como mecanismo de regulación de empleo, bajo la idea de que el acceso a la protección de las personas cesadas disminuye el desembolso final de las extinciones contractuales (Desdentado Bonete y Durán Heras, 2002:48). Las propuestas de bajas incentivadas y planes de prejubilación durante el periodo de consultas han per-

mitido socializar el coste del despido, negociando con importes como el cobro de la prestación por desempleo, el acceso a la jubilación anticipada u ordinaria, o los complementos a cargo de la empresa. Por ello, la limitación implementada en grandes empresas que gozan de beneficios parece concordar con una gestión socialmente responsable de la reestructuración (Martínez Barroso, 2019:37).

Las aportaciones al Tesoro se aproximan a la noción de «tributo no fiscal», como obligación económica impuesta por el Estado que no se agota en una función recaudadora. Los ingresos no fiscales aparecen definidos como cantidades pecuniarias derivadas de recursos cuya titularidad corresponde a las Administraciones Públicas, con independencia de su naturaleza pública o privada, sin encaje en el concepto de impuestos, tasas y contribuciones especiales. El tributo cumple un papel al servicio del programa y los principios constitucionales, cuya relevancia no se predica tanto en la cuantía recaudada, como en la satisfacción de criterios de política jurídica. Las aportaciones tendrán la consideración de derechos de naturaleza pública no tributarios de la Administración General del Estado, siendo aplicable el título I, capítulo II, de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria. Ciertamente su finalidad esencial consiste en la obtención de ingresos para el sostenimiento de los gastos públicos, pero también pueden asumir la función de instrumentos de la política social o económica y atender a los principios contenidos en la Constitución Española que sirven para dar coherencia a las instituciones jurídicas. La obligación de aportar al Tesoro tiene su encaje en los tributos de carácter extrafiscal, sin renunciar a la finalidad recaudatoria, respaldando la apuesta de quien legisla por desincentivar la desvinculación de las personas de edad madura de las empresas. Impugnada la resolución que establece la liquidación, los Tribunales han tenido ocasión de pronunciarse sobre la naturaleza de esta figura, confirmando su carácter de derecho no tributario de la Administración General del Estado (Cegarra Cervantes, 2021:125).

La exclusión de las empresas con pérdidas queda justificada en aras de no hacer aún más gravosa su complicada situación [STS 31 de octubre de 2017 (rec. 235/2016)], pues el efecto disuasorio de expulsar del mercado de trabajo a un colectivo especialmente vulnerable no opera en términos absolutos. La obligación a cargo del empleador, establecida actualmente en el art. 51.11 ET, surge en un marco en el que las personas trabajadoras de mayor edad están más amenazadas por su pérdida de empleabilidad y los problemas de viabilidad del sistema de pensiones. De este modo, existen indicadores del carácter extrafiscal, como la aplicación de un canon sobre el número de rescisiones que realice la empresa y que una parte de lo recaudado sea destinada a las actividades formativas, tan necesarias para las personas desempleadas de larga duración de 50 o más años; no obstante, el importe restante representado por las prestaciones, subsidios y cotizaciones en favor de las personas trabajadoras afectadas por las extinciones se acerca a una finalidad fiscal.

La aportación no queda incorporada al patrimonio del sistema, ni se recauda por la Tesorería General de la Seguridad Social, ni conforma una contribución económica a la Seguridad Social, aun cuando la finalidad última consista en compensar el desequilibrio económico para el Estado ante los gastos derivados del pago de prestaciones sustitutivas del salario y la reducción de ingresos como consecuencia de la extinción de la obligación de cotizar. La amalgama de elementos coexistentes dificulta su inclusión en alguna de las categorías financieras y tributarias tradicionales, revelando las disfunciones del actual modelo de clasificación de las partidas de financiación del gasto público. No hay una regulación idónea ni consenso, ni jurisprudencial ni científico, satisfactorio que permita extraer cuáles son las características a partir de las cuales diferenciar una prestación patrimonial de carácter público de naturaleza tributaria de una que no revista tal naturaleza (Porcel de Soto, 2018:487)

Según apuntan algunos autores, el carácter híbrido de las aportaciones impuestas a las empresas con beneficios que despiden a personas senior puede ser comparada con el recargo de prestaciones del art. 164 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (Esteban Legarreta, 2015:85). Este deber empresarial, presente en el ordenamiento desde la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900, aparecía caracterizado por la ambivalencia de compartir elementos con las prestaciones de Seguridad Social, al resarcir a la persona trabajadora y castigar a la empresa si el accidente debía su causa al incumplimiento de las medidas sobre seguridad y salud en el trabajo o por carecer de los equipos de protección necesarios.

2. Evolución normativa de la DA 16.^a

La penalización económica objeto de estudio es fruto de la enmienda n.º 389, publicada en el Boletín Oficial del Congreso, de 17 de junio de 2011, a propuesta del Partido Socialista. Según su motivación, los despidos colectivos pueden producir impactos sociales y económicos no deseados: por un lado, la expulsión prematura e injusta del mercado de trabajo de las personas trabajadoras de más edad, afectadas estructuralmente por una tasa de actividad por debajo de los países europeos y que tienen problemas para poder volver a incorporarse al empleo; por otro, una importante partida a abonar por el sistema de protección por desempleo, difícil de asumir socialmente cuando las empresas que realizan estos procesos de reestructuración tienen necesidad de ponerlos en práctica aun habiendo obtenido beneficios, tanto más en una coyuntura económica de recesión. La conexión de esta propuesta con las prejubilaciones en ciertas empresas era muy obvia desde el principio (Cabeza Pereiro, 2012:17); en este sentido, la conocida como «enmienda Telefónica» constituye una reacción del ordenamiento ante el anuncio de esta empresa en 2011 de prescindir de 6.500 personas empleadas.

La DA 16.^a de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, incorpora como novedad el deber para las empresas de realizar una aportación al Tesoro Público en caso de despido colectivo que afecte a personas de 50 o más años de edad. Esta previsión suponía encarecer las prejubilaciones, al obligar a las compañías con beneficios, y que emplearan a más de 500 personas, a aportar de manera total o parcial las prestaciones por desempleo del colectivo de mayor edad afectado por la extinción. La redacción primigenia, aprobada el 1 de agosto de 2011, era aplicable a los despidos colectivos iniciados a partir del 27 de abril de 2011, con las consiguientes dudas suscitadas sobre su constitucionalidad al tener eficacia retroactiva.

Los aspectos más destacables para activar la obligación pueden sintetizarse en la concurrencia de un despido colectivo realizado por empresas de más de quinientas personas o que formen parte de grupos de empresas que proporcionen empleo a ese número; la afectación de, al menos, cien trabajadores y trabajadoras en un periodo de tres años, con independencia del número de personas con 50 o más años de edad afectadas; la obtención de beneficios en los dos ejercicios económicos previos a la autorización del expediente de regulación de empleo, cuando el resultado sea positivo en los términos contenidos por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad; la imposibilidad de acudir a la recolocación de las personas afectadas de 50 o más años en la misma empresa, en otra del grupo del que forme parte, o en cualquier entidad distinta, en los meses inmediatamente siguientes a la fecha de extinción; en fin, la toma en consideración del importe de las prestaciones y subsidios por desempleo de las personas senior afectadas para calcular la aportación económica, comprendidas las cotizaciones sufragadas por el Servicio Público de Empleo Estatal. El importe concreto se habría de determinar según una escala en función del número de personas trabajadoras de la empresa, del número de aquellas de 50 o más años de edad afectadas por el despido colectivo y de los beneficios de la entidad.

En los años posteriores a la reforma, la salida del mercado de trabajo continúo produciéndose frecuentemente con anterioridad a la edad ordinaria de jubilación. Entre otras razones, por la remisión de la norma a un futuro desarrollo reglamentario en lo atinente a la determinación del importe de la aportación, así como del procedimiento, forma y momento de realizarla, que no vio la luz hasta un año más tarde, a través del Real Decreto 1484/2012, de 29 de octubre, sobre las aportaciones económicas a realizar por las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años. La disposición sufrió importantes reformas en un breve intervalo de tiempo, complicando su comprensión y aplicación práctica, sin llegar a iniciarse la gestión de los primeros expedientes hasta el año 2013 (Gimeno Díaz de Atauri, 2014:319).

En la segunda redacción, la DF 4.^a del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, suprimió la exigencia de que el despido colectivo afectara, al menos, a cien personas trabajadoras en un marco de tres años. La decisión extintiva debía alcanzar a personas de 50 o más años en empresas con más de 500 personas trabajadoras, si hubieran obtenido beneficios en los dos ejercicios previos al inicio del procedimiento de despido colectivo. Desaparece así la remisión expresa al Plan General de Contabilidad en cuanto hacia a la definición de beneficios. Asimismo, ya no toma como referente temporal la fecha de la autorización administrativa del expediente de regulación de empleo, habida cuenta de la supresión de tal exigencia, sino la fecha de inicio del procedimiento de despido colectivo. Cuando la decisión extintiva comportara la cesación de la actividad empresarial en territorio español, cabía adoptar medidas tendentes a asegurar el cobro de la deuda asociada a las aportaciones económicas.

Después de la reforma, resulta irrelevante si las personas de mayor edad han sido recolocadas en los seis meses siguientes a la extinción de su contrato de trabajo, pues este elemento pasa, de configurar el supuesto de hecho, a delimitar la cuantía final a ingresar (Aragón Gómez, 2016:903). Por otra parte, la nueva redacción regula el procedimiento para la determinación del importe de la aportación, identificando los conceptos que integran la base de cálculo y el tipo aplicable sobre aquella en función de distintas variables, quedando circunscrita la remisión reglamentaria a la liquidación y pago. El cálculo de la cuantía abarca los costes asumidos por el SEPE en relación no solo a personas de 50 o más años afectadas por el despido colectivo, sino también a las empleadas de esa edad cuyos contratos de trabajo se extinguen en virtud de otros motivos no inherentes a la persona trabajadora distintos de los contemplados en el art. 49.1.c) ET, siempre y cuando las extinciones se hubieran producido en los tres años anteriores o posteriores al comienzo del despido. No parece lógico computar a estas personas en el cálculo de la aportación económica al Tesoro, pero no a efectos de determinar el supuesto de hecho que origina el deber de abonarla (Cabeza Pereiro, 2012:21).

El 50% de las cantidades recaudadas en el ejercicio anterior deben consignarse en el presupuesto inicial del SEPE en orden a financiar acciones y medidas de reinserción laboral específicas para el colectivo senior en situación legal de desempleo. Esta mejora difiere sustancialmente de la versión originaria del precepto, pues aquello solo indicaba que los ingresos obtenidos podrían estar destinados, total o parcialmente, a los fines reseñados. Los cambios introducidos por la DF 4.^a entraron en vigor el 12 de febrero de 2012, aun cuando aquellas empresas que hubieran efectuado despidos colectivos autorizados por la autoridad laboral antes de tal fecha, debían realizar la aportación económica cuando la extinción afectará, al menos, a 100 personas trabajadoras. El procedimiento para su liquidación y pago seguía pendiente de un ulterior desarrollo reglamentario, restando eficacia práctica a la DA 16.^a de la Ley 27/2011.

La Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral modifica de nuevo el precepto de referencia, a través de su DF 4.^a, con dos novedades trascendentales. En primer lugar, reduce de 500 a 100 el número de personas trabajadoras que ha de emplear la empresa, o el grupo de empresas del que forme parte, impulsora del despido colectivo que afecte a personas de 50 o más años. Segunda, procede la aportación al Tesoro si las entidades aplican medidas temporales de regulación de empleo y estas tienen por destinatarias a personas de 50 o más años como anteceden a la definitiva extinción de sus contratos de trabajo, con independencia de cuál sea la causa, siempre y cuando no haya transcurrido más de un año desde la finalización de la situación legal de desempleo derivada de la aplicación de las medidas de carácter temporal. En el cálculo de la aportación se integrará el importe de las prestaciones y cotizaciones satisfechas por el SEPE durante los períodos de aplicación de medidas de regulación temporal de empleo previos a la extinción de los contratos; incluidos, en su caso, los que pudieran corresponder en concepto de reposición de la duración de la prestación por desempleo de nivel contributivo.

El art. 10 del Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, con el propósito de desincentivar la discriminación de las personas trabajadoras de más edad en el marco de medidas extintivas de regulación de empleo, así como de racionalizar las obligaciones de las empresas, incide una vez más en el texto de la DA 16.^a La cuarta redacción, aplicable a los procedimientos de despido colectivo iniciados a partir del 1 de enero de 2013, matiza que el requisito de obtención de beneficios no concurre únicamente si el cierre de cuentas es positivo en los dos años anteriores a la extinción, sino también en al menos dos ejercicios económicos consecutivos dentro del periodo comprendido entre el ejercicio económico anterior a la fecha de inicio del procedimiento de despido colectivo y los cuatro ejercicios económicos posteriores a dicha data. El concepto de empresa comprende, también, a los entes, organismos y entidades que formen parte del sector público siempre y cuando tengan la consideración de Administración Pública, según el art. 3.2 del ya derogado Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en la actualidad, art. 3.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014).

La reforma operada añade un requisito adicional en orden a penalizar a cuantas empresas discriminan al colectivo senior en el procedimiento de extinción colectiva utilizando la edad como criterio preferente de selección de las personas objeto de despido. A tal efecto, condiciona la obligación económica a que el porcentaje de personas trabajadoras despedidas de 50 o más años de edad so-

bre el total de extinciones sea superior al porcentaje que las personas trabajadoras de esa edad representa sobre el total de la plantilla de la empresa. En paralelo, deberán computarse las extinciones de personas trabajadoras de 50 o más años por iniciativa de la empresa en virtud de otros motivos no inherentes a la persona trabajadora distintos de los previstos en el art. 49.1.c) ET, producidas en los tres años anteriores, con el límite del 27 de abril 2011, o en el año posterior al inicio del procedimiento de despido colectivo.

Según la redacción dispuesta por la Ley 3/2012, la aportación económica habría de ser exigida a las empresas que hubieran adoptado medidas temporales de regulación de empleo que afecten a personas de 50 o más años de edad cuando su contrato se extinga finalmente en el transcurso de un año, siendo trascendente la causa de extinción. El Real Decreto-ley 5/2013 acota el alcance de la medida, pues la finalización contractual ha de derivar de un despido colectivo u otro motivo no inherente a la persona trabajadora distinto de los dispuestos en el art. 49.1.c) ET.

Para lograr un adecuado acomodo a la nueva configuración del supuesto de hecho, se contabilizan los costes sufragados por el SEPE con respecto a las resoluciones a iniciativa de la empresa en los tres años anteriores al comienzo del procedimiento del despido colectivo y en el año posterior. En comparación con la redacción anterior, el periodo de referencia en estos supuestos pasa, de los tres años anteriores y posteriores al inicio del despido colectivo, a los tres años anteriores y el año posterior al inicio del procedimiento. Por último, en el supuesto de sucesión empresarial, la nueva empleadora quedará subrogada en las obligaciones contenidas en la DA 16.^a de la Ley 27/2011 (Aragón Gómez, 2016:906).

El art. 5 del Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores corrige el apartado 1 de la DA 16.^a, al remitir al concepto de grupo de empresas contenido en el art. 42.1 del Código Comercio; no obstante, prevé que, para la determinación del resultado del ejercicio, solo se tendrán en cuenta los resultados obtenidos en España por las entidades que lo integren.

Por consiguiente, la DA 16.^a es el resultado de cuatro modificaciones del texto original en un periodo inferior a tres años, lo cual ha llevado a una redacción farragosa que no permite una fácil interpretación de su contenido [STS 31 de octubre de 2017 (rec. 235/2016)], aunque sí llevan a conseguir un alcance significativo y ampliar el ámbito de aplicación del precepto, extendiendo la obligación a un mayor número de supuestos (Del Rey Guanter, 2015:509). Han sido diversos los reproches de inconstitucionalidad de la norma, pues el precepto podría ser contrario a los principios de seguridad y de interdicción de la arbitrariedad, al resultar aplicable a procedimientos de despidos colectivos iniciados con anterioridad a su entrada en vigor. Idéntico reparo surge en torno al

literal introducido por el Real Decreto-ley 3/2013, cuando a efectos del cálculo computan las extinciones contractuales de las personas trabajadoras de 50 o más años acaecidas en los tres años anteriores o posteriores al inicio del despido colectivo. La rectificación operada por Real Decreto-ley 5/2013, en virtud de la cual el requisito de obtención de beneficios concurre no solo cuando se obtienen en los dos años anteriores al inicio del despido colectivo, sino también en al menos dos ejercicios económicos consecutivos dentro del periodo señalado por el texto legal, ha recibido la misma objeción de retroactividad.

De comenzar a desgranar en mayor profundidad cada una de las tachas reseñadas, el apartado 4 de la DA 16.^a consagra su aplicación a los expedientes de regulación de empleo iniciados a partir del 27 abril de 2017, pero la Ley 11/2017 fue publicada el 2 de agosto de 2011. La norma impone la obligación de aportación al Tesoro Público con eficacia retroactiva, pues incide en despidos que afecten a personas trabajadoras de mayor edad anteriores a su promulgación y publicación, poniendo en riesgo los principios contenidos en el art. 9.3 CE. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid planteó cuestión de inconstitucionalidad, mediante auto de 15 de noviembre de 2016 [ATSJ de Madrid, 15 de noviembre de 2016 (núm. 184/2016)], resuelta con inadmisión a trámite por no reunir los presupuestos materiales necesarios y carecer de relevancia constitucional, no en vano el órgano remitente omite cualquier justificación acerca de que la resolución del proceso dependía directamente de la norma. Alegada la prescripción y la inaplicabilidad de la obligación de aportación económica al Tesoro Público en el escrito de demanda que inicia el proceso origen de la cuestión de inconstitucionalidad, la inexistencia de un razonamiento a partir del cual entender que no existe tal prescripción o tal inaplicabilidad conduce a concluir que no se ha satisfecho el juicio de relevancia exigido por el art. 35 LOTC.

Más tarde, se reproduce en casación para unificación de doctrina la posibilidad de plantear cuestión de inconstitucionalidad. En esta ocasión, el Tribunal Supremo no aprecia motivos para dudar de la constitucionalidad de una norma legal enmarcada dentro cuanto permite el art. 2.3 del Código Civil, al establecer que las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario, sin exceder los límites que en esta materia impone el art. 9.3 CE [STS 23 de abril de 2018 (rec. 84/2017)]. Tras repasar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en torno al principio de seguridad jurídica y su corolario, el principio de confianza legítima, afirma que la observancia a la DA 16.^a en despidos colectivos anteriores a su publicación no conforma un supuesto de retroactividad auténtica, o de grado máximo, que pudiera comprometer la afectación a derechos económicos ya adquiridos y consolidados, sino que conformaría un supuesto de retroactividad impropia, o de grado medio, en la cual la valoración de los intereses generales en juego justificaría perfectamente una medida de esta naturaleza, por cuanto reserva su aplicación a las grandes empresas o grupos de em-

presas bajo los condicionantes siguientes: que hubieran tenido beneficios en ejercicios económicos anteriores propios o del grupo al que pertenecen; con importante número de personas trabajadoras afectadas por el despido colectivo; y, por último, los importantes efectos en las prestaciones de desempleo y el sostenimiento del sistema dentro del contexto de la grave crisis económica que el país atravesaba en aquellas fechas y la sustancial incidencia que el elevado número de despidos colectivos que venían produciéndose.

Los destinatarios del precepto son operadores económicos prudentes y diligentes, por cuanto afecta a empresas de notable envergadura que proyectan despidos colectivos de gran dimensión. El proyecto de Ley 27/2011 fue presentado en el Congreso de los Diputados el 25 de marzo de 2011, publicado en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados el 1 de abril, mientras que en ese mismo periódico oficial del día 27 de abril de 2011 aparece la ampliación del plazo de enmiendas. Ello supone la adecuada publicidad de la tramitación de una norma que elimina cualquier atisbo de imprevisibilidad para cuantas empresas, a partir de aquel momento, pudieran iniciar la tramitación de un despido colectivo y aun cuando no se pueda suponer que este sea el motivo —nada dice la norma—, por el cual quien legisla ha retrotraído a esa fecha su aplicación a los despidos colectivos tramitados a partir de la misma, esa circunstancia resulta determinante para desterrar cualquier argumento de imprevisibilidad que pudiera comprometer el juicio de constitucionalidad que conduciría a plantear la necesidad de elevar la cuestión de inconstitucionalidad.

En segundo lugar, la DA 16.^a encuadra en el cómputo a cuantas personas ven extinguidos sus vínculos contractuales por determinadas causas dentro de los tres años previos al inicio del despido colectivo, quienes habrán de ser tomadas en consideración para calcular el importe de las aportaciones al Tesoro Público. La Audiencia Nacional descarta categóricamente su inconstitucionalidad indicando que si la ley dispone su aplicación retroactiva a las extinciones producidas con anterioridad al inicio del periodo de consultas del despido colectivo, así como las producidas en los tres años posteriores, su aplicación se ajusta a lo dispuesto en el art. 9.3 CE, en relación con el art. 2.3 CC, «por lo que se ha de descartar que las resoluciones recurridas vulneren la seguridad jurídica de la empresa demandante, así como el principio de irretroactividad de las normas, por cuanto el 3-05-2012, al inicio del periodo de consultas, GRUPORAGA, SA sabía que la DA 16.^a de la Ley 27/2011 era aplicable a los despidos colectivos iniciados a partir del 27-04-2011, conociendo, por consiguiente, que debía tener en cuenta las extinciones anteriores al inicio del periodo de consultas, caso de que las mismas se hubieran producido por causa no imputable a los trabajadores» [SAN 5 de junio de 2015 (rec. 77/2015)].

Por último, el art. 10 del Real Decreto-ley 5/2013 dota de un nuevo significado al requisito de obtención de beneficios. Hasta ese momento la DA 16.^a re-

quería que, aun concurriendo las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen y la razonabilidad de la decisión extintiva, las empresas o el grupo de empresas del cual forme parte hubieran tenido beneficios en los dos ejercicios económicos anteriores a la autorización del expediente de regulación de empleo. Una vez incorporada la modificación, el periodo de referencia no queda circunscrito a la obtención de beneficios en los dos años anteriores al inicio del procedimiento, sino que también se cumple cuando las entidades concernidas obtengan beneficios en al menos dos ejercicios económicos consecutivos dentro del lapso temporal situado entre el ejercicio económico anterior a la fecha de inicio del procedimiento extintivo y los cuatro ejercicios económicos posteriores a dicha data.

Asimismo, el nuevo apartado 14 del precepto prevé la aplicación de las reglas contenidas en esta disposición a los procedimientos formalizados a partir del 1 de enero de 2013, mientras el Real Decreto-ley 5/2013 fue publicado en el *BOE* el 16 de marzo de 2013. La aportación al Tesoro constituye una obligación para las empresas que hubieran obtenido beneficios en los ejercicios anteriores al comienzo del despido, pero también a las que los perciban en ejercicios futuros. Esta modificación opera, por tanto, sobre los despidos colectivos iniciados una vez publicada la reforma y sobre cuantos hubieran tenido lugar a partir del 1 de enero de 2013. Si bien la nueva condición se refiere a la obtención de beneficios en el futuro, proyecta su eficacia sobre hechos acontecidos en el pasado y cuyos efectos se agotaron entonces bajo la vigencia de la norma existente en ese momento. De este modo, despliega una retroactividad de grado máximo, pues las empresas se verán obligadas a efectuar unas aportaciones al Tesoro vinculadas a un despido colectivo efectuado antes de la entrada en vigor de la nueva regulación (Barros García, 2018:83).

3. Configuración actual de la obligación

La obligación jurídica de ingresar la aportación surge a partir de la adopción de un despido colectivo en virtud del art. 51 ET, sin que tenga cabida la resolución disciplinaria u objetiva. Es más, en caso de despido «de hecho» la consecuencia será la nulidad de las decisiones extintivas realizadas durante los períodos sucesivos de noventa días y la readmisión de las personas afectadas, sin suponer ningún coste para el sistema público de protección por desempleo [STS 18 de noviembre de 2014 (rec. 65/2014)]. La prestación percibida por la persona readmitida se calificará como indebida, de forma que la empresa descontará el importe y devolverá al SEPE el montante que resulte antes de pagar los salarios de tramitación. Si quien proporciona empleo no readmite a la persona trabajadora, tampoco genera coste alguno para el sistema, pues al mantener el derecho a percibir el salario, el trabajador continuará en alta y cotizando a

la Seguridad Social. Únicamente de quedar acreditada la imposibilidad de proceder a la readmisión se originaría el deber de ingresar la aportación, pues se ha producido efectivamente la extinción contractual.

Condicionar la aportación a los despidos colectivos acaecidos en empresas de más de 100 personas trabajadoras deviene ilógico de todo punto, no en vano en el tejido productivo español predominan las pequeñas o medianas empresas. La falta de consonancia con el contexto empresarial, tiene como consecuencia clara que la DA 16.^a no será de aplicación a un elevado número de destinatarios. Puede ser esta la razón por la que el precepto no ha conseguido evitar el aumento de las pensiones de jubilación anticipada. Sin embargo, la norma alude también a las entidades que formen parte de grupos de empresas que empleen a más de 100 personas. La disposición toma la referencia del concepto mercantil del art. 42.1 CCo, bastando con que la sociedad ostente, directa o indirectamente, el control sobre las otras, sin requerir de otros elementos adicionales a partir de los cuales poner de manifiesto la presencia de un grupo patológico, a saber el funcionamiento unitario, manifestado en la prestación indistinta de trabajo (simultánea o sucesivamente) en favor de varias de las empresas del grupo, la confusión patrimonial, la unidad de caja, la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica (con creación de la empresa «aparente») o el uso abusivo —anormal— de la dirección unitaria, con perjuicio para los derechos del personal [STS 2 de junio de 2014 (rec. 546/2013)]. El apartado 1 de la DA 16.^a no excluye del cómputo de la plantilla a las personas que trabajen fuera de España, debiendo considerar que, ante un grupo de empresas con encaje en el concepto en él establecido, estos trabajadores y trabajadoras deberán ser tenidas en cuenta a estos efectos.

El ingreso de las aportaciones está condicionado a que el porcentaje de personas despedidas de 50 o más años de edad, sobre el total de las afectadas por el despido colectivo sea superior al porcentaje de aquellas de 50 o más años sobre el total de trabajadores y trabajadoras de la empresa. La exigencia, introducida por el Real Decreto-ley 5/2013, pretende establecer una obligación solo para las empresas que utilicen la edad como criterio preferente en la selección de personas afectadas por el despido. Superada esta proporción, la norma parece presumir que la decisión extintiva será discriminatoria y merecedora de especial reproche. Ahora bien, las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad deberían llevar aparejada una sanción económica por la comisión de una infracción muy grave en virtud del art. 8.12 del 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, así como la nulidad de la medida. La técnica jurídica ha merecido la crítica de un sector doctrinal por ilógica y contradictoria, por cuanto considera licita la discriminación con la mera imposición de una contribución económica (Del Rey Guanter, 2014:4-5). Parece acertada la tesis

de quienes sostienen que de este requisito no cabe presumir de manera automática el carácter discriminatorio de la decisión, en la medida en que la DA 16.^a no penaliza un comportamiento antijurídico de la empresa, sino una conducta antisocial (Aragón Gómez, 2016:906).

En el cálculo del porcentaje de personas trabajadoras afectadas de 50 o más años sobre el total de personas despedidas, procederá computar a aquellas cuyos vínculos contractuales hayan finalizado por iniciativa empresarial en virtud de otros motivos no inherentes a la persona trabajadora, distintos de los contemplados en el art. 49.1.c) ET, siempre y cuando se hayan producido en los tres años anteriores, con el límite del 27 de abril de 2011, o en el año posterior al inicio del procedimiento de despido colectivo. El literal del precepto aparece en íntima conexión con el art. 51.1 ET, ordenado a evitar el fraude consistente en efectuar extinciones de contratos al amparo de lo dispuesto en el art. 52.c) ET en un número inferior a los umbrales señalados y sin que concurran causas nuevas capaces de justificar tal actuación en períodos sucesivos de noventa días. El periodo de 90 días podrá ser anterior o posterior al despido individual o plural, tomando en consideración aquel durante el cual se haya producido el mayor número de despidos y extinciones contractuales computables a estos efectos. Pero en todo lo demás debe mantenerse la doctrina que exige la necesidad de que tales períodos sean sucesivos, consecutivos, sin remontar el cómputo a fechas tan alejadas en el tiempo a la del despido individual que lleguen a quedar fuera de cualquiera de los ciclos sucesivos de 90 días sin solución de continuidad en períodos anteriores o posteriores al mismo [STS 21 de julio de 2021 (recud. 2128/2018)]. El periodo de cuatro años tomado en consideración por la DA 16.^a contrasta claramente con la dicción literal del último párrafo del art. 51.1 ET, por ser a todas luces excesivo. Tres años en la vida de una empresa es un lapso temporal desmesurado, motivo por el cual, probablemente, con un arco temporal de dos años hubiera sido suficiente (Arias Domínguez, 2014:187).

De atender a la interpretación de los Tribunales —perfectamente aplicable a la DA 16.^a—, son extinciones computables por iniciativa de la empresa, en virtud de otros motivos no inherentes a la persona trabajadora distintos de los previstos en el art. 49.1.c) ET, las siguientes: la finalización *ante tempus* de contratos temporales [STS 3 de julio de 2012 (rec. 1657/2011)]; la terminación ante la supuesta expiración del tiempo convenido o la realización de obra o servicio determinado, cuando el contrato temporal estuviera celebrado en fraude de ley; el desistimiento durante el periodo de prueba si la iniciativa fuera empresarial; la falta de llamamiento de personas trabajadoras fijas-discontinuas; la extinción de la personalidad jurídica de la empleadora; la rescisión por voluntad de la persona trabajadora en razón de incumplimientos graves y culpables imputables a la empresa; la jubilación forzosa de la persona trabajadora; los despidos disciplinarios u objetivos con base en motivos inherentes a la persona trabajadora

que hayan merecido la calificación de improcedencia o nulidad [STS 18 de noviembre de 2014 (rec. 65/2014)]; los despidos individuales o plurales por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, o debidos a la falta de consignación presupuestaria en caso de programas públicos no estructurales; e, incluso, las extinciones por voluntad de la persona empleada frente a la decisión de modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Criterio respetuoso con la doctrina *Pujante Rivera*, de conformidad con la cual la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en cuanto hace a los despidos colectivos, debe ser interpretada en el sentido de que cuando la empresa proceda, unilateralmente y en perjuicio del trabajador o trabajadora, a una modificación sustancial de elementos esenciales del contrato de trabajo por motivos no inherentes a su persona queda comprendido en el concepto de despido [STJUE 11 de noviembre de 2015 (C-422/14), asunto *Pujante Rivera*].

Para determinar el porcentaje de personas trabajadoras despedidas de 50 o más años, procederá partir de la plantilla de la empresa en la fecha de inicio del despido colectivo. Con mayor detalle, el art. 2 del Real Decreto 1484/2012 entiende por personas trabajadoras de 50 o más años: en primer lugar, a todas aquellas afectadas por el despido colectivo que hubieran cumplido dicha edad a la fecha de extinción de sus contratos, dentro del periodo previsto para la realización de los despidos que figure en la comunicación de la decisión empresarial a la autoridad laboral tras la finalización del periodo de consultas; en segundo término, a quienes hubieran alcanzado tal a la fecha de la extinción de sus contratos por iniciativa de la empresa o empresas del mismo grupo, en virtud de otros motivos no inherentes a la persona trabajadora distintos de los previstos en el artículo 49.1.c) ET, cuando dichas extinciones se produjeran en los tres años anteriores o posteriores al inicio del despido colectivo; por último, a las personas que hubiera cumplido o cumplan dicha edad dentro del periodo previsto para la aplicación de las medidas temporales de regulación de empleo.

Nada esclarece el precepto con respecto a las personas vinculadas a la empresa mediante un contrato de duración determinada, debiendo entender que computan íntegramente (Cabeza Pereiro, 2012:24), conforme han señalado los tribunales de justicia. No parece óptima la opción escogida por quien legisla de computar la plantilla en la fecha del inicio del despido colectivo, en lugar de calcular el promedio durante un periodo de tiempo concreto, para así evitar la adopción de estrategias empresariales encaminadas a eludir la obligación.

La redacción vigente no aclara si el despido incluye a personas de edad madura, en contraposición al literal primigenio de la DA 16.^a, que requería de manera expresa la afectación de personas de 50 o más años. A partir de la modificación operada por el art. 10 del Real Decreto-ley 5/2013, el *quid* de la cuestión pareciera estar situado en que el número de personas de mayor edad sobre el to-

tal de personas trabajadoras afectadas por la terminación de su contrato, ya sea a consecuencia de un despido colectivo ya sea por decisiones unilaterales por parte de la empresa por causas no inherentes a la persona trabajadora, supere el porcentaje de personas de 50 o más años sobre el total de personas trabajadoras de la empresa. Voces autorizadas de la doctrina argumentan que el despido colectivo debe afectar a personas de 50 o más años de edad (Del Rey Guanter, 2015: 513).

A la hora de concretar el porcentaje de trabajadores y trabajadoras despedidos de 50 o más años sobre el total de personas afectadas, la norma parte de la plantilla de la empresa en el momento de inicio del despido colectivo. La referencia al cómputo de quienes han visto extinguido su contrato por iniciativa de la empleadora en los últimos tres años no deja claro si el porcentaje se ha de precisar sobre el total de personas despedidas en dicho periodo o sobre el total de personas seleccionadas en el procedimiento de regulación de empleo. Será necesario incluir tanto a las personas afectadas por el despido como a aquellas cuya relación laboral hubiera finalizado en los términos dispuestos en el apartado 1.b) de la DA 16.^a

De continuar el análisis, la aportación al Tesoro requiere que el despido colectivo sea efectuado en una empresa con beneficios. Una entidad ha tenido beneficios cuando el resultado del ejercicio, tal y como se define en los modelos de cuentas anuales de pérdidas y ganancias, tanto normal como abreviada, recogidos en el Real Decreto 1514/2007 sea positivo; con la especialidad contenida para la determinación del resultado del ejercicio en caso de grupo (se valoran los resultados obtenidos en territorio español por cuantas lo integren). Cabe la posibilidad de que el empleador en concreto esté igualmente obligado a realizar la aportación cuando aisladamente considerado pudiera estar en pérdidas y no tenga beneficios en el periodo de referencia, pero sí los hubiera obtenido, sin embargo, el grupo en su conjunto. La norma no contempla la compensación de resultados o pérdidas, sino que basta con que haya beneficios o en la solicitante o en el grupo al que esta pertenezca [SSTS 17 de noviembre 2016 (rec. 51/2016); 31 de octubre de 2017 (rec. 235/2016); o 23 de abril de 2018 (rec. 84/2017)].

Tras las reformas acometidas por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, el concepto de situación económica negativa abarca los supuestos de pérdidas previstas o una disminución persistente de ingresos, mientras la finalidad del despido ya no debe garantizar la viabilidad futura de quien proporciona empleo; únicamente contribuir a prevenir la evolución negativa o mejorar su situación. La exigencia precisa de cierta continuidad, pues la entidad ha de tener beneficios en los dos ejercicios económicos anteriores a aquel en que inicia el procedimiento de despido colectivo o, en al menos, dos ejercicios económicos consecutivos dentro del periodo previsto en la norma. Tener en cuenta los beneficios futuros resulta poco conve-

niente cuando sean tan irrisorios que no cubran el coste de las aportaciones económicas a realizar. De entrada, parece imposible conocer el coste definitivo del despido colectivo, habida cuenta de las eventuales circunstancias concurrentes al tiempo de ejecutar la decisión extintiva (De la Puebla Pinilla, 2013:150). Esta medida tiende a amilanar cualquier conducta de la empresa ordenada a la utilización del despido colectivo como mecanismo para aumentar los beneficios.

Los datos estadísticos muestran la relativa importancia que ha tenido esta medida habida cuenta de que según el Informe Anual del Servicio Público de Empleo Estatal, desde la implantación del procedimiento en 2013 hasta el año 2022 han sido 93 las empresas que han sido objeto de reclamación de aportación económica, correspondientes a las prestaciones abonadas a 27.241 personas trabajadoras, por valor de 983 millones de euros de los cuales se ingresaron 814 millones de euros (SEPE, 2022: 132-133).

4. Cálculo de la contribución

El importe anual de la aportación al Tesoro Público se determina mediante la aplicación del tipo porcentual, definido en una escala legalmente prevista, sobre la cuantía de los importes satisfechos por el Servicio Público de Empleo Estatal por los conceptos establecidos en la ley; a saber, prestaciones y subsidios de desempleo, así como cotizaciones a la Seguridad Social a las personas de 50 o más años afectadas por los despidos. La cuantía se tomará en su importe bruto, pues sobre la prestación contributiva por desempleo procederá aplicar los descuentos correspondientes tanto por IRPF, al tener la consideración de rendimiento íntegro de trabajo *ex art. 17.1.b)* de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, como por la cotización de la persona trabajadora, según el art. 273.1 LGSS.

La base de cálculo de la contribución viene integrada, en primer lugar, por la cuantía total efectivamente abonada por el SEPE en concepto de prestaciones por desempleo de nivel contributivo de las personas de 50 o más años despedidas, generadas total o parcialmente en virtud de las cotizaciones acreditadas en la empresa que promovió la extinción, incluyendo el total de prestaciones percibidas, aun cuando correspondan, en parte, a períodos de cotizaciones cubiertos con otra empresas, así como las prestaciones recibidas si el trabajador o trabajadora una vez interrumpe el percibo de la prestación por comenzar una actividad laboral para otra empleadora y cesar en esa actividad, reanuda la percepción de las prestaciones por desempleo generadas para la empresa que promovió el despido (Barros García, 2018:88). En este sentido, la aportación aparece referida a las prestaciones de desempleo originadas en virtud de las cotizaciones acredita-

das en la promotora del despido, lo cual se produce tanto cuando tales prestaciones son percibidas de una sola vez y sin solución de continuidad, como si lo son en varios períodos de tiempo separados por concurrir causa legal que permite la suspensión y reanudación de las prestaciones por desempleo y la persona trabajadora opta por esta última alternativa cuando ha prestado servicios en una tercera empresa en períodos de tiempo muy cortos que causarían derecho a prestaciones por desempleo menos favorables [STS 9 de mayo de 2018 (rec. 110/2017)].

En segundo término, por la cuantía total efectivamente abonada por el SEPE en atención a las cotizaciones a la Seguridad Social a cargo de la entidad gestora de las prestaciones por desempleo por los trabajadores y trabajadoras afectados, durante su periodo de percepción.

En tercer y último concepto, por un canon fijo por cada persona trabajadora que haya agotado la prestación por desempleo de nivel contributivo y comience a percibir algún subsidio de los establecidos en el art. 215.1.1. a) y b), y 215.1.3) del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (subsidio por desempleo del nivel asistencial en la actualidad previsto por el art. 274 LGSS). Este canon se calculará mediante la totalización durante un periodo de seis años de la suma del coste anual del subsidio por desempleo, más el de la cotización por jubilación por cuenta de la entidad gestora en el año del agotamiento. Igualmente, se hará efectivo el canon fijo por cada persona trabajadora que, no teniendo derecho al cobro de la prestación por desempleo contributiva, acceda directamente al subsidio por desempleo como consecuencia de la situación legal motivada por el despido. En la prestación contributiva, la cuantía a computar en la base equivale al importe abonado por el SEPE, mientras, en el caso del subsidio resulta indiferente su duración efectiva.

En cualquier caso, son imputables a la empresa los costes correspondientes a un periodo de seis años. El subsidio por desempleo previsto en el art. 274.4 LGSS para mayores de 52 años se puede prolongar hasta que la persona beneficiara alcance la edad de acceso a la pensión contributiva de jubilación. Pero si no acreditara todavía 52 años de edad, la horquilla oscilaría entre un mínimo de seis meses y un máximo de treinta. Para quienes obtengan el subsidio por desempleo por no acreditar el periodo de carencia necesario para causar la prestación contributiva la duración no podrá exceder de 21 meses. Sería deseable establecer un canon en función de la duración máxima del subsidio, prescindiendo de la referencia a los seis años. El presupuesto para activar una obligación respecto a esta partida es que la persona afectada por la extinción del contrato de trabajo acceda a la protección de nivel asistencial, ya sea por haber agotado la prestación por desempleo contributiva, ya sea por acceder directamente al subsidio (Aragón Gómez, 2016:915-916). Además, la entidad gestora

cotizará por la contingencia de jubilación durante la precepción del subsidio por desempleo para personas trabajadoras mayores de cincuenta y dos años, tomando como base de cotización el 125% del tope mínimo de cotización vigente en cada momento.

También se incluirán, a los efectos del cálculo de la aportación económica, los importes abonados por el SEPE por los referidos conceptos de las personas de 50 o más años cuyos contratos se hayan extinguido a iniciativa de la empresa en virtud de otros motivos no inherentes a la persona empleada distintos de los previstos en el art. 49.1.c) ET en los tres años anteriores o en el año posterior al comienzo del procedimiento. No obstante, a petición de la empleadora se excluirán del cálculo de la aportación económica los importes de prestaciones y subsidios por desempleo de los trabajadores y trabajadoras de 50 o más años de edad afectados que hubieran sido recolocados en la misma empresa, en otra empresa del grupo o en cualquier otra, en los seis meses posteriores a la extinción. La empresa habrá de acreditar estos extremos, debiendo entender realizada la recolocación a tal fin únicamente cuando esta se haya producido en los seis meses siguientes a la fecha de la extinción a través de un nuevo contrato de trabajo de análoga naturaleza y con una jornada de trabajo equivalente a la que tenía en el contrato extinguido y cuya duración haya alcanzado, al menos, los tres años, salvo en supuestos de extinción por despido disciplinario declarado procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente, total, absoluta o gran invalidez.

De observar lo previsto en el art. 51.10 ET, el plan de recolocación externa a través de las empresas autorizadas es exigible a cuantas efectúen un despido colectivo que afecte a más de cincuenta personas trabajadores, con el objetivo de garantizar a los afectados y afectadas, con especial extensión e intensidad a los de mayor edad, una atención continuada por un periodo mínimo de seis meses. Por su parte, la versión original de la DA 16.^a imponía la obligación de aportar al Tesoro a las empresas con beneficios y más de 500 personas empleadas que hubieran adoptado una medida extintiva que perjudicara a más de 100 trabajadores y trabajadoras, incluidas las personas de 50 o más años de edad. En esa etapa inicial, era común implantar el plan de recolocación externa durante un mínimo de seis meses, debiendo conocer la evolución profesional de las seleccionadas por el despido colectivo en ese periodo. Hoy en día, la decisión empresarial de reajuste ha de afectar especialmente a personas de edad madura, de manera que algunas empresas quedarán comprendidas en el ámbito de aplicación del precepto sin tener el deber de elaborar el plan de recolocación externa.

Surge la duda de cómo pueden demostrar los requisitos contemplados por la norma cuando la recolocación no ha tenido lugar en la misma empresa o en otra del grupo. En este sentido, si le corresponde a la Administración Pública conocer de la recolocación (por cuanto la persona trabajadora que ha encon-

trado un nuevo empleo estará dada de alta en la Seguridad Social, constando la fecha de ingreso, el tipo de contrato y la jornada, entre otros datos), no se entiende por qué la empresa carga con la responsabilidad de demostrar dichos elementos.

El tipo aplicable será el fijado por la escala del apartado 4 de la DA 16.^a en función del número de personas trabajadoras de la empresa, el número de personas de 50 o más años de edad afectadas por el despido y del porcentaje de los beneficios de la empresa sobre los ingresos. Las variables a considerar serán: en primer lugar, el porcentaje de personas afectadas de 50 o más años en relación con el número de personas despedidas en tres niveles de menos del 15%, entre el 15% y el 35% y más del 35%; segundo, el porcentaje de beneficios sobre los ingresos, a saber, superior al 10% y menor del 10%, en cada uno de los niveles reseñados; en fin, el número de personas trabajadoras en la empresa, dependiendo de si comprende a más de 2.000, entre 1.000 y 2.000 o entre 101 y 999.

El porcentaje de trabajadores y trabajadoras despedidos de dicha edad sobre el total de personas despedidas se calculará año a año, dentro del periodo previsto para la realización de los despidos que figure en la comunicación de la decisión empresarial a la autoridad laboral tras la finalización del periodo de consultas, teniendo en cuenta el número total de ambos colectivos que ha sido objeto de extinción hasta el año en el cual se efectúa el cálculo. Los beneficios de la empresa o grupo de empresas habrán de ser cuantificados, o bien en función del porcentaje medio de los mismos respecto de los ingresos obtenidos en los dos ejercicios inmediatamente anteriores al inicio del procedimiento de despido colectivo, en el supuesto del apartado 1.c.)1.^a del precepto, o bien respecto de los ingresos generados en los dos primeros ejercicios consecutivos en que la empresa haya alcanzado beneficios dentro del periodo indicado en el apartado 1.c.)2.^a El número de personas trabajadoras de la empresa o grupo se calculará en función de quienes se encuentren en alta al inicio del procedimiento de despido colectivo, con independencia de que trabajen a jornada completa o a tiempo parcial. Cuando existan personas afectadas por medidas de regulación temporal de empleo computables a los efectos del cálculo de la aportación al Tesoro, serán incluidas para determinar el porcentaje de trabajadores y trabajadoras despedidos de 50 o más años sobre el total de las afectadas.

5. Liquidación y pago de las aportaciones

El procedimiento para la liquidación y pago de las aportaciones está regulado en el Capítulo III del Real Decreto 1484/2012. Según la DA 16.^a la empresa deberá remitir a la autoridad laboral un certificado firmado por persona con poder suficiente en el cual conste la concurrencia de los requisitos previstos por la norma para activar la obligación, en el plazo de tres meses desde la fina-

lización del año siguiente al inicio del procedimiento de despido colectivo si la empresa ha tenido beneficios en los dos ejercicios económicos previos. En cambio, cuando la obtención de beneficios se produzca en, al menos, dos ejercicios económicos consecutivos, la certificación habrá de presentarse antes de que concluya el ejercicio posterior a aquel en el cual concurra ya el requisito mencionado en el apartado 1, letra c).2.^a de la DA 16.^a

La disposición final tercera del RD-ley 2/2024, de 21 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes para la simplificación y mejora del nivel asistencial de la protección por desempleo, y para completar la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, viene a modificar la redacción del apartado 7 de la DA 16.^a y, con entrada en vigor el 1 de noviembre de 2024, incorpora las siguientes alteraciones de interés: en primer término, modifica el órgano receptor de la certificación pues esta deberá ser enviada al Servicio Público de Empleo Estatal y además deberá realizarse por medios telemáticos a través del servicio «Certific@2» de la sede electrónica de la entidad gestora; en segundo lugar, en consonancia con la previsión anterior, esta última deberá remitir el certificado recibido a la autoridad laboral competente en el procedimiento de despido colectivo; en fin, además de la información recogida en el art. 5 del Real Decreto 1484/2012 es menester remitir una relación de personas trabajadoras afectadas que deberá contener, al menos, como datos el nombre, apellidos y NIF de todas las afectadas por el despido colectivo, con indicación de su fecha de nacimiento y la identificación de cuantas personas empleadas hayan visto extinguidos sus contratos en los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de comunicación del inicio del periodo de consultas por iniciativa empresarial o del grupo, en virtud de motivos no inherentes a la voluntad del trabajador y distintos a los recogidos en el art. 49.1.c) ET.

La inobservancia de esta obligación en tiempo y forma, así como presentar información que resulte falsa o inexacta, están tipificadas como infracciones muy graves en el art. 8.18 LISOS (tanto en la versión actual como aquella que entrara en vigor con fecha 1 de noviembre de 2024 tras la redacción dada por la disposición final segunda del RD-ley 2/2024, de 21 de mayo, y que únicamente adapta la redacción al nuevo ente receptor de la documentación). La multa puede comprender, en su grado mínimo, de 7.501 a 30.000 euros; en su grado medio de 30.001 a 120.005 euros; y, en su grado máximo, de 120.006 a 225.018 euros. La consecuencia meramente económica contrasta con la elevada cuantía que representa la aportación anual al Tesoro, pues queda en entredicho su capacidad disuasoria, no en vano una empresa podría asumir el riesgo de la penalización frente al abono de la aportación. Con todo, la imposición de la sanción no imposibilita la liquidación de la aportación al Tesoro Público.

En todo caso, el SEPE podrá iniciar el procedimiento realizando sus propias comprobaciones mediante mecanismos de cooperación y colaboración administrativa, aun cuando la autoridad laboral no haya emitido la certificación indicada. La norma admite la actuación de oficio en orden a garantizar la plena ejecutividad de la DA 16.^a, sin perjuicio de que la empresa considere que no ha de realizar la aportación, omite de forma deliberada este requisito o la autoridad incumpla su deber de dar traslado del certificado. La entidad está dotada de un amplio margen de autonomía, sin condicionantes derivados de la existencia de la comunicación previa para iniciar los trámites pertinentes que determinen la procedencia de la aportación. Esta posibilidad quedará limitada parcialmente a partir del 1 de noviembre de 2024 en tanto la comunicación ya no tendrá que ser realizada en primera instancia a la autoridad laboral si no al Servicio Público de Empleo Estatal que será el encargado de tramitar el procedimiento desde sus inicios.

Por otra parte, es menester tener en cuenta como las extinciones de los puestos de trabajo, dentro de los umbrales establecidos por el art. 51 ET, pero evitando el procedimiento, configuran el llamado despido colectivo «*de facto*», constitutivo de una infracción muy grave *ex art. 8.3 LISOS*. Advertida esta situación, procede la aportación al Tesoro por parte de la empresa, con la siguiente dificultad de iniciar de oficio y culminar con éxito el procedimiento (Esteban Legarreta, 2015:76).

Varios factores hacen presumir las complicaciones de dicha posibilidad, comenzando por el art. 8.3, pues impone una multa a la empresa, pero no implica una obligación de hacer. La decisión extintiva realizada sin seguir el procedimiento no conlleva necesariamente la nulidad de los despidos o la denegación de la prestación por desempleo de las personas afectadas. En la misma línea, el incumplimiento de medidas como el plan de recolocación, la suscripción del convenio especial con la Seguridad Social o la aportación al Tesoro cuentan con sanciones propias con un esquema similar limitado a sancionar la omisión de la empresa. La complejidad del proceso deriva en buena parte de la concurrencia y colaboración de varias administraciones, incluso en una etapa temprana anterior a la recaudación. En un primer momento concurren la autoridad laboral, el SEPE, la Inspección de Trabajo y la Administración de Justicia, en caso de impugnación de las extinciones, tanto en la apreciación de las causas y el seguimiento de las personas trabajadoras. No obstante, la tarea torna mucho más ardua en un despido colectivo «*de hecho*», debido a la dificultad de hacer acojo de los datos necesarios a partir del impulso de oficio de la Administración. En realidad, la limitación de recursos pone sobre el tapete los impedimentos a la hora de recaudar de modo eficiente el importe de la aportación tanto en los procedimientos reglados, en general, como, en particular, en los eventuales subterfugios tendentes a evitar la calificación de despido colectivo (Cegarra Cervantes, 2021:181).

5.1. La propuesta de liquidación

El SEPE es competente para formular propuesta de liquidación, sin perjuicio de las alegaciones que la empresa pueda presentar en un plazo de 15 días. En los despidos colectivos proyectados por un grupo de empresas, la entidad notifica la propuesta de liquidación a cada una de cuantas solicitan la aplicación del art. 51 ET, pero también a la sociedad principal o holding del grupo que consolida las cuentas.

La propuesta ha de contener los datos siguientes: la identificación de la empresa, como razón o denominación social, número de identificación fiscal, código o códigos de cuenta de cotización a la Seguridad Social, domicilio y actividad; la relación de los hechos y preceptos que actúan como detonante de la obligación empresarial de abonar el pago de la aportación económica; la relación nominal de las personas de 50 o más años que hubieran percibido prestaciones por desempleo de nivel contributivo dentro del periodo referido a la liquidación; los importes brutos, desglosados por meses, por los conceptos dispuestos en el art. 3.2 a) y b) y 3.3) del Real Decreto 1484/2012 satisfechos por el SEPE dentro del periodo liquidable por cada una de las personas de 50 o más años afectadas; el periodo de la liquidación, que comprenderá el año natural inmediatamente anterior a aquel en que se realiza la propuesta de liquidación, salvo si, por aplicación de lo dispuesto en los arts. 2.3, 3.1 y 6.2, comprende los años naturales inmediatamente anteriores; la relación nominal de personas trabajadoras de 50 o más años de la empresa tenidas en cuenta en el cálculo del canon, así como su importe; el tipo aplicable conforme a la escala fijada en los apartados 4 y 5 DA 16.^a; y, en fin, el importe total de la deuda a ingresar en el Tesoro Público.

El apartado 9 de la DA 16.^a y el art. 8 del Real Decreto 1484/2012 contemplan la posibilidad de aplicar medidas cautelares, dada la nada desdeñable cuantía que puede representar la aportación. Cuando la reestructuración suponga el cese total de la actividad de la empresa en España, el SEPE estará facultado para emplear medidas cautelares en orden a asegurar el cobro de la deuda, aun cuando el importe no haya sido cuantificado ni liquidado con carácter previo. La entidad gestora comunicará al órgano competente una estimación de las aportaciones económicas a cargo de la empresa, en atención a los datos compilados atinentes a la determinación del montante a satisfacer. En la praxis, implementar este tipo de medidas presenta cierta dificultad, pues a falta de un procedimiento de recaudación de la aportación propio, opera el general previsto por el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, que aprueba el Reglamento General de Recaudación. La norma no fija el plazo en el cual el SEPE debe solicitar las medidas cautelares, sino que únicamente hace referencia a «el plazo más breve posible». La eventual recolocación de las personas trabajadoras constituye un obstáculo en la estimación del importe de las aportaciones, en especial si quien

proporciona empleo no realiza la comunicación y debe de actuar de oficio la entidad gestora. Por si fuera poco, ante una aportación calculada año a año resultará considerablemente espinoso realizar requerimientos en años posteriores a cuantas empresas cesan su actividad en el territorio español cuando se produzca el cierre definitivo.

La complicación derivada de mantener las comunicaciones y adoptar medidas de tutela justifica la cautela del art. 11 del Real Decreto 1484/2012, consistente en la posibilidad otorgada al SEPE de revisar de oficio la cuantía de las aportaciones liquidadas con anterioridad en caso de error, falta de información o indebida exclusión para su cálculo de los importes satisfechos por esta entidad. La regularización se llevará a cabo en la siguiente propuesta de liquidación anual a emitir, o mediante nueva propuesta de cuantía de las aportaciones de los años anteriores, previa revisión al alza o a la baja, según corresponda. El plazo máximo para revisar la cuantía de las aportaciones será de cuatro años desde la fecha de notificación de la resolución anual correspondiente.

En igual línea, el art. 12 del texto legal prevé la devolución de las cantidades indebidas, previa resolución del SEPE, de oficio o a instancia de parte. Dicho importes podrán ser objeto de compensación con las deudas de las empresas obligadas aún pendientes de pago por el mismo concepto, a realizar en la siguiente propuesta de liquidación anual. El derecho a la devolución integrará, además del importe ingresado, el resultante de aplicar sobre este el interés legal del dinero fijado en la Ley de Presupuestos vigente en cada periodo desde la fecha del ingreso indebido en el Tesoro Público hasta la data de propuesta del pago de la devolución.

5.2. La gestión recaudatoria

La recaudación de las aportaciones económicas al Tesoro corresponderá a las Delegaciones de Economía y Hacienda en periodo voluntario y a la Agencia Estatal de Administración Tributaria en periodo ejecutivo, conforme a lo establecido en el art. 3.1, b) del Real Decreto 939/2005. El procedimiento de recaudación se inició a partir del año 2013, una vez trazada la trayectoria de las personas afectadas por los despidos colectivos en 2011 amparados por el ámbito de aplicación de la DA 16.^a El Reglamento General de Recaudación tiene, desde el punto de vista material, un ámbito de aplicación más amplio que el contenido en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, pues no se circunscribe al cobro de las deudas y sanciones tributarias, sino también al de los demás recursos de naturaleza pública.

La norma reglamentaria desentraña las previsiones contenidas en la Ley 58/2003 y la Ley 47/2003, mientras la Orden PRE/1064/2016, de 29 de junio, desarrolla parcialmente el Reglamento General de Recaudación. Así pues, será competente para la recaudación la Delegación de Economía y Hacienda en

cuyo ámbito territorial de competencia resida la empresa deudora. Corresponde al órgano gestor notificar a la entidad la resolución de liquidación del derecho y requerirle la realización del pago en el plazo de ingreso correspondiente, a cuyo efecto adjuntará el documento de ingreso. En concreto, el órgano gestor es el SEPE y el plazo de ingreso será de 30 días, en aplicación de la Resolución de 12 de abril de 2004, del Servicio Público de Empleo Estatal, sobre el procedimiento de reintegro de subvenciones concedidas por el Organismo y las actuaciones administrativas derivadas de la recaudación en período voluntario de los ingresos de derecho público de naturaleza no tributaria derivados de los reintegros.

La recaudación tributaria consiste en el ejercicio de las funciones administrativas conducentes al cobro de las deudas de esta naturaleza y podrá realizarse en período voluntario, mediante el pago o cumplimiento de la empresa en los plazos previstos en el art. 62 de la Ley 58/2003, o en período ejecutivo mediante el pago o cumplimiento espontáneo o, en su defecto, a través del procedimiento administrativo de apremio.

La recaudación en período voluntario concluirá el día del vencimiento de los correspondientes plazos de ingreso, si bien en el caso de deudas a ingresar mediante autoliquidación presentada fuera de plazo sin realizar el ingreso (o sin presentar solicitud de aplazamiento, fraccionamiento o compensación), finalizará el mismo día de la presentación de la autoliquidación. Los ingresos se realizarán en las entidades autorizadas para colaborar en la recaudación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria —entidades colaboradoras— en los términos del art. 17 del Reglamento General de Recaudación. El «Modelo 069» será el utilizado para proceder al pago, debiendo ser expedido por el órgano gestor del recurso. El pago se podrá hacer mediante cheque, tarjeta de crédito y débito, transferencia bancaria, domiciliación bancaria o cualesquiera otros validados por el Ministerio de Hacienda.

La Administración podrá, a solicitud de la empresa, aplazar o fraccionar el pago de las deudas según lo dispuesto en los arts. 65 y 82 de la Ley 58/2003. La alternativa requiere el compromiso de aval solidario de la entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o de certificado de seguro de caución. La garantía cubrirá el importe de la deuda en período voluntario, de los intereses de demora que genere el aplazamiento y un 25% de la suma de ambas partidas.

El período ejecutivo se inicia el día siguiente al del vencimiento del plazo establecido para el pago de las deudas liquidadas. Las solicitudes de aplazamiento, fraccionamiento o compensación en período voluntario impedirán el inicio del período ejecutivo durante la tramitación de los expedientes. Sin embargo, dichas solicitudes, así como las de suspensión y pago en especie, no impedirán el inicio del período ejecutivo cuando anteriormente se hubiera denegado, respecto de la misma deuda tributaria, otra solicitud previa en período voluntario habiéndose abierto otro plazo de ingreso sin proceder al mismo. De igual

manera, la interposición de un recurso o reclamación en tiempo y forma contra una sanción paraliza el comienzo del periodo ejecutivo hasta que alcance firmeza en vía administrativa y haya finalizado el plazo para el ingreso voluntario del pago. La declaración de concurso no suspenderá el plazo voluntario de pago de cuantas deudas tengan la calificación de concursal de acuerdo con el texto refundido de la Ley Concursal aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, sin perjuicio de que las actuaciones del periodo ejecutivo se rijan por lo dispuesto en dicho cuerpo legal.

Los funcionarios que desarrollen funciones de recaudación podrán comprobar e investigar la existencia y situación de los bienes o derechos de las personas obligadas, tendrán facultades de inspección de los tributos y, en su caso, adoptarán medidas cautelares. Toda empresa deudora deberá poner en conocimiento de la Administración, cuando esta así lo requiera, una relación de los bienes y derechos integrados en su patrimonio en cuantía suficiente para cubrir el importe de la deuda tributaria. En la fase ejecutiva, también será posible solicitar el aplazamiento y fraccionamiento del pago, ofreciendo una garantía que ha de cubrir el importe aplazado, incluyendo el recargo del periodo ejecutivo correspondiente, los intereses de demora generados, más un 5% de la suma de las dos.

El inicio del periodo ejecutivo determinará la exigencia de los intereses de demora y, eventualmente, de las costas del procedimiento de apremio. El interés de demora es una prestación accesoria exigible a las personas obligadas, calculada sobre el importe no ingresado en plazo o sobre la cuantía de la devolución cobrada improcedentemente y equivalente al interés legal del dinero incrementado en un 25%. En los supuestos de aplazamiento, fraccionamiento o suspensión de deudas garantizadas en su totalidad mediante aval solidario de entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o mediante certificado de seguro de caución, el interés de demora se verá equiparado al interés legal.

Por otra parte, existen tres tipos de recargos del periodo ejecutivo: el ejecutivo, el de apremio reducido y el de apremio ordinario. Son incompatibles entre sí y se calculan sobre la totalidad de la deuda no ingresada en periodo voluntario. El ejecutivo será del 5% y se aplicará una vez satisfecha la totalidad de la deuda no ingresada en periodo voluntario antes de la notificación de la providencia de apremio. El de apremio reducido será del 10% si se satisface la deuda no ingresada en periodo voluntario y el propio recargo antes de la finalización del plazo previsto en el apartado 5 del art. 62 de la Ley 58/2003 para las deudas apremiadas. Por último, el recargo de apremio ordinario será del 20% cuando no concurran las circunstancias anteriores resultando compatible con los intereses de demora.

A este respecto, cabe señalar como el pago en periodo voluntario deberá hacerse en los siguientes plazos: si la notificación de la liquidación se realiza entre los días 1 y 15 de cada mes, desde la fecha de recepción de la notificación hasta

el día 20 del mes posterior o, si este no fuera hábil, hasta el inmediato hábil siguiente; en cambio, si la notificación de la liquidación se realiza entre los días 16 y último de cada mes, desde la fecha de recepción de la notificación hasta el día 5 del segundo mes posterior o, si no fuera hábil, hasta el inmediato hábil siguiente.

La providencia de apremio es el acto en virtud del cual la entidad ordena la ejecución contra el patrimonio de la empresa obligada al pago, siendo competente para entender y resolver todas sus incidencias la Administración Tributaria. El procedimiento de apremio se iniciará mediante providencia notificada a la obligada identificando la deuda pendiente, constituyendo título suficiente para iniciar el procedimiento teniendo la misma fuerza ejecutiva que la sentencia judicial para proceder contra los bienes y derechos de los obligados u obligadas. Frente a ella solo serán admisibles como motivos de oposición la extinción total de la deuda o prescripción del derecho a exigir el pago; la solicitud de aplazamiento, fraccionamiento o compensación en periodo voluntario y otras causas de suspensión del procedimiento de recaudación; la falta de notificación de la liquidación; la anulación de la liquidación; o el error u omisión en el contenido que impida la identificación de la deudora o de la deuda apremiada. Si la empresa obligada no efectuara el pago dentro del plazo fijado, se procederá al embargo de sus bienes.

Cuando la deuda tributaria esté garantizada, se procederá, en primer lugar, a ejecutar la garantía a través del procedimiento administrativo de apremio. No obstante, la Administración Tributaria podrá optar por el embargo y enajenación de otros bienes o derechos antes de la ejecución de la garantía cuando no sea proporcionada a la deuda garantizada o la empresa así lo solicite, señalando bienes suficientes al efecto. Con respeto siempre al principio de proporcionalidad, se procederá al embargo de los bienes y derechos en cuantía suficiente para cubrir el importe de la deuda no ingresada, los intereses devengados (o a devengar hasta la fecha del ingreso en el Tesoro), los recargos del periodo ejecutivo y las costas del procedimiento de apremio.

A falta de acuerdo en contrario, se embargarán los bienes teniendo en cuenta la mayor facilidad de su enajenación y la menor onerosidad de esta para la empresa; sin embargo, si dichos criterios fueran de imposible o muy difícil aplicación, el orden de embargo será el siguiente: dinero efectivo o en cuentas abiertas en entidades de crédito; créditos, efectos, valores y derechos realizables en el acto o a corto plazo; sueldos, salarios y pensiones; bienes inmuebles; intereses, rentas y frutos de toda especie; establecimientos mercantiles o industriales; metales preciosos, piedras finas, joyería, orfebrería y antigüedades; bienes muebles y semovientes; créditos, efectos, valores y derechos realizables a largo plazo.

Cada actuación de embargo quedará documentada a través de una en diligencia, siendo admisibles los motivos de oposición consistentes en la extinción

de la deuda o prescripción del derecho a exigir el pago, la falta de notificación de la providencia, el incumplimiento de las normas reguladoras del embargo y la suspensión del procedimiento de recaudación. La enajenación de los bienes embargados se realizará mediante subasta, concurso o adjudicación directa. La Administración Tributaria no podrá proceder a la enajenación hasta que el acto de liquidación de la deuda tributaria ejecutada sea firme, salvo en los supuestos de fuerza mayor, o si se tratará de bienes perecederos, aquellos en los que exista un riesgo de pérdida inminente de valor o cuando la empresa solicite de forma expresa su enajenación. En cualquier momento previo a la adjudicación, liberará los bienes embargados si la obligada extingue la deuda tributaria y las costas del procedimiento de apremio.

Las cantidades recaudadas por cuenta del SEPE serán transferidas a sus cuentas oficiales, a excepción de los recargos del periodo ejecutivo y de las costas. En caso de convenio, se transferirán las cantidades recaudadas minoradas en los términos establecidos en dicho convenio.

Habida cuenta de la naturaleza de la obligación y su finalidad, las normas a aplicar en materia de recaudación son la Ley 58/2003 y el Real Decreto 939/2005. Ahora bien, la aportación económica al Tesoro se nutre tanto de un canon en consideración a los beneficios obtenidos por la empresa y el número de personas trabajadoras, como de las prestaciones por desempleo, los subsidios y las cotizaciones. Algunos autores han planteado una alternativa capaz de acercar la gestión de la recaudación a un ámbito ligado en mayor medida con la Seguridad Social, en orden a reducir la complejidad del procedimiento, desde los requisitos que activan la aplicación de la DA 16.^a, hasta las liquidaciones anuales practicadas por la entidad gestora (Cegarra Cervantes, 2021:194). De este modo, parece más adecuado tomar como norma de referencia el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social.

Los contornos del objeto de la gestión recaudatoria en virtud de su art. 1 son suficientemente amplios para entender posible esta alternativa; en concreto, el apartado o) del precepto hace mención de cualesquiera otros ingresos de la Seguridad Social que tengan el carácter de ingresos de derecho público y cuyo objeto no sean frutos, rentas o cualquier otro producto de sus bienes muebles o inmuebles, a los que sean de aplicación las reglas del derecho privado. El organismo competente sería la Tesorería General de la Seguridad Social en atención al ámbito del despido colectivo. De hecho, el art. 3.1. b) del Real Decreto 939/2005 permite atribuir la gestión a otros órganos de la Administración General del Estado o a sus organismos autónomos, en tanto el art. 5 del Real Decreto 1415/2004 hace posible establecer conciertos de colaboración.

Si bien la aportación tiene una naturaleza híbrida, no sería la primera ocasión en la que la Seguridad Social ampara una institución de esta clase. Baste con re-

cordar el recargo de prestaciones que trae causa de prestaciones, pero también presenta una vertiente sancionadora. El punto discordante aparece situado en que la recaudación no solo está destinada a la persona trabajadora, pues ni siquiera toda la cuantía es abonada a las cuentas de la Seguridad Social al objeto de favorecer la empleabilidad de las maduras ni contribuir al sostenimiento del sistema. Cualquier reforma debería partir de una nueva concepción del destino de las cantidades recaudadas, quedando circunscritas a los recursos de la Seguridad Social.

6. Plazo de prescripción

De recordar que las aportaciones económicas al Tesoro Público tienen la consideración de derechos de naturaleza pública no tributarios de la Administración General del Estado, el dato resultará determinante para la fijación en cuatro años del plazo de prescripción del derecho de la Hacienda Pública a reconocer o liquidar créditos a su favor, en virtud del art. 15.1 de la Ley 47/2003 General Presupuestaria. Por ende, la obligación de pago de la aportación económica por despidos colectivos que afecten a personas de 50 o más años en empresas o grupos de empresa con beneficios queda sujeta al plazo general de prescripción de cuatro años, en consonancia con la doctrina judicial [STS 23 de abril de 2018 (rec. 84/2017)].

A este respecto, en relación con el *dies a quo* para iniciar el cómputo recientemente el Tribunal Supremo se ha pronunciado al respecto señalando que «el plazo de prescripción debe computarse desde el momento en el que la Hacienda pública puede ejercitar el derecho a liquidar su crédito, que no desde la fecha en la que la Autoridad laboral decida finalmente remitir al SEPE el certificado de la empresa. Aceptar ese postulado es tanto como dejar en manos de la Autoridad laboral la posibilidad de fijar unilateralmente el dies a quo para el cómputo del plazo de prescripción, frente a las disposiciones legales que de forma expresa lo establecen en el momento en el que puede ejercitar el derecho y emitir la resolución de liquidación el crédito» y aun cuando ninguna de las normas legales «fijan un plazo máximo para que la Autoridad laboral remita el certificado de empresa al SEPE, pero eso no supone que dicha Autoridad pueda cumplir libérrimamente con esa obligación para postergar la remisión de dicho certificado como le venga en gana, pese a no concurrir circunstancia alguna que pudiere justificar el transcurso de un periodo de tiempo en sí mismo superior al plazo máximo de prescripción de 4 años del que dispone para efectuar la obligada liquidación anual de la aportación empresarial» [STS 19 de septiembre de 2023 (rec. 37/2023)].

Asimismo, cabe señalar que interrumpe la prescripción «cualquier acción de la Administración tributaria, realizada con conocimiento formal del obligado tributario, conducente al reconocimiento, regularización, comprobación, inspección, aseguramiento y liquidación de todos o parte de los elementos de la obligación tributaria que proceda, aunque la acción se dirija inicialmente a una obligación tributaria

distinta como consecuencia de la incorrecta declaración del obligado tributario», de manera que «la eventual necesidad de acudir a estos mecanismos para complementar la información facilitada por la empresa pudiere justificar, en su caso, que el SEPE emita la propuesta de liquidación una vez superado el plazo de 4 años del que dispone para ello [debiendo] otorgar el efecto interruptivo de la prescripción al requerimiento efectuado por la Administración» [STS 20 de marzo de 2024 (rec. 113/2022)].

Por otra parte, y si bien las liquidaciones que ha de girar el SEPE comprenderán el año natural inmediatamente anterior a aquel en que se realiza la propuesta de liquidación *ex art. 7* del Real Decreto 1484/2012, el citado precepto no incorpora un plazo especial de prescripción de un año (Barros García, 2018:90). Una disposición de rango reglamentario no puede interpretarse como una norma prevalente sobre las disposiciones de la Ley General Presupuestaria, lo que en sí mismo sería inviable por resultar ultra vires, al contravenir una norma de superior rango jerárquico. Asimismo, la referencia al año anterior no opera como un plazo de prescripción; antes bien, sino que impone al SEPE el deber de liquidar y calcular anualmente las aportaciones que haya de hacer la empresa. De este modo, la liquidación efectivamente se ha de realizar de forma anual para facilitar el mejor funcionamiento de la empresa mediante el control de sus gastos en cada ejercicio [STS 31 de diciembre de 2017 (rec. 235/2016)].

7. Especialidades en caso de sucesión de empresa

En el supuesto de cambio de titularidad de la empresa, la nueva empleadora quedará subrogada en las obligaciones establecidas por la DA 16.^a Ante las dudas interpretativas en torno al alcance de la subrogación, la autoridad laboral distingue entre dos supuestos [Consulta de la Dirección General de Empleo de 9 de mayo de 2016]: de un lado, si el despido colectivo ha sido efectuado por la empresa cumpliendo los requisitos que originan el compromiso de aportar al Tesoro con carácter previo a la adquisición, la adquirente se subrogará en el deber de pago y en las demás imposiciones previstas en el precepto de referencia; de otro, cuando en el momento de adquisición la empresa no reuniera los requisitos para quedar sujeta al pago, no habrá subrogación, sin posibilidad de tomar en consideración a la adquirente a efectos del cumplimiento de dichos requisitos.

8. Impugnación de la liquidación

El procedimiento de liquidación de las aportaciones al Tesoro Público parte de la propuesta efectuada por el SEPE, la cual puede ser objeto de alegaciones en los términos contemplados por el art. 6 del Real Decreto 1484/2012. Es esta

fase la empresa debe exponer todos los argumentos en los que sustenta su oposición a la liquidación practicada, tanto de fondo como de la propia tramitación del expediente. Si las alegaciones son desestimadas total o parcialmente, el SEPE emitirá resolución donde conste la liquidación definitiva. La empresa cuenta con un plazo de un mes para interponer recurso de alzada, que ha de ajustarse a las previsiones contenidas en los arts. 115 y siguientes de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. La suspensión del acto administrativo exige el abono cautelar de la cantidad o la solicitud y la posterior constitución de aval bancario destinado a garantizar el importe.

Una vez transcurrido el plazo de tres meses desde la presentación del recurso, se entenderá desestimado por silencio administrativo, lo cual habilita a interponer recurso potestativo de reposición. En este sentido, conviene tener presente que cuantos actos administrativos pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado. El plazo para la interposición será de un mes, si el acto fuera expreso; en caso contrario, será posible interponerlo en cualquier momento a partir del día siguiente a aquel en que se produzca el acto presunto. El plazo máximo para dictar y notificar la resolución será de un mes. Contra la decisión no cabrá interponerse de nuevo el recurso, procediendo acudir a la vía judicial en el plazo de dos meses, por remisión a cuanto dispone el art. 69.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS).

Será competente la jurisdicción social, pues dentro de las materias señaladas en el art. 2 LRJS, es factible enmarcar la habilitación competencial en los apartados n) y s).

La letra n) reserva a los órganos jurisdiccionales del orden social la impugnación de resoluciones administrativas de la autoridad laboral recaídas en los procedimientos previstos en el apartado 5 del artículo 47, en el artículo 47 bis) y en el apartado 7 del artículo 51 ET, así como las recaídas en el ejercicio de la potestad sancionadora en materia laboral y sindical y, respecto de las demás impugnaciones de otros actos de las Administraciones públicas sujetos al Derecho Administrativo en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia laboral y sindical que pongan fin a la vía administrativa, siempre que en este caso su conocimiento no esté atribuido a otro orden jurisdiccional. La liquidación deriva de un acto administrativo en materia laboral, de forma que la impugnación podría encontrar fundamento en esta previsión.

Por su parte, la letra s) alude a la impugnación de actos de las Administraciones Públicas, sujetos a Derecho Administrativo y que pongan fin a la vía administrativa, dictadas en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia de Seguridad Social, distintas de las relativas a las prestaciones, incluyendo las recaídas en el ejercicio de la potestad sancionadora en esta materia, a excepción de

los actos administrativos de Seguridad Social referentes a la inscripción de empresas, formalización de la protección frente a riesgos profesionales, tarificación, afiliación, alta, baja y variaciones de datos de personas trabajadoras, así como en materia de liquidación de cuotas, actas de liquidación y actas de infracción vinculadas con dicha liquidación de cuotas y con respecto a los actos de gestión recaudatoria. De observar el tipo de liquidación de estas resoluciones basadas en el desempleo, las cotizaciones y el canon aplicable, el encuadramiento en el apartado s) también parece posible (Cegarra Cervantes, 2022:61-62).

La competencia corresponde, en única instancia, a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia en cuya circunscripción tenga su sede el organismo autor del acto impugnado. Estarán legitimadas para promover el proceso, las personas destinatarias del acto o resolución impugnada o quienes ostenten derechos o intereses legítimos en su revocación o anulación, en este caso la empresa obligada al pago. La legitimación pasiva corresponde al SEPE y al órgano ministerial. Tendrán la consideración de parte interesada las personas de mayor edad afectadas, sus causahabientes, o terceros que puedan alcanzar responsabilidades. En la demanda deberá acreditarse el agotamiento de la vía administrativa.

La reclamación judicial frente a la resolución desestimatoria de la impugnación que efectúa la empresa de la liquidación de las aportaciones al Tesoro Público será tramitada de conformidad con el procedimiento previsto en el art. 151 LRJS, situado en la Sección 2.^a, Título VII, dedicado al «procedimiento de oficio y del de impugnación de actos administrativos en materia laboral y de Seguridad Social no prestacionales». Su inicio tendrá lugar a partir de una demanda contencioso-laboral análoga al recurso contencioso-administrativo anteriormente tratado en dicho orden jurisdiccional, que sirve de cauce a la impugnación de los actos administrativos en materia laboral.

9. Reflexión final

La configuración jurídica de la aportación económica al Tesoro Público presenta especial complejidad como consecuencia de las sucesivas reformas sufridas por la DA 16.^a de la Ley 27/2011 en un breve plazo de tiempo, con cierta rapidez e incluso precipitación. La finalidad de la norma viene dada por la protección de las personas mayores de 50 años de edad, por cuanto, en un contexto económico adverso, el desempleo de larga duración laстра a un colectivo especialmente vulnerable, así como por el sostenimiento del sistema público de pensiones. Para ello, blinda a este grupo de su inclusión en los despidos colectivo, pero también de otras extinciones contractuales producidas por iniciativa de la empresa en virtud de otros motivos no inherentes a la persona trabajadora, salvo en los supuestos del art. 49.1.c) ET.

Los Tribunales han descartado que la redacción primigenia, así como las posteriores modificaciones, vulneren la seguridad jurídica o el principio de irretroactividad, o que sean injustas o desproporcionadas. El motivo radica en reconocer que persiguen un objetivo socialmente loable y procuran evitar que el impacto de la crisis económica se proyecte sobre las personas de mayor edad, cuando la empresa o grupo en el que se integra tiene beneficios en un periodo relevante.

Ahora bien, la medida no conlleva un aseguramiento absoluto del personal de edad madura, pues la obligación de abonar las aportaciones al Tesoro solo se impone a cuantas empresas tengan beneficios y cuenten con un volumen relevante de personas trabajadoras. En este sentido, la previsión afecta a un número reducido de empresas, habida cuenta de las características del tejido empresarial español. Sería deseable disminuir el umbral de la plantilla computable para activar la obligación legal, incrementar hasta el año el plazo de recolocación a efectos de la exoneración de la aportación, reforzar las facultades de comprobación y control de la Administración, destinar los ingresos a acciones formativas o políticas de empleo dirigidas al colectivo senior y/o como recursos del Fondo que contribuya al sostenimiento del sistema de pensiones de la Seguridad Social y, en definitiva, simplificar la liquidación y recaudación de las aportaciones.

Nada obsta a promover despidos cuando concurran causas para ello, dada la posibilidad de implementar tal decisión extintiva excluyendo a dicho colectivo del procedimiento. La DA 16.^a tampoco impide adoptar otras medidas de flexibilidad interna como la reducción de jornada, la suspensión de contratos, las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo o la inaplicación del convenio colectivo.

10. Bibliografía

- ARAGÓN GÓMEZ, Cristina, «La obligación de ingresar la aportación al Tesoro Público en caso de despidos colectivos que afecten a trabajadores maduros», en GODINO REYES, Martín (dir.), *Tratado de despido*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.
- ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel, *Tres años de reforma del despido colectivo. ¿Ha conseguido su propósito el legislador?*, Madrid: Dykinson, 2014.
- BARROS GARCÍA, Mario, «La aportación económica al Tesoro por despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 49, 2018.
- CABEZA PEREIRO, Jaime, «La aportación económica al Tesoro Público en el caso de despidos colectivos de empresas con beneficios», *Revista Justicia Laboral*, núm. 50, 2012.
- CEGARRA CERVANTES, Felipe, «Las obligaciones empresariales para la protección de las personas trabajadoras maduras en los despidos colectivos», Tesis doctoral. Murcia: Universidad de Murcia, 2021.
- «El procedimiento judicial para la impugnación de la aportación al Tesoro Público derivada de los despidos colectivos que afectan a personas trabajadoras maduras», *Documentación Laboral*, núm. 127, 2022.

- DE LA PUEBLA PINILLA, Ana, «Las paradojas del despido colectivo tras la supresión de la autorización administrativa», *Teoría y Derecho*, núm. 13, 2013.
- DEL REY GUANTER, Salvador, «Despido y protección de los trabajadores de mayor edad: sobre la disposición adicional decimosexta de la Ley 27/2011, sus sucesivas modificaciones y la necesidad de su redefinición», *Iuslabor*, núm. 3, 2014.
- «Las aportaciones económicas al tesoro público por discriminación por razón de edad en caso de despido colectivo», *Derecho de las relaciones laborales*, 2015, núm. 5, 2015.
- DESIDENTADO BONETE, Aurelio y DURÁN HERAS, Almudena, «Jubilaciones anticipadas y jubilaciones diferidas entre la política de empleo y las exigencias de control del gasto», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. Extra 1, 2002.
- ESTEBAN LEGARRETA, Ricardo, «El deber empresarial de realizar aportaciones al Tesoro Público por el despido de trabajadores de cincuenta o más años mediando beneficios. Un análisis de datos y finalidades», en TORRES-CORONAS, Teresa, BELZUNEGUI-ERASO, Ángel, y MORENO-GENÉ, Josep (eds.) *Proceedings of the 1st international virtual SBRLab Conference: finding solutions for a post-crisis society*. Tarragona: Universitat Rovira i Virgili, 2015.
- FUNDACIÓN ADECCO: «INFORME #TUEDADESUNTESORO», 2023, disponible en: <https://fundacionadecco.org/wp-content/uploads/2023/06/270623NDP-TUEDADESUNTESORO.pdf>
- GIMENO DÍAZ DE ATAURI, Pablo, *El coste del despido y otras formas de terminación del contrato por iniciativa empresarial: Un análisis jurídico y económico*. Valladolid: Lex Nova, 2014.
- MARTÍNEZ BARROSO, María de los Reyes, «Despidos colectivos de trabajadores de edad avanzada y protección social: entre la discriminación y la eficiencia», *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, núm. 430, 2019.
- PORCEL DE SOTO, Javier, «La difícil inclusión de la aportación al Tesoro Público por despido colectivo que afecte a trabajadores de 50 o más años en las categorías financieras y tributarias tradicionales», en CUBERO TRUYO, Antonio (dir.), *Los tributos asistemáticos del ordenamiento vigente*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.
- SEPE, *Informe Anual 2022*. Madrid: SEPE, 2023, disponible en: <https://www.sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/comunicacion-institucional/publicaciones/publicaciones-oficiales/listado-pub-sepe/informe-anual.html>

RESEÑA DE KAHALE CARRILLO, D.,
LA NUEVA REGULACIÓN DEL ESTATUTO DEL ARTISTA. UNA VISIÓN COMPARADA, AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, MADRID, 2023

JOSÉ CARLOS ROS AGÜERA*

Universidad Politécnica de Cartagena (UPCT), España

El profesor Djamil Tony Kahale Carrillo, Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad Politécnica de Cartagena (UPCT) nos presenta una obra de gran actualidad y necesaria, que se distribuye en cuatro capítulos dedicando el primero a realizar una introducción en la que se analizan los principales datos que aporta el sector de la industria cultural al PIB nacional lo que justifica su inquestionable aportación a la economía española, lo que hace necesario mejorar el marco regulatorio de la cadena de valor artística. Ello ha llevado al Gobierno a concienciarse de la necesidad de reformar el marco legislativo a nivel laboral, tributario y de derechos de propiedad intelectual; incentivar el crecimiento del tejido empresarial cultural; promocionar e internacionalizar el sector; promover su modernización, sostenimiento y adecuación; impulsar el valor de la cultura como patrimonio dinamizar y cohesionador del territorio junto a sus sinergias con otros sectores; facilitar el acceso a la cultura y su tránsito al entorno digital y promover su sostenibilidad.

Igualmente, fija el objeto del estudio el Dr. Kahale en el estudio del régimen laboral de las personas dedicadas a las actividades artísticas, técnicas y auxiliares relacionadas con el desarrollo y difusión de la cultura, desde la perspectiva de sus

* **Correspondencia a:** José Carlos Ros Agüera. Universidad Politécnica de Cartagena (UPCT), España. – josecarlosaguera@gmail.com – <https://orcid.org/0009-0009-5313-6415>

Cómo citar: Ros Agüera, José Carlos (2024). «Reseña de Kahale Carrillo, D., *La nueva regulación del Estatuto del artista. Una visión comparada*»; *Lan Harremanak*, 51, 341-346. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.25802>).

Recibido: 06 diciembre, 2023; aceptado: 23 enero, 2024.

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



Esta obra está bajo una licencia
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

especialidades que requieren un desarrollo normativo especializado por su dificultad de integración en el marco laboral general.

El segundo capítulo, se dedica a realizar un recorrido normativo del sector cultural tanto a nivel nacional como internacional.

En el tercero, podremos conocer la actual regulación que ha dado el «Estatuto del Artista» a estas relaciones laborales especiales con incidencia en su ámbito de aplicación, capacidad para contratar, forma del contrato, período de prueba, duración y modalidades, derechos y deberes de los intervinientes, retribución, jornada, descansos, vacaciones, extinción del contrato, jurisdicción competente, régimen del personal técnico y auxiliar, cotizaciones como autónomos y adaptaciones normativas.

Finaliza la obra haciendo un análisis pormenorizado de la regulación extranjera en Portugal, Francia, Bélgica, Italia, México y Perú, buscando propuestas que puedan mejorar la actual regulación.

En cuanto a la metodología empleada para la investigación se ha fundamentado en la revisión normativa desde diferentes ópticas y países con apoyo en revistas jurídicas especializadas, jurisprudencia, bases jurídicas e internet, lo que ha llevado al autor a realizar un análisis en profundidad de la situación actual y de aquellos aspectos que son susceptibles de mejora en estas relaciones laborales tan especiales y a las que quizás nuestro legislador no ha prestado la suficiente y necesaria atención.

Del capítulo segundo dedicado a la regulación normativa hemos de destacar el extenso análisis que se hace de textos normativos (Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales, Declaración de los Principios de la Cooperación Cultural Internacional, Recomendación sobre la participación de la población general en la vida cultural y su contribución a ella, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, Convenio Internacional para la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, Convenio Universal sobre Derecho de Autor, Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, Recomendación de 1980 relativa a la condición de artista). De tan amplio elenco normativo, el profesor Kahale nos resume los aspectos más significativos que tienen como denominador común la declaración de unos principios inspiradores y orientadores que deben ser sobre los que se asiente el desarrollo normativo a nivel nacional con encaje en cada ordenamiento jurídico a nivel principalmente laboral, de seguridad social, tributario, de propiedad intelectual y protección del menor. Parte de las garantías de derecho al trabajo y a una retribución para finalizar con la protección de la obra artística, pero ello necesita de una concreción que cada estado viene obligado a implementar en su ordenamiento jurídico nacional.

Se inicia el análisis legislativo nacional con una revisión histórica desde el Código Civil de 1889 pasando por la Ley de accidentes de trabajo (1900), Código del Trabajo (1926), Ley Contrato de Trabajo (1931), Reglamento de Espectáculos Públicos (1935), Reglamento Nacional de Trabajo para espectáculo taurino (1943), Reglamentación Nacional de Trabajo en la Industria Cinematográfica (1948), Ordenanza de Trabajo de Teatro, Circo, Variedades y Folklore (1972), Régimen Especial de la Seguridad Social de los Artistas (1975), Ordenanza Laboral para la actividad de Profesionales de la Música (1977), Estatuto de los Trabajadores (1980), Estatuto del Artista de Espectáculos Públicos (1985), Estatuto de los Trabajadores (1995), Reglamento General sobre Cotización y Liquidación otros Derechos de la Seguridad Social (1995), Estatuto de los Trabajadores (2015), Medidas de urgencia sobre la creación artística y la cinematografía (2018), Medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019 (2020), Estatuto del Artista (2022), Medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas (2023) y Reglamento del IRPF para dar cumplimiento a las medidas contenidas en el Estatuto del Artista en materia de retenciones (2023).

Resulta fácil apreciar que el profesor Kahale realiza un recorrido partiendo de normas preconstitucionales para abordar la cuestión con la legislación básica estatal con la que resulta necesario incardinarse el nuevo Estatuto del Artista. De forma breve y concisa señala los principales aspectos de cada texto normativo. En todos ellos encontramos un denominador común, la precariedad regulatoria, que lleva a unas condiciones podríamos decir infrumanas, muy por debajo de los derechos laborales ordinarios reconocidos en cada momento histórico.

De la obra extraemos la conclusión de la indudable necesidad de dotar de un marco jurídico que normalice este tipo de relaciones laborales, dando las garantías necesarias a los trabajadores y dotándolos de las garantías necesarias a nivel de cotización, prestaciones y derechos sociales en general.

En los años posteriores a la entrada en vigor de nuestra vigente Constitución se van desarrollando normas que, aunque no suponen una regulación completa si van reconociendo la existencia de una relación laboral para el sector de carácter «especial» al margen de los estatutos de los trabajadores y se lleva a cabo una regulación específica en materia de cotización y liquidación de cuotas a la Seguridad Social. Resulta encomiable la labor llevada a cabo por el Gobierno que vía Real Decreto ha regulado de forma urgente medidas sobre la creación artística y cinematografía en 2018, sobre compatibilidad de pensiones contributivas de jubilación y actividad de creación artística en 2019 y para paliar el impacto de la pandemia Covid-19 en el Sector en el año 2020 hasta llegar al Estatuto del Artista en 2022, objeto de análisis de la presente obra.

El Capítulo tercero bajo el título «Regulación Española» va analizando los principales aspectos de esta relación laboral. Ya entrando en el objeto principal del estudio, vemos como se sigue calificando de relación «especial» la de los profesionales de la cultura ahora clasificados bajo la denominación común de «artistas» en contraposición a la relación laboral ordinaria recogida en el Estatuto de los Trabajadores y diferenciándola del resto de los denominados regímenes especiales lo que lleva a una regulación propia menos beneficiosa que la común y ello en base a sus singularidades. Pero también deviene la especialidad de otros factores como: el artista puede ser el autor de la creación, se debilita la subordinación en la relación laboral, pueden exigirse conductas extralaborales o que la actividad se lleve a cabo en grupo, igualmente, la prestación laboral difiere de la común.

Clarifica la obra el *«ámbito de aplicación»* del Estatuto del Artista en la medida que lo enmarca en un elenco de actividades que se desarrollan en un espectáculo público con exclusión expresa de aquellos que se lleven a cabo en el ámbito privado por lo que básicamente queda reducido a teatro, música, danza, actividades audiovisuales y su personal auxiliar y técnico, descartando pintura o escultura. El legislador en este punto ha hecho alarde de prudencia y ha dejado al albur de los convenios colectivos la posibilidad de integración de algunas de las tareas desarrolladas que pudieran dar lugar a dudas, excluyendo del Estatuto del Artista aquellos que pudieran beneficiarse de las garantías y seguridad jurídica que ofrece el convenio.

Cuestión a destacar es el hecho de que el RDL 5/2022, amplía su ámbito de cobertura acogiendo a los denominados artistas e incluyendo al personal auxiliar y técnico de espectáculos artísticos, fruto de ello entiende el autor de la existencia una nueva realidad productiva del Sector cultural. Pero acota el RD el personal auxiliar y técnico como *«aquel que preste servicios vinculados de manera directa a la actividad artística y que resulten imprescindibles para su ejecución»*. En tal clasificación podemos incluir personal de montaje, asistencia técnica, peluquería, sastrería o maquillaje.

Resulta de vital importancia tener en cuenta quién y cómo programa el trabajo, si lo hace el profesional o una empresa, si el profesional tiene la libertad de aceptar o rechazar tareas a su voluntad, si la empresa coordina o supervisa su actuación, si éste a su vez actúa como empresario con personas a su cargo. El objeto debe quedar constituido por servicios concretos de naturaleza artística con autonomía propia dentro de la actividad de la empresa, quedando excluida la existencia de actividad laboral y siendo determinante la ajenidad. Consecuencia de lo anterior es la exclusión de locutores de radio, presentadores de televisión o actores.

Al no venir definido en el RD que debemos entender por *«actividad artística»* se realiza una interpretación del sentido literal de las palabras.

Ofrece la obra una visión comparada con otros ordenamientos jurídicos concretamente referidos a países como Portugal, Francia, Bélgica, Italia, Argentina, México y Perú, que resultan de gran interés bien por pertenecer a Europa o por mantener con ellos especiales lazos y arraigo cultural. Centra el análisis en aquellos aspectos más significativos como son: el régimen de contratación, la creación de registros de artistas y las medidas de cobertura social.

En el capítulo 3.^º apartado 4.^º ofrece la obra un pormenorizado análisis de la capacidad para contratar con especial incidencia en el trabajo de los menores, llegando a la conclusión de que la autorización de los menores para trabajar «*es un acto administrativo por el que la Administración permite al administrado el ejercicio de una actividad que inicialmente le estaba prohibida, constituyendo al propio tiempo la situación jurídica correspondiente*» para concluir que es «*un acto regulado y debido, declarativo y favorable*», sentando con ello la base jurídica en la que se ha desarrollar la contratación de los menores en el sector artístico.

Hemos de destacar igualmente que el referido capítulo apartado 5.^º bajo la rúbrica de «la forma del contrato», se analiza también el régimen de contratación de trabajadores extranjeros comunitarios y extracomunitarios, dando las pautas a seguir y las obligaciones a cumplir. En el apartado 6.^º se estudia la controvertida cuestión del periodo de prueba con análisis jurisprudencial.

En lo que se refiere a la duración del contrato de trabajo y sus modalidades, abordado en el apartado 7.^º, el Estatuto del Artista fija las siguientes duraciones: para una o varias actuaciones, por tiempo cierto, por una temporada, por tiempo que la obra permanezca en cartel o por el tiempo que duren las distintas fases de producción, definiendo el resto de singularidades respecto a la contratación laboral general. Recoge igualmente el apartado 8.^º los derechos y deberes de las partes firmantes estableciendo un marco de garantías. El apartado 9.^º se dedica a la retribución con especial mención al cumplimiento de la obligación del salario mínimo y fijando el mínimo del 15% del coste total de la exposición o actividad en la que participa.

De la jornada recogida en el apartado 10.^º se fija que comprenderá todo el tiempo que el artista este frente al público y el que se encuentre bajo las órdenes del empresario ensayando o grabando actuaciones, eso sí, respetando el límite máximo de las 40 horas semanales. Como no puede ser de otra forma se establece el descanso mínimo semanal de día y medio con posibilidad de acumulación de días y el traslado de las fiestas laborales cuando no puedan disfrutarse en esa fecha concreta recogido en el apartado 11.^º.

Respecto a la extinción del contrato se fija un preaviso de 10 días para los superiores a tres meses, 15 para superiores a seis y un mes para los superiores al año con obligación de la empresa del abono en caso de incumplimiento del plazo lo que supone la asimilación al régimen del Estatuto de los Trabajadores.

Como no puede ser de otra forma, se fija en el apartado 13.º la competencia de la jurisdicción social dada la laboralización de la relación entre artista y empresario. Se dedica el apartado 14.º al Régimen aplicable al personal técnico y auxiliar que como hemos visto ha sido una importante novedad legislativa.

Los apartados 16 a 24 se dedican a cuestiones de cumplimiento de obligaciones con la Seguridad Social, medidas de orden social y garantías para los trabajadores del Sector, abarcando cuestiones tales como, su cotización, compatibilización de normativa anterior con pensiones, incompatibilidades de las pensiones, cotización de pensionistas, compatibilidad de pensiones, extensión al RETA, cotizaciones de artistas con bajos ingresos y prestación por desempleo. Todo ello ha supuesto un notable avance, pero los autores nos hacen llegar a la conclusión de que nos queda mucho camino por recorrer.

En lo que se refiere a «propuestas de mejora» plantea que el objetivo de la legislación en la materia debe enfocarse definir claramente quien debe considerarse artista y reconocer su modo atípico de trabajo para tender a que puedan alcanzar la negociación en materia de remuneración y mejora de sus condiciones de trabajo.

La cuestión que suscita la lectura de la obra es si la norma objeto de estudio es suficiente o por el contrario como plantea la Eurocámara resulta necesaria una Directiva en el espacio común que vaya más allá en la regulación de las condiciones de trabajo en los sectores culturales, haciéndolas más dignas, dada la disparidad en el seno de la UE que provoca importantes brechas entre sistemas nacionales, las diferentes definiciones de artistas y unas condiciones injustas, prestando especial atención a sus «ingresos irregulares» y la «menor posibilidad de negociación colectiva» disipando el mito del artista hambriento fruto de los desequilibrios de poderes en el sector y de unos sistemas que no se adaptan a sus condiciones de trabajo y sectorizando en función de la actividad (teatro, tauromaquia, cinematografía, etc.).

Obra de gran calado que toda persona interesada en el tema debe tener en su biblioteca. Pues constituye un estudio en profundidad de la realidad de una materia que no ha sido abordada en profundidad por los tratadistas en la materia, constituyendo un hito por su rigor académico y científico. En ella se han condesado esfuerzos para dar una visión panorámica, pero en profundidad de una nueva realidad jurídica en ámbito de nuestro ordenamiento jurídico laboral, regulando y dando cobertura a un sector infravalorado a nivel normativo y desamparado en muchos casos. De la obra podemos extraer que aún queda mucho por hacer a nuestro poder legislativo para completar las carencias existentes pero también es justo reconocer que la norma ahora publicada ha supuesto un gran avance como la obra objeto de la presente reseña deja patente.

RESEÑA DE KAHALE CARRILLO, D. T.
(DIRECTOR). *GARANTÍA Y PROTECCIÓN
INTEGRAL DEL DERECHO A LA LIBERTAD
SEXUAL Y LA ERRADICACIÓN DE TODAS LAS
VIOLENCIAS SEXUALES*, EDICIONES LABORUM,
MURCIA, 2023, 1.ª EDICIÓN, 304 PÁGINAS

JOSE MARÍA URIS LLORET*

Universidad de Murcia

La obra que dirige el Doctor Djamil Tony Kahale Carrillo con el título «Garantía y protección integral del derecho a la libertad sexual y la erradicación de todas las violencias sexuales» es un manual publicado por Ediciones Laborum.

En dicho libro, se hace un examen muy pormenorizado de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. La forma como se ha estructurado la obra, recogiendo el análisis de varios autores especializados en la materia, nos permite conocer los diversos elementos que contiene la citada norma, así como lo que aporta para prevenir las agresiones de tipo sexual, proteger a las víctimas y perseguir a los victimarios, siguiendo el paradigma de las tres «p».

Al acercarnos a la temática que estamos examinando, debemos tener en cuenta que la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, supone un paso muy importante para conseguir la igualdad entre mujeres y hombres, que es un logro fundamental para una sociedad que tiene ambición de progreso y que persigue incrementar notablemente el bienestar de todos sus integrantes, pero también

* **Correspondencia a:** Jose María Uris Lloret. Universidad de Murcia. – joseull@outlook.es – <https://orcid.org/0000-0002-7936-1567>

Cómo citar: Uris Lloret, Jose María (2024). «Reseña de Kahale Carrillo, D. T. (DIRECTOR). *Garantía y protección integral del derecho a la libertad sexual y la erradicación de todas las violencias sexuales*»; *Lan Harremanak*, 51, 347-351. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.26032>).

Recibido: 07 febrero, 2024; aceptado: 08 febrero, 2024.

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



Esta obra está bajo una licencia
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

debemos considerar que estamos tratando un tema muy complejo, por lo que se requiere tener un conocimiento en profundidad sobre la materia que estamos observando para poder avanzar en la prevención y erradicación de esos hechos deleznable, por lo que es imprescindible conocer obras como la que estamos analizando, que de forma breve intentaremos mostrársela.

Expuestas las anteriores consideraciones, antes de exponerles la evaluación que hemos realizado, queremos trasladarles que la obra consta de once capítulos y un anexo con la Ley Orgánica 10/2022 de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. El estudio que incluye la corrección de errores publicada en *BOE* núm. 239, de 5 de octubre de 2022, analiza con detalle toda la norma.

Inicia la obra el Doctor Djamil Tony Kahale Carrillo, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Politécnica de Cartagena, que en el primer capítulo trata «el objeto, la finalidad y las medidas para la aplicación efectiva de la Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual». Como bien apunta el autor, debido al ser el primer capítulo de la obra, «analiza el objeto y la finalidad de la norma, los principios rectores, el ámbito de aplicación, la investigación y la producción de datos, y las medidas para la aplicación efectiva de la Ley 10/2022». Análisis que se desprenden de los artículos 1 a 6, 58 a 61 y la Disposición Final decimoséptima (Naturaleza y rango jurídico) y vigesimoquinta (Entrada en vigor)» (p. 12). Asimismo, entre otras cuestiones, consideramos que es importante su reflexión entre la diferencia entre discriminación múltiple y discriminación interseccional, analizando sus definiciones y lo que han expuesto otros autores a este respecto.

El Doctor Francisco Javier Arrieta Idiákez, profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Deusto, en el capítulo II trata un tema tan relevante para evitar que tenga lugar esos hechos violentos como es «las medidas de prevención y sensibilización». Reiteradamente en diversos estudios se ha incidido lo importante que es la prevención para evitar que se origine violencia relacional, que los recursos que se empleen en dicho apartado, tanto a nivel de sociedad como a nivel de empresas, no es un coste, sino una inversión. La forma tan amplia en como aborda el Doctor Arrieta el estudio de las medidas de prevención y sensibilización para afrontar la violencia sexual, incidiendo en aspectos muy importantes y subrayando las mejoras que se debían de realizar, nos facilita una información muy significativa sobre dicho capítulo.

La Doctora Raquel Poquet Catalá, profesora de la Universidad de Valencia, en el capítulo III analiza «la detección de las violencias sexuales» realizando un estudio de los protocolos frente a la violencia sexual y de los protocolos frente a situaciones de mutilación genital, trata de mujeres y matrimonio forzado, así como de la denuncia y comunicación de violencia sexual. Los protocolos son un recurso muy importante para prevenir la violencia sexual, pero como indica la Doctora Poquet «son pocos los que establecen medidas preventivas e incluyen

procedimientos de evaluación» (p. 56). La exposición que realiza la autora del presente capítulo nos informa de forma efectiva sobre la elaboración e implantación de dichos procedimientos.

El Doctor Rafael García García, profesor de la Universidad Católica San Antonio de Murcia, examina en el capítulo IV «la especialización profesional a través de la formación». Según se dispone en el Preámbulo de la Ley 10/2022, el Título III, sobre formación, establece las medidas de formación necesarias para garantizar la especialización de profesionales con responsabilidad directa en la prevención y detección de la violencia sexual, así como en la atención integral, la protección y la justicia, como una de las principales garantías de aplicación de esta ley orgánica. Según nos indica el autor, el objeto de su trabajo es «analizar el Título III de la Ley, centrando el estudio, principalmente, en las consecuencias que pueda tener esta obligatoriedad de especialización del personal sobre las relaciones laborales por cuenta ajena» (p. 74).

La Doctora Isabel María Pérez Gázquez, contratada Doctora en Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad Católica de Murcia en el capítulo V observa «la participación de la empresa en la asistencia integral a las víctimas de violencia sexual en el trabajo». A este respecto, la Doctora Pérez Gázquez señala que el objetivo de su artículo es «el análisis del nuevo enfoque de la ley de garantía integral de la libertad sexual, con especial referencia a la asistencia integral brindada a las víctimas y la participación de la empresa como sujeto titular de obligaciones» (p. 95). Siguiendo dicho fin, hace referencia a que las obligaciones de los empleadores están «orientadas tanto a la prevención de cualquier forma de violencia sexual en el trabajo, como al establecimiento de derechos que permitan la permanencia de la víctima en el empleo» (p. 95).

La Doctora María Salas Porras, profesora titular de la Universidad de Málaga en el capítulo VI analiza «la autonomía económica, los derechos laborales y el derecho a una vivienda». A este respecto, el artículo 41 de la Ley 10/2022 «consiste en una sola medida: la ayuda económica que siendo compatible con otras indemnizaciones y ayudas —de carácter contributivo y/o asistencial— está destinada a quienes tienen la consideración de víctimas de violencias sexuales» (p. 122). La Doctora Salas realiza un análisis muy concreto sobre este apartado de la ley, incidiendo en las mejoras que se podían hacer al respecto y concluye reflexionando «si hubiera sido preferible modificar la LO 1/2004 para dar cabida en ella a la realidad que se delimita con el concepto víctimas de violencias sexuales a la vez que para subsanar, enmendar y diseñar ex novo todas aquellas cuestiones que, casi dos décadas después, manifestamente han resultado un fracaso para las víctimas de violencia de género» (p. 127).

El Doctor Alberto Ayala Sánchez, profesor del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cádiz, examina en el capítulo VII «la actuación de las fuerzas y cuerpos de seguridad». Como in-

dica el autor «el cometido de este capítulo es poner de relieve la actuación de las Fuerzas y Cuerpo de Seguridad en materia de garantía integral de la libertad sexual regulada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, pero haciendo especial hincapié de cómo se materializa esa actuación en el ámbito específico de las relaciones de trabajo» (p. 129). Para desarrollar el trabajo, el epígrafe lo divide en tres partes. En primer lugar; examina la organización básica y las principales funciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. En segundo lugar; el marco normativo básico. Y, en tercer lugar; la actuación de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad.

La Doctora Concepción Morales Vállez, Magistrado Suplente de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y profesora asociada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la URJC, trata en el capítulo VIII «las actuaciones fundamentales para la acreditación del delito y la protección, acompañamiento y seguridad de las víctimas». La autora del presente capítulo divide el trabajo en dos apartados. En la primera parte, trata las actuaciones fundamentales para la acreditación del delito analizando las funciones de las Unidades de Valoración Forense Integral (UVFI) que «han de garantizar un asesoramiento técnico especializado, el diseño de protocolos de actuación, la recopilación y gestión de datos de su actividad, así como participar en la docencia e investigación en violencia de género» (p. 152). En la segunda parte, analiza la información y acompañamiento en el ámbito judicial y la protección de datos y las limitaciones a la publicidad.

El Doctor Pelayo Jardón Pardo de Santayana, profesor de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, en el capítulo IX examina «El alcance y garantía del derecho a la reparación». (p. 164). Como expone el Doctor Jardón «una de las obligaciones jurídicas que incumbe al Estado es garantizar la reparación que se debe a las víctimas de violaciones de derechos humanos en general y a las de violencias sexuales en particular (p. 163). En este sentido, «uno de los aspectos más ambiciosos de la Ley Orgánica 10/2022 lo constituye el derecho a la reparación que asiste a las víctimas de violencias sexuales, derecho al cual se consagra su título VII» (p. 163). Para desarrollar el trabajo, el autor también nos aporta un análisis del derecho a la reparación en la nueva redacción de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual y en la Ley/Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

La doctora Mirian Judit Gómez Romero, profesora de la Universidad Católica San Antonio de Murcia, en el capítulo X examina «la residencia temporal y trabajo de mujeres extranjeras víctimas de violencia de género o de violencias sexuales». El objeto del presente epígrafe es «el análisis de la disposición final sexta de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual» (p. 177). El capítulo se inicia con unas consideraciones generales, en

donde se subraya que GREVIO observa «que las mujeres migrantes representen casi el 33% de todas las mujeres asesinadas por sus parejas o exparejas desde 2003, cuando constituyen menos del 10% de la población» (p. 182). Pese a que «las mujeres extranjeras recurren más fácilmente a la policía y los tribunales en busca de protección» (182). Ante esas circunstancias, es muy importante las medidas de protección que se les debe facilitar a las mujeres extranjeras y analizar los recursos a los que pueden acceder.

El Doctor Enrique Sanz Delgado, profesor titular de Derecho Penal de la Universidad de Alcalá, en el capítulo XI analiza «aspectos penales de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual». La Ley Orgánica 10/2022 despliega «singularmente la modificación de preceptos en las áreas del derecho procesal penal, y penal sustantivo, que, conjuntamente con el contenido de la reforma aprobada por Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril» (p. 193), constituyen el principal objeto, según su autor, del epígrafe que estamos examinando.

Por todo lo expuesto, consideramos que estamos ante una obra de referencia a tener muy en cuenta en los estudios que se realicen sobre la Ley Orgánica 10/2022 de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, que con toda seguridad serán numerosos, por lo importante que es erradicar la violencia sexual y la complejidad que entraña su prevención.

RESEÑA DE RAQUEL CASTRO MEDINA,
*LA MEDIACIÓN EN EL MARCO DE LOS
PROCESOS DE INAPLICACIÓN DE CONVENIOS
COLECTIVOS, EDICIONES LABORUM, MURCIA,
2024, 1.º EDICIÓN, 122 PÁGINAS*

CLARA MARÍA ARRONDO ASENSIO*

Universidad de Málaga

La Mediación en el Marco de los Procesos de Inaplicación de los Convenios Colectivos, de Raquel Castro Medina, es incapaz de dejar indiferente a los lectores apasionados en Derecho del Trabajo y Seguridad Social. En esta, su monografía, la investigadora pone en el punto de mira un tema que quizás y de manera incomprensible, no recibe la atención que debiera dentro del campo de investigación; nos encontramos pues ante la mediación en los procesos de descuelgue. Publicada en 2024, en la editorial Laborum, es un ejemplo de cómo debiera ser enfrentada la negociación colectiva ante la nueva realidad.

La autora estructura su obra a través de cuatro capítulos esenciales para entender la relevancia actual de la figura de la Mediación. Dicho esto, Raquel Castro Medina nos guía a través de las motivaciones que le llevan a realizar el trabajo de investigación y los objetivos de este, revisando la historia de la figura hasta hacernos comprender la importancia actual de la misma y finalmente poniendo en valor las bondades de conseguir un acuerdo bilateral lo más compartido posible, en caso de mediar tal situación. Por lo mismo la conversación empieza en el epicentro del paradigma actual, en una realidad post pandémica

* **Correspondencia a:** Clara María Arrondo Asensio. Universidad de Málaga. – claratuderini@gmail.com – <https://orcid.org/0009-0009-9221-5810>

Cómo citar: Arrondo Asensio, Clara María (2024). «Reseña de Raquel Castro Medina, *La mediación en el marco de los procesos de inaplicación de convenios colectivos*», *Lan Harremanak*, 51, 352-355. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.26117>).

Recibido: 05 marzo, 2024; aceptado: 09 abril, 2024.

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



Esta obra está bajo una licencia
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

marcada por la crisis energética y económica, a la que, por añadidura, se suman los riesgos emergentes de la ahora llamada revolución industrial 4.0, que hostigan la estabilidad de los empleos, haciendo que la balanza de la negociación de los convenios colectivos se incline en pos del mercado, con el pretexto de salvaguardar los empleos.

La doctora, en el primer capítulo, abarca las tensiones y transformaciones que nos han llevado a esta, nuestra realidad actual. Pone en el centro como el descuelgue ha sido usado como herramienta en un intento de solventar el desempleo estructural y de eludir sus consecuencias. Sin embargo, arroja una luz reveladora y es que, en la búsqueda de encontrar posibles soluciones, quizás de forma precipitada se crean medidas de flexibilidad no tan acertadas como pareciera. Y es que, a través de los datos arrojados, la autora no sólo deja claro cómo se ha recurrido al descuelgue de la inaplicación de los convenios colectivos de manera acusada, sobre todo en las pequeñas empresas; sino que tales medidas consiguen una peor calidad en el empleo y una pérdida de poder en la negociación colectiva. La autora, repasa la historia de la «flexi-seguridad» y de las reformas laborales, analizando su impacto y los hitos que han tenido para adentrarnos en una comprensión profunda de la temática escogida, en su explicación del proceso de descuelgue y sus peculiaridades. Nos recuerda como en el art. 82.3 del Estatuto de los Trabajadores (ET) no sólo se garantiza la eficacia general de los convenios colectivos (cuando sigan lo establecido en el Título III del texto legal) sino que se prevé inaplicar o modificar ciertas condiciones sin invalidar el convenio, constatando una vez más, la importancia de la capacidad de negociación de los trabajadores dentro de la mediación pues serán ellos los que también velarán por el respeto de sus derechos.

En el segundo capítulo la investigadora habla del inevitable protagonismo que la mediación ha ido consiguiendo de manera progresiva, hasta llegar a ser un eje fundamental de las relaciones laborales en la actualidad. Así, la autora realiza unas reflexiones sobre su importancia y sus singularidades conceptualizando el conflicto como el principio de esta, no como una piedra en el camino sino como verdadera oportunidad para el cambio. La autora no pasa por alto como la nueva reforma laboral de 2022 ha elevado aún más el nivel de crispación, creando nuevas problemáticas que necesitan una pronta respuesta. Es por ello por lo que la mediación se erige como solución ante la necesidad de desarrollar medidas extrajudiciales que aceleren los acuerdos y que eviten la escalada del conflicto, ya sea individual o colectivo.

Además, en dicho capítulo se resalta la importancia del formato online de la mediación laboral a raíz de la pandemia resaltando las ventajas y los desafíos de esta, así como la necesidad de que exista una definición legal de la mediación en línea, que como se encarga la autora de recordar, es actualmente inexistente. Un hecho, que realmente no podemos terminar de entender aún más si se tiene

en cuenta el valor que las mediaciones online han aportado. Y es que efectivamente hay que reconocer que el Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales (SERCLA) supo adaptarse a las exigencias y restricciones sanitarias trayendo la llamada Resolución de Disputas en Línea y es de agradecer la guía facilitada a manos del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales (CARL) para iniciar el proceso, el cual, la monografía también se encarga de detallar.

Finalmente es en la segunda parte de la obra, que bien se pudiera entender como el tercer capítulo, el cuarto y también el capítulo final, cuando una vez ya ha sido introducida la temática, la autora verdaderamente brilla por las propuestas y el profundo análisis que realiza en el tránscurso de estos:

En el tercer título se abarca cómo es llevada a cabo la mediación de los procesos de descuelgue haciendo un inciso en cómo es llevado a manos del S.E.R.C.L.A, repasando el procedimiento, las partes implicadas, el enfoque que debería tener el equipo mediador a la hora de aproximarse al conflicto (en el cual es de vital importancia tener presente las diferencias de poder para gestionar las partes análogas); la respuesta que dar ante un posible punto muerto, hasta tratar la eficacia y la posible impugnación del acuerdo.

Es en el cuarto capítulo donde la autora a raíz del detallado análisis realizado trae una propuesta innovadora: un protocolo de mediación específico para atender a la especialidad de la figura aportando una visión práctica. Raquel Castro Medina desgrana una serie de pautas específicas a seguir en el descuelgue y propone una serie de herramientas y técnicas utilizadas en la mediación que pueden resultar exitosas en este tipo de procedimientos además de buscar una posible adaptación del proceso genérico al tema en cuestión. Así, la investigadora presenta entre otras, herramientas como el Modelo Lineal de Harvard, el método Fisher-Ury o el Modelo Transformativo poniendo en valor qué se consigue con cada uno de ellos durante el procedimiento para una mejor elección de la herramienta aplicada al caso concreto. De esta manera, se realiza una verdadera guía de aplicación a través de un ejemplo ficticio que será capaz de ayudar tanto a profesionales como a las partes involucradas, todo ello, teniendo en cuenta las complejidades implícitas que conllevan la modificación de condiciones que fueron previamente establecidas en los convenios colectivos.

Ya como conclusión y cierre de su monografía, la investigadora se lanza a hacer una reflexión de la mediación como verdadera herramienta en la gestión de conflictos debidos al descuelgue. Evidencia que, pese a al reconocimiento de la eficacia general de los convenios colectivos, la existencia del descuelgue convencional siempre generará tensiones entre la protección de los trabajadores y las necesidades de los empleadores. Como ella misma resalta, como solución se erige la mediación laboral que otorga mayor poder de negociación a los sindicatos, además de agilizar el acuerdo ya que gracias a su flexibilidad logra ajustarse de manera más oportuna las necesidades de ambas partes. Sin embargo,

alerta de la evidente regulación fragmentada como principal obstáculo y de que la obligatoriedad de esta en el ámbito laboral puede privarla de sus bondades, puesto que la esencia de la mediación se encuentra en su carácter voluntario.

En definitiva, la obra no se limita a abarcar el procedimiento de la mediación laboral o a centrarse en sus orígenes, sino que se dedica a desgranarla e ir al fondo de esta, advirtiendo de las dificultades de esta en el descuelgue de convenios colectivos, pero también explorando la misma como una herramienta de verdadera utilidad en la resolución de dicho procedimiento. Sin lugar a duda, Raquel Castro Medina pone a nuestra disposición una lectura necesaria, cuyo enfoque y esfuerzo, es digno de reconocimiento. Perspicaz, honesta y desafiante la autora se atreve a cuestionar lo establecido en busca de una respuesta más eficaz poniendo en el centro el factor humano, que a favor de la economía tantas veces es olvidado.

RESEÑA DE JOSÉ MIGUEL SÁNCHEZ OCAÑA,
*LA ACCIÓN POSITIVA INTERSECCIONAL:
ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO Y CLÁUSULAS
SOCIOLABORALES EN LA CONTRATACIÓN
PÚBLICA*, TIRANT LO BLANCH, 1.ª EDICIÓN,
2023, 196 PÁGINAS¹

BELÉN MORANT TORÁN*

Universitat de València

La obra que se presenta aborda un tema crucial en el contexto del empleo público y la igualdad de trato, la acción positiva interseccional. Para ello, José Miguel Sánchez Ocaña exhibe de manera reflexiva y profunda, a la vez que amena, el papel que juegan estas políticas de acción positiva en el ámbito público, centrándose específicamente en la interseccionalidad como vía para garantizar la igualdad formal y material.

Nos encontramos ante una monografía cuyo lanzamiento es especialmente oportuno si tomamos en consideración que la igualdad y la diversidad han acaparado los debates producidos en los últimos años en los diversos ámbitos de la sociedad y, como no podía ser de otra forma, el mundo del trabajo no ha sido, ni debe ser en ningún caso, una excepción si, además, tenemos en cuenta su directa conexión con la garantía de los derechos fundamentales.

¹ Esta reseña bibliográfica ha sido desarrollada en el marco de un contrato predoctoral para la Formación de Personal Investigador financiado por la Universitat de València.

* **Correspondencia a:** Belén Morant Torán. Universitat de València. – belen.morant@uv.es – <https://orcid.org/0009-0007-4387-2748>

Cómo citar: Morant Torán, Belén (2024). «Reseña de José Miguel Sánchez Ocaña, *La acción positiva interseccional: acceso al empleo público y cláusulas sociolaborales en la contratación pública*», *Lan Harremanak*, 51, 356-360. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.26317>).

Recibido: 14 mayo, 2024; aceptado: 16 mayo, 2024.

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



Esta obra está bajo una licencia
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

La razón de ser de la obra que nos presenta el autor se incardina, precisamente, dentro de la responsabilidad constitucionalmente cualificada en materia de igualdad de que disponen las Administraciones Públicas, tanto en el empleo público, como en la contratación pública. En este sentido, no podemos olvidar, como bien señala José Miguel Sánchez Ocaña, que nuestra Constitución consagra el mandato a los poderes públicos de remover aquellos obstáculos que impiden o dificultan la efectiva realización de los derechos constitucionales. Y, lógicamente, ello pasa por el propio ámbito organizativo de las funciones y actividades públicas, dónde el papel desempeñado por los poderes públicos adquiere un tinte notablemente relevante.

La implementación de medidas proactivas, como son las políticas de igualdad en el empleo público y en la contratación pública, son esenciales para combatir la discriminación y promover oportunidades equitativas, atajando las desigualdades existentes en la medida en que se configuran como herramientas que permiten corregir desequilibrios históricos. Sin embargo, el camino hacia la inclusión efectiva por medio de medidas de acción positiva no está sino plagado de desafíos, controversias y reticencias en su uso. Estos últimos nacen de diferentes actores del ámbito político, jurisdiccional, profesional e incluso académico y pivotan, como señala el autor, alrededor de los derechos constitucionales que pudieran verse afectados como consecuencia de la implementación de las medidas que ocupan el análisis de la obra que se presenta.

Este debate, además, se ha visto enriquecido con el concepto de interseccionalidad, que toma en consideración cómo diferentes formas de discriminación y dimensiones que conforman las desigualdades sobre las personas se entrecruzan, permitiéndonos entender la manera en que estos influyen sobre el acceso que se pueda tener a derechos y oportunidades. Lo que ha llevado a impulsar una reflexión más profunda, como la que nos plantea José Miguel Sánchez Ocaña, sobre cómo las medidas de acción positiva pueden ser diseñadas desde la óptica de la interseccionalidad para ser verdaderamente inclusivas y efectivas en la promoción de la igualdad en el espacio del empleo público y la contratación pública.

El autor, a lo largo de la reflexión que efectúa en su obra se propone, concretamente, la consecución de tres objetivos fundamentales que dan cuerpo a la monografía que en estas líneas se reseña. Empezando por exponer los fundamentos jurídico-constitucionales, los desafíos y las razones para la acción de las medidas de trato preferente desde una perspectiva interseccional, siguiendo con el análisis doctrinal, normativo y jurisprudencial de las vicisitudes de las mencionadas medidas en las convocatorias de plazas en el empleo público, así como su inserción como cláusulas sociales en los pliegos de condiciones administrativas de los contratos del sector público y, terminando por ofrecer una exposición didáctica que permita ofrecer un enfoque teórico-práctico orientado al desarrollo real de las políticas de igualdad interseccionales.

El resultado es un total de siete puntos que componen el esqueleto de la monografía que se presenta mediante los cuales José Miguel Sánchez Ocaña aborda la totalidad de los temas señalados y consigue la consecución de los objetivos nucleares que articulan la obra.

Los tres primeros puntos actúan como una suerte de introducción al marco teórico de la acción positiva interseccional, proporcionando al lector una base sólida sobre la cual se construyen los argumentos que encontrará desarrollo posteriormente.

En el primero de estos puntos, el autor nos ofrece una aproximación a la normativización de la igualdad de trato en sus distintas facetas, empezando por su formulación como valor, principio y derecho consagrado constitucionalmente y, siguiendo por su tratamiento normativo legal, estatal y autonómico, encaminado a dotar de garantías a los preceptos constitucionales que lo desarrollan. Para, posteriormente, entrar a esclarecer cómo se conjuga este principio con el de prohibición de discriminación en el acceso al empleo público, estatutario y laboral, en la medida en que las actuaciones de las Administraciones Públicas se encuentran limitadas por ambos. Específicamente el autor nos ofrece una reflexión sobre las particularidades jurídicas que envuelven a la prohibición de discriminación, directa e indirecta, en el plano jurídico interno, siendo que dichos conceptos entrañan una gran relevancia a la hora de desgranar las medidas de acción positiva de trato preferente a las que irá dando desarrollo a lo largo de su obra.

En el segundo punto encontraremos un análisis, desde la perspectiva de la doctrina científica, de los grandes planteamientos existentes en torno a la conceptualización de la interseccionalidad y, como estos pueden relacionarse con el concepto que hallamos en el Derecho Antidiscriminadorio. El autor no pretende en estas líneas sino ofrecernos un acicate de cómo puede contribuirse desde la óptica de la interseccionalidad en las políticas de igualdad de acceso al empleo a la consecución de una verdadera conjunción entre la igualdad formal y la igualdad real y efectiva. Refuerza esta premisa amparándose en la validez constitucional que ha venido a otorgar el Tribunal Constitucional respecto a las medidas de acción positiva y de discriminación inversa en relación con grupos sociales desfavorecidos.

En el tercer punto, habiendo situado ya al lector en la materia, se entra a profundizar en las medidas de acción positiva como herramientas al servicio de las políticas de igualdad, ofreciéndonos el autor una aproximación a su concepto y tipológicas. Que complementa con la puesta en escena de las dificultades más relevantes en las que pueden incurrir este tipo de medidas, especialmente si se tiene en cuenta que dotar de justicia a las políticas de igualdad en favor de aquellos que se encuentran en una situación de vulnerabilidad con el fin de lograr fines constitucionalmente legítimos implica emprender actuaciones negativas o

reactivas en nombre de la igualdad material puede hacer colisionar este principio con otros principios y derechos constitucionales conexos.

Los puntos restantes pivotan alrededor de los dos ejes centrales en los que se articula la monografía, esto es, el acceso al empleo público y las cláusulas sociales en los contratos del sector público.

Así, el cuarto punto afronta la tarea de abordar las particularidades del empleo público como entorno donde convergen el principio de igualdad material y los principios de igualdad formal, mérito y capacidad. De forma conjunta, el autor nos expone las complejidades relacionadas con los sistemas de acceso y los diferentes tipos de personal empleado por las entidades del sector público dado que se configura necesario como preludio al estudio de la reserva de cuotas de empleo y de la preferencia ante el empate en la fase de méritos. Lo que nos lleva al punto cinco de esta monografía, centrado en las acciones de trato preferente en el acceso al empleo público.

Con ellas, como bien hace en reseñar el autor, no se trata de soslayar las exigencias mínimas de capacidad en el empleo público en favor de determinados colectivos, no encontramos aquí el debate, sino en dando por cumplida la capacidad exigida establecer un sistema de cuotas para ciertos colectivos, ciertamente bastante limitados en su alcance si atendemos a las prácticas de otros países europeos, inclusive el nuestro propio si contemplamos la regulación y jurisprudencia en relación con estos sistemas. Así como en otorgar prioridad a candidatos pertenecientes a grupos desfavorecidos en situaciones donde exista igualdad de méritos entre los aspirantes. No obstante, como consecuencia de la problemática jurídico-constitucional que plantean estas medidas, como referenciaba el autor en la primera parte de su obra, no podemos olvidar que las citadas medidas deberán atender los requisitos jurídicos que de forma sintética nos presenta en la última parte de este punto y, cuyo cumplimiento se relaciona directamente con su validez.

Con los puntos seis y siete entramos en la parte final de la obra, donde se realiza un recorrido sobre la contratación pública socialmente responsable y el elemento fundamental que la posibilita, esto es, las cláusulas sociolaborales. En el diseño de estas últimas, se ofrece una reflexión en torno a las capacidades jurídicas de los órganos de contratación para incentivar y exigir medidas de fomento del empleo a los adjudicatarios desde una perspectiva inclusiva interseccional.

Ya como conclusión y cierre de su monografía, el autor nos ofrece diversas consideraciones, que en estas líneas no se pretenden adelantar, invitándonos a reflexionar, tras el recorrido normativo europeo y nacional por las acciones públicas diseñadas en materia de empleo y los límites en su implementación, acerca de la suficiencia de estas medidas para garantizar una igualdad plena, con

capacidad para prevenir la totalidad de supuestos y formas de discriminación múltiple. Animando a considerar, en la medida en que el Derecho positivo y la doctrina constitucional no lo impiden, un giro en las políticas públicas de empleo en el sector público hacia estadios más avanzados e inclusivos donde la interseccionalidad sea el elemento clave que permita alcanzar dicho logro.

En definitiva, «La acción positiva interseccional: acceso al empleo público y cláusulas sociolaborales en la contratación pública» de José Miguel Sánchez Ocaña es, sin duda alguna, una obra de impecable escritura y rigurosidad científica que nos ofrece un estudio teórico-práctico exhaustivo de las implicaciones que puede tener la acción positiva interseccional en la consecución de prácticas más justas e inclusivas en el ámbito de las entidades públicas. Es un llamado a reconocer la multiplicidad de identidades en el mundo laboral y a adaptar las políticas públicas para reflejar esta diversidad de manera efectiva y equitativa, redimensionando los grupos a los que se dirige mediante la interseccionalidad. José Miguel Sánchez Ocaña pone a nuestra disposición una lectura sumamente necesaria, cuyo enfoque y esfuerzo, es digno de reconocimiento.

Argitaratutako aleak

1. zbk.: Lan-denbora.
2. zbk.: Lana XXI. mendean.
3. zbk.: Ekoizpen harremana eta ekoizpen artikulazioa.
- Berezia: Mintegia: Lan Zientzietako lizentziatura erantza 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 eztabaideen Bigarren Jardunaldiak.
8. zbk.: Lan-merkatua eta inmigrazioa.
9. zbk.: Etika eta empresa.
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, Eskubide Sozial eta Lan Arauei buruzko seminarioa.
14. zbk.: Enpresen gizarte-erantzunkizuna.
15. zbk.: Dependentziaren inguruko eztabaidea.
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 transnacionalak 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 soldatik.
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 transnacionalen 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 babesia.
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.
48. zbk.: Lan-kontratu mugagabea, aldibaterakoa eta prestakuntza-kontratua: erreformak eta balantzeak.
49. zbk.: Etengabeko prestakuntza: trantsizioan dagoen mundu baten erronkak.
50. zbk.: Enplegurako eta negoziazio kolektiborako V Acordioa

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 Sartu*.
- 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.
- N.º 48: La contratación laboral indefinida, temporal y el contrato de formación: reformas y primeros balances.
- N.º 49: La formación permanente: desafíos ante un mundo en transición.
- N.º 50: V Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva

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 (Bizkaiako Campusa) ardurapean dago. Bere helburuak hauek dira:

1. Lanaren fenomenoa aztertzea jakintzagai askoren ikuspuntutik.
2. Hausnarketa- eta elkarrazkio-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 identifilkazio datuekin batera, bere orcid kodea jarri behar du.

Artikuluek gehienez 25 orrialdeko luzera izango dute (Times New Roman, 12, lerroarteko espazio simplea).

Artikuluaren izenburua idatzitako hizkuntzan eta ingelesez idatziko da. Horrekin batera, artikuluaren laburpena bidaliko da jatorriko hizkuntzan eta ingles, eta egileak Euskal Autonomia Erkidekoak direnean, euskaraz ere bai. Horren gutxi beherako luzera 150 hitzkoa izango da.

Artikuluek 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

Estiloari buruzko oinarrizko arauak

Arau orokor gisa, eta jarraian adieraziko diren salbuespenak salbu, artikulua testu normalean idatziko da oso-osorik. Hori dela eta, kontzeptu edo ideiaren bat nabarmentzeko hizki lodiak, azpimarratuak edota larriak erabiltzea baztertzen da.

Siglak eta akronimoak hizki larritz 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 baztarrarekiko 3 milimetroko espazioa utziko da paragrafo osoan.

Kakotxik gabeko hizki etzanak egunkari edo liburu en izenburuetarako, beste hizkuntza bateko hitzeturako, 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 liburu en izenburuak hizki etzanetan jarriko dira. Genero berdintasun eremuko gomendioak betetzearen, ahal den neurrian, egileen izen osoa jarriko da eta ez hasierako hizkia bakarrik.

- Aldizkarietako artikuluak: Arnall, 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*, Madrid, Tecnos
- Liburuetako 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/descarga/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

