

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Revista bimestral núm. 486 | Mayo-Junio 2025

ISSN-e: 2792-8322

Tratamiento y control de datos biométricos de las personas trabajadoras

Susana Rodríguez Escanciano

La extinción del contrato por falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario tras su reforma

Eduardo Enrique Taléns Visconti

«Garantías multinivel» y «perspectiva de diversidad» en el enjuiciamiento de los asuntos sociolaborales

Cristóbal Molina Navarrete

Cobertura de déficits preventivos a través de la negociación colectiva

Josefa Romeral Hernández

Las enfermedades profesionales en sectores feminizados

Matthieu Chabannes

Los incentivos antiabsentismo

Ana Matorras Díaz-Caneja

Efectos prácticos de la Ley 10/2021 en el trabajo a distancia

Francisco Trillo Párraga



MÁSTERES Y CURSOS

Sé el talento
que **transforma** empresas

FÓRMATE EN LAS ÁREAS DE

Contabilidad y Finanzas • Data Analytics
e Inteligencia Artificial • Dirección y
Administración de Empresas • Jurídica •
Laboral • Logística • Marketing y Ventas •
Recursos Humanos • Tributación

Presencial | Online

➤ Consulta nuestra oferta formativa completa en **www.cef.es**

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Núm. 486 | Mayo-Junio 2025

Directora editorial

M.^a Aránzazu de las Heras García. Doctora en Derecho. Universidad a Distancia de Madrid, UDIMA (España)

Presidente de honor

Joaquín Merchán Bermejo. Presidente del Consejo General de Graduados Sociales de España y de la Fundación Justicia Social (España)

Consejo de redacción

Directora

Margarita Miñarro Yanini. Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I (España)

Subdirectora

Susana Rodríguez Escanciano. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León (España)

Vocales

Coordinadora Derecho de la Seguridad Social. Isabel María Villar Cañada. Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén (España)

Coordinador Derecho del Trabajo. David Lantarón Barquín. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Cantabria (España)

Coordinador Derecho Vivo. Fernando Ballester Laguna. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Alicante (España)

Secretaria

Pilar Conde Colmenero. Doctora en Derecho (acreditada a titular de universidad, área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social). Profesora asociada. Universidad Jaume I (España)

Comité científico

Carlos Luis Alfonso Mellado. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia (España)

Ana Rosa Argüelles Blanco. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo (España)

Marco Biasi. Profesor asociado de Derecho del Trabajo. Università degli Studi di Milano (Italia)

Laura Calafà. Profesora titular de Derecho del Trabajo. Università di Verona (Italia)

Ferrán Camas Roda. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Girona (España)

María Teresa Díaz Aznarte. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada (España)

José Antonio Fernández Avilés. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada (España)

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Enrico Gragnoli. Catedrático de Derecho del Trabajo. Università di Parma (Italia)

María Teresa Igartua Miró. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla (España)

Apollonia María Julià Andreu. Directora del Observatorio de la Profesión del Consejo General de Graduados Sociales (España)

Eugenio Lanzadera Arencibia. Doctor en Derecho y Ciencia Política. Profesor de Derecho del Trabajo. UDIMA (España)

Loïc Lerouge. Director de investigación del Centro Nacional de Investigación Científica. Centro de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social. Université de Bordeaux (Francia)

José Eduardo López Ahumada. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Alcalá (España)

Cristina Mangarelli. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de la República (Montevideo, Uruguay)

Nelson Mannrich. Presidente da Academia Nacional de Direito do Trabalho. Profesor titular de Derecho del Trabajo. Universidade de São Paulo (Brasil)

Marcos Óscar Martínez Álvarez. Vicepresidente segundo del Consejo General de Graduados Sociales de España (España)

Juan Pablo Mugnolo. Profesor de Derecho de las Relaciones Colectivas de Trabajo. Universidad de San Andrés (Victoria, Argentina)

Íñigo de la Peña Criado. Vicesecretario del Consejo General de Graduados Sociales de España y Presidente del Colegio Oficial de Graduados Sociales de Gipuzkoa (España)

Michele Tiraboschi. Catedrático de Derecho del Trabajo. Università di Modena e Reggio Emilia (Italia)

Ester Urraca Fernández. Vocal de la Comisión Permanente del Consejo General de Graduados Sociales de España (España)

Evaluación externa

Estudios jurídico-laborales

Amparo Esteve Segarra. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia (España)

Juan García Blasco. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza (España)

Juan López Gandía. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Politécnica de Valencia (España)

Carolina Martínez Moreno. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo (España)

Jesús Rafael Mercader Uguina. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III (España)

Antonio Ojeda Avilés. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (jubilado). Universidad de Sevilla (España)

Sofía Olarte Encabo. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada (España)

Ana de la Puebla Pinilla. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid (España)

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Eduardo Rojo Torrecilla. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona (España)

Carmen Sánchez Trigueros. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia (España)

José Luis Tortuero Plaza. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid (España)

Estudios de recursos humanos

Eva Cifre Gallego. Catedrática de Psicología Social. Universidad Jaume I (España)

Vicente A. Martínez Tur. Catedrático de Psicología y de las Organizaciones. Universidad de Valencia (España)

María Eugenia Sánchez Vidal. Catedrática de Organización de Empresas. Universidad Politécnica de Cartagena (España)

José Ángel Zúñiga Vicente. Catedrático de Organización de Empresas. Universidad Rey Juan Carlos (España)

Coordinación y edición

Teresa Díez Meriel y Domingo J. Panea Hernando

Centro de Estudios Financieros

P.º Gral. Martínez Campos, 5, 28010 Madrid • Tel. 914 444 920 • editorial@cef.es

Indexación y calidad



CARHUS Plus+

WorldCat®

MIAR



Google
Académico

latindex

ÍNDICES
CSIC

D I C E

Dimensions

Psicodoc
BASE de datos en psicología

clasificación
C I
R C

Dialnet

IN~RECJ

Acuerdos de colaboración

Con la *Revista de Derecho del Trabajo* de la editorial La Ley (Uruguay) y con la *Revista de Direito e de Estudos Sociais* de la editorial Almedina (Coimbra, Portugal) por los que nos comprometemos a que determinados artículos de estas revistas puedan ser publicados en la nuestra y a la inversa.

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Redacción y administración

P.º Gral. Martínez Campos, 5, 28010 Madrid (España)

Tel. 914 444 920

Correo electrónico: info@cef.es

Edita

Centro de Estudios Financieros, SL

Correo electrónico: revistatss@udima.es

Edición digital: <https://revistas.cef.udima.es/index.php/rtss>

Depósito legal: M-29442-2007

ISSN-e: 2792-8322

ISSN: 2792-8314

(último número impreso: n.º 483, noviembre-diciembre 2024)

Entidad certificada por:



Esta editorial es miembro de la UNE, lo que garantiza la difusión y comercialización de sus publicaciones a nivel nacional e internacional

© 2025 CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional.

Sumario

Editorial

Tratamiento y control de datos biométricos de las personas trabajadoras: posibilidades y límites	7-16
Susana Rodríguez Escanciano	

Estudios

La extinción del contrato por falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario tras la aprobación de la Ley orgánica 1/2025, de 2 de enero	17-48
<i>The termination of the contract due to defaults or continued delays in the payment of the salary after the approval of Organic Law 1/2025, of 2 January</i>	
Eduardo Enrique Taléns Visconti	
«Garantías multinivel» y «perspectiva de diversidad (género, discapacidad, infancia)» en el enjuiciamiento de los asuntos sociolaborales: avances y resistencias... y algún exceso	49-84
<i>"Multi-level guarantees" and "diversity perspective (gender, disability, childhood)" in the judgment of social issues: progress and resistance... and some excess</i>	
Cristóbal Molina Navarrete	
Cobertura de déficits preventivos a través de la negociación colectiva: organización preventiva y representación especializada	85-120
<i>Coverage of preventive deficits through collective bargaining: preventive organization and specialized representation</i>	
Josefa Romeral Hernández	
Las enfermedades profesionales en sectores feminizados: un sistema pendiente de reforma con perspectiva de género	121-151
<i>Occupational diseases in feminized sectors: a system awaiting reform from a gender perspective</i>	
Matthieu Chabannes	
La toxicidad de los nanomateriales en el contexto laboral: principio de precaución y control de exposición	152-181
<i>Toxicity of nanomaterials in the workplace: Precautionary Principle and exposure control</i>	
Rosa María Rodríguez Casáis	

Diálogos con la jurisprudencia

Absentismo y remuneración: los incentivos antiabsentismo en el punto de mira. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 40/2025, de 20 de enero <i>Absenteeism and remuneration: anti-absenteeism incentives coming under focus. Commentary on Supreme Court Ruling 40/2025, of 20 January</i> Ana Matorras Díaz-Caneja	182-190
Trabajo a distancia: ¿ha cambiado algo después de la Ley 10/2021 para algunas empresas? Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional 62/2024, de 3 de junio <i>Telecommuting: has anything changed after Law 10/2021 for some companies? Commentary on National Court Judgment 62/2024, 3 June</i> Francisco José Trillo Párraga	191-200
Irrelevancia del origen de la pensión de incapacidad permanente –enfermedad común o accidente no laboral– en el acceso al derecho del complemento por mínimos. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 1007/2024, de 10 de julio <i>Irrelevance of the source of the permanent disability pension (common illness or non-occupational accident) in accessing the right to a minimum wage supplement. Commentary on Supreme Court Ruling 1007/2024, of July 10</i> Francisco Javier Fernández Orrico	201-210
Cosas de casa que (algunos) «hombres-jueces» se empeñan en enseñar a las mujeres: ¿mansplaining para conciliar corresponsablemente? A propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias/Las Palmas 359/2025, de 27 de febrero <i>Household matters that (some) 'male-judge' types insist on teaching women: Mansplaining for co-responsible conciliation? Regarding the Ruling of the High Court of Justice of the Canary Islands/Las Palmas 359/2025, dated February 27th</i> Cristóbal Molina Navarrete	211-223

Foro de debate

De la escuela al foro: ¿sigue vivo el legado del graduado social? La visión anticipada del derecho del trabajo de José Gascón y Marín José Blas Fernández Sánchez	224-227
---	---------

Tratamiento y control de datos biométricos de las personas trabajadoras: posibilidades y límites

Susana Rodríguez Escanciano

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de León (España)

Subdirectora de la Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

srode@unileon.es | <http://orcid.org/0000-0001-5910-2982>

1. Teniendo en cuenta que los algoritmos permiten todo tipo de información, sin límite de capacidad y sin sufrir demoras, resulta indiscutible el importante papel que atesoran desde el punto de vista empresarial, pues facilitan extraer conocimientos privilegiados sobre mercados, clientes, *marketing*, ventas, desarrollo de productos, operaciones de servicios, soporte administrativo, oscilaciones de la demanda, requerimientos de consumo, modelado de riesgos o, por lo que aquí interesa, dirección de personal.

Cada vez son más las corporaciones que incorporan inteligencia artificial (IA) como soporte de las decisiones estratégicas en la integridad de las facetas que componen la autonomía organizativa empresarial con proyección en todos los momentos y aspectos de la relación laboral, desde el reclutamiento de las personas trabajadoras, pasando por la vigilancia de las actividades laborales a través de evaluaciones cuantitativas y cualitativas, hasta la extinción del vínculo, sin olvidar aquellos aspectos de gestión ordinaria como, en una lista no exhaustiva, determinación de la jornada, horario, vacaciones, descansos, tareas a realizar, retribuciones, ascensos, modificaciones sustanciales, seguridad y salud, despidos, etc.

A día de hoy, la IA, extramuros del ámbito de la especialización técnica, pivota sobre los tres parámetros siguientes: datos, algoritmos y capacidad matemática para aplicar estos a aquellos. Precisamente, los datos se convierten en la «materia prima capital» o el «nutriente fundamental» de las herramientas inteligentes. Como no podía ser de otra manera, el uso de algoritmos en los centros de trabajo implica el procesamiento por parte de las empresas de datos masivos de las personas trabajadoras hasta el punto de que su extensión ha postergado en el lenguaje el uso de los prefijos habituales del sistema internacional de medidas, ya que tales magnitudes se mueven con soltura en la escala de los cuatrillones (megas, gigas, petas, zetas, yotas), algo difícil de digerir con los cálculos mentales más rudimentarios.

Tal acopio de información no resulta en exceso complicado atendiendo a la singularidad del contrato de trabajo, marcada por varios factores esenciales: la implicación física y mental de la persona, que es inseparable de la actividad encomendada (razón esencial,

intuitu personae, por la que la persona asalariada no es una mera mercancía); la naturaleza vital del vínculo (en el sentido de que la remuneración del trabajo constituye el medio fundamental de vida); la debilidad reivindicativa y negociadora de la parte trabajadora; o la duración normalmente dilatada de la relación laboral, sujeta a múltiples vicisitudes y contingencias; todo ello coronado por la atribución legal a la parte empresarial de un poder muy dominante en la dinámica contractual, cuyo ejercicio cuenta precisamente con el auxilio de las nuevas tecnologías inteligentes.

La gestión digitalizada del personal facilita, además, que todos los extremos concernientes al desarrollo del contrato de trabajo, desde el momento de la selección de personal, pasando por la constitución del nexo contractual hasta su resolución, sean incluidos en los soportes técnicos de la empresa, provocando, en significativa denominación, una «hiperdaticación» de las relaciones laborales, con flujos constantes en la emisión y recepción de noticias, las cuales (de forma simple, descontextualizadas o combinadas entre sí, a través del uso de ficheros y fórmulas matemáticas) pueden contribuir a definir el devenir completo de las personas trabajadoras o candidatas a una ocupación.

En efecto, la generalización de sofisticados utillajes técnicos inteligentes en el universo de las organizaciones productivas acarrea una atribución de enormes potencialidades estratégicas en materia de gestión de personal al quedar exponencialmente ampliada la capacidad de obtención, acumulación, retención, elaboración y transmisión de información, permitiendo a la empresa un conocimiento exhaustivo del perfil de las personas empleadas actuales o futuras, en el que se incluyen (cual «teselas de un mosaico») desde aspectos estrictamente profesionales a características individuales pertenecientes al ámbito de su privacidad, consecuencia del mero desarrollo de actividades ordinarias dentro de la empresa y, cómo no, de la multiplicación de las posibilidades conferidas para supervisar la ejecución de la prestación laboral concertada por las personas asalariadas mediante el ejercicio de un poder dotado de mayor intensidad y amplitud respecto de sus modalidades precedentes. Son infinitas las posibilidades de control que proporcionan los instrumentos digitales asistidos por IA (videovigilancia, micrófonos, geolocalización, seguimiento de correos electrónicos, tarjetas electrónicas, contadores de pasos, lectores digitales, interacción del ratón, *cookies*...) que permiten obtener informaciones exhaustivas sobre el rendimiento, la cantidad y calidad de las tareas realizadas, el tiempo empleado, las interrupciones habidas, los patrones de comportamiento y, también, la personalidad de las personas trabajadoras (ejercicio, alimentación, forma física, socialización con compañeros/as...).

Al tiempo, tanta es la información digital que hoy en día se puede obtener (huella digital), de forma rápida y libre a través de las redes sociales, que con mucha frecuencia las empresas recurren a programas informáticos inteligentes para realizar, a través de patrones predeterminados, filtrados y rastreos («*recruiting 2.0*») con el fin de descubrir, entre otros posibles aspectos, la orientación sexual, la situación sentimental, las cargas familiares, la convicción política, las creencias religiosas, los hábitos, el historial de salud, las preferencias para el tiempo de ocio o la tendencia al consumo de sustancias de las personas

trabajadoras. A través de las redes sociales también se pueden descubrir comentarios en contra de la buena imagen de la empresa, su credibilidad, clientela o secretos industriales, fácilmente perceptibles y, por ende, punibles, al igual que se pueden detectar transgresiones de la buena fe contractual en supuestos de incapacidad temporal donde la persona trabajadora lleva a cabo tareas incompatibles con su estado de enfermedad o perjudiciales para su recuperación.

Además, la posibilidad de evaluación por la clientela tiene un objetivo doble en cuanto a la reputación de la persona empleada: por un lado, incrementar la satisfacción de las consumidoras y los consumidores y permitirles establecer sus preferencias hacia el futuro; por otra, obtener información sobre la conducta de la persona trabajadora con un coste ínfimo y utilizar dichos hallazgos para tomar decisiones, máxime cuando algunas empresas deciden publicar esas evaluaciones en la intranet. Ello implica, de un lado, la posibilidad de que la persona consumidora conozca la satisfacción que ha obtenido la anterior clientela con esa persona empleada en concreto; de otro, la persona trabajadora va a ser consciente de que un desempeño insatisfactorio para la clientela no solo será utilizado por la empresa, sino que será conocido por el resto de personas usuarias y potenciales empleadoras en el futuro.

Así pues, la persona trabajadora se ha convertido en un terminal de corrientes de datos, máxime cuando la mayor capacidad de transmisión y de combinación de los mismos de la mano de los algoritmos provoca una total trazabilidad susceptible *a posteriori* de ser valorada, favorable o desfavorablemente, a efectos laborales.

2. El ordenamiento europeo y español de protección de datos, esto es, el [Reglamento \(UE\) 2016/679](#) (RPD) y la [Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre](#) (LOPDyGDD), distinguen dos niveles de protección en función del bien jurídico tutelado: de un lado, los datos personales que cabría calificar como «ordinarios»; de otro, los datos «sensibles», «especialmente protegidos», «superpersonales» o «pertenecientes a categorías especiales»; esto es, aquellos estrechamente vinculados a la dignidad y personalidad humana (origen étnico o racial, opiniones políticas, convicciones religiosas o filosóficas, afiliación sindical, datos genéticos, datos biométricos, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o la orientación social de las personas), los cuales, aun cuando están ya garantizados por otros derechos fundamentales, reciben una protección cualificada, al establecer la prohibición de su tratamiento, que solo puede ser levantada en supuestos excepcionales variables en función de la naturaleza jurídica de la información en cuestión.

Dentro de este catálogo de datos «privilegiados» en cuanto a sus limitaciones de recopilación y tratamiento se encuentran los datos biométricos, que serán objeto de atención en las páginas siguientes. La identidad biológica es propia de cada sujeto y, por tanto, cualquier instrumento que la utilice permitirá, a quien de él se sirva, adentrarse en el terreno más recóndito que cada ser humano tiene hasta el punto de poder afirmar que, a su través, se puede entrar en la intimidad de la intimidad.

Precisamente, la métrica de las personas, la biometría, es uno de los terrenos en los que de forma más evidente se puede apreciar el desarrollo presente y futuro de los sistemas algorítmicos como instrumentos de control laboral con manifestaciones particularmente interesantes en el reclutamiento de personal, en el acceso a las distintas dependencias empresariales, en la valoración del rendimiento y en los apuntes de la jornada laboral (inicio, terminación e interrupciones, esto es, tiempo improductivo e improductivo), máxime cuando los datos biométricos presentan unas características comunes, a saber: son útiles a efectos de autenticación o identificación, son universales (todas las personas los poseen), son únicos (deben ser capaces de discernir a una persona de otra) y son permanentes (tienen una presencia continua en el tiempo).

Constituyen, asimismo, una solución idónea para garantizar la entrada de persona autorizada a los equipos técnicos y máquinas, a través de lectores o detectores como alternativa más segura que las claves personales, pues anillos, pulseras, gafas, cascos o tarjetas identificativas que incorporan huellas u otros hallazgos permiten a la persona empleada, tras conectarlas o acercarlas a un lector, acceder a ciertas salas, operar con el ordenador, poner en marcha utensilios de trabajo..., volcando con detalle el trazo de los movimientos realizados y su emplazamiento concreto en cada momento. Sin descartar tampoco su ayuda a la hora de prevenir riesgos laborales, permitiendo una adecuada planificación de la actividad preventiva a través de variados sistemas *wereables* que aportan información sobre las constantes vitales de una persona, cansancio, sueño y fatiga.

Como es fácil adivinar, la principal ventaja del tratamiento de datos biométricos radica en que no permiten la suplantación del sujeto sometido a seguimiento o vigilancia, a diferencia de los soportes de identificación tradicionales, que admitían la transferibilidad.

3. En un afán de simplificación, tales controles pueden ser de tres tipos:

- a) Los que permiten, con muy pocos márgenes de error, el análisis de aspectos físicos, fisiológicos y morfológicos de la persona (biometría estática), a través de la verificación de las huellas dactilares, los patrones de la mano, el reconocimiento facial, las características de la retina, la geometría del iris, el olor corporal, los rasgos de la voz, las estructuras venosas, las pulsaciones, las ondas cerebrales, el ritmo cardiaco, la frecuencia respiratoria, el sudor o el ADN.
- b) Los que facilitan la valoración de los comportamientos, actuaciones o forma de realizar ciertas conductas (biometría dinámica), mediante la comprobación de su escritura, su firma, la fuerza en la presión de las teclas del ordenador, las mediciones de respuesta a situaciones concretas, las destrezas al conducir, la manera de andar o de moverse y la rapidez de la marcha.
- c) Los que posibilitan conocer los rasgos psicológicos (biometría psíquica), esto es, la manera de reaccionar frente a ciertas situaciones o pruebas, que pueden dar información sobre el estado de ánimo (seguro, deprimido, ansioso, conten-

to, aburrido, tímido, extravertido...), así como sobre el funcionamiento del cerebro distinguiendo por partes (creativo, atento...) o sobre los niveles de felicidad o tristeza, sin olvidar aquellos que habilitan para llevar a cabo predicciones sobre la personalidad futura e influencia interpersonal.

Además, los principales componentes del sistema biométrico son los tres siguientes: 1) el sensor, que captura los rasgos o características concretas; 2) el repositorio, que es la base de datos donde se almacenan las plantillas biométricas inscritas para su comparación; y 3) los algoritmos, utilizados para la extracción de características (procesamiento) y comparación.

4. Tales tipologías y entramados no dejan de presentar un carácter invasivo, pues habilitan para descubrir estados de ánimo, niveles de energía, rasgos de la personalidad, trastornos psicóticos, influencia interpersonal en el trabajo en equipo (liderazgo, sumisión...) o propensión a padecer enfermedades degenerativas o crónicas. Los *softwares* de evaluación de personas realizan test de personalidad, inteligencia o salud mental mediante el reconocimiento facial, pueden perjudicar a personas transgénero, a quienes están pasando por un momento personal adverso (fallecimiento de un familiar, divorcio...) o a determinadas culturas, pues los movimientos faciales generalmente asociados a las principales emociones (enfado, asco, miedo, felicidad, tristeza o sorpresa) varían en función de la personalidad individual, situaciones o convicciones.

Una muestra de tales peligros aplicada al marco de la seguridad fronteriza puede encontrarse en la [Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 7 de septiembre de 2023 \(ECLI:EU:C:2023:640\)](#), referida a una petición de transparencia formulada por un representante político en relación con la tecnología de reconocimiento de emociones ensayada en el proyecto *iBorderCtrl*, financiado por la Unión Europea. En su desarrollo se pone en práctica tecnología de reconocimiento de emociones que utiliza IA para detectar mentiras en los controles fronterizos a través del reconocimiento facial (datos biométricos) con el propósito de agilizar la seguridad en las fronteras y el control de pasaportes. Para ello, el *software* es capaz de detectar numerosas microexpresiones (hasta 38) en el rostro en función de cada respuesta. Las personas que viajan, cuando superen el test, reciben un código QR que les permite pasar la frontera. En caso contrario aparecerá un agente físico de seguridad para realizar un control adicional. El tribunal distingue entre los documentos que contienen información relativa a las herramientas y tecnologías desarrolladas y a la evaluación ética y jurídica de los sistemas, llegando a la conclusión de que el deber de transparencia de las instituciones comunitarias se aplica solo sobre el segundo grupo de documentos, pero no respecto del primero.

Igualmente ilustrativa es la resolución de la Agencia de Protección de Datos húngara en la que se revisaba la práctica llevada a cabo por un banco durante 45 días consistente en utilizar un *software* de procesamiento de señales de voz basado en IA. El mencionado *soft-*

ware analizaba y evaluaba los estados emocionales de la clientela y las palabras clave utilizadas en las llamadas. La finalidad de esta tecnología era gestionar las quejas, controlar la calidad de las conexiones y del trabajo y, además, aumentar la eficiencia de las personas empleadas. A continuación, los resultados de este análisis se almacenaban junto con las grabaciones de las llamadas y estos datos se usaban para clasificar las conversaciones en orden de prioridad. La justificación del banco para el procesamiento de datos se basó en su interés legítimo de garantizar buenos niveles de retención de la clientela y eficiencia, pero la agencia concluyó que el banco no había considerado adecuadamente los intereses en juego, mereciendo la imposición de una cuantiosa multa y quedando obligado a suspender el uso del sistema de análisis de emociones descrito.

Recientemente, la Agencia de Protección de Datos Española (AEPD) ha bloqueado (y la Audiencia Nacional lo ha ratificado) el tratamiento de datos biométricos (iris) realizado por una empresa (Worldcoin) con afectación a numerosas personas, incluidas personas menores, sin constar acreditados ni el consentimiento ni la información pertinente de dicho tratamiento.

5. La regla general, a la luz del artículo 9 del RPD de aplicación directa en el sistema español, es la prohibición del tratamiento de datos biométricos, que solo puede enervarse por algunos motivos, como puede ser cuando sea

[...] necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del Derecho Laboral y de la seguridad y protección social, en la medida en que así lo autorice el Derecho de la Unión, el de los Estados miembros o un convenio colectivo con arreglo al Derecho de los Estados miembros que establezca garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales y de los intereses del interesado [art. 9.2.b) RPD].

La doctrina judicial y la AEPD venían entendiendo que el segundo condicionante (autorización por norma legal) quedaba amparado por los artículos [34.9](#) (registro horario), [20.3](#) y [20 bis](#) del Estatuto de los Trabajadores (ET) (ejercicio del poder de control empresarial) o por la [Ley 31/1995, de 8 de noviembre](#), de prevención de riesgos laborales, sin necesidad de consentimiento de la persona trabajadora, siempre y cuando estuviera debidamente informada y no hubiera otra alternativa menos lesiva de la intimidad para los mismos fines de control, esto es, se tratase de un cauce imprescindible. En el mismo sentido se había manifestado el principio 18 de la [Recomendación CM/ Rec. \(2015\) del Comité de Ministros del Consejo de Europa](#) sobre el tratamiento de datos personales en el contexto laboral.

Entre los pronunciamientos judiciales españoles más llamativos de esta etapa se encuentran los referidos al citado control biométrico de la mano que permite identificar a la persona trabajadora mediante un reconocimiento tridimensional: largo, ancho y espesor. Cuestionada la licitud de semejante método utilizado en una Administración regional como

fichaje del horario del personal, el Tribunal Supremo consideró que resulta idóneo para conseguir el objetivo propuesto, cual es «lograr un mayor nivel de eficacia en la Administración pública (empleador, *in casu*) controlando el efectivo cumplimiento de sus obligaciones por parte de los empleados públicos». Reconoció el órgano judicial que la medida se entiende necesaria debido al «notorio carácter imperfecto de los sistemas de control más comúnmente usados», que no impiden «la sustituibilidad en su cumplimiento».

6. Ahora bien, recientemente, en noviembre de 2023, la AEPD, en línea con el criterio renovado del Comité Europeo de Protección de Datos Personales, ha publicado una [Guía sobre tratamientos de control de presencia mediante sistemas biométricos](#), en la que termina por declarar que tales sistemas (incluida la huella dactilar o el reconocimiento facial, del iris, de la voz...) vulneran, en el actual marco normativo, la protección de datos personales de la persona trabajadora, pues suponen un tratamiento de alto riesgo, tanto si se utilizan para la identificación como para la autenticación, partiendo de la base de categoría especial de estos datos. Entiende la AEPD que tales mecanismos no se pueden admitir con carácter general, indiscriminado o masivo, para llevar a cabo un control horario o de presencia, atendiendo a las tres circunstancias siguientes:

- 1) La normativa española vigente no contiene autorización legal expresa para utilizar datos biométricos con la finalidad de controlar la presencia o la dedicación horaria. Los antes expuestos artículos [34.9](#) y [20.3](#) del ET no dan cobertura legal expresa a estas herramientas, como tampoco lo hace la [LOPDyGDD](#).
- 2) El consentimiento de la persona trabajadora no puede levantar la prohibición de tratamiento de una categoría especial de datos personales, al haber un desequilibrio entre las partes del contrato de trabajo y no existir cobertura legal de uso de esta herramienta.
- 3) En el hipotético supuesto de existir cobertura legal de uso, el respeto al principio de minimización de las categorías especiales de datos, como los biométricos, hace muy difícil su aceptación, exigiendo un pertinente análisis de impacto, previamente al inicio del tratamiento, donde se valorará la idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Asimismo, ha de cumplir determinadas garantías y obligaciones de transparencia y seguridad, ya que dependiendo de los datos recogidos se pueden derivar informaciones «sobre enfermedades, taras, características genéticas, consumos de sustancias...».

En suma, teniendo en cuenta el carácter intrusivo de los mecanismos utilizados y la naturaleza de los datos obtenidos, parece claro que el recurso a esta tecnología biométrica, cuando hipotéticamente estuviera habilitada por una disposición legal, debe ir acompañado no solo de la obligación de informar a las personas trabajadoras afectadas, de la conse-

cución de una finalidad legítima y del cumplimiento de los principios de proporcionalidad e intervención mínima, sino también de la realización de una evaluación de impacto por parte de quien sea responsable del tratamiento.

Como último hito en este excursio, cabe señalar que el [Reglamento \(UE\) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024](#), por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (REIA), define los datos biométricos como «los datos personales obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona física, como imágenes faciales o datos dactiloscópicos» (art. 3.34) y la «verificación biométrica» como «la verificación automatizada y uno-a-uno, incluida la autenticación, de la identidad de las personas físicas mediante la comparación de sus datos biométricos con los datos biométricos facilitados previamente» (art. 3.36).

En la medida en que «los datos biométricos pueden permitir la autenticación, la identificación o la categorización de las personas físicas y el reconocimiento de las emociones de las personas físicas» (Considerando 14), esta norma europea veta ambas modalidades: la utilización de los sistemas de «categorización biométrica» o de «reconocimiento de emociones» (art. 5). Con mayor detalle, indica el Considerando (30) que:

Deben prohibirse los sistemas de categorización biométrica basados en datos biométricos de las personas físicas, como la cara o las impresiones dactilares de una persona física, para deducir o inferir las opiniones políticas, la afiliación sindical, las convicciones religiosas o filosóficas, la raza, la vida sexual o la orientación sexual de una persona física.

Por su parte, el Considerando (18) entiende prohibidos los sistemas que permiten inferir «emociones o intenciones como la felicidad, la tristeza, la indignación, la sorpresa, el asco, el apuro, el entusiasmo, la vergüenza, el desprecio, la satisfacción y la diversión».

Se entienden prohibidos, por tanto, aquellos artilugios que permiten a la empresa realizar perfilados sobre la biometría de las personas trabajadoras capaces de provocar limitaciones, segregaciones o exclusiones atendiendo al índice cuantitativo de la productividad de la persona trabajadora o aquellos algoritmos psicogénicos que facilitan interpretar emociones (psicogenia), permitiendo anticipar conductas, predecir el estado anímico y emocional, detectar rasgos psicológicos o enfermedades o manipular la capacidad cerebral para conformar opiniones, convicciones o pensamientos.

Otra cosa sucede con la posible utilización de datos biométricos a los efectos de prevenir accidentes o enfermedades profesionales, pues el Considerando (18) del REIA considera excluidos de la prohibición de tratamiento «los estados físicos, como el dolor o el cansancio, como, por ejemplo, los sistemas utilizados para detectar el cansancio de los pilotos o

conductores profesionales». Estos usos permitidos, no obstante, deben ir acompañados de la observancia de todos los principios recogidos en el [RPD](#) (transparencia e información –individual y colectiva–, minimización, finalidad y evaluación de impacto), así como de todas las garantías que establece el [REIA](#) a observar por los fabricantes, proveedores o comercializadores (art. 16) y, por lo que aquí interesa, por el empresario usuario: 1) arbitrar medidas de vigilancia humana durante su tiempo de funcionamiento de acuerdo con la información que le haya facilitado el proveedor; 2) vigilar el funcionamiento del sistema e informar de posibles incidentes; 3) interrumpir si fuera necesario su funcionamiento e informar a las autoridades; 4) conservar los archivos de registro que se generan automáticamente y utilizar la información facilitada para cumplir la obligación de evaluación de impacto relativa a la protección de datos (art. 27).

Más discutible es la exclusión de la prohibición de aquellos sistemas destinados a

la mera detección de expresiones, gestos o movimientos que resulten obvios... esas expresiones pueden ser expresiones faciales básicas, como un ceño fruncido o una sonrisa; gestos como el movimiento de las manos, los brazos o la cabeza, o características de la voz de una persona, como una voz alzada o un susurro (Considerando 18 [REIA](#) *in fine*),

pues abre la puerta a zonas de penumbra entre la licitud y el veto.

Sirvan estas líneas como pórtico de este nuevo número de la *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, donde autorizadas voces disertan, en la sección de estudios, sobre temas de máxima actualidad e interés, como «La extinción del contrato por falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario tras la aprobación de la Ley orgánica 1/2025, de 2 de enero», del Dr. Eduardo Enrique Taléns Visconti; «"Garantías multinivel" y "perspectiva de diversidad (género, discapacidad, infancia)" en el enjuiciamiento de los asuntos sociolaborales: avances y resistencias... y algún exceso», a cargo del Dr. Cristóbal Molina Navarrete; «Cobertura de déficits preventivos a través de la negociación colectiva: organización preventiva y representación especializada», cuya autora es la Dra. Josefa Romeral Hernández; «Las enfermedades profesionales en sectores feminizados: un sistema pendiente de reforma con perspectiva de género», del Dr. Matthieu Chabannes; y «La toxicidad de los nanomateriales en el contexto laboral: principio de precaución y control de exposición», de D.^a Rosa María Rodríguez Casáis.

De gran enjundia son, igualmente, los diálogos con la jurisprudencia, centrados en pronunciamientos de tanta trascendencia como los siguientes: «Absentismo y remuneración: los incentivos antiabsentismo en el punto de mira. Comentario a la Sentencia del Tribunal

Supremo 40/2025, de 20 de enero», a cargo de D.^a Ana Matorras Díaz-Caneja; «Trabajo a distancia: ¿ha cambiado algo después de la Ley 10/2021 para algunas empresas? Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional 62/2024, de 3 de junio», de D. Francisco Trillo Párraga; «Irrelevancia del origen de la pensión de incapacidad permanente –enfermedad común o accidente no laboral– en el acceso al derecho del complemento por mínimos. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 1007/2024, de 10 julio», de D. Francisco Javier Fernández Orrico, y «Cosas de casa que (algunos) "hombres-jueces" se empeñan en enseñar a las mujeres: ¿*mansplaining* para conciliar corresponsablemente? A propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias/Las Palmas 359/2025, de 27 de febrero», a cargo de D. Cristóbal Molina Navarrete.

Para concluir, no menos sugerente es el Foro de debate, que incluye la reflexión «De la escuela al foro: ¿sigue vivo el legado del graduado social? La visión anticipada del derecho del trabajo de José Gascón y Marín», de D. José Blas Fernández Sánchez.

Cómo citar: Rodríguez Escanciano, S. (2025). Tratamiento y control de datos biométricos de las personas trabajadoras: posibilidades y límites. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 486, 7-16. <https://doi.org/10.51302/rts.2025.24487>

La extinción del contrato por falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario tras la aprobación de la Ley orgánica 1/2025, de 2 de enero¹

Eduardo Enrique Taléns Visconti

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

Universidad de Valencia (España)

eduardo.talens@uv.es | <https://orcid.org/0000-0002-0515-731X>

Extracto

El salario es un elemento consustancial a la propia existencia de la relación laboral, constituyendo uno de los derechos básicos de las personas trabajadoras. Su abono puntual es una obligación empresarial ineludible, de tal suerte que su incumplimiento puede dar lugar a que la persona trabajadora decida solicitar la extinción indemnizada de su contrato. La Ley orgánica 1/2025, de 2 de enero, ha modificado el artículo 50.1 b) del Estatuto de los Trabajadores buscando cierta seguridad jurídica al tratar de perfilar la gravedad de los impagos y retrasos en el abono de salario. La reforma de la causa también ha podido influir en algunos aspectos procedimentales de interés. A lo largo del presente estudio me centro en el análisis causal y procesal de esta modalidad extintiva del contrato de trabajo después de la aprobación de la Ley orgánica 1/2025.

Palabras clave: salario; impago; retraso; extinción del contrato de trabajo; indemnización; proceso judicial; incumplimiento contractual.

Recibido: 31-03-2025 / Aceptado: 11-04-2025 / Publicado: 07-05-2025

Cómo citar: Taléns Visconti, E. E. (2025). La extinción del contrato por falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario tras la aprobación de la Ley orgánica 1/2025, de 2 de enero. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 486, 17-48. <https://doi.org/10.51302/rtss.2025.24423>

¹ Ley orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia (BOE de 3 de enero de 2025). La disposición final vigesimosexta modificó el tenor del artículo 50.1 b) del Estatuto de los Trabajadores (ET). Su entrada en vigor tuvo lugar a los 3 meses de su publicación en el BOE, es decir, el 3 de abril de 2025.



The termination of the contract due to defaults or continued delays in the payment of the salary after the approval of Organic Law 1/2025, of 2 January

Eduardo Enrique Taléns Visconti

Lecturer in Labour and Social Security Law.

University of Valencia (Spain)

eduardo.talens@uv.es | <https://orcid.org/0000-0002-0515-731X>

Abstract

Wages are an intrinsic element of the very existence of the employment relationship, constituting one of the basic rights of workers. Its punctual payment is an unavoidable business obligation, so that failure to comply with it may lead the worker to decide to request the termination of their contract with compensation. The Organic Law 1/2025, of 2 January, has amended article 50.1 b) of Workers' Statute to provide some legal certainty in an attempt to outline the seriousness of non-payments and delays in the payment of salary. The reform of the cause has also been able to influence some procedural aspects of interest. Throughout this study, I focus on the causal and procedural analysis of this form of termination of the employment contract after the approval of Organic Law 1/2025.

Keywords: salary; default; delay; termination of the employment contract; compensation; judicial process; contractual default.

Received: 31-03-2025 / Accepted: 11-04-2025 / Published: 07-05-2025

Citation: Taléns Visconti, E. E. (2025). The termination of the contract due to defaults or continued delays in the payment of the salary after the approval of Organic Law 1/2025, of 2 January. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 486, 17-48. <https://doi.org/10.51302/rtss.2025.24423>

Sumario

1. Introducción: una extinción causal y rogada
2. La falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado como causa para solicitar la resolución del contrato
 - 2.1. Elementos comunes con anterioridad a la Ley orgánica (LO) 1/2025, de 2 de enero
 - 2.2. El impago del salario tras la LO 1/2025, de 2 de enero
 - 2.3. Los retrasos continuados en el pago del salario tras la LO 1/2025, de 2 de enero
 - 2.4. Los pactos de aplazamiento del salario
3. El plazo para interponer la demanda
4. La acumulación de las acciones de extinción y de reclamación de salarios adeudados
5. La puesta al día de los salarios pendientes de pago durante la tramitación judicial
6. Las opciones que tiene la persona trabajadora tras la interposición de la demanda
7. La reparación del incumplimiento
8. La dinámica de la extinción indemnizada en un escenario de insolvencia generalizada

Referencias bibliográficas

1. Introducción: una extinción causal y rogada

El artículo 50 del ET faculta a la persona trabajadora para solicitar la resolución del contrato de trabajo cuando la parte empleadora incurra en un incumplimiento grave de sus obligaciones. Como cualquier pacto de naturaleza contractual, la celebración del contrato de trabajo conlleva derechos y obligaciones para ambas partes contratantes. En este sentido, el incumplimiento empresarial puede justificar, en determinados casos, que la persona trabajadora deje de prestar servicios obteniendo a su favor una indemnización que compense la pérdida del empleo provocado por el mencionado quebrantamiento de las obligaciones asumidas. Se trata, en suma, de una extinción contractual que está fundada en una causa concreta, por lo que no estamos ante una mera dimisión por parte de la persona trabajadora (Sierra Herrero, 2007), decisión, esta última, que puede obedecer a distintos motivos y que se ejercita a través de otro cauce procedimental que produce, a su vez, otra serie de consecuencias (tanto desde el punto de vista del resarcimiento como del acceso a la prestación por desempleo).

Siguiendo con esta última idea, cabe señalar que la resolución del contrato por la vía del artículo 50 del ET supone para la persona que la ejercita una pérdida de empleo de carácter involuntario, razón por la cual se incardina en el artículo 267 de la Ley general de la Seguridad Social formando parte del elenco de situaciones legales que pueden dar lugar a una prestación por desempleo.

La concurrencia de una causa legal, además de provocar la extinción del contrato, permite que la parte damnificada, en nuestro caso la persona trabajadora, pueda acceder a una indemnización que trata de reparar el daño sufrido. Si observamos la extinción causal del contrato de trabajo desde este prisma, podemos apreciar una cierta conexión con los postulados del artículo 1124 del Código Civil (CC), que prevé la resolución del contrato sinalagmático en los casos de producirse un incumplimiento de las obligaciones inherentes al mismo. De este modo, el señalado precepto faculta a una de las partes para resolver el acuerdo contractual cuando la otra parte lo incumpla, abriéndose la opción para que la primera pueda solicitar por la vía judicial el resarcimiento de los eventuales daños y perjuicios padecidos. En el ámbito laboral, si el órgano judicial accede a la petición resolutoria planteada por la persona trabajadora, la fórmula para reparar el daño causado siempre va a consistir en la condena al pago de una indemnización tasada de forma específica por parte del ET (Ríos Salmerón, 2007). Por este motivo, pese a que ambas figuras jurídicas compartan algunas similitudes, hay que poner de relieve que sus diferencias son también notorias, dado que en la esfera de lo social la persona trabajadora verá resarcida la extinción de su contrato con una indemnización tasada (salvo en los casos en los que desde la empresa

se haya vulnerado algún derecho fundamental, en cuyo caso el órgano judicial deberá pronunciarse acerca de una indemnización adicional). Con todo, este resarcimiento «estandarizado» no es el único punto de desencuentro con el «derecho común», puesto que en la legislación laboral la persona trabajadora está obligada a interponer una demanda para poder reclamar los efectos propios del incumplimiento (Sentencia del Tribunal Supremo –STS– de 11 de marzo de 2004, rec. 3994/2002)².

Efectivamente, no cabe ninguna duda de que, para lograr la extinción del contrato de trabajo por causas imputables a la parte empleadora con el consiguiente emolumento indemnizatorio, la persona trabajadora tiene que acudir a la vía judicial. Todo ello sin perjuicio de que, tal y como analizaré más adelante, la persona demandante pueda dejar de prestar servicios y marcharse de la empresa con anterioridad a la fecha en la que se dicte la sentencia que resuelva el pleito. Ahora bien, lo anterior no quiebra la necesidad de interponer una demanda judicial (y la correspondiente papeleta ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación –SMAC– con carácter previo a la misma). Por esta razón, el título de este epígrafe introductorio lo he denominado con la locución «una extinción causal y rogada», puesto que primero ha de existir una causa, es decir, un incumplimiento empresarial que la persona trabajadora no esté obligada a soportar, pero esta vicisitud tiene que ser confirmada por parte de un órgano judicial, de tal suerte que la sentencia adquiere en este terreno una naturaleza «constitutiva», cuyos efectos *ex nunc* se proyectan a partir del momento en el que ha sido dictada.

En definitiva, para dar por terminada la relación laboral por causas imputables a la empresa no basta con la mera decisión adoptada por parte de la persona trabajadora encaminada a dejar de prestar servicios, pues esta opción siempre está disponible a través de la dimisión. Si lo que se pretende es recibir una cuantía económica que repare el daño causado, la única salida posible pasa por tratar de convencer a un órgano judicial de la concurrencia de un incumplimiento empresarial (o, por lo menos, de interponer una demanda para que se llegue a un acuerdo con anterioridad a la celebración de la vista oral). Este sistema difiere de lo que sucede con el despido, donde la relación contractual termina en el mismo momento en el que la empresa comunica la carta de despido (o en fecha distinta dispuesta expresamente en dicha notificación). En el despido, el contrato se extingue cuando lo decide la parte empleadora y el órgano judicial se limita a convalidar la decisión empresarial o, en caso contrario, a declarar su improcedencia o nulidad³.

² En ella puede leerse que la dinámica del artículo 50 del ET exige en todo caso «acudir a la vía judicial para obtener el trabajador la resolución contractual con base al incumplimiento del empleador».

³ Doctrinalmente se ha llegado a plantear si esta diferencia de trato entre el despido y la extinción del artículo 50 del ET supone algún tipo de discriminación. Algún autor ha salvado esta cuestión argumentando que el despido puede ser revisable en vía jurisdiccional y, muy especialmente, porque la persona trabajadora tiene reconocidos derechos que no posee la empresa, en concreto, la facultad de poder resolver el contrato sin alegar causa a través de su dimisión (en este sentido, Sampedro Corral, 1995, p. 38).

2. La falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado como causa para solicitar la resolución del contrato

2.1. Elementos comunes con anterioridad a la Ley orgánica (LO) 1/2025, de 2 de enero

Como he anticipado en el anterior epígrafe, la persona trabajadora debe instar la resolución indemnizada de su contrato invocando alguna de las causas contempladas en el propio artículo 50 del ET. Este precepto reconoce en su apartado b) la posibilidad de solicitar la extinción del contrato cuando se produce un incumplimiento empresarial alusivo a la obligación de abonar puntualmente el salario pactado. El objetivo de dicha previsión normativa consiste en subsanar la situación insostenible que supone el grave perjuicio de no percibir aquello que se ha generado y que se había pactado previamente. Quizás la finalización del contrato puede que no resuelva la situación de impagos, pero sí que habilitará a la persona trabajadora para encontrar una salida de la empresa (López Jiménez, 2015, p. 413).

Como es sabido, el salario constituye una de las obligaciones principales inherentes al contrato de trabajo, siendo la empresa la que debe abonar una cuantía económica mensual por los servicios laborales que recibe. El percibo del salario es un derecho de la persona trabajadora que aparece expresamente reflejado en el artículo 4.2 f) del ET («a la percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida»). Su importancia es de tal magnitud que el incumplimiento grave de dicha obligación faculta a la persona trabajadora para instar el oportuno proceso judicial en busca de la extinción indemnizada de su contrato.

A diferencia de lo que ocurre con el despido disciplinario, en la dinámica del artículo 50 del ET no se exige la culpabilidad de la parte empresarial, pues se trata de un incumplimiento de naturaleza objetiva. Por consiguiente, resulta indiferente que esta vicisitud venga determinada por la mala situación económica de la empresa⁴, o bien que pueda existir algún motivo más o menos razonable que pueda llegar justificar la falta de pago puntual del salario. En este sentido, los tribunales no van a valorar si la empresa deja de pagar el salario de forma voluntaria o si lo hace con el propósito de causar un daño, pues basta con que objetivamente se produzca el hecho causante para que el órgano judicial acepte la extinción del contrato. Una eventual declaración de concurso tampoco consigue atemperar el requisito de la gravedad, ni tampoco sirve como excusa para tratar de justificar la deuda salarial existente⁵.

⁴ SSTs de 28 de septiembre de 1998 (rec. 930/1998); de 3 diciembre de 2012 (rec. 612/2012); de 20 mayo de 2013 (rec. 1037/2012); o de 3 de diciembre de 2013 (rec. 141/2013), entre otras.

⁵ Vid. STS de 10 de septiembre de 2020 (rec. 105/2018). En este concreto supuesto, la empresa estaba en concurso desde el año 2009 y se alcanzó un convenio en 2012. Desde el año 2013 se acreditan demoras en el pago de salarios (que se prolongan durante 3 años). Primero demoras de 1 mes y a partir de 2014

También resulta irrelevante que el salario adeudado sea el correspondiente con el mínimo legal (salario mínimo interprofesional), el previsto en el convenio colectivo de aplicación o bien el establecido en el contrato (siempre que este sea superior a los anteriores). Así, en este terreno cabe adoptar una posición «finalista», que significa que la persona trabajadora es acreedora de la deuda salarial con independencia de que su naturaleza venga dada por una u otra fuente reguladora (Sempere Navarro y San Martín Mazzucconi, 2001, p. 77). En este sentido, la obligación salarial es la pactada para cada caso concreto, siendo su falta de pago o retraso reiterado lo que justifica la resolución contractual con independencia de que la cuantía establecida sea superior a la mínima legal o convencional.

Lo que sí que se exige por la normativa estatutaria es que la falta de pago o retraso continuado en el abono del salario sea «grave», en el sentido que ponga a la persona trabajadora ante una situación que no esté obligada a soportar. Tradicionalmente, el concepto de gravedad venía siendo depurado por parte de los distintos órganos judiciales, con algunas reglas abstractas que venía estableciendo el Tribunal Supremo –TS– (Ríos Salmerón, 2007). Esto provocaba un escenario muy casuístico que, en última instancia, dificultaba las posibilidades de acceso a la casación unificadora. Así lo vino reconociendo desde sus primeros pronunciamientos el TS, por ejemplo, en su Sentencia de 25 de septiembre de 1995 (rec. 756/1995), que lo expresó en los siguientes términos: «la Sala no suele admitir a trámite este tipo de asuntos porque entiende que su carácter eminentemente casuístico hace muy difícil la existencia de la necesaria contradicción». No obstante, pese a estas dificultades, el TS trató de objetivar el concepto de «falta de pago» circunscribiendo la gravedad del incumplimiento en la órbita de los 3 meses de impago (STS de 3 de diciembre de 2012, rec. 612/2012). Aunque también se venía aceptando como causa de resolución del contrato el incumplimiento parcial de la nómina, es decir, que la falta de pago sea de una parte del salario, siempre que se supere el necesario canon de la gravedad (Todolí Signes, 2017, p. 77). Bastante más complicado, por su mayor casuística, era el tratamiento de la gravedad en los retrasos continuados del abono puntual del salario, en los que normalmente el TS argumentó que cabía ponderar el alcance del incumplimiento de acuerdo con criterios temporales (persistencia en el tiempo de la conducta) y cuantitativos (montante de lo adeudado de manera sistemática)⁶. En este sentido, se sostenía que el artículo 50.1 b) del ET se

los salarios se abonan de forma fraccionada dentro del mes siguiente. En 2017 se llega a un acuerdo entre la empresa y la representación legal de las personas trabajadoras. Pero, antes de esa fecha, «la actitud de la empresa ha estado huérfana de todo viso de bilateralidad y confirma, lisa y llanamente, el incumplimiento grave señalado».

⁶ Entre otras muchas sentencias, el TS consideró que justificaba la extinción del contrato por la vía del artículo 50 del ET: las dilaciones de entre 10 y 15 días durante el periodo de febrero 2003 a diciembre 2007 (STS de 10 de junio de 2009, rec. 2461/2008); el abono en el mes de febrero de 2008 de parte de las nóminas correspondientes a los 3 últimos meses de 2007 (STS de 9 de diciembre de 2010, rec. 3762/2009); la demora entre 18 y 26 días en 5 mensualidades (STS de 20 de mayo de 2013, rec. 1037/2012); los retrasos continuados de entre 1 y 2 meses durante un periodo superior al año (STS de 19 de noviembre de 2013, rec. 2800/2012); el retraso que afecta a 5 mensualidades abonadas con demoras de entre 15 días y 3 meses (STS de 19 de diciembre de 2019, rec. 2915/2017).

refería a la duración de ese comportamiento moroso, por lo que era grave cuando «no sea un retraso esporádico sino un comportamiento continuado y persistente» (STS de 27 de enero de 2015, rec. 257/2014, que resolvió un supuesto en el que la empresa no abonaba los salarios a su debido tiempo durante más de 1 año).

Otro elemento común que cabe aclarar en este momento es que el impago o retraso debe afectar al salario *stricto sensu*. Por lo tanto, la falta de pago de las percepciones extrasalariales, por sí mismas, no es causa suficiente para aceptar la resolución del contrato de trabajo por la letra b) del artículo 50 del ET⁷. De acuerdo con lo previsto por el artículo 26.1 del ET:

Se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los periodos de descanso computables como de trabajo.

Dentro de este concepto debemos incluir, naturalmente, la retribución salarial que corresponda a la persona trabajadora en periodos de vacaciones, descansos o permisos retribuidos (Todolí Signes, 2017, p. 87). Entran también los impagos o retrasos de pagas extraordinarias o de otra serie de complementos, ya sean personales, de puesto o de rendimiento. Además, el TS ha admitido que puede justificar la extinción indemnizada del contrato el comportamiento de la empresa que consista en la demora del pago delegado de la prestación de incapacidad temporal. Por lo tanto, si se produce un retraso persistente y reiterado en el tiempo del pago delegado, se podrá solicitar la extinción del contrato (por ejemplo, STS de 6 de noviembre de 2017, rec. 683/2016: en el caso concreto, la deuda se extendió a lo largo de un periodo ininterrumpido de 13 meses, con un tiempo de duración media de 13,6 días). En definitiva, la deuda extrasalarial no entra en la dinámica del artículo 50.1 b) del ET, si bien podría reivindicarse por el apartado c), que se refiere a cualquier otro incumplimiento empresarial, siempre que se considere que este reviste de la necesaria gravedad.

Por su parte, judicialmente se ha admitido la extinción del contrato cuando a la persona trabajadora se le abonan cantidades fuera de nómina. El argumento manejado por el TS para admitir esta causa se basa en la ilegalidad de esta práctica y la negativa incidencia que la misma provoca sobre la protección social de la persona trabajadora (STS de 16 de junio de 2020, rec. 893/2018)⁸. No obstante, el anterior razonamiento no se enmarca en

⁷ Así lo viene considerando desde hace tiempo el TS (STS de 2 de noviembre de 1996, rec. 1176/1996). Puede verse un ejemplo más reciente sobre esta cuestión en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Madrid de 18 de noviembre de 2021 (rec. 418/2021).

⁸ En Preciado Domènech (2020), el magistrado Carlos H. Preciado ha afirmado con rotundidad que en un Estado social, en que la Seguridad Social es un principio rector (art. 41 CE), que reclama prestaciones sociales suficientes en casos de necesidad, la elusión de las obligaciones de cotizar la totalidad o parte del salario trasciende de la relación de seguridad social y se introduce en la misma médula del contrato, considerándose, como es lógico, un incumplimiento grave.

la concurrencia de una deuda salarial, por lo que el incumplimiento es otro distinto al contemplado en apartado b) de artículo 50 del ET, pero sí que puede reconducirse por la vía de su apartado c).

2.2. El impago del salario tras la LO 1/2025, de 2 de enero

Admitiendo como válidos el resto de los elementos comunes, en este epígrafe me centraré en la distinta definición de la gravedad del incumplimiento por falta de pago y por retrasos continuados tras la aprobación de la LO 1/2025, de 2 de enero. En este terreno, la disposición final vigesimosexta de la LO 1/2025, de 2 de enero, ha introducido unos criterios algo más concretos en relación con la mencionada gravedad, puesto que ahora el artículo 50.1 b) del ET establece expresamente que concurre causa extintiva cuando se adeuden a la persona trabajadora 3 mensualidades completas de salario en el periodo de referencia de 1 año (aunque no sean consecutivas).

De este modo, en lo referido a la deuda salarial, la reforma de 2025 coincide en sus términos absolutos con la jurisprudencia previa del TS, dado que ha consolidado como causa que justifica la extinción indemnizada el impago de 3 mensualidades salariales. Sin embargo, la reciente reforma añade un elemento adicional, dado que incorpora un periodo de referencia en el que tienen que producirse los referidos impagos. En este sentido, la deuda debe producirse dentro de un arco temporal concreto, que tras la reforma viene representado por una anualidad. Cabe plantear acto seguido si este lapso de 1 año tiene que coincidir con el año natural o bien con el ejercicio económico de la empresa. Desde mi punto de vista, entiendo que la reforma no se está refiriendo al año natural, dado que no lo ha dispuesto así expresamente. De este modo, el periodo de referencia a escoger será el de 1 año tomando como parámetro un mes concreto respecto del mismo mes del año anterior. De tal manera que, si dentro de este periodo se adeudan 3 mensualidades, concurrirá la causa legal que permite extinguir de forma indemnizada el contrato de trabajo; deuda que puede darse en 3 mensualidades consecutivas o no consecutivas dentro del indicado arco temporal. Pero, lógicamente, no hace falta esperar a que pase 1 año para poder solicitar la extinción indemnizada, puesto que la falta de abono del salario que origina la gravedad contemplada *ex lege* puede darse perfectamente con anterioridad (así, por ejemplo, si el impago es continuado, el incumplimiento se producirá a partir del tercer mes). No obstante, como he anticipado, la ley también admite como causa extintiva el impago de 3 salarios acaecido en meses que no sean consecutivos, siempre y cuando estos se encuentren dentro de una anualidad.

Cabe apuntar, asimismo, que la norma se refiere en todo momento al término «salario», que ahora se refuerza al reiterarlo en más ocasiones, y no abre la causa extintiva a otra serie de créditos de distinta naturaleza. Por ello, sigue vigente la doctrina clásica que siempre ha sostenido que las partidas «extrasalariales» no permiten acceder a la extinción por la vía del apartado b) del artículo 50 del ET.

El precepto reformado se refiere de forma concluyente a mensualidades «completas» de salario. Por este motivo, en principio, los incumplimientos parciales no provocarán de forma «automática» la extinción del contrato. Esto puede suponer un problema en el caso de personas que tengan un componente variable importante o bien cuando se adeuden otra serie de complementos específicos o parte de la nómina (si bien, estos supuestos, seguramente, se pueden llegar a reconducir por la vía de los retrasos continuados a los que más adelante me referiré).

En definitiva, desde mi punto de vista, la reforma ha introducido una suerte de «cláusula de automaticidad», en el sentido de que, si el incumplimiento alcanza el umbral previsto en la norma, la extinción del contrato de trabajo será, en cierta medida, automática. Con todo, la anterior afirmación no es óbice para que el órgano judicial pueda declarar la extinción del contrato de trabajo con base en otros parámetros de deuda distintos, pues no cabe perder de vista que el propio precepto permite que se puedan admitir otra serie de criterios, por lo que la casuística no ha sido eliminada por completo (señala el precepto lo siguiente: «sin perjuicio de otros supuestos que por el juez, la jueza o el tribunal puedan considerarse causa justa a estos efectos»). En este sentido, por ejemplo, entiendo que se puede llegar a aceptar la extinción del contrato con un impago inferior a los 3 meses siempre que, además, esta situación vaya acompañada de un retraso lo suficientemente grave en los términos que más adelante expondré. En este sentido, la combinación de impagos y de retrasos puede llegar a justificar en determinados casos la gravedad exigida para poder resolver el contrato.

2.3. Los retrasos continuados en el pago del salario tras la LO 1/2025, de 2 de enero

Por lo que se refiere a los retrasos continuados en el abono del salario, aquí la intervención legislativa ha sido, probablemente, bastante más relevante que en el caso de la falta de pago porque en este terreno el casuismo era, si cabe, mucho mayor, toda vez que no existían criterios uniformes más allá de algunas reglas abstractas.

En este orden de valores, de acuerdo con la nueva previsión legislativa, el cumplimiento resulta extemporáneo «cuando se supere en quince días la fecha fijada para el abono del salario». Estos 15 días no se computan desde el primer día de cada mes, sino que, en cada caso concreto, se hará desde la fecha en la que se deba abonar el salario. Por este motivo, en primer lugar, hay que determinar en cada empresa cuál es la fecha de devengo del salario y, a partir de la misma, contar los 15 días de margen que ahora se establece en la norma. En este sentido, si el pago de la retribución tiene lugar después de la fecha de su devengo, pero antes de que transcurran 15 días, en principio, cabe entender que no concurre un «retraso continuado» que justifique la extinción del contrato de trabajo. La razón estriba en que la nueva previsión normativa ha optado por establecer un lapso cierto que segura-

mente está llamado a terminar con la disparidad de criterios preexistente. Con anterioridad a la reforma llevada a cabo por la LO 1/2025, la doctrina conjugaba distintos elementos a la hora de valorar la gravedad: se acudía a un criterio temporal –retraso continuado y persistente en el tiempo– y cuantitativo –montante de lo adeudado–. La disparidad de criterios se producía, entre otras cosas, porque el propio TS concluyó que la lectura del artículo 50 del ET no se refería a la «magnitud» del retraso, es decir, al tiempo transcurrido entre el momento en que debió hacerse el abono y el momento en que se hizo, sino a la duración de ese comportamiento moroso, que debía ser continuado (STS de 27 de enero de 2015, rec. 14/2014, o la más reciente STS de 10 de enero de 2023, rec. 2166/2021). Los anteriores parámetros dejaban en el aire la propia definición del concepto de «retraso», que ahora el ET ha decidido acometer de manera frontal, considerando como tal el pago que se efectúa pasados 15 días desde su fecha de devengo.

Además de lo anterior, la demora en el abono debía manifestarse de forma continuada (por todas: STS de 10 de junio de 2009, rec. 2461/2008), pero no existía ningún número de meses concreto que fuera pacífico y que, a la postre, nos permitiera valorar el alcance de dicha gravedad. Pero, nuevamente, en este punto con la reforma se ha optado por aclarar que la gravedad del retraso en el pago tiene lugar cuando el mismo se produce «durante seis meses, aun no consecutivos». Del mismo modo que ocurre con el impago, aquí no se exige que el incumplimiento se produzca en mensualidades consecutivas, pero sí que tiene que enmarcarse en un determinado lapso, que también viene representado por el plazo de 1 año. Este periodo no será el coincidente con el año natural, sino que habrá que escoger 12 meses cualesquiera y, dentro de ellos, probar que la empresa ha abonado el salario con una demora por encima de 15 días desde su devengo y que esto ha ocurrido durante un mínimo de 6 meses.

Una cuestión que puede plantear dudas consiste en determinar si el retraso continuado del pago del salario tiene que producirse sobre «mensualidades completas» o no. Desde mi punto de vista, la respuesta debe ser negativa porque el texto reformado no ha trasladado esta cuestión a la locución referida a los retrasos, mientras que, por el contrario, sí que lo exige expresamente para la falta de pago o impago. Por este motivo, entiendo que el retraso de parte de la nómina que supere los referidos parámetros puede ser suficiente para admitir la extinción del contrato.

Del mismo modo que sucede con el impago, la «cláusula de automaticidad» prevista por el precepto comentado (y que, desde luego, pretende proporcionar cierta seguridad jurídica en este ámbito) puede verse superada cuando la situación aducida por la persona trabajadora revista de la gravedad suficiente según el criterio del órgano judicial que resuelva el pleito. Así, en el caso concreto de los abonos extemporáneos, dado que el nuevo artículo 50 del ET maneja dos parámetros, podría darse cuando se rebase uno de ellos de manera holgada, mientras que el otro no llegue a cumplirse por un escaso margen. Trataré de explicarme de una forma más gráfica: por ejemplo, pienso que puede revestir la nece-

saría gravedad el retraso que esté cerca de los 15 días de media durante un plazo temporal que dure algo más allá de 6 meses⁹. En similares términos, la gravedad también puede concurrir cuando la conducta morosa se aproxime a los 6 meses en el periodo de 1 año, sin alcanzarlo, pero el retraso supere con creces los 15 días desde su devengo.

2.4. Los pactos de aplazamiento del salario

Para que los retrasos continuados o la falta de pago vistos con anterioridad se produzcan, la obligación empresarial debe ser cierta, vencida y exigible. Por este motivo, si la deuda no está vencida y no es exigible porque se ha pactado un aplazamiento del pago (pago diferido de la deuda), la persona trabajadora no puede reclamar la extinción del contrato, toda vez que no se ha producido un incumplimiento sancionable.

Este tipo de acuerdos pueden pactarse de forma individual con cada una de las personas a las que se les adeudan salarios. Cuando la deuda ya existe, ambas partes pueden comprometerse a un nuevo régimen de pagos para su satisfacción en un momento posterior. Pero estos pactos también pueden acordarse cuando, a la vista de la tesorería, se prevea que a corto o medio plazo el salario puede dejar de abonarse puntualmente, por lo que pueden acordarse condiciones de pago diferido.

Naturalmente, una persona trabajadora no tiene la obligación de aceptar este tipo de acuerdos, puesto que la empresa también tiene a su disposición otra serie de instrumentos en los que, de forma unilateral, puede afectar al salario cuando tenga causa para implementar este tipo de medidas (por ejemplo, a través de una modificación sustancial de condiciones de trabajo). Sin embargo, si accede al pago extemporáneo o fraccionado del salario, con ello no está renunciando a un derecho, sino ante el compromiso temporal de no ejercitarlo¹⁰. En este orden de cosas, al extremo al que quiero llegar es que, cuando

⁹ Aunque sea anterior a la reforma, la STS de 6 de noviembre de 2017 (rec. 683/2016) decidió resolver el contrato de trabajo por el retraso en el abono de la incapacidad temporal en pago delegado que se extendió durante un periodo ininterrumpido de 13 meses, con un tiempo de duración media de 13,6 días a lo largo de este periodo. Podemos encontrar otro supuesto similar en la STS de 10 de enero de 2023 (rec. 2166/2021), en la que desde abril de 2019 a marzo de 2020 el demandante percibió su retribución con retraso en un promedio de 10,5 días, considerando nuestro Alto Tribunal que la gravedad quedó debidamente probada en este caso. Probablemente, tras la reforma los anteriores supuestos también puedan recibir una respuesta positiva frente a la demanda planteada por la persona trabajadora.

¹⁰ Así ha venido reconocido por la STSJ de Andalucía/Sevilla de 15 de abril de 2013 (rec. 1834/2012). En el caso concreto el trabajador solicitó la extinción indemnizada del contrato por la vía del artículo 50 del ET por impago o retrasos en el abono del salario, considerándose por la sentencia que «no puede haber incumplimiento desde el momento que no puede considerarse tal la aplicación de un previo pacto entre las partes».

la persona trabajadora haya pactado expresamente el cobro de su salario de forma diferida, no puede posteriormente solicitar la extinción del contrato con base en los retrasos producidos.

Este tipo de pactos también se pueden llevar a cabo de forma colectiva con afectación general de las personas que componen la plantilla. Para ello se tendrán que negociar con la representación legal de las personas trabajadoras. Estos acuerdos colectivos también tienen su implicación en las decisiones individuales, tal y como nos recordó, entre otras, la STS de 5 de marzo de 2012 (rec. 1311/2011), que negó la extinción indemnizada por un retraso que no fue grave máxime cuando:

[...] los representantes de los trabajadores estaban informados y aceptaban el retraso en el pago como forma de solventar el mal momento económico, lo que era conocido por trabajadores que habían consentido cobrar con retraso para que la empresa siguiera adelante y no tuviera que reducir la plantilla.

En este sentido, estos pactos colectivos, si están legalmente celebrados, también impiden que una persona aislada pueda acudir a la vía del artículo 50 del ET para solicitar la extinción de su contrato de trabajo. Por lo tanto, para que el impago de salarios cause la resolución del contrato de trabajo es necesario que la deuda sea exigible, por lo que un acuerdo sobre la fecha diferida del abono de los salarios atrasados influye sobre la exigibilidad de los mismos, en tanto en cuanto exista un acuerdo individual o bien de naturaleza colectiva¹¹.

3. El plazo para interponer la demanda

El artículo 50 del ET no establece expresamente cuál es plazo del que disponen las personas interesadas para poder interponer la demanda. Tampoco la normativa procesal laboral contiene ninguna referencia concreta sobre el particular. Por este motivo, a falta de previsión específica, cabe acudir a la regla supletoria contenida en el artículo 59.1 del ET que confiere un plazo de prescripción de 1 año para todas aquellas acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado un vencimiento especial. Esta exégesis ha sido seguida de forma pacífica y se ha mantenido hasta nuestros días (por todas, STS de 20 de abril de 2009, rec. 2558/2009).

¹¹ En este último sentido, puede verse la STSJ de Cataluña de 19 de febrero de 2013 (rec. 6487/2012), que negó la resolución del contrato por tratarse del impago de unas cantidades no exigibles por mediar un acuerdo colectivo de aplazamiento del pago de salarios. También resolvió en este mismo sentido la STSJ de la Comunidad Valenciana de 16 abril de 2013 (rec. 474/2013), que introdujo el «principio de solidaridad» que debe regir en un contexto de crisis económica «sobre los que repercutirían en forma negativa las pretensiones de quienes disienten, sin más consideración que su propio beneficio y con perjuicio de los restantes compañeros y la empresa». También puede verse la más reciente STSJ del País Vasco de 21 de enero de 2020 (rec. 2278/2019).

Una vez aclarado que el plazo para interponer la demanda es el de 1 año de prescripción, la cuestión seguramente más compleja consiste en tratar de determinar el *dies a quo* o momento a partir del cual debe comenzar a computarse el mismo. Para resolver esta cuestión nos podemos acoger al propio artículo 59 del ET, que en su apartado segundo establece que para las acciones encaminadas a exigir percepciones económicas o el cumplimiento de obligaciones de tracto único que no puedan tener lugar después de extinguido el contrato, el plazo de prescripción se computará desde el día en que la acción pudiera ejercitarse. En la legislación civil contamos con un precepto similar –art. 1969 CC–, que dispone que la prescripción de todo tipo de acciones, cuando no exista otra regla especial, se contará desde el día en que pudieran ejercitarse. Por lo tanto, ambos preceptos parecen acercarnos a la teoría de la *actio nata*, es decir, al momento en el que nazca la acción que sirva de base a la persona trabajadora para solicitar la extinción del contrato de trabajo.

En línea con lo anterior, cuando la causa de extinción alegada venga justificada por el retraso o falta de abono del salario, tenemos que estar al momento en el que la acción pudo ejercitarse y esto acontecerá, claro está, cuando el incumplimiento empresarial alcance cierta entidad o relevancia –y no antes–¹². En este sentido, cabe entender que el cómputo del plazo no se iniciará con un mero retraso de la obligación empresarial, por ejemplo, cuando se adeude una simple mensualidad. Esto es así porque una demora esporádica no es causa suficiente para provocar la extinción contractual. Toda vez que el *dies a quo* tiene que fijarse en una fecha concreta que aporte cierta seguridad jurídica, entiendo que, desde la entrada en vigor de la reforma de la LO 1/2025, el plazo dará comienzo en el instante en el que se le adeuden a la persona trabajadora 3 mensualidades en el lapso de 1 año. Dado que el impago de 3 mensualidades puede producirse de forma no consecutiva, será a partir del tercer impago dentro de la mencionada anualidad cuando empezará a correr el plazo de 1 año para poder reclamar la extinción contractual. Si nos vamos al supuesto particular de los retrasos continuados, atendiendo a la regulación vigente recientemente reformada, opino que el inicio del plazo dará comienzo cuando la empresa haya incumplido 6 meses de pagos extemporáneos en el lapso de 1 año.

En definitiva, el hecho de que la LO 1/2025 haya perfilado la gravedad de los impagos y retrasos en el abono del salario, además de su evidente importancia en el terreno de lo sustantivo, entiendo que también puede ayudar, indirectamente, a dotar de cierta seguridad jurídica en el tema del *dies a quo* del plazo de prescripción de la acción extintiva.

La teoría de la *actio nata* seguirá el anterior esquema cuando la empresa opte *motu proprio* por la puesta al día del salario, situación que no impide que la persona trabajadora interponga, como veremos en el siguiente epígrafe, una demanda solicitando la extinción contractual de su contrato. Sin embargo, la respuesta será distinta cuando la falta de pago o los retrasos continuados se perpetúen en el tiempo y la empresa no haya saldado

¹² En este mismo sentido puede verse López-Tarruella Martínez y Viqueira Pérez (2016, p. 989).

su deuda. Se trata de una situación similar a las extinciones que traen causa en un acoso empresarial, en las que el plazo de prescripción no empieza a contar hasta que cese la conducta y, al tratarse de una actuación continuada, no prescribe en tanto que la misma se siga produciendo (entre otras muchas: STSJ de Galicia de 7 de diciembre de 2010, rec. 3881/2010). En el concreto caso de la falta de pago o retrasos continuados del abono del salario, podemos apoyar esta tesis en un *obiter dictum* de dos sentencias recientes del TS que declararon extinguida la relación laboral por retrasos continuados en el salario (SSTS de 10 de enero de 2023, rec. 2166/2021, y de 4 de octubre de 2023, rec. 3715/2022). La disquisición del TS se centra en otro tema, pues trata de argumentar que la empresa no puede condicionar el cumplimiento de la obligación salarial de forma unilateral; que la persona trabajadora no tiene la necesidad de reclamar el cumplimiento a la empresa con carácter previo a la interposición de la demanda; y que no le resulta exigible que asuma el retraso solamente porque se reitere en el tiempo de manera previsible. En este contexto, el TS refiere la siguiente frase:

[...] Una cosa es que la acción de reclamación hubiera podido estar sometida a una eventual prescripción –si la conducta incumplidora no persistía ya en el momento de la demanda– y otra distinta deducir de ella un consentimiento tácito de los trabajadores respecto al percibo de sus salarios con constantes retrasos.

De la locución –«si la conducta incumplidora no persistía ya en el momento de la demanda»– entiendo que podemos inferir que si la situación de impago o retrasos continuados en el abono del salario es continua y persistente, en tanto que no cese el incumplimiento, el plazo de prescripción no dará comienzo. Dicho de otra forma más comprensible: mientras dure el incumplimiento empresarial la acción no prescribe y la persona trabajadora podrá solicitar la extinción de su contrato de trabajo con base en el mismo; y ello, aunque haya pasado más de 1 año (lo que le prescribirá, en su caso, es la reclamación de las cantidades que superen el plazo de 1 año, pero no así la acción extintiva).

En cualquier caso, esta concreta causa extintiva, en líneas generales, no suele presentar demasiados problemas prácticos en relación con la institución prescriptiva, puesto que lo más normal será que una persona trabajadora no aguante tanto tiempo sin percibir el correspondiente salario sin reaccionar frente a esta vicisitud.

4. La acumulación de las acciones de extinción y de reclamación de salarios adeudados

Además de la extinción del contrato por el incumplimiento empresarial, lo cierto es que la persona demandante estará interesada en estos casos en obtener una sentencia declarativa que reconozca la deuda salarial y condene a la parte deudora al pago de las respectivas cantidades debidas. En este sentido, cabe poner de relieve que la legislación procesal

sí que admite la posibilidad de acumular las acciones de extinción del contrato de trabajo por faltas o retrasos injustificados en el pago del salario junto con la reclamación patrimonial por este débito. De este modo, en una misma demanda se podrá solicitar la extinción del contrato junto con la reclamación de cantidad¹³. La dicción del artículo 26.3 de la Ley reguladora de la jurisdicción social (LRJS) señala que «la reclamación salarial podrá acumularse a la acción solicitando la extinción indemnizada del vínculo, pudiendo, en su caso, ampliarse la demanda para incluir las cantidades posteriormente adeudadas». Por lo tanto, la parte demandante va a poder plantear ambas acciones en una misma demanda, que deberá ser tramitada dentro del mismo cauce procedimental. De esta manera, la persona trabajadora no tiene que esperar a la sentencia que declara la extinción de su contrato para poder iniciar otro proceso contra su antigua empresa para reclamarle las cantidades pertinentes. No es de extrañar que doctrinalmente se haya puesto de manifiesto que esta facultad de acumular ambas acciones bajo una misma senda procesal es de una utilidad práctica evidente, puesto que permite solventar dos pretensiones diferenciadas pero que derivan de una misma casusa común, en concreto, del impago de salarios (Aramendi Sánchez, 2013, p. 155). Por consiguiente, no estamos ante la obligación legal de acumular ambas acciones ni ante una regla imperativa, sino ante una mera posibilidad, permitida normativamente, de reunir bajo un mismo cauce procesal la acción resolutoria y la reclamación de salarios adeudados. Con todo, la opción por la acumulación resultará en la mayoría de los casos la solución más conveniente.

De la lectura del precepto aludido también se infiere la posibilidad de llevar a cabo una acumulación sobrevenida por inserción, es decir, mediante una ampliación de la demanda, pudiéndose reclamar de este modo las cantidades adeudadas con posterioridad a su presentación (Fita Ortega, 2013). En cualquier caso, entiendo que de la anterior previsión no se desprende que la parte actora pueda presentar demanda solicitando la extinción del contrato de trabajo y que, más adelante, opte por ampliarla con la reclamación de cantidad. Por el contrario, considero que estas dos acciones se deben presentar a la vez, en una misma demanda, y lo que permite la norma procesal observada es una ampliación de las cantidades siempre que la deuda salarial persista y se acreciente tras la presentación de la demanda. En ese sentido, desde mi punto de vista, la fecha límite para poder solicitar esta

¹³ Esta solución no era tan clara unos años atrás, puesto que, en sus inicios, la extinta Ley de procedimiento laboral (LPL) no albergaba en su articulado ninguna previsión sobre el particular. No fue hasta el año 2009, por mor de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, cuando se introdujo en el artículo 27.4 de la LPL la excepción a la prohibición de acumulación de acciones a favor de la reclamación de salarios cuando la acción resolutoria estuviera basada en el artículo 50.1 b) del ET. A partir de ese momento, y de forma totalmente razonable, la acción de extinción del contrato y la acción de reclamación por salarios adeudados cuenta con respaldo legal para poder presentarse de forma conjunta, sin tener que realizarse a través de dos demandas distintas y, en consecuencia, resolverse por medio de dos procedimientos judiciales diferentes.

ampliación de la demanda para poder incorporar deudas posteriores será hasta el propio momento del juicio o vista oral (Aramendi Sánchez, 2013, p. 155).

El hecho de que admite la inclusión de cantidades hasta la fecha del juicio no debe provocar indefensión a la contraparte, por lo que la empresa debe tener la opción de poder articular su defensa y preparar los medios de prueba pertinentes¹⁴. En efecto, el carácter sorpresivo que implica la nueva reclamación realizada en el mismo acto del juicio puede impedir articular a la parte demandada su defensa sobre cualquier otro antecedente en ese momento desconocido, como pudiera ser el pago, la condonación o la no prestación de servicios (Fernández-Peinado Martínez, 2021). Por este motivo, el TS aclaró que la ampliación de la demanda no da lugar a una variación sustancial generadora de indefensión cuando la causa de los impagos y su prueba se caractericen por su simplicidad (STS de 25 de febrero de 2013, rec. 380/2012). En este sentido, si se trata de añadir nóminas sobre deudas sistemáticas de cuantías similares, cabe entender que concurre la citada simplicidad. Esta vicisitud no se daría, por ejemplo, cuando se introduce una nueva deuda sobre un concepto discutido o de difícil cuantificación, en cuyo caso, se debe iniciar un proceso de reclamación de cantidad separado. En cualquier caso, considero que con la aprobación de la LO 1/2025 estas dudas pueden quedar disipadas. La razón estriba en que el nuevo artículo 82.5 de la LRJS ordena el «previo traslado entre las partes o la aportación anticipada, con diez días de antelación al acto de juicio, de la prueba documental o pericial de que intenten valerse». Con esta nueva previsión, entiendo que la parte demandada puede aportar las nóminas y demás documentos que acrediten los impagos o retrasos con la antelación prevista por la norma procesal. Además, si se presentan con antelación a la vista oral, la parte demandada se podrá defender si así lo considera oportuno, por lo que, desde mi punto de vista, la ampliación de los importes debidos ya no va a tener que reducirse a la prueba que se caracterice por su simplicidad, ni, por ende, supondrá en ningún caso una variación sustancial. Así, de este modo, se favorece la economía procesal, toda vez que la necesidad de presentar la prueba con antelación significa que la empresa puede defenderse incluso de conceptos complejos, por lo que, seguramente, la parte demandante no tenga que utilizar otro cauce procesal para añadir en su *petitum* cualquier deuda salarial, aunque esta no sea simple.

Respecto de la posibilidad de acumular deudas «extrasalariales» nos encontramos en este punto con algunos problemas interpretativos. Como he mencionado en otro epígrafe, la deuda «extrasalarial» no puede canalizarse por el apartado b) del artículo 50 del ET, referido estrictamente a los salarios, sino que, en su caso, se podrán aducir por la vía del apartado c) del precepto aludido. El problema reside en que la norma procesal (art. 26.3 LRJS) se refiere expresamente a la acumulación de acciones cuando la demanda se funde en el apartado b) del artículo 50 del ET. Junto con ello, si se avanza en la lectura del precepto,

¹⁴ De igual forma, Fita Ortega (2013), que cita en este sentido la STSJ de Castilla-La Mancha de 17 de noviembre de 2005 (rec. 1633/2005).

se utiliza nuevamente el término «reclamación salarial», por lo que parece evidente que una interpretación literal viene a cerrar el paso a una eventual reclamación de cantidades «extrasalariales». De otro lado, el título del artículo 26 de la LRJS es el siguiente: «Supuestos especiales de acumulación de acciones». Por esta razón, parece que la interpretación sobre los conceptos susceptibles de acumulación hay que aplicarla de forma restrictiva. Todo lo anterior comporta que los conceptos «extrasalariales» no puedan acumularse a la acción extintiva, por lo que la persona trabajadora se verá obligada a interponer una nueva demanda de reclamación de cantidad.

5. La puesta al día de los salarios pendientes de pago durante la tramitación judicial

En este punto me voy a detener en dirimir sobre si la total satisfacción de la deuda salarial una vez presentada la demanda de extinción hace decaer la misma por pérdida sobrevenida o no. Para resolver la cuestión cabe tener en cuenta que el artículo 50.1 b) del ET utiliza indistintamente las expresiones «falta de pago» o «retrasos continuados» en el abono del salario pactado como causa habilitante para instar la extinción del contrato de trabajo. Por esta razón, la gravedad no se alcanza solamente con el incumplimiento más subversivo, es decir, el impago, sino que también es causa legítima para promover la acción extintiva prevista en el artículo 50 del ET la demora en el abono del salario. Esta es una de las razones principales por las que la acción no decae cuando la empresa opta por abonar los salarios adeudados de forma extemporánea una vez que ya ha sido admitida a trámite la demanda. Dicho de otra forma, el abono de los salarios por parte de la empresa no comporta la desaparición del «interés legítimo» al que se refiere el artículo 22 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC) para postular la enervación de la acción¹⁵.

En definitiva, cabe poner de manifiesto que la puesta al día en el pago del salario no enerva la acción extintiva, pero sí que hace decaer, naturalmente, la acción acumulada de reclamación de cantidad. Se da en estos casos una pérdida sobrevenida de carácter parcial, puesto que el proceso no concluye y el órgano judicial está obligado a pronunciarse sobre una de las dos acciones, señaladamente, sobre la referida a la resolución del contrato. En este sentido, el proceso judicial continuará su trámite y la sentencia se pronunciará sobre el derecho de la parte demandante para extinguir su relación laboral, tal y como fue resuelto en su momento por la STS de 16 de enero de 2015 (rec. 14/2014). De tal suerte que una vez que llegue la fecha de la sentencia es posible que, en caso de apreciarse causa que lo justifique, se declare extinguida la relación con la correspondiente condena a pago de la indemnización legal, pese a que ya no exista deuda salarial en ese momento.

¹⁵ Así lo ha considerado la STSJ de Andalucía/Granada de 29 de junio de 2015 (rec. 899/2015).

El hecho de que la puesta a disposición de los salarios adeudados no enerve la acción resolutoria desprende, como distinta cara de una misma moneda, otro importante interrogante jurídico. Se trata de precisar hasta qué momento hay que valorar el incumplimiento empresarial: al tiempo de la presentación de la demanda o bien en otro momento posterior. En buena medida, la solución a este problema dependerá de si se ha producido la satisfacción total de la deuda o no.

De esta manera, en los casos en los que la empresa no haya pagado toda la deuda salarial, tal y como hemos visto en el epígrafe anterior, la parte demandante puede ampliar la demanda para incluir los importes que se vayan generando. En estos supuestos, a la hora de valorar la gravedad del incumplimiento empresarial, tal y como resolvió la STS de 25 de febrero de 2013 (rec. 380/2012), deberán ser computados los impagos o retrasos producidos hasta el momento del juicio. Algún sector doctrinal (Fernández-Peinado Martínez, 2021) ha puesto en tela de juicio esta tesis, al considerar que tener en cuenta las cantidades adeudadas durante la tramitación del procedimiento puede llegar a propiciar la utilización especulativa de la acción. Se aduce que ante un incumplimiento empresarial que no tuviera entidad suficiente para que prosperara la acción resolutoria, la persona trabajadora puede verse tentada para interponer demanda a expensas de que con posterioridad se tuvieran en cuenta los impagos acaecidos durante la tramitación del procedimiento. Pero, desde mi punto de vista, lo anterior no es más que una estrategia natural entre dos partes contratantes que asumen derechos y obligaciones. Así, frente a un impago que no revista gravedad la persona trabajadora tiene varias posibilidades: a) reclamar al empresario el pago; b) interponer demanda de reclamación de cantidad; c) interponer demanda solicitando la extinción indemnizada.

El TS ya resolvió hace tiempo (STS de 10 de junio de 2009, rec. 2461/2008) que no es necesario que la persona trabajadora requiera el pago del salario como antesala de la interposición de la demanda. Dicho de otro modo, que la falta de reclamación previa no impide el ejercicio de la acción extintiva, es decir, que la persona trabajadora puede optar por demandar directamente sin necesidad de solicitar el cumplimiento de forma extrajudicial. A partir de esta premisa, la decisión de esperar a que concurra la gravedad del impago o de los retrasos en el abono del salario dependerá de cada situación concreta. De tal forma que, en los supuestos en los que la empresa no tenga especiales dificultades económicas, puede servir como medida de presión para lograr el pago y, en su caso, que posteriormente se retire la demanda. Seguramente, interponer una acción extintiva junto con la reclamación de cantidad acumulada sea una opción más interesante para poder negociar y/o conseguir la satisfacción de la deuda que una mera reclamación de cantidad. En estos casos, por ejemplo, cuando la empresa pasa por dificultades económicas y va a solicitar el concurso de acreedores, puede ser interesante anticipar la acción. En este escenario, ante un horizonte de impagos, es decir, si se prevé que los salarios van a dejar de percibirse, no hay razón para esperar y puede ser que interponer anticipadamente la acción extintiva sea una buena estrategia teniendo en cuenta los dilatados plazos de señalamientos para la celebración de las vistas orales que desgraciadamente imperan en el seno de la jurisdicción

social. Las anteriores estrategias procedimentales derivan de una realidad que viene marcada por una sólida interpretación judicial y que sostiene que en los casos de falta de pago o de retrasos persistentes tras la interposición de la demanda extintiva la gravedad del incumplimiento tiene que valorarse hasta la fecha de la vista oral¹⁶.

No obstante, la respuesta es distinta cuando la empresa opta por saldar la deuda salarial una vez que se ha presentado la demanda (o la conciliación previa). En estos casos, el órgano judicial debe valorar el incumplimiento empresarial al tiempo de presentarse la demanda y no en el momento de la vista oral. Como la deuda ha sido saldada, ya sabemos que decae la acción de reclamación de cantidad, pero continúa vivo el procedimiento que debe valorar la gravedad de unos hechos que ocurrieron con anterioridad al resarcimiento y se tendrá que debatir, en esencia, si la persona trabajadora debió soportar o no esa situación hasta el momento en el que se decidió a interponer la demanda con base en el artículo 50 del ET. En este sentido, desde mi punto de vista, en estos casos el ilícito empresarial puede que ya exista y si la jurisprudencia permite continuar con la acción extintiva, carece de sentido que la solución pase por la desestimación de la demanda. Si este fuera el resultado esperado, es evidente que quizás sería más conveniente archivar directamente el procedimiento por carencia de objeto. Pero, como he anticipado antes, este no es el escenario en el que nos movemos, pues al continuar la acción extintiva la única alternativa lógica consiste en valorar el incumplimiento empresarial con carácter previo a la liquidación de la deuda. En consecuencia, a mi modo de ver, la interposición de la demanda permite valorar el grado de incumplimiento producido hasta esa fecha, como si fuera una especie de fotografía fija que permitirá, en su caso, la perseguida extinción indemnizada del contrato de trabajo. En este sentido, cuando la empresa abone los salarios debidos al poco tiempo de la interposición de la demanda o, incluso, en el acto de conciliación previo ante el SMAC, el incumplimiento se tendrá que valorar hasta la fecha de la demanda.

A partir de aquí, si la situación infractora persiste, esta actuará como un elemento agravante y la decisión que adopte el órgano judicial tendrá que valorarse con la realidad existente en el momento de la celebración de la vista oral, o, en su caso, hasta la fecha de la liquidación, actuando en estos otros supuestos como una fotografía panorámica que va deslizándose desde el inicio de la conducta infractora para abarcar todo el desarrollo del proceso judicial. Con todo, desde mi punto de vista, como actualmente los señalamientos son muy tardíos, la conducta se tendría que valorar no tanto hasta la fecha de la interposición de la demanda, sino hasta el momento en el que se abona la totalidad del salario adeudado, siempre que esta situación acontezca en una fecha en el que el proceso judicial está muy avanzado. De esta manera, en mi opinión, la valoración de la gravedad la podemos dividir en función de los siguientes escenarios:

¹⁶ La STS de 2009 citada con anterioridad ha sido seguida por la doctrina judicial. Así, por ejemplo, entre otras muchas, por ser relativamente reciente se puede traer a colación la STSJ de Madrid de 12 de julio de 2021 (rec. 345/2021).

- a) Cuando la empresa salda la deuda tras conocer la demanda judicial –o en la conciliación previa ante el SMAC–, tendremos que valorar el incumplimiento hasta la fecha de la interposición de la demanda.
- b) Cuando la empresa no abona ninguna cuantía durante la tramitación del proceso judicial, habrá que valorar el incumplimiento hasta la fecha de la vista oral.
- c) Cuando la empresa salda la deuda estando muy avanzado el procedimiento judicial, entiendo que habrá que valorar la gravedad del incumplimiento hasta la fecha de la liquidación de la deuda.

Todo lo anterior resulta aplicable, claro está, siempre y cuando la persona trabajadora persista en la prestación de servicios durante el proceso judicial, puesto que, si se marcha de la empresa después de la presentación de la demanda, evidentemente, el incumplimiento empresarial se tendrá que valorar hasta la fecha en la que efectivamente cese dicha prestación laboral.

Para concluir con este apartado, cabe advertir que una cosa es que el pleno resarcimiento no impida proseguir el procedimiento de extinción indemnizada del contrato y otra muy distinta es que, para algunos pronunciamientos judiciales, la puesta al día de la deuda salarial sea utilizada como un elemento más en aras de reducir la gravedad de la conducta infractora (STSJ de Extremadura de 3 de febrero de 2015, rec. 569/2014, o STSJ de Murcia de 4 de mayo de 2015, rec. 670/2014). La anterior doctrina puede resultar aplicable, principalmente, en aquellos casos en los que el pago se realiza poco tiempo después de la interposición de la demanda y la gravedad del incumplimiento resulta más o menos dudosa, es decir, que estamos ante impagos o retrasos «leves», que se sitúan en las «zonas grises» y que, por ello, la plena satisfacción de la deuda puede terminar por decantar la balanza hacia la desestimación de la pretensión. Sin embargo, esto ha sido apreciado como todo lo contrario cuando todos los pagos se hicieron por vía de consignación judicial. Es el caso de la STS de 19 de diciembre de 2019 (rec. 2915/2017), que consideró que el incumplimiento empresarial revestía la suficiente gravedad, entre otras cosas porque, en vez de aceptar el ofrecimiento de la persona demandante y de ingresar los importes directamente en su cuenta bancaria, optó por saldar la deuda a través de la consignación judicial: acudiendo a «otras vías más dilatorias» en las que el abono efectivo le llega a la trabajadora con posterioridad a la fecha de la consignación judicial, «lo que implica que el retraso sea aún mayor».

6. Las opciones que tiene la persona trabajadora tras la interposición de la demanda

La posibilidad de que la persona trabajadora deje de prestar servicios una vez planteada la demanda ha ido evolucionando a lo largo de los años en nuestra jurisprudencia. Sin entrar en mayores detalles sobre escenarios previos en aras de no desviar la atención de

la situación vigente, en la actualidad, desde el año 2012¹⁷, la persona trabajadora no está obligada a permanecer en la empresa después de interponer la demanda extintiva¹⁸. Desde ese momento la persona demandante ya no necesita acreditar que la situación es insostenible y ya no tiene que esperar al resultado final de la sentencia para saber si su decisión de dejar de prestar servicios era o no razonable¹⁹. Dicho de otro modo, la persona trabajadora es libre de decidir quedarse en su puesto de trabajo prestando servicios laborales hasta que se dicte la sentencia o bien marcharse de la empresa.

Paulatinamente el TS fue aquilatando su doctrina, pues tenía que conjugar esta opción con la existencia de una medida cautelar prevista en el artículo 79.7 de la LRJS tras la reforma del año 2011 y dar una solución al cálculo de la indemnización resultante de 33 días por año. Al punto que, en un primer momento, los pronunciamientos del TS fueron consolidando la jurisprudencia centrándose en la libertad de la persona accionante a la hora de cesar en la prestación de servicios²⁰. Así, en el concreto caso del impago de salarios, el TS concluyó que «no se puede obligar al trabajador a mantener unas condiciones laborales que le puedan generar un grave perjuicio patrimonial o una pérdida de opciones patrimoniales» (STS de 3 de febrero de 2016, rec. 3198/2014). La STS de 24 de febrero de 2016 (rec. 2920/2014) dio un paso más y aclaró que cuando la persona trabajadora se marcha de la empresa, el cálculo de la indemnización se realizará hasta la fecha del cese efectivo de la prestación de servicios (y no así hasta la fecha de la sentencia).

¹⁷ STS de 20 de julio de 2012 (rec. 1601/2011), que, tal y como destacó la doctrina, realizó «una auténtica reinterpretación del art. 50 ET» (*vid.* Elorza Guerrero, 2013, p. 228. También se puede encontrar un interesante comentario a esta sentencia en Esteve Segarra, 2013).

¹⁸ La STS de 20 de julio de 2012 (rec. 1601/2011) fue la primera que abrió la puerta a esta posibilidad sin necesidad de que la persona trabajadora tuviera que acreditar que la situación padecida era insostenible. Con anterioridad, en el concreto caso de la falta de abono del salario, algunas sentencias permitieron que la persona trabajadora abandonara la empresa en supuestos en los que el incumplimiento era muy grave (por ejemplo, STSJ de la Comunidad Valenciana de 20 de enero de 2006, rec. 3908/2005, o la STSJ de Madrid de 3 de noviembre de 2008, rec. 4195/2008). Finalmente, la STS de 17 de enero de 2011 (rec. 4023/2009) vino a reiterar que la regla general era que la persona debía mantenerse en su puesto de trabajo cuando inste la resolución judicial del contrato de trabajo, salvo en aquellos casos en los que se den supuestos excepcionales, donde la opción por continuar fuera excesivamente penosa, peligrosa o vejatoria, pero interpretó que uno de los supuestos en los que debe considerarse justificada la interrupción del trabajo era el de un supuesto en el que hacía ya más de 6 meses que no percibía ningún tipo de retribución, «lo que indudablemente habría que afectar no solo a la propia dignidad del empleado, sino además a su propia subsistencia y a la de las personas que de él dependieran».

¹⁹ La crítica que se le solía realizar al anterior sistema de configuración jurisprudencial pasaba principalmente por el alto grado de inseguridad jurídica que provocaba; véase, por ejemplo, Viqueira Pérez (1994, p. 115).

²⁰ *Vid.* SSTs de 28 de octubre de 2015 (rec. 2621/2014); de 3 de febrero de 2016 (rec. 3198/2014); o de 23 de febrero de 2016 (rec. 2654/2014).

Ahora bien, la persona trabajadora también tiene otra posibilidad, pues puede solicitar una medida cautelar regulada por el artículo 79.7 de la LRJS. La STS de 23 de febrero de 2016 (rec. 2654/2014) consideró que el artículo 79.7 de la LRJS no obliga a solicitar una medida cautelar, puesto que se está ante un instrumento procesal con carácter dispositivo, por lo que se trata de una mera alternativa que queda en manos de la estrategia procesal de la parte demandante. Este es el sentido que debe otorgarse a la locución: «podrá acordarse, a instancia del demandante [...]». Como veremos más adelante, la tutela cautelar encierra una serie de ventajas y consecuencias jurídicas distintas a las del mero cese de la prestación de servicios, pues, en líneas generales, la persona trabajadora mantiene su derecho al salario y cuando la sentencia es estimatoria la indemnización se calculará hasta la fecha de la referida resolución judicial.

Según lo que he ido explicando de manera sucinta hasta el momento, a la persona trabajadora se le abren tres opciones con distinto significado y alcance, es decir, distintas estrategias que cabe tener muy claras en aras de llevar a cabo un asesoramiento efectivo y eficaz en función de las necesidades de cada persona. Estas estrategias son, básicamente, las siguientes:

- 1) La primera opción, la «clásica», consiste en que la persona trabajadora decide interponer la demanda con la correspondiente papeleta de conciliación previa y permanecer en la prestación de servicios laborales hasta que el órgano judicial dicte sentencia. En este supuesto, si el órgano judicial resuelve que la parte actora no tiene derecho a la extinción indemnizada del contrato, la relación laboral seguirá vigente. Por su parte, si concluye que existe causa suficiente porque los impagos o retrasos tienen la necesaria gravedad, el contrato se extinguirá en la fecha de la sentencia y hasta esa misma fecha se calculará la indemnización de 33 días de salario por año de servicio. La persona trabajadora estará desde ese momento en situación legal de desempleo y devengará salario por los servicios prestados hasta la extinción del contrato.
- 2) La segunda opción, la «arriesgada», consiste en cesar voluntariamente en cualquier momento después de la interposición de la demanda (sin solicitar al juzgado ninguna medida cautelar). En estos casos, la persona deja su puesto de trabajo a su riesgo y ventura, a resultas de lo fallado finalmente en la sentencia. La consecuencia principal que asume la parte actora consiste en que si la sentencia no accede a la extinción del contrato, el abandono no se encuentra justificado y, por ende, no estará en situación legal de desempleo ni tendrá derecho a indemnización alguna. Por su parte, si el órgano judicial considera que sí que tiene derecho a la extinción causal del contrato, su cese en la prestación de servicios no perjudicará a la efectividad de una indemnización por la extinción del contrato, pero, ahora bien, esta se calcula hasta la fecha en la que se abandona la empresa y, por ende, se recibirá una cuantía algo menor. Esta segunda opción puede ser la más interesante para los casos en los que la persona ha encontrado un nuevo empleo

o piensa que lo puede encontrar pronto y donde lo único que está en juego, en esencia, es el percibo de una indemnización de manos de su antigua empleadora. En los anteriores supuestos, probablemente deje de ser una opción «arriesgada» para pasar a ser la alternativa más «fecunda».

- 3) La tercera opción, la «ecléctica» o «ventajosa», consiste en solicitar del órgano judicial la aprobación de una medida cautelar regulada en el artículo 79.7 de la LRJS (en relación con el art. 180.4 LRJS). En este sentido, en caso de adoptarse tales medidas por parte del órgano judicial, y mientras subsistan las mismas, la relación laboral estará «latente» hasta que recaiga la sentencia firme. Además, la persona trabajadora quedará librada de prestar servicios laborales, pero mantendrá el derecho a recibir el correspondiente salario durante la medida cautelar. Por este motivo, si la sentencia finalmente es estimatoria, la fecha de la extinción del contrato será la de la propia resolución judicial y, por consiguiente, la indemnización se calculará hasta ese mismo día. Por su parte, si la sentencia desestima la pretensión extintiva, la persona trabajadora deberá retornar a su antiguo puesto de trabajo. El artículo 79.7 de la LRJS permite solicitar la mencionada medida cautelar cuando concurren «consecuencias de tal gravedad que pudieran hacer inexigible la continuidad de la prestación en su forma anterior», por lo que, dentro de estas, podemos incardinar los casos en los que la gravedad de los impagos o retrasos salariales hagan insostenible esta situación. Puede darse la circunstancia de que la empresa que no atiende puntualmente con la obligación salarial no sufrague los salarios y las cotizaciones durante la medida cautelar pese a que la norma procesal así lo exija (Esteve Segarra, 2013). En cualquier caso, el hecho de que la empresa no abone el salario no impide que con la medida cautelar del artículo 79.7 de la LRJS esta deuda se siga devengando, por lo que la persona trabajadora será acreedora de la misma. Además, si no se abona durante la medida cautelar, dicho impago puede ser valorado dentro de la gravedad de la conducta que finalmente termine por decantar la balanza hacia la extinción indemnizada.

7. La reparación del incumplimiento

Junto con la pretendida extinción del contrato, el efecto principal que produce la sentencia que estima la demanda planteada por la vía del artículo 50 del ET consiste en el derecho a recibir la indemnización señalada «para el despido improcedente». El componente indemnizatorio es, desde luego, la principal consecuencia jurídica que se desprende de la estimación de la demanda, dado que la exoneración de prestar servicios, tal y como he analizado en el epígrafe anterior, puede llevarse a cabo con anterioridad a la sentencia.

La indemnización resultante de la extinción causal por voluntad de la persona trabajadora se equipara a la contemplada para los casos de despido improcedente. Cabe preguntarse entonces si las eventuales mejoras convencionales sobre la indemnización del despido improcedente afectan o no a la prevista para la extinción contractual ex artículo 50 del ET. Desde mi punto de vista, salvo que las partes negociadoras dejen fuera expresamente la indemnización del artículo 50 del ET, cualquier mejora sobre la cuantía legal de 33 días por año afectaría por igual a esta modalidad extintiva por voluntad de la persona trabajadora²¹. Para que el órgano judicial acceda a ello será necesario que la parte interesada aporte, junto con la demanda, la prueba acreditativa de que esta indemnización ha sido mejorada.

Otra cuestión que puede resultar controvertida gira en torno al salario que hay que escoger para calcular la indemnización resultante. De este modo, desde antiguo, el TS sostuvo que cabe acudir al salario que corresponda «al trabajador» al tiempo de la extinción producida por la sentencia (STS de 25 de febrero de 1993, rec. 1404/1993)²², coincidiendo con el *dies ad quem* de su cálculo, que también finalizará con la fecha en que se dicte la sentencia que estime la demanda de resolución contractual (Sancha Saiz, 2012, p. 538).

Con todo, lo dicho anteriormente es válido cuando la persona sigue prestando servicios durante el iter procesal o bien cuando haya solicitado una medida cautelar que le exonere de dicha obligación. Sin embargo, cuando la persona interpone la demanda y deja de prestar servicios sin amparo en una medida cautelar, la indemnización se calculará hasta la fecha de su efectiva marcha de la empresa. Por este motivo, en estos casos el salario que hay que coger para calcular la indemnización será, con carácter general, el de la última nómina que recibió o debió recibir la persona trabajadora antes de su salida de la empresa. En cualquier caso, el salario no coincidirá con la última nómina previa a la efectiva renuncia a la prestación de servicios laborales cuando la persona tenga la jornada reducida, en cuyo caso habrá que acudir a la nómina a tiempo completo o bien cuando la empresa, ante la demanda recibida, lleve a cabo una reducción ilícita del salario con el objetivo de tratar de reducir la cuantía indemnizatoria²³.

²¹ Así lo viene entendiendo también Goerlich Peset (2011, p. 880), que alude a la función que la institución del artículo 50 del ET tiene dentro del equilibrio contractual y la relación que guarda con un despido indirecto. También parece deducirse esta interpretación extensiva en la STS de 21 de mayo de 2004 (rec. 2707/2003), reproducida en el estudio del citado autor.

²² Esto mismo se reitera en un pronunciamiento mucho más reciente, la STS de 10 de enero de 2023, (rec. 2166/2021), que resalta que hay que coger el último salario acreditado y calcular la indemnización hasta la fecha de la sentencia, que, en este caso particular, fue la del propio TS dado que las instancias anteriores habían desestimado la pretensión del trabajador. También se llevó el cálculo hasta la fecha del pronunciamiento del propio TS en la STS de 4 de octubre de 2023 (rec. 3715/2022), por cuanto «no consta que la relación laboral pudiese haberse extinguido en un momento anterior».

²³ Puede verse en tal sentido la STSJ de la Comunidad Valenciana de 21 de abril de 2005 (rec. 4133/2004), que concluyó que:

En teoría, la sentencia no condenará al abono de los salarios de tramitación, dado que la persona trabajadora, en principio, debe seguir prestando servicios hasta que judicialmente se declare la extinción de su contrato, teniendo derecho al salario correspondiente. También se devenga salario cuando se ha solicitado una medida cautelar. Por su parte, cuando hubiera abandonado el puesto de trabajo en el momento de ejercitar la acción resolutoria, tampoco tendrá derecho a salarios de tramitación (Sala Franco, 2023). La estimación de la demanda y consecuente condena a la indemnización resultante suponen la extinción del contrato de trabajo y no la readmisión. La condena a salarios de tramitación únicamente puede derivar de las consecuencias de la resolución en una misma sentencia de las acciones acumuladas del artículo 50 del ET frente al despido, en los casos en los que el juego de los efectos del fallo conlleva a dicha solución.

La reparación establecida en el artículo 50.2 del ET en relación con el artículo 56 del mismo texto legal no es siempre la única indemnización posible. De este modo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 183.3 de la LRJS, en los casos de discriminación o vulneración de derechos fundamentales la persona tendrá derecho a una indemnización adicional por los daños morales sufridos, que es absolutamente compatible con la indemnización legal tasada de 33 días por año. El TS hace tiempo que abrió esta posibilidad de lucrar una indemnización adicional en su pronunciamiento de fecha de 17 de mayo 2006 (rec. 4372/2004). Posteriormente, la STS de 20 de septiembre de 2011 (rec. 4137/2010) vino a avalar la anterior doctrina y, en estos momentos, no hay ninguna duda de que la indemnización adicional por daños morales debe ser reconocida cuando el incumplimiento empresarial haya conculcado algún derecho fundamental de la persona trabajadora que solicita la extinción de su relación contractual²⁴.

Si bien, en definitiva, lo que me gustaría plantear al hilo de este estudio es si la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pueden dar lugar a la condena de una indemnización adicional por daños morales. En este orden de valores, en principio, cabe asentar que el impago o retraso en el abono del salario, por sí mismos, no abren la posibilidad a que se condene a una indemnización adicional por daños morales. Podemos encontrar algún ejemplo judicial reciente que ha negado esta posibilidad cuando la empresa simplemente adeuda unas determinadas cantidades dinerarias y no ha quedado probado que concurren circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización adicional solicitada, por ejemplo, la especial gravedad, duración y consecuencias del daño (STSJ de Galicia de 21 de octubre de 2020, rec. 2435/2020). Con ello no se está descartando de raíz la posibilidad de acceder a una indemnización adicional en estos casos, pero, al contrario de lo que sucede con la extinción que se solicita por la vulneración de derechos fundamen-

[...] si la propia actuación empresarial, que se considera incumplimiento grave que justifica la resolución del contrato a instancia del trabajador, ha determinado una reducción ilícita del salario, la misma no puede tener eficacia para reducir la base del cálculo de la indemnización.

²⁴ Especialmente a razón de la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/2021, de 15 de marzo.

tales, en la que la reparación del daño moral es algo consustancial al propio incumplimiento empresarial, en el caso de las deudas salariales esta solo va a ser posible cuando la parte demandante trate de probar de algún modo el daño adicional producido. La acreditación de este daño adicional y la conexión de la falta de pago con la dignidad de la persona puede venir de la mano de supuestos en los que la deuda sea muy dilatada en el tiempo, es decir, cuando concorra una especial gravedad en el incumplimiento que, a la postre, deje a la persona trabajadora en una situación de vulnerabilidad en la que le resulte muy gravoso mantenerse en una prestación de servicios durante un largo periodo sin sustento económico. El problema principal reside, pues, en que a la hora de valorar la gravedad del incumplimiento que permite acceder a una indemnización adicional por daños morales nos movemos en un terreno muy inestable. El casuismo, por lo demás, es doble: de un lado, a la hora de valorar la especial gravedad de la deuda que pueda derivar en una indemnización adicional; de otro lado, la cuantificación del importe de la propia indemnización por daños morales, que no se encuentra tasada²⁵. Cuestión distinta es que el impago de salarios venga acompañado de otra serie de conductas ilícitas, tales como, por ejemplo, un «sistemático aislamiento físico y psíquico» del resto de la empresa, sin dar a la persona ocupación efectiva ni medio alguno para la realización de los cometidos de su categoría profesional, en cuyo caso, sí que cabe condenar a una indemnización adicional²⁶.

8. La dinámica de la extinción indemnizada en un escenario de insolvencia generalizada

El esquema procedimental visto hasta el momento puede variar cuando la empresa es declarada en concurso de acreedores. Parece evidente que, ante la situación de insolvencia generalizada, en la que la empresa atraviesa por dificultades económicas, el pago puntual de los salarios pueda verse comprometido. Lo anterior puede llevar a lo que doctrinalmente se han denominado como «acciones resolutorias estratégicas», que provocan un panorama disfuncional, puesto que ponen en liza el interés de la persona trabajadora en obtener una resolución indemnizada con el interés empresarial de aligerar masa salarial a través de una amortización de puestos de trabajo (Viqueira Pérez, 2018, p. 44). Para tratar de conjugar ambos intereses subyacentes, el texto refundido de la Ley concursal (TRLR) ha optado por arbitrar una solución para los casos en los que dentro del proceso concursal se entremezclan la acción de extinción ex artículo 50 del ET con la tramitación de un despido colectivo. En este sentido, el artículo 185 del TRLR ordena la suspensión del proceso

²⁵ A la hora de cuantificar el daño moral se puede acudir a sentencias recientes del TS, tales como, por ejemplo, la STS de 23 de febrero de 2022 (rec. 4322/2019) o la STS de 9 de marzo de 2022 (rec. 2269/2019).

²⁶ Podemos ver un ejemplo de lo anterior en un pronunciamiento ya lejano: STSJ de Madrid de 19 de noviembre de 2010 (rec. 1626/2010).

social que esté conociendo de las acciones que tengan «fundamento en las causas que determinan la extinción del contrato por voluntad del trabajador al amparo de la legislación laboral motivadas por la situación económica o de insolvencia del concursado». Cabe destacar que el precepto solamente establece algunas previsiones especiales para el caso de acciones ex artículo 50 del ET relacionadas con la situación económica de la empresa, por lo que es evidente que otro tipo de demandas planteadas por otros motivos no quedarán afectadas en ningún caso por este precepto²⁷. Aunque se ha opinado que la falta de pago o retrasos en el abono del salario tampoco serían objeto de paralización cuando se estén tramitando procesalmente por obedecer a causas distintas de las económicas, por ejemplo, como medida de presión para forzar otra serie de consecuencias por parte de la persona trabajadora (Viqueira Pérez, 2018, p. 52). En definitiva, la consecuencia jurídica prevista en el artículo 185 del TRLC, a la que más adelante me referiré, solamente se proyecta cuando la extinción basada en el artículo 50 del ET venga motivada por la situación económica de la empresa, y esto ocurrirá, principalmente, por falta de pago del salario o retrasos continuados en el abono puntual del mismo.

El precepto aludido ordena la suspensión del proceso social, siendo su objetivo principal el hecho de tratar de evitar que las personas trabajadoras, en atención al perjuicio causado, decidan poner fin a su relación laboral alcanzando de este modo una indemnización más elevada que la que les correspondería en caso de resultar incluidos en un despido colectivo (Altés Tárrega, 2012, p. 107). Por esta razón, la declaración del concurso de acreedores, por sí misma, no suspende los procesos laborales en curso, sino que esto ocurrirá a partir del momento en «que se acuerde la iniciación del procedimiento previsto en esta Subsección para el despido colectivo». Por consiguiente, la suspensión de los procesos sociales tendrá lugar con la admisión trámite del expediente de regulación de empleo (ERE) concursal por parte órgano de la jurisdicción mercantil encargado del concurso (momento en el que «se acuerda la iniciación»).

Lo anterior significa que, si la persona trabajadora ha interpuesto la demanda con anterioridad a la declaración del concurso, la admisión a trámite de un ERE concursal no va a paralizar el proceso judicial, que deberá seguir con su tramitación habitual. Así lo ha interpretado el TS en su Sentencia de 20 de julio de 2016 (rec. 3792/2014)²⁸, en la que adujo que solo se suspenden las demandas planteadas con posterioridad a la declaración del concurso y no

²⁷ Por ejemplo, cuando estén justificadas por un acoso sexual (STSJ de Andalucía/Granada, 20 de diciembre de 2018 (rec. 1763/2018), o bien por faltas de seguridad e higiene (STSJ de Murcia de 17 de octubre de 2018 (rec. 150/2018).

²⁸ En este sentido, se declaró que no procedía el archivo de las actuaciones y, por ende, que deben seguir su tramitación aquellos procesos judiciales iniciados antes de la declaración del concurso, pese a que cuando se inicie un ERE concursal sigan pendientes de resolución. En el caso resuelto por el TS las personas trabajadoras presentaron demanda ante el juzgado de lo social en fecha 3 de mayo de 2013, habiendo sido solicitada la declaración de concurso el 3 de junio de 2013 y declarado el 12 de junio. Puede verse en ese mismo sentido la STSJ de Madrid de 14 de noviembre de 2019 (rec. 505/2019).

las que se encuentran tramitando con anterioridad a dicha fecha. Ahora bien, ello no quiere decir, ni mucho menos, que, en su caso, el contrato se extinga en todo caso por la sentencia judicial con derecho a 33 días de salario por año de servicio. La solución va a depender de la resolución judicial que concluya primero: ya sea la seguida en la jurisdicción social o bien la tramitada ante el propio juez o jueza del concurso. Todo ello porque, tal y como quedó resuelto desde hace tiempo por parte de la STS de 5 de abril de 2001 (rec. 2194/2000):

[...] en tanto el contrato de trabajo esté vigente y el ERE iniciado antes de presentarse la demanda no se haya resuelto, no hay obstáculo legal alguno para la interposición de la aludida demanda y, por ende, que el Juzgado dicte sentencia resolviendo el fondo de la pretensión, ya sea para estimar la demanda, o ya para desestimarla [...]²⁹.

Por este motivo, la posibilidad de obtener una sentencia favorable de extinción con base en el artículo 50 del ET solo será viable en tanto en cuanto la relación laboral esté viva en ese momento. De lo contrario, tal y como también nos recordó la STS de 26 de octubre de 2010 (rec. 471/2010), respecto de los extintos expedientes administrativos de regulación de empleo:

[...] Mal se puede declarar que un contrato se extingue desde la fecha de la sentencia y con derecho a determinada indemnización [45 días por año de servicio], si el mismo ya había fenecido anteriormente por mor de una legítima decisión administrativa con otra indemnización [20 días por año de servicio]; por definición, solo cabe «extinguir» lo que esté «vivo».

En el seno del proceso concursal, la STS de 9 de febrero de 2015 (rec. 406/2014), señaló que mientras que

las demandas de extinción individual no estén resueltas por sentencia firme tales contratos siguen vigentes y, en consecuencia, los trabajadores vinculados a ellos pueden ser incluidos en la pretensión empresarial de extinción colectiva de todos los integrantes de la plantilla.

Podemos ver esta situación de una forma más gráfica en los hechos de la STSJ de Cataluña de 14 de diciembre de 2021 (rec. 5391/2021): a) se presentó demanda de extinción por la vía del artículo 50 del ET el 28 de febrero de 2018; b) se declaró el concurso el 12 de marzo de 2018 y se extinguieron los contratos el 8 de mayo (por auto del juzgado de lo mercantil); c) el 6 de marzo de 2019 se celebró la vista y se declaró que la «relación laboral afecta a la acción extintiva ejercitada ya no estaba vigente al momento de celebrarse el

²⁹ Véase, asimismo, la STS de 22 de diciembre de 2008 (rec. 294/2008).

acto de la vista del que trae causa la sentencia objeto de recurso», razón por la cual el órgano judicial no pudo declarar la extinción del contrato de trabajo por la vía del artículo 50 del ET y, en consecuencia, la relación quedó resuelta por el auto del juez del concurso (con una indemnización menor). En definitiva, cabe concluir que ambas modalidades extintivas pueden transitar en paralelo, por lo que en estos supuestos juega el criterio de la «prioridad temporal del efecto extintivo» (Viqueira Pérez, 2018, p. 59).

Volviendo de nuevo a la suspensión del proceso laboral, el artículo 185 del TRLC indica que «La resolución que acuerde la suspensión se comunicará a la administración concursal a los efectos del reconocimiento como contingente del crédito que pueda resultar de la sentencia que en su día se dicte, una vez alzada la suspensión». En este sentido, entiendo que el órgano de la jurisdicción social ordenará la paralización del procedimiento, pero, para ello, se le tendrá que poner en conocimiento el inicio de un ERE concursal de carácter extintivo (despido colectivo). Dado que, como luego veremos, es posible que el procedimiento ante la jurisdicción social se reanude con posterioridad, la administración concursal deberá calificar el crédito como contingente, puesto que no se sabe finalmente cuál será la cantidad indemnizatoria final.

Por último, de acuerdo con lo previsto por el artículo 185.3 del TRLC: «El auto que acuerde la extinción colectiva producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales suspendidos» y, añade algo que antes no se decía, «que se archivarán sin más trámites». Lo anterior significa que el órgano de la jurisdicción social queda vinculado por lo resuelto en el ERE concursal, que goza de carácter de cosa juzgada material (art. 421.1, párr. 2.º, en relación con el art. 222.4 LEC), lo que obligará a rechazar la pretensión deducida cuando la persona demandante haya quedado incluida entre las afectadas por el despido colectivo (Montoya Melgar, 2012). Por el contrario, si la persona no ha sido incluida en el despido colectivo (en los casos en los que no afecte a la totalidad de la plantilla), el proceso social retomará su tramitación y si se estima la demanda, el contrato se extinguirá con la sentencia y la indemnización coincidirá con la del despido improcedente (Altés Tárrega, 2012, p. 112).

Con base en lo que he ido explicando en los párrafos anteriores, los diversos escenarios que pueden darse en este punto son, básicamente, los siguientes:

- 1) Un escenario puede darse cuando la persona trabajadora solicita la extinción de su contrato por la vía del artículo 50.1 b) del ET con anterioridad a la declaración del concurso. En estos casos, el proceso social seguirá su curso sin producirse suspensión alguna y si concluye con anterioridad al inicio de un ERE concursal, la persona trabajadora tendrá derecho a una indemnización equivalente a la del despido improcedente³⁰. Por su parte, si el órgano judicial del concurso autoriza

³⁰ La STS (Sala de lo Civil) de 13 de julio de 2016 (rec. 413/2014) concluyó que si la sentencia se dicta dentro del proceso concursal, este crédito será devengado contra la masa.

un despido colectivo antes de que se dicte la sentencia tramitada en el seno de la jurisdicción social, la relación laboral se extinguirá con base a esta última vicisitud.

- 2) Un segundo escenario concurre cuando la persona trabajadora presenta demanda ante la jurisdicción social una vez que ya ha sido declarado el concurso de acreedores. En estos supuestos el proceso seguirá sus actuaciones con normalidad hasta que, en su caso, se admita a trámite un despido colectivo (ERE concursal). La anterior vicisitud supondrá la suspensión del proceso social iniciado por la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario. De tal manera que habrá que esperar para advertir si la persona demandante ha sido incluida o no entre las personas afectadas por despido colectivo. En este último caso, la extinción se producirá por el auto del órgano mercantil, por lo que el proceso social se deberá archivar.
- 3) El último escenario se produce cuando ya ha comenzado la tramitación de un ERE concursal. Indiscutiblemente, cuando el despido colectivo esté iniciado, las personas trabajadoras no pueden plantear ante la jurisdicción social una demanda por falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario o, cuando menos, este proceso no podrá desarrollar su tramitación, pues nacerá con una suspensión *ab origine*.

Referencias bibliográficas

- Altés Tárrega, J. A. (2012). *La competencia del juez del concurso en materia laboral: una revisión crítica a la luz de las últimas reformas laborales y concursales*. Tirant lo Blanch.
- Aramendi Sánchez, J. P. (2013). Objeto del proceso social. Pretensiones y acciones laborales. Acumulación de acciones y de procesos. En M. Nogueira Guastavino y G. García Becedas (Dirs.), *Lecciones de jurisdicción social* (pp. 137-166). Tirant lo Blanch.
- Elorza Guerrero, F. (2013). Reinterpretación judicial de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador ante impagos del empresario. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 118, 217-234.
- Esteve Segarra, A. (2013). La necesidad de vigencia del vínculo laboral en supuestos de extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador (a propósito de la STS de 20 de julio de 2012, recud. 1601/2012). *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 5, 81-106.
- Fernández-Peinado Martínez, A. (2021). Resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador por irregularidades en el abono del salario. La ampliación de la demanda «ex» art. 26.3 ET. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 246, 113-132.
- Fita Ortega, F. (2013). Las partes en el proceso laboral. En Á. A. Blasco Pellicer y M. Alegre Nuevo (Dirs.), *El proceso laboral. Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social*, vol. 1 (pp. 209-264). Tirant lo Blanch.

- Goerlich Peset, J. M. (2011). XII. La extinción causal por voluntad del trabajador (II): La resolución contractual del artículo 50 ET. En I. Albiol Montesinos (Dir.), *Extinción del contrato de trabajo* (pp. 767-885). Tirant lo Blanch.
- López Jiménez, J. M. (2015). *La extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador* [Tesis doctoral, Universidad de Valencia]. <https://roderic.uv.es/items/0a8f482b-9493-474f-a1a4-600890ef2872>
- López-Tarruella Martínez, F. y Viqueira Pérez, C. (2016). Extinción por voluntad del trabajador. En J. M. Goerlich Peset (Coord.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro homenaje a Tomás Sala Franco* (pp. 983-992). Tirant lo Blanch.
- Montoya Melgar, A. (2012). Contrato de trabajo y concurso de acreedores. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, 16, 25-42.
- Preciado Domènech, C. H. (2020). Extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, basada en el pago no declarado ante la Seguridad Social y la AEAT de una parte de las retribuciones. *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 7. https://doi.org/10.55104/RJL_00166
- Ríos Salmerón, B. (2007). Comentario al artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores. Extinción por voluntad del trabajador. En A. Montoya Melgar (Coord.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores* (7.ª ed.). Aranzadi.
- Sala Franco, T. (2023). *Derecho de las relaciones laborales*. Tirant lo Blanch.
- Sampedro Corral, M. (1995). La extinción causal del contrato de trabajo a instancia del trabajador. *Documentación Laboral*, 45, 29-66.
- Sancha Saiz, M. (2012). Artículo 50. Extinción por voluntad del trabajador. En J. Cruz Villalón, I. García-Perrote Escartín, J. M. Goerlich Peset y J. R. Mercader Uguina (Drs.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores* (2.ª ed.) (pp. 531-541). Lex Nova.
- Sempere Navarro, A. V. y San Martín Mazzucconi, C. (2001). *El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores*. Aranzadi.
- Sierra Herrero, A. (2007). Extinción del contrato por voluntad del trabajador (jurisprudencia en unificación de doctrina sobre el art. 50 ET). *Actualidad Laboral*, 6, 702-716.
- Todolí Signes, A. (2017). La falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario. En *La extinción indemnizada del contrato por voluntad del trabajador: artículo 50 ET* (pp. 73-98). Tirant lo Blanch.
- Viqueira Pérez, C. (1994). *La resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador por incumplimiento del empresario*. Civitas.
- Viqueira Pérez, C. (2018). La extinción del contrato por voluntad del trabajador en la empresa concursada. *Revista de Derecho Social*, 84, 43-68.

Eduardo Enrique Taléns Visconti. Actualmente es Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Valencia. También es Magistrado (Sup.) en el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. <https://orcid.org/0000-0002-0515-731X>

«Garantías multinivel» y «perspectiva de diversidad (género, discapacidad, infancia)» en el enjuiciamiento de los asuntos sociolaborales: avances y resistencias... y algún exceso

Cristóbal Molina Navarrete

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Jaén (España)

cmolina@ujaen.es | <https://orcid.org/0000-0001-8830-6941>

Extracto

Una de las innovaciones más relevantes en la interpretación y aplicación del derecho de los últimos años es la relativa a la perspectiva de género como método jurídico, a fin de realizar una igualdad efectiva entre mujeres y hombres. De forma pionera, el artículo 7 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, extiende esa comprensión de la perspectiva de género como principio informador del derecho a todos los ámbitos en los que se reconoce y garantiza la igualdad. Emerge, así, una nueva mirada para juzgar, la perspectiva de diversidad, especialmente relevante en la rama social del derecho. Este estudio hace un análisis crítico de esta metodología y valora las experiencias judiciales más recientes (años 2024 y 2025) al respecto, tanto las que considera usos correctos como los que entiende usos deficitarios.

Palabras clave: transversalidad de género; jurisdicción social; discapacidad; infancia; derechos laborales; garantía multinivel; ajustes razonables.

Recibido: 23-02-2025 / Aceptado: 28-03-2025 / Publicado (en avance): 10-04-2025

Cómo citar: Molina Navarrete, C. (2025). «Garantías multinivel» y «perspectiva de diversidad (género, discapacidad, infancia)» en el enjuiciamiento de los asuntos sociolaborales: avances y resistencias... y algún exceso. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 486, 49-84. <https://doi.org/10.51302/rtss.2025.24375>



"Multi-level guarantees" and "diversity perspective (gender, disability, childhood)" in the judgment of social issues: progress and resistance... and some excess

Cristóbal Molina Navarrete

Professor of Labour and Social Security Law.

University of Jaén (Spain)

cmolina@ujaen.es | <https://orcid.org/0000-0001-8830-6941>

Abstract

In recent years, one of the most relevant innovations in the interpretation and application of the Law is the integration of the gender perspective as a legal method, in order to achieve effective equality between women and men. In a pioneering way, article 7 of Law 15/2022, of July 12, comprehensive for equal treatment and non-discrimination extends this understanding of the gender perspective to all areas in which equality is recognized and guaranteed, especially with regard to childhood and disability. Thus, a new method of judging appears, the diversity perspective, especially relevant in the social branch of Law. This study makes a critical analysis of this methodology and assesses the most recent judicial experiences (2024 and 2025) in this regard, both those it considers correct uses and those it considers deficient uses of the praxis of the social forum.

Keywords: mainstreaming; social jurisdiction; disability; childhood; labor rights; multi-level guarantee; reasonable adjustments.

Received: 23-02-2025 / Accepted: 28-03-2025 / Published (preview): 10-04-2025

Citation: Molina Navarrete, C. (2025). "Multi-level guarantees" and "diversity perspective (gender, disability, childhood)" in the judgment of social issues: progress and resistance... and some excess. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 486, 49-84. <https://doi.org/10.51302/rtss.2025.24375>

Sumario

1. Introducción: creciente, pero inseguro, papel de la jurisdicción social para cerrar, o reducir, las fracturas entre normatividad y efectividad en la rama social del derecho
2. La jurisdicción, poder público vinculado por el principio internacional de la diligencia debida en perspectiva de diversidad (igual valor jurídico de la diferencia)
 - 2.1. Del patriotismo hermenéutico al sistema multinivel como método práctico, no retórico: ejemplos de indivisibilidad de los derechos e interacción de sus garantías
 - 2.2. El principio de diligencia debida en perspectiva de diversidad y su instrumentación en el proceso interpretativo-integrador a través de los juicios de convencionalidad
3. La caracterización jurídica del método de la perspectiva de gestión de diversidad: más allá de las recientes aportaciones de la doctrina constitucional en clave de género
 - 3.1. Nuevo paso hacia delante de la doctrina constitucional en la consolidación de la perspectiva de género: una categoría de análisis de la realidad y canon jurídico
 - 3.2. Ensayo de caracterización del juicio con perspectiva de (igualdad en la) diversidad (de género, discapacidad e infancia) como método hermenéutico obligatorio
4. Violencia laboral de género, prejuicio sexista y justicia judicial: un grave riesgo de revictimización institucional que no cesa de actualizarse, 20 años después
5. Un campo abonado a la perspectiva de diversidad: ¿quién debe jurídicamente tutelar la condición de especial vulnerabilidad de la familia monoparental?
 - 5.1. ¿Qué prestación por nacimiento para la familia monoparental?: la crítica por exceso de jurisdicción constitucional (uso social alternativo) y por defecto de canon de género
 - 5.2. El concepto de familia monoparental como concepto determinado por la función: una correcta relectura en perspectiva de diversidad para la prestación de IMV
6. Una aplicación conflictiva de la perspectiva de diversidad de género e infancia: ¿es lícito decirle a la trabajadora cómo debe conciliar corresponsablemente?
7. Un ejemplo de infravaloración judicial de la perspectiva de (igualdad en la) diversidad en espera de la proyectada reforma del artículo 49.1 e) del ET: una regla de equidad inversa
8. Reflexión final: ¿«esperando a Godot»?

Referencias bibliográficas

«El ruido de las carcajadas pasa. La fuerza de los razonamientos queda.»

«A veces damos el nombre de favor a la justicia, y creemos, de muy buena fe, que fuimos buenos y generosos, cuando no hemos sido más que justos.»

Concepción Arenal

1. Introducción: creciente, pero inseguro, papel de la jurisdicción social para cerrar, o reducir, las fracturas entre normatividad y efectividad en la rama social del derecho

Venía a decir, hace décadas, un magistral jurista italiano (Carnelutti, 1982, pp. XXIII-XXIV) que, el derecho, a diferencia de la ley, no sería realmente visible a la mirada humana previamente a su concreción en el proceso, esto es, antes de una decisión jurisdiccional forjada para el caso concreto. Consecuentemente, la norma jurídica efectivamente aplicable nunca sería apriorista, predeterminada en el texto de las leyes, sino el resultado *ex post* de un proceso interpretativo y de aplicación de aquellas dentro de un orden jurídico global que, además, debe entenderse de forma evolutiva, atendiendo al dinamismo, también a la diversidad (hechos diferenciales), de la vida social, económica y cultural en que deben ser aplicadas (art. 3 Código Civil –CC–). Claro que, para eso, habría que aceptar de forma generalizada, como terminó haciendo otro genio jurídico italiano (Calamandrei, 1950, p. 273), tras mudar de criterio (Monereo Pérez y Fernández Avilés, 2007, p. 283), que el proceso jurisdiccional no es silogístico (pura subsunción del caso en la ley), como se entendió en el positivismo formalista decimonónico. Al contrario, es el resultado, complejo, a menudo incierto, de un proceso hermenéutico en el que la comprensión del sentido práctico de la ley depende del sustrato sociocultural y socioeconómico sobre el que se asienta y que busca ordenar, no siempre de forma efectiva para los principios y los derechos fundamentales. De ahí, que se vuelva más inseguro y cambiante, a veces incluso relativamente imprevisible.

En una comprensión tan integral, dinámica y realista del proceso de interpretación y de aplicación del derecho legislado (producción legislativa) por el derecho vivo (filtrado por

parte de la jurisprudencia para definir su sentido práctico aplicable a cada caso concreto) tiene cabida la integración de todas las «nuevas miradas» («perspectivas») a los valores y principios del orden democrático, formal y material, de convivencia de cada sociedad en un tiempo dado, priorizados por su constitución y configurados como una suerte de «obras abiertas» a las demandas de cada momento histórico, social y cultural (Sentencia del Tribunal Constitucional –STC– 198/2012, de 6 de noviembre). Nadie duda de que, entre esos valores y principios destaca especialmente, de un lado, la igualdad, en su dimensión proactiva de sistema de garantías de la igualdad de trato (y oportunidades) y en la reactiva (prohibición de cualquier forma de discriminación, en especial por las circunstancias que han supuesto mayores agravios y desventajas en todos los planos de la vida –económica, laboral, social, política, cultural, etc.–, perpetuándose de derecho y/o de hecho) y, entre aquellas nuevas miradas, la perspectiva de género (Martínez Moreno, 2019; Molina Navarrete, 2020; Cavas Martínez, 2021; Poyatos i Matas, 2022). Aunque nunca han faltado quienes advierten de la «tiranía de los valores» (Schmitt, 2010), lo cierto es que el derecho legislado más reciente ha consagrado la igualdad y la perspectiva de género como un eje transversal de todo el proceso jurídico.

Inequívoca es, en este sentido, toda la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, pero en particular su artículo 4. Este, en sustancia, viene a actualizar y perfeccionar, ampliándolos a otros ámbitos de igualdad y no discriminación distintos al sexo y al género, los artículos 3 y 4 de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH). Si en su apartado 3 se reconoce el derecho a la igualdad de trato y la no discriminación como principio transversal en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas (lo que aquí llamo, como luego explicaré, la «perspectiva de diversidad»: la obligación de juzgar maximizando el favor hacia la igualdad de resultados en la valoración jurídica de la diferencia por cualquier razón socio-culturalmente discriminatoria), en su apartado 4 se ordena integrar en toda política antidiscriminatoria la perspectiva de género.

Es esta una ley muy innovadora, y toda por explorar en sus consecuencias prácticas más disruptivas. El sistema de garantías de efectividad de la igualdad efectiva presenta una alta carga axiológica. No sorprende que fuera impugnada, validándola la STC 89/2024, de 5 de junio. La mayoría afirma la constitucionalidad de la perspectiva de género. Aunque sin profundizar mucho en ello, el Tribunal Constitucional (TC) proporciona, así, mayor certeza al uso (Blázquez Agudo y Pérez del Prado, 2022, p. 4; Rojo Torrecilla, 2024) en la praxis jurídica. En consecuencia, para el TC, la perspectiva de género en toda política «se integra con naturalidad en la evolución normativa [...] y [...] finalidad de la Ley 15/2022», remitiendo a su precedente STC 34/2023, de 18 de abril.

Con ser ello relevante para nuestro estudio, por lo que se volverá sobre ello, no es lo más importante o significativo para el hilo conductor de este artículo científico-social, con vocación de construcción teórica (dogmática) pero dirigido a un uso, en el proceso social, eminentemente práctico (pragmática). En efecto, la Ley 15/2022 incorpora (una crítica en

Álvarez Cuvillo, 2024, p. 337), más bien concreta (los criterios ya están normativizados), en su artículo 7, pautas legales para orientar el proceso hermenéutico o comprensivo de las normas sobre garantía y promoción de la igualdad de trato, así como a la prohibición de discriminación, por toda circunstancia de estigmatización sociocultural o grupal, más allá del artículo 14 de la Constitución española (CE), no solo, pues, por razón de sexo y/o de género (para la distinción, incorporando el concepto de identidad de género, la STC 81/2024, de 3 de junio; Rivas Vallejo, 2024). A mi juicio, ha llegado el momento de dar el debido sitio a esta profunda innovación de método jurídico que, además de reafirmar el canon jurídico de género, más conocido, va más allá, porque, lo perfecciona y amplía a ámbitos distintos. Emerge, así, la necesidad de identificar, teórica y prácticamente, la metodología de «juzgar con perspectiva de diversidad», sea de género, sea de discapacidad, sea de infancia, sea de edad, sea de religión, etc.

Esto es, se trataría de elaborar y poner en práctica el método jurídico que facilite la selección de aquella interpretación que maximice la efectividad de la igualdad de resultados en la valoración jurídica de la diferencia que representa la situación de diversidad-vulnerabilidad en juego, sea única sea múltiple, como sucede con frecuencia. Una vez más, no se trata de una necesidad fraguada en el frío de la razón puramente especulativa o abstracta, sino que, a mi juicio, viene exigida por razones prácticas, relativas a la más reciente praxis judicial social.

Pienso, por ejemplo, en positivo, en la muy interesante Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Canarias/Las Palmas dictada en Pleno, 177/2025, de 30 de enero, que, siguiendo esta novedosa metodología jurídica, si bien no la define ni nomina como tal, alumbra un control de efectividad de la ley conforme a una triple perspectiva de igualdad de resultados de protección social (en el caso se trata, como veremos, de la prestación de ingreso mínimo vital –IMV–) en la diversidad (de género, de discapacidad y de infancia). Pero tengo igualmente en mente, ahora con una valoración no tan positiva, más bien, por las razones que desarrollaré con más detalle más adelante, mi juicio es crítico, por una doble deficiencia, por exceso (de jurisdicción) y por defecto (de perspectiva de género –que omite, por economía procesal, a lo que parece–, e incluso por la dudosa aplicación técnica de la perspectiva de infancia –a mi juicio, confunde el concepto de «diferencia» con el de «desigualdad»–), la muy celebrada STC 140/2024, de 6 de noviembre (crea como si fuese un legislador positivo el permiso de nacimiento y cuidado de 26 semanas para las familias monoparentales). Y, también la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 4/2025, de 14 de enero, que, banalizando la perspectiva de género, que reduce a un criterio a mayor abundamiento o de refuerzo, o, peor aún, la STS 1095/2024, de 12 de septiembre, que no solo termina neutralizando la faceta constitucional del derecho a la adaptación razonable del puesto por razones de conciliación ex artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores (ET) (omitendo también la renovada dimensión comunitaria), sino que subestima el significado de la perspectiva de género (e infancia), sobre un entendimiento errado –a mi juicio– de la doctrina constitucional.

Pero las razones de actualidad jurídico-práctica van más allá en esta clave de enjuiciamiento que ahora se propone. Me refiero ahora a la STSJ de Baleares 171/2024, de 7 de junio, en relación no solo con la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 18 de enero de 2024 (asunto C-631/22, *Ca Na Negreta*), sino también, y de forma muy especial, con el proyecto de ley de reforma del artículo 49.1 e) del ET que, al cierre de este estudio, está tramitándose aún en las Cortes Generales. Un retraso injustificable al tramitarse por vía de urgencia y pese a tratarse de una exigencia de adaptación razonable del puesto de trabajo (o recolocación en un puesto alternativo compatible) vigente desde el año 2003 (año de transposición de la Directiva 2000/78, de 27 de noviembre, hoy en el art. 40 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social –LGDPDIS–).

En este caso, por razones más bien de índole procesal y de equidad a favor de la empresa, se niega la obligación de adaptación razonable, que, sin embargo, sería una discriminación directa ex artículo 6.1 de la Ley 15/2022 de asumir esa perspectiva de diversidad, según el voto particular que la acompaña. Una doctrina judicial que más crea un obstáculo que lo remueve, a diferencia de otras decisiones jurisdiccionales, como la STSJ de Galicia 155/2025, de 15 de enero, que sí acogen esa perspectiva expresamente (una funcionaria en incapacidad temporal con un informe del servicio preventivo de no apta para el trabajo de docencia presencial, ni persona discapacitada ni en situación de incapacidad permanente declarada, demanda la adaptación del puesto para que mute en teletrabajo). Concluye (FJ Sexto) que hay incumplimiento de la obligación de adaptación, sea en virtud de la normativa preventiva (arts. 15.1 d) y 25 Ley de prevención de riesgos laborales) como por la afectación del derecho fundamental a la integridad física y moral en relación con la prohibición de discriminación por causa de discapacidad, interpretada la obligación de adaptación conforme a la jurisprudencia sobre la materia (en especial, STJUE de 18 de enero de 2024, asunto C-631/22, *Ca Na Negreta*, pues incluye un posible cambio de puesto de trabajo).

En todos los casos, o en la mayoría, sea cual sea el sentido del fallo, y se aplique o no, o de forma correcta o defectuosa, la perspectiva de género/diversidad, suele haber un elemento que hace de mínimo común denominador en el razonamiento judicial: un despliegue –a veces algo retórico– detallado de remisiones a normas internacionales y su praxis interpretativa. Es el caso tanto de la citada STSJ de Canarias/Las Palmas 177/2025, como de la referida STSJ de Galicia 155/2025. En la primera, hay referencias precisas a las recomendaciones generales del comité creado por la Convención de erradicación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), así como a su principio de diligencia debida, también en el acceso a la justicia (Recomendación n.º 33). En el segundo caso a la Observación general núm. 8 (2022), del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, apartado 29. Una referencialidad útil, no retórica, que, en una clara clave de juzgar con perspectiva de diversidad (igualdad jurídica en la diferencia en su condición de salud y capacidad), está de forma muy precisa y determinante en la STC 51/2021, de 15 de marzo.

Emerge, así, con fuerza el tan citado, y asumido, «enfoque de garantías multinivel», que, para el derecho del trabajo, de manera tan afortunada explicara el fallecido, y añorado, catedrático-magistrado constitucional Fernando Valdés (reconocimiento merecido que hago en esta mención). Un enfoque «innovador en el quehacer jurisdiccional», con claras y nada nuevas, sí muy devaluadas, referencias legales específicas (ej. arts. 30 y 31 de la Ley 14/2025, de 27 de noviembre, de tratados internacionales) del que, en modo alguno, ha querido prescindir, más bien todo lo contrario, el citado artículo 7 de la Ley 15/2022. En él se hace una doble proyección perfeccionada técnicamente del método o canon jurídico de género al de diversidad.

A saber:

- a) En el plano de los fundamentos jurídicos, hace una expresa remisión legal al sistema de garantías multinivel en toda su expansión, incluyendo la doctrina de los órganos de garantía de cumplimiento de los tratados ratificados (STC 61/2024, de 9 de abril).
- b) En el de las consecuencias prácticas, en términos de garantías desde la hermenéutica jurídica, porque consagra expresamente, positivizándolo, el principio de maximización de la efectividad de la igualdad en la diversidad o principio favor persona, valorando con igualdad de resultados las distintas diferencias (por género, discapacidad, edad, etc.).

Bien mirado, nada hay realmente novedoso respecto del extenso e intenso derecho interno, legislado y de derecho vivo (*nihil novum sub sole*), pues todas esas exigencias llevan años con nosotras y nosotros. Pero, entonces, ¿por qué resulta tan innovador en la práctica como incomprendido en la mayor parte de las situaciones? ¿Condena perpetua a la fractura entre normatividad y efectividad en materia de igualdad jurídica en la diversidad fáctica?

2. La jurisdicción, poder público vinculado por el principio internacional de la diligencia debida en perspectiva de diversidad (igual valor jurídico de la diferencia)

2.1. Del patriotismo hermenéutico al sistema multinivel como método práctico, no retórico: ejemplos de indivisibilidad de los derechos e interacción de sus garantías

Parafraseando el magnífico y pionero estudio del referido profesor Valdés (Valdés Dal-Ré, 2016), el juego operativo de este enfoque de garantías jurídicas multinivel de todos los derechos sociolaborales humanos, no solo los configurados como fundamentales en sen-

tido estricto en el orden constitucional español, cuya marcada diferenciación jerarquizada está completamente obsoleta, fuera de tiempo, al relegar esa condición formalmente solo a los derechos colectivos de libertad sindical y de huelga (art. 28 CE)¹, ha venido siendo, hasta hace apenas media década, muy oscuro. Y ello por la persistente resistencia judicial, favorable al «patriotismo normativo y hermenéutico». Hoy, con notables «luces» (como ilustran algunas de las experiencias judiciales analizadas en este estudio), sigue adoleciendo de significativas «sombras» (como también se refleja en algunos de los casos que aquí se comentarán para ilustrar el enfoque teórico-práctico que se quiere ayudar a construir en torno a la perspectiva de juzgar con diversidad).

Ciertamente, la extensión y complejidad del derecho legislado español sobre igualdad (en su vertiente de igualdad de trato y de prohibición de discriminación –para la diferencia conceptual y práctica, a menudo obviada, las SSTC 128/1987 y 67/2022, entre muchas; STS 149/2022, de 15 de febrero–), podría hacer pensar en un exceso de retórica internacional sobre derechos humanos. En todas las obras, monográficas o artículos, sobre estos temas hallamos capítulos enteros que se dedican a reseñar las normas aplicables nacionales y el resultado es formidable, impresionante, por las decenas de normas y los centenares de sentencias que le dan sentido práctico dentro del ordenamiento interno. La cláusula del artículo 14 de la CE es abierta, más con la Ley 15/2022 y la prevalencia de la efectividad se impone, al menos en la teoría (discurso).

Piénsese, por ejemplo, en la STC 26/2011, de 14 de marzo. Esta se vio en el brete de «inventar» una categoría jurídica de persona-grupo social discriminado por circunstancias familiares, para proteger al varón obstaculizado en su derecho de conciliación. La dificultad de acudir a la discriminación por razón de sexo en el caso², en un tiempo en el que la construcción de la «discriminación por razón de género» todavía estaba en ciernes (hasta las SSTC 67/2022 y 81/2024), y que hubiera permitido una visión más integradora, al igual que la discriminación refleja (pese a que la doctrina *Coleman* del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –TJUE– es del año 2008)³, llevó a tirar de la cláusula abierta del artículo 14 de la CE.

Por cierto, un «favor inventivo» asumido en la STC 140/2024 para la «discriminación por razón de infancia» (unidad monoparental). O la STSJ de Cataluña 660/2024, de 8 de febrero, que incluye la discriminación por parentesco ex artículo 17 del ET en la cláusula abierta

¹ Por ejemplo, ¿quién puede hoy negar seriamente la condición de derecho social fundamental humano a la salud en los entornos de trabajo? La citada STSJ de Galicia 155/2025 se plantea esta cuestión.

² Por cierto, que el artículo 4.2 c), en la redacción dada por el Real Decreto-Ley 5/2023, sí que asume una dimensión de la discriminación «unisex», para mujeres y hombres: «el trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres por el ejercicio de los derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral».

³ La STSJ de Galicia 1584/2021, de 16 de abril, califica como discriminación refleja el despido de un hombre que anuncia en la empresa el embarazo de su mujer.

ex artículo 14 de la CE (causa discriminatoria atípica), si bien no hay acuerdo en la doctrina judicial (excluye su inclusión en el art. 14 la STSJ de Galicia 5478/2022, de 7 de diciembre), incluso tras la ampliación de la Ley 15/2022.

¿Por qué, entonces, tanta referencia internacional últimamente? Porque una cosa es la representación normativa de la igualdad en la diversidad que presenta un orden jurídico interno, por más que se interprete, como el nuestro, de conformidad con el multinivel, en virtud del artículo 10.2 de la CE, y sus artículos 93 y 96, y otra cosa su efectividad. Si en un plano general los vicios jurídicos de ineffectividad de los sistemas jurídicos son una constante (Ferrajoli, 2004), lo son más en el plano de la igualdad, desde luego de género, pero también para la discapacidad, así como en otros ámbitos especialmente golpeados por estereotipos y prejuicios discriminatorios, o de estigmatización socioeconómica y cultural.

Y es aquí, precisamente, en esta falla abisal entre lo que se dice debe ser la igualdad y lo que es realmente en el derecho interno, donde el redescubrimiento de esta lógica de las garantías multinivel de los derechos sociales y laborales (sociolaborales) ofrece su mejor rendimiento garantista. Y ello por tres razones, básicamente.

De un lado, por la mayor orientación a la práctica que subyace en la comprensión de estas normas internacionales, tanto en su jurisprudencia como, más aún, en la reiterada, dinámica y ambiciosa doctrina interpretativa construida por los órganos de garantía encargados de vigilar por su cumplimiento. En este acervo hermenéutico hallaremos las posiciones más innovadoras, por la prevalencia del efecto útil de las normas para garantizar una igualdad de resultados. De otro lado, porque, para lograrlo, el método más extendido, como ilustran muy bien el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), es el asentado en la lógica de la «indivisibilidad de los derechos, civiles y sociales», frente a la radical distinción que venía anidando, y persiste, en la doctrina científica y jurisprudencia mayoritarias patrias, respecto de las garantías liberales (ej. prohibiciones de hacer, sanciones) y las garantías sociales (obligaciones positivas, prestaciones). Finalmente, por la persistente convicción interna de que las normas internacionales de los derechos sociales llaman al poder legislativo, su papel será *ex post* del desarrollo legal estatal (presunción de normas *non self executing*). De hecho, el nuevo artículo 4.4 de la Ley 15/2022, se refiere la perspectiva de género a las «políticas de discriminación», aunque el artículo 30 de la Ley 25/2014 presuma como regla la ejecución directa, salvo disposición expresa en contrario de la norma internacional.

Sin duda, algunos ejemplos de la praxis jurisprudencial social recientes pueden ilustrar el gradual, no lineal, proceso evolutivo en una dirección correctora de tales prejuicios. Así, la citada interpenetración entre garantías de efectividad de los derechos civiles en los sociales nos muestra en la instrumentación, consolidada por el TEDH, del derecho económico de propiedad al servicio del derecho social humano a prestaciones públicas (garantía de rentas sociales), que no se reconoce en el Convenio europeo de derechos humanos (CEDH) una experiencia paradigmática. El primero está protegido por el artículo 1 del Protocolo adi-

cional al CEDH, el segundo no, recogién dose en «cenicienta» hermana (arts. 12 y 13 Carta Social Europea). Destaca aquí el control de convencionalidad realizado –sin la transparencia debida– por el Tribunal Supremo (TS) a partir de la doctrina *Čakarević* (STEDH de 26 de abril de 2018, rec. 48921/13). Así se desprende de la jurisprudencia (últimamente, la STS 1186/2024, de 15 de octubre).

Cierto, la invocación de principios como la buena fe en tales casos (media un error por parte de la entidad gestora) podría llegar a análoga solución (ej. STS de 24 de septiembre de 1996, rec. 4065/1995). Pero ahora, el fundamento se sitúa en el sistema multinivel, en cierto modo desplazando la norma estatal.

Recuérdese que el artículo 55.3 de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS) fue la respuesta legal (Ley 66/1997) a una jurisprudencia social que obstaculizaba al interés recaudatorio de la Administración de la Seguridad Social y no contempla excepciones al deber de reintegro de prestaciones indebidas, incluso si media error imputable a la Administración. No es menor el «melón» que abre el TS más allá de estos casos, como sucederá en un campo, tan plagado de deficiencias y errores de gestión, como el IMV⁴.

Conviene cuidar el rigor. En este sentido, esta doctrina comienza a tener una excesiva invocación, a menudo en situaciones en las que no sería aplicable, como en el caso de la citada STSJ de Canarias/Las Palmas 177/2025. Como veremos, revoca la resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) en materia de reintegro de cobros indebidos, en el caso de IMV, expresando: «a mayor abundancia, debe recordarse la STEDH de 26 de abril de 2018, Caso *Čakarević c. Croacia*». A mi juicio, el extremo rigor que muestra la sentencia, a los efectos de juzgar con perspectiva de diversidad, corrigiendo el error interpretativo (que no de gestión) de la entidad gestora, se difumina en este *obiter dicta*. Su uso no puede responder solo a una exigencia de equidad de género frente a la vulnerabilidad.

Otro ejemplo, en el ámbito del derecho del trabajo, tiene que ver con la tutela que el TEDH ofrece frente al despido a través de su conexión con el derecho a la vida privada ex artículo 8 del CEDH (ej. STEDH de 9 de enero de 2013, rec. 21722/11, *Oleksandr Volkov v. Ukraine*, § 166). Lo refleja la Decisión de Fondo del CEDS de 22 octubre de 2022 (reclamaciones 181 y 182/2019, § 69). El CEDS remite a la exigencia de reparación de los daños a la vida social privada debidos al despido. En efecto, el TEDH recuerda que un despido injustificado afecta al «círculo relacional íntimo» y a «la esfera social». La pérdida del empleo perjudica el bienestar material personal y familiar, pero también psicosocial (ej. angustia, ansiedad; STEDH de 27 de julio de 2004, recs. 55480/00 y 59330/00, *Sidabras y Džiautas, v. Lituania*, § 48; STEDH de 21 de enero de 2014, rec. 34288/04, *İhsan Ay v. Turquía*, § 31), y sociales (Molina Navarrete, 2024, p. 27).

⁴ El inciso final del artículo 55.3 de la LGSS, pues, debe entenderse corregido por el derecho vivo, condicionado al respeto de los presupuestos de la doctrina jurisprudencial nueva (Vivero Serrano, 2024).

2.2. El principio de diligencia debida en perspectiva de diversidad y su instrumentación en el proceso interpretativo-integrador a través de los juicios de convencionalidad

Aunque no es el objeto de este estudio, esta última referencia muestra las dudas y defectos de la sala en el ejercicio de su competencia (STC 140/2018) para el juicio de convencionalidad. La de cal nos la proporciona, con alguna deficiencia (conversión de una regla de excepción ex art. 7 del Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo –OIT– en una regla general, con lo que la eficacia temporal se fija más de tres décadas después de entrar en vigor para España) la STS 1250/2024, de 18 de noviembre (audiencia previa al despido). Prima, así, la justicia multinivel sobre la inseguridad jurídica.

En cambio (la de arena), porque neutraliza ese juicio de convencionalidad debido, primando su posición tradicional en defensa de la norma nacional y su lectura más formalista, respecto del artículo 10 del Convenio 158 de la OIT, nos la ofrece la STS 1350/2024, de 19 de diciembre. El TS desempolva, así, la doctrina del carácter jurídico no directamente ejecutivo de la norma internacional, sin la mediación legal, que pareciera puede optar libremente por una indemnización cerrada. A mi juicio, y sin entrar en detalles, se insiste, ha tenido bastante que ver en esta diferente respuesta la posición mantenida por el órgano de garantía de cumplimiento del Convenio 158 de la OIT. En el primer caso, el juicio de convencionalidad del artículo 7 del Convenio 158 de la OIT atiende de una forma muy directa a las continuas reprobaciones que el Comité de personas Expertas en la Aplicación de los Convenios y Recomendaciones de la OIT –CEACR– ha hecho a España al respecto.

En cambio, en relación con su artículo 10, esa doctrina crítica y de reprobación del sistema de indemnizaciones tasadas no existe por parte de la CEACR. Sin embargo, sí que existe, y de forma muy directa (Decisión de Fondo de 20 de marzo de 2024), en relación con el artículo 24 de la Carta social europea revisada, como ha sido objeto de numerosos análisis, que huelga referir (Molina Navarrete, 2024).

En suma, se resuelva en un sentido u otro, en el marco de la política del derecho, también jurisdiccional, lo cierto es que tanto el derecho legislado (producción legal) como el derecho vivo (a través de la nueva vivencia del juicio de convencionalidad ex art. 96 CE que exigen los arts. 30 y 31 de la citada Ley 25/2014) más recientes no se entienden, en modo alguno, sin el refuerzo, a veces la imposición, aceptándose incluso a regañadientes por la ley estatal, de las miradas internacionales. Miradas o perspectivas que son especialmente significativas en relación con la valoración jurídica que merece, legal y jurisprudencialmente, la protección-promoción de la efectividad de la igualdad de resultados en la diversidad de situaciones o condiciones de personas y grupos y para las que, como se dijo, resultan centrales no solo las normas en sí, sino también, y sobre todo, las interpretaciones que llevan a cabo sus órganos de garantía, se trate o no de órganos jurisdiccionales, bastando que sean órganos de garantía de cumplimiento, se trate o no de sentencias, resultando su-

ficiente con que sean las decisiones que fijen la posición interpretativa más auténtica de esos órganos internacionales y que, por tanto, deben seguirse para la interpretación de la norma nacional, mediante el debido juicio de convencionalidad.

Ninguna duda existe ya al respecto para la perspectiva de género, no solo motor de impulso del derecho legislado sino para la formación del referido derecho vivo (jurisprudencia), de modo que entre los poderes públicos vinculados a ese principio quedan incluidos los órganos del poder judicial. Así lo recordaría la STS 576/2022, de 23 de junio (FJ 4), bajo el título «Doctrina general sobre la interpretación con perspectiva de género».

Pero al margen del fallo, como se dice, el método está presente y, en última instancia, en su trasfondo no estaría sino la garantía de efectividad del valor, principio y derecho fundamental de la igualdad, no solo formal ex artículo 14 de la CE, sino también, y sobre todo, sustantiva, ex artículo 9.2 en relación con el principio social del Estado constitucional y la justicia material que requiere sobre la formalista o legalista (*vid.* STC 12/2008, de 29 de enero, FJ 4). Al respecto, la CEDAW no solo renovó el marco normativo internacional, también promovió una dinámica de acción e interpretación más comprometida.

Primero a través del órgano de garantía, pese al importante número de reservas estatales cosechadas, después, por el impulso a un relevante proceso de conferencias internacionales para mantener un pulso de cumplimiento y evolución constantes, hacia ese objetivo final que es lograr la igualdad sustantiva entre los géneros. Tal y como se reflejó en la IV Conferencia de Beijing (1995), origen del concepto axial de transversalidad de género (*mainstreaming*), luego seguida y revisada a fin de que sus compromisos adquiridos no se queden en papel mojado. La OIT también avanza en esta senda (Cavas Martínez, 2021, p. 18 y ss.). Al margen de su útil «Guía de recursos sobre las cuestiones de género en políticas de empleo y del mercado de trabajo» (OIT, 2015), sin duda, en el ámbito normativo, resulta crucial su Convenio 190, al incluir la perspectiva de género en la prevención y erradicación de la violencia y el acoso en el trabajo⁵.

Estas referencias no son baladíes, pese a pertenecer a típicos instrumentos *soft law*, pues se recogen de forma repetida en la más reciente doctrina del TC en la materia, como la STC 44/2023, de 9 de mayo, que, entre las citas no normativas destacará las Conclusiones del Comité Económico y Social de Naciones Unidas, Resolución 1997/2, de 18 de julio. Referirá igualmente no solo a las normas del derecho de la Unión, sino también a sus

⁵ Para la violencia contra las mujeres es esencial el Convenio de Estambul, del Consejo de Europa, sobre prevención y lucha frente a la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica. Norma internacional referente para la renovación del marco normativo sobre la violencia sexual contra las mujeres que representó la Ley orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (LOGILS), que tiene importantes preceptos sociolaborales, incluyendo la violencia sexual contra las mujeres como riesgo en los entornos de trabajo (art. 12 LOGILS). Hoy, también de interés la Directiva 2024/1385/UE, de 14 de mayo, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica.

programas estratégicos (la Estrategia vigente es la de 2020-2025⁶), incluyendo la Comunicación de la Comisión Europea sobre transversalidad de género (*mainstreaming*), en virtud de la cual «decisiones políticas [o jurídicas –añadimos nosotros–], en principio, aparentemente no sexistas, pueden tener un diferente impacto en las mujeres y en los hombres, a pesar de que dicha consecuencia ni estuviera prevista ni se deseara».

El resultado de todo este entramado será la configuración de un nuevo principio general del derecho. Se trata del principio de diligencia debida en igualdad de género. En su comprensión, el artículo 5 a) de la CEDAW y, sobre todo, la doctrina de su comité, serán determinantes.

En efecto, según este artículo 5 a) de la CEDAW, se impone a los Estados la obligación de adoptar las medidas necesarias y adecuadas para modificar:

[...] los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres⁷.

El mandato es claro. Todo poder público, incluido el judicial, está obligado a remover los obstáculos y restricciones que, estén o no en las leyes, hagan de peor condición cualesquiera derechos (en nuestro caso sociolaborales) de la mujer respecto del hombre. En este sentido la Recomendación general núm. 28 del Comité de la CEDAW, relativa al artículo 2 de la CEDAW, recordó que los Estados podrán ser responsables de actos privados (ej. empresas) si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos de las mujeres, no solo, pues, para la violencia, incluida la debida reparación (por lo general indemnización). De este modo, si bien el concepto de diligencia debida se vincula de una forma particular a la protección efectiva frente a la violencia de género⁸, hoy adquiere un alcance general (ej. Directiva 2024/1760/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad), incluyendo el acceso a la justicia, según la Recomendación núm. 33 del Comité de la CEDAW (Miñarro Yanini y Molina Navarrete, 2023).

⁶ https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/gender-equality/gender-equality-strategy_es

⁷ En la misma línea la Recomendación general núm. 33 del Comité CEDAW sobre el acceso de las mujeres a la justicia (p. 3). <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10710.pdf>

⁸ Los artículos 5.2 y 18.1 del Convenio de Estambul recoge expresamente la obligación «para actuar con la diligencia debida» para prevenir, sancionar y reparar todo acto de violencia de género, incluida la indemnización adecuada en caso de actos violentos privados.

Puede pensarse que está claro, al menos en el discurso, pero su práctica es más decepcionante para la perspectiva de género. Pero ¿y para la de diversidad que proponemos? Ni conceptual, ni metodológica, ni normativamente hay duda para su proyección, como prueba la equivalencia del citado artículo 7 de la Ley 15/2022 al artículo 4 de la LOIEMH, al que perfecciona. La doctrina constitucional y judicial es inequívoca. En este sentido, bastará con recordar la doctrina de la STC 51/2021, de 15 de marzo, que sitúa el fundamento de esta perspectiva de igualdad de resultado en la conservación del empleo de personas con una diferencia de capacidad (discapacidad) en los artículos 14, 9.2 y 49 de la CE –este ya contempla el deber de los poderes públicos de igual valoración jurídica del hecho diferencial de las mujeres discapacitadas, tras la reforma del año pasado–.

Para concretar su contenido, además de a la jurisprudencia comunitaria y del TEDH, remite a la Observación general núm. 6 (2018) del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, esencial para dar cumplimiento a los mandatos que los artículos 9.2 y 49 de la CE imponen a todos los poderes públicos, incluidos a los tribunales (FJ 4). Como afirma la citada STSJ de Galicia 155/2025, esta sentencia constitucional resulta incluso más precisa que la mismísima STJUE de 18 de enero de 2004, *Ca Na Negreta*, a la hora de ponderar la relevancia de este derecho subjetivo a la adaptación razonable para la efectividad del derecho a la igualdad de trato y no discriminación por razón de discapacidad. Volveremos sobre ello.

3. La caracterización jurídica del método de la perspectiva de gestión de diversidad: más allá de las recientes aportaciones de la doctrina constitucional en clave de género

3.1. Nuevo paso hacia delante de la doctrina constitucional en la consolidación de la perspectiva de género: una categoría de análisis de la realidad y canon jurídico

Los estudios jurídicos relativos a la perspectiva de género como canon jurídico general, y social en particular, vienen centrándose en el TS. La cita de la doctrina constitucional suele ser más genérica, porque el concepto no habría entrado de lleno en sus sentencias, solo en votos particulares. En efecto, además de la recordada STC 26/2011, de 14 de marzo, será a la STC 111/2018, de 17 de octubre, a la que más nítidamente se le reproche desaprovechar la opción de aplicar una perspectiva de género, como haría el voto particular. Este dejaría bien visible el significativo prejuicio de género subyacente en la entonces legislación sobre permisos de nacimiento y cuidado (maternidad y paternidad), diferenciados en su duración, presuponiendo que el trabajo de cuidar recae mayoritariamente sobre las mujeres. La magistrada discrepante no ahorró una dura crítica por obsolescencia en el razonamiento constitucional.

Hoy la situación ha cambiado notablemente. Y junto a las sentencias que ya incluyen tal enfoque de efectividad de género en el enjuiciamiento, aunque no lo designen como tal (ej. en el ámbito de la conciliación, sobre el que volveremos, fue clave la STC 3/2007, de 15 de enero, seguida en otras más recientes como la STC 119/2021, de 31 de mayo), hallamos un ramillete de sentencias constitucionales que afrontan directamente el canon de género como elemento promotor de políticas de igualdad. En los recursos de inconstitucionalidad presentados por un sector minoritario, pero influyente hoy en la sociedad, lamentablemente, se identifica con una política de adoctrinamiento fundamentalista basado en la «ideología de género». Sin entrar en profundidad en su análisis, sí merece la pena destacar, brevemente, sus aspectos esenciales.

Además de la citada STC 89/2024, que validó constitucionalmente el artículo 4.4 de la Ley 15/2022, y la STC 92/2024, de 18 de junio, que desestima el recurso de inconstitucionalidad contra 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, es muy destacable la STC 44/2023, de 9 de mayo, que valida los preceptos de la Ley orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, rechazando «los reproches de inseguridad jurídica y de adoctrinamiento que se dirigen contra la expresión "perspectiva de género –*gender mainstreaming*–"». Aunque la Ley orgánica 2/2010 no la define, el TC recuerda que su significado, como «categoría de análisis» o «enfoque metodológico» para comprender la realidad desigualitaria entre mujeres y hombres y facilitar la realización de los compromisos normativos de igualdad material efectiva, sí ha sido precisado en el marco normativo multinivel, tanto internacional como comunitario, así como en las leyes internas.

Con estos precedentes de derecho legislado multinivel rechazará:

- a) que vulnere el principio de seguridad jurídica ex artículo 9.3 de la CE (la expresión «perspectiva de género» es susceptible de ser precisada, conforme a las reglas de interpretación admisibles en derecho, sin generar en sus destinatarios dudas insuperables);
- b) que viole las libertades ideológicas y educativas (arts. 16.1 y 27.3 CE), por cuanto no se trata de adoctrinamiento ideológico que comprometa la neutralidad del Estado, sino la debida orientación de un método educativo dirigido a los valores constitucionales, donde la igualdad es parte esencial de «una cultura de respeto y promoción de los derechos humanos». La Constitución es pluralista, pero no neutral con la realización del valor de protección de la igualdad efectiva atendiendo a todas las diferencias.

El TC recuerda que ya en la STC 34/2023, de 18 de abril (FJ 7) se enfrentó al enjuiciamiento de la validez de este canon jurídico. En este caso, el recurso de inconstitucionalidad presentado por el grupo parlamentario Vox fue contra la Ley orgánica 3/2020, de 29 de di-

ciembre, por la que se modifica la Ley orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación. Según se expresa en su fundamento jurídico 7, letra e), la «perspectiva de género» (arts. 22.3 y 35.1 de dicho cuerpo legal) se menciona como principio pedagógico de la educación secundaria obligatoria y del bachillerato. Las más recientes leyes se orientan en esta misma dirección, también en el ámbito sociolaboral (Miñarro Yanini y Molina Navarrete, 2023).

3.2. Ensayo de caracterización del juicio con perspectiva de (igualdad en la) diversidad (de género, discapacidad e infancia) como método hermenéutico obligatorio

Del juego combinado de la doctrina constitucional y jurisprudencial social cabría llegar a una caracterización jurídica básica del modo de proceder de la perspectiva de género en particular y, por su proyección ampliada en términos del artículo 7 de la Ley 15/2022, 12 de julio, del juicio con perspectiva de (igualdad de resultados en la) diversidad, en general. A saber:

1) Se trata de un método hermenéutico transversal (no solo jurídico, aunque aquí se centra en esa dimensión) cuya finalidad es garantizar y fomentar la igualdad entre mujeres y hombres, pero no exclusivamente, sino también la de todas las personas y grupos en riesgo de vivir, según la realidad social, condicionados por algunas de las circunstancias susceptibles de discriminación ex artículo 14 de la CE, y hoy ex artículo 2 de la Ley 15/2022.

Por tanto, tiene (i) una dimensión sociológica (categoría analítica de las realidades sociales desiguales entre diferentes personas y grupos por algunas de las condiciones personales y sociales ex art. 14 CE). De ahí su carácter evolutivo. Pero también, y sobre todo, presenta una faceta (ii) prescriptiva o normativa, por lo que no es solo «fuente» de pautas interpretativas para aplicar las leyes, sino también de criterios de corrección-integración por los tribunales. No son banales ni obvias ninguna de estas dos afirmaciones. La experiencia judicial muestra que la Sala IV no siempre tiene una comprensión correcta.

En efecto, si la comentada doctrina constitucional afirma esa visión de la perspectiva de género (el análisis sirve, por lo aquí explicado, para su proyección a la perspectiva de diversidad que aquí se defiende ex art. 7 de la Ley 15/2022) como una genuina categoría o un método de análisis, por tanto, valoración de la realidad social, la STS 1095/2024, de 12 de septiembre, no pareciera entenderlo así, cuando reprocha a la sentencia de suplicación social, que sí lo entendió como la doctrina constitucional propone, que la perspectiva de género es un criterio que no puede servir para «valorar hechos», solo para «interpretar las normas aplicables» (FJ 3, punto 5, párr. 5.º –en el mismo sentido, Auto del TS de 5 de noviembre del 2024, rec. 1211/2024–). Con ello se está orillando la dimensión de este canon o método como «justicia analítico-realista», a fin de identificar los estereotipos sociocultu-

rales o prejuicios sexistas que pueden condicionar, en cada caso, las respuestas jurídicas, afectando, por supuesto, a la fase procesal probatoria. El Comité de la CEDAW es inequívoco al respecto⁹. Cosa distinta es que permita alcanzar diversas valoraciones.

2) No es ideología jurídica de género, sino un imperativo de cultura basada en el respeto, así como la promoción (lógica proactiva) de los valores de convivencia democrática constitucional. La mayor formalización de este orden valorativo consensuado, aunque plural, reside en los derechos humanos constitucionalizados multinivel (insiste en ello la citada STC 92/2024, de 18 de junio).

Por tanto, si se practica con el debido rigor técnico, y no como una forma encubierta de decisión de equidad (uso social alternativo del derecho), se aleja del dogmatismo de género y de la inseguridad jurídica, sin prescindir del carácter valorativo de lo jurídico. Esto es, asume un derecho legal orientado a valores y un derecho vivo justo (jurisprudencia de valores –principio «pro o favor persona»– frente a la jurisprudencia de conceptos; Ollero Tassara, 1989, pp. 225- 241).

3) Este método jurídico o canon de control jurisdiccional difuso de la efectividad de las normas no es una opción interpretativa, sino un deber ineludible, por imperativo legal, para el proceso de búsqueda de sentido práctico de la norma en su aplicación singular.

Conviene no confundir el carácter debido de este método jurídico con la eventual obligación de su aplicación en todo caso. No es exigible, ni conveniente, porque se banalizaría o vaciaría de utilidad, en todos los casos en que participe una mujer. Precisamente, al ser una categoría analítica de la realidad, el método exige previamente ese análisis para ver si la situación está trufada de esos estereotipos sexistas o prejuicios socioculturales impeditivos o limitadores, a remover (art. 1.1, 9.2 y 10 CE).

Cierto, en muchos casos será notorio, lógicamente, por lo que apenas exigirá análisis previo en el proceso. En otros, no menos verdad es, la situación se mostrará más complicada, exigiendo desplegar un notable esfuerzo probatorio (ej. prueba estadística, trayectorias previas, etc.). Juzgar con perspectiva de género en particular, y/o de diversidad va más allá de la identificación de típicas conductas de índole discriminatorio, para atender a realidades de desventaja social (a menudo múltiples: género, edad, discapacidad, infancia, origen racial, orientación sexual, etc.), así como proponer medidas originales, a fin de garantizar resultados y efectividad (ej. deberes de adaptaciones razonables, el reconocimiento de acciones afirmativas, etc.). Hay que advertir de igual modo que, dado que hay que desvelar los posibles estereotipos sexistas, o de obstáculos a la igualdad en la diversidad

⁹ *Vid.* Recomendación general núm. 33 del Comité de la CEDAW de 3 de agosto de 2015. Justamente, la fase de pruebas y valoración de ellas es determinante en clave de género (y de diversidad), también de las más difíciles, sin duda. Un análisis detenido y preciso, por todas, en Poyatos i Matas (2022, p. 301).

–discapacidad, infancia–), se precisará de categorías de análisis de género extrajurídicas –sociológicas, psíquicas, clínicas, lingüísticas, estadísticas, etc.–, según un enfoque típico de normativismo realista (Ross, 2000).

4) Su aplicación a los diferentes procesos judiciales ha de hacerse de oficio, al margen de si es incluida esta perspectiva o no en el razonamiento de la parte afectada.

Al ser un imperativo constitucional e internacional ha de formar parte del juicio o proceso, en todas sus fases, sin distinción. No solo es una cuestión de hecho como categoría analítica típica del pensamiento (jurídico y social) realista (es realista porque aspira a proporcionar una comprensión del mundo tal cual es para ambos géneros, en especial para las mujeres, no tal cual lo ve el pensamiento dominante, masculinamente estereotipado en conductas, prácticas y leyes, también en sentencias), también es, y sobre todo, claro está, una cuestión eminentemente interpretativa. Por tanto, no puede quedar condicionada su aplicación por el estricto principio procesal civilista de la justicia rogada.

Son los tribunales, en todos sus niveles, los que deberán ser capaces de identificar, por sí mismos, sin perjuicio de la conveniencia de la colaboración de la parte actora (arts. 96 y 97.2 Ley reguladora de la jurisdicción social –LRJS–), como es lógico, por su propio interés, los contextos o entornos de asimetrías de poder por razón de género (ej. laboral) o de estructuras de desigualdad basadas en el género (para la Seguridad Social). En cambio, forma parte del principio de *iura novit curia* (para el órgano judicial *a quo* y para el órgano *ad quem* –que debe velar por el debido cumplimiento–, también en el ámbito de recursos de índole extraordinaria, como el de suplicación o el de casación en el orden social. Al igual que un tribunal no puede dudar en apreciar de oficio su competencia, esté en el nivel en que esté, la perspectiva de género y/o de diversidad tampoco puede preterirse por falta de alegación cierta o explícita, pues es un método de orden público social internacional, esto es, normas de derecho imperativo, de *ius cogens* (Poyatos i Matas, 2022, pp. 256 y ss.).

En caso opuesto, no solo se hace una inadecuada aplicación de las normas, contraria a la tutela judicial efectiva ex artículo 24 de la CE (al igual que cuando se hace una selección incorrecta de la norma, por no llevar a cabo el debido juicio de conformidad comunitaria –STC 232/2015, de 5 de noviembre– o el juicio de convencionalidad –STC 140/2018, de 20 de diciembre–), incluso con vulneración del derecho a un proceso justo ex artículo 6 en relación con el artículo 14 del CEDH, sino que se contribuye a una victimización añadida, con el consiguiente vicio para una justicia efectiva de la revictimización institucional. Ya hemos visto que los casos en España no cesan. La STC 48/2024, de 8 de abril, relativa al delito de acoso sexual en el trabajo, sobre la que se volverá con más detalle después, es un claro ejemplo de ello, solo corregido a medias, por cuanto el amparo otorgado no permitirá, como se verá, hacer justicia reparativa en modo alguno, asumiendo la revictimización secundaria como hecho consumado por primar la seguridad jurídica de un fallo judicial, aun claramente errado y sesgado en clave de género.

5) Este método hermenéutico afecta a la interpretación de las normas sustantivas y de las procesales, pues el acceso a una justicia efectiva forma parte del principio de diligencia debida en clave de diversidad (de género, de discapacidad, de infancia).

El Comité de la CEDAW (Recomendación núm. 33, de 3 de agosto de 2015, sobre el acceso de las mujeres a la justicia) identifica el principio de diligencia debida en el derecho procesal como un imperativo de «buena calidad del sistema de justicia». Sin embargo, los tribunales internos son más reacios a aplicar este criterio a la norma procesal. También suelen centrarse en este aspecto las mayores críticas a la aplicación de este canon o método jurídico para el enjuiciamiento. Por tanto, en más de una ocasión, el celo de ortodoxia procesal, orillando que es instrumento, no fin, pues el valor-derecho es el principio de efectividad de la justicia, sin indefensión, crea, en vez de remover, un obstáculo a la efectividad de la igualdad de resultado. Los supuestos de derecho legislado y de derecho vivo son más numerosos de lo esperable.

Así, muy doloroso, por el culmen de revictimización de una mujer doblemente acosada por razón de maternidad que significó, es la STS 330/2020, de 14 de mayo, cuyo riesgo de repetirse sigue vivo, porque la norma en que se sustenta sigue vigente, como es la exigencia de demanda judicial para dar por finalizada una relación laboral ex artículo 50 del ET –recientemente modificado, aunque no afecta a esta cuestión–, todo un «privilegio procesal» a favor de la empresa en estos casos (Molina Navarrete, 2020). Pero, en clave de diversidad, veremos algunos casos, como el que representa la citada STS de Baleares 171/2024, de 7 de junio, que termina primando el obstáculo procesal basado en el principio de congruencia y optando por una aplicación de equidad a favor de la empresa, «castigando» la falta de diligencia procesal del trabajador incapacitado.

El lado opuesto, como enjuiciamiento favorable a remover los obstáculos procesales a la tutela efectiva de la igualdad, lo hallamos en la STJUE de 27 de junio de 2024, asunto C-284/23. Sin referir a la perspectiva de género, de la que gusta el TJUE, pero sí al presupuesto que subyace, la efectividad de la protección del derecho de la Unión Europea antidiscriminatorio (también lo hace en clave de diversidad por razón de discapacidad), el TJUE se adentra en la perspectiva (mirada propia) de la mujer embarazada, para confrontar su estado psicofísico específico en tal situación con la capacidad real de presentar, en un tiempo reducido (caducidad), una demanda por despido, en una fase inicial o embrionaria, tanto que es posible que no conozca su situación hasta pasado el plazo legalmente previsto para recurrir. Para el TJUE, la diferencia biopsicosocial exige de la ley garantías especiales para remover todo obstáculo procesal legal (ej. plazos cortos de demanda).

Sorprendentemente, tampoco apela a la perspectiva de género (cierto, la doctrina nace en el ámbito de la protección reforzada de la mujer embarazada, pero se ha extendido, por ejemplo, a la protección unisex frente a represalias y en aras de la garantía de indemnidad –STS, 49/2025, de 23 de enero, que ya apela también a la vigorización de esta garantía tras la disposición adicional tercera de la Ley orgánica 5/2024, de 11 de noviembre, del dere-

cho de defensa–), ni tan siquiera a mayor abundamiento, la STS 91/2025, de 4 de febrero. Esta sentencia viene a consolidar su doctrina excluyente de interpretaciones rigoristas de las normas procesales que puedan obstaculizar la protección de una mujer embarazada, aunque no se pida esta nulidad en la papeleta de conciliación, sino en la demanda (o ampliaciones de ella).

6) La perspectiva de género en particular, y la perspectiva de diversidad en general, en modo alguno suponen una quiebra de la igualdad jurídica, sino una necesidad de hacer realidad, garantizar la efectividad de, la igualdad de resultado, no solo la formal.

La perspectiva de género (y/o de diversidad), incluso cuando exige incorporar la adopción de ciertas medidas positivas que corrijan el efecto perjudicial derivado de la aplicación estricta de la letra de la ley (piénsese, por ejemplo, en el derecho a la adaptación razonable del puesto de trabajo –por causa de conciliación de la vida laboral y familiar ex art. 34.8 ET; por causa de discapacidad, art. 5 Directiva 2000/78/CE, etc.–), no implica reglas de excepción, sino el reflejo de valores, principios jurídicos y derechos fundamentales. Por lo tanto, exige una interpretación expansiva, algo que no siempre entienden los tribunales, como el TJUE, a veces reactivo y reactivo a la aplicación del artículo 157.4 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (ej. construcción artificial del varón pensionista discriminado). Una norma fundacional esta que, como el artículo 23 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, configura como habilitación a la ley (o a otras fuentes, como la negociación colectiva –art. 17 ET–) para introducir las acciones positivas, no como obligación de los poderes públicos, versión más contundente que sí está en el derecho interno (art. 11 LOIEMH –«adoptarán medidas específicas a favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho [...]»–, en relación con el art. 9.2 CE).

En este sentido, la perspectiva de género en particular, y de diversidad en general, rechaza el «modelo de homologación jurídica de las diferencias», típico del ordenamiento liberal, pero con sustrato androcéntrico, para acoger el modelo de «igual valoración jurídica de las diferencias entre personas y grupos». Su fundamento es el principio normativo de la igualdad de resultados en los derechos (políticos, civiles, sociales) y exige un sistema de garantías capaces de asegurar su efectividad, removiendo los obstáculos de hecho y de derecho (Ferrajoli, 2004, p. 75).

7) La perspectiva de diversidad presupone en todo momento, como la metáfora del libro a los pies de Themis, la diosa mitológica de la justicia, una decisión basada en una ley (art. 117 CE), nacional o internacional, y a través de un criterio técnico de interpretación o integración de lagunas o corrección de antinomias.

Aunque no sea fácil, en muchos casos, deslindar las fronteras entre «integración jurídica» y «creación jurídica», es comprensible que una ciencia jurídica y una teoría hermenéutica del derecho entendida en esta perspectiva de juzgar con igualdad efectiva en

el respeto pleno de las varias condiciones de diversidad aquí analizadas (cada una en sí misma y en su concurrencia múltiple: discriminación interseccional) entren en concurrencia y límite «con la política del derecho, incluso con la lucha por el derecho y por los derechos tomados en serio» (Ferrajoli, 2004, p. 34). Pero es importante trazar límites (Cavas Martínez, 2021, p. 51 y ss.).

Pasar al «otro lado de la fuerza jurídica», al de la creación (libre) del derecho, sobre la excusa de la perspectiva de diversidad no deja de ser, en términos metodológicos una expresión de uso social alternativo del derecho. Y en términos normativos representaría una extralimitación de la jurisdicción, supliendo la jurisdicción a la ley, erosionando el principio democrático del Estado de derecho. Hay que evitar el vicio de exceso de aplicación de género-diversidad, para ir más allá del derecho legislado (como asumió con buen criterio la STS 169/2023, de 2 de marzo, pero ha rechazado, incurriendo en este vicio, la STC 140/2024, de 6 de noviembre –la perspectiva aplicada es de infancia, no de género–), como el contrario, de banalización interpretativa. En este vicio de desnaturalización o trivialización de la perspectiva de género ha vuelto a incurrir la STS 4/2025, de 14 de enero (FJ Cuatro). Volveremos sobre ella.

4. Violencia laboral de género, prejuicio sexista y justicia judicial: un grave riesgo de revictimización institucional que no cesa de actualizarse, 20 años después

Se han cumplido 20 años de la Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. Fue todo un hito jurídico, exportado a diversos países del mundo. Pero el tiempo ha hecho mella en ella y ya urge su reforma. Por fortuna, en un país extremadamente «polarizado político-ideológicamente», hay acuerdo muy mayoritario, no unánime –por el descuelgue de la ultraderecha, negacionista– para ello. Pero la actualidad también ilustra que, en su aplicación, fuera y dentro del ámbito laboral (violencia laboral de género), persisten notables déficits aplicativos, con la consiguiente revictimización institucional para las mujeres. Vicio jurídico inaceptable no solo porque la violencia laboral de género es la forma más grave de discriminación, sino por la existencia de un marco normativo reforzado, el Convenio 190 de la OIT, que sigue durmiendo el sueño de los justos en la praxis judicial.

En este escenario, el éxito de juzgar con perspectiva de diversidad de género en los procesos de prestación social para mujeres víctimas de violencia, en especial las de viudedad (ej. STS 300/2024, de 20 de febrero y STS 1206/2024, de 17 de octubre, que casa y anula la STSJ de Cataluña 2328/2022, de 13 de abril) contrasta con los procesos de violencia laboral de género, sexual y/o sexista, donde persisten los prejuicios y estereotipos de género. Claro es lo sucedido, ya en 2025, con la Sentencia del Juzgado Central de lo

Penal de la Audiencia Nacional 3/2025, de 20 de febrero, para el caso del «beso robado de Rubiales». Pese a constatar una agresión sexual (en el trabajo) la valora «leve», por no mediar violencia o intimidación, y la salda con multa de 10.800 euros, exonerándose del delito de coacciones¹⁰.

A fin de evitar enfangarnos en temas de gran calado mediático y polarización ideológica, vayamos a un caso resuelto (más bien conocido y juzgado, porque la solución es más que insatisfactoria para una perspectiva de justicia de género) por la STC 48/2024, de 8 de abril¹¹, que concede el amparo a una mujer, en un delito de acoso sexual en el trabajo. Aunque en los hechos haya grandes diferencias, en el fondo jurídico hallamos similitudes. Primero, la apelación penal, hace una rebaja de pena aplicando de forma sexista la atenuante de dilaciones indebidas (art. 21.6 Código Penal), imputando a la víctima tardanza en denunciar («tan grave no sería», vendría a decir la sala penal sevillana). Segundo, también en este caso, se exonera de un delito (en el caso lesiones), por infravalorar el punto de vista psicosocial de la víctima.

Aplicando la perspectiva de género en el juicio constitucional de amparo, el TC aprecia una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación con el derecho a no ser discriminada por razón de sexo (art. 14 CE). El TC reprocha a la sentencia penal que orille la perspectiva de género a la que obliga el artículo 49.2 del Convenio de Estambul. Tal forma de razonar desconocería las repercusiones específicas que los delitos relacionados con la violencia sexual tienen sobre sus víctimas, afectando a su conducta para la denuncia y persecución del delito. En cambio, rechaza la vulneración alegada de violación del derecho a la integridad moral (art. 15 CE) en relación con el artículo 9.2 de la CE. El voto particular concurrente reprocha este déficit. De haberlo hecho bien, concluye, sí procedería apreciar el delito de lesiones en relación con el artículo 15 de la CE. En fin, imposible sustraerme a la evocación de la sentencia del refranero popular: «consejos vendo y para mí no tengo».

¿Qué valoración debe merecer la sentencia constitucional? ¿Positiva, porque aplica el canon de género y ampara a la trabajadora, siendo «veniales» sus defectos técnicos? No lo creo. Ni se repara el daño, ni se satisface la debida justicia restaurativa de la igualdad de género. Porque, una vez más, se imponen en el caso los «principios clásicos» de protección del reo condenado firme como agresor sexual (esto ya se vivió con la célebre polémica de la ley del «solo sí es sí», al imponerse el principio jurídico de retroactividad de normas penales posteriores más favorables al moderno principio de género, pese a exigir-

¹⁰ https://www.eldiario.es/politica/jenni-hermoso-recurrira-sentencia-condena-rubiales-agresion-sexual-absuelve-coacciones_1_12073571.html

¹¹ La Audiencia Provincial de Sevilla aplicó la atenuante de dilaciones indebidas en grado de muy cualificada y dejó de aplicar el delito de lesiones, con el resultado de una sustancial rebaja de la pena que se saldó sin entrar en prisión, pagando una sanción y aceptando un curso de formación en género.

se legalmente la interpretación más favorable a la no discriminación de género –no entro en ese galimatías, jurídico¹² y político, solo lo recuerdo porque es pertinente–). Con el derecho penal hemos topado.

En efecto, la recurrente pidió no solo que se declarara contraria a derecho la decisión de apelación penal (petición declarativa), sino que se anulara y se volviera a la condena de la instancia penal (condenatoria). Pero el TC recuerda que este segundo pedimento contradiría la seguridad jurídica, en la medida en que su doctrina, «con determinadas excepciones puntuales», se ha mostrado contraria a la anulación de fallos penales absolutorios firmes o modificación de fallos penales condenatorios que impliquen un aumento de la condena. El resultado ha sido que el agresor sexual múltiple nunca fue a la cárcel, pues la pena se suspendió, al ser reducida, pagó una multa y asistió a un curso de respeto de valores de igualdad de género. En suma, una vez más la decepción de la justicia con perspectiva de género para las víctimas de esta violencia en el trabajo es tan intensa como para las de violencia de género de pareja.

¿No puede el TC –y/o el voto particular, que aquí calla– establecer una excepción? Una pena y una deficiencia notable de derecho constitucional justo en perspectiva de género.

No es el único caso que exhibe esta persistente presencia de prejuicios y estereotipos de género que terminan provocando déficits aplicativos de esta metodología, si bien, cierto es, en niveles superiores de la jurisdicción social terminan corregidos. Sería el supuesto de la STSJ de Galicia 5119/2024, de 8 de noviembre. Aunque ni en la «instancia social» ni en la suplicación hay apelación a este método, a mi juicio, el sustrato sobre el que se sostiene si está reflejado.

La sentencia estima el recurso de suplicación interpuesto, por una vigilante de seguridad, contra la Sentencia del Juzgado de lo Social (SJS) n.º 5 de A Coruña de 31 de mayo de 2024, dictada en juicio contra Trablisa (y dos compañeros –el responsable de equipo, acosador directo, y el coordinador del servicio–), empresa de seguridad en el aeropuerto de A Coruña. La sala declara violado el derecho a la integridad personal y condena al cese del comportamiento lesivo y a una indemnización de 20.000 euros, por no evitar que la mujer, víctima de violencia laboral, coincidiese con su compañero denunciado por acoso moral, pese a ser previsto así por el protocolo contra el acoso. Es una infracción preventiva de «especial gravedad, pues revictimiza a la trabajadora», dado que la sola posibilidad de esa coincidencia supone revivir la negativa situación psicosocial previa (enfoque reconstructivo de la realidad psicosocial de la víctima).

¹² Entre muchas, interesante la STS, Sala de lo Penal, 683/2024, de 27 de junio, que rechaza la revisión a la baja de pena porque entiende que, en realidad, la LOGILS no es más favorable, como se viene diciendo en prensa.

Cierto, puede pensarse que aquí lo que se infravalora es la violencia contra la trabajadora, no como mujer, pues el acoso es moral, no sexual ni sexista. Ahora bien, en el relato de hechos se conoce que otra trabajadora de la empresa formuló denuncia contra el condenado por acoso, que fue su pareja y que dio lugar a una condena por delito de vejaciones injustas continuadas. En fin, sin presumir nada, no parece que haya una distancia sideral entre la violencia de género y la violencia laboral de género: quien la practica en el primer caso ¿la proyecta en el segundo?

5. Un campo abonado a la perspectiva de diversidad: ¿quién debe jurídicamente tutelar la condición de especial vulnerabilidad de la familia monoparental?

5.1. ¿Qué prestación por nacimiento para la familia monoparental?: la crítica por exceso de jurisdicción constitucional (uso social alternativo) y por defecto de canon de género

Pero si una cuestión se presta especialmente al debate, científico, pero también de política democrática del derecho social, en torno a qué significa enjuiciar con perspectiva de diversidad, incluido el género, también la infancia, incluso la discapacidad, llevando al límite su alcance, esa es, sin duda, la relativa a qué fuente jurídica y cómo se protege de forma efectiva frente al plus (hecho diferencial) de vulnerabilidad de la unidad de familia monoparental. Primero fue la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo 1612/2024, de 15 de octubre, luego la STC 140/2024, de 6 de noviembre (seguida, entre otras por la STC 24/2025, de 27 de enero) las que reabrieron un debate que pareció zanjar la Sala IV.

Frente a esta «generosidad social» del derecho vivo, en el derecho legislado proyectado se prorroga (por enésima vez) el proyecto de nueva Ley de familia (presentado con simbolismo el 8 de marzo de 2024 estuvo en prórroga de enmiendas hasta el 19 de febrero de 2025), sin que el permiso ampliado aparezca. Que la Sala III y la Sala IV entren en una fragante contradicción no es ninguna novedad¹³, pero que el TC haga de auténtica fuente de legislación positiva (creación por su fuero de derecho nuevo) sí es más llamativo. El tema es muy conocido. Solo pretendo dejar constancia del uso intensivo, pero defectuoso, del canon de diversidad, sea de género sea de infancia. Crítica por exceso (de jurisdicción

¹³ Un ejemplo, en asunto muy diferente, la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 32/2025, de 16 de enero, en virtud de la cual el personal transferido por una reversión de servicio públicos es subrogado ex Directiva 2001/2023, pero a extinguir, privándosele de la condición de empleo público, para lo que necesitará acudir al temido proceso selectivo, pese a no ajustarse a la STJUE de 13 de junio 2019, asunto C-317/18, *Correia Moreira*, ni a la STS 85/2022, de 28 de enero –fijeza, pero con inamovilidad dentro de la unidad administrativa de adscripción–).

constitucional, al imponer al poder legislativo la valoración jurídica concreta la diferencia de vulnerabilidad monoparental –creo que los votos particulares llevan razón; una cosa es considerar discriminatoria la falta de protección, otra fijar el contenido–), otras por defecto (de perspectiva de género, que omite, por economía procesal, pese a invocarse en el recurso, ignorando la real diferencia de la unidad monoparental, confundiendo «diferencia» –que rechaza– con el «igualdad jurídica» –que impone–).

Brevemente, se recordará que la Sala IV rechazó la perspectiva de género. En el plano fáctico, porque «no existe un único modelo de familia monoparental» (los datos estadísticos del Instituto Nacional de Estadística revelan que «las familias monoparentales como la del supuesto son únicamente el 15,8 % de las que tal instituto califica como tales»).

En el plano jurídico, considero que la perspectiva de género no busca aquí corregir una discriminación, sino crear *ex novo* una medida que, de hecho y de derecho, funcionara como acción positiva correctora del déficit de protección a causa del plus –indudable– de vulnerabilidad de la unidad familiar monoparental (STS 1109/2024, de 12 de septiembre). Honestamente, el razonamiento de la –entonces mayoría– de la Sala IV me sigue pareciendo impecable en plano científico-jurídico, e incluso de política democrática del derecho social. A diferencia de la Sala III y del TC, y de la gran mayoría de la doctrina científica, sitúa el deber de diligencia debida en perspectiva de diversidad en el ámbito adecuado, el Poder Legislativo, pues el permiso de nacimiento no es un derecho de la unidad familiar, sino un derecho individual de cada progenitor en beneficio de la hija o del hijo a cuidar. El resultado es que, por imperativo jurisdiccional constitucional, y *contra legem*, una mujer o un hombre tendrán unas diferentes duraciones de permisos por el tipo de familia: biparental o monoparental.

No tengo ninguna duda de que es legítima esta diferencia de trato según el tipo de unidad, porque existe una clara diversidad fáctica, que debe valorarse de forma que garantice igualdad jurídica efectiva. Pero, en un Estado constitucional de derecho, el principio social de justicia no puede imponerse al principio democrático y debe ser el derecho legislado el que lleve a cabo esa debida corrección. La perspectiva de diversidad de infancia que asume (FJ 5), debida sin duda igualmente, tampoco puede llevar más allá que la perspectiva de género, en la medida en que el interés superior del menor debe concretarse a partir de la interpretación de las leyes, no sobre la creación de una nueva norma. En realidad, como se ha dicho, la sentencia establece un enfoque de igualdad de situaciones que contradice abiertamente la realidad, porque es a todas luces incomprensible que se entienda que la unidad monoparental es una situación análoga a la biparental cuando ni hay una sola unidad monoparental.

Causa cierta perplejidad que, el notable esfuerzo de síntesis del derecho de precedentes del TC, en materia de derechos de conciliación de la vida laboral y familiar, en lo que concierne a la larga secuencia de permisos, infravalore y prácticamente omita esta dimensión del juicio, con lo que se orilla la perspectiva de género (Martínez Moreno, 2024), quebran-

do en cierto modo la corriente a tal fin por la STC 3/2007. Hay un cierto giro, no solo conceptual sino de política del derecho, y la razón de ser hasta ahora principal de este sector del derecho legislado, tan dinámico, complejo y convulso, por influencia del derecho de la Unión Europea, la igualdad de resultados entre mujeres y hombres, a través de la corresponsabilidad muta en una perspectiva de infancia (art. 4.2 c) ET en la redacción dada por el RDL 5/2023, de 28 de junio).

Tampoco creo que esté todo dicho, pues ni el TC es infalible ni tiene ya la última palabra en un sistema multinivel. Primero, cuando un renglón de derecho se tuerce es difícil poner coto al desaguizado. Piénsese, para ilustrarlo, en la STSJ de Murcia 12/2025, de 9 de enero, que, aparentemente aplicando la doctrina constitucional, ha decidido conceder 32, no 26, semanas. Segundo, esta misma reclamación de 32 semanas, en vez de 26, es lo que se ha pedido al CEDS en la reclamación colectiva presentada, entre otros, por el sindicato vasco ELA. Sindicato que, además, está valorando la posibilidad de llevar al TEDH la STC 140/2024, precisamente por establecer «solo» 26 semanas y no 32, por lo que se mantendrían las diferencias entre las familias biparentales y las monoparentales. En fin, es lo que tiene el sistema multinivel y el dinamismo de la interpretación evolutiva, que nunca se llega a un resultado «satisfactorio». Finalmente, una vez que se abre la «veda creativa de normas» y el TC actúa como Poder Legislativo otros «poderes jurídico-fácticos», como el de gestión pública cautelar que representa el INSS, se animan no solo a elaborar criterios técnicos que emulan más bien a «reglamentos» (Criterio de gestión 20/2024, de 18 de diciembre¹⁴), sino que interpelan al TC (mediante un incidente de aclaración –Nieto Rojas, 2025–) para que le clarifique las «mil y una» cuestiones prácticas que esta «sentencia-ley prestacional *ex novo*» suscita, una vez que, lógicamente, en muchos casos la plena satisfacción *in natura* del derecho se vuelve imposible.

5.2. El concepto de familia monoparental como concepto determinado por la función: una correcta relectura en perspectiva de diversidad para la prestación de IMV

La arena, a mi juicio, de la comentada doctrina constitucional en perspectiva de diversidad convive con la cal de la precisa STSJ de Canarias/Las Palmas 177/2025, de 30 de enero. Como se anticipó, corrige una decisión de reintegro (400 €) por el cobro indebido de prestaciones de IMV, y denegación del complemento de familia monoparental de una mujer víctima de violencia de género, que a su vez convivía con su madre y hermana, con altas discapacidades (pretendió un complemento de discapacidad, pero no procedía). La distancia entre lo demandado (aumento de la prestación) y obtenido (petición de reintegro

¹⁴ <https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/61ac0093-55df-47ad-8819-c6944c161d38/CRITERIO+DE+GESTION+20-2024.pdf?MOD=AJPERES>

de parte de lo cobrado) no puede ser mayor. En la «instancia social» la respuesta, ortodoxa en términos formalistas, fue desestimatoria. Por fortuna, la luz jurídico-social se hizo, sin embargo, en la bien fundada sentencia de suplicación.

La cuestión litigiosa se centraba en fijar ¿qué ha de entenderse por familia monoparental ex artículo 10.2 c) del Real Decreto-Ley 20/2020 (art. 13.2 c) Ley 19/2021) de regulación del IMV en el contexto socioeconómico y cultural de una unidad integrada por tres mujeres adultas y una adolescente, la titular víctima de violencia de género, la madre de ella con discapacidad del 67 % y la hermana con discapacidad del 86 %? La sala revoca la sentencia de instancia, condenando al INSS al pago de 1.860,47 euros, equivalente al complemento del 22 % del IMV como familia monoparental. El INSS negó esa condición de familia monoparental porque la ley no contempla que pueda ser monoparental una unidad con tres personas adultas. La miopía jurídica del INSS en clave de diversidad (apelando a la Recomendación general núm. 25 del Comité de la CEDAW hay que recordar que no solo el género, también otras circunstancias como la edad, la clase social, la etnicidad, o la discapacidad, son fuente de estratificación y desigualdad) no puede ser más cegadora.

La sentencia recorre con detalle el marco normativo multinivel y pone en práctica el juicio de convencionalidad ex artículo 96 de la CE. De él concluye que el concepto «familia monoparental» en el artículo 10.2 c) del Real Decreto-Ley 20/2020 (hoy art. 13.2 d) Ley 19/2021) deberá reinterpretarse a la luz de este principio de civilización humanitaria internacional que es la diligencia debida en clave de derechos humanos. No es una voluntariosa construcción de equidad, es finamente jurídica, con precisión conceptual y técnica, recordando que el derecho legislado no contempla un solo concepto jurídico de unidad monoparental (por cierto, lo que ya apreció el TS al analizar el permiso de nacimiento y el TC desconoce), como en el artículo 182.3 b) de la LGSS o en la Ley 40/2003 de protección a las familias numerosas. En suma, en perspectiva de diversidad múltiple estamos ante una situación de vulnerabilidad en el trabajo de cuidar con identidad de razón, ex artículo 4 del CC, que las prevista legalmente como monoparental a efectos del complemento.

En este sentido, remueve el obstáculo cultural y socialmente existente por tales estereotipos que la ley hubiera debido contemplar previamente ex artículo 14 en relación con los artículos 9.2 y 10.2 de la CE, para no incurrir en una discriminación múltiple. No hay uso social alternativo alguno, sino la elección debida de la interpretación más favorable al canon o perspectiva de triple diversidad, como manda esa norma general de integración afirmativa que es el artículo 7 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, en relación con los artículos 9.2, 10.2, 14, 39 y 49, tomados en serio, no pura retórica de los derechos y garantías sociales. En otro caso, la ley incurriría en discriminación interseccional (Ferrando García, 2018; Rey Martínez, 2008), un vicio de ineffectividad del derecho a la igualdad de resultados en la diversidad que corrige una sentencia interpretativa en esta debida clave jurídica.

6. Una aplicación conflictiva de la perspectiva de diversidad de género e infancia: ¿es lícito decirle a la trabajadora cómo debe conciliar corresponsablemente?

Otro ámbito en el que la perspectiva de diversidad (género e infancia, pero no solo, porque también entran en juego otras fuentes de estratificación y estereotipación sociales, como edad, discapacidad, etc.) constituye un tópico jurídico, con sus ventajas, también sus inconvenientes (se dan por sabidas cosas que, en realidad, no se saben), es el relativo a los derechos y garantías de conciliación de la vida laboral y familiar (la personal queda mucho más difusa) en general, y de conciliación corresponsable en particular. El profundo sexismo que sigue existiendo en la distribución del trabajo de cuidar y la imperiosa necesidad de efectividad de los derechos reconocidos a tal fin, enfrentados de forma permanente a las necesidades de rentabilidad de las empresas, llaman a la integración del canon de diversidad en la interpretación y aplicación de los heterogéneos e inestables cuerpos legales en esta materia, hoy sujetos a profundas –e inexploradas– innovaciones de la Directiva 2019/1158 (Ballester Pastor, 2024).

Ahora bien, por lo que aquí concierne, por encima del discurso solemne que acepta la faceta constitucional de los derechos de conciliación (para una síntesis de doctrina desde la valoración de cal –concede el amparo–: STC 119/2021, de 31 de mayo; para idéntica síntesis pero valorando la de arena –deniega el amparo–: STC 153/2021, de 13 septiembre), su aplicación práctica es un campo minado para la perspectiva de diversidad, de género e infancia, porque conoce notables devaluaciones, impidiendo una tutela efectiva. A veces la subestimación se concreta en una llamada a mayor abundamiento para reforzar la regla que ya se ha definido, con los clásicos criterios de interpretación finalista (ej. STS 4/2025, de 14 de enero –decide que la reducción de jornada del 50 % por razones de guarda legal con cuidado directo de un menor de 12 años, cuando la trabajadora sigue prestando servicios en turnos de mañana, tarde y noche, no conlleva una reducción proporcional de la cuantía del complemento de turnicidad), con lo que nada aporta el canon, más que retórica de género. Pero con ser criticable por su trivialización como método hermenéutico singular, lo es más que resulte soslayado, en última instancia, se mencione o no nominalmente, en el control concreto dentro de un proceso del modo de ejercicio del derecho a la organización del cuidado más favorable al interés de la persona cuidada y su condicionalidad por las razones organizativas de las empresas.

Así sucede, por ejemplo, cuando la jurisprudencia niega el derecho subjetivo a la adaptación razonable del trabajo ex artículo 34.8 del ET en relación con el artículo 9 de la Directiva 2019/1158 (en línea con el reconocido en perspectiva de igualdad en clave de diversidad de capacidades ex art. 5 de la Directiva 2000/78), si la persona trabajadora no lo solicita de forma autónoma respecto del derecho subjetivo (pleno) a la reducción de jornada ex artículo 37 del ET (STS 983/2023, de 21 de noviembre, que remite a la STJUE de 18 de septiembre de 2019, asunto C-366/18). Por tanto, el TS, en vez de remover eventuales obstáculos a la

máxima efectividad del derecho fundamental, lo que hace es cargar a la trabajadora (la gran mayoría siguen siendo mujeres) con una carga formal en modo alguno explicitado por la ley. Justamente, la sentencia de suplicación recurrida y que es casada sí cumplió con ese deber de diligencia debida de género y obvió esa condición formal.

En realidad, en el fondo de esa tesis restrictiva subyace otra y es la que niega, en la práctica, pese a afirmar teóricamente la faceta constitucional de los derechos de conciliación, que negar injustificadamente por la empresa la adaptación del puesto solicitada por razones de ejercicio del derecho de conciliación signifique siempre conducta discriminatoria. Una posición restrictiva que repiten otras, como la STS 1095/2024, de 12 de septiembre, casando, de nuevo, la sentencia de suplicación que sí consideró, aplicando la perspectiva de género, la denegación del horario solicitado discriminatoria, derivándose una indemnización ex artículo 183 de la LRJS.

Para la sala no habría

dato del que concluir que la denegación de la concreción horaria que solicitaba la parte actora, cambiando el turno de tarde al de mañana y dejando de trabajar en fines de semana, se base en un factor relacionado con el sexo –por el hecho de ser mujer– sino que, si acaso, se estaría [...] ante una denegación neutra –afectante tanto a hombres como a mujeres [...].

Como no es razonable pensar en que tal neutralidad exista, la Sala IV acepta que la denegación sea un «indicio de discriminación indirecta a la que se refiere la sentencia recurrida». Ahora bien, a su juicio, no es suficiente, porque la empresa alegó –no probó– necesidades de tipo organizacional, y aunque no son suficientes en el plano de la legalidad ordinaria, no puede tenerse con un factor discriminatorio. La perspectiva de género no cambiaría el juicio, porque no sería un criterio valorativo de hechos, solo interpretativo de normas.

Ya tuvimos oportunidad de criticar esta afirmación, no confortada por la visión científica de este método y avalada por la doctrina del TC, dado que rechaza el valor del método de género para valorar las situaciones, cuando es una pieza esencial de este método. El flanco para la crítica es doble (en línea con el que amerita la STC 153/2021, que le sirve de –deficitaria– guía). De un lado, otra vez el Alto Tribunal, a diferencia de la sala de suplicación, crea un obstáculo en vez de removerlo en perspectiva de género, pese a invocarla, mal entendida, sin embargo, porque hace más severa la carga de la trabajadora en el proceso de lo que lo hacen la ley y la directiva. De otro lado, porque, el resultado final, es que, pese a ver cómo se le deniega el derecho sin causa justificada, no hay indemnización de todos los daños, incluidos los morales. Pero, bien conocido es, el Comité de la CEDAW insiste en la reparación adecuada como exigencia de diligencia debida. Ya, volvemos a la casilla de salida: no hay discriminación, se (mal) dice.

En suma, el TS crea, sobre una lectura –a mi juicio– errada de la STC 153/2021 (realmente no versa sobre una denegación de reducción de jornada, sino sobre una decisión de reducción concedida y acordada, pero que la trabajadora tiene por perjudicial), un nuevo tipo de denegaciones de reducciones y/o adaptaciones que, aun desfavorables y perjudiciales en clave de género, porque afectan de forma abrumadora mayoritariamente a mujeres, sin embargo, no se tienen por discriminación indirecta ni por obstaculización indebida de la igualdad. Si se confrontan la STC 119/2021 y la 153/2021 hallamos dos enfoques opuestos. La primera presume, o alivia, el perjuicio de género sobre la base de la limitada justificación de la empresa, la segunda descarta el perjuicio, sobre la base de una carga probatoria mayor a la trabajadora y una visión restrictiva del efecto perjudicial o de desventaja de género. Además, el TS termina por exigir un *animus nocendi* de la empresa. Pero esta intencionalidad dañosa ni se justifica constitucionalmente, pues cabe la violación de derechos fundamentales por el resultado, más si es una discriminación indirecta como esta, ni está, por supuesto, en la STC 119/2021 ni en la STC 153/2021.

Pero las deficiencias técnicas-decepciones de política democrática sustantiva aplicativas de la perspectiva de diversidad de género (e infancia, no se olvide) siguen. En la lista debe figurar también la corriente de doctrina judicial, avalada por el TS, sobre una interpretación equívoca del TC, que incluye en el control de justo equilibrio entre las razones de las trabajadoras y las de la empresa «juicio de conciliación corresponsable». En síntesis, significaría que se carga a la trabajadora con probar que su pareja no puede cubrir los déficits de la mujer para atender la necesidad de conciliar. Esta sombría doctrina –que crea obstáculos en vez de removerlos– es defendida por la sala canaria (ej. STSJ de Canarias/Las Palmas de 24 de abril de 2024, rec. 1561/2023), si bien es rechazada por otras, como la sala gallega y la sala de suplicación madrileña.

Precisamente, la STSJ de Madrid 950/2020, 17 de diciembre, revocada por la comentada STS 1095/2024 advirtió, a mi juicio con acierto, que el deber del otro progenitor de implicarse en el trabajo de cuidar no puede integrar el juicio ponderativo judicial. Porque, no es, en «ningún caso, competencia de los órganos judiciales determinar las formas de gestión interna de las familias». Al contrario, la perspectiva de género e infancia hace primar la autodeterminación de la trabajadora en beneficio de la persona menor cuidada, siempre que sea razonable atendiendo a las razones de empresa suficientemente probadas. No debe olvidarse su titularidad individual, personal, no de la unidad (como se dijo *ut supra*) o de la pareja o unidad familiar.

Esta doctrina judicial, a mi juicio inasumible en perspectiva de género y de infancia, suele invocar a su favor doctrina del TS (ej. STS de 26 de abril del 2023, rec. 1040/2020), que, a su vez, remite a doctrina del TC (STC 119/2021, de 31 de mayo, que a su vez reenvía a la STC 26/2011, de 14 de marzo). Sin embargo, esa jurisprudencia social no tiene debidamente en cuenta que la STC 119/2021, de 31 de mayo, en realidad, no entra a analizar con detalle esta cuestión, con lo que la deja en la penumbra. Por tanto, no contamos con una posición cierta del TC, al tiempo que debe ponderarse la protección de la vida privada ex

artículo 18 de la CE y ex artículo 8 del CEDH, máxime teniendo en cuenta que tampoco está previsto en la directiva comunitaria ni, probablemente, pasaría el test del TEDH (máxime si media reducción, pues parte de la conciliación la paga en dinero también la trabajadora, de ahí que casi nunca sean trabajadores los peticionarios).

7. Un ejemplo de infravaloración judicial de la perspectiva de (igualdad en la) diversidad en espera de la proyectada reforma del artículo 49.1 e) del ET: una regla de equidad inversa

Hablando de adaptaciones razonables, no cabe duda de que, en lo concerniente al método de juzgar con perspectiva de (igualdad de resultados) en la diversidad de capacidades, esto es, atendiendo a las más diversas situaciones de discapacidad, la mayor actualidad se cierne sobre la suerte del proyecto de ley de reforma del artículo 49. 1 e) del ET. Reforma también procrastinada.

Con entrada en el Congreso en el mes de septiembre pasado¹⁵, a la fecha de cierre de este estudio –abril de 2025– aún no se ha publicado en el BOE. Y ello pese a tramitarse por vía de urgencia. Una reforma más «a regañadientes». En efecto, se recordará que una palabra suya, del TJUE (aquí STJUE de 18 de enero de 2024), y los repertorios jurisprudenciales de décadas, aplicando la extinción automática en los supuestos de declaración por el INSS de una persona trabajadora en situación de incapacidad permanente, en cualquiera de sus grados, sin otra justificación y sin indemnización alguna, conforme al hoy vigente artículo 49.1 e) del ET, son papel mojado (aunque la jurisprudencia social no obligaba, solo facultaba –pero esta facultad era la regla general, salvo previsión convencional más favorable–). Al tiempo, para complicar, una nueva jurisprudencia, acompañada de gran polémica, considera incompatible el cobro de la incapacidad permanente absoluta (y «gran invalidez») con el trabajo, lo que se ha recogido tanto en la práctica de gestión administrativa como en el artículo 198.2 de la LGSS –modificado por la Ley 7/2024, de 20 de diciembre–¹⁶.

Decíamos que no es nuestro interés analizar esta espinosa cuestión. Lo que aquí sí importa es ilustrar lo relevante de una correcta comprensión de la perspectiva de diversidad

¹⁵ https://www.congreso.es/es/proyectos-de-ley?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_iniciativas_mode=mostrarDetalle&_iniciativas_legislatura=XV&_iniciativas_id=121/000033

¹⁶ Vid. STS 544/2024, de 11 de abril, y Criterio de gestión 11/2024, 13 de junio, sobre incompatibilidad de las pensiones de incapacidad permanente absoluta con trabajos que determinen la inclusión en el sistema de la Seguridad Social. Un sugerente análisis crítico por Esteban Legarreta y Arenas Gómez (2024).

para una aplicación correcta y justa de las nuevas condiciones jurídicas de estas situaciones extintivo-adaptativas, ilustrando al mismo tiempo sus dificultades y diferencias aplicativas que genera («ni contigo ni sin ti tienen mis males remedio», cabría razonablemente pensar si decimos que el proyecto de ley generará muchas controversias y su ausencia ya las está provocando). Y como siempre gustamos aquí, vamos a ejemplificarlo con una decisión judicial muy sugerente.

Nos referimos a la citada STSJ de Baleares 171/2024, de 7 de junio. El caso parte de una suspensión por expectativa de revisión por mejoría ex artículo 48.2 del ET en el que, transcurridos dos años, la empresa no adoptó ajuste razonable alguno y, cesado ex artículo 49.1 e) del ET es declarado en incapacidad permanente, solicitando un cambio de puesto de trabajo (sin concretarlo). En estas circunstancias, para la sentencia, no habría elemento de juicio suficiente para demandar un ajuste razonable, procediendo el cese. Para el criterio mayoritario, aunque la empresa no fue previsor en el juicio declarativo, antes o después alegraría y probaría lo imposible de la adaptación, sin que el trabajador tampoco probara que hay un puesto vacante alternativo y compatible con sus limitaciones (hecho constitutivo de la pretensión). Por tanto, no sería ni congruente ni equitativo asumir una adaptación del puesto imposible que, así terminaría por declararse en ejecución, pero con un coste indebido mayor.

En contra de esta posición hermenéutica, y con una relectura flexibilizadora, no rigorista, tanto de las normas procesales (congruencia) como sustantivas (derecho de la persona a ajustes razonables para apurar las oportunidades de conservación del empleo en caso de discapacidad), el voto particular considera nula la extinción, por exigirlo el cumplimiento prevalente del mandato de la doctrina del TJUE. En su virtud, la jurisdicción está obligada, si no puede alcanzar una interpretación conforme, a inaplicar las normas internas contrarias a los mandatos del derecho antidiscriminatorio de la Unión Europea relativo a los ajustes razonables ex artículo 5 de la Directiva 2000/78 y artículo 40 de la LGDPDIS. Una prevalencia que debe salvar (remover) cualquier forma de obstáculo procesal, no solo sustantivo.

8. Reflexión final: ¿«esperando a Godot»?

En fin, como vemos, no hay acuerdo, ni siquiera en la sala que más defiende esta perspectiva de diversidad, en el significado práctico del método. Quizás por esta zozobra, mayoría y voto convergen en pedir el auxilio del derecho legislado, a modo de reflexión de *lege ferenda*. La formulación, muy compartible, casi induce a ternura, apenas se contemple el cúmulo de vicios jurídicos del proyecto de ley (tan urgente como ralentizado en las Cortes, al igual que el proyecto de ley de familia), lo que, sin duda, decepcionará mucho a tan esperanzada sala de suplicación social. Pero esa es otra historia. Esta conviene terminarla, de momento, aquí.

La perspectiva de diversidad, como proyección a todos los ámbitos de producción legislativa y enjuiciamiento judicial a favor de la igualdad de resultados y prohibición de discriminación de todas las personas y grupos ex artículo 14 de la CE, como se refleja ahora en el artículo 7 de la Ley 15/2022, no puede ser ni una «vaina vacía» ni una nueva tiranía del valor de la igualdad, sino una vía de transformación del sufrimiento grupal (de género, de infancia, de discapacidad, etc.) en esperanza de igualdad real (de género, de discapacidad, edad, etc.). La Constitución está configurada para mantenerse en el tiempo, aunque no sea eterna o perpetua, por lo que, como obra abierta, está exigida de reinterpretaciones de conformidad con la realidad social.

Dice la Guía práctica del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ, 2016), y refleja la doctrina constitucional, que la perspectiva de género (pero también la de diversidad, como enseña la STC 51/2021), requiere razonar con un método diverso al propio de épocas pasadas, no como retórica, sino como criterio útil para remover todo tipo de obstáculos a la igualdad efectiva. Para ello, debe interpretarse con debida diligencia las leyes promulgadas en su desarrollo, conforme al espíritu de un nuevo tiempo. Si bien nadie osa (salvo una minoría) negar esta verdad, que no es ideología sino exigencia de un obligado compromiso con los valores democráticos constitucionales –TC *dixit*–, la práctica sigue siendo mucho más decepcionante.

Con todo, dicen que las «ilusiones» son a las personas lo que las «alas» a las aves, sobre ellas sostienen su vida. Confiemos en la capacidad de la doctrina científica para persuadir a cada vez más señorías sobre las bondades de un uso riguroso, virtuoso, no excesivo, del método o canon jurídico de juzgar con perspectiva de (igualdad de resultados en la) diversidad.

Referencias bibliográficas

- Álvarez del Cuvillo, A. (2024). *El concepto de discriminación grupal y su eficacia real en el ámbito de las relaciones laborales*. Tirant Lo Blanch.
- Ballester Pastor, M. A. (2024). Transponiendo a regañadientes la Directiva 2019/1158 de conciliación. *Revista de Derecho Social*, 108, 15-48.
- Blázquez Agudo, E. M. y Pérez del Prado, D. (2022). La Ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la Igualdad de Trato y la no Discriminación: un gran paso de final incierto. *FEMERIS: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, 7(3), 4-6. <https://doi.org/10.20318/femeris.2022.7148>
- Calamandrei, P. (1950). Processo e giustizia. *Rivista di diritto processuale*, 5(1), 273-290.
- Carnelutti, F. (1982). *La prueba civil* (Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo). Ediciones Depalma.
- Cavas Martínez, F. (2021). *La perspectiva de género como canon de enjuiciamiento en la jurisprudencia social*. Thomson Reuters Aranzadi.

- CGPJ. (2016). *Guía práctica de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Guias-practicas/Guia-practica-de-la-Ley-Organica-1-2004--de-28-de-diciembre--de-Medidas-de-Proteccion-Integral-contra-la-Violencia-de-Genero--2016->
- Esteban Legarreta, R. y Arenas Gómez, M. A. (2024). Incapacidad permanente absoluta, gran invalidez y su plena incompatibilidad con el trabajo. Comentario a la STS de 11 de abril de 2024. *Ius-Labor*, 3, 233-251.
- Ferrajoli, L. (2004). *Derecho y garantías. La ley del más débil*. Trotta.
- Ferrando García, F. M. (2018). La discriminación múltiple e interseccional en el ámbito laboral. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 428, 19-54. <https://doi.org/10.51302/rtss.2018.1482>
- Martínez Moreno, C. (2019). *Brecha salarial de género y discriminación retributiva: causas y vías para combatirlas*. Bomarzo.
- Miñarro Yanini, M. y Molina Navarrete, C. (2023). *Una reinversión sistémica de la Seguridad Social: reformas legales y reinterpretaciones judiciales de diligencia debida para corregir sus brechas de género*. Bomarzo.
- Molina Navarrete, C. (2020). *La doctrina jurisprudencial por discriminación de género en el orden social*. Wolters Kluwer.
- Molina Navarrete, C. (2024). «Aperturas» de las indemnizaciones «tasadas» por incumplimientos laborales e irrupción de su «efecto disuasorio»: entre dogmática (teorización) y pragmática (estudio de casos típicos). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 483, 17-48. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.22299>
- Monereo Pérez, J. L. y Fernández Avilés, J. A. (2007). La teoría del derecho en la obra de Piero Calamandrei. *Revista de Derecho Constitucional Europeo (ReDCE)*, 8, 263-298.
- Nieto Rojas, P. (26 de febrero de 2025). STC 140/2024 y la actuación del INSS. La urgente necesidad de una modificación legal para dar una respuesta satisfactoria a las familias monoparentales. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. <https://www.aedtss.com/stc-140-2024-y-la-actuacion-del-inss/>
- OIT. (2015). *Guía de recursos sobre las cuestiones de género en políticas de empleo y del mercado de trabajo*. Oficina Internacional del Trabajo. https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@ed_emp/documents/instructionalmaterial/wcms_374313.pdf
- Ollero Tassara, A. (1989). *Derechos humanos y metodología jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Poyatos i Matas, G. (2022). *Juzgar con perspectiva de género en el orden social*. Aranzadi.
- Rey Martínez, Fernando. (2008). La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 84, 251-283.
- Rivas Vallejo, P. (2024). Protección constitucional de la discriminación por identidad de género: prueba indiciaria y carga probatoria. *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 8. https://doi.org/10.55104/RJL_00572

- Rojó Torrecilla, E. (4 de julio de 2024). Ley 15/2022 de 12 de julio. Constitucionalidad de la perspectiva de género y de las limitaciones en la libertad de contratación por cuenta ajena en el sector privado. Notas a la sentencia del TC de 5 de junio de 2024. *Blog de Eduardo Rojo*. <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2024/07/ley-152022-de-12-de-julio.html>
- Ross, A. (2000). *Lógica de las normas*. Comares.
- Schmitt, C. (2010). *La tiranía de los valores*. Comares.
- Valdés Dal-Ré, F. (2016). *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras*. Bomarzo.
- Vivero Serrano, J. B. (14 de mayo de 2024). Jaque mate al reintegro de prestaciones indebidamente percibidas por error de la Administración. El control de convencionalidad a cargo del Tribunal Supremo. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. <https://www.aedtss.com/jaque-mate-al-reintegro-de-prestaciones-indebidamente-percibidas-por-error-de-la-administracion-el-control-de-convencionalidad-a-cargo-del-tribunal-supremo/>

Cristóbal Molina Navarrete. Árbitro laboral (SIMA y SERCLA). Asesor científico del Comité Económico y Social Europeo. Director del Laboratorio de Riesgos Psicosociales del Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales. <https://orcid.org/0000-0001-8830-6941>

Cobertura de déficits preventivos a través de la negociación colectiva: organización preventiva y representación especializada

Josefa Romeral Hernández

Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad Rey Juan Carlos (España)

josefa.romeral@urjc.es | <https://orcid.org/0000-0003-3260-8240>

Extracto

La seguridad y la salud en el trabajo están sujetas a continuos cambios y evolución de toda índole (económica, social, cultural, etc.) que sin duda inciden en las condiciones de seguridad y salud de las personas trabajadoras. La negociación colectiva es el instrumento idóneo para abordar y adaptar estos cambios a las necesidades empresariales. En este trabajo se aborda un análisis del tratamiento que la negociación colectiva da a materias como la organización de la prevención en la empresa y la gobernanza colectiva a través de la representación específica. El estudio abarca el análisis de las fortalezas y debilidades en estas materias de 582 convenios colectivos, ofreciendo propuestas que permitan optimizar la negociación para avanzar en la mejora de condiciones de trabajo, sobre todo en las pymes, donde se presentan las mayores carencias.

Palabras clave: negociación colectiva; representación especializada; delegado de prevención; comité de seguridad y salud; delegado de prevención territorial; organización preventiva; trabajador designado; recurso preventivo; servicio de prevención.

Recibido: 07-03-2025 / Aceptado: 03-04-2025 / Publicado: 07-05-2025

Cómo citar: Romeral Hernández, J. (2025). Cobertura de déficits preventivos a través de la negociación colectiva: organización preventiva y representación especializada. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 486, 85-120. <https://doi.org/10.51302/rtss.2025.24393>

Coverage of preventive deficits through collective bargaining: preventive organization and specialized representation

Josefa Romeral Hernández

Senior lecturer in Labour and Social Security Law.

King Juan Carlos University (Spain)

josefa.romeral@urjc.es | <https://orcid.org/0000-0003-3260-8240>

Abstract

Occupational health and safety are constantly evolving, influenced by various economic, social, and cultural factors that inevitably impact workers' health and safety conditions. Collective bargaining serves as a key instrument for addressing these changes and adapting them to business needs.

This study examines how collective bargaining regulates aspects such as workplace prevention management and collective governance through dedicated worker representation. It analyzes the strengths and weaknesses of 582 collective agreements in these areas, providing recommendations to enhance the negotiation process and improve working conditions—particularly in SMEs, where the most significant gaps are found.

Keywords: collective bargaining; specialized representation; prevention delegate; health and safety committee; territorial prevention delegate; preventive organization; designated worker; preventive resource; prevention service.

Received: 07-03-2025 / Accepted: 03-04-2025 / Published: 07-05-2025

Citation: Romeral Hernández, J. (2025). Coverage of preventive deficits through collective bargaining: preventive organization and specialized representation. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 486, 85-120. <https://doi.org/10.51302/rtss.2025.24393>

Sumario

1. Cuestiones previas
 - 1.1. La negociación colectiva como instrumento de progreso en la prevención de riesgos laborales
 - 1.2. Objetivo y metodología
 2. Tratamiento convencional de las modalidades de organización preventiva en la empresa
 - 2.1. La organización preventiva como ámbito normativamente abierto a la concreción convencional
 - 2.2. Elección de modalidades preventivas y su articulación
 - 2.2.1. La designación de personas trabajadoras como recurso preventivo
 - 2.2.2. La opción por el SPP o SPA: la persistente escasez de convenios que favorecen la internalización
 - 2.2.3. El papel de la negociación colectiva en la difusión de los servicios de prevención mancomunados
 - 2.2.4. La figura del recurso preventivo
 3. Tratamiento convencional de la gobernanza colectiva: las estructuras y funciones de la representación especializada en materia de seguridad y salud laboral
 - 3.1. Planteamiento general
 - 3.2. Derecho a la representación en materia preventiva: titularidad y ejercicio
 - 3.3. Configuración de la figura de la persona DPRL como principal canal representativo especializado
 - 3.3.1. Sistema de designación: personas electoras y elegibles
 - 3.3.2. Ámbito de actuación de la persona DPRL: cobertura de vacíos representativos especializados en las pymes
 - 3.3.3. Número de personas delegadas
 - 3.3.4. Competencias y facultades
 - 3.3.5. Garantías para la efectividad de sus competencias: formación y crédito horario
 - 3.4. Órganos de participación colegiada: la mayor atención convencional a los CSST y sus variantes
 4. Propuestas para el progreso
- Referencias bibliográficas

1. Cuestiones previas

1.1. La negociación colectiva como instrumento de progreso en la prevención de riesgos laborales

Cuando se van a cumplir 30 años desde la promulgación de la Ley de prevención de riesgos laborales –LPRL– (1995), es manifiesto que el sistema de prevención de seguridad y salud en los entornos de trabajo, así como sus políticas, públicas y de empresa, tienen planteados importantes desafíos de mejora, con objeto de reducir la siniestralidad laboral y mejorar las condiciones de vida y trabajo de las personas trabajadoras. Un doble imperativo que tendrá, además, una marcada impronta económica indirecta, al mejorar la productividad de las empresas y, por tanto, sus ventajas de sostenibilidad en el tiempo en mercados cada vez más cambiantes y competitivos globalmente. La Organización Internacional del Trabajo (OIT), coherente con esta idea, ha reconocido que la seguridad y la salud en los entornos de trabajo tienen la magnitud suficiente para incluirlas dentro de los derechos laborales humanos fundamentales¹.

Sin embargo, vistas las cifras de siniestralidad laboral existentes en España, donde han saltado las alarmas por el notable incremento de los accidentes de trabajo mortales (796 personas, un 10 % más que en 2023 –el segundo peor dato de la serie histórica–), también en más de una comunidad autónoma (por ejemplo, Castilla y León², Asturias³, etc.), no parece que haya muchos motivos para celebrar, sí conmemorar, este trigésimo aniversario. El crecimiento se produce tanto en los accidentes de trabajo de viejo cuño, conocidos en todos sus elementos desde hace décadas (golpes con objetos en movimiento, atrapamientos, caídas) como los más contemporáneos, denominados no traumáticos y registrados en el denominado PANOTRASS (infartos⁴, ictus). Lo más criticable es que buena parte de las causas se repiten desde hace años y, en buena medida, tiene un mayor protagonismo el

¹ Vid. Conferencia Internacional del Trabajo 110 (2022): <https://www.insst.es/documents/94886/2977663/OIT.pdf>

² Vid. Estaire Cabañas (2025): https://www.elespanol.com/castilla-y-leon/economia/empleo/20250206/ano-negro-castilla-leon-alarma-incremento-muertes-infartos-ictus-trabajo/922157872_0.html

³ Vid. RR. HH. Digital (2025): <https://www.rhhdigital.com/secciones/actualidad/764233/alarma-en-asturias-por-la-alta-tasa-de-accidentes-laborales/>

⁴ Como es sabido, no es fácil vincular el infarto al trabajo. Por ejemplo, es de interés el criterio restrictivo de la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 3 de febrero de 2025 (rec. 2707/2022).

menor tamaño de la empresa, sea por la externalización extrema de la actividad preventiva, sea por la falta de estructuras representativas.

La negociación colectiva ha podido corregir muy parcialmente algunas de esas brechas. Pero nos ofrece un panorama muy fragmentario y dispar, con grandes diferencias, por lo tanto, según el poder colectivo en cada unidad negociadora. Pero, como acabamos de recordar, el derecho a una protección eficaz de la seguridad y salud en los entornos de trabajo es un derecho fundamental humano de vigencia universal. Por tanto, sería conveniente una reforma legislativa atenta a estos factores causales de la mayor siniestralidad, aunque haya otros, naturalmente.

Una visión que está atendiéndose en España a través de la Mesa de Diálogo Social hoy abierta para la reforma de la LPRL. Pero, dada su complejidad y transcendencia, concierne también a la sociedad civil y económica implicarse más en ese proceso de transformación de los sistemas normativos de prevención de riesgos laborales y sus instrumentos de aplicación práctica. Con esta finalidad tanto las normas internacionales como nuestra Constitución reservan un papel espacial a los interlocutores sociales, a través de diversos instrumentos de diálogo social y negociación colectiva, pero especialmente mediante los convenios colectivos. Un desafío que los interlocutores sociales han asumido en el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (AENC) 2023-2025, con objeto de progresar en la efectividad de la regulación e implantación de las políticas de seguridad, salud y bienestar en los entornos de trabajo. Esta dirección es priorizada también por el Plan de Acción 2023-2024 de la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2024 (ESST)⁵.

La salud laboral es un deber compartido por todos que exige la colaboración entre instituciones (poderes públicos) y sujetos sociales. Por ello, la autorregulación colectiva y la gestión compartida de las políticas de seguridad y salud en los entornos de trabajo son fomentadas tanto por la OIT⁶ como por la Unión Europea en su marco jurídico y estratégico, poniendo de relieve la importancia de la negociación colectiva como vía de progreso en materia de prevención de riesgos laborales⁷. También en empresas multinacionales se han venido desplegando acuerdos marco globales, que hacen de la prevención de riesgos laborales uno de los ámbitos más explorados⁸.

⁵ <https://www.insst.es/documents/d/portal-insst/plan-de-accion-2023-2024-eesst-2023-2027>

⁶ Entre otros, Convenio 187 sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo (2006).

⁷ Como ejemplo, tenemos el Acuerdo marco sobre estrés laboral (2004); el Acuerdo de diálogo social multisectorial sobre la sílice cristalina (2006); el Acuerdo marco sobre violencia y acoso en el trabajo (2007); el Acuerdo marco para la prevención de las lesiones causadas por instrumentos cortantes y punzantes en el sector hospitalario y sanitario (convertido luego en una directiva y transpuesto por la Orden ESS/1451/2013); el Acuerdo sobre digitalización (2020), etc.

⁸ Puede verse un estudio al respecto en: Fernández Domínguez (2024); González Vidales (2024).

La negociación colectiva en materia de seguridad y salud laboral resulta esencial por varias razones: para concretar los deberes preventivos que la norma, en muchas ocasiones, redacta con cláusulas generales, dando certeza jurídica a las personas trabajadoras y empresas; haciendo una labor de suplementación de lagunas legales o necesidades surgidas de la propia transformación de la actividad laboral, a la vez que proporciona adaptación de las normas preventivas a las especialidades de cada sector y empresa (Navarro Nieto, 2004, p. 13).

En definitiva, la negociación colectiva, con su multiplicidad de instrumentos y niveles, no solo es el canal idóneo para avanzar en la participación de la gobernanza de la prevención de riesgos laborales, sino también una herramienta útil para la empresa que puede aportar mayor certeza jurídica a la hora de implantar las exigencias legales y obligaciones en la materia (Mercader Uguina y Muñoz Ruiz, 2002). Además, el carácter colectivamente negociado de esta materia ayuda a una mayor concienciación de las personas trabajadoras de su posición, no solo como beneficiarias de derechos, sino también como sujetos de deberes preventivos (art. 29 LPRL). Esta función de concreción de derechos y obligaciones que despliega el convenio ayuda a su vez a consolidar una cultura preventiva en la empresa, favoreciendo no solo el cumplimiento legal, sino consolidando buenas prácticas que mejoren las condiciones de trabajo y salud en los entornos de trabajo.

La LPRL es consciente del valor de la negociación colectiva en la materia otorgándole un papel tanto de mejora como de complementariedad⁹. Con frecuencia la ley delega en el convenio la regulación o especificación de determinadas previsiones normativas, limitándose a establecer principios generales que deben ser completados por la negociación (Lousada Arochena, 2012). De hecho, la disposición adicional séptima del Reglamento de los servicios de prevención (RSP –Real Decreto 39/1997, de 17 de enero–) ofrece un catálogo de materias donde la negociación puede desempeñar un papel complementario, como son los criterios para la determinación de los medios personales y materiales de los servicios de prevención propios, la planificación de la actividad preventiva y para la formación en la prevención de riesgos. En otros casos, promueve que la negociación colectiva asuma la función de regulación principal como es el supuesto de la representación especializada (art. 35.4 LPRL), incluso que las competencias reconocidas a las delegadas y delegados de prevención puedan ser ejercidas por órganos específicos creados en el propio convenio. Cuestiones que serán objeto de este estudio, como veremos.

⁹ Como indica la exposición de motivos de la LPRL, el marco legal se configura como una referencia legal mínima en un doble sentido: el primero, como ley que establece un marco legal a partir del cual las normas reglamentarias irán fijando y concretando los aspectos más técnicos de las medidas preventivas; y, el segundo, como soporte básico a partir del cual la negociación colectiva podrá desarrollar su función específica. El papel de la negociación es básicamente de mejora de una normativa mínima e indisponible, conforme al artículo 2.2 de la LPRL. Así reconocido por la doctrina. Entre otros: Palomeque López (1997, p. 248); Poquet Catalá (2021, p. 232).

Y junto a estas aperturas y concesiones legales a la negociación colectiva, conviene recordar que la ley siempre necesita de la negociación para concretarse de modo eficaz y efectivo en cada sector y en cada empresa, como recuerda el V AENC. No hay materia preventiva que, en realidad, esté vetada a la negociación colectiva cualquiera que sea el nivel. Teniendo en cuenta que los aspectos presentados como normas mínimas no serán dispónibles a la baja por la autonomía colectiva¹⁰.

1.2. Objetivo y metodología

En este escenario, este trabajo pretende hacer un análisis del tratamiento que la negociación colectiva da a materias como la organización de la prevención en la empresa y la gobernanza colectiva a través de la representación específica. Dos aspectos con amplias concesiones legales a la negociación colectiva y que presentan grandes carencias en la realidad operativa empresarial, sobre todo en las pequeñas y medianas empresas (pymes). El estudio centra la atención en la negociación colectiva de la Comunidad de Madrid, sin olvidar la negociación a nivel nacional. A la dimensión analítica del balance de la situación actual, se añade la comparativa con estudios anteriores (2017 y 2024)¹¹, para comprobar el avance o estancamiento en estas materias. Con ello pretendemos determinar las fortalezas y debilidades que manifiesta, y así poder determinar las mejoras a introducir que permitan optimizar la organización preventiva y la participación de las personas trabajadoras en la gestión de la prevención de riesgos laborales, haciendo incisión en las necesidades de las empresas pequeñas, las más mayoritarias en nuestro tejido productivo¹².

El trabajo deriva del *Estudio sobre negociación colectiva y prevención de riesgos laborales en la Comunidad de Madrid* (Molina Navarrete *et al.*, 2024), realizado en el marco del VI Plan director de prevención de riesgos laborales de la Comunidad de Madrid (2021-2024)¹³. La muestra del estudio se centra en 582 convenios con incidencia en la Comunidad de Madrid, para un periodo desde el año 2021 hasta 2024.

¹⁰ En el mismo sentido, Molina Navarrete *et al.* (2024, p. 26).

¹¹ UGT (2017); Miñarro Yanini y Molina Navarrete (2024).

¹² Donde se concentra el mayor número de accidentes como demuestran las estadísticas, junio 2024.
https://www.mites.gob.es/estadisticas/eat/eat24_06/ATR_06_2024_Resumen.pdf

¹³ Financiado por el Instituto Regional de Seguridad y Salud en el Trabajo de la Comunidad de Madrid.
<https://saludlaboralmadridugt.org/wp-content/uploads/2024/12/Estudio-Negociacion-Colectiva-y-PRL-2024.pdf>

2. Tratamiento convencional de las modalidades de organización preventiva en la empresa

2.1. La organización preventiva como ámbito normativamente abierto a la concreción convencional

La organización de la prevención es una obligación empresarial introducida por la LPRL en el marco del derecho de las personas trabajadoras a la protección de su seguridad y salud en el trabajo, sin la cual es imposible la implantación y gestión de un buen sistema de prevención (art. 14.2 LPRL). Ahora bien, dadas las diferentes características de las empresas y sus actividades, la ley la configura de manera flexible, admitiendo diversas posibilidades para adaptarse a las distintas situaciones empresariales (arts. 30 a 32 bis LPRL; RSP). Como se sabe, las posibilidades de organizar la actividad preventiva son básicamente:

- Asumirla personalmente.
- Designar a una o varias personas trabajadoras para llevarla a cabo.
- Constituir un servicio de prevención propio (SPP) (una subespecie es el servicio de prevención mancomunado).
- Recurrir a la concertación de un servicio de prevención ajeno (SPA).

La legislación no solo es consciente de que el éxito de la organización preventiva depende del grado de adaptación a las peculiaridades de la organización productiva, que no permiten una única opción generalizada de la materia, sino que precisa, para su concreción y eficacia, de la colaboración de la negociación colectiva. Por lo tanto, no solo de hecho, sino de derecho, se hace –conforme a la disp. adic. séptima del RSP– un llamamiento a la negociación colectiva, mediante los acuerdos del artículo 83.3 del Estatuto de los Trabajadores –ET– (acuerdos profesionales o interprofesionales para materias concretas), para que concreten aspectos que necesariamente la norma estatal ha tenido que dejar abiertos:

- Medios personales o materiales de los servicios de prevención propios.
- Número de personas trabajadoras designadas para desarrollar las actividades preventivas.
- Tiempo y medios de los que hayan de disponer las personas trabajadoras designadas.

Un escalón inferior de participación colectiva en esta materia, el artículo 33.1 b) de la LPRL, ordena el deber de consultar a la representación legal especializada (delegadas y

delegados o comités de seguridad y salud en el trabajo –CSST–) la elección del modelo organizativo de gestión de la prevención a implantar en la empresa. Una obligación a la que remiten con cierta frecuencia los convenios colectivos, recordándola, sin innovar o mejorar por lo común la formulación legal (por ejemplo, art. 40 Convenio colectivo –CCo– del sector de limpieza de edificios y locales).

En definitiva, el convenio se presenta como instrumento especialmente idóneo para el desarrollo y concreción de los aspectos más relevantes de la organización preventiva, lo que servirá tanto para una mayor calidad (efectividad) de la organización preventiva finalmente implantada como para mejorar la participación a través de la representación especializada en su eficacia. Pues bien, aunque formalmente es muy común que en los convenios colectivos se incluya una referencia a cuestiones organizativas preventivas, que, sin duda, van al alza, cuando descendemos al juicio cualitativo (satisfacción real y/o mejoras reales de la norma colectiva respecto de la legal), volvemos a encontrarnos con escasa adaptación e innovación, predominando transcripción de los preceptos legales, o remisión a la normativa legal preventiva. Veámoslo.

2.2. Elección de modalidades preventivas y su articulación

2.2.1. La designación de personas trabajadoras como recurso preventivo

El supuesto de designación de personas trabajadoras encargadas de la prevención (arts. 30.2 LPRL y 12-13 RSP) es, sin duda, un aspecto que deja mucho margen de acción a la negociación colectiva. A diferencia del resto de las modalidades de organización de la prevención, aquí no se concretan los casos en que debe aplicarse esta modalidad, pues la norma solo expresa los supuestos en que no será obligatorio su establecimiento (art. 12 RSP: si concurre cualquiera de las demás). De manera que estamos ante una modalidad organizativa básica para las empresas y a la vez complementaria cualquiera que sea la modalidad elegida, como recurso para una mejor adaptación y gestión de la prevención a las características de la empresa. De forma que pueden designarse personas trabajadoras: a) para la asunción de la prevención en empresas pequeñas de hasta 10 personas empleadas; o que, b) tratándose de empresas que ocupen hasta 25, cuenten con un único centro de trabajo y el empresario haya optado por no asumir la prevención; c) cuando se constituya SPP o se recurra a SPA y aun así se considere necesario su nombramiento para que ejerzan funciones básicas que complementen la acción preventiva. Tiene, pues, junto a ese inconveniente de no ser muy valorada por la ley, el favor de quedar en manos de la autonomía colectiva. Cuando se opte por la figura de la persona designada, esta deberá tener, eso sí, un mínimo de formación preventiva adecuada a las funciones asignadas, además de disponer de los medios y el tiempo necesarios para su desempeño (arts. 30.2 LPRL y 13 RSP en relación con el cap. IV RSP).

Por tanto, existen varios aspectos relevantes que la norma no precisa y que por ello deberían concretarse a través de la negociación colectiva, o al menos poner las bases para que en el seno del CSST se debata y acuerden los aspectos concretos (por ejemplo, criterios de determinación relativos a su elección –contratados *ad hoc* o bien seleccionados entre la plantilla–, número de personas a designar, las reglas de nombramiento y cese como garantía de estabilidad en los puestos de prevención, funciones, nivel de formación, tiempo del que dispondrán para el ejercicio de funciones asignadas, y adecuación de la retribución a las responsabilidades que se deriven de sus nuevas competencias). Sin embargo, son pocos los convenios que cumplen satisfactoriamente estas misiones, remitiendo a la ley o transcribiéndola, a pesar del gran papel que pueden desempeñar como coadyuvante en cualquiera de los modelos por los que la empresa opte.

Al respecto, de interés es el CCo de la empresa Transitorios de Madrid. En su artículo 9 establece de forma genérica que, en cumplimiento del deber de prevención de riesgos profesionales, el empresario designará una o varias personas trabajadoras para ocuparse de dicha actividad, garantizando una formación mínima de nivel básico y su obligación de colaborar con el entramado preventivo, incluyendo al CSST, actuando aquí como asesor. Tratándose de un convenio de empresa (en el caso de los convenios sectoriales sería más comprensible) es de esperar una mayor concreción y ambición reguladora, por ejemplo, delimitando el número de personas designadas, no dejándolo abierto a la decisión empresarial unilateral.

En esta línea se sitúa también el CCo del sector de estacionamiento regulado de superficie y retirada y depósito de vehículos de la vía pública (art. 66). Establece que su número se determinará en función del volumen ocupacional de cada plantilla y teniendo en cuenta los distintos turnos de trabajo. Este convenio, como otros muchos, también regula la designación de la persona o personas encargadas de las medidas de emergencia y primeros auxilios¹⁴. Los convenios sectoriales (por ejemplo, art. 40 CCo del sector de limpieza de edificios y locales de la Comunidad de Madrid) tienden a recordar el carácter complementario de esta figura, facilitando la interlocución y colaboración con el SPP o, sobre todo, el SPA.

En cuanto a las garantías de estos trabajadores y trabajadoras frente a represalias o sanciones de las que puedan ser objeto en el ejercicio de sus funciones, recordemos que el artículo 30.4 de la LPRL precisa que no podrán sufrir ningún perjuicio derivado de su actividad preventiva, asignándoles, en particular, las garantías que el artículo 68, letras a), b), c), y el artículo 56.4 del ET establece para la representación de las personas trabajadoras en el ejercicio de sus funciones. Al respecto, la reciente STS de 20 de enero 2025 (rec. 5028/2023) les amplía la protección al establecer que dichas garantías son horizontales,

¹⁴ En sentido análogo, el VII CCo estatal del sector de aparcamientos y garajes; y el CCo del sector de aparcamientos, garajes y estaciones terminales de autobuses de la Comunidad de Madrid, entre otros muchos.

operan tanto si la sanción es por asuntos relacionados con la prevención de riesgos laborales como con otras cuestiones. Así pues, ante la declaración de improcedencia del despido disciplinario de un trabajador designado por conductas relacionadas con la actividad laboral, que nada tienen que ver con su labor preventiva, se le reconoce el derecho de opción por la readmisión o la indemnización, así como los salarios de tramitación a los que se refiere el artículo 56.2 del ET¹⁵.

2.2.2. La opción por el SPP o SPA: la persistente escasez de convenios que favorecen la internalización

La opción legal por un SPP o un SPA es frecuentemente referida por los convenios. Pero estos no suelen actuar ni como fuente decisoria ni como condicionante de esa decisión empresarial, respetando, lógicamente, los requerimientos legales para la constitución obligatoria del SPP. Según la normativa preventiva (arts. 32.4 LPRL y 15 RSP). Lo que no deja de sorprender un poco, porque, como se apuntó, la LPRL ha querido expresamente que la autonomía colectiva actúe en la concreción de varios aspectos relevantes que la ley deja deliberadamente imprecisas (disp. adic. séptima RSP).

De este modo, la negociación colectiva realmente practicada, frente a la negociación potencialmente contemplada en la LPRL, no ha desplegado una contribución determinante en aspectos tales como:

- Precisar medios personales y materiales del SPP, según tamaño y dispersión.
- Con qué especialidades debe contar según la actividad y riesgos que genere.
- Los criterios de determinación de la elección de este personal técnico y su formación.
- Si se integrará personal técnico de nivel medio y en qué número según los criterios anteriores.
- Qué actividades van a asumir y cuáles se concertarán con SPA.
- Coordinación de los integrantes del SPP, que según el artículo 15.2 del RSP debe darse, así como entre estos con el SPA de existir y con la representación laboral.

¹⁵ En esa línea, la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sentencia de 9 de febrero de 2023, asunto C-453/21) afirma que, en caso de destitución de un trabajador que ha sido designado por el empleador como delegado de protección de datos, el régimen jurídico de garantías que la legislación de un Estado miembro, compatible con el derecho de la Unión, tenga establecido a su favor, en razón de tales cometidos, opera aunque la destitución no esté relacionada con el desempeño de las funciones correspondiente a esa delegación.

En suma, los convenios colectivos suelen dejar abierta la decisión empresarial por el SPA, lo que contribuye a que sea la modalidad más practicada (70 % según el Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo), y cuando toman una postura, tienden a hacerlo, como expresión de flexibilidad, por el SPA, todos los sectoriales¹⁶, y también la mayoría de los de empresa¹⁷. En cualquier caso, asumida su prevalencia real, todavía la negociación colectiva podría determinar los centros a los que darán cobertura preventiva, servicios a prestar y el sistema de coordinación con la representación de las personas trabajadoras. Sin embargo, son pocas las unidades convencionales que descienden a esta concreción y adaptación, quedándose la mayoría en las transcripciones generales de la ley y el RSP.

Aunque no mayoritarios, hallamos en la muestra convencional analizada un número significativo que opta por el SPP, todos ellos de empresa¹⁸. En ocasiones, como el artículo 69 del CCo de la Compañía Operadora de Corto y Medio Radio Iberia Express, SA, no establece la opción, sino que solo constata que la empresa ya tiene una organización mixta de la actividad preventiva, un SPP completado con el SPA. En términos análogos se pronuncia el CCo de la empresa Transitarios de Madrid, si bien incluyendo la opción entre designación de personas trabajadoras.

Con relativa frecuencia los convenios colectivos, además de optar por la modalidad propia, precisan cuántas y qué especialidades preventivas deben asumir y cuáles externalizar¹⁹. Por lo común, estos convenios se limitan a recordar de forma genérica las actividades preventivas que llevará a cabo el SPP, con importantes funciones de promoción y estudio sobre riesgos y patologías más típicos del sector y puestos de trabajo de las empresas²⁰.

¹⁶ Por ejemplo, artículo 25 y anexo VIII del CCo del sector de transportes de pasajeros, Madrid; artículo 40 del CCo del sector de limpieza de edificios y locales, etc.

¹⁷ CCo de IFEMA; I y II CCo de pilotos de EasyJet Airline en España (art. 8); CCo de Lean Grids Services, SL (art. 70); CCo de Mondelez España Comercial, SLU (art. 47); CCo del Ayuntamiento de Galapagar; CCo de Tolsa, SA, etc.

¹⁸ CCo de OHL Servicios-Ingesan (sección de recogida de basuras y limpieza viaria; art. 26); CCo de UTE Mercamadrid de la Unidad Alimentaria (art. 39); CCo de Valoriza Servicios Medioambientales, SA (Servicio de RSU, limpieza viaria, mantenimiento de papeleras y contenedores de Collado Villalba; art. 339; CCo de El Periódico de Catalunya, SLU, 2022 y 2023 (art. 37); CCo de Hermandad Farmacéutica del Mediterráneo, SCL (art. 50); IV CCo de la Fundación Secretariado Gitano (art. 38); CCo de Fertiberia, SA (art. 46); CCo de Artra Servicios Corporativos, SLU (art. 24); CCo de Air Nostrum Engineering and Maintenance Operations (art. 47; opta por SPP, pero podrá ser mancomunado si se decide).

¹⁹ Es el caso del CCo de la empresa Mondelez España Comercial SLU (BOCM de 25 de junio 2022), que, en su artículo 47, señala que las partes acuerdan el mantenimiento de un servicio de prevención externalizado, a través de la concertación de los servicios en las disciplinas vigilancia de la salud, ergonomía y psicología, seguridad en el trabajo e higiene industrial.

²⁰ CCo de distribución integral logista; CCo de Iberia LAE, SA, Operadora y sus tripulantes pilotos; XXII CCo del personal de tierra de Iberia Líneas Aéreas de España, SA, Operadora S. Unipersonal; Entidad Pública Empresarial ENAIRE y el colectivo de controladores de tránsito, entre otros.

Interesante por el detalle y la regulación de las especialidades y actividades que asume resulta el CCo de Bridgestone Hispania Manufacturing, SL (art. 174). Además de precisar que cada fábrica constituirá el servicio de prevención que se adecue a su estructura, más un SPP a nivel de empresa en la central, exige integrar todas las especialidades en él, incluida la salud laboral, un servicio psicosociológico y otro de rehabilitación. Ahora bien, la mayoría de los convenios dejan fuera del SPP la vigilancia de la salud, manteniendo prioridad la rama de seguridad, si bien cada vez más se incluye la psicosociología aplicada a la prevención de riesgos laborales.

Respecto a la elección del SPA, suele quedar a la libre decisión de la empresa, previa consulta con la representación especializada. Sin embargo, en alguna ocasión, la norma convencional convierte la elección en necesariamente negociada, no solo consultada o con audiencia previa, e incluso acordada. En esta línea, el CCo de la empresa Tolsa, SA (art. 47) precisa que el cambio o contratación de la mutua de accidentes y/o SPA será acordado en el seno del CSST. Con todo, conviene no sobrevalorar esta experiencia convencional, porque es inusual²¹. La mayor parte de los convenios que trata esta cuestión se limita a prever las debidas obligaciones de consulta²².

2.2.3. El papel de la negociación colectiva en la difusión de los servicios de prevención mancomunados

A medio camino organizativamente entre los SPP y los SPA, pero calificados por la ley como SPP, hallamos la flexible modalidad del servicio de prevención mancomunado (SPM). El papel de la negociación colectiva es especialmente clave también aquí (art. 21.1 RSP en relación con art. 83.3 ET)²³. El SPM puede tener personalidad jurídica propia o no, cuestión que también queda al establecimiento en la negociación. En todo caso, como se decía, tendrá, a los efectos oportunos, la consideración de SPP para cada empresa, exigiendo al menos tres disciplinas preventivas, debiéndose precisar en el acuerdo de constitución, así como los medios materiales necesarios para el desarrollo de las funciones que preste a cada empresa integrada. Una vez más hallamos un fuerte contraste entre las potencialidades de esta opción convencional y la realidad.

En efecto, a pesar de la gran utilidad práctica que puede desplegar esta modalidad preventiva en las pequeñas empresas (la gran mayoría de nuestro tejido productivo), pues es

²¹ El CCo de Lufthansa, Líneas Aéreas Alemanas en España, en su artículo 41, también exige acuerdo en el CSST.

²² En este sentido, el CCo de Asea Brown Boveri, SA, puntualiza la obligación de la empresa de consulta por la dirección a la representación legal de las personas trabajadoras con carácter previo a la toma de decisión del concierto con uno o varios SPA.

²³ En este sentido, Molina Navarrete y Monereo Pérez (1999).

una forma de organización interna de la prevención repartiendo o compartiendo los gastos con otras empresas de la misma actividad (SPM sectorial o de polígono industrial), son pocos los convenios –sectoriales y de empresa– que establecen y regulan la obligación de optar por un SPM²⁴. En el ámbito de las unidades de empresa, de interés es el IV CCo de Ilusión Seguridad, SA (art. 26.2), que acuerda organizar el sistema de gestión de la prevención mediante la constitución de un SPM, además de SPA (en este caso, también prevé la labor complementaria de personas con la condición de designadas para actividades preventivas); o el artículo 56 del V CCo de Air Europa Líneas Aéreas, SAU, y su personal de tierra (excepto técnicos de mantenimiento aeronáutico). Sin embargo, en este caso no detalla ni la composición ni los medios, pues se limita a remitir a la previsión legal.

Más concreto es el CCo de la empresa BP Oil España, SAU (art. 75), al establecer que la organización de la prevención de la empresa es cubierta por el SPM del Grupo BP en Madrid para todas las personas trabajadoras que pertenecen a sus centros de trabajo, precisando que asume las especialidades preventivas de seguridad en el trabajo, ergonomía y psicología aplicada e higiene industrial. En cambio, según una opción muy generalizada, la especialidad de medicina en el trabajo se externaliza. Para conocer los recursos humanos del SPM remite al acta de constitución. No precisa estos recursos (humanos y materiales) el CCo de Nippon Gases España (art. 57), pero sí señala que la concertación con un SPA se hará para cubrir las deficiencias del SPM, informando previamente al CSST conjunto.

Como se apuntó, en las unidades sectoriales, no encontramos obligaciones de constitución del SPM de este tipo. A lo más hallamos cláusulas que, al recordar la opción legal por un SPP o un SPA, menciona expresamente la modalidad del SPM (por ejemplo, art. 40 CCo del sector de limpieza de edificios y locales). En cambio, en las unidades convencionales de empresas integradas en grupos empresariales sí es más frecuente la regulación de un SPM de grupo. Así, hallamos los denominados «convenios colectivos de grupo» que solo prevén la posibilidad de la constitución de un SPM, al que puede adherirse cualquier empresa del grupo, aunque no esté obligada a constituir SPP²⁵.

Especialmente reseñable es el Convenio del Grupo Eroski (art. 53). Crea un SPM de grupo con personalidad jurídica propia, denominado según sus estatutos sociales como «Grupo

²⁴ Los convenios sectoriales suelen dejarlo abierto; en alguno de empresa solo se menciona la posibilidad, pero no se decide (por ejemplo, art. 34 CCo de la empresa de Servicio de Gestión y Mantenimientos de Carros Portaequipajes Aeropuerto Adolfo Suárez Madrid-Barajas OHL Servicios-Ingesan, BOCM de 11 de marzo de 2023).

²⁵ Por ejemplo, disposición adicional tercera del V CCo del Grupo Zena; el V CCo del Grupo Vips; el V CCo de las empresas integradas en la Unidad de Negocio de Abertis Autopistas España –UNAAE–; el IV CCo del Grupo Enagás (art. 52), el III CCo de Bureau Veritas Inspección y Testing, SLU y Bureau Veritas Solutions Iberia, SLU (art. 55); el V CCo de Ilunion Seguridad, SA (art. 26) cuenta con un sistema de gestión de prevención de riesgos certificado según OHSAS 18001.

Eroski Mancomunidad de Servicios de Prevención de Riesgos Laborales», al que se adhieren formalmente, o se adherirán durante su vigencia y observando todos los requisitos formales establecidos, incluida la preceptiva consulta con la representación legal y especializada de las personas trabajadoras en las empresas afectadas. Además, integra también la medicina del trabajo, siquiera de una forma parcial, a través de las «Unidades Básicas de Salud». También integra la medicina del trabajo en su funcionamiento, parece que, de forma completa con carácter general, el SPM del Grupo Naturgy, si bien se organiza como una unidad organizativa específica, pero no personificada (III CCo del Grupo Naturgy).

Como vemos, la negociación colectiva en todos los niveles termina asumiendo que, de manera total, o parcial, la opción abrumadoramente mayor para la organización preventiva es la externalización, salvo en el caso de las empresas de mayores dimensiones, obligadas a crear un SPP (directo o mancomunado) en el que se apoyan esencialmente, sin perjuicio de externalizar parcialmente la actividad, muy en especial la vigilancia de la salud. En este sentido, también puede mencionarse el III CCo del Grupo Acciona (art. 61), que precisa la necesidad de consulta con la representación la adhesión al SPM del grupo (ya previsto en la ley). Finalmente, de especial importancia es establecer garantías de estabilidad y no represalia a este personal. El CCo del Grupo Acciona incide en ello al regular que el personal integrante del SPM gozará, en el ejercicio de sus funciones, de plena independencia tanto respecto de la dirección de la empresa como de las personas trabajadoras y sus representantes (el art. 30.4 LPRL establece para su protección un estatuto de garantías parcialmente identificado con el de la representación legal de las personas trabajadoras). Con todo, los convenios inciden más en el deber de sigilo que en las garantías de estos servicios.

2.2.4. La figura del recurso preventivo

La figura del recurso preventivo ha adquirido en la ley una relevancia fundamental en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo, especialmente en aquellas actividades que presentan riesgos importantes, haciéndola obligatoria en tales supuestos (art. 32 bis LPRL). También cuando dicha presencia sea requerida por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social por exigirlo las circunstancias concurrentes. Como se anticipó anteriormente, esta función de recurso preventivo pudo ser desplegada por las personas trabajadoras designadas como modalidad organizativa de la prevención.

En este contexto, los convenios colectivos juegan un papel crucial al poder definir junto con el empresario el número de recursos necesario, que pueden ser estables o condicionados a determinadas circunstancias, actividades donde se precisan, si conviene personal interno o externo y, en su caso, las condiciones bajo las cuales debe ser designado, además de las garantías que le asisten en el ejercicio de sus funciones, dado que la ley no es clara al respecto. Aunque es verdad que la introducción de esta figura supone un

coste importante, sobre todo en el caso de empresas de pequeñas dimensiones, es de suma importancia su nombramiento en actividades que, por sus características, puedan suponer riesgos importantes para la salud de las personas trabajadoras. Sin embargo, son pocos los convenios analizados que regulan aspectos de la figura, por lo que sería interesante prestar atención y diseñar soluciones imaginativas que permitan su presencia de forma operativa sin grandes costes y su coordinación con la representación de las personas trabajadoras.

Reseñable es el CCo del sector de estacionamiento regulado de superficie y retirada y depósito de vehículos de la vía pública. En su artículo 66 establece que la empresa garantizará la presencia en el centro de trabajo, esta persona trabajadora deberá tener la capacidad suficiente, disponer de los medios necesarios y ser suficientes en número para vigilar el cumplimiento de las actividades preventivas, debiendo permanecer en el centro de trabajo durante el tiempo en que se mantenga la situación que determine su presencia. Posteriormente indica que se designará a la persona o personas encargadas de las medidas de emergencia y primeros auxilios, que serán las responsables de aplicar lo establecido en el plan de emergencia, por lo que surge la duda de si coincide esta figura con el recurso preventivo o será diferente. Más claro es el artículo 59 del VII CCo general de ámbito nacional del sector de aparcamientos y garajes, que dispone que la empresa garantizará la presencia en el centro de trabajo de los recursos preventivos, cualquiera que sea la modalidad de organización de dichos recursos. Si bien exige que los recursos preventivos dispongan de la formación y recursos que sean suficientes para su función, no los concreta. Su nombramiento debe ser comunicado a la representación laboral.

Genérico en su formulación y remisorio a las previsiones legales, como tantos otros, es también el V CCo sectorial estatal de servicios externos auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios (art. 74). Tiende a optarse por la designación de profesionales especialmente cualificados o que ocupan cuadros intermedios²⁶. En el caso del III CCo del Grupo Naturgy, después de repetir lo regulado en la LPRL, enfatiza que esta figura es una medida preventiva complementaria y en ningún caso podrá ser utilizada para sustituir cualquier medida de prevención o protección que sea preceptiva. Asimismo, precisa las responsabilidades de estos recursos preventivos, excluyendo la administrativa, no la penal y/o civil por actuaciones negligentes –exactamente las mismas que cualquier otro actor en el ámbito de la prevención de riesgos laborales–. Sin duda es un recordatorio realista, aunque quizás excesivo y, desde luego, explica que haya muy poco interés profesional en ocupar estas posiciones. Aunque, como recuerda el VIII CCo de Repsol, SA (art. 41), el recurso preventivo es imprescindible en el centro de trabajo por cada una de las empresas contratistas para garantizar la coordinación de actividades.

²⁶ Esta técnica genérica y remisora se reitera en el artículo 46 del CCo de Bureau Veritas Inspección y Testing, SLU y Bureau Veritas Solutions Iberia, SLU, entre otros.

3. Tratamiento convencional de la gobernanza colectiva: las estructuras y funciones de la representación especializada en materia de seguridad y salud laboral

3.1. Planteamiento general

Es un dato constatado que la participación efectiva de las personas empleadas, por sí mismas y, sobre todo, a través de sus representaciones colectivas, es un componente esencial para el éxito de cualquier estrategia de seguridad y salud en el trabajo. Por lo tanto, está acreditado que la representación-participación en la gestión de la prevención no solo asegura que las políticas y medidas implementadas reflejen las verdaderas necesidades y preocupaciones del personal, sino que también fomenta un ambiente de colaboración y compromiso mutuo. Así se constata en las diferentes encuestas: allí donde hay una representación laboral estable la gestión preventiva de los riesgos laborales es más eficaz, devaluándose notablemente donde no las hay (ESENER, 3)²⁷.

En consecuencia, dos serían básicamente las funciones para cumplir en este ámbito por la negociación colectiva. A saber:

- a) Establecer un régimen jurídico y de funcionamiento de las estructuras legalmente previstas (su constitución, sus competencias y facultades) para la representación y participación colectivas en la materia de la seguridad y salud en los entornos de trabajo, capaz de hacerlas efectivas y maximizar su eficacia (prevalencia de la función de garantía-mejora de la efectividad práctica de la figura normativa).
- b) Prever figuras representativas específicas capaces de corregir los déficits que en esta materia presenta la normativa preventiva atendiendo a la especificidad sectorial y de las estructuras empresariales (sea las muy pequeñas, que carecen de representación, sea las muy complejas, para las que la LPRL no tiene una respuesta específica), según una típica función prelegislativa.

La LPRL es plenamente consciente de esta doble necesidad-oportunidad actuante para la negociación colectiva. No por casualidad la regulación de la representación específica en materia preventiva es uno de los ámbitos donde la LPRL muestra mayor flexibilidad. De ahí que incluso promueva una relación de subsidiariedad entre la negociación colectiva y la ley, esto es, permite que aquella pueda establecer un régimen diferente al legalmente es-

²⁷ Encuestas realizadas por la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo. La tercera sobre riesgos nuevos y emergentes. Puede verse en: https://osha.europa.eu/sites/default/files/ESENER_3_first_findings.pdf

tablecido (arts. 35.4 LPRL y 5 Real Decreto 67/2010, de 29 de enero, de adaptación de la legislación de prevención de riesgos laborales a la Administración General del Estado, para el ámbito del empleo público).

Una vez más, la LPRL confía en la negociación colectiva para desarrollar una serie de prerrogativas que, bien utilizadas, favorezcan el principio de participación colectiva mediante vías que puedan, en cada caso y momento, adaptarse a las particularidades y cambios, tanto organizacionales como tecnológicos, que viven sectores y empresas. Ha de recordarse igualmente que el reconocimiento legal del papel de la negociación colectiva se refuerza al estimarse como infracción preventiva las cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de seguridad y salud laboral (art. 45.1 LPRL).

En este ámbito, un papel especial estarían llamados a cumplir los acuerdos en el marco del artículo 83.2 y 3 del ET. Y así se previó expresamente hasta el III AENC, prorrogado de forma expresa en el IV AENC. Entre otras recomendaciones se incluía expresamente la de crear la figura de la persona delegada de prevención (DPRL) sectorial, mediante un procedimiento distinto al legal. Así como incluir en el convenio los criterios y formas en los que las personas DPRL deben colaborar con la dirección de la empresa, mejorando a tal fin el crédito horario, a fin de ganar en especificidad y también en efectividad. Y en general se llamaba a abordar los procedimientos de información y consulta relativos a la elaboración de planes de prevención y evaluación de riesgos, con particular incidencia en las formas de organización de la empresa y el trabajo de modo externalizado y consiguiente concurrencia de actividades empresariales.

Las estrategias de seguridad y salud siguientes acogieron este reforzamiento del papel de la participación colectiva, plasmándose en la vigente (objetivo 6 de la ESST 2023-2027). En ella, una línea de actuación específica consiste en reforzar el papel de los interlocutores sociales y sus órganos de participación institucional (Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo y Fundación Estatal para la Prevención de Riesgos Laborales), para implementar políticas preventivas eficaces y consolidar avances en prevención de riesgos que se materialicen en entornos de trabajo seguros y saludables (líneas de actuación 5 y 6).

Lamentablemente, pese a que el V AENC proclama su vocación de desarrollar todos los compromisos adquiridos en el marco de la ESST 2023-2027, no reitera de forma expresa los contenidos en materia de gobernanza colectiva del III AENC. Sí pone énfasis en la necesidad de que la mejora de la cultura preventiva y su actividad venga siempre de la mano de la participación de la representación laboral, mejorando en todo caso los procedimientos de información y consulta (genéricamente previstos en el art. 18 LPRL). Un progreso que tiene especial significado en relación con la transición digital y ecológica. Se echa en falta, pues, una referencia específica a la mejora convencional de las estructuras de representación especializada en las pequeñas (incluso micro) empresas, que ahora se negocia en la Mesa de Diálogo Social para la reforma de la LPRL.

3.2. Derecho a la representación en materia preventiva: titularidad y ejercicio

Un desajuste muy extendido en los convenios colectivos en esta materia es que, una vez más desaprovechando las oportunidades que ofrece el margen legislativo, tienden a realizar una asignación de las facultades colectivas en materia preventiva de manera muy general, sin precisión, o remitiendo directamente a la LPRL. En ocasiones nada infrecuentes la atribución se hace de forma indiferenciada a las representaciones laborales, sin diferenciar entre las generales o comunes y especializadas²⁸. Esta fórmula podría explicarse en sectores que no alcancen los volúmenes de plantilla que permitan nombrar una persona DPRL, pero tampoco aquí se justifica, pues conviene delimitar el papel de la representación especializada. Ejemplar es a tal fin el CCo del sector de empresas comercializadoras de juegos colectivos de dinero y azar, en su artículo 43²⁹.

El convenio es el lugar adecuado para concretar a quién corresponde liderar la labor preventiva, especialmente en el ejercicio del derecho de consulta. El artículo 33 no especifica a qué representantes se debe dirigir la consulta, pero sí lo hace el artículo 36.1 c) de la LPRL, asignando la competencia a la representación especializada. En este punto tampoco suele haber mucha concreción convencional, salvo en los supuestos de constitución de órgano paritario de participación (sea sectorial, sea empresarial), en cuyo caso la consulta se canaliza a través de este órgano³⁰. Sería interesante que el convenio prestara mayor atención en este punto con el fin de concretar derechos en el caso de empresas de pequeñas dimensiones, precisando más quién y cómo canaliza la acción.

3.3. Configuración de la figura de la persona DPRL como principal canal representativo especializado

El artículo 35 de la LPRL hace de la figura de la persona DPRL la principal representación especializada en prevención de riesgos laborales en el centro de trabajo o empresa. También lo será para la participación especializada a través de su integración en el canal creado a tal fin: el CSST. La mayoría de los convenios son muy conscientes de ello, si bien no suelen reflejarlo con la claridad y precisión debidas. Ejemplar al respecto es el artículo

²⁸ Por ejemplo, el CCo de Servicio de gestión y mantenimientos de carros portaequipajes Aeropuerto Adolfo Suárez Madrid-Barajas OHL Servicios-Ingresa, artículo 33: «Los trabajadores/as tienen derecho a ser consultados y participar en las gestiones relacionadas con la prevención de riesgos en el trabajo», entre otros muchos.

²⁹ El cual especifica que «El empresario deberá consultar con los delegados de prevención o a los propios trabajadores en ausencia de estos, acerca del procedimiento de evaluación a utilizar en la empresa o centro de trabajo».

³⁰ CCo de la empresa Atramedia Corporación de Medios de Comunicación, SA (art. 28.4).

34 del CCo del sector de transporte de pasajeros de la Comunidad de Madrid en vehículo de turismo mediante arrendamiento con licencia VTC.

Consciente de ello, la LPRL concede flexibilidad a la voluntad de las partes para fijar los sistemas de designación de esta figura representativa, e incluso sus competencias pueden ser ejercidas por otras figuras creadas en el propio convenio en función de las particularidades de la empresa o el sector (relación de subsidiariedad: el convenio es habilitado para asumir la función de regulación principal, desplazando el régimen legal). Siendo esto así, es reseñable que la mayor atención convencional a esta figura no lleve a regulaciones innovadoras, dominando las remisorias a la ley, de modo que la acción de concreción y mejora se produce más en las estructuras de participación paritaria, ya sea sectoriales, ya empresariales (CSST), como veremos.

Como es lógico, el principal problema aplicativo de este déficit regulador residirá en las pymes, porque carecerán de representación unitaria y, por lo tanto, de la especializada, salvo en las contadas ocasiones en que se hace referencia a la figura de la persona delegada sectorial de prevención de riesgos laborales. Con todo, no es este el único avance que podemos encontrar en la muestra analizada para esta figura. Es reseñable que en todos los convenios en los que aparece la figura su ubicación se sitúa donde el convenio concentra la regulación de las cuestiones de seguridad y salud, lo que supone un avance en el reconocimiento de su especialización.

3.3.1. Sistema de designación: personas electoras y elegibles

En cuanto al sistema de designación, la tónica generalizada sigue siendo repetir el sistema establecido en el artículo 35.2 de la LPRL (elección por y de entre los miembros de la representación legal laboral en cada centro de trabajo). Aunque también encontramos unidades que hacen uso de la opción del artículo 35.4 de la LPRL, donde se establece la posibilidad de que los convenios colectivos establezcan otro sistema de elección, más abiertos, tanto en lo que hace a los sujetos electores como de las personas elegibles, incluyendo a las personas trabajadoras en este ámbito.

Hallamos estas opciones tanto en la muestra autonómica³¹ como en la estatal³². Reseñable es el CCo estatal de la industria de curtidos y pieles. En una expresión de clara sin-

³¹ Por ejemplo, el CCo del sector de transporte de pasajeros en vehículo de turismo mediante arrendamiento con licencia VTC, artículo 34 (posibilidad de nombrar DPRL a cualquier persona empleada elegida por la RLT); el CCo de la empresa Simon Casas Production SAS, Nautalia Viajes, SL, UTE plaza 1, artículo 42; o el CCo de la empresa Tolsa, entre otros.

³² El CCo de El Periódico de Catalunya, SLU, para los años 2022 y 2023 (art. 50); el XI CCo de European Air Transport Leipzig GmbH, sucursal en España; el CCo del Grupo Marítima Dávila (art. 46); el CCo estatal

dicalización de esta figura (la LPRL expresa una manifiesta preferencia por su vínculo con la representación unitaria), cambia tanto las personas electoras como las elegibles. Su artículo 65 establece que será elegida por y entre las personas delegadas sindicales³³. En otros casos se deja abierta la opción en cada empresa (por ejemplo, art. 61 CCo del sector de contratas ferroviarias). Otros convenios, más extendidos en la práctica, como el CCo estatal del sector de las empresas de perfumerías y afines, establecen en su artículo 67 que la designación se realizará por la representación legal de trabajadoras y trabajadores entre las personas de la plantilla. Y en caso de que estas personas no tengan representación sindical, su decisión comportará, al mismo tiempo, la cesión de las horas sindicales necesarias para que puedan desarrollar su función si, como sucede mayoritariamente, no se ha previsto un crédito adicional para las tareas preventivas.

3.3.2. Ámbito de actuación de la persona DPRL: cobertura de vacíos representativos especializados en las pymes

3.3.2.1. Delegadas y delegados sectoriales y territoriales de prevención de riesgos laborales

En coherencia con esa vinculación legal de la figura de la persona DPRL con la representación legal de las personas trabajadoras, el ámbito de actuación general es el centro de trabajo o la empresa. Ahora bien, como es conocido, en el ámbito preventivo, el concepto de centro de trabajo es más flexible, según la doctrina judicial, y tiende a una dimensión más locativa, como lugar de trabajo. Por lo tanto, el convenio puede y debe regular otros ámbitos de actuación de la persona DPRL, para que se adapte mejor a las necesidades estructurales de la empresa (o de los sectores). Así, vemos convenios que agrupan centros de trabajo con menos de 50 personas trabajadoras para proporcionar una solución representativa en la materia y a su vez facilitar la interlocución simétrica con la empresa (DPRL intercentros)³⁴. Pero, sin duda, donde se produce la mayor necesidad de intervención convencional es allí donde no existen estructuras representativas por la reducida ocupación de los centros de trabajo y/o empresa, lo que sucede con frecuencia por el predominio de pymes en nuestro tejido productivo³⁵.

del sector de radiodifusión comercial sonora (art. 49); el XXII CCo estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales (art. 124).

³³ Otros la vinculan al comité de empresa (por ejemplo, art. 28 CCo de la empresa Miele, SA).

³⁴ Por ejemplo, el CCo de la empresa Miele, SA (las competencias de DPRL serán asumidas por un número de miembros del Comité de Madrid equivalente al número de DPRL que corresponderían a nivel de empresa).

³⁵ Puede verse un estudio comparativo en Ministerio de Industria, Comercio y Turismo (2022): https://industria.gob.es/es-es/estadisticas/Estadisticas_Territoriales/Estructura-Dinamica-Empresarial-2021.pdf

Ejemplar al respecto es el VIII Convenio marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal. En su artículo 31.2 c) prevé la figura del delegado o delegada sectorial de prevención: se nombrarán, por los sindicatos firmantes hasta 5, en proporción a su representación en la comisión paritaria. Sus competencias son las propias de la persona DPRL, así como las que emanen de las decisiones del comité central de seguridad y salud laboral y las que se acuerden en el reglamento del propio comité y su ámbito de actuación todas las empresas del sector. Ahora bien, con buen criterio, el convenio señala que las actuaciones de la persona que actúe como delegada sectorial de prevención ni desplazarán ni prevalecerán sobre la persona DPRL de empresa. Por tanto, su relación variará:

- Relación de subsidiariedad: donde no se designen personas DPRL de empresa, los delegados y las delegadas sectoriales asumirán sus funciones.
- Relación de complementariedad: en las empresas en las que existan personas DPRL, los delegados y las delegadas sectoriales colaborarán con ellos y ellas.

Ni que decir tiene que se trata de una buena práctica convencional si se tiene en cuenta que resulta minoritaria. En este sentido, merece la pena señalar como referencia práctica de acuerdo interprofesional para la creación y regulación de las personas delegadas territoriales de prevención, la experiencia consolidada del Principado de Asturias. El primero se firmó en 2005, el último en 2024 –Boletín Oficial del Principado Asturias (BOPA) de 29 de enero de 2024³⁶. En el marco de los artículos 35.4 de la LPRL y 83.3 del ET el acuerdo da continuidad a la figura de la persona delegada territorial de prevención de riesgos laborales, con origen en la concertación social autonómica. En el artículo 4 establece que:

El/la delegado/a territorial de prevención de riesgos laborales actuará en el conjunto de centros que desarrollen su actividad en el Principado de Asturias, con especial atención a las pequeñas y microempresas, a excepción de aquellos ámbitos en los que, fruto de la negociación colectiva, desarrollen su actividad delegados sectoriales de prevención de riesgos laborales, o figuras equivalentes, específicos de dicho ámbito.

Este acuerdo tiene el mérito de diferenciar entre ambas figuras:

³⁶ Resolución de 15 de enero de 2024, de la Consejería de Ciencia, Empresas, Formación y Empleo, por la que se ordena la inscripción del Acuerdo Interprofesional para la creación y regulación de las/los delegadas/os territoriales de prevención en el Principado de Asturias para el año 2024, en el Registro de convenios colectivos, acuerdos colectivos de trabajo y planes de igualdad dependiente de la Dirección General de Empleo y Asuntos Laborales (BOPA de 29 de enero de 2024): <https://sede.asturias.es/bopa/2024/01/29/2024-00505.pdf>

- Persona delegada sectorial de prevención de riesgos laborales. Es una figura representativa porque actúa de forma directa para la defensa del interés de las personas trabajadoras y su designación se hace a través de canales de representación laboral.
- Persona delegada territorial de prevención. Tiene una dimensión participativa porque se organizan a través de equipos mixtos (sindical-empresarial), eligiendo cada parte a sus delegados y delegadas, pero deben actuar conjuntamente (por parejas y mancomunadamente), y cuyo ámbito es más amplio, intersectorial o interprofesional.

Es usual que la negociación incurra en confusión con esta nomenclatura. Por ejemplo, el CCo estatal del personal de salas de fiesta, baile, discotecas, locales de ocio y espectáculos de España (art. 32.6) prevé la creación de un Comité de Prevención de Riesgos Laborales (CPRL) como órgano paritario y colegiado. Su función es la promoción de la seguridad y salud en el trabajo dentro del sector, por lo que su ámbito de actuación desborda el propio de la empresa. Las personas que lo integran –las designadas por la empresa y las del sindicato– se llaman «agentes sectoriales», en base –se dice expresamente– «al desarrollo de la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo». El ámbito de actuación será el de las empresas del sector cuyas plantillas se sitúen entre 6 y 50 personas trabajadoras y carezcan de representación sindical. Dejaría fuera, por tanto, a las de 5 o menos personas trabajadoras. Sus actividades, asesoras y de difusión promocional preventiva, no deberán interferir en las actuaciones de los servicios de prevención propios o ajenos, ni en las de otras entidades preventivas que presten apoyo a las empresas. En aquellas acciones en que se requiera realizar visitas a las empresas, se tendrá en cuenta el siguiente procedimiento:

- Será planificada bajo el principio de paridad.
- Deberán ser previamente comunicadas por el CPRL y aceptadas por aquellas.
- Podrá efectuarse de manera conjunta o por cada una de las partes, a consideración del CPRL.

Los resultados e informes sobre dichas actuaciones se trasladarán a la empresa y al CPRL y estarán sometidos al principio de confidencialidad y sigilo establecido en el artículo 37.3 de la LPRL. El CPRL realizará una evaluación anual para analizar los efectos preventivos de los programas, que someterá a las organizaciones firmantes de este convenio colectivo. Las organizaciones firmantes concretarán, en el marco de la Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales, los requisitos para acceder a la convocatoria de ayudas para estos programas. En suma, vemos que se trata bastante más de un órgano de participación preventiva sectorial que de representación sindical.

En todo caso, como vemos, fuera de la solución convencional innovadora no hay respuesta legal específica para las empresas en las que no haya representación unitaria. De ahí lo positivo de cláusulas como las del CCo estatal de las industrias de ferralla, que apuesta, en el marco de la ESST, por «los agentes sectoriales de prevención». O del, quizás, más realista CCo de comercializadoras de juegos colectivos de dinero y azar. En su artículo 43 establece que «En las empresas con menos de 30 trabajadores el delegado de prevención, en el caso de no existir delegado de personal, será designado entre los trabajadores de la plantilla, y dispondrá de un crédito horario de 15 horas mensuales».

3.3.2.2. *Personas DPR de empresas con estructura de grupo*

Pero no solo las pequeñas empresas pueden presentar deficiencias representativas, también las de mayor dimensión y complejidad pueden encontrarse con esos vacíos o déficits. Nos referimos a las denominadas «empresas con estructura compleja», sobre todo para los grupos de empresas, así como para las redes empresariales, estructuras que, salvo a efectos de legitimación convencional (art. 87 ET), no tienen regulación propia en la LPRL (sí en el RSP, pero solo como posibilidad para constituir los estudiados SPM). En el primer caso, aparecen las personas DPRL de grupo (por ejemplo, el III CCo del Grupo Naturgy, art. 64.14: elegidas en proporción a la representatividad que se ostente en función del resultado de las elecciones a representación unitaria de las personas trabajadoras, y un número igual de representantes de la empresa). En el segundo caso, no suelen preverse personas delegadas de prevención intercontratas, sino comités intercontratas de seguridad y salud en el trabajo.

Asimismo, y en relación con la negociación colectiva verde y la transición ecológica, de especial interés resulta mencionar las prácticas convencionales, contadas, pero de interés, que crean la figura del delegado/a de sostenibilidad y medioambiente. En el caso del CCo de la empresa 3M, lo crea por centro de trabajo incluyendo su actuación en el CSST. Lamentablemente, no le asigna crédito horario adicional, luego irá con cargo al asignado como representante unitario si es que es elegido de y entre ellos, cuestión que puede mermar su eficacia. En idénticas condiciones, el CCo de la empresa KCI Clinic Spain y CCo estatal del corcho (art. 74). En todos los casos se especifica que estos representantes recibirán asesoramiento y formación, tanto interna como externa, para el ejercicio de sus funciones.

3.3.3. *Número de personas delegadas*

No es frecuente que los convenios mejoren la escala legal (art. 35.2 LPRL), que es una condición de derecho necesario relativo (mínimo mejorable). Por eso merecen especial reseña los convenios que sí avanzan en esa línea de mejorar las ratios. Las fórmulas son muy diversas. Por ejemplo, el CCo de la empresa Repsol Trading, SA, en su artículo 36, permite

superar la escala legal para garantizar la presencia en los CSST de, al menos, un delegado de prevención perteneciente a cada uno de los sindicatos firmantes del acuerdo marco. Otra muestra de mejora interesante la encontramos en el CCo estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales. Establece que en empresas de hasta 100 personas trabajadoras habrá una persona DPRL por cada 25 personas trabajadoras o fracción. El artículo 51 del CCo de la empresa CEPL Ibérica, SL, establece que en los centros de trabajo con 50 o más personas trabajadoras se designarán 3 personas DPRL. A partir de este tramo se equipará a la escala legal, pero, como se observa, aumenta en 2 el número en su inicio³⁷.

3.3.4. Competencias y facultades

En cuanto a las competencias, la LPRL ofrece un listado amplio (art. 36). La inmensa mayoría de los convenios colectivos se limitan a transcribirlo, más o menos literalmente, o remitir a él. Ya dijimos que el III AENC, a diferencia del V AENC, recomendaba negociar nuevos criterios para mejorar la acción participativa de la figura de la persona DPRL. Aunque poco frecuente, encontramos convenios como el de la empresa Asea Brown Boveri (arts. 39 y 40), que, con el fin de implementar los objetivos de la ESST 2023-2027 respecto al refuerzo de la negociación colectiva, incluye un compromiso de desarrollar en el ámbito del grupo empresarial los derechos y facultades de las personas DPRL. En particular, el acceso a la información, explicitando los documentos que, como mínimo, deben ser entregados para su uso (se concreta en el conocimiento de la acción preventiva y su instrumentación). Como medida incentivadora para el ejercicio eficiente de sus funciones añade que las personas DPRL se podrán reunir con carácter previo a la reunión ordinaria en las 48 horas anteriores, con motivo de preparación y estudio de dicha reunión.

En otros casos, los convenios precisan la obligación empresarial de adoptar sus decisiones no solo tras la consulta, sino con el acuerdo de la persona DPRL, si bien de una forma subsidiaria respecto del CSST (por ejemplo, art. 37 CCo de ayuda a domicilio: adopción de medidas respecto del esfuerzo físico importante atendiendo a un límite de carga, a establecer en el seno del CSST o, en su defecto, de acuerdo con la persona DPRL). En ocasiones se les reserva una especial participación en la realización de las evaluaciones de riesgos (por ejemplo, art. 43 CCo del sector de empresas comercializadoras de juegos colectivos de dinero y juegos de azar) o la planificación de otras actividades, como los reconocimientos médicos (art. 50 CCo autonómico de derivados del cemento). En última instancia, todos estos convenios se enmarcan en una línea, creciente y relevante, de instar a una acción proactiva de la figura de la persona DPRL, llamando, bajo diversas

³⁷ Puede verse la misma mejora en convenios de empresa como el de Repsol Química, SA (art. 57); el XXVIII CCo de Repsol Butano, SA (art. 84); o el II CCo de Repsol Lubricantes y Especialidades (art. 53).

formas, a una mayor presencia en la toma de las decisiones y obligaciones preventivas de las empresas, en el entorno interno y externo laboral (por ejemplo, art. 50 CCo autónomo de derivados de cemento).

3.3.5. Garantías para la efectividad de sus competencias: formación y crédito horario

En la medida en que la persona DPRL coincide en muchos casos con la persona delegada de personal, se beneficiarán del estatuto de garantías para la efectividad de sus funciones (art. 68 ET). En todo caso, el artículo 37 de la LPRL remite a estas garantías para la persona DPRL, asegurando su protección, aunque no tuviese la condición de órgano de representación unitaria. Como es lógico, la mayor especificidad de esta cuestión en relación con la persona DPRL se concentra en dos aspectos:

- Reconocimiento del tiempo necesario para ejercer de forma efectiva todas sus actuaciones, a través del correspondiente crédito horario.
- Formación profesional preventiva adecuada para que sean eficaces esas actuaciones.

En cuanto al tiempo para su actuación, la LPRL distingue entre el periodo atribuido como crédito horario, que integra en el previsto para su misión representativa unitaria, y el calificado como tiempo efectivo de trabajo, al margen del crédito horario para las reuniones en el seno del CSST y el acompañamiento en las visitas inspectoras. En lo que concierne a la formación, el artículo 37.2 de la LPRL se limita a atribuir esta obligación capacitadora a la empresa, sin marcar un nivel específico, solo el necesario para ejercer eficazmente sus funciones y a cargo de la empresa. En este ámbito, la mejora y concreción de la negociación es manifiesta.

En cuanto a la formación (este tiempo se califica de trabajo efectivo), la mayoría de los convenios contemplan la obligación empresarial, aunque por lo general repitiendo el tenor literal de la LPRL. En el caso de los convenios sectoriales, tienden a regular con mayor profusión el tiempo de formación adaptada a los riesgos de la empresa y a la aparición de otros nuevos, lo que implica que la formación debe ser continua (por ejemplo, el CCo de la construcción). En los convenios de empresa las referencias suelen ser más genéricas (por ejemplo, el CCo del Consejo de Estado solo dice que se facilitará la formación necesaria y adecuada para el desempeño de sus funciones). Otros más concretos, como el CCo de Asea Brown Boveri, precisan que el curso sería de un mínimo de 60 horas sin imputación al crédito horario, por ser tiempo efectivo de trabajo, abriéndose no solo a la formación inicial, sino periódica.

En otros casos, no solo se concretan las horas, sino el órgano encargado de fijar duración y contenidos partiendo de un mínimo. Es el caso del CCo del sector de empresas de depuración aguas residuales de Madrid (art. 73), que establece que el plan de formación de los delegados y las delegadas de prevención será acordado en el seno del CSST, y nunca tendrá una duración inferior a 50 horas anuales. Se acuerda la celebración de un foro anual para tratar estos temas, convocado conjuntamente por las partes firmantes de este convenio, en el que participarán los servicios de prevención de las empresas y los delegados y delegadas de prevención de los centros, que se activará a través de la Comisión Paritaria³⁸. Aunque los convenios fijan horas mínimas de formación inicial (30 horas, independientemente de las horas destinadas a la formación continua, incluso ambiental³⁹), la media está en el nivel básico de formación, esto es, unas 50 horas (por ejemplo, el CCo de Naturgy). Asimismo, suele preverse una formación general, sin perjuicio de que algunos precisan la necesidad de cursos de formación específica, si bien en estos casos suele asignarse un crédito horario mensual adicional variante según la dimensión de la empresa⁴⁰. El CCo del sector de empresas comercializadoras de juegos colectivos de dinero y azar precisa la necesidad de que las personas DPRL accedan a formación avanzada, según programa formativo consensuado con la representación legal de las personas trabajadoras, incluyendo, cada vez más, temas de gestión ambiental, como se ha señalado (por ejemplo, el CCo de derivados de cemento; el CCo de ferralla, etc.).

En cuanto al crédito horario, la inmensa mayoría de los convenios colectivos se limitan a transcribir literalmente el artículo 37.1 de la LPRL. Esta tónica mayoritaria impide avanzar en un mayor tiempo de dedicación a la actividad preventiva, complicándose cuando se incluye en ese crédito horario la formación-participación ambiental. Son residuales los convenios que amplían este crédito horario para ser coherente con la especificidad de la representación preventiva, cuando además se ejerce representación unitaria. En estos casos, que ciertamente parecen ir al alza, las cuantías divergen notablemente, atendiendo en algunos supuestos a la dimensión de la empresa⁴¹.

Es frecuente que el convenio asegure el disfrute de este crédito, aunque no sea ni representación unitaria ni sindical (por ejemplo, el CCo de la empresa Repsol Trading, el CCo de la empresa Simon Casas Production SAS, etc.), o que prevea una cesión parcial del crédito sindical para que las personas sin esa condición ejerzan sus funciones como DPRL

³⁸ De forma análoga, el CCo del Ayuntamiento de Galapagar (personal laboral) (art. 47).

³⁹ Por ejemplo, el CCo autonómico del sector de ocio educativo y animación sociocultural de la Comunidad de Madrid.

⁴⁰ Por ejemplo, el CCo estatal del comercio minorista de droguerías y perfumerías.

⁴¹ Por ejemplo, el CCo de la empresa Mondelez España reconoce 5 horas mensuales más para la actividad representativa preventiva –al igual que el CCo del Grupo Marítima Dávila–; el CCo del Ayuntamiento de Galapagar –20 horas mensuales adicionales–; el CCo estatal de comercio minorista de droguerías y perfumerías –10 o 15 horas mensuales adicionales según la dimensión de la empresa–, etc.

(por ejemplo, art. 67 CCo estatal de perfumerías y afines). Aunque este tipo de cláusulas cumplen una importante función pedagógica y de certeza jurídica, no son una mejora de la ley porque el Tribunal Supremo aplica analógicamente el artículo 68 del ET a toda persona DPRL, al margen de su condición representativa previa (Sentencia 956/2016, de 16 de noviembre, rec. 3757/2014).

Sin duda, de interés es el CCo autonómico del sector de aparcamientos y garajes, que deja abierto el tiempo que pueden utilizar para realizar sus actividades representativas especializadas al prever que «los delegados de prevención dispondrán del crédito horario necesario para el desarrollo de sus funciones, no computando dicho crédito con el que tengan como representante de personal» (art. 57).

Más extendida es la práctica convencional que prevé la acumulación entre los diferentes delegados y delegadas de prevención del crédito horario, en las mismas condiciones en que suele preverse para las personas delegadas unitarias y sindicales (arts. 37.1 LPRL y 68e) ET). Un ejemplo es el artículo 34 del CCo autonómico del sector de transporte de pasajeros, entre otros. Una vez más conviene advertir que se está ante una función convencional que da certeza jurídica, pero no innova el derecho. Ni la exclusión de esta facultad sería legal ni su omisión puede interpretarse en sentido excluyente según el Tribunal Supremo (Sentencia 748/2023, de 17 de octubre de 2023, rec. 257/2021).

En cuanto al uso del crédito horario, es preciso señalar que constituye un derecho instrumental al servicio de la actividad representativa y el ejercicio de sus funciones, pero ello no obsta que se exija un aviso previo y justificación por parte de la persona representante, a tenor de lo dispuesto en el artículo 37.3e) del ET, como afirma la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 14 de octubre de 2024 (rec. 2133/2024). Por lo que corresponde a la persona representante comunicar a la empresa su utilización en función de la actividad representativa a realizar y su justificación, de manera que resulte lo menos perjudicial a la organización de la empresa. Esto no implica que la utilización del crédito horario esté sujeta a previa autorización del empresario, pues en tal caso se produciría una vulneración del derecho, competencias y facultades reconocidas en el artículo 36 de la LPRL, por inferencia en su actividad; lo que imposibilitaría actuaciones como personarse, aun fuera de su jornada laboral, en el lugar de trabajo para conocer las circunstancias de accidentes y daños por materialización de riesgos, entre otras (art. 36.2 LPRL).

3.4. Órganos de participación colegiada: la mayor atención convencional a los CSST y sus variantes

Si la función representativa especializada en materia preventiva se articula en torno a la figura de la persona DPRL, la propiamente participativa se diseña esencialmente sobre el determinante papel de los órganos mixtos y paritarios como el CSST, conforme a los ar-

títulos 38 y ss. de la LPRL. Al carácter mixto y paritario se le añade la preeminencia de una función de implicación preventiva y colaboración con la empresa, como tienden a resaltar los convenios colectivos sectoriales, ya sean estatales o autonómicos. Reseñable a tal fin es el artículo 72 del VIII Convenio del sector de derivados del cemento.

Sin duda, los CSST han venido mereciendo mayor atención convencional que las personas DPRL, lo que supone una mayor actuación en las medianas empresas, ámbito en el que se constituirán, a diferencia de las pequeñas empresas. Por supuesto, una vez más la opción autorreguladora convencional dominante es la transcripción legal, con mayor o menor precisión; salvo en los convenios sectoriales o de grupo donde se crean estructuras mixtas y paritarias más allá de los centros de trabajo, para abarcar el sector o la estructura compleja de las empresas. Dada la extensión de la muestra analizada, encontramos ejemplos claros de todas estas funciones. Así, con clara mejoría de la previsión legal del CSST aparece el CCo autonómico del sector de derivados del cemento, que reduce el número de personas empleadas del centro de trabajo para su constitución (su art. 52 lo fija en 30), incluso su funcionamiento (mayor frecuencia de reuniones), dejando la creación de otros órganos para instancias superiores, como veremos. Con más frecuencia se mejora la dinámica de actuación incrementando las reuniones obligatorias⁴². Aunque infrecuente, también aparece algún convenio que, empeorando la previsión convencional, establece una periodicidad de reuniones muy dilatada (por ejemplo, el CCo de la unidad de extracción de sangre para donación de Cruz Roja –6 meses–).

En cuanto a la composición, lo generalizado en la muestra es seguir lo estipulado en la LPRL, incluido las personas que tienen posibilidad de participar en sus reuniones, con voz, pero sin voto. Interesante en este sentido es el CCo de la empresa Valoriza Servicios Medioambientales, SA (Collado Villalba), que alienta la acción sindical al estipular que «tanto los sindicatos más representativos en el Comité de Empresa como la Empresa podrán aportar a las reuniones del Comité de Seguridad y Salud a los técnicos que consideren convenientes».

Es frecuente que los convenios señalen el carácter vinculante de sus decisiones, a pesar de que ya es un mandato⁴³. No es tan frecuente, y sin embargo nos parece especialmente relevante para dar certeza jurídica al cumplimiento de las obligaciones legales, que en los convenios colectivos se precise que, previamente a las reuniones, el CSST deberá contar con toda la documentación necesaria. Ejemplar al respecto es el artículo 50 del CCo auto-

⁴² En este sentido, pueden verse el CCo del sector del corcho (art. 68); el CCo autonómico del sector de ocio educativo y animación sociocultural; el CCo de establecimientos financieros de crédito (art. 10); y convenios de empresa como el CCo de Finanzauto (art. 190); el CCo de la empresa Aserpinto; el CCo de Tabacalera (art. 9), etc.

⁴³ Por ejemplo, artículo 34.3 del CCo de John Bean Technologies Spain; o artículo 72 del CCo de derivados del cemento.

nómico del sector de educación ambiental al señalar que para las reuniones del CSST sus miembros han de disponer de toda la documentación y, en general, de un horario, teléfono y demás información para ejercer sus funciones, así como mantener reuniones periódicas con los técnicos de prevención con el fin de hacer consultas, participar en el seguimiento de las actuaciones o pedir asesoramiento.

En las unidades convencionales de empresa destaca la negociación que precisa el reglamento de funcionamiento del CSST, sin dejarlo a su libre determinación interna, como estipula el artículo 38.3 de la LPRL. Un ejemplo es el artículo 47 del CCo de Tolsa. Opta por su desarrollo detallado sobre funcionamiento, competencias y garantías. Pero, sin duda, donde la innovación convencional es más relevante es en la superación de las dificultades para crear estructuras participativas especializadas, sectoriales y de empresa compleja. Al respecto, cabe constatar:

- a) Es frecuente encontrarse, sobre todo en convenios de empresa, con los comités intercentros, cuando la empresa cuenta con diversos centros de trabajo. Un ejemplo es el Comité Intercentros de Seguridad y Salud creado para el CCo de la empresa 3M España. Siguiendo la opción más común, este órgano no desplaza, sino que complementa, a los CSST de centro, a fin de garantizar la acción participativa de forma simétrica a la estructura compleja de la empresa (también el CCo de Artra Servicios Corporativos).
- b) Menos usual, fuera de los convenios sectoriales, como veremos, es que se prevea en los convenios de empresa específicas «comisiones paritarias de seguridad y salud» (por ejemplo, empresa Defta Spain, SL, con funciones análogas a las del CSST). En el caso del XVII CCo de la empresa Schweppes, crea la Comisión Nacional de Seguridad y Salud, dentro del Comité Intercentros de Seguridad y Salud, con el objetivo de contar con una herramienta más moderna y adecuada a la realidad de la empresa en materia de prevención de riesgos laborales y de promoción de la salud y seguridad en el trabajo, que redunden en una mejor calidad de vida en el puesto de trabajo (art. 49).
- c) En el caso de la negociación colectiva sectorial, se aprecia que se generaliza la creación de órganos paritarios, fundamentalmente de ámbito estatal, con el fin de establecer una participación institucional en la gestión de la seguridad y salud laboral y seguimiento de actuaciones en la materia.

Entre los múltiples ejemplos está la Comisión Sectorial de Seguridad y Salud del Convenio del sector de ayuda a domicilio, para desplegar efectos de participación y estudio en el ámbito del sector. En el seno de esta comisión sectorial se crea una subcomisión compuesta por un miembro por cada una de las partes firmantes del convenio para la elaboración de un Protocolo de Temperaturas Extremas. En esta comisión podrán integrarse con voz, pero sin voto, un asesor por cada una de las representaciones: delegados/as de prevención. Como vemos, se busca

cada vez más la especialización temática a través de la creación de niveles adecuados a cada ámbito. Sin duda, la referencia principal está en el VII CCo estatal de la construcción. Además, es muy frecuente que apelen a la ESST 2023-2027. En este sentido, destaca (reseñando su financiación externa) la Comisión Paritaria de Seguridad y Salud Laboral del Convenio estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (arts. 61 a 73). Crea, además, la figura del agente sectorial de prevención para el desarrollo de la Estrategia Española de Seguridad y Salud Laboral y cuantas disposiciones en materia de salud laboral afecten al sector.

- d) En esta intensidad reguladora de instrumentos para mejorar la participación preventiva con órganos paritarios y mixtos, también encontramos la tendencia a crear, siguiendo el ejemplo del sector de la construcción, fundaciones para la PRL (por ejemplo, el CCo estatal de marcas de restauración moderna –art. 31–; o el III CCo estatal del sector de *contact center* –art. 58–, entre otros).

Su labor es promocional, asumiendo también labores de estudio de la accidentalidad laboral y morbilidad profesional del sector de referencia (estudios de epidemiología laboral). El problema de estas previsiones reside en su financiación, en especial de las comisiones paritarias sectoriales, así como de los agentes sectoriales o territoriales de prevención de riesgos laborales (participativos, no representativos, como se comentó). A menudo se remite a la financiación externa, por lo tanto, muy dependientes de las líneas de financiación pública en cada momento y la capacidad de acceder a subvenciones y ayudas para sostener sus proyectos y estudios⁴⁴.

- e) También es frecuente encontrar cláusulas novedosas para la creación de órganos de participación en el ámbito de las empresas complejas (grupos, redes de empresas, etc.). Sería el caso, entre otros muchos, del CCo de las empresas Al Air Liquide España, SA, y Air Liquide Ibérica (Comité Intercentros de Seguridad y Salud Grupo AL; el V CCo de empresas integradas en la Unidad de Negocio de Abertis Autopistas España –UNAAE–, etc.).

Aparecen otros ejemplos, como el CCo de Airbus Defence and Space, SAU, Airbus Operations, SL, y Airbus Helicopters España, SA, que crea el Comité Interempresas de Seguridad y Salud Laboral con la finalidad esencial de coordinar la elaboración de los planes de comunicación, sensibilización y control sobre las causas y consecuencias del absentismo. De especial interés es el III CCo de Telefónica de España, SAU; Telefónica Móviles España, SAU; y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones, SAU (art. 219), en el marco de interpretación y vigilancia de empresas vinculadas, crea una Comisión Interempresas de Seguridad y Salud, cuyo principal objeto es la participación y consulta en materia de

⁴⁴ En algunos casos, se crean incluso fondos documentales. *Vid.* el CCo estatal del sector de elaboración de productos cocinados para su venta a domicilio (art. 53).

prevención de riesgos laborales de aquellos aspectos que superen el alcance de los Comités Central e Intercentros de cada una de las empresas.

Pero más ejemplar es, en el marco de la gobernanza colectiva de la acción preventiva en el contexto de las llamadas redes de empresa y las relaciones de carácter triangular que deriva (descentralización productiva), el X Acuerdo marco del Grupo Repsol (Molina Navarrete, 1998). Este convenio de grupo consolida experiencias innovadoras con una trayectoria extendida en el tiempo. Su artículo 41, «Participación sindical en materia de coordinación de actividades empresariales», prevé que, junto con los canales de coordinación interna, se han de alentar los canales de coordinación externa. A tal fin se crea un Comité de Seguridad y Salud Intercontratas⁴⁵. Para verificar el correcto funcionamiento y gestionar la actividad de estos comités en el grupo, los CSSL remitirán a la Comisión de Seguridad y Salud del Grupo Repsol las actas de las reuniones que se generen en los mismos. El ejemplo, con menor detalle, es seguido por otras grandes empresas, como nos muestra el CCo de Ercros, SA (art. 25), que también crea su Comité de Seguridad y Salud Intercontratas, con objeto de realizar la coordinación de las actividades ex artículo 24 de la LPRL. A su vez, crea la Comisión de Seguridad, Salud y Medioambiente única para todo el grupo ERCROS, con participación de las centrales sindicales que ostentan la mayoría de las representaciones unitarias en la totalidad de los centros de trabajo.

4. Propuestas para el progreso

Una vez analizada la situación actual de la negociación colectiva en las materias tratadas, sería posible avanzar en el cumplimiento más satisfactorio de las potenciales funciones de la negociación, de manera que contribuya a la mejora de las condiciones de trabajo, implementando alguna de las siguientes propuestas:

1. Sería conveniente que la negociación colectiva promoviera modalidades de organización preventiva que den prioridad a los recursos internos, para facilitar su integración de la gestión empresarial y ofrecer una protección de la salud más próxima a las personas trabajadoras.
2. En esta dirección, se recomienda aumentar la designación de personas trabajadoras, fundamentalmente en las pymes, pero siempre bajo determinadas condi-

⁴⁵ Este comité está formado por un máximo de 8 miembros, de los cuales 4 serán designados por las empresas concurrentes y los otros 4, por las federaciones sindicales más representativas de las personas trabajadoras de dichas empresas, estos últimos entre los delegados de prevención que presten sus servicios en el centro de trabajo.

ciones (cuestiones hoy en negociación para la reforma de la LPRL), como son: que este personal tenga la formación adecuada para el desempeño de las funciones a desempeñar; que goce de un estatuto económico coherente al nivel de responsabilidad y profesional asumido.

3. Negociar la opción de SPP, aun cuando no sea preceptivo por ley, atendiendo a la dispersión de la empresa y actividades desarrolladas. La experiencia muestra que es más efectiva la acción preventiva cuando el personal técnico está cerca de las personas trabajadoras, ya que permite crear una cultura preventiva más sólida e incrementa el compromiso; lo que contribuye a mejorar las condiciones laborales.
4. En esta línea, también es conveniente fomentar la constitución del SPM, una variante del SPP que puede ser útil para las pymes como medio de acercar la prevención a la empresa con reducción de costes. Pero es conveniente que en el concierto se detallen las especialidades o los servicios por los que la empresa opta, así como la cobertura que se dará y centros a los que asiste. Así se mejorará el control de lo que se externaliza y la interlocución con la representación preventiva.
5. Igualmente, es importante que el convenio regule los supuestos en que es preceptivo la presencia de recurso preventivo en la empresa, por su relevancia en la coordinación de actividades para evitar la materialización de riesgos grave.
6. De gran utilidad también para el control de la actividad preventiva es que el convenio regule canales y formas de interlocución y coordinación entre los sujetos que intervienen en la actividad preventiva (personas designadas, SPP, recurso preventivo, SPA, coordinadores de seguridad, etc.) y estos con la representación de las personas trabajadoras; periodicidad de reuniones con el CSST, y en su defecto con los delegados y delegadas de prevención. Una figura interesante puede ser el coordinador-interlocutor.
7. De suma utilidad para la mejora de las condiciones de trabajo es que la negociación siga avanzando en el diseño de fórmulas que permitan la designación de delegados y delegadas de prevención de riesgos laborales allí donde no se hayan nombrado representaciones unitarias. Al respecto, parece claro que la necesidad de nombrar esta representación, fácilmente compartible, también por la empresa, dado el interés común en una interlocución preventiva útil, podría ser un revulsivo para elegir también a la representación unitaria.
8. A la necesidad de atender de forma más generalizada convencionalmente, en un tejido empresarial de pymes, a la previsión de la ESST 2023-2027 (así lo recuerda el art. 70 del CCo del sector de industria de la ferralla –lo compromete de futuro–) y del V AENC, sobre adecuación del sistema preventivo a las pymes (objetivo 6),

para cubrir de forma normalizada los vacíos de representación que deja por ahora la LPRL. Al respecto, conviene tener bien clara y presente la diversidad de figuras que constituyen la propia de:

- Persona delegada sectorial de prevención de riesgos laborales, que es un órgano representativo sindical, en sentido estricto.
 - Persona delegada territorial de prevención de riesgos laborales, que es una figura participativa, al ser elegida separadamente por cada uno de los sujetos negociadores (sindicatos y patronal), pero de actuación mixta o conjunta en un ámbito intersectorial o interprofesional. En este caso, la autonomía colectiva podría ensayar la línea seguida en la concertación social y de negociación colectiva de otras comunidades autónomas y, mediante un acuerdo interprofesional para materias concretas ex artículo 83.3 del ET, establecer la figura del delegado territorial de prevención de riesgos laborales (como en el caso de Asturias y La Rioja).
9. En lo que concierne al crédito horario, aunque se aprecia un incremento en la previsión de tiempo adicional, sobre todo si la persona delegada de prevención no integra la representación unitaria o sindical, lo que sucede raras veces, sigue sin generalizarse la diferenciación temática de su uso. Déficit que se incrementa cuando se atribuye a la figura la acción medioambiental. Por lo tanto, razones socioeconómicas de mejora de la efectividad de la función representativa hacen que esta mejora adquiera prioridad.
10. Por último, es recomendable expandir la creación de órganos de representación-participación preventiva para coordinar la actuación entre todas las empresas que concurren en los centros de trabajo, ante lo común de formas de actividad descentralizada, con el fin de controlar el cumplimiento de la normativa de prevención en estos espacios, asesorar a personas trabajadoras y representación de las empresas concurrentes. Sin duda estos canales (los comités intercontratas, por ejemplo) serán muy útiles para mejorar la acción preventiva, evitando la materialización de riesgos derivados de la concurrencia de empresas.

Referencias bibliográficas

Estaire Cabañas, Ó. (6 de febrero de 2025). Un año negro en Castilla y León: alarma por el incremento de las muertes por infartos e ictus en el trabajo. *El Español*. https://www.elespanol.com/castilla-y-leon/economia/empleo/20250206/ano-negro-castilla-leon-alarma-incremento-muertes-infartos-ictus-trabajo/922157872_0.html

- Fernández Domínguez, J. J. y González Vidales, C. (2024). Tecnología y prevención de riesgos laborales en la negociación colectiva transnacional. Un análisis exploratorio. *Revista de Estudios Jurídico-Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, 8, 12-42. <https://doi.org/10.24310/rejls8202418645>
- González Vidales, C. (2024). Tecnología y prevención de riesgos laborales en la negociación colectiva estatal. *Lex Social. Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, 14(2), 1-36. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.10823>
- Lousada Arochena, J. F. (2012). La prevención de riesgos laborales en la negociación colectiva. *Revista Técnico Laboral*, 134, 485-496. https://www.academia.edu/96413340/La_prevenci%C3%B3n_de_riesgos_laborales_en_la_negociaci%C3%B3n_colectiva
- Mercader Uguina, J. R. y Muñoz Ruiz, A. B. (2002). El futuro de la negociación colectiva en materia de prevención de riesgos laborales. *Aranzadi Social*, 5, 887-904.
- Ministerio de Industria, Comercio y Turismo. (2022). *Estructura y dinámica empresarial en España. Datos a 1 de enero de 2021*. Ministerio de Industria, Comercio y Turismo. Dirección General de Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa. https://industria.gob.es/es-es/estadisticas/Estadisticas_Territoriales/Estructura-Dinamica-Empresarial-2021.pdf
- Miñarro Yanini, M. y Molina Navarrete, C. (dirs.) (2024). *La negociación colectiva en materia de seguridad y salud en el trabajo*. Ministerio de Trabajo y Economía Social. Subdirección General de Informes, Recursos y Publicaciones. <https://libreriavirtual.trabajo.gob.es/libreriavirtual/descargaGratuita/WIYE1138>
- Molina Navarrete, C. (1998). Una experiencia singular en la práctica española de negociación colectiva: el «Acuerdo Marco» del grupo Repsol. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 49, 35-82. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=103616>
- Molina Navarrete, C. y Monereo Pérez, J. L. (1999). La negociación colectiva en los grupos de empresas. Problemas, tendencias y perspectivas. *Tribuna Social. Revista de Seguridad Social y Laboral*, 98, 49-62.
- Molina Navarrete, C., Pérez Campos, A. I., Muñoz Ruiz, A. B., Romeral Hernández, J. y Martínez Jiménez, M.^a M. (2024). *Estudio sobre negociación colectiva y prevención de riesgos laborales en la Comunidad de Madrid. La seguridad y salud en el trabajo como derecho fundamental*. UGT Madrid. <https://saludlaboralmadridugt.org/wp-content/uploads/2024/12/Estudio-Negociacion-Colectiva-y-PRL-2024.pdf>
- Navarro Nieto, F. (2004). El tratamiento de la prevención de riesgos laborales en la negociación colectiva. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 75, 11-58. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1031855>
- Palomeque López, M. C. (1997). El ordenamiento de la prevención de riesgos laborales y la negociación colectiva. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 3, 245-254. <https://libreriavirtual.trabajo.gob.es/libreriavirtual/descargaGratuita/W0149703>



- Poquet Catalá, R. (2021). Contenido preventivo en la negociación colectiva. *Lan Harremanak-Revista de Relaciones Laborales*, 45, 231-256. <https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.21961>
- Redacción de RR. HH. Digital. (20 de enero de 2025). Alarma en Asturias por la alta tasa de accidentes laborales. *RR. HH. Digital*. <https://www.rhhdigital.com/secciones/actualidad/764233/alarma-en-asturias-por-la-alta-tasa-de-accidentes-laborales/>
- UGT Madrid. Secretaría de Salud Laboral y Desarrollo Territorial. (2017). *Estudio sobre la situación de la prevención de riesgos laborales en la negociación colectiva*. UGT.

Josefa Romeral Hernández. Doctora en Derecho por la Universidad Rey Juan Carlos y Técnico Superior en Prevención de Riesgos Laborales por la Universidad de Comillas, con especialidades en Seguridad, Higiene, y Ergonomía y Psicosociología. Labor investigadora en todas las ramas del Derecho Laboral con especial atención a la prevención de riesgos laborales, estudios de género y colectivos en riesgo de exclusión social. Con más de 90 publicaciones en autoría en estas áreas de estudio y participación en diferentes proyectos de investigación relacionados con ellas. <https://orcid.org/0000-0003-3260-8240>

Las enfermedades profesionales en sectores feminizados: un sistema pendiente de reforma con perspectiva de género

Matthieu Chabannes

*Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Complutense de Madrid (España)*
matthcha@ucm.es | <https://orcid.org/0000-0002-9295-923X>

Extracto

El presente artículo analiza la brecha de género en el reconocimiento de las enfermedades profesionales dentro del sistema de Seguridad Social español. A partir de un enfoque crítico del marco normativo y de un análisis de la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo, se evidencian las limitaciones de la normativa vigente para proteger adecuadamente a las trabajadoras de profesiones feminizadas. Se proponen reformas orientadas a integrar la perspectiva de género, mejorar la prevención y garantizar una protección social más equitativa.

Palabras clave: brecha de género; enfermedades profesionales; sectores feminizados; discriminación indirecta; perspectiva de género; riesgos laborales; salud.

Recibido: 07-03-2025 / Aceptado: 17-03-2025 / Publicado (en avance): 10-04-2025

Cómo citar: Chabannes, M. (2025). Las enfermedades profesionales en sectores feminizados: un sistema pendiente de reforma con perspectiva de género. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 486, 121-151. <https://doi.org/10.51302/rtss.2025.24399>



Occupational diseases in feminized sectors: a system awaiting reform from a gender perspective

Matthieu Chabannes

Lecturer in Labour and Social Security Law.

Complutense University of Madrid (Spain)

matthcha@ucm.es | <https://orcid.org/0000-0002-9295-923X>

Abstract

This article examines the gender gap in the recognition of occupational diseases within the Spanish Social Security system. Through a critical analysis of the regulatory framework and recent case law from the Supreme Court, it highlights the limitations of the current legislation in adequately protecting female workers in highly feminized professions. The article proposes reforms aimed at integrating a gender perspective, enhancing prevention measures, and ensuring more equitable social protection.

Keywords: gender gap; occupational diseases; feminized sectors; indirect discrimination; gender perspective; occupational risks; health.

Received: 07-03-2025 / Accepted: 17-03-2025 / Published (preview): 10-04-2025

Citation: Chabannes, M. (2025). Occupational diseases in feminized sectors: a system awaiting reform from a gender perspective. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 486, 121-151. <https://doi.org/10.51302/rtss.2025.24399>



Sumario

1. Introducción
 2. Evolución y evaluación del registro de enfermedades profesionales
 3. El marco jurídico de las enfermedades profesionales y sus limitaciones
 4. El papel de la jurisprudencia en la calificación de enfermedades profesionales: una mirada desde la perspectiva de género
 - 4.1. El síndrome del túnel carpiano y su reconocimiento como enfermedad profesional en profesiones feminizadas
 - 4.2. Enfermedades musculoesqueléticas y su reconocimiento como enfermedades profesionales en profesiones feminizadas
 - 4.3. La perspectiva de género en la calificación de enfermedades profesionales: un avance hacia la protección social y salud laboral de las mujeres
 5. Conclusiones y propuestas de mejora
- Referencias bibliográficas

1. Introducción

El reconocimiento de las enfermedades profesionales constituye uno de los pilares fundamentales del sistema de protección de la Seguridad Social, al garantizar a las personas trabajadoras el acceso a prestaciones específicas que compensan los riesgos inherentes a su actividad laboral. Sin embargo, este ámbito revela importantes deficiencias cuando se analiza desde una perspectiva de género, evidenciando una brecha que afecta de manera desproporcionada a las mujeres. La configuración normativa del listado de enfermedades profesionales en España, recogido en el Real Decreto (RD) 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social, así como los criterios para su calificación, responde a un modelo androcéntrico que prioriza patologías asociadas a sectores tradicionalmente masculinizados, dejando en la sombra dolencias vinculadas a profesiones feminizadas.

Esta falta de enfoque de género en la norma no es un fenómeno aislado, sino el reflejo de una estructura más amplia de discriminación indirecta que se traduce en una brecha prestacional de género dentro del sistema de Seguridad Social. La exclusión de determinadas patologías y actividades del cuadro de enfermedades profesionales obliga a las trabajadoras a emprender la vía judicial para obtener el reconocimiento de la contingencia profesional, asumiendo la carga de probar el nexo causal entre la enfermedad y la actividad desempeñada. Este obstáculo procesal no solo limita el acceso efectivo a la protección social, sino que también perpetúa desigualdades estructurales en el ámbito de la salud laboral.

En este contexto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) ha desempeñado un papel relevante como mecanismo corrector de las limitaciones del marco normativo vigente. A través de una serie de pronunciamientos durante los últimos años, se ha abierto paso a una interpretación más flexible del listado de enfermedades profesionales, reconociendo patologías asociadas a profesiones feminizadas e, incluso, en algunos casos, integrando de forma explícita la perspectiva de género en la fundamentación de las decisiones judiciales. Sin embargo, estos avances siguen siendo excepcionales y fragmentarios, lo que pone de manifiesto la necesidad de una reforma legislativa que aborde de manera integral las desigualdades detectadas.

El presente artículo tiene como objetivo analizar críticamente el actual sistema de reconocimiento de enfermedades profesionales desde una perspectiva de género, identificando las barreras normativas y jurisprudenciales que contribuyen a la brecha prestacional en la Seguridad Social. Para ello, se estructura en tres bloques principales: en primer lugar, se expone la evolución de las enfermedades profesionales en España, destacando su impacto diferenciado por razón de género; en segundo lugar, se examina el marco jurídico vigente,

señalando sus principales limitaciones; y, finalmente, se realiza un análisis de la doctrina jurisprudencial más relevante del TS, subrayando su contribución –aunque limitada– a la corrección de las desigualdades de género en esta materia. A modo de conclusión, se presentan propuestas de reforma normativa y de políticas públicas orientadas a garantizar una protección social más justa y equitativa para todas las personas trabajadoras, con especial atención a la situación de las mujeres.

2. Evolución y evaluación del registro de enfermedades profesionales

La evolución de las enfermedades profesionales en España refleja una tendencia al alza en los últimos años, si bien persisten notables deficiencias en materia notificación y reconocimiento de determinadas patologías (Gayá Pérez *et al.*, 2023). Según los datos oficiales del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, en 2024 se han registrado 26.993 casos de enfermedades profesionales vinculadas a una actividad económica, lo que representa un incremento del 5,34 % respecto al año anterior. De este total, 11.554 casos dieron lugar a situaciones de incapacidad temporal, lo que equivale al 42,80 %, mientras que los 15.439 restantes fueron comunicados sin que se produjera baja laboral. En términos comparativos, los casos con baja experimentaron un aumento del 5,02 % respecto a 2023, en tanto que los casos sin baja crecieron un 5,58 %. Estos incrementos, sin embargo, resultan sensiblemente inferiores a los registros en los años inmediatamente posteriores a la pandemia, periodo en el que las tasas de crecimiento anual oscilaban entre el 10 % y el 14 %.

Tabla. Evolución del número de enfermedades profesionales por sexo (2010-2024)

Año	Con baja hombres	Con baja mujeres	Total con baja	Sin baja hombres	Sin baja mujeres	Total sin baja	Total hombres	Total mujeres	Total general
2010	4.921	3.844	8.765	5.299	2.778	8.077	10.220	6.622	16.842
2011	4.689	4.116	8.805	5.705	3.412	9.117	10.394	7.528	17.922
2012	3.835	3.631	7.466	4.913	3.265	8.178	8.748	6.896	15.644
2013	3.698	3.901	7.599	5.273	3.924	9.197	8.971	7.825	16.796
2014	3.978	4.134	8.112	4.931	4.217	9.148	8.909	8.351	17.260
2015	4.360	4.713	9.073	5.409	4.656	10.065	9.769	9.369	19.138
2016	4.782	5.104	9.886	5.597	5.117	10.714	10.379	10.221	20.600



Año	Con baja hombres	Con baja mujeres	Total con baja	Sin baja hombres	Sin baja mujeres	Total sin baja	Total hombres	Total mujeres	Total general
2017	4.976	5.164	10.140	5.660	5.249	10.909	10.636	10.413	21.049
2018	5.488	5.894	11.382	6.282	6.418	12.700	11.770	12.312	24.082
2019	6.184	6.693	12.877	7.073	7.342	14.415	13.257	14.035	27.292
2020	4.497	4.172	8.669	4.912	4.819	9.731	9.409	8.991	18.400
2021	4.895	4.447	9.342	5.533	5.506	11.039	10.428	9.953	20.381
2022	5.168	4.458	9.626	6.282	6.500	12.782	11.450	10.958	22.408
2023	5.545	5.457	11.002	6.520	8.103	14.623	12.065	13.560	25.625
2024	5.577	5.977	11.554	6.813	8.626	15.439	12.390	14.603	26.993

Fuente: elaboración propia a partir del anuario de estadísticas del Ministerio de Trabajo y Economía Social y el Observatorio de las contingencias profesionales de la Seguridad Social.

A pesar del repunte registrado en los últimos años, el número de enfermedades profesionales notificadas aún no ha alcanzado los niveles previos a la pandemia, concretamente los de 2019, cuando se contabilizaron 27.292 casos. La drástica disminución observada en 2020, coincidiendo con el impacto de la crisis sanitaria derivada de la COVID-19, provocó una distorsión en los datos estadísticos. Aunque desde entonces se ha producido un incremento progresivo en la notificación de casos, este crecimiento no ha sido suficiente para recuperar plenamente los niveles anteriores a dicha crisis.

La infranotificación de enfermedades profesionales en España obedece a una combinación de factores estructurales que dificultan su adecuada identificación y reconocimiento. En primer lugar, destaca la complejidad probatoria inherente a la acreditación del nexo causal entre la patología y la actividad laboral, requisito esencial para su calificación como enfermedad profesional. Esta dificultad se ve acentuada por la falta de mecanismos normativos que faciliten dicha prueba, especialmente en el caso de enfermedades con etiologías multifactoriales. En segundo lugar, el carácter obsoleto del listado de enfermedades profesionales, regulado por el RD 1299/2006, constituye un obstáculo significativo. La falta de actualización del cuadro, tanto en lo que respecta a las patologías incluidas como a las actividades económicas vinculadas, impide la adaptación del sistema de reconocimiento a la evolución de las condiciones de trabajo y a la aparición de nuevos riesgos laborales. Otro factor relevante es el papel que desempeñan las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, responsables de la gestión y comunicación de estas contingencias. Su doble

condición de entidades gestoras y aseguradoras puede dar lugar a conflictos de interés, fomentando en algunos casos la reclasificación de enfermedades de origen profesional como enfermedades comunes, con el consiguiente traslado de la carga económica al Sistema Nacional de Salud. Finalmente, la falta de políticas públicas eficaces en diversas comunidades autónomas para fomentar la identificación y notificación de enfermedades profesionales contribuye de forma decisiva a este fenómeno¹.

A diferencia de los accidentes de trabajo, cuya incidencia se concentra mayoritariamente en la población masculina debido a su presencia en sectores de mayor siniestralidad, las enfermedades profesionales presentan un perfil predominantemente femenino. En 2024, el 54,10 % de los casos notificados correspondieron a mujeres, consolidando la tendencia observada desde 2018. Esta cifra podría ser incluso superior si se dispusiera de índices de incidencia ajustados a la población ocupada por sexo, lo que permitiría una evaluación más precisa del impacto real de estas patologías en las mujeres trabajadoras. El sesgo de género en el reconocimiento de enfermedades profesionales resulta particularmente evidente, ya que el cuadro sigue sin incluir patologías vinculadas a actividades feminizadas, perpetuando así una invisibilización estructural de los riesgos específicos asociados a estos sectores (Lousada Arochena, 2021). No obstante, los datos reflejan que la mayor concentración de enfermedades profesionales en ambos sexos se agrupa en el Grupo 2, relativo a los agentes físicos, que comprende fundamentalmente los trastornos musculoesqueléticos. Este grupo representa el 81,98 % de los partes con baja en el caso de los hombres y el 80,50 % en el caso de las mujeres, lo que evidencia la transversalidad de estos riesgos, aunque con manifestaciones diferenciadas en función de la distribución sexual del trabajo y la organización de las tareas.

Por otro lado, las enfermedades profesionales derivadas de la exposición a agentes biológicos, incluidas en el Grupo 3 (6,4 %), han experimentado un incremento del 324 % entre 2023 y 2024. Este crecimiento se manifiesta de forma especialmente significativa en la población femenina, con 329 notificaciones frente a los 82 casos registrados en hombres, una diferencia que se explica por la elevada feminización de sectores como el sanitario y socio-sanitario, donde la exposición a este tipo de riesgos es más intensa y frecuente.

Otro de los aspectos que pone de manifiesto la desigualdad de género en el reconocimiento de enfermedades profesionales es el cáncer de origen profesional. En 2024, únicamente se reconocieron 106 casos de enfermedades profesionales derivadas de la exposición a agentes cancerígenos (0,4 %). De estos, 98 correspondieron a hombres y solo 8 a mujeres. Entre los casos notificados, 55 estuvieron asociados a la exposición al amianto

¹ Esta afirmación queda reflejada en las manifestaciones de diversos agentes sociales, entre ellos el sindicato Comisiones Obreras, en una noticia publicada en su página web el 16 de enero de 2025. https://www.ccoo.es/noticia:715610--El_registro_de_enfermedades_profesionales_en_Espana_ralenti-za_su_incremento_en_2024&opc_id=8c53f4de8f8f09d2e54f19daf8d8ed95

y 19 al polvo de sílice libre, agentes tradicionalmente vinculados a sectores masculinizados. Esta marcada disparidad responde a múltiples factores. Por un lado, la concentración de la exposición a agentes cancerígenos en industrias históricamente masculinizadas explica en parte esta diferencia. Sin embargo, resulta igualmente relevante la ausencia de una perspectiva de género en la investigación, el diagnóstico y la gestión de estas patologías. En este sentido, persiste una preocupante omisión en el listado oficial de enfermedades profesionales de cánceres como el de mama y el de ovario, a pesar de la existencia de evidencia científica que acredita su relación con determinadas exposiciones laborales. Esta exclusión contribuye a una doble invisibilización del cáncer de origen profesional en las mujeres: no solo se subestima su exposición a factores de riesgo, sino que también se desatiende la investigación de los efectos diferenciados que dichos riesgos generan en función del sexo. A ello se suma la tendencia a la baja en la declaración de enfermedades profesionales causadas por agentes cancerígenos, lo que pone de manifiesto las dificultades estructurales existentes para su reconocimiento como contingencias profesionales. Esta infradeclaración resulta especialmente alarmante si se considera que el Marco Estratégico de la Unión Europea en materia de salud y seguridad en el trabajo 2021-2027 identifica el cáncer como la principal causa de mortalidad relacionada con el trabajo (Comisión Europea, 2021, p. 13). No obstante, la realidad del sistema de reconocimiento de enfermedades profesionales en España evidencia una desconexión significativa respecto de las directrices europeas, lo que perpetúa una brecha de protección que afecta de manera desproporcionada a las trabajadoras, tanto en términos de prevención como de acceso a prestaciones derivadas de estas contingencias.

El análisis de las enfermedades profesionales con baja laboral por sectores económicos pone de manifiesto diferencias significativas en función del sexo de la persona trabajadora, reflejo de la persistente segregación horizontal del mercado de trabajo. En términos generales, el sector servicios concentra la mayoría de los partes comunicados, con un 56,5 % del total, seguido por la industria (32,7 %), la construcción (7,7 %) y, en menor medida, el sector agrario (3,1 %).

La desagregación de estos datos por sexo permite observar con claridad la división sexual del trabajo. En el caso de los hombres, los sectores con mayor incidencia de enfermedades profesionales con baja corresponden a la industria de la alimentación, la construcción especializada, la fabricación de productos metálicos (excepto maquinaria y equipo) y la fabricación de vehículos de motor, remolques y semirremolques. Las 10 divisiones de actividad con mayor número de partes en varones se concentran en ámbitos industriales, como la metalurgia, la producción de bienes no metálicos, la construcción y determinadas ramas del comercio.

Por su parte, entre las mujeres trabajadoras, las enfermedades profesionales con baja se concentran en sectores altamente feminizados, como el comercio al por menor, los servicios a edificios y actividades de jardinería, la industria de la alimentación y los servicios de comidas y bebidas. Resultan especialmente relevantes las actividades vinculadas a los cui-

dados, como el trabajo en establecimientos residenciales y las actividades sanitarias, así como el empleo en la hostelería y la limpieza. El comercio constituye el único sector donde se observa una presencia significativa de ambos sexos.

Esta segmentación sectorial se reproduce en la distribución por ocupaciones. En el caso de los hombres, las tres ocupaciones con mayor número de partes comunicados están directamente relacionadas con la construcción y la industria: trabajadores en obras estructurales de construcción y afines, operarios en la industria de la madera, textil, confección, piel, cuero y calzado, así como soldadores, chapistas, montadores de estructuras metálicas, herreros y elaboradores de herramientas. En contraste, las mujeres registran un mayor número de enfermedades profesionales en ocupaciones vinculadas a los servicios y los cuidados, destacando el personal de limpieza, las trabajadoras dedicadas a la atención de personas en servicios de salud y las dependientas en tiendas y almacenes.

Estos datos evidencian cómo la segregación sectorial y ocupacional incide de manera directa en la tipología de enfermedades profesionales notificadas, subrayando la necesidad de diseñar estrategias de prevención ajustadas a las realidades específicas de cada sector y ocupación. La identificación y gestión de los riesgos laborales debe incorporar esta dimensión para garantizar que las políticas de prevención y las medidas de seguridad sean eficaces, adaptadas a las condiciones concretas de cada colectivo y contribuyan a reducir las desigualdades de género en la salud laboral.

En 2023 se cerraron 8.295 procesos de enfermedad profesional, de los cuales el 55,97 % correspondió a casos con un solo parte de baja por incapacidad temporal, mientras que el 30,16 % experimentó al menos una recaída, el 8,37 % registró dos recaídas y el resto, tres o más. Sin embargo, la proporción de partes que concluyen con el reconocimiento de la contingencia como enfermedad profesional ha disminuido de forma significativa en la última década. En 2013, el 89,2 % de los partes comunicados se cerraban con dicho reconocimiento, porcentaje que descendió al 74,7 % en 2023. Paralelamente, ha aumentado el número de casos calificados como enfermedad común, pasando del 8,1 % en 2013 al 23,1 % en 2023, lo que refleja una creciente tendencia a derivar enfermedades de origen laboral hacia el sistema público de salud. Esta derivación supone un perjuicio doble: por un lado, para la persona trabajadora, que ve reducidas sus prestaciones económicas y asistenciales al no beneficiarse del régimen más favorable de la enfermedad profesional; por otro, para el propio Sistema Nacional de Salud, que asume costes que deberían ser sufragados por las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social.

Además, la incorrecta calificación de estas patologías como contingencias comunes tiene efectos colaterales en la prevención de riesgos laborales. Al no ser reconocidas como enfermedades profesionales, no se activan las medidas preventivas necesarias en los entornos de trabajo, perpetuando la exposición a los mismos factores de riesgo y favoreciendo la aparición de nuevos casos. Esta situación evidencia la necesidad de fortalecer los mecanismos de control y garantizar que las enfermedades de origen laboral sean correctamen-

te identificadas y tratadas, tanto para proteger la salud de las personas trabajadoras como para evitar la sobrecarga del sistema sanitario público.

Otro aspecto relevante es la relación entre la edad de la persona trabajadora y la duración de los procesos de incapacidad temporal. En 2024, la edad media de las personas trabajadoras afectadas por una enfermedad profesional es de 46,51 años, siendo el tramo de mayor incidencia en los hombres el de 45 a 49 años, mientras que en las mujeres se sitúa entre los 50 y 54 años. En los últimos cinco años, aunque el número total de partes comunicados ha disminuido, se ha registrado un incremento del 4,4 % en el grupo de personas trabajadoras de 55 años o más, con un aumento del 13,6 % entre 2022 y 2023 en este colectivo. Este envejecimiento de la población activa plantea la necesidad de revisar las estrategias preventivas, incorporando la edad como un factor determinante en el diseño de políticas de seguridad y salud laboral.

Asimismo, la duración media de los procesos de baja por enfermedad profesional es mayor en mujeres (136,4 días) que en hombres (124,9 días). Esta diferencia puede explicarse, en parte, por la concentración de mujeres en sectores y ocupaciones que implican mayores exigencias físicas y riesgos específicos, como los cuidados, la limpieza, la hostelería y el comercio. En estos ámbitos, las enfermedades profesionales suelen estar asociadas a la realización de tareas que conllevan cargas físicas elevadas, movimientos repetitivos, posturas forzadas y una exposición continuada a riesgos psicosociales, lo que incrementa el tiempo de recuperación.

Los trastornos musculoesqueléticos, que constituyen la mayoría de las enfermedades profesionales en sectores feminizados, suelen requerir largos periodos de convalecencia y rehabilitación². Además, los riesgos psicosociales, más presentes en entornos laborales feminizados debido a la sobrecarga emocional, la doble jornada y la precariedad contractual, afectan negativamente a la capacidad de recuperación y dificultan la reincorporación laboral, prolongando la duración de las bajas (Ríos Velada, 2023).

La evolución de las enfermedades profesionales en España pone de manifiesto un incremento en la notificación de casos, aunque persisten deficiencias estructurales que dificultan su reconocimiento, especialmente en el caso de las mujeres. La segregación sectorial,

² El documento NTP 657, *Los trastornos músculo-esqueléticos de las mujeres (I): exposición y efectos diferenciales*, elaborado por el Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (INSST, 2018), analiza cómo los trastornos musculoesqueléticos afectan de forma diferenciada a las mujeres debido a factores laborales, biológicos y psicosociales. Se destaca que los trastornos musculoesqueléticos son una de las principales causas de absentismo y discapacidad laboral, especialmente en sectores feminizados como el cuidado, la limpieza o la hostelería, donde las condiciones ergonómicas deficientes, la repetición de movimientos y las posturas forzadas son habituales. Además, la exposición prolongada a estos riesgos, sumada a la carga del trabajo no remunerado en el hogar, agrava la duración y la gravedad de estas patologías, requiriendo en muchos casos largos periodos de convalecencia y rehabilitación.

la infradeclaración de determinados riesgos y la ausencia de una perspectiva de género en el listado de enfermedades profesionales continúan siendo barreras que requieren una intervención urgente.

En los últimos años, los profundos cambios económicos, sociales, demográficos, tecnológicos y medioambientales han transformado el tejido empresarial, las relaciones laborales y la organización del trabajo, generando nuevas condiciones y riesgos emergentes para la salud de las personas trabajadoras. La digitalización, la robotización y el uso creciente de la inteligencia artificial han incrementado la presión sobre el trabajo, ampliando las tareas a realizar y dificultando la desconexión, con un impacto creciente en la salud mental de la población activa. A pesar de la abundante evidencia científica sobre estos efectos, las patologías derivadas de los riesgos psicosociales siguen sin ser reconocidas en el cuadro de enfermedades profesionales (Grau Pineda, 2017; Contreras Hernández, 2020). Esta falta de actualización del sistema de reconocimiento impide una correcta evaluación de la exposición a estos riesgos, obstaculiza la vigilancia efectiva de la salud y dificulta la detección y notificación precoz de estos casos.

En este contexto, se hace imprescindible implementar nuevas estrategias que garanticen la calidad del sistema de identificación, notificación, diagnóstico y registro de enfermedades profesionales. Como se desarrollará a continuación, ello exige una revisión integral del actual listado de enfermedades profesionales para adaptarlo a las transformaciones del mercado de trabajo y a las nuevas condiciones laborales. Es urgente incorporar la perspectiva de género en la identificación de enfermedades profesionales, así como reconocer patologías actualmente invisibilizadas, como las asociadas a riesgos psicosociales y el cáncer de origen laboral. La evolución de los datos y los cambios en los perfiles de enfermedades notificadas reflejan la necesidad de una respuesta normativa más ágil y efectiva, que garantice el derecho a la protección de la salud en el trabajo y asegure una cobertura adecuada frente a los nuevos riesgos emergentes.

3. El marco jurídico de las enfermedades profesionales y sus limitaciones

El concepto de enfermedad profesional en el ordenamiento jurídico español tiene un origen eminentemente jurisprudencial, inicialmente vinculado a la noción de accidente de trabajo. No obstante, su posterior recepción normativa en el ámbito de la Seguridad Social supuso su consolidación como una categoría autónoma, con una evolución diferenciada tanto en el plano legislativo como en el jurisprudencial (González Ortega, 2017).

Desde el punto de vista de la doctrina más autorizada, mientras que la definición de accidente de trabajo se caracteriza por su flexibilidad interpretativa y su naturaleza casuística, la determinación de la enfermedad profesional se encuadra en un marco normativo más rí-

gido, aunque dotado de una mayor seguridad jurídica. Esta delimitación normativa, basada en criterios objetivos y en listados reglamentarios cerrados, contribuye a una menor conflictividad en su aplicación práctica, si bien puede generar importantes limitaciones en el reconocimiento de determinadas patologías (Desdentado Bonete, 1999).

Pese a esta delimitación más estricta, la jurisprudencia ha desempeñado un papel clave en la expansión del concepto de enfermedad profesional. En particular, ha permitido su aplicación a patologías que, aunque recogidas en el cuadro reglamentario, afectan a colectivos profesionales feminizados cuyas actividades no están expresamente contempladas en la norma. Esta interpretación judicial ha contribuido a corregir, en parte, las insuficiencias del marco normativo vigente, especialmente en lo que respecta al reconocimiento de enfermedades derivadas de trabajos desempeñados mayoritariamente por mujeres, visibilizando así la necesidad de incorporar la perspectiva de género en la calificación de las contingencias profesionales.

En la actualidad, el artículo 157 de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS) establece que:

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

De forma análoga, este precepto se recoge en los artículos 316.2 de la LGSS y 26.1 del Estatuto del Trabajo Autónomo, que extienden el reconocimiento de la enfermedad profesional a las personas trabajadoras por cuenta propia, siempre que concurren las condiciones previstas en la normativa de desarrollo.

De este precepto se desprende que la enfermedad profesional constituye una contingencia estrictamente vinculada a la actividad laboral de la persona trabajadora, cuya delimitación jurídica la distingue tanto de las enfermedades comunes, de origen extralaboral, como de aquellas patologías derivadas del trabajo que, al no estar tipificadas en el cuadro de enfermedades profesionales, son calificadas como accidentes de trabajo. No obstante, dentro del ámbito de las propias contingencias profesionales se observan diferencias significativas en términos de protección, especialmente desde la óptica de la prevención de riesgos laborales³.

³ La prevención de riesgos laborales desempeña un papel fundamental en la protección frente a las enfermedades profesionales, configurándose como un pilar esencial en la gestión de la salud laboral. Su impacto normativo no solo refuerza la tutela de la persona trabajadora, sino que también impone a la parte empleadora un conjunto de obligaciones de gran relevancia, cuyo incumplimiento puede derivar

Uno de los aspectos jurídicos más relevantes en el régimen de las enfermedades profesionales es la presunción *iuris et de iure* de su origen laboral, una característica que no se extiende a los accidentes de trabajo⁴. Tal y como ha subrayado el TS⁵, esta presunción, que no admite prueba en contrario, opera siempre que concurren cumulativamente tres requisitos fundamentales: que la enfermedad se haya contraído a consecuencia del trabajo desempeñado por cuenta ajena; que la actividad desempeñada esté comprendida en las recogidas en la normativa aplicable; y que la patología esté provocada por la exposición a los agentes o sustancias específicamente identificados en el cuadro de enfermedades profesionales.

Para la determinación de estos requisitos, resulta esencial la aplicación del RD 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen los criterios para su notificación y registro (Igartua Miró, 2007; López Gandía y Agudo Díaz, 2007). En este marco normativo, adquieren especial relevancia los anexos I y II del citado real decreto: el anexo I contiene el listado de enfermedades reconocidas como profesionales, vinculadas a agentes específicos y a determinadas actividades laborales, mientras que el anexo II recoge aquellas patologías cuya posible naturaleza profesional se sospecha y que podrían ser objeto de inclusión futura en el cuadro tras una evaluación científica y técnica (Luján Alcaraz, 2021)⁶. Estos ane-

en responsabilidades administrativas, civiles e incluso penales. Desde una perspectiva jurídico-laboral, esta dimensión preventiva marca la principal diferencia entre las enfermedades profesionales y el accidente de trabajo dentro del sistema de protección de las contingencias profesionales. Mientras que el accidente de trabajo suele producirse de manera súbita e inesperada, la enfermedad profesional es, en la mayoría de los casos, el resultado de una exposición prolongada a determinados agentes de riesgo en el entorno laboral. Esta especificidad exige una estrategia de prevención más estructurada y proactiva, que permita minimizar la incidencia de patologías derivadas del ejercicio profesional y garantizar un entorno de trabajo seguro conforme a la normativa vigente en materia de prevención de riesgos laborales.

⁴ El accidente de trabajo se define en el artículo 156 de la LGSS como «toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena». Esta definición establece un vínculo directo entre la lesión y la actividad laboral, aunque su determinación puede presentar dificultades probatorias en determinados supuestos. A este respecto, el propio artículo 156.3 de la LGSS contempla una serie de presunciones *iuris tantum* que facilitan la acreditación de la laboralidad del accidente, como aquellas referidas a las lesiones sufridas en tiempo y lugar de trabajo. Sin embargo, a diferencia de la presunción *iuris et de iure* que rige en el caso de la enfermedad profesional, estas presunciones en materia de accidente de trabajo admiten prueba en contrario, permitiendo que la parte empleadora o la entidad gestora acrediten la inexistencia de nexo causal entre la lesión y el desempeño laboral. No obstante, pese a su alcance más limitado, la presunción de laboralidad en el accidente de trabajo adquiere una importancia fundamental, ya que permite atenuar la dificultad probatoria inherente a la acreditación de la relación causal entre el siniestro y la actividad profesional. Su operatividad resulta, por tanto, clave para garantizar la protección de la persona trabajadora y evitar que la carga probatoria se convierta en un obstáculo insalvable para el reconocimiento de la contingencia.

⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 13 de noviembre de 2006 (rec. 2539/2005).

⁶ El cuadro español de enfermedades profesionales sigue la estructura de la lista europea de enfermedades profesionales, recogida en la Recomendación 2003/670/CE de la Comisión, de 19 de septiembre de 2003. Ambas presentan una organización similar, aunque la normativa española añade un grupo sobre

xos clasifican las enfermedades en función de los agentes causantes⁷, y establecen una correspondencia directa con las principales actividades económicas susceptibles de generar dichas patologías.

Por tanto, nuestro modelo de determinación de enfermedades profesionales se articula sobre un sistema de lista, que ofrece ventajas significativas frente a modelos más abiertos o dependientes de la valoración judicial⁸. Entre sus principales beneficios destacan la seguridad jurídica y la exoneración de la carga probatoria del nexo causal para la persona trabajadora⁹, elementos fundamentales en el ámbito de la protección social. La relevancia práctica de este enfoque radica en la complejidad inherente a la acreditación del origen laboral de una enfermedad, debido a la posible influencia de factores subjetivos, como la variabilidad biológica individual, y objetivos, como la concurrencia de agentes laborales y extralaborales con efectos acumulativos o sinérgicos. Estas circunstancias dificultan la prueba del vínculo causal entre la patología y la actividad profesional, por lo que el sistema de lista, al predeterminar qué enfermedades tienen un origen laboral, reduce la incertidumbre y refuerza la tutela de las personas trabajadoras afectadas (Rodríguez-Piñero Royo, 1995, p. 22; Sempere Navarro, 2001, p. 77).

Sin embargo, pese a las garantías que proporciona en términos de seguridad jurídica, este modelo presenta deficiencias que limitan su capacidad para ofrecer una protección efectiva y adaptada a la realidad del mundo laboral. Entre sus principales limitaciones se

enfermedades sistémicas e incorpora en su anexo 1 agentes que en la lista europea aún figuran en el anexo 2 como sospechosos, como los éteres y sus derivados o el talio y sus compuestos. Sin embargo, persiste una diferencia fundamental: mientras la lista europea y la de la Organización Internacional del Trabajo tienen un enfoque preventivo, el cuadro español mantiene su tradicional vinculación entre enfermedad, agente y actividad, priorizando su función como mecanismo de reconocimiento y reparación dentro del sistema de Seguridad Social.

⁷ En concreto, contamos con seis grupos. Grupo 1: Enfermedades profesionales causadas por agentes químicos; Grupo 2: Enfermedades profesionales causadas por agentes físicos; Grupo 3: Enfermedades profesionales causadas por agentes biológicos; Grupo 4: Enfermedades profesionales causadas por inhalación de sustancias y agentes no comprendidas en otros apartados; Grupo 5: Enfermedades profesionales de la piel causadas por sustancias y agentes no comprendidos en alguno de los otros apartados; Grupo 6: enfermedades causadas por agentes carcinogénicos.

⁸ Parte de la doctrina aboga por un posible replanteamiento hacia un sistema abierto o mixto (Poquet Catalá, 2020).

⁹ Sin embargo, conforme a la STS de 20 de diciembre de 2007 (rec. 2579/2006), esta presunción no se extiende a las enfermedades incluidas en el anexo 2 del reglamento correspondiente, que recoge una lista complementaria de enfermedades cuyo origen profesional se sospecha. Sobre este punto, la doctrina ha sostenido la necesidad de atenuar la carga probatoria para su reconocimiento como enfermedad de trabajo constitutiva de accidente laboral, conforme al artículo 156.1 e) de la LGSS. Se argumenta que su inclusión en la lista de sospecha constituye, al menos, un indicio o, incluso, una presunción *iuris tantum* de la vinculación laboral de la patología, lo que facilitaría su calificación dentro del sistema de protección de las contingencias profesionales (Fernández Collados, 2010, p. 306).

encuentran su obsolescencia y falta de actualización (Igartua Miró, 2023, p. 15). La transformación del mercado de trabajo, los cambios en los procesos productivos y la introducción de nuevas sustancias y tecnologías, así como la reorganización de las condiciones laborales, han propiciado la aparición de patologías de origen profesional que no están contempladas en el listado vigente (Ferrando García, 2024, p. 6). Esta desactualización normativa no solo restringe el acceso a las prestaciones de la Seguridad Social para quienes padecen dichas enfermedades, sino que también traslada de forma indebida los costes de estas contingencias al Sistema Nacional de Salud, que asume la cobertura de patologías que deberían ser gestionadas por el sistema de protección de riesgos profesionales.

El problema estructural radica, por tanto, en la rigidez del sistema de lista, que dificulta su adaptación a los avances científicos y a las nuevas realidades del entorno laboral, impidiendo la incorporación de patologías emergentes reconocidas por la evidencia científica (Blasco Lahoz, 2008, p. 4). De hecho, desde la entrada en vigor del RD 1299/2006, el cuadro de enfermedades profesionales solo ha sido modificado en dos ocasiones, y ambas actualizaciones fueron consecuencia de exigencias externas, ya sea por mandatos judiciales o por la necesidad de transponer directivas comunitarias (Lousada Arochena, 2021, p. 16). En 2015¹⁰, se incorporó el cáncer de laringe por exposición al amianto, y en 2018¹¹ se reconoció como enfermedad profesional el cáncer de pulmón derivado de la exposición al polvo de sílice libre, tras la modificación de la Directiva 2004/37/CE.

Otro de los problemas estructurales del actual sistema de reconocimiento de enfermedades profesionales es la ausencia de una perspectiva de género en la configuración del listado contenido en el anexo I del RD 1299/2006. La normativa vigente adolece de un sesgo androcéntrico, al estar históricamente diseñada en función de actividades vinculadas a sectores industriales tradicionalmente masculinizados¹². Esta orientación ha provocado la exclusión de patologías asociadas a actividades altamente feminizadas, como el trabajo en el ámbito de los cuidados, la limpieza o la atención domiciliaria, a pesar de la carga física y los riesgos ergonómicos que implican estas ocupaciones.

¹⁰ RD 1150/2015, de 18 de diciembre, por el que se modifica el RD 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro.

¹¹ RD 257/2018, de 4 de mayo, por el que se modifica el RD 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro.

¹² Así lo expresan los magistrados en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Galicia 5780/2016, de 14 de octubre, al constatar que la referencia exclusiva a profesiones tradicionalmente masculinizadas en la normativa evidencia de forma inequívoca que el derecho de la Seguridad Social, configurado en el contexto de la sociedad industrial, se ha estructurado en torno al modelo del trabajador varón.

Esta omisión normativa se materializa, entre otros aspectos, en la escasa representación de profesiones feminizadas dentro del listado de actividades susceptibles de generar enfermedades profesionales. Un ejemplo ilustrativo de esta falta de sensibilidad de género se encuentra en el hecho de que solo dos de las profesiones mencionadas de manera expresa en el cuadro de enfermedades profesionales —«camareros» y «cocineros»— son desempeñadas mayoritariamente por mujeres, y aun así aparecen denominadas en masculino, lo que evidencia la persistencia de un enfoque normativo que invisibiliza la realidad laboral de las trabajadoras (Ferrando García, 2024, p. 6).

La invisibilización de los riesgos específicos a los que se enfrentan las trabajadoras constituye un reflejo del diseño androcéntrico del derecho del trabajo y de la Seguridad Social, lo que se traduce en una deficiente protección social para este colectivo. La normativa vigente no contempla de manera adecuada los riesgos ergonómicos y musculoesqueléticos propios de sectores altamente feminizados ni incorpora de forma sistemática el impacto de condiciones laborales precarizadas, como la parcialidad, la temporalidad o la segregación ocupacional, tanto vertical como horizontal, que afectan de forma desproporcionada a las mujeres. Esta omisión perpetúa la brecha de género en el acceso a derechos vinculados a la salud laboral y a la protección frente a contingencias profesionales.

Asimismo, la normativa actual no tiene en cuenta las diferencias biológicas y antropométricas que pueden intensificar los efectos de ciertos riesgos laborales en la salud de las mujeres, incluso en condiciones ergonómicas aparentemente equivalentes. Un ejemplo paradigmático de esta falta de perspectiva de género es la exclusión del cáncer de mama y de ovario del cuadro de enfermedades profesionales, a pesar de la existencia de evidencia científica que acredita su vinculación con la exposición a determinados agentes y entornos laborales.

A esta invisibilización normativa se suma el impacto del rol de cuidados que siguen asumiendo mayoritariamente las mujeres, lo que agrava su vulnerabilidad frente a determinadas patologías laborales. El fenómeno de la doble jornada, derivado de la combinación del trabajo remunerado con las responsabilidades domésticas y de cuidados no remunerados, genera una sobrecarga física y mental que incrementa la incidencia de trastornos musculoesqueléticos en la población femenina. No obstante, la pluricausalidad de estas dolencias dificulta su reconocimiento como enfermedades profesionales, reforzando así la situación de desprotección en la que se encuentran muchas trabajadoras.

Otro aspecto crítico es la escasa atención que el marco normativo presta a las enfermedades derivadas de riesgos psicosociales, cuya incidencia es significativamente mayor en las mujeres debido a factores como la carga mental asociada a la doble jornada y su elevada representación en sectores caracterizados por una intensa exposición a dichos riesgos, como la sanidad, la educación y el trabajo de cuidados. Además, riesgos laborales con un marcado componente de género, como el acoso sexual o el acoso por razón de sexo en el ámbito laboral, no han sido reconocidos dentro del sistema de enfermedades profesionales, lo que limita gravemente la protección jurídica de las trabajadoras expuestas a estas formas de violencia.

Estas deficiencias han sido objeto de reiteradas observaciones en las estrategias europeas de seguridad y salud en el trabajo de las últimas décadas, que insisten en la necesidad de integrar de forma efectiva la perspectiva de género en las políticas de prevención de riesgos laborales.

Un primer avance hacia la necesaria reforma del sistema de reconocimiento de enfermedades profesionales se encuentra en la disposición adicional cuarta del Real Decreto-Ley 16/2022¹³, que prevé la creación de una comisión específica destinada a integrar de manera efectiva la perspectiva de género en el listado de enfermedades profesionales. No obstante, hasta la fecha, esta previsión normativa no se ha traducido en modificaciones sustantivas en el marco regulador vigente, perpetuándose así la situación de infraprotección que afecta de forma particular a las trabajadoras expuestas a riesgos laborales propios de sectores altamente feminizados.

En ausencia de una reforma estructural del actual sistema, las enfermedades contraídas en sectores feminizados que no se encuentren incluidas en el listado continuarán siendo tratadas como enfermedades comunes o, en el mejor de los casos, como enfermedades del trabajo asimiladas a accidentes de trabajo conforme a lo dispuesto en el artículo 156.2 f) de la LGSS. Esta calificación restrictiva obliga a las trabajadoras afectadas a recurrir a la vía judicial para obtener el reconocimiento del origen profesional de su dolencia. Dado que las enfermedades no incluidas en el cuadro del anexo I del RD 1299/2006, o asociadas a actividades distintas de las expresamente recogidas, no gozan de la presunción *iuris et de iure* de origen profesional establecida en el artículo 157 de la LGSS, la carga de la prueba recae sobre la trabajadora, quien debe demostrar dicha relación causal mediante la analogía funcional de las tareas desempeñadas con aquellas contempladas en el listado oficial o, en su caso, apelando a una interpretación del marco normativo que incorpore de forma explícita la perspectiva de género.

Ante estas limitaciones del marco jurídico vigente, la doctrina jurisprudencial ha desempeñado un papel fundamental en la corrección de las deficiencias normativas, especialmente en lo que respecta al reconocimiento de la profesionalidad de enfermedades que afectan a colectivos feminizados. El TS ha desarrollado una línea interpretativa que, en determinados supuestos, ha permitido identificar profesiones no contempladas de forma expresa en el RD 1299/2006, pero que, en atención a la naturaleza de sus condiciones laborales y a la exposición a factores de riesgo específicos, deben recibir el mismo tratamiento que aquellas incluidas en el cuadro de enfermedades profesionales.

Esta evolución jurisprudencial ha facilitado la integración progresiva de un número significativo de actividades feminizadas en el ámbito de la protección de la Seguridad Social, corrigiendo, al menos parcialmente, la exclusión normativa de sectores históricamente des-

¹³ Real Decreto-Ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar.

protegidos frente a la presunción legal de laboralidad. Como se analizará a continuación, esta contribución de la jurisprudencia no solo ha permitido el reconocimiento de la contingencia profesional en ocupaciones tradicionalmente invisibilizadas, sino que también ha tenido un impacto positivo en la reducción de la brecha prestacional de género, garantizando un acceso más equitativo a las prestaciones derivadas de enfermedades profesionales para las trabajadoras afectadas.

4. El papel de la jurisprudencia en la calificación de enfermedades profesionales: una mirada desde la perspectiva de género

En este contexto de déficit normativo y a la espera de una reforma legislativa que garantice un reconocimiento más justo y equitativo de las enfermedades profesionales, los tribunales han asumido un papel crucial en la corrección de las carencias del sistema. Aunque el poder legislativo ha realizado esfuerzos recientes para reducir las brechas de género en la protección social, estos avances han sido en gran medida reactivos y han llegado a remolque de los pronunciamientos judiciales (Rodríguez González, 2021; Blasco Jover, 2022; Cavas Martínez, 2022; Rodríguez Hernández, 2023). La vía judicial, si bien ha permitido obtener resultados positivos en casos concretos, se revela insuficiente para abordar de forma integral las causas estructurales que perpetúan la discriminación en el reconocimiento de las enfermedades profesionales.

Uno de los principales obstáculos radica en el carácter restrictivo del listado de enfermedades profesionales establecido en el RD 1299/2006. Este sistema, de naturaleza eminentemente cerrada, exige una correspondencia directa entre la patología, el agente causante y la actividad profesional desempeñada, lo que ha sido utilizado por las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social y por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) para denegar la calificación de determinadas dolencias como enfermedades profesionales. Esta interpretación restrictiva genera un desplazamiento de la carga probatoria hacia la persona trabajadora, quien se ve obligada a demostrar el nexo causal entre la enfermedad y la actividad laboral, en un contexto de asimetría de recursos frente a las entidades gestoras.

Esta práctica afecta de manera particular a trabajadoras de sectores altamente feminizados, como la limpieza, la ayuda a domicilio, el comercio o los cuidados, donde los riesgos laborales específicos no se encuentran debidamente reflejados en el cuadro de enfermedades profesionales¹⁴. La falta de reconocimiento de estas patologías no solo perpetúa la invi-

¹⁴ Sobre la problemática del reconocimiento de enfermedades profesionales en sectores altamente feminizados, con especial atención a las dolencias que afectan a las camareras de piso, véase el informe del Instituto de las Mujeres y de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Martínez Moreno *et al.*, 2023).

sibilización de los riesgos asociados a estas actividades, sino que también amplía la brecha prestacional de género, dado que las enfermedades comunes generan prestaciones económicas y condiciones de acceso menos favorables que las derivadas de contingencias profesionales, impactando de manera desproporcionada en la protección social de las mujeres.

En este escenario, muchas trabajadoras se han visto forzadas a agotar la vía judicial para obtener el reconocimiento del carácter profesional de su enfermedad. La resistencia sistemática de las entidades gestoras a calificar estas dolencias como contingencias profesionales, unida a la falta de una perspectiva de género en algunos órganos judiciales de instancia o suplicación, ha consolidado al TS como la última instancia decisoria para la corrección de estas deficiencias normativas y la garantía del principio de igualdad en el acceso a la protección social.

Sobre esta base, se procede a continuación a realizar un análisis de la jurisprudencia más relevante dictada en los últimos años en materia de enfermedades profesionales. El estudio de estas resoluciones judiciales permitirá identificar los criterios interpretativos aplicados por los tribunales para corregir las lagunas normativas, así como evaluar en qué medida la doctrina jurisprudencial ha contribuido a visibilizar y reconocer patologías que afectan de forma predominante a trabajadoras de sectores feminizados. A efectos de sistematización, la jurisprudencia se agrupa en dos grandes bloques de patologías: en primer lugar, el análisis de la enfermedad del síndrome del túnel carpiano, y, en segundo lugar, las enfermedades que afectan a hombros y codos.

4.1. El síndrome del túnel carpiano y su reconocimiento como enfermedad profesional en profesiones feminizadas

El recorrido por la jurisprudencia de mayor relevancia en esta materia comienza hace una década, con la STS 5221/2014, de 5 de noviembre. La sentencia resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por una trabajadora, empleada como limpiadora, que solicitaba que su incapacidad temporal derivada de un síndrome de túnel carpiano bilateral fuera reconocida como enfermedad profesional. Tanto el INSS como la mutua correspondiente habían calificado la dolencia como una contingencia común, lo que motivó la demanda de la trabajadora. El TS revoca la sentencia del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) del País Vasco, que había confirmado la calificación de contingencia común.

El tribunal sostiene que la dolencia debe ser reconocida como enfermedad profesional sobre la base de los siguientes argumentos. En primer lugar, el síndrome del túnel carpiano está incluido en el cuadro de enfermedades profesionales (anexo I del RD 1299/2006, Grupo 2F0201), lo que activa una presunción *iuris et de iure* que exime a la trabajadora de probar el nexo causal entre la enfermedad y su actividad laboral. En segundo lugar, aunque la profesión de limpiadora no aparece explícitamente en el listado de actividades vinculadas al síndrome del túnel carpiano, el tribunal aclara que la mención de actividades en el RD 1299/2006 es de carácter ejemplificativo, no cerrado. Por lo tanto, otras profesiones que

impliquen tareas con riesgos similares pueden acogerse a la presunción legal. Así las cosas, el tribunal considera que las tareas habituales de la trabajadora (fregado, barrido, mopeado, limpieza de cristales, etc.) implican movimientos repetitivos de flexión y extensión de la muñeca, así como posturas forzadas que son suficientes para causar el síndrome del túnel carpiano. Se da relevancia al manual de prevención de riesgos laborales de la empresa, que documenta los riesgos ergonómicos y musculoesqueléticos inherentes a las tareas de limpieza, incluyendo la manipulación repetitiva de cargas y posturas forzadas.

Tras varios años desde esta primera sentencia, el TS vuelve a pronunciarse sobre la calificación del síndrome del túnel carpiano como enfermedad profesional en su STS 112/2020, de 11 de febrero. En este caso, la trabajadora afectada desempeñaba sus funciones como camarera de pisos y había visto cómo tanto el INSS como la mutua correspondiente calificaban su dolencia como una contingencia común, negando su vinculación con la actividad profesional. La trabajadora interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina ante el TS, alegando como sentencia de contraste la STS 5221/2014, de 5 de noviembre, que ya había reconocido el síndrome del túnel carpiano como enfermedad profesional en el caso de una limpiadora. En ambos supuestos se plantea una problemática similar: la dolencia está incluida en el anexo I del RD 1299/2006, pero las profesiones de las trabajadoras no aparecen de forma expresa en dicho listado.

El TS, manteniendo una línea argumentativa coherente con su doctrina anterior, concluye que la patología debe ser reconocida como enfermedad profesional. El razonamiento jurídico se basa en la interpretación de la normativa aplicable, destacando que la ausencia expresa de una profesión en el anexo I del RD 1299/2006 no impide el reconocimiento de la enfermedad profesional si las tareas desempeñadas conllevan riesgos equivalentes a los descritos en la norma.

El tribunal detalla que las funciones habituales de una camarera de pisos, como la limpieza de habitaciones, baños y pasillos, así como tareas de lencería y lavandería, implican la realización de movimientos repetitivos de flexión y extensión de la muñeca, forzados, continuados o sostenidos, mediante el uso de escobas, fregonas, mopas, bayetas y cepillos. Estas condiciones generan una sobrecarga de la muñeca con la intensidad y repetitividad necesarias para provocar el desarrollo del síndrome del túnel carpiano.

Un aspecto relevante de esta sentencia es la valoración de la dimensión preventiva. El tribunal hace referencia a las «Directrices para la Decisión Clínica en Enfermedades Profesionales relacionadas con los trastornos musculoesqueléticos», en las que se identifican factores de riesgo específicos asociados a las tareas propias de las camareras de pisos. Esta consideración refuerza el vínculo entre la actividad profesional y la patología, confirmando que dichas labores pueden generar el síndrome del túnel carpiano.

Una vez probada la existencia de estos factores de riesgo, el tribunal aplica la presunción *iuris et de iure* de enfermedad profesional establecida en el artículo 157 de la LGSS,

lo que exige a la trabajadora de tener que demostrar el nexo causal entre la dolencia y su actividad laboral. En consecuencia, se reconoce el carácter profesional de la enfermedad sin necesidad de mayores debates probatorios.

Tras los pronunciamientos analizados, el TS ha continuado consolidando su doctrina en torno al reconocimiento del síndrome del túnel carpiano como enfermedad profesional, especialmente en profesiones feminizadas que tradicionalmente han sido invisibilizadas en la normativa de seguridad y salud laboral. En este sentido, resultan particularmente relevantes las sentencias STS 624/2022, de 6 de julio y STS 639/2022, de 8 de julio, que abordan esta misma patología en el contexto de la actividad de auxiliares de ayuda a domicilio, evidenciando la persistencia de los desafíos interpretativos y la necesidad de una aplicación flexible del marco normativo.

En la primera de ellas (STS 624/2022, de 6 de julio), el TS revoca el criterio del TSJ del País Vasco, que había considerado la patología como una contingencia común. El Alto Tribunal fundamenta su decisión en la existencia de un conjunto de tareas inherentes a la profesión de auxiliar de ayuda a domicilio que requieren movimientos repetitivos de muñecas y dedos, así como esfuerzos físicos sostenidos, factores determinantes en la etiología del síndrome del túnel carpiano. Destacan las magistradas y los magistrados que el hecho de que algunas de las funciones de la trabajadora no conlleven tales movimientos no desvirtúa la existencia de un núcleo sustancial de su actividad que sí implica sobrecarga y repetición. Además, el tribunal recurre a los estudios de evaluación de riesgos y a las descripciones convencionales de la profesión para corroborar la relación causal entre la actividad desempeñada y la patología diagnosticada.

La STS 639/2022, de 8 de julio, por su parte, refuerza la doctrina expuesta en la anterior sentencia, reiterando que la enumeración de actividades recogida en el RD 1299/2006 no constituye un *numerus clausus*, sino que debe interpretarse con flexibilidad para incluir profesiones que, si bien no están explícitamente listadas, presentan exigencias biomecánicas similares a aquellas que sí aparecen en el texto normativo. En este caso, la trabajadora había obtenido inicialmente el reconocimiento de la enfermedad profesional por parte del INSS, pero el TSJ del País Vasco revocó dicha calificación, considerándola una enfermedad común. El TS rectifica esta decisión y enfatiza que la clave del reconocimiento radica en la naturaleza de las tareas realizadas, las cuales, en el caso de las auxiliares de ayuda a domicilio, requieren el manejo continuo de cargas, posturas forzadas y movimientos repetitivos, factores de riesgo reconocidos para el desarrollo del síndrome del túnel carpiano.

4.2. Enfermedades musculoesqueléticas y su reconocimiento como enfermedades profesionales en profesiones feminizadas

Si bien el síndrome del túnel carpiano ha sido objeto de un análisis jurisprudencial amplio y sostenido en el tiempo, no constituye la única patología sometida a la consideración del TS en los últimos años. En efecto, otras dolencias, especialmente aquellas que afectan

a los hombros y codos, han adquirido protagonismo en la doctrina reciente, debido a su vinculación directa con actividades laborales que exigen sobreesfuerzos físicos, posturas forzadas y movimientos repetitivos.

Resulta significativo que muchas de estas patologías se presenten con mayor frecuencia en profesiones altamente feminizadas, donde las condiciones de trabajo específicas incrementan la exposición a riesgos musculoesqueléticos. En este contexto, la jurisprudencia del TS ha tenido ocasión de pronunciarse sobre casos que afectan a peluqueras, gerocultoras, estibadoras portuarias y limpiadoras, configurando un cuerpo doctrinal relevante en la interpretación del concepto de enfermedad profesional.

A continuación, se analizan diversas sentencias que abordan estas patologías, destacando cómo la Sala IV ha ido consolidando criterios que permiten una interpretación más flexible del listado de enfermedades profesionales y, en algunos casos, corrigiendo la ausencia de una perspectiva de género en el reconocimiento de enfermedades derivadas del trabajo en sectores feminizados.

La primera sentencia de interés es la STS de 18 de mayo de 2015 (rec. 1643/2014). El TS aborda un caso particularmente relevante por tratarse de una trabajadora autónoma, peluquera de profesión, que solicitó el reconocimiento de su incapacidad permanente total derivada de un síndrome subacromial derecho como enfermedad profesional o, subsidiariamente, como accidente de trabajo. Tanto la resolución administrativa del INSS como las sentencias de instancia y del TSJ de Castilla-La Mancha desestimaron su pretensión, calificando la contingencia como enfermedad común. El argumento central de estas decisiones radicaba en que la profesión de peluquera no se encuentra incluida de forma expresa en el cuadro de enfermedades profesionales del RD 1299/2006.

Sin embargo, el TS revoca dichas resoluciones, destacando que la protección frente a contingencias profesionales en el régimen especial de las personas trabajadoras por cuenta propia debe interpretarse de forma análoga a la prevista en el régimen general, dado que el RD 1273/2003 remite expresamente al marco normativo aplicable a las personas empleadas por cuenta ajena. La sala reafirma su doctrina sobre el carácter meramente enunciativo, y no taxativo, del listado de profesiones contenidas en el RD 1299/2006, lo que permite reconocer el carácter profesional de enfermedades no vinculadas de forma expresa a determinadas actividades si se demuestra la existencia de un nexo causal entre la patología y el trabajo desempeñado.

En este sentido, el tribunal analiza las funciones inherentes a la actividad de peluquería, tomando como referencia el convenio colectivo del sector para establecer una analogía aplicable a quienes trabajan por cuenta propia. Considera que las tareas propias de la profesión, que implican movimientos repetitivos y posturas forzadas con los brazos en posición elevada, son susceptibles de generar el síndrome subacromial padecido por la demandante. Se refiere, además, a las directrices clínicas en materia de enfermedades profesionales, que reconocen estas condiciones como factores de riesgo relevantes.

La sentencia destaca la presunción *iuris et de iure* de profesionalidad en aquellas patologías incluidas en el cuadro de enfermedades profesionales, lo que implica que, una vez acreditada la existencia del riesgo inherente a la actividad desempeñada, no se requiere una prueba adicional del nexo causal por parte de la persona empleada. Con base en estos argumentos, el TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina, declarando que la incapacidad permanente total de la trabajadora deriva de una enfermedad profesional y no de una contingencia común.

En la STS 777/2019, de 13 de noviembre, el Tribunal Supremo se pronuncia sobre la calificación de la epicondilitis padecida por una gerocultora como enfermedad profesional. La trabajadora prestaba servicios en una residencia de mayores, donde desarrollaba tareas de movilización de personas dependientes, lo que le provocó dolor lumbar y en el codo, siendo finalmente diagnosticada de epicondilitis. Inicialmente, tanto la mutua colaboradora como el INSS calificaron la contingencia como enfermedad común, criterio que fue revertido por el TSJ del País Vasco, que reconoció su origen profesional. La mutua recurrió en casación para la unificación de doctrina, sosteniendo que la profesión de gerocultora no está expresamente recogida en el anexo I del RD 1299/2006 y que las tareas desempeñadas no cumplían con los requisitos de repetición y sobreesfuerzo necesarios para atribuir la patología a causas profesionales.

El TS desestima el recurso, confirmando la sentencia del TSJ del País Vasco y consolidando su doctrina sobre la interpretación del concepto de enfermedad profesional. En primer lugar, recuerda que el listado de enfermedades profesionales del RD 1299/2006 no tiene un carácter cerrado (*numerus clausus*), por lo que la ausencia expresa de una determinada profesión no excluye automáticamente la posibilidad de reconocimiento de una enfermedad profesional. Lo relevante es que exista una relación directa entre la patología sufrida y la actividad desempeñada, con independencia de que esta última esté específicamente enumerada en la norma.

La Sala IV fundamenta su decisión en la evidencia de que las tareas propias de la gerocultora implican esfuerzos físicos intensos y repetitivos que afectan directamente a los tendones y estructuras musculoesqueléticas de los brazos. Se hace especial referencia a la *Guía técnica para la evaluación y prevención de los riesgos relativos a la manipulación manual de cargas* (INSST, 2024), que detalla cómo la movilización de personas mayores conlleva posturas forzadas y sobrecargas repetidas en las extremidades superiores. Dichas actividades generan un riesgo significativo de desarrollar lesiones como la epicondilitis, lo que justifica su calificación como enfermedad profesional.

Un aspecto relevante de la sentencia es el énfasis en la perspectiva funcional del análisis del riesgo, superando una interpretación meramente formalista del cuadro de enfermedades profesionales. El TS subraya que, aunque la profesión de gerocultora no figure de manera expresa en el anexo I, las condiciones de trabajo y la naturaleza de las tareas realizadas cumplen con los criterios técnicos para considerar la patología como derivada del ejercicio de la actividad laboral.

En la STS 215/2020, de 10 de marzo, la Sala IV del TS se pronuncia sobre la calificación de la contingencia padecida por una estibadora portuaria, diagnosticada de tendinitis calcificante de hombro izquierdo y tendinopatía del manguito rotador, determinando finalmente su reconocimiento como enfermedad profesional. El litigio tiene su origen en la negativa del INSS y de la mutua colaboradora a considerar la patología como de origen profesional, calificándola inicialmente como enfermedad común. Esta postura fue confirmada en primera instancia por el Juzgado de lo Social n.º 5 de A Coruña y posteriormente por el TSJ de Galicia.

Como viene siendo habitual, el argumento central de la denegación residía en que la profesión de estibadora no está expresamente incluida en el anexo I del RD 1299/2006 como una actividad generadora de dicha enfermedad, sumado a la consideración de que la trabajadora realizaba sus funciones con apoyo de medios mecánicos, lo que, según la entidad gestora, minimizaba los riesgos de movimientos repetitivos continuados, considerados necesarios para la aparición de la dolencia.

Sin embargo, el TS, siguiendo su consolidada doctrina sobre la interpretación del listado de enfermedades profesionales, recalca que este no tiene carácter cerrado y que lo relevante para la calificación de una enfermedad como profesional no es la profesión en sí misma, sino la existencia de una relación causal entre la patología y la actividad desarrollada. En este sentido, la Sala IV subraya que, aunque la estibadora pudiera contar con medios mecánicos para la realización de sus tareas, su actividad implica de forma ordinaria y habitual la manipulación manual de cargas, con esfuerzos continuados que afectan directamente a los miembros superiores, especialmente en posturas forzadas que contribuyen a la aparición de la tendinitis diagnosticada.

El Alto Tribunal destaca que no se requiere que los movimientos sean constantes durante toda la jornada laboral, sino que basta con que sean repetitivos y frecuentes en el desempeño de la actividad, siendo esta la interpretación que mejor se ajusta al espíritu del artículo 116 de la LGSS y al anexo I del RD 1299/2006. Asimismo, se apoya en la presunción *iuris et de iure* de laboralidad que ampara las enfermedades listadas, eximiendo a la trabajadora de la carga probatoria del nexo causal, una vez acreditada la correspondencia entre la actividad desarrollada y la patología sufrida.

4.3. La perspectiva de género en la calificación de enfermedades profesionales: un avance hacia la protección social y salud laboral de las mujeres

La STS 747/2022, de 20 de septiembre, constituye un pronunciamiento de especial relevancia en el ámbito del reconocimiento de enfermedades profesionales, no solo por el contenido del fallo, sino, fundamentalmente, por la incorporación explícita de la perspectiva de género como criterio interpretativo para corregir las deficiencias del marco normativo vi-

gente (Arias Domínguez, 2022)¹⁵. Se trata de un caso en el que una trabajadora, limpiadora de profesión, sufre una rotura del manguito rotador del hombro izquierdo, cuya calificación como enfermedad profesional había sido denegada en las instancias previas, bajo el argumento de que las tareas propias de su actividad no implicaban, de forma habitual, la realización de movimientos de abducción o flexión con los brazos por encima de la horizontal ni esfuerzos que tensionaran los tendones y la bolsa subacromial, condiciones tradicionalmente vinculadas a profesiones masculinizadas como la pintura o la albañilería.

El TS, en un giro significativo respecto a los pronunciamientos anteriores, estima el recurso de la trabajadora y reconoce la contingencia como enfermedad profesional, asentando su decisión sobre varios ejes argumentativos de gran calado jurídico. En primer lugar, reitera la doctrina consolidada sobre el carácter no exhaustivo del listado de enfermedades profesionales del RD 1299/2006, insistiendo en que la ausencia de una profesión en el anexo I no puede ser un obstáculo insalvable para el reconocimiento de la relación causal entre la actividad laboral y la patología sufrida. Lo determinante, señala el Alto Tribunal, es la naturaleza de las tareas desempeñadas y la existencia de factores de riesgo inherentes a estas, más allá de la denominación formal del puesto de trabajo.

En este sentido, la Sala IV pone en valor las Directrices para la decisión clínica en enfermedades profesionales, en particular las relativas a los trastornos musculoesqueléticos, que identifican como condiciones de riesgo los trabajos repetitivos con elevación del hombro y el uso continuado de las manos por encima de la altura del hombro, actividades que son frecuentes en el sector de la limpieza, aunque tradicionalmente invisibilizadas en la normativa. Tareas como el fregado, el desempolvado de superficies elevadas, el pulido o la limpieza de techos y paredes requieren posturas forzadas, movimientos repetitivos y esfuerzos físicos significativos que contribuyen de manera directa al desarrollo de la patología tendinosa crónica del manguito rotador.

Sin embargo, el aspecto más innovador de la sentencia reside en la aplicación de la perspectiva de género como principio hermenéutico fundamental. El TS recuerda que el principio de igualdad, consagrado en el artículo 14 de la Constitución española y desarrollado en la Ley orgánica 3/2007, no se agota en la prohibición de discriminación directa, sino que impone una obligación positiva de eliminar los efectos de normas o prácticas aparentemente

¹⁵ Si bien es cierto que la STSJ de Galicia 5780/2016, de 14 de octubre, ya había incorporado la perspectiva de género en el ámbito del reconocimiento de enfermedades profesionales. La sentencia denuncia el sesgo androcéntrico del derecho de la Seguridad Social, destacando que su configuración normativa responde al modelo del trabajador varón propio de la sociedad industrial, y advierte sobre el riesgo de discriminación indirecta por razón de sexo derivado de una interpretación restrictiva del listado de enfermedades profesionales. La sentencia aborda el caso de una trabajadora que desarrollaba actividades en dos empleos distintos (operaria en una empresa de productos del mar y limpiadora) y que padecía una tendinitis calcificante del hombro derecho. Inicialmente, se le denegó el reconocimiento de la contingencia como enfermedad profesional, calificándola como enfermedad común.

neutras que generan un impacto desproporcionado sobre uno de los sexos. En este caso, la exclusión de las limpiadoras del listado de actividades generadoras de determinadas enfermedades profesionales constituye, *de facto*, una discriminación indirecta, dado que perpetúa un modelo androcéntrico en la protección de la salud laboral, que invisibiliza los riesgos específicos de las profesiones feminizadas.

El tribunal subraya que la integración de la perspectiva de género implica examinar cuál de las interpretaciones posibles del ordenamiento jurídico hace más efectivo el principio de igualdad. En este sentido, la falta de mención expresa a profesiones feminizadas en el anexo I del RD 1299/2006 refleja una omisión normativa que, lejos de ser neutral, perpetúa una desigualdad estructural en el acceso a la protección derivada de contingencias profesionales. Frente a ello, la Sala IV adopta un enfoque corrector, interpretando la norma de manera que garantice la efectividad del derecho a la igualdad de trato y no discriminación.

Con esta sentencia, el TS no solo reconoce el derecho de la trabajadora a que su patología sea considerada enfermedad profesional, sino que sienta un precedente de gran trascendencia para futuros casos, al establecer un estándar interpretativo que obliga a considerar la dimensión de género en la calificación de contingencias profesionales. Este fallo marca un avance en la construcción de una jurisprudencia más sensible a la realidad de las mujeres en el mundo del trabajo y a la necesidad de que la normativa de seguridad y salud laboral refleje de forma adecuada la diversidad de riesgos a los que están expuestas en función de sus condiciones de empleo y sus trayectorias profesionales.

5. Conclusiones y propuestas de mejora

El actual sistema de reconocimiento de enfermedades profesionales presenta importantes deficiencias que limitan su capacidad de ofrecer una protección adecuada a las personas trabajadoras, especialmente a las mujeres. Una de las reformas fundamentales necesarias podría ser la revisión de la definición legal de enfermedad profesional, eliminando el requisito de que el trabajo sea la causa exclusiva de la patología y estableciendo que sea la causa predominante. Este cambio permitiría una actualización más flexible y realista del listado de enfermedades profesionales, facilitando su adecuación a la realidad laboral actual.

Además, resulta imprescindible mejorar el sistema de notificación y registro de enfermedades profesionales, ya que muchas de ellas siguen sin ser declaradas como tales. La falta de datos fiables no solo invisibiliza la magnitud real del problema, sino que también dificulta la adopción de medidas preventivas y la correcta asignación de responsabilidades. Esta situación afecta de forma particular a las mujeres, dado que las patologías derivadas de actividades altamente feminizadas continúan infrarrepresentadas en las estadísticas oficiales, lo que perpetúa su invisibilidad institucional.

Un aspecto crítico de la reforma es la incorporación de la perspectiva de género en el listado de enfermedades profesionales. La actual normativa sigue respondiendo a un modelo androcéntrico que no refleja adecuadamente las patologías derivadas de actividades desempeñadas mayoritariamente por mujeres, como las relacionadas con el sector de los cuidados, la limpieza o la educación. Esta omisión perpetúa la discriminación indirecta en el acceso a la protección social y debe ser corregida mediante la inclusión de enfermedades asociadas a estos sectores, reconociendo los riesgos ergonómicos, musculoesqueléticos y psicosociales a los que están expuestas estas trabajadoras.

Asimismo, se debe abordar la ausencia de los riesgos psicosociales en el listado de enfermedades profesionales. Factores como la sobrecarga de trabajo, la doble jornada, la exposición a acoso laboral o la inestabilidad contractual afectan de manera diferenciada a las mujeres y pueden derivar en enfermedades con un claro origen profesional. Sin embargo, la falta de reconocimiento normativo impide que las trabajadoras accedan a prestaciones adecuadas y genera una brecha de protección que debe ser subsanada. La salud mental, por tanto, debe ocupar un lugar central en la política de prevención de riesgos laborales, con especial atención a las condiciones laborales que afectan de manera desproporcionada a las mujeres.

Otro reto pendiente es la inclusión del cáncer de origen laboral en el listado de enfermedades profesionales. A pesar de que la exposición a determinadas sustancias en el entorno de trabajo ha sido científicamente vinculada con diversos tipos de cáncer, su reconocimiento sigue siendo muy limitado. Esta infradeclaración supone un perjuicio tanto para las personas afectadas como para sus familias, que deben afrontar la enfermedad sin el respaldo de una protección adecuada. Además, la falta de reconocimiento de ciertos tipos de cáncer que afectan mayoritariamente a mujeres, como el de mama o el de ovario, evidencia la necesidad de un enfoque de género en la evaluación de los riesgos carcinogénicos.

No obstante, además de mejorar el sistema de reconocimiento y registro, es imprescindible actuar desde la prevención y detección temprana de las enfermedades profesionales. Para ello, es necesario implementar evaluaciones de riesgos específicas, con metodologías avaladas por organismos como el Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo. Dichas evaluaciones deben identificar con precisión los factores de riesgo, especialmente los psicosociales y ergonómicos, y establecer medidas concretas para reducir su impacto.

En este mismo sentido, la vigilancia de la salud debe reforzarse, garantizando tanto un control individual como colectivo de los riesgos laborales. Es fundamental que los servicios de prevención ofrezcan una evaluación de la salud ajustada a los riesgos específicos de cada sector y ocupación, asegurando una detección precoz de posibles patologías. La gestión de la seguridad y salud en el trabajo debe adaptarse a los desafíos que suponen las transiciones digital, ecológica y demográfica. Factores como la edad, el género, la ocupación o la discapacidad influyen en la exposición a ciertos riesgos, por lo que las políticas de prevención deben integrar estos elementos para garantizar una protección más equitativa y efectiva.

Otro aspecto que requiere una revisión urgente es la actuación de las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, con el objetivo de evitar la infradeclaración de enfermedades profesionales. La falta de un control adecuado sobre estas entidades ha contribuido a que muchas enfermedades laborales sean registradas como comunes, lo que impacta negativamente en las prestaciones económicas y en la protección de las personas trabajadoras. Esta situación genera, además, un desplazamiento de costes hacia el sistema público de salud, que asume gastos que deberían ser cubiertos por las mutuas, generando una ineficiencia en la gestión de los recursos públicos.

Para mejorar la identificación y prevención de enfermedades profesionales, también es necesario reforzar la coordinación entre los sistemas de información y los servicios de prevención de riesgos laborales. Solo a través de un análisis riguroso de los datos se podrá determinar en qué sectores y bajo qué condiciones se generan las enfermedades laborales, permitiendo diseñar estrategias de actuación más eficaces. Dado que la calificación de una enfermedad como profesional depende en gran medida de la valoración médica, resulta imprescindible fomentar la formación especializada en medicina del trabajo. Contar con profesionales con un conocimiento profundo de la actividad productiva y de su impacto en la salud permitirá una mejor identificación de las patologías de origen laboral y garantizará una mayor coherencia en los diagnósticos.

Por último, para que estas reformas sean realmente efectivas, es crucial incrementar la participación de la representación legal de las personas trabajadoras en todas las medidas de evaluación, prevención y vigilancia de la salud. La implicación de los sindicatos y comités de empresa permitirá una mayor adecuación de las estrategias de prevención a la realidad de los procesos productivos y a las necesidades específicas de cada sector.

Ahora bien, si bien la jurisprudencia del TS ha desempeñado un papel relevante al corregir algunas de las limitaciones del marco jurídico, lo cierto es que las ocasiones en las que ha tenido la oportunidad de valorar el carácter profesional de enfermedades padecidas en profesiones altamente feminizadas no son muchas. Esta escasez de pronunciamientos judiciales podría interpretarse no tanto como un indicio de la inexistencia del problema, sino más bien como un reflejo de la dificultad de las trabajadoras para acceder a la vía judicial. Dado el elevado número de profesiones feminizadas en el mercado laboral, cabe suponer que existen numerosos casos de mujeres que, pese a sufrir dolencias claramente vinculadas a su actividad profesional, no inician procedimientos legales para impugnar la calificación de sus enfermedades como comunes. Las barreras económicas, la falta de información o la complejidad probatoria actúan como frenos que limitan el ejercicio efectivo de sus derechos.

En este sentido, las sentencias analizadas en este trabajo representan solo la parte visible de un problema estructural mucho más amplio. Constituyen algunas hojas de un bosque denso, en el que permanecen ocultas numerosas situaciones de vulneración de derechos que nunca llegan a los tribunales. La exclusión de determinadas profesiones y patologías del RD 1299/2006 y, por ende, la falta de aplicación de la presunción *iuris et de iure* de origen

profesional ha generado una realidad en la que muchas enfermedades terminan siendo calificadas como comunes. Este hecho no solo expone a las trabajadoras a una desprotección significativa debido a la dificultad de probar el nexo causal, sino que también contribuye a una brecha prestacional de género. Esta brecha tiene consecuencias directas en la calidad de vida de las mujeres trabajadoras, limitando su acceso a prestaciones adecuadas y perpetuando desigualdades estructurales en el ámbito de la protección social.

Sin embargo, la jurisprudencia del TS, aunque limitada en número de casos, ha demostrado su capacidad para actuar como un mecanismo corrector, contribuyendo a reducir dicha brecha y corrigiendo desigualdades históricas en el trato normativo entre hombres y mujeres. La reciente orientación del poder legislativo hacia la integración de la perspectiva de género en la normativa, como se refleja en el mandato del Real Decreto-Ley 16/2022 para revisar el cuadro de enfermedades profesionales, ofrece una oportunidad para avanzar hacia un sistema más justo e inclusivo. Si este proceso se desarrolla con el compromiso necesario, puede suponer un paso decisivo en la eliminación de discriminaciones indirectas por razón de sexo y en la reducción de la brecha prestacional de género, garantizando una protección más equitativa para todas las personas trabajadoras.

En definitiva, el actual sistema de reconocimiento de enfermedades profesionales necesita una reforma estructural que corrija sus deficiencias, incorpore de manera transversal la perspectiva de género y refuerce la prevención como pilar fundamental de la seguridad y salud en el trabajo. Solo así se podrá garantizar una protección justa y efectiva para todas las personas trabajadoras, eliminando las barreras que hoy en día impiden el acceso a una cobertura adecuada frente a las enfermedades derivadas de la actividad laboral. Este objetivo no solo responde a un imperativo de justicia social, sino que constituye un requisito esencial para la construcción de un sistema de Seguridad Social verdaderamente inclusivo, equitativo y eficaz.

Referencias bibliográficas

- Arias Domínguez, Á. (2022). Apreciación de la enfermedad profesional desde la perspectiva de género. *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 9, 1-9. https://doi.org/10.55104/RJL_00388
- Blasco Jover, C. (2022). Algunos ejemplos recientes sobre la integración de la perspectiva de género en la interpretación de las normas de Seguridad Social. *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, 3(3), 130-152. <https://doi.org/10.20318/labos.2022.7370>
- Blasco Lahoz, J. F. (2008). El concepto legal de enfermedad profesional y su interpretación judicial y doctrinal. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 308, 1-20. <https://doi.org/10.51302/rtss.2008.5527>
- Cavas Martínez, F. (2022). La interpretación del sistema de Seguridad Social con perspectiva de género en la doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, 29, 27-54. <https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/531>

- Comisión Europea. (2021). *Marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2021-2027. La seguridad y la salud en el trabajo en un mundo laboral en constante transformación*. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52021DC0323&qid=1626089672913#PP1Contents>
- Contreras Hernández, Ó. (2020). Capítulo XXVII. La inclusión de los riesgos psicosociales en el cuadro de enfermedades profesionales: evidencias y propuestas para una revisión legal. En J. L. Monereo Pérez (Dir.), *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria. IV Congreso Internacional y XVII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social* (tomo I, pp. 433-444). Laborum.
- Desdentado Bonete, A. (1999). Art. 116. Concepto de enfermedad profesional. En J. L. Monereo Pérez y M. N. Moreno Vida (Dirs.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social* (pp. 1122-1123). Comares.
- Fernández Collados, M.^a B. (2010). Las enfermedades del trabajo. *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, 146, 287-312.
- Ferrando García, F. M.^a (2024). La integración de la perspectiva de género como herramienta necesaria para eliminar la discriminación indirecta en materia de enfermedades profesionales. *Jurisdicción Social. Revista de la Comisión Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, 253, 5-15. <https://www.juecesdemocracia.es/2024/04/10/revista-jurisdiccion-social-253-marzo-2024/>
- Gayá Pérez, H., Torres Ordóñez, M. B., Díaz, P., Ramada, J. M.^a, Serra, C. y Benavides, F. G. (2023). Estimación económica de una muestra de casos de enfermedad profesional confirmados por el INSS atendidos en el Parc de Salut Mar, 2014-2021. *Archivos de Prevención de Riesgos Laborales*, 26(1), 41-48. <https://doi.org/10.12961/april.2023.26.01.04>
- González Ortega, S. (2017). Las enfermedades profesionales: un concepto de delimitación compleja para un fenómeno social de relevancia. En S. Barcelón Cobedo y S. González Ortega, S. (Coords.), *Las enfermedades profesionales* (pp. 25-55). Tirant lo Blanch.
- Grau Pineda, C. (2017). Sobre la imperiosa necesidad de incorporar el sesgo de género en la gestión de los riesgos psicosociales. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 408, 23-58. <https://doi.org/10.51302/rtss.2017.1912>
- Igartua Miró, M.^a T. (2007). La nueva lista de enfermedades profesionales y la inamovilidad respecto a las dolencias derivadas de riesgos psicosociales. *Actualidad Laboral*, 22, 2692-2705.
- Igartua Miró, M.^a T. (2023). El enfoque de género y la enfermedad profesional: reflexiones desde el ordenamiento español. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 11(2), 6-41. https://ejcls.adapt.it/index.php/rldc_adapt/article/view/1268
- INSST. (2018). *NTP 657. Los trastornos músculo-esqueléticos de las mujeres (I): exposición y efectos diferenciales*. INSST, O. A., M. P. https://www.insst.es/documents/94886/7854588/ntp_657.pdf/b32d581a-ab53-432f-a30f-696e301eb606?version=1.2&t=1727364134344&download=true
- INSST. (2024). *Guía técnica para la evaluación y prevención de los riesgos relativos a la manipulación manual de cargas*. INSST, O. A., M. P. <https://www.insst.es/documentacion/material-normativo/guia-tecnica-para-la-evaluacion-y-prevencion-de-los-riesgos-relativos-a-la-manipulacion-manual-de-cargas>

- López Gandía, J. y Agudo Díaz, J. (2007). *Nueva regulación de las enfermedades profesionales*. Bomarzo.
- Lousada Arochena, J. F. (2021). *Enfermedades profesionales en perspectiva de género*. Bomarzo.
- Luján Alcaraz, J. (2021). La imprecisa e insuficiente delimitación de la enfermedad profesional. *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, 26, 35-48. <https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/443/483>
- Martínez Moreno, C., Álvarez Cuesta, H., Grau Pineda, C. y Castro Franco, A. (2023). *Revisión jurisprudencial de las dolencias y patologías que sufren las camareras de piso. Propuestas para su reconocimiento como enfermedad profesional*. Instituto de las Mujeres, Ministerio de Igualdad. https://www.igualdadnlaempresa.es/recursos/Campanas/docs/Jurisprudencia_EP_Camare-rasPiso2023.pdf
- Poquet Catalá, R. (2020). Capítulo XXVIII. El actual sistema de calificación de enfermedades profesionales, ¿hacia un nuevo modelo? En J. L. Monereo Pérez (Dir.), *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria. IV Congreso Internacional y XVII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social* (tomo I, pp. 445-460). Laborum.
- Ríos Velada, A. (2023). La aplicación del punto de vista de género para la defensa de la salud laboral de las mujeres trabajadoras. *Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales*, 50, 148-173. <https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.25211>
- Rodríguez González, S. (2021). La perspectiva de género en la aplicación e interpretación de las normas por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 76.
- Rodríguez Hernández, J. (2023). La perspectiva de género en la interpretación de las normas de Seguridad Social. *Diario La Ley*, 10204. <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2023/01/10/la-perspectiva-de-genero-en-la-interpretacion-de-las-normas-de-seguridad-social>
- Rodríguez-Piñero Royo, M. (1995). Las enfermedades del trabajo. *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2, 21-33.
- Sempere Navarro, A. V. (2001). La protección de la enfermedad profesional: planteamientos para su modificación. *Aranzadi Social*, 5, 71-82.

Matthieu Chabannes. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid y actual profesor ayudante doctor en el Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Políticas y Sociología de la Universidad Complutense de Madrid. <https://orcid.org/0000-0002-9295-923X>

La toxicidad de los nanomateriales en el contexto laboral: principio de precaución y control de exposición

Rosa María Rodríguez Casáis

Doctoranda del Programa de Doctorado en Derecho:

Protección jurídica y cohesión social.

Universidad de León (España)

rm.rcasais@unileon.es | <https://orcid.org/0009-0001-7596-0634>

Extracto

La nanotecnología ha experimentado un desarrollo exponencial permitiendo avances que contribuyen al desarrollo de numerosos sectores productivos, principalmente el sanitario, industrial o la construcción, pero que se proyectan también al aeroespacial, automoción, las comunicaciones, la energía, laboratorios de investigación, electrónica, soldadura, cosmética, agroalimentación, textil, material deportivo o incluso industria armamentística. Su uso ya está plenamente integrado en la sociedad, proporcionando innumerables beneficios y oportunidades, pero también una variedad de riesgos (tanto para las personas trabajadoras como para el medio ambiente), en muchos casos desconocidos, que demandan una revisión de las actuaciones en el campo de la seguridad y la salud, pues la exposición laboral a nanopartículas puede producirse a lo largo de las distintas etapas que comprende su ciclo de vida (fabricación, incorporación al producto y uso profesional de este, eliminación de los residuos o tareas de mantenimiento y limpieza). A partir de una hipótesis de incertidumbre sobre los posibles efectos adversos que sobre la salud humana genera el empleo de nanomateriales, tanto a medio como a largo plazo, en el presente ensayo se llega a la conclusión de que, si bien no es posible afirmar que todas las nanopartículas provoquen efectos tóxicos, sí pueden representar una amenaza para el ser humano y su entorno (dada la complejidad de esta innovación científica con el medio ambiente) ante las sospechas fundadas sobre su potencial lesividad. A partir de tal premisa, los estándares de máxima seguridad y de minimización del riesgo impuestos por la normativa de prevención de riesgos laborales exigen aplicar la máxima diligencia en el desempeño de los puestos de trabajo, tomando como pauta segura de actuación el principio de precaución, reduciendo, en la medida de lo posible, los niveles de exposición según exigen las notas técnicas *ad hoc*.

Palabras clave: nanotecnología; sustancia tóxica; seguridad y salud en el trabajo; sanidad laboral; principio de precaución; investigación científica; control de exposición; argiria.

Recibido: 05-04-2025 / Aceptado: 21-04-2025 / Publicado: 07-05-2025

Cómo citar: Rodríguez Casáis, R. M. (2025). La toxicidad de los nanomateriales en el contexto laboral: principio de precaución y control de exposición. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 486, 152-181. <https://doi.org/10.51302/rtss.2025.24435>

Toxicity of nanomaterials in the workplace: Precautionary Principle and exposure control

Rosa María Rodríguez Casáis

PhD student on the PhD programme Law: Legal protection and social cohesion.

University of León (Spain)

rm.rcasais@unileon.es | <https://orcid.org/0009-0001-7596-0634>

Abstract

Nanotechnology has experienced exponential growth, enabling advances that contribute to the development of numerous productive sectors, primarily healthcare, industry, and construction, but also extending to the aerospace, automotive, communications, energy, research laboratories, electronics, welding, cosmetics, agri-food, textile, sports equipment, and even the arms industry. Its use is now fully integrated into society, providing countless benefits and opportunities, but also a variety of risks (for both workers and the environment), often unknown. These risks require a review of health and safety measures, as occupational exposure to nanoparticles can occur throughout the various stages of their life cycle (manufacturing, incorporation into the product and its professional use, waste disposal, and maintenance and cleaning tasks). Based on a hypothesis of uncertainty regarding the potential adverse effects on human health generated by the use of nanomaterials, both in the medium and long term, this essay concludes that, while it is not possible to affirm that all nanoparticles cause toxic effects, they can represent a threat to humans and their environment (given the complicity of this scientific innovation with the environment) given the well-founded suspicions regarding their potential harmfulness. Based on this premise, the maximum safety and risk minimization standards imposed by occupational risk prevention regulations require the utmost diligence in the performance of jobs, taking the precautionary principle as a safe guideline for action, reducing exposure levels as far as possible as required by the ad hoc technical notes.

Keywords: nanotechnology; toxic substance; occupational health and safety; occupational health; precautionary principle; scientific research; exposure control; argyria.

Received: 05-04-2025 / Accepted: 21-04-2025 / Published: 07-05-2025

Citation: Rodríguez Casáis, R. M. (2025). Toxicity of nanomaterials in the workplace: Precautionary Principle and exposure control. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 486, 152-181. <https://doi.org/10.51302/rtss.2025.24435>



Sumario

1. Consideraciones generales
 2. Una aproximación a los rasgos más característicos de los nanomateriales
 - 2.1. Concepto y tipología
 - 2.2. Las diferentes utilidades de los nanomateriales
 - 2.2.1. La nanomedicina y la mejora en el diagnóstico y los tratamientos
 - 2.2.2. Otras aplicaciones de la nanotecnología
 3. La prevención de riesgos laborales derivados de los nanomateriales
 - 3.1. Nanomateriales y riesgo laboral
 - 3.1.1. Efectos toxicológicos de los nanomateriales: entre el conocimiento y la incertidumbre
 - 3.1.2. Factores capaces de influir en el nivel de riesgo de los nanomateriales
 - 3.2. El principio de precaución como respuesta ante los potenciales riesgos de la exposición laboral a nanomateriales
 - 3.3. Gestión de los riesgos derivados de los nanomateriales en el lugar de trabajo
 4. Síntesis conclusiva
- Referencias bibliográficas

1. Consideraciones generales

La evolución tecnológica y su incidencia en distintas esferas de la vida humana ha reportado grandes beneficios a la sociedad, pero al mismo tiempo ha favorecido la aparición de riesgos emergentes y, con ellos, nuevas patologías laborales que obligan a una revisión de las acciones dirigidas a garantizar la seguridad, la salud y el bienestar laboral (Galera Rodrigo, 2015; Savolainen, 2013). Amenazas que, capaces de forzar una intervención normativa destinada a dar respuesta a sus efectos más nocivos, no se circunscriben en exclusiva a los derivados de las conocidas como tecnologías de la información y la comunicación (TIC), en tanto la nueva revolución digital y científica es mucho más amplia. Ejemplo paradigmático de ello es la nanotecnología, que «ha pasado rápidamente de ser utilizada en un entorno puramente científico y de investigación, a tener una infinidad de aplicaciones en la industria» (Navarro García, 2024, p. 206), introduciéndose en prácticamente todos los sectores de actividad y favoreciendo el desarrollo y el crecimiento.

El prefijo «nano», del griego *vávoς* (pequeño), sirve para designar una gran diversidad de materiales que comparten, como característica común, «que al menos una dimensión externa de todas o parte de las partículas que lo constituyen sea inferior a 100 nanómetros» (INSST, 2015b, p. 5), pudiendo ser fabricados, bien partiendo de la ruptura del material en bruto, bien de la unión de átomos o moléculas; alternativa esta última más complicada pero que permite mejores resultados. Sea como fuere, la clave en la velocidad de integración en el mercado han sido sus innumerables ventajas y beneficios en las distintas actividades económicas, mejorando las propiedades de los productos, en tanto la nanotecnología consigue disminuir el peso y tamaño de las manufacturas, las dota de acabados cuya calidad es más elevada y posibilita una mayor funcionalidad y un rendimiento superior en términos de durabilidad y resistencia (Navarro García, 2024; INSST, 2015a).

Estas virtudes, razón principal del aumento en la manipulación de la materia de muy pequeño tamaño en la actividad productiva, derivan de las extraordinarias propiedades físicas y químicas que presentan los materiales en esta escala inferior, diferentes de las que tienen a escala macro (Veiga Álvarez *et al.*, 2015; Foladori e Invernizzi, 2012), pues «los elementos químicos cambian su resistencia, flexibilidad, conductividad eléctrica, magnetismo, etc., cuando están en tamaños menores a los 100 nanómetros» (Foladori, 2012a, p. 19). El oro es un claro ejemplo, pues no es reactivo en escala macro, pero sí en nanoescala, habilitando su uso como sensor; frente al material en su tamaño normal, el nanooro puede dejar de ser conductor e incluso volverse magnético, además de ver incrementada su inestabilidad, adquiriendo propiedades explosivas y convirtiéndose en un excelente catalizador (Navarro

García, 2024). O el grafito, que se presenta como un material blando en los lápices y cuando es manipulado «en nanoescala como tubo de carbono es 100 veces más duro que el acero» (Foladori, 2012a, p. 19).

El uso de los nanomateriales está cada vez más extendido; de hecho, su empleo ha crecido exponencialmente en ámbitos tan importantes y variados como el aeroespacial, las comunicaciones, la energía, la construcción, la farmacología, la medicina, la industria manufacturera, la automoción, la electrónica o, por no seguir, la alimentación. Para hacerse una idea de la expansión de la nanotecnología en la sociedad actual basta referir que en octubre de 2013 el Nanotechnology Consumer Products Inventory¹ registró en el mercado 1.814 productos de estas características, la mayor parte en el apartado de «salud y bienestar», consagrándose la plata como el nanomaterial más utilizado (por sus propiedades bactericidas y antimicrobianas), si bien es cierto que el 49 % de los productos listados no especificaban la composición del nanomaterial empleado en su fabricación (Vance *et al.*, 2015; Tutor Sánchez, 2016). Casi doce años después, en febrero de 2025, la Base de Datos de Productos de Nanotecnología (NPD) cifra ya en 11.149 los productos de estas características, agrupados en múltiples categorías, tales como electrónica y electricidad, medicina, construcción, cosmética, textil, automoción, medioambiente, energías renovables o alimentación, entre otras².

Pese a ello, y aunque existen diversos estudios que apuntan a un elevado índice de toxicidad en algunos de estos nanomateriales, todavía falta información completa sobre su peligrosidad real y sus posibles efectos en los humanos y el medio ambiente (sobre todo en el largo plazo), cuestión fundamental para determinar con exactitud los riesgos laborales que afrontan las personas expuestas a su manipulación y la medida en que pueden ver dañada su salud y su seguridad. Por ello, *a priori* se impone un principio de precaución y se recomienda controlar la exposición en la medida de lo posible (Colorado Soriano *et al.*, 2013).

2. Una aproximación a los rasgos más característicos de los nanomateriales

Muchos han sido los esfuerzos de la comunidad científica –sobre todo a la vista de la apuntada proliferación– para explicar el comportamiento de los nanomateriales, cuyas características físicas, químicas, biológicas y toxicológicas, como ya se avanzó, difieren de las propias de los mismos materiales a escala mayor. A resultados de este empeño, existe ya una extensa investigación cuyos mimbres básicos deben ser tenidos en cuenta de cara a las actuaciones de prevención y protección que en su caso sean precisas.

¹ Elaborado por el Woodrow Wilson International Center for Scholars de Washington en el marco del Project on Emerging Nanotechnologies.

² Nanotechnology Products Database (NPD), <https://product.statnano.com/>

2.1. Concepto y tipología

El conocimiento actual de la ciencia nanométrica surge de la confluencia de múltiples disciplinas, encontrando origen en conceptos de física y química a los que se han incorporado aspectos de biología, medicina, ingeniería y ciencias ambientales (Cruz, 2011)³. De este modo, el universo de la nanotecnología, o «la manipulación de la materia a escala atómica y molecular» (Foladori, 2012a, p. 18), se configura por un carácter marcadamente multidisciplinar y especializado (Tutor Sánchez, 2016).

Ya en 1959, Richard Feynman (Premio Nobel de Física en 1965) se convertiría en el pionero de la nanotecnología cuando en la conferencia celebrada en el Instituto de Tecnología de California sorprendió a su audiencia con una intervención titulada *There's Plenty of Room at the Bottom*, donde estableció los cimientos de la disciplina⁴. Desde entonces, muchas han sido las definiciones empleadas por la comunidad científica en referencia a la nanotecnología: para la Royal Society and the Royal Academy of Engineering, abarca «el diseño, caracterización, producción y aplicación de estructuras, dispositivos y sistemas controlando el tamaño y la forma a escala nanométrica»; la NASA la conceptúa como «la creación de materiales funcionales, dispositivos y sistemas a través del control de la materia en la escala nanométrica (1-100 nm) y la explotación de nuevos fenómenos y propiedades (físicos, químicos, biológicos, mecánicos, eléctricos...) en esta misma escala»; a efectos de la International Standard Organization (ISO) se trata de aplicar el «conocimiento científico para manipular y controlar la materia a escala nanométrica con el fin de hacer uso de sus propiedades y fenómenos relacionados con su tamaño y estructura»; o, en fin, también ha sido definida por la Fundación Española para la Ciencia y Tecnología (FECYT) como la «tecnología generada con objetos cuyo tamaño oscila desde una décima de nanómetro a una centena de nanómetro» (Ávalos Fúnez *et al.*, 2016, pp. 2-3).

En un primer acercamiento terminológico, los nanomateriales no son otra cosa que «materiales que contienen partículas con una o más dimensiones entre 1 y 100 nm» (EU-OSHA, 2013c). Para hacerse una idea de la magnitud de esta cifra de referencia, baste con recordar que un nanómetro es «la millonésima parte de un milímetro, una longitud 80.000 veces más pequeña que el diámetro de un cabello humano y 10 veces el diámetro de un átomo de hidrógeno» (Ávalos Fúnez *et al.*, 2016, p. 3); que «60 nanómetros pueden ser el diámetro de un virus» (Foladori, 2012a, p. 19); «que el diámetro de una molécula de ADN es de 2,5 nm y que el diámetro de un átomo es de un tercio de nanómetro» (Cheang Wong, 2005, p. 7)

³ Así lo constató también años atrás, en el seno de Comisión Europea, el Scientific Committee on Emerging and Newly Identified Health Risks (SCENIHR) en su documento de 2006 *Modified Opinion (after public consultation) on The appropriateness of existing methodologies to assess the potential risks associated with engineered and adventitious products of nanotechnologies*.

⁴ Esta presentación para la American Physical Society in Pasadena será publicada por el autor un año después (Feynman, 1960).

o que «un nanómetro es 100 mil veces menor que [...] el espesor de una hoja de papel» (Rossi, 2013, p. 2). Algo muy importante a los efectos de este trabajo, en tanto «una célula humana puede ser 20 mil veces mayor a una nanopartícula, por lo cual estas últimas pueden introducirse fácilmente a través de la piel e inclusive ser “tragadas” por las células» (Foladori, 2012a, p. 19).

Atendiendo a la petición del Parlamento Europeo sobre la necesidad de introducir una definición científica exhaustiva en la legislación de la Unión Europea que permitiera determinar con la máxima exactitud cuándo un material debe ser considerado nanomaterial, se aprobó la Recomendación 2011/696/UE de la Comisión, de 18 de octubre, relativa a la definición de nanomaterial⁵, que entiende por tal, sin perjuicio de diversos matices y explicaciones, «un material natural, secundario o fabricado que contenga partículas», ya sea sueltas, ya sea conformando un agregado o un conglomerado, siempre y cuando «el 50 % o más de las partículas en la granulometría numérica presente una o más dimensiones externas en el intervalo de tamaños comprendido entre 1 nm y 100 nm»; no obstante, en supuestos específicos justificados «por preocupaciones de medio ambiente, salud, seguridad o competitividad», dicho porcentaje del 50 % puede ser sustituido «por un umbral comprendido entre el 1 % y el 50 %». Además –añade la recomendación–, «los fullerenos, los copos de grafeno y los nanotubos de carbono de pared simple con una o más dimensiones externas inferiores a 1 nm deben considerarse nanomateriales» en todo caso.

Según se aprecia en esta definición, las nanopartículas pueden agruparse formando estructuras más grandes: agregados o aglomerados. En los segundos, «la unión entre las nanopartículas se realiza mediante fuerzas relativamente débiles [...] por fuerzas electrostáticas o de tensión superficial» y «la superficie específica resultante es similar a la suma de la superficie de los componentes por separado»; en cambio, «en los agregados las uniones entre las partículas se producen con enlaces más fuertes que dificultan la redistribución por medios mecánicos» y «la superficie que se forma es menor que la suma de las superficies específicas de los componentes que se unen» (Tanarro Gozalo y Gálvez Pérez, 2009, p. 36).

Además, la recomendación de la Comisión Europea especifica que los nanomateriales pueden ser de tres tipos: naturales, secundarios o fabricados con las características establecidas para los mismos. Los que produce la naturaleza se encuentran en el humo, en el aire o en las emisiones volcánicas. Los secundarios surgen de forma accidental y no intencional, a consecuencia de labores de soldadura, corte de metales o reacciones de combustión. Respecto de cuantos han sido fabricados intencionadamente para cumplir con fines

⁵ Recomendación 2011/696/UE de la Comisión Europea de 18 de octubre de 2011, relativa a la definición de nanomaterial, DOUE L 275/38 de 20 de octubre de 2011, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011H0696&qid=1743008424879>

determinados, procede puntualizar como peculiaridad la paralela existencia de técnicas e instrumentos seguros que se complementan con el conocimiento científico necesario en su manipulación y producción (Foladori e Invernizzi, 2012; Navarro García, 2024).

Más allá de esta tipología basada en el origen, los nanomateriales también pueden clasificarse con base en otros criterios. Así, atendiendo a su estructura, cabe diferenciar entre aquellos cuyas tres dimensiones se encuentran en la escala nanométrica (las nanopartículas), los que tienen dos (las nanofibras) y los que solo tienen una (los nanodiscos) (Veiga Álvarez *et al.*, 2015). Según su naturaleza, los nanomateriales pueden ser orgánicos, como los dendrímeros, los liposomas y los polímeros, e inorgánicos, como los nanotubos de carbono, los metálicos, cerámicos y semiconductores (Cruz, 2011). En fin, y por no seguir, desde el punto de vista de la forma, destacan los citados nanotubos de carbono, importantes conductores del calor que pueden ser de pared sencilla o pared múltiple, así como las nanocápsulas o «nanoestructuras esféricas huecas», caracterizadas por su «gran solubilidad y resistencia a los jugos gástricos, lo que permite, por ejemplo, dirigir los medicamentos a su punto de acción»; también los nanocables, los fullerenos y las *quantum dots* (Tanarro Gózalo y Gálvez Pérez, 2009, pp. 35-36).

2.2. Las diferentes utilidades de los nanomateriales

La nanotecnología ha experimentado un desarrollo exponencial impulsado, en gran medida, por los progresos científicos que contribuyen al crecimiento de los distintos sectores de la economía aportando nuevos materiales cuyo potencial representa oportunidades y amplios beneficios para la industria, en particular, y para la sociedad, en general. Entre otros, destacan por su uso industrial distintos nanomateriales no metálicos orgánicos (sílice amorfa sintética, dióxido de titanio, óxido de zinc, óxido de aluminio), metales y aleaciones metálicas (oro, plata, platino, cobre), nanomateriales con base de carbono (fullerenos, nanotubos y nanofibras de carbono, negro de humo, grafeno), nanopolímeros y dendrímeros, puntos cuánticos o nanoarcillas (Navarro García, 2024).

Esta revolución tecnológica supone un cambio en el tratamiento de la materia que afecta a todos los sectores económicos y de producción, haciéndose con los mercados en un tiempo récord. Actualmente, la nanotecnología permite fabricar raquetas de tenis más ligeras, flexibles y resistentes, así como gafas con cristales que no se rayan y tejidos anti-manchas y antiarrugas. En agricultura, los pesticidas que se presentan nanoencapsulados contienen menos cantidad de producto y, en consecuencia, se reducen los costes, resultando por ello más eficientes. En alimentación, la nanotecnología está detrás de productos como los saborizantes, los colorantes o los anticoagulantes. Pero también gracias a esta ciencia han tenido lugar enormes avances en la investigación médica, reduciendo la cantidad de producto químico preciso para la eficacia de los fármacos o aportando su granito de arena, por ejemplo, en la lucha contra el cáncer.

2.2.1. La nanomedicina y la mejora en el diagnóstico y los tratamientos

En las últimas décadas no han sido pocos los esfuerzos científicos orientados al desarrollo del conocimiento relativo a la nanotecnología y sus posibles aplicaciones para la vida y la actividad humana. Uno de los campos más favorecidos por este denodado empeño es el de las ciencias de la salud, donde la nanomedicina ha realizado aportaciones relevantes que permiten la mejora en los procedimientos de diagnóstico (nanosistemas de imagen y nanobiosensores), en las terapias (nanoterapia) y en los tratamientos, mediante la administración controlada de fármacos y la posibilidad de regenerar tejidos y órganos dañados (Lechuga, 2011). En efecto, dada la capacidad de desplazamiento que tienen las nanopartículas a través del flujo sanguíneo y atravesando membranas celulares, se convierten en instrumentos imprescindibles en el diagnóstico y tratamiento, pero también en la vigilancia y prevención de enfermedades como el cáncer, la diabetes u otras patologías de tipo neurodegenerativo, musculoesquelético e inflamatorio, infeccioso y cardiovascular. Así pues y, en definitiva, la influencia de las nanotecnologías en el sector de la asistencia sanitaria ha permitido la combinación de técnicas de miniaturización con «la síntesis química y el control de la organización molecular», ofreciendo herramientas que solo unos años atrás resultaban prácticamente inimaginables (EU-OSHA, 2013b, p. 1).

Dada la complejidad de la cuestión, resulta imposible reflejar de forma exhaustiva en el presente análisis todo el potencial médico de la nanotecnología. Baste, pues, con plantear una visión global capaz de mostrar una imagen panorámica de la situación, suficiente para hacerse una idea de las posibilidades que se abren gracias a estos avances:

1. La importancia de la nanomedicina está fuera de toda duda en el nanodiagnóstico, de cara a identificar las enfermedades en fase incipiente, lo que incrementa la capacidad de respuesta y permite implementar la solución adecuada con mayores garantías de curación. En este sentido, no se puede negar que las nanopartículas han contribuido significativamente al perfeccionamiento de la tecnología de la imagen (Lechuga, 2011). Entre otros logros, procede destacar, por ejemplo, cómo estas nuevas tecnologías han permitido dar un paso importante en la detección del virus de inmunodeficiencia humana (VIH), en tanto un equipo de investigadores del Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC) ha desarrollado y patentado un dispositivo que permite obtener resultados clínicos en 4 horas y 45 minutos y puede llegar a detectar el VIH tipo 1 durante la primera semana tras la infección. Se trata de un biosensor que, gracias a la combinación de estructuras muy pequeñas de silicio con nanopartículas de oro, produce señales mecánicas y ópticas que se amplifican mutuamente (Kosaka *et al.*, 2017).
2. Las nanopartículas representan una auténtica revolución para la farmacología, ámbito donde se están desarrollando, con gran eficiencia, técnicas para la administración de fármacos al cerebro por vía intranasal (IN) en el tratamiento de enfer-

medades neurodegenerativas (Bonaccorso *et al.*, 2024)⁶; por vía oral y parenteral en el tratamiento del cáncer, así como vacunas orales.

Las propiedades de las nanopartículas les permiten atravesar las barreras biológicas y alcanzar órganos como los pulmones o el cerebro (Ríos de la Rosa, 2011; EU-OSHA, 2013b; Oropesa Núñez y Jáuregui-Haza, 2012). En oftalmología contribuyen a prolongar la duración de los fármacos evitando su degradación, al tiempo que se ha conseguido mejorar la tolerancia y la permeación transcorneal (Llabot *et al.*, 2008). Asimismo, en la administración de medicamentos para el tratamiento pulmonar los resultados confirman que «las nanopartículas poliméricas muestran una mayor estabilidad durante el proceso de nebulización, con lo que se elimina la posibilidad de pérdida de fármacos» (Llabot *et al.*, 2008, p. 46). No se olvide tampoco que los nanomateriales han convertido en solubles fármacos insolubles hasta ahora o que es posible servirse de nanoesponjas para ocuparse de las infecciones resistentes a los antibióticos (Tutor Sánchez, 2016).

Para hacer llegar la medicación al objetivo se utiliza una amplia variedad de nanoestructuras como nanocápsulas, nanopartículas, nanotubos, dendrímeros, micelas, liposomas, conjugados poliméricos y microgeles, entre otros (Krötzsch, 2015; Oropesa Núñez y Jáuregui-Haza, 2012; Gómez Saldívar, 2011)⁷; nanosistemas que ofrecen mayor precisión e incrementan la efectividad del medicamento mediante el control de la dosis exacta requerida, del tamaño y la morfología, así como de las propiedades superficiales del compuesto (Lechuga, 2011). De esta manera, el uso de nanopartículas en el diseño de fármacos inteligentes permite ajustar la liberación y distribución del producto de forma menos invasiva, mediante la dosificación controlada, y sirve para hacer realidad nanofórmulas y nanoterapias personalizadas que, dirigidas a órganos y tejidos enfermos, evitan que se vean afectadas otras células sanas próximas, eliminando múltiples efectos secundarios y adversos, a la par que mejorando los resultados y reduciendo las cantidades necesarias (Oropesa Núñez y Jáuregui-Haza, 2012).

3. Los avances de la nanotecnología en el ámbito de los implantes y de la ingeniería tisular han impulsado el desarrollo de la medicina regenerativa, con importantes repercusiones para la ingeniería de tejidos, aportando nuevos materiales y técnicas

⁶ Es más, recoge este estudio cómo en el campo de las patentes William H. Frey II, pionero de la administración de insulina de la nariz al cerebro, descubrió ya en el año 1989 la ruta IN como «un método no invasivo para eludir la barrera hematoencefálica (BHE) y dirigir agentes terapéuticos (incluida la insulina) al cerebro para trastornos neurodegenerativos, como la enfermedad de Alzheimer, los accidentes cerebrovasculares y la enfermedad de Parkinson» (Bonaccorso *et al.*, 2024, p. 5620).

⁷ Sirvan como muestra los nanotubos de carbono, convertidos en un elemento de gran potencial en nanomedicina por su versatilidad y sus múltiples aplicaciones en distintos ámbitos, incluida la farmacología, donde son utilizados como soporte y como excipiente en la elaboración de formulaciones farmacológicas para el control de enfermedades neurodegenerativas como el Parkinson.

que hacen posible la regeneración mediante el empleo de algunas nanopartículas como la hidroxiapatita o la zirconia, los nanotubos de carbono, los nanocomposites o las nanofibras de polímeros biodegradables. También han permitido el empleo de las células madre, tanto en fase embrionaria como adulta; pero

uno de los mayores logros es el desarrollo de biomateriales con capacidad de imitar a la matriz extracelular, constituyendo un auténtico soporte, idéntico al que aparece de forma natural en las células, sobre el que pueden crecer las células progenitoras para posteriormente implantarlo en el paciente y así reparar o sustituir el órgano dañado (Lechuga, 2011, p. 110).

Como muestra de los estudios más recientes, procede citar el liderado por un equipo de investigadores del Instituto de Ciencia de Materiales de Madrid (ICMM-CSIC) que ha logrado reconectar la médula espinal de una rata totalmente seccionada a nivel torácico mediante una espuma en tres dimensiones de óxido de grafeno reducido (rGO), lo que demuestra las posibilidades reales de este material en el tratamiento de lesiones medulares, generando nuevas expectativas para los pacientes parapléjicos (Zaforas *et al.*, 2025).

4. Los logros de la nanociencia en la lucha contra el cáncer resultan especialmente significativos, pues, aunque los tumores pueden ser destruidos quemándolos, con este procedimiento es difícil actuar sin dañar el tejido sano circundante; inconveniente que sirviéndose de la nanomateria puede solventarse. No cabe negar que –en línea con lo ya apuntado– una de las principales innovaciones en el campo de la nanomedicina es el desarrollo de fármacos capaces de dirigir la administración terapéutica a órganos concretos, transportando e implantando nanopartículas en el interior de células cancerosas (Tanarro Gozalo y Gálvez Pérez, 2009).

En el año 2005 científicos de la Universidad de Michigan presentaron un estudio pionero que probaba cómo un medicamento inteligente podía alcanzar las células cancerosas a través del flujo sanguíneo transportado mediante nanopartículas; el medio utilizado para el transporte fue un dendrímero de diámetro inferior a los 5 nm en cuyas ramificaciones se adhirió un potente fármaco anticancerígeno (metotrexato), así como, por un lado, agentes fluorescentes y, por otro, ácido fólico, del que las células tumorales están especialmente necesitadas (Gómez Saldívar, 2011). Otro estudio de gran transcendencia fue el publicado en el año 2010 por científicos de la Universidad de Missouri, quienes consiguieron eliminar los tumores de próstata sin afectar al tejido sano mediante nanopartículas de oro radiactivo (Chanda *et al.*, 2017).

También ha transcurrido bastante tiempo desde las investigaciones que mostraron cómo la exposición a luz infrarroja de nanoesferas térmicas de plástico recubiertas con oro y anticuerpos, e introducidas en el flujo sanguíneo de ratones con cáncer, hacía que aquellas se concentraran en los tumores, quemándolos, pero

dejando intacto el tejido de alrededor (Cruz, 2011). Tampoco es del todo novedoso el modelo de nanoterapia basado en la utilización de las nanopartículas de óxido de hierro recubiertas de aminosilano, que ha abierto las puertas a un método terapéutico consistente en destruir las células cancerígenas mediante el calentamiento local de la zona del tumor sirviéndose de una inyección en la misma y el ulterior empleo de un campo magnético de alta frecuencia, con la consiguiente vibración de las nanopartículas (Lechuga, 2011)⁸.

Más recientemente, en el año 2025, un equipo de investigadores de la Universidad de Wuhan (China) acaba de publicar los resultados de un estudio basado en un nuevo método que aumentará la eficacia de los nanofotosensibilizadores inmuoactivadores basados en marcos orgánicos covalentes (COF) para la inmunoterapia contra el cáncer, proporcionando, al mismo tiempo, valiosa información para el desarrollo de protocolos de fotoinmunoterapia altamente adaptables y eficientes. Entre las posibles aplicaciones clínicas –amplias y prometedoras, conforme afirma el estudio– destaca la viabilidad de su empleo, de forma sinérgica, «junto con la quimioterapia o la radioterapia tradicionales para reforzar su eficacia y mitigar los efectos secundarios» (Yang *et al.*, 2025, p. 291).

5. Las propiedades bactericidas de las nanopartículas de plata ofrecen gran interés instrumental en el ámbito sanitario, por cuanto pueden optimizar la limpieza y desinfección del equipamiento del personal sanitario, la ropa de cama o de los enfermos, las toallas, etc. (Foladori, 2012a).

2.2.2. Otras aplicaciones de la nanotecnología

Además del sector sanitario, otras actividades económicas se han beneficiado también del impulso proporcionado por la nanotecnología. Así, y de forma notoria, la construcción, donde el uso de nanomateriales facturados se ha incrementado notablemente debido a sus características y comportamientos específicos, que aportan mejoras significativas con relación a los materiales tradicionales. Así, de forma creciente se utilizan nanomateriales plásticos para cubrir y aislar pisos y se incorporan nanopartículas a las pinturas, también en formato aerosol.

Este avance en la utilización de nanomateriales, principalmente dióxido de titanio (TiO₂) y dióxido de silicio (SiO₂), ha contribuido en gran medida a mejorar la eficiencia energética, el aislamiento térmico y la sostenibilidad, convirtiéndolos en la mejor alternativa posible para la transición ecológica del sector (INSST, 2015a). Además, las técnicas nanotecnológicas utilizadas en la producción de los vidrios consiguen la antiadherencia del polvo o de la suciedad a la vez que facilitan el escurrimiento del agua.

⁸ Esta terapia (sistema de nanoterapia de MagForce) puede ser de aplicación a diversos tipos de tumores sólidos.

También el sector agroalimentario se ha visto beneficiado por la nanotecnología. No solo porque favorece el incremento de la eficacia y eficiencia de los procesos productivos, sino también porque permite potenciar el sabor de los alimentos, reducir el contenido de las grasas, aportar suplementos alimenticios nanoencapsulados (como Omega3, fortificantes o adelgazantes), contribuir a los colores y texturas y aumentar la biodisponibilidad de vitaminas y minerales; virtudes a las que se suma su papel en la prevención del deterioro microbiano en el proceso de envasado, desarrollando materiales más seguros y que alargan la vida útil del producto (Foladori, 2012a y 2012b). Es más, las aplicaciones de la nanotecnología que impulsan la industria alimentaria permiten, mediante un principio fundamental que logra sustancias orgánicas de un tamaño nanométrico, mejorar la ingestión, digestión y biodisponibilidad en el organismo con respecto a las mismas sustancias consideradas en la escala micro o macroscópica (Ávalos Fúnez *et al.*, 2016).

Otro de los sectores que más ventajas ha obtenido de esta revolución tecnológica es el de los cosméticos, pues la mayoría de las compañías multinacionales que ofrecen artículos como cremas antiarrugas, filtros solares o champús se benefician de las muchas oportunidades que la nanociencia ofrece hoy en día (Foladori, 2012a; Foladori e Invernizzi, 2012).

Al final, las ventajas de los nanomateriales alcanzan a prácticamente toda la industria: las nanopartículas de plata se incluyen en electrodomésticos como frigoríficos, lavadoras, lavavajillas y aires acondicionados, y en la electrónica se ha extendido el uso de «baterías de litio con ánodos recubiertos con nanotecnología». Por su parte, en la rama textil, el recurso a la misma «evita que la ropa se manche y se arrugue» y en el área deportiva su influencia afecta a las propiedades de los tejidos térmicos, el calzado, las raquetas de tenis, los palos de golf... y, en general, de todo tipo de material diseñado para la práctica del deporte. También en la industria del armamento la aportación de las nanotecnologías ha resultado clave, al promover la investigación y el desarrollo de misiles de precisión superexplosivos y de sensores para chalecos antibala (Foladori, 2012b).

Todo ello sin olvidar, además, la necesaria complicitad de esta innovación científica con el medioambiente, pues más allá de las exigencias impuestas por la transición ecológica (Miñarro Yanini, 2024), ha posibilitado «el uso de nanomateriales para descontaminación de metales pesados en recursos hídricos, eliminación de contaminantes orgánicos en aguas de consumo humano, animal y vegetal, descontaminación y purificación del aire, etc.» (Tutor Sánchez, 2016, p. 494).

3. La prevención de riesgos laborales derivados de los nanomateriales

Argumentos como que las nanopartículas presentan características diferentes a las partículas en tamaños normales, que pueden ser de materiales muy diversos, que en muchos

casos se desconoce el ciclo de vida de estos productos o que los estudios toxicológicos han demostrado la evidencia de los efectos cancerígenos de algunos de ellos en ratones o en estudios *in vitro*, entre otras, se sitúan en la base de cierta desconfianza y conducen a tomar conciencia de la posible aparición de nuevos riesgos con efectos desconocidos, tanto para el medioambiente, como para la salud humana, lo que hace aflorar la importancia que la cuestión puede alcanzar en el ámbito de la prevención de riesgos laborales.

3.1. Nanomateriales y riesgo laboral

Dado que toda nueva tecnología puede traer aparejadas amenazas emergentes, es preciso detenerse en la reflexión sobre los problemas que la exposición a los nanomateriales puede plantear para la salud laboral, pues, aunque resulte paradójico, «las mismas propiedades que hacen que las nanopartículas puedan ser útiles para el transporte de fármacos a sitios específicos del organismo las hacen peligrosas para los trabajadores expuestos» (Tanarro Gozalo y Gálvez Pérez, 2009, p. 34).

La exposición laboral a nanomateriales puede producirse a lo largo de las distintas etapas que comprende el ciclo de vida de estos, como son la fabricación, la incorporación al producto y el uso profesional de este, así como la eliminación de los residuos o las tareas de mantenimiento y de limpieza (INSST, 2015a y 2015b; Navarro García, 2024). Ahora bien, dadas las múltiples y dispares utilidades de los nanomateriales, no cabe duda de que el sanitario será uno de los sectores más afectados por este factor de riesgo, pudiendo perjudicar a personal que presta servicios de tal naturaleza en hospitales, urgencias móviles, centros médicos o a domicilio; pero también a quienes trabajan en laboratorios y a cuantos, pese a no ser sanitarios, realizan su actividad profesional en instalaciones médicas o análogas. De un modo u otro, estos sujetos pueden manipular o entrar en contacto con gran variedad de productos compuestos por nanomateriales (los más usados son las nanopartículas de plata y de corteza de oro, las partículas metálicas de óxido de hierro, los nanotubos de carbono, los puntos cuánticos, los dendrímeros, las nanopartículas cerámicas y magnéticas o los nanoalambres) que pueden provocar daños de diversa consideración en los pulmones, tales como inflamación y daños en los tejidos, toxicidad crónica, estrés oxidativo y citotoxicidad, fibrosis e incluso originar tumores y afectar al sistema cardiovascular (EU-OSHA, 2013b). Sirvan como referente, una vez más, los nanotubos de carbono (de uso muy extendido también en otras industrias y ramas económicas), que por su toxicidad se han comparado con el amianto y otras fibras cancerígenas (Krötzsch, 2015; Muller *et al.*, 2005; Tanarro Gozalo y Gálvez, Pérez, 2009)⁹.

⁹ «La paradoja que se desprende de este concepto es que al emplear nanoacarreadores con blanco terapéutico específico, en muchos casos se presenta una alta neurotoxicidad e incluso daños superiores a los manifestados por la misma enfermedad de Parkinson, por lo que los tecnólogos farmacéuticos

Otro de los sectores dignos de mención particular, en consonancia con el discurso precedente, es el de la construcción, pese al limitado conocimiento de las personas afectadas acerca del uso de estos materiales y los riesgos asociados. Esta situación, subsistente hoy en gran medida, ya había sido puesta de manifiesto en la encuesta realizada en el año 2009 por la Federación Europea de la Industria de la Construcción (FIEC) en colaboración con la Federación Europea de Trabajadores de la Construcción y de la Madera (EFBWW), en la que se desveló cómo el 71 % de los empresarios y el 80 % de los representantes del personal encuestados desconocían que los productos y materiales que estaban siendo utilizados por su empresa contenían nanomateriales y, por tanto, no se habían tenido en cuenta en la evaluación de riesgos ni en la planificación de las medidas preventivas, dejando a las personas trabajadoras del sector desprotegidas frente a sus potenciales peligros (INSST, 2015a).

Más allá de sanidad y construcción, y además de los propios procesos de fabricación o gestión de nanomateriales o de productos que los contengan, habrá de prestarse especial atención a aquellas actividades en las que se desarrollen trabajos de soldadura o de pintura, en las que se utilicen polímeros o se empleen motores de combustión o en las industrias agrícola y de la alimentación (Navarro García, 2024).

En cualquier caso, teniendo en cuenta que el artículo 4 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (LPRL), define riesgo como «la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo», no cabe duda de que los nanomateriales interesan en el ámbito de la seguridad y salud laboral y justifican el establecimiento de protocolos de nanoseguridad en las empresas, teniendo presente en todo caso la gran singularidad que presentan –debido a sus propiedades únicas– y la necesidad de aceptar todavía hoy cierto nivel de incertidumbre en cuanto hace a los riesgos que algunos de ellos pueden significar para las personas trabajadoras (Galera Rodrigo, 2015)¹⁰. Incertidumbre de la que se deriva la necesidad de aplicar en este ámbito el principio de precaución.

deben analizar antes de idear una estrategia de vehiculización, los elementos que componen la “triada de identidad” que consiste en la forma del nanomaterial, el efecto bioquímico causado por el acarreador y la fisiología que genera, en ambos sentidos, positivo y negativo, ya que en poblaciones susceptibles los nanomateriales pueden llevar a efectos adversos sobre la fertilidad y el desarrollo embrionario por tener la capacidad de atravesar la barrera placentaria, así como a alteraciones vasculares, cardíacas y respiratorias entre una variedad más de daños tisulares» (Kröttsch, 2015, pp. 89-90).

¹⁰ La incertidumbre generada por los potenciales riesgos para la seguridad y la salud laboral derivados de la exposición a nanomateriales o nanosustancias recibió años atrás la respuesta de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que ya en 2013 advertía (en su informe *Prioridades para la investigación sobre seguridad y salud laboral en Europa: 2013-2020*) «del enorme desfase entre el conocimiento en las aplicaciones de la nanotecnología y el de su impacto en la salud, brecha que la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo (EU-OSHA) cuantifica en 20 años».

3.1.1. Efectos toxicológicos de los nanomateriales: entre el conocimiento y la incertidumbre

Tal y como se avanzó, existen diferencias de comportamiento de los materiales en la escala macro y en la escala nano. El temor es que materiales en principio inocuos se tornen en peligrosos en su menor tamaño; de hecho, ya se han encontrado evidencias de toxicidad en nanopartículas que no la presentan en su versión a mayor escala. En concreto, las nanopartículas insolubles son las que han venido generando mayor preocupación entre la comunidad científica por su capacidad para atravesar barreras biológicas, situación que permite que algunas partículas inhaladas lleguen a la sangre y transiten por el organismo o, incluso, que traspasen los nervios olfativos y alcancen el cerebro (Colorado Soriano *et al.*, 2013).

Lo cierto es que en este ámbito se abre un escenario de incertidumbre, pues del mismo modo que existen múltiples estudios que apuntan a la toxicidad de este o aquel nanomaterial de uso común, otros muchos se han venido utilizando desde hace ya mucho tiempo y su toxicidad se ha demostrado baja. Por consiguiente, la hipótesis de que una sustancia más pequeña es más reactiva y, por ende, más tóxica, no puede ser respaldada de forma indubitada; al contrario, los nanomateriales son similares en este punto a otros productos químicos «normales», en el sentido de que algunos pueden ser tóxicos y otros, en cambio, no.

Dado que aún no se dispone de un paradigma de aplicación general para identificar los peligros de tales sustancias, organismos como el Comité Científico de los Riesgos Sanitarios Emergentes y Recientemente Identificados (CCRSEI), el Comité Científico de Seguridad de los Consumidores (CCSC), la Autoridad Europea de Salud Alimentaria (EFSA) o la Agencia Europea del Medicamento (EMA) recomiendan un análisis «caso por caso» para la determinación del riesgo asociado a los nanomateriales¹¹. Además, en relación con muchos de ellos, la regla general es la falta de información suficientemente contrastada y la consiguiente necesidad de seguir investigando, imponiéndose el principio de precaución mientras se salvan las lagunas de conocimiento existentes, capaces de comprometer la seguridad y la salud de todos los agentes implicados en su manipulación.

La investigación sobre los riesgos que pueden generar las nanopartículas se ha fijado fundamentalmente en cuestiones como las vías de absorción, transporte y distribución, así como los efectos de la translocación y la interacción con sistemas biológicos del cuerpo humano, entre otros aspectos (Tanarro Gozalo y Gálvez Pérez, 2009)¹². En cualquier caso,

¹¹ Según recoge la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo titulada *Segunda revisión de la normativa sobre los nanomateriales*, Bruselas, 3.10.2012, COM(2012) 572 final, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012DC0572&from=ES>

¹² La translocación hace referencia a un proceso que permite a las nanopartículas traspasar barreras biológicas y aparecer en zonas del organismo diferentes a las de entrada, sin alterar por ello su integridad como partícula al no producirse su disolución.

el análisis de los efectos toxicológicos de los materiales resulta sumamente complejo, pues existen múltiples factores que pueden influir, tales como la modalidad de exposición (vías de entrada, frecuencia, duración, concentración ambiental), las características de la persona expuesta (susceptibilidad individual, actividad en el lugar de trabajo) y las del propio nanomaterial (composición química, forma, tamaño y área superficial o estado de aglomeración) (INSST, 2015b; Navarro García, 2024).

Por si las afirmaciones precedentes no reflejaran en grado suficiente la dificultad del empeño, esta se incrementa aún más por la pluralidad de escenarios y combinaciones posibles. Así, por ejemplo, la presencia de un gran número de nanopartículas puede verse afectada si se produce una aglomeración, lo que puede disminuir la toxicidad relativa (Ávalos *et al.*, 2013). De igual modo, cabe la posibilidad de que un nanomaterial no tóxico se una a otro que sí lo es y acabe convirtiéndose en un caballo de Troya que posibilita el acceso a distintos órganos y células del cuerpo (EU-OSHA, 2013b). Y es que está contrastado científicamente que la toxicidad de los nanomateriales o nanofibras no solo está relacionada con su tamaño, forma, composición química o carga superficial, sino que existen otros elementos a considerar, como son los recubrimientos superficiales, disolventes, concentración, estructura cristalina o sistema de agregación (Veiga Álvarez *et al.*, 2015).

3.1.2. Factores capaces de influir en el nivel de riesgo de los nanomateriales

Uno de los elementos nucleares en la labor preventiva de las empresas es la determinación del nivel de riesgo a través de su oportuna evaluación. Aceptado que en el caso de los nanomateriales esta labor alcanza grandes cotas de complejidad, dada la singularidad de aquellos y las peculiaridades de su funcionamiento, resulta imposible proporcionar una respuesta global y unívoca. Pero tampoco aspira este estudio a ofrecer un análisis exhaustivo de cualesquiera materiales en las diversas situaciones posibles; lo que sí pretende es destacar, al menos, la importancia que factores como tamaño, forma, disolución y vía de entrada al organismo pueden tener para identificar su peligrosidad:

1. La primera variable que afecta a la toxicidad de una nanopartícula es su área superficial, ya que, al ser su tamaño menor, el porcentaje de átomos que se encuentran en la superficie es mayor, convirtiéndola en más reactiva si es comparada con el mismo material a escala macroscópica.

Para resaltar la importancia del tamaño en la determinación de la peligrosidad cabe fijarse en el caso de la plata, ya que diversas publicaciones coinciden en señalar que la toxicidad de sus nanopartículas (AgNPs) depende de aquel factor, que afecta tanto a la distribución intestinal y tisular como a la captación celular, habiéndose demostrado que las AgNPs más pequeñas representan mayores ni-

veles de riesgo (Ávalos *et al.*, 2013)¹³. Otro ejemplo podría ser el dióxido de titanio (TiO₂), pues, pese a ser considerado no tóxico en un rango de mayor tamaño, diversos estudios sobre el nano-TiO₂ han aportado como resultado un alto nivel toxicológico en los pulmones y las células (Tanarro Gozalo y Gálvez Pérez, 2009).

2. La forma se alza, asimismo, como condicionante toxicológico, toda vez que se ha constatado que las nanopartículas que presentan forma de triángulo truncado resultan más nocivas que las que tienen forma alargada o esférica (Ávalos *et al.*, 2013). A este respecto, la investigación en estudios *in vitro* ha hecho patente «la importancia de la forma en el caso del TiO₂, resultando más tóxico en la forma de fibra que la misma partícula con forma esférica» (Tanarro Gozalo y Gálvez Pérez, 2009, p. 38).
3. También resulta fundamental para determinar el riesgo el medio en el que están disueltas las nanopartículas, siendo de mayor a menor –conforme a la escala facilitada por el National Institute for Occupational Safety and Health (NIOSH)¹⁴– los polvos en estado sólido (cosméticos), las suspendidas en líquidos (nanotubos en agua), las fijas en matrices (filmes delgados) o las incorporadas en nanoestructuras (aleaciones en metales) (Foladori e Invernizzi, 2012).
4. En fin, otro aspecto importante de cara a identificar y ponderar el riesgo es la vía de ingreso potencial al organismo. A este respecto, procede señalar que las principales vías de exposición humana a los nanomateriales, por cuanto hace al ámbito laboral, serán la respiratoria o inhalatoria, la dérmica y la digestiva (Ávalos *et al.*, 2013)¹⁵. La más destacada será la primera y el órgano más perjudicado el pulmón, motivo por el cual la mayoría de los estudios centran su atención sobre las vías respiratorias y encuentran en este órgano su principal objetivo, aunque ocasionalmente se ha comprobado que resultan afectados otros como el riñón, el hígado e incluso el cerebro (Tanarro Gozalo y Gálvez Pérez, 2009). Sirva de nuevo

¹³ Si bien es cierto que se han realizado numerosos estudios referentes a las nanopartículas de plata, existe cierta preocupación en distintos sectores de la sociedad con relación a su toxicidad, así como a sus posibles efectos sobre la salud, la seguridad y el medio ambiente. A este respecto, afirma el Scientific Committee on Emerging and Newly Identified Health Risks (SCENIHR) que no hay evidencia de efectos adversos significativos que puedan asociarse a la manipulación y exposición a la plata, pero no está tan claro si el uso de las nanopartículas de plata puede ocasionar otras consecuencias negativas para la salud. Así lo afirmó en el documento de 2014 *Opinion on Nanosilver: safety, health and environmental effects and role in antimicrobial resistance*, https://health.ec.europa.eu/latest-updates/scenihp-preliminary-opinion-nanosilver-safety-health-and-environmental-effects-and-role-2013-12-13_en

¹⁴ Agencia de investigación estadounidense enfocada en el estudio de la seguridad y salud de las personas trabajadoras para la prevención de lesiones y enfermedades relacionadas con el trabajo.

¹⁵ En nanomedicina, sin embargo, también se puede hablar de otra vía de exposición como en el caso de la inyección intravenosa utilizada para la liberación y direccionamiento de fármacos. Con un alcance más general, procede efectuar oportuna alusión también a la vía de exposición a través del sistema reproductivo femenino por la implantación de artículos anticonceptivos y otros productos de higiene íntima con presencia de nanopartículas de plata.

el ejemplo de las nanopartículas de plata, toda vez que «el sistema respiratorio es la principal vía de entrada para las partículas ambientales», provocando daños en la salud, principalmente de carácter pulmonar y cardiovascular con patologías de tipo inflamatorio (Ávalos *et al.*, 2013, p. 8).

La exposición dérmica, que tiene como barrera la piel, también está estrechamente relacionada con estas nanopartículas de plata. En este supuesto, por su función antibacteriana, razón última de su empleo cada vez más común en la producción de artículos sanitarios como los vendajes o apósitos utilizados en el tratamiento de heridas y quemaduras o el instrumental quirúrgico. Además, se ha demostrado que es posible en una piel sana la penetración de finas partículas (INSST, 2015a y 2015b)¹⁶, efecto que se agrava en la dañada, según confirman las investigaciones sobre hallazgos de depósitos de plata dentro de la piel o argiria (Ávalos *et al.*, 2013).

Algunos estudios han probado, por ejemplo, la existencia de absorción dérmica de nanopartículas de plata en el caso de un paciente con quemaduras en el 30 % de su cuerpo y que, después de someterse durante una semana a un tratamiento con vendajes y gasas impregnadas con partículas de tal material, «presentó síntomas de hepatotoxicidad y coloración grisácea en la cara, encontrándose niveles de plata en orina y plasma elevados, que se normalizaron tras el cese de la exposición». De igual modo, se ha acreditado el padecimiento de un eritema multiforme por parte de una persona empleada en un laboratorio de investigación, como consecuencia de una exposición laboral a dendrímeros que le provocó una respuesta alérgica similar a una dermatitis de contacto cuyos síntomas desaparecían en periodos de baja, reapareciendo nuevamente tras la incorporación al puesto de trabajo (Veiga Álvarez *et al.*, 2015, p. 148).

Por último, la exposición por vía digestiva se produce no solo por comer alimentos o sustancias contaminados, sino que también puede deberse a un contacto entre la mano y la boca después de manipular superficies u objetos contaminados. Es más, la ingestión puede ser consecuencia de la respiración, ya que «las partículas inhaladas que se eliminan de las vías respiratorias a través del sistema mucociliar pueden tragarse» y estos nanomateriales ingeridos en algunas ocasiones logran cruzar el epitelio intestinal, entrar en el torrente sanguíneo y llegar a diferentes órganos y tejidos (EU-OSHA, 2013b, p. 5).

En el caso de las nanopartículas de plata, los daños asociados a su ingesta llevan aparejadas lesiones de diversa consideración que pueden afectar a riñones, pulmones, testículos o cerebro, y que van desde úlceras intestinales hasta la argiria, aunque todos los estudios ponen de manifiesto que el «órgano diana» de esta sustancia, una vez ingerida, es el hígado (Ávalos *et al.*, 2013).

¹⁶ La forma de las nanopartículas también es importante para determinar las posibilidades de penetración en el organismo; así, aquellas que tienen forma esférica penetran mejor que las que tienen forma de elipse.

3.2. El principio de precaución como respuesta ante los potenciales riesgos de la exposición laboral a nanomateriales

Como orientación para la gestión de riesgos en contextos de incertidumbre científica (como lo es el planteado por los nanomateriales) tiempo atrás se forjó el conocido como «principio de precaución». Sin perjuicio de precedentes más o menos significativos, en la actualidad encuentra su reflejo normativo más importante a nivel internacional en el artículo 191.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), donde es mencionado (pero no definido) en relación con la protección del medio ambiente¹⁷. Ahora bien, tal y como indicó hace ya un cuarto de siglo la Comisión Europea, «en la práctica, su ámbito de aplicación en mucho más vasto»; en concreto, en aquellas hipótesis en las que «la evaluación científica preliminar objetiva» genera un temor razonable respecto a «efectos potencialmente peligrosos para el medio ambiente y la salud humana, animal o vegetal» derivados de un fenómeno, producto o proceso¹⁸.

Por cuanto aquí importa, alcanza al ámbito de la salud pública y permite concluir que, ante una amenaza seria para la salud humana o el ecosistema, la incertidumbre científica existente no puede servir de excusa para posponer las actuaciones preventivas o de protección, pues no se puede paralizar la acción necesaria a la espera de pruebas que a menudo se demoran años. De este modo, ante situaciones en las que el daño posible es grave, pero el análisis científico no permite una verificación segura de la relación causal, el principio general enunciado habilita a los poderes públicos para actuar o tomar medidas de seguridad como si existiera un riesgo acreditado, pese a la ausencia de certeza absoluta respecto al mismo (Muñoz Ruiz, 2020), pues en estas hipótesis «se podrán tener todas las dudas que se quieran, pero hay que tomar alguna decisión sin esperar a resolverlas» (Rebollo Puig e Izquierdo Carrasco, 2003, p. 234). Este presupuesto esencial explica, asimismo, que las medidas adoptadas deban ser objeto de revisión a la luz de ulteriores datos científicos y de la nueva información disponible (Muñoz Ruiz, 2020).

No se trata de una regla totalmente desconocida para el ordenamiento jurídico español, donde se localiza, siquiera de forma tácita, en algunas normas. Así, en el artículo 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, en cuya virtud «en caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, las autoridades sanitarias adoptarán las medidas preventivas que estimen pertinentes»¹⁹;

¹⁷ Artículo 191.2 (antiguo art. 174 Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea –TCE–) de la Versión consolidada del TFUE, DOUE C 83/47, 30.3.2010.

¹⁸ Así lo establece en la Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de precaución, Bruselas, 2.2.2000 COM(2000) 1 final, p. 2.

¹⁹ «Tales como la incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de empresas o sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas», según continúa el precepto antes de añadir, en su apartado

precepto que sirvió para validar las acciones seguidas con ocasión de la crisis del aceite de orujo acontecida en 2001 (alerta alimentaria por sospechas de presencia del benzopireno, un carcinógeno), ante la cual las autoridades ordenaron la retirada del producto, que finalmente la investigación científica reveló inocuo (Rodríguez Font, 2012). También en el artículo 99 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, en tanto determina que «en el caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y grave para la salud, las autoridades sanitarias podrán adoptar» medidas cautelares de puesta en cuarentena; suspensión de elaboración, prescripción, dispensación y suministro o, en fin, limitación, prohibición, suspensión o sujeción a condiciones especiales de la fabricación, importación, comercialización, exportación, publicidad, puesta en servicio o utilización.

Además, tal y como constata Guardia Hernández (2023), el principio de precaución se ha incorporado a la doctrina constitucional en varios pronunciamientos y, aunque –preciso es indicarlo– no sirvió para justificar las restricciones dictadas en respuesta a la pandemia del COVID-19, declaradas inconstitucionales por sentencia de 2021²⁰, sí lo hizo para fundamentar los votos particulares a este pronunciamiento, uno de los cuales reclamaba una mayor deferencia con las medidas adoptadas por los poderes públicos ante una crisis cuya envergadura justificó la proclamación del estado de alarma a partir de hechos no abordados de forma concluyente por la comunidad científica²¹.

A tenor de lo expuesto, no debería plantear dudas la posible aplicación del principio de precaución a la seguridad industrial, en general, y a la seguridad y salud en el trabajo, en particular (Tost Pardell, 2023); ámbito en el que los nanomateriales podrían constituir señalado ejemplo, en tanto las conclusiones científicas sobre su verdadero potencial lesivo, sobre todo a largo plazo, no alcanzan todavía el grado de certeza (Pellin y Engelman, 2017). De este modo, las personas trabajadoras también se podrán beneficiar de aquella regla de orden, sobre todo por cuanto hace a la «fabricación de nuevos productos sobre los que debería conocerse toda la información disponible acerca de su eventual toxicidad a corto y largo plazo, así como en las condiciones específicas de la manipulación que comporta la fabricación» (Segura Benedicto, 2003, p. 156). Una utilidad concreta en este ámbito vendría

segundo, que «la duración de las medidas a que se refiere el apartado anterior, que se fijarán para cada caso, sin perjuicio de las prórrogas sucesivas acordadas por resoluciones motivadas, no excederá de lo que exija la situación de riesgo inminente y extraordinario que las justificó».

²⁰ La Sentencia del Tribunal Constitucional 148/2021, de 14 de julio, consideró que se había producido una suspensión (que no una limitación) de la libertad de circulación, contraviniendo así el artículo 55 de la Constitución española.

²¹ Molina Navarrete (2020, p. 148) se muestra sorprendido por el hecho de «una regla tan elemental de cautela ante un posible peligro –aunque incierto científicamente– haya sido absolutamente orillada por las principales autoridades de la práctica totalidad del mundo frente a la COVID-19», al punto de hablar de «una suerte de secundaria “pandemia de imprudencia”».

dada por la fijación de un *precautionary occupational exposure limit* en caso de exposición a productos o sustancias «eventualmente» tóxicas o cancerígenas; en la actualidad, sin embargo, no existe un límite estandarizado de exposición a nanomateriales, lo que no obsta para que algunos organismos hayan propuesto sus propios valores límite (Navarro García, 2024).

La imposición de un estándar de máxima seguridad y de minimización del riesgo por parte de la LPRL, como directriz básica en la gestión empresarial de la seguridad y salud de su plantilla, permite trasladar aquel enfoque de derecho público al ámbito privado (al menos en su espíritu y con elevadas dosis de flexibilidad) para forzar a la persona empleadora a extremar la cautela frente a factores cuyo nivel de riesgo no se conoce con exactitud, pero de los que existen sospechas científicas sobre su potencial lesividad, como acontece en el caso de múltiples nanomateriales. Y a hacerlo con un enfoque dinámico, tal y como exige el artículo 14 de la LPRL, adaptando las actuaciones al avance del conocimiento o, según especifica el artículo 15.1 e) de la LPRL, acomodando las acciones «a la evolución de la técnica».

Recuérdese, de un lado, que en el marco de la empresa la persona empleadora ostenta el rol de garante de la seguridad y salud de sus trabajadoras y trabajadores y, de otro, que todo el sistema preventivo de la empresa se edifica sobre los parámetros de la identificación y gestión del riesgo, ámbito en el que está llamado a operar el principio aquí analizado. Por ello no pueden causar sorpresa las manifestaciones doctrinales a favor de elaborar (preferentemente en el marco del diálogo social patronal-sindicatos) criterios de aplicación de dicho principio en el marco del trabajo, permitiendo «replantear la seguridad y salud globalmente» y revisar, en especial, actividades preventivas como la vigilancia periódica de la salud (Segura Benedicto, 2003, p. 156). Novedoso enfoque que en el momento actual de la ciencia puede resultar singularmente relevante para la protección de las personas trabajadoras expuestas a nanopartículas y otros nanomateriales.

3.3. Gestión de los riesgos derivados de los nanomateriales en el lugar de trabajo

En la medida en que las empresas están obligadas a integrar la prevención de riesgos laborales en su sistema general de gestión y a adoptar cuantas medidas sean precisas para proteger la seguridad y salud de las personas trabajadoras en todos los aspectos relacionados con el trabajo (ajustando su comportamiento a los principios listados en el art. 15 de la LPRL y a las obligaciones concretas dispersas a lo largo de la extensa normativa preventiva), ninguna duda cabe de que, entre las posibles amenazas que se ciernen sobre la plantilla, debe tomar en consideración también las que puedan derivar del uso de nanomateriales.

Procederá, por tanto, aplicar sin matiz lo establecido en la LPRL y en el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los servicios de prevención (RSP), así como, en su caso, la normativa específica de desarrollo de aquel texto legal

y que resulte operativa en función de las características del nanomaterial. Así, por ejemplo y entre otros, el Real Decreto (RD) 374/2001, de 6 abril, sobre la protección de la salud y seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con los agentes químicos durante el trabajo; el RD 773/1997, de 30 de mayo, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la utilización por los trabajadores de equipos de protección individual; el RD 1215/1997, de 18 de julio, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores de los equipos de trabajo; el RD 665/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos, mutágenos o reprotóxicos durante el trabajo (según la nueva denominación que le otorga el art. único.1 del RD 612/2024, de 2 de julio) o, por no seguir, y si el material presentara propiedades explosivas, el RD 681/2003, de 12 de junio, sobre la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores expuestos a los riesgos derivados de atmósferas explosivas en el lugar de trabajo.

Así pues, sin perjuicio de los condicionantes y las dificultades específicas que puedan plantear los nanomateriales, en la medida en que representen un peligro para la seguridad y la salud profesional, deben incorporarse a la política empresarial en la materia. Y deben hacerlo, por aplicación del principio de precaución, considerándolos «de la más alta peligrosidad a no ser que exista información que asegure lo contrario» (Navarro García, 2024, p. 208).

El primer paso en la gestión preventiva vendrá dado por la evaluación de riesgos (art. 16 LPRL y arts. 3-7 RSP), cuya dificultad salta a la vista a tenor de la indicada falta de límites estandarizados (Navarro García, 2024). El propio Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (INSST) constata en su Nota Técnica de Prevención 877 la complejidad que tal labor presenta en relación con los nanomateriales, por lo que propone metodologías de control *banding* o simplificadas²². En cualquier caso, este análisis debe concretar la información relativa a las personas trabajadoras potencialmente expuestas, la relación de materiales manipulados (en escala nano o no nano) y en qué cantidades, la duración y frecuencia de la exposición y las condiciones singulares del centro de trabajo (INSST, 2015b).

Finalizada la evaluación del riesgo de exposición laboral a los nanomateriales, es el momento de actuar y tomar medidas, procediendo a su planificación en los términos exigidos por el artículo 16 de la LPRL y los artículos 8 y 9 del RSP. En esta etapa, las fichas de datos de seguridad de los productos químicos se convierten en una herramienta imprescindible, alzándose como activo fundamental por la información que proporcionan respecto a la peligrosidad del manejo de una sustancia o mezcla; las condiciones y protocolos de almacenamiento, manipulación y eliminación segura, etc. En este punto, toda esta información (junto a la obtenida por otras vías) servirá para diseñar (e implementar) las acciones que se han de seguir, necesariamente ajustadas a la situación concreta y a los resultados de la evaluación.

²² NTP 877 (2010). *Evaluación del riesgo por exposición a nanopartículas mediante el uso de metodologías simplificadas*. INSST.

Procede señalar que para la adopción de las medidas será necesario actuar conforme a los principios generales de la acción preventiva del artículo 15 de la LPRL. Como consecuencia de las pautas enunciadas en este precepto, la intervención se debe llevar a efecto priorizando aquellas actuaciones dirigidas a suprimir los factores de riesgo, a controlarlo en su origen (fuente) y a impedir su dispersión (medio), pudiendo ser necesarias, para mejorar la protección, otras medidas técnicas y organizativas (art. 17.2 LPRL). En consecuencia, se debe proceder de acuerdo con un orden jerárquico que prima la eliminación y control del riesgo a través de soluciones preventivas, relegando las de protección para aquellas hipótesis en las cuales aquel no pueda ser neutralizado por completo. Por ende, el *iter* que se debe seguir pasaría por los siguientes estadios: eliminación o sustitución del nanomaterial, modificación o confinamiento del proceso, ventilación durante dicho proceso, adopción de medidas organizativas (señalización, mantenimiento, limpieza, formación) y complemento a través de la dotación de equipos de protección personal (INSST, 2015b; Navarro García, 2024).

Según se aprecia, una de las acciones prioritarias consistirá en la sustitución de lo peligroso por lo que entrañe poco o ningún peligro, tal y como exige el artículo 15.1 f) de la LPRL. Así pues, la empresa, en su labor de gestión preventiva, y de cara a reducir la peligrosidad y la exposición a los nanomateriales en el lugar de trabajo, debe optar por aquellos cuyos efectos sobre la seguridad y salud laboral son conocidos, revelándose como inocuos o respecto de los cuales existen medios de prevención y protección contrastados. Recordando también que, de ser necesario emplear otros respecto de los cuales falta información acerca de sus potenciales riesgos (o es confusa) o sobre cómo actuar frente a los mismos, el principio de precaución ha de ser la guía para salvaguardar a las personas trabajadoras (EU-OSHA, 2013a).

La mera protección individual, por su parte, queda relegada a un rol secundario y subsidiario en relación con la prevención y la protección colectiva (art. 17.2 LPRL), lo que no obsta para reconocer que ofrece un complemento de máxima importancia, pues equipos como guantes o mascarillas pueden constituir herramientas de valor inestimable para impedir que las nanopartículas entren en contacto con la piel o sean inhaladas. Aun así, no cabe pasar por alto los problemas específicos planteados por los nanomateriales, dadas sus posibilidades de permeabilidad.

Respondiendo a esta problemática, desde el INSST se plantearon, ya en el año 2015, las siguientes actuaciones relativas al empleo de equipos de protección individual para afrontar la amenaza de estas sustancias (INSST, 2015b).

En primer lugar, cuando sea necesario utilizar ropa de protección por la incapacidad de lograr un nivel de protección adecuado mediante otras medidas, en el caso de tratarse de un nanomaterial en forma de polvo y en función del grado de exposición, puede ser aconsejable el uso de trajes desechables compatibles contra riesgos químicos de tipo 5, dotados de capucha, cubrezapatos, con sujeción en puños y cuello y sin solapas ni bolsillos.

En el caso de los equipos de protección respiratoria apropiados para nanomateriales son recomendables, de forma general, los equipos filtrantes de partículas de la clase 3, con filtros P3 incorporados en mascarilla (media máscara) o en máscara completa o mascarilla autofiltrante del tipo FFP3. Además, puede ser preceptiva la utilización de otros equipos filtrantes de partículas más específicos y, para determinados supuestos –dada una elevada concentración, de equipos aislantes.

En segundo término, para la protección ocular será aconsejable el uso de gafas de montura universal cuando se trata de prevenir el riesgo de contacto mano-ojo en caso de manipulación de sólidos. Frente a líquidos que contienen nanomateriales, será recomendable recurrir a pantallas faciales que protegen frente a salpicaduras y, cuando se trate de aerosoles, será necesario utilizar una máscara completa que proteja al mismo tiempo ojos y vías respiratorias, pudiendo sustituirse por unas gafas de montura integral sin sistemas de ventilación, acompañadas con la media máscara, comprobando que el empleo de un equipo no interfiera en el del otro.

En fin, sobre el tipo de guante más adecuado para la manipulación de nanomateriales, en espera de datos concluyentes que arrojen nuevos resultados respecto a la idoneidad frente a cada tipo de nanomaterial concreto, lo más conveniente es utilizar guantes de protección indicados contra productos químicos y microorganismos, cuya composición puede ser de elastómeros como nitrilo, neopreno, látex y butilo, considerados muy eficaces. Será preciso utilizar dos pares de guantes superpuestos cuando se opte por emplear guantes desechables, dada su escasa resistencia mecánica, debiendo sustituirse regularmente para que no se interrumpa la protección.

En todo caso, es preciso indicar, para finalizar, que no solo resultará imprescindible incluir la exposición a nanomateriales en la preceptiva evaluación de riesgos y, en su caso, en la planificación de actividades preventivas y de protección, sino también proporcionar a las personas trabajadoras expuestas la información y la formación adecuada y la pertinente vigilancia de la salud en los términos establecidos en los artículos 18, 19 y 22 de la LPRL, procediendo significar a este respecto que la mera sospecha debe ser suficiente para informar de la misma al personal expuesto, así como para controlar especialmente su estado mediante reconocimientos médicos u otras pruebas que se estimen pertinentes.

Sin olvidar –claro está– la eventual necesidad de responder a la presencia de personas especialmente sensibles a los riesgos (art. 25 LPRL, en relación con arts. 26 y 27 LPRL), a eventuales situaciones de concurrencia empresarial (art. 24 LPRL, desarrollado por RD 171/2024, de 30 de enero) o a la obligación de activar, de resultar preciso, las actuaciones singulares ante hipótesis de riesgo grave e inminente (art. 21 LPRL) o de emergencia (art. 20 LPRL), pues pueden darse circunstancias extraordinarias, como accidentes y consecuentes explosiones o incendios, capaces de multiplicar la lesividad del nanomaterial, ya que las nubes de polvo formadas por algunas nanopartículas incrementan de forma considerable su potencial inflamable (INSST, 2015b).

4. Síntesis conclusiva

El universo nanotecnológico es imparable y el uso de los nanomateriales ya está plenamente integrado en la sociedad, tanto en la vida diaria como en los lugares de trabajo. Estas nuevas tecnologías han traído consigo innumerables beneficios y oportunidades, pero también una serie de riesgos, en muchos casos desconocidos, que hacen necesaria una revisión de las actuaciones que se deben desplegar en el ámbito de la seguridad y la salud laboral.

La nanotecnología ha experimentado un desarrollo exponencial debido, principalmente, a los avances en el campo científico que han favorecido la presencia y manipulación de materiales a escala muy pequeña (nanoescala), cuyas características y comportamiento, tal y como se desprende de numerosas investigaciones, no se corresponden con el mismo material a escala macro, ofreciendo así productos de mayor calidad y nuevas utilidades.

De ahí que las propiedades de los nanomateriales representen un enorme potencial para múltiples sectores económicos y que la nanotecnología se haya situado en el origen de logros cuyos beneficios han alcanzado prácticamente a toda la industria y a casi todas las ramas de actividad productiva. Aunque si hay un ámbito especialmente favorecido por los aportes de esta innovación ese es el de las ciencias de la salud, donde gracias a ella ha sido posible el desarrollo de la nanomedicina, la evolución de los procedimientos de diagnóstico, la nanoterapia, la administración controlada de fármacos o el nacimiento de nuevos –y mejores– sistemas para la regeneración de tejidos y órganos dañados.

Ahora bien, las mismas propiedades que convierten a los nanomateriales en la alternativa óptima para el diagnóstico y tratamiento de muchas enfermedades pueden, al tiempo, representar un peligro para las personas trabajadoras. Las nanopartículas de plata (AgNPs) o de dióxido de titanio (TiO₂) constituyen un ejemplo significativo de cómo la toxicidad de una nanopartícula puede ser inversamente proporcional a su tamaño.

En cualquier caso, el empleo de nanomateriales sigue generando incertidumbre por su posible incidencia adversa sobre la salud humana a medio y largo plazo dado que, como es habitual, y pese a los esfuerzos en el mundo científico, la velocidad que caracteriza a la evolución de la nanotecnología supera con creces a la del conocimiento sobre los posibles efectos perversos para la salud y la seguridad de las personas expuestas.

Y aunque en términos generales se pueda afirmar que no todos los nanomateriales provocan efectos tóxicos, se ha demostrado que otros sí representan una amenaza para el ser humano y su entorno, por lo que las empresas, en su calidad de deudoras de seguridad, deben mostrar la máxima diligencia, asumiendo un enfoque casuístico y tomando siempre como pauta de actuación el principio de precaución.

Las dificultades que en este ámbito de marcada incertidumbre plantea la evaluación inicial de los riesgos hace necesario un mayor control de la exposición, alzándose la vigilancia de la salud en fuente de información especialmente importante, al permitir la detección precoz de posibles daños derivados del trabajo y obrar, así, como punto de partida para el refuerzo inmediato de las medidas preventivas y de protección.

Referencias bibliográficas

- Ávalos, A., Haza, A. I. y Morales, P. (2013). Nanopartículas de plata: aplicaciones y riesgos tóxicos para la salud humana y el medio ambiente. *Revista Complutense de Ciencias Veterinarias*, 7(2), 1-23. https://doi.org/10.5209/rev_RCCV.2013.v7.n2.43408
- Ávalos Fúnez, A., Haza Duaso, A. I. y Morales Gómez, P. (2016). Nanotecnología en la industria alimentaria I: Aplicaciones. *Revista Complutense de Ciencias Veterinarias*, 10, 1-17. https://doi.org/10.5209/rev_RCCV.2016.v10.n2.53544
- Bonaccorso, A., Ortis, A., Musumeci, T., Carbone, C., Hussain, M., Di Salvatore, V., Battiato, S., Papalardo, F. y Pignatello, R. (2024). Administración de fármacos de la nariz al cerebro y propiedades fisicoquímicas de nanosistemas: Análisis y estudios de correlación de datos de la literatura científica. *Revista Internacional de Nanomedicina*, 19, 5619-5636. <https://doi.org/10.2147/IJN.S452316>
- Chanda, N., Kan, P., Watkinson, L. D., Shukla, R., Zambre, A., Carmack, T. L., Engelbrecht, H., Lever, J. R., Katti, K., Fent, G. M., Casteel, S. W., Smith, C. J., Miller, W. H., Jurisson, S., Boote, E., Robertson, J. D., Cutler, C., Dobrovolskaia, M., Kannan, R. y Katti, K. V. (2017). Nanopartículas de oro radiactivas en la terapia contra el cáncer. En *Nanomedicina en el cáncer: estudios de eficacia terapéutica del nanoconstructo GA-198uNP en ratones con tumores de próstata*, (pp. 753-774). Jenny Stanford Publishing.
- Cheang Wong, J. C. (2005). Ley de Moore, nanotecnología y nanociencias: síntesis y modificación de nanopartículas mediante la implantación de iones. *Revista Digital Universitaria*, 6(7), 2-10. https://www.revista.unam.mx/vol.6/num7/art65/jul_art65.pdf
- Colorado Soriano, M., Gálvez Pérez, V. y Sánchez Cabo, M. T. (2013). *Evaluación del riesgo por exposición a nanopartículas mediante el uso de metodologías simplificadas*. INSST.
- Cruz, B. (2011). Nanociencia: ante el umbral de una revolución tecnológica. *MoleQla: Revista de Ciencias de la Universidad Pablo de Olavide*, 3, 64-66.
- EU-OSHA (2013a). Herramientas para la gestión de nanomateriales en el lugar de trabajo y medidas de prevención. *E-fact*, 72, 1-2.
- EU-OSHA (2013b). Los nanomateriales en el sector de la asistencia sanitaria: riesgos profesionales y su prevención. *E-fact*, 73, 1-16.

- EU-OSHA (2013c). Los nanomateriales en el trabajo de mantenimiento: riesgos profesionales y su prevención. *E-fact*, 74, 1-17.
- Feynman, R. P. (1960). There's Plenty of Room at the Botton. *Engineering and Science*, 23(5), 22-36. <https://resolver.caltech.edu/CaltechES:23.5.1960Bottom>
- Foladori, G. (2012a). La nueva revolución tecnológica y sus impactos a la salud de los trabajadores. *Temporalis*, 12(24), 17-27. <https://periodicos.ufes.br/temporalis/article/view/4073>, <https://doi.org/10.22422/2238-1856.2012v12n24p17-27>
- Foladori, G. (2012b). Trabajadores y nanotecnología. *Observatorio del desarrollo: Investigación, reflexión y análisis*, 1(3), 21-24. <https://doi.org/10.35533/od.0103.gf>
- Foladori, G. y Invernizzi, N. (2012). *Implicaciones sociales y ambientales del desarrollo de las nanotecnologías en América Latina y el Caribe*. ReLANS e IPEN.
- Galera Rodrigo, A. (2015). El impacto de la nanotecnología sobre la seguridad y la salud laboral. *ORPjournal*, 2, 31-58.
- Gómez Saldívar, G. (2011). Nanooncología: creando nanoasesinos de células cancerosas. *MoleQla: Revista de Ciencias de la Universidad Pablo de Olavide*, 3, 67-69.
- Guardia Hernández, J. J. (2023). La recepción del principio de precaución por el Tribunal Constitucional español. *Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público*, 71(2), 91-119. <https://doi.org/10.18543/ed.2928>
- INSST (2015a). *Riesgos derivados de la exposición a nanomateriales en distintos sectores: construcción*. INSST.
- INSST (2015b). *Seguridad y salud en el trabajo con nanomateriales*. INSST.
- Kosaka, P. M., Pini, V., Calleja, M. y Tamayo, J. (2017). Detección ultrasensible del antígeno p24 del VIH-1 mediante una plataforma híbrida nanomecánica-optoplasmónica con potencial para detectar el VIH-1 en la primera semana tras la infección. *PLoS One*, 12(2), e0171899. <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0171899>
- Kröttsch, E. (2015). Farmacotoxicidad en la vehiculización de principios activos en la enfermedad de Parkinson. *Investig en Discapac*, 4(2), 86-90.
- Lechuga, L. M. (2011). Nanomedicina: aplicación de la nanotecnología en la salud. 9.ª edición del curso de *Biotecnología aplicada a la salud humana* (pp. 98-112). https://digital.csic.es/bitstream/10261/44635/1/7_Nanomedicina.pdf
- Llabot, J. M., Palma, S. D. y Allemandi, D. (2008). Nanopartículas poliméricas sólidas. *Nuestra Farmacia*, 53, 40-47.
- Miñarro Yanini, M. (2024). Nuevas dimensiones jurídicas vinculadas a la transición ecológica justa: el derecho medioambiental del trabajo. *Lex Social: Revista de los Derechos Sociales*, 14(2), 1-26. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.11034>

- Molina Navarrete, C. (2020). Principio de precaución y obligaciones preventivas en las empresas para la «nueva normalidad»: trazabilidad y blindaje digitales del riesgo de contagio, ¿misiones imposibles? Análisis del Real Decreto-Ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 448, 145-168. <https://doi.org/10.51302/rtss.2020.1020>
- Muller, J., Huaux, F., Moreau, N., Misson, P., Heillier, J. F., Delos, M., Arras, M., Fonseca, A., Nagy, J. B. y Lison, D. (2005). Toxicidad respiratoria de nanotubos de carbono multipared. *Toxicología y farmacología aplicada*, 207(3), 221-231.
- Muñoz Ruiz, A. B. (4 de abril de 2020). Aplicación práctica del principio de precaución o cautela ante el coronavirus. *El Foro de Labos*. <https://www.elforodelabos.es/2020/04/aplicacion-practica-del-principio-de-precaucion-o-cautela-ante-el-coronavirus/>
- Navarro García, F. J. (2024). Exposición laboral a nanopartículas y medidas preventivas aplicables. *Revista Jurídica & Trabajo*, 5, 205-247. <https://doi.org/10.69592/2952-1955-N5-DICIEMBRE-2024-ART-9>
- Oropesa Nuñez, R. y Jáuregui-Haza, U. J. (2012). Las nanopartículas como portadores de fármacos: características y perspectivas. *Revista CENIC Ciencias Biológicas*, 43(3), 1-20.
- Pellin, D. y Engelmann, W. (2017). El principio legal de precaución en escenario de riesgo nanotecnológico. *Cadernos de Dereito Actual*, 6, 9-29.
- Rebollo Puig, M. e Izquierdo Carrasco, M. (2003). El principio de precaución y la defensa de los consumidores. *Documentación Administrativa*, 265/266, 185-236.
- Ríos de la Rosa, J. M. (2011). Llegando al foco del problema: dendrímeros. *MoleQla: Revista de Ciencias de la Universidad Pablo de Olavide*, 3, 70-72.
- Rodríguez Font, M. (2012). Sobre el déficit regulador y jurisdiccional en la gestión pública del riesgo. Las referencias de un futuro régimen de responsabilidad. *Revista andaluza de administración pública*, 82, 161-197. <https://doi.org/10.46735/raap.n82.939>
- Rossi, M. B. (2013). Nanociencia y Nanotecnología en el Siglo XXI. *Revista Digital de Ciencias, Facultad de Ciencias Exactas, Naturales y de Salud* (Universidad de Belgrano), 12(6), 1-7.
- Savolainen, K. (2013). *Nanosafety in Europe 2015-2025: Towards safe and sustainable nanomaterials and nanotechnology innovations*. Finnish Institute of Occupational Health.
- Segura Benedicto, A. (2003). El conocimiento científico y el principio de precaución en salud laboral. *Archivos de Prevención de Riesgos Laborales*, 6(4), 155-157.
- Tanarro Gozalo, C. y Gálvez Pérez, V. (2009). Nanopartículas: ¿un riesgo pequeño? *Seguridad y salud en el trabajo*, 52, 34-44.
- Tost Pardell, S. (2023). Aplicación del principio de precaución en el ámbito de la seguridad industrial. *Revista Administración & Ciudadanía*, 18(1), 223-245. <https://doi.org/10.36402/ac.v18i1.5049>

- Tutor Sánchez, J. D. (2016). Divulgación y formación en nanotecnología: un puente hacia la bioética. *Escritos*, 24(53), 483-506. <https://doi.org/10.18566/escr.v24n53.a12>
- Vance, M. E. Kuiken, T., Vejerano, E. P., McGinnis, S. P., Hochella Jr., M. F., Rejeski, D. y Hull, M. S. (2015). Nanotecnología en el mundo real: rediseño del inventario de productos de consumo de nanomateriales. *Revista Beilstein de nanotecnología*, 6(1), 1769-1780. <https://doi.org/10.3762/bjnano.6.181>
- Veiga Álvarez, Á., Sánchez de Alcázar, D., Martínez Negro, M., Barbu, A., González Díaz, J. B. y Maquea Blasco, J. (2015). Riesgos para la salud y recomendaciones en el manejo de nanopartículas en entornos laborales. *Medicina y Seguridad del Trabajo*, 61(239), 143-161. <https://doi.org/10.4321/S0465-546X2015000200002>
- Yang, Q. C., Wang, Y. Y., Wang, S., Song, A., Wang, W. D., Zhang, L. y Sun, Z. J. (2025). Estructura orgánica covalente biomimética de membrana bacteriana diseñada como nanoimmunopotenciador para la inmunoterapia contra el cáncer. *Materiales bioactivos*, 47, 283-294. <https://doi.org/10.1016/j.bioactmat.2025.01.018>
- Zaforas, M., Benayas, E., Madroñero Mariscal, R., Domínguez Bajo, A., Fernández López, E., Hernández Martín, Y., González Mayorga, A. y Alonso Calviño, E., Hernández, E. R., López Dolado, E., Rosa, J. M., Aguilar, J. y Serrano, M. C. (2025). Los andamios de óxido de grafeno promueven mejoras funcionales mediadas por axones que invaden el andamio en ratas transecadas torácicas. *Materiales bioactivos*, 47, 32-50. <https://doi.org/10.1016/j.bioactmat.2024.12.031>

Rosa María Rodríguez Casáis. Doctoranda del programa de Doctorado en Derecho: Protección Jurídica y Cohesión Social. Universidad de León (España). Autora de: «Incapacidades laborales y nuevas tecnologías» (2017). En *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación: I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social* (pp. 783-790). Laborum. <https://orcid.org/0009-0001-7596-0634>

Absentismo y remuneración: los incentivos antiabsentismo en el punto de mira

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Supremo 40/2025, de 20 de enero**

Ana Matorras Díaz-Caneja

*Profesora ordinaria de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Pontificia Comillas (Madrid, España)
matorras@comillas.edu | <https://orcid.org/0000-0001-8660-4478>*

Extracto

En la sentencia analizada se refuerza y consolida la doctrina jurisprudencial sobre los límites y condicionantes de validez de las reglas antiabsentismo incorporadas al marco convencional ordenador de remuneraciones variables ligadas a resultados. El Tribunal Supremo no llega a anular parcialmente el convenio en este punto, sino que formula una regla de «interpretación conforme» que impediría aplicar aquellos incisos de la cláusula convencional litigiosa que considera que conducirían a resultados discriminatorios. En particular, se sostiene que sería discriminatoria la diferenciación retributiva resultante de la aplicación de las reglas convencionales sobre el impacto desfavorable de las ausencias motivadas por enfermedad o por el disfrute de permisos singulares para cuidado de familiares –creados por el propio convenio, mejorando los derechos legales de conciliación trabajo-familia–. Con ello, se endurecen hasta el extremo las exigencias y filtros jurisprudenciales de referencia para el diseño y aplicación de los sistemas o fórmulas de remuneración variable. A efectos prácticos: se merma el potencial flexibilizador de las remuneraciones variables vinculadas de manera intensa, que no exclusiva, a la presencialidad y a la participación laboral efectiva. Y se elimina el estrecho margen que restaba para utilizar la remuneración como herramienta para combatir el absentismo –salvo el injustificado–. Pero, además, se eleva a máximos la protección asociada a las ausencias por cuidado de familiares y por enfermedad, conformando colateralmente una garantía de inmunidad retributiva de hondo calado, operativa incluso para permisos retribuidos de origen convencional.

Palabras clave: incentivos antiabsentismo; premios por presencia; ausencias retribuidas; multa de haber; retribución de permisos convencionales; penalización retributiva; discriminación retributiva indirecta; discriminación retributiva por asociación.

Recibido: 11-04-2025 / Aceptado: 22-04-2025 / Publicado: 07-05-2025

Cómo citar: Matorras Díaz-Caneja, A. (2025). Absentismo y remuneración: los incentivos antiabsentismo en el punto de mira. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 40/2025, de 20 de enero. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 486, 182-190. <https://doi.org/10.51302/rtss.2025.24451>

Absenteeism and remuneration: anti-absenteeism incentives coming under focus

Commentary on Supreme Court Ruling 40/2025, of 20 January

Ana Matorras Díaz-Caneja

Senior Lecturer in Labour and Social Security Law.

Comillas Pontifical University (Madrid, Spain)

matorras@comillas.edu | <https://orcid.org/0000-0001-8660-4478>

Abstract

The judgement under analysis reinforces and consolidates the case law on the limits and conditions of validity of anti-absenteeism clauses incorporated into the framework of performance-related variable remuneration agreements. The Supreme Court does not go so far as to partially annul the collective agreement on this point, but rather formulates a rule of 'due interpretation' that would prevent the application of those sections of the disputed clause that could lead to discriminatory outcomes. Pay gap based on absences due to illness or family care leave is deemed discriminatory. This tightens the jurisprudential requirements for the design and application of variable remuneration systems. In practical terms: the flexibility potential of variable remuneration linked intensely, but not exclusively, to work attendance and effective labor participation is reduced, and the Supreme Court eliminates the scope for using remuneration as a tool to combat absenteeism, except for unjustified absenteeism. Furthermore, it maximizes the protection associated with absences due to illness or health conditions or for family care, providing a significant guarantee of "remuneration immunity", even for conventionally granted paid leave.

Keywords: anti-absenteeism incentives; attendance award; paid leave of absence; wage deduction; wage penalty; indirect pay discrimination; pay discrimination by association.

Received: 11-04-2025 / Accepted: 22-04-2025 / Published: 07-05-2025

Citation: Matorras Díaz-Caneja, A. (2025). Absenteeism and remuneration: anti-absenteeism incentives coming under focus. Commentary on Supreme Court Ruling 40/2025, of 20 January. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 486, 182-190. <https://doi.org/10.51302/rtss.2025.24451>

1. Marco jurídico

Versando el conflicto de fondo sobre el carácter –o impacto– discriminatorio de las reglas de ordenación de un incentivo retributivo variable de origen convencional, el marco jurídico básico de referencia en la sentencia lo conforman expresamente, junto al [artículo 14 de la Constitución española](#) y el [artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores \(ET\)](#), de una parte, las normas antidiscriminatorias contenidas en la [Ley 15/2022, de 12 de julio](#), integral para la igualdad de trato y la no discriminación (concretamente, el [art. 2, apdos. 1 y 3](#), que incorporan la enfermedad y el estado de salud como causas torpes de diferenciación, junto al [art. 6.2 a\)](#) que acota la discriminación por asociación), y de otra, el [artículo 6.2 de la Ley orgánica \(LO\) 3/2007, de 22 de marzo](#), para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que acota la discriminación directa y la indirecta por razón de sexo.

Pero debe advertirse que dichas previsiones normativas se toman como normas prohibitivas de diferenciaciones de trato de alcance absoluto en el marco de la remuneración, sin considerar la aplicación (obligada, parece) de las vías normativas y jurisprudenciales de excepción –internas y comunitarias–, que abrirían paso a diferencias de retribución que, además de venir respaldadas por una finalidad legítima, estén configuradas de manera apropiada, superando los cánones de razonabilidad o adecuación, necesidad y proporcionalidad, atendida dicha finalidad (y que, por lo demás, cuentan con incorporación expresa tanto en los arts. [2.2](#) y [4.2](#) de la Ley 15/2022, como en el [art. 6 de la LO 3/2007](#)).

El Tribunal Supremo (TS) tampoco se adentra en el campo de juego del [artículo 4.2 del ET](#) que, tras su modificación por el [Real Decreto-Ley 5/2023, de 28 de junio](#), reconduce al terreno de la discriminación prohibida de manera específica el trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres por el ejercicio de los derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral; limitándose a entrar en el ámbito de las discriminaciones indirectas por razón de género ligadas al ejercicio mayoritario por mujeres de los derechos de conciliación.

2. Supuesto de hecho

Se solicita la declaración de nulidad parcial de la regulación de un denominado «incentivo de mejora», contenida en un convenio colectivo de ámbito empresarial, por supuesta discriminación por razón de enfermedad, por razón de sexo y por asociación por razón

de enfermedad. Dicho incentivo constituye un complemento salarial de carácter mensual e individual, pagadero trimestralmente. Para su devengo y cuantificación se pondera, como se detalla pormenorizadamente en el convenio, junto a los resultados del centro de trabajo (considerando indicadores colectivos de productividad y calidad) la asistencia efectiva al trabajo. Concretamente, por lo que se refiere a este último extremo, ciertos tipos de ausencias tienen un marcado impacto reductor de la cuantía a percibir por cada persona trabajadora (llegándose a perder íntegramente el incentivo mensual en el caso de ausencias individuales de duración igual o superior a 24 horas en el mes de referencia).

Entre las reglas de ordenación del incentivo, y por lo que respecta a las referidas al tipo de ausencias computables a efectos de eventual denegación del incentivo o a efectos de minoración de la cuantía a satisfacer finalmente a título individual, se garantiza expresamente la neutralidad de las ausencias motivadas por vacaciones, por diferencias horarias, por licencias sindicales y por permisos retribuidos por razón del fallecimiento de cónyuge, padre o madre y/o de las hijas o hijos de la persona trabajadora. En cambio, ante el silencio del convenio, implícitamente se está prestando cobertura a que se practiquen descuentos en el caso de ausencias por enfermedad o por razón del disfrute de permisos de cuidado de familiares, alguno de ellos creado por el convenio colectivo.

La sentencia recurrida (Sentencia de la Audiencia Nacional –SAN– 4/2024, de 22 de enero) estimó la demanda, declarando la nulidad parcial de la cláusula por dar entrada a las distintas formas de discriminación prohibida mencionadas *supra*; entendiendo que debían eliminarse del marco ordenador del incentivo salarial todas las referencias al impacto del absentismo. De forma tal que el incentivo quedaría reconfigurado, y ligado en exclusiva a los resultados del centro.

3. Aspectos clave del fallo

Se revoca la SAN, estimando parcialmente el recurso interpuesto por la empresa. Pero lo cierto es que, en último término, el TS se apoya precisamente en los criterios interpretativos aplicados por la Audiencia Nacional; para acabar reconduciendo también –y con el mismo grado de automatismo– al terreno de las discriminaciones retributivas proscritas las eventuales diferencias retributivas resultantes de la aplicación de las reglas sobre impacto de las ausencias individuales, cuando tales ausencias vienen motivadas por enfermedad o por la utilización de variados permisos de acompañamiento y cuidado de familiares. Y merece ser puesto de relieve que no se anula la cláusula convencional en la parte relativa al impacto adverso o eventualmente excluyente del acceso al incentivo, ligado al absentismo. El TS lo que hace es fijar un criterio jurisprudencial de «interpretación conforme». De modo que obliga a considerar neutras las ausencias motivadas por la enfermedad o por el disfrute de los permisos familiares; y ello, con el objetivo singular de preservar la residual funcionalidad y eficacia del incentivo para combatir el absentismo.

4. Valoración crítica

Se refuerza y consolida así una tendencia jurisprudencial de marcado signo restrictivo. Y un análisis profundo de la sentencia obliga a plantear distintas cuestiones:

1. ¿Es posible todavía combatir el absentismo a través de la remuneración? El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su [Sentencia de 18 de enero de 2018 \(asunto C-270/16\)](#) sostiene que, a la luz del artículo 2.2 b), inciso i), 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, combatir el absentismo puede considerarse una finalidad legítima, siempre que no se vaya más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad. De modo que se exige, a la postre, la superación de un complejo filtro de adecuación y de necesidad de los medios empleados.

Pero a la vista de la posición adoptada por el TS, a los incentivos ligados de manera expresa e intensa a la presencialidad y participación efectiva solo les resta utilidad para funcionar como herramienta frente al absentismo injustificado en cualquiera de sus formas (ausencias totales o parciales); para lo cual ya dispone la empresa de una herramienta complementaria que podría ser mucho más eficaz: el poder disciplinario. Aunque tampoco hemos de pasar por alto que la estrategia empresarial y el modelo directivo y de gestión de los recursos humanos pueden apostar razonablemente por incentivar el cumplimiento como alternativa a la penalización (laboral) de este tipo de faltas, máxime en el caso de posiciones o perfiles profesionales críticos, y en los casos de dificultades para la retención del talento y/o para la cobertura de vacantes.

Particularmente en aquellos sectores o empresas o puestos críticos en los que el absentismo pueda tener un impacto desfavorable particularmente intenso, debería aceptarse que las ausencias, aun justificadas y aun ligadas a situaciones de enfermedad o al ejercicio de derechos de conciliación puedan considerarse para justificar una diferencia retributiva; especialmente, si existen contrastables dificultades para cubrir las vacantes. Ahora bien, aun en ese escenario, no parece admisible jurídicamente una fórmula retributiva que tan solo considere la asistencia y la presencialidad y en cuyo marco todas las ausencias, justificadas o injustificadas, encierren una pérdida retributiva (nos referimos a las primas de asistencia puras). Pero el absentismo razonablemente debería poder jugar como elemento de ponderación a la hora de medir la aportación real de cada persona trabajadora y la justa remuneración que le corresponde en el marco de remuneraciones ligadas a resultados; particularmente, pero no solo, cuando se trate de incentivos colectivos.

Aunque eventualmente, en incentivos más complejos, sería conveniente la incorporación de «cláusulas de escape» que permitan mitigar el impacto desfavorable de las ausencias, si es que tomando otras circunstancias como referencia pueda

considerarse que las ausencias, aun cuando hayan sido reiteradas o incluso prolongadas, finalmente no han comprometido o perjudicado la aportación de valor por parte de la persona que las ha protagonizado (y deben ser neutras en la esfera retributiva). Y, en cualquier caso, el descuento aplicable, además de estar respaldado por un criterio objetivo contrastable, ha de ser adecuado (es decir, razonable, lo que no significa que necesariamente deba ser proporcional; pero sí que ha de estar articulado en tal forma que pueda descartarse que la regla de ordenación retributiva tiene en último término un significado o alcance penalizador o punitivo o un impacto verdaderamente disuasorio del disfrute de los derechos a ausentarse del trabajo). Y a estos efectos ha de darse un voto de confianza a la negociación colectiva que da vida al incentivo y que habrá definido un justo y razonable punto de equilibrio.

2. Los condicionantes constitucionales y legales.

El TS, asumiendo en abstracto la legitimidad de las fórmulas retributivas que ponderan las ausencias para el devengo y/o cuantificación de remuneraciones variables, considera que en el caso enjuiciado se han traspasado los límites constitucionales y legales dando cobertura el convenio a variadas formas de discriminación proscritas.

Es evidente que no solo los derechos fundamentales, sino también los principios de igualdad y de no discriminación, junto a otros derechos y garantías de configuración legal juegan como límite a la hora de configurar incentivos, premios, primas y pluses. Y ello tanto en sede colectiva, como en sede individual. Ahora bien, adentrándonos en la esfera convencional, y partiendo de la premisa de que ni el principio de igualdad ni el principio de no discriminación obligan a dar un tratamiento retributivo igual a situaciones que no sean comparables, consideramos que debería haberse analizado en mayor profundidad la dinámica y proyección de la cláusula y haber ponderado verdadera y explícitamente el contexto empresarial en el que se introduce. La [sentencia que comentamos](#) está alineada con la tendencia o vis expansiva de los principios de igualdad y de no discriminación. El TS lleva –con cierto automatismo criticable– al terreno de la discriminación prohibida las diferencias retributivas motivadas por ausencias debidas a situaciones de enfermedad o condición de salud o por el ejercicio de los permisos de cuidado de familiares y fuerza una nivelación retributiva a costa de sacrificar la autonomía colectiva, sin aportar razones totalmente convincentes, obviando que la doctrina constitucional y la jurisprudencia comunitaria, e incluso la propia Ley 15/2022 ([art. 4](#)) así como la [LO 3/2007](#), abren expresamente la puerta a diferenciaciones de trato –exigiéndose, eso sí, la superación de un complejo filtro de razonabilidad, adecuación y carácter proporcionado–. Y a los que habría que añadir un incipiente filtro complementario de transparencia que afectaría también al alcance o impacto de las reglas antiabsentismo (que en el caso enjuiciado por el TS se superaría, puesto que el convenio era bastante detallado).

Las formas de discriminación prohibida a considerar al pasar el filtro antidiscriminatorio son, efectivamente como recuerda el TS, no solo las directas, sino también las indirectas, junto a las discriminaciones por asociación; ya sea por razón de género, por ejercicio de derechos de conciliación trabajo-familia o por enfermedades o circunstancias conexas con la salud.

Da lo mismo que el convenio colectivo lo haya previsto así (el pacto colectivo no sanaría el vicio oculto en estas reglas de ordenación retributiva). Pero en el marco en el que nos encontramos no deberían considerarse comparables y merecedoras de un trato idéntico las situaciones de las personas beneficiarias de la mejora convencional. Al aplicar el test de comparabilidad, no debería prescindirse totalmente de la aportación individual cuantitativamente considerada.

3. Presupuestos y límites aplicables para ajustar a la baja la cuantía del incentivo individual en el caso de ausencias injustificadas y en algunos supuestos residuales de ausencias justificadas.

El TS aclara que se podría descontar en términos más que proporcionales e incluso denegar el incentivo por ausencias injustificadas –por ej., incumplimientos contractuales constitutivos de faltas– así como por ausencias que estando justificadas (y, en definitiva, permitidas) no sean expresión o consecuencia del ejercicio de un derecho fundamental o tengan un impacto discriminatorio.

De entrada, llama la atención que no incorpora como excepción a esto último las ausencias motivadas por huelga, en cuyo escenario todavía recientemente el TS, con apoyo en vieja doctrina constitucional, sí considera admisible la minoración de los incentivos por asistencia en la medida en que así lo haya dispuesto el convenio ([STS 128/2023, de 9 de febrero](#)). Aunque es fácil pronosticar un giro jurisprudencial radical en esta materia.

En lo que respecta a la aceptación por el TS de las reglas que autorizan la diferenciación retributiva (e incluso la privación del incentivo ligado principalmente a resultados colectivos) en el caso de ausencias injustificadas, no debería pasarse por alto que, con ello, el TS viene a asumir que dichas reglas no dan vida a formas de sanción inadmisibles jurídicamente. Efectivamente, así ha de entenderse en nuestra opinión, pues ni son vulneraciones encubiertas de la prohibición legal de imposición de multas de haber –[art. 58.3 ET](#)–; ni se estaría en ningún caso incurriendo en una duplicidad de sanción –de haber aplicado la empresa la sanción prevista para la inasistencia, total o parcial, en el convenio en el correspondiente catálogo de faltas y sanciones–.

Aunque el TS no se adentra en esta cuestión, que no fue objeto de discusión, sí ha generado cierto debate doctrinal y jurisprudencial en los últimos tiempos, por lo que creemos que merece ahora atención. Se trata de un posicionamiento más que acertado. Y ello desde las siguientes premisas elementales: retribuir es recompensar; mientras que no retribuir con una mejora o mejorar con un importe

inferior, no es penalizar; es solamente no remunerar o no remunerar en la misma medida. Si falta o se reduce significativamente la aportación individual o sencillamente su magnitud no es comparable con la de otras personas trabajadoras con las que se concurre en el incentivo y se asigna una cuantía inferior, no hay penalización, ni se irroga un perjuicio ilegítimo. Y es que no toda denegación de un derecho tiene un móvil punitivo o un impacto penalizador. Ni todo trato peyorativo en comparación con el recibido por otras personas trabajadoras tiene un significado, motivación y/o alcance punitivo.

Solo estaríamos ante una sanción oculta o encubierta de multa de haber si a la persona trabajadora se le estuviera privando de manera ilegítima de algo que le corresponde, con paralelo inaceptable enriquecimiento empresarial. Pero en el caso examinado es evidente que se configura un doble factor de devengo del incentivo variable. No se castiga privando de algo predevengado; sencillamente el devengo no se completa o es solo parcial en atención a aquellas ausencias acumuladas que no se consideran neutras por el propio convenio colectivo. Pero a efectos prácticos es clave: la transparencia, el rigor y la precisión en el uso del lenguaje y el manejo de las categorías jurídicas (eliminando cualquier atisbo de apariencia de configuración de una penalización, dejando claro que lo que se instituyen son las reglas y condicionantes de devengo de las mejoras, premios, primas, pluses...; que no se atacan derechos adquiridos o remuneraciones ya devengadas). Y nos parece importante también que se dé visibilidad a la razón objetiva de la exclusión o de la minoración del incentivo. Debe quedar claro que se trata de una norma de ordenación retributiva, que responde a la lógica contractual básica, que es proyección del cambio de trabajo por salario y que no se justifica en una lógica o funcionalidad sancionadora. Y que se descarta la discrecionalidad, la arbitrariedad y el abuso.

Cuestión distinta, en la que no entra la [sentencia](#), es si el impacto desfavorable no proporcional ligado al absentismo por causas no justificadas, podría considerarse desmedido o desproporcionado en el caso enjuiciado. En la medida en que estamos ante un incentivo retributivo configurado en ejercicio de la autonomía colectiva, y no ante una sanción, no hay por qué imponer externamente una exigencia o filtro de proporcionalidad de aplicación general (que la ley no contempla y que, al contrario, confía al convenio colectivo la determinación de la estructura y cuantía de las remuneraciones). Ahora bien, dicho filtro operaría en el terreno de las diferenciaciones construidas directa o indirectamente en torno a causas de diferenciación prohibidas para poder dar por justificadas (y considerar aceptables) las diferencias retributivas. Y es este análisis en profundidad el que echamos en falta en la sentencia comentada.

4. Consecuencias de una eventual futura aplicación de tratamientos retributivos diferenciados por parte de la empresa, ignorando el criterio de interpretación conforme marcado en la [sentencia objeto de comentario](#).

El TS se adentra en la cuestión, pero limitándose a apuntar que cabría plantear demanda de conflicto colectivo. Ciertamente, pero además consideramos pertinente subrayar que es indiscutible que tendrían recorrido también demandas individuales por discriminación retributiva, a través de las cuales podrían conseguirse pronunciamientos con doble condena: al pago de la diferencia retributiva y al pago de la indemnización por daños morales (*vid.* arts. 182 y 183 de la Ley reguladora de la jurisdicción social, y STS 139/2025, de 26 de febrero). A falta de una mayor profundización, entiendo que sería posible apoyarse en la [Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social](#) para su cuantificación, salvo que se aportaran criterios alternativos de cuantificación que desplazaran esa solución comúnmente aceptada por nuestros tribunales.

5. Consideraciones finales: no hay por qué descartar que la inactividad tenga consecuencias adversas en el plano retributivo. El propio legislador configura derechos de conciliación que encierran pérdida económica. Pero las pérdidas retributivas habrán de ser razonables, adecuadas y proporcionadas. Y si son consensuadas y, en definitiva, están reguladas en el convenio: sin llegar a construir presunciones judiciales de legitimidad del sistema que conduce a diferenciaciones aparente o presuntamente discriminatorias (lo que no sería admisible jurídicamente), jueces, juezas y tribunales debieran prestar la merecida atenta consideración a las causas objetivas y parámetros de referencia que las partes negociadoras han considerado para ello. Queremos subrayar, en definitiva, que en la esfera laboral no solo la ley, sino también los convenios pueden (o deberían poder) dibujar un esquema de reparto de riesgos entre empresa y persona trabajadora, haciendo recaer sobre esta última parte de los riesgos personales y familiares, que pueden comprometer la «integridad retributiva» en el caso de ausentarse del trabajo contando con una justificación consistente para ello.

A través de la [sentencia objeto del presente comentario](#) se da un nuevo un paso hacia la «omniequivalencia retributiva» de las situaciones de inactividad o desvinculación temporal protegidas legal o convencionalmente respecto a las situaciones de actividad laboral efectiva. Y esta nivelación retributiva resultante de la aplicación de un filtro antidiscriminatorio automático e inflexible, más rígido que el que resulta del marco legal, puede, además, conducir a generar sentimientos de agravio (al romperse la proporcionalidad entre la aportación personal real y la retribución) desde la convicción de que la presencialidad y la participación en la producción y la productividad individual real debería contar o al menos tener más peso que la ausencia protegida. Pero este último tipo de consideraciones, somos conscientes de ello, no tendrían recorrido jurídico, además de considerarse insolidarias.

Trabajo a distancia: ¿ha cambiado algo después de la Ley 10/2021 para algunas empresas?

Comentario a la **Sentencia de la Audiencia Nacional 62/2024, de 3 de junio**

Francisco José Trillo Párraga

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

Universidad de Castilla-La Mancha (España)

FcoJose.Trillo@uclm.es | <https://orcid.org/0000-0002-3218-3222>

Extracto

El supuesto de hecho de este pronunciamiento judicial se localiza en la regulación del trabajo a distancia, en la transición normativa que tuvo lugar entre la pandemia por la COVID-19 y la regulación dada a esta modalidad contractual a partir de la Ley 10/2021, de 9 de julio. El análisis jurídico concentra su atención en la modificación unilateral del pacto individual entre las partes del contrato de trabajo a distancia relativo al establecimiento del porcentaje y distribución entre los tiempos de presencialidad y de trabajo a distancia, así como en la compensación de los gastos económicos compensados en el caso por tiempos de descanso equivalentes.

Palabras clave: conflicto colectivo; trabajo a distancia; voluntariedad; acuerdo de trabajo a distancia; distribución tiempo de trabajo a distancia y presencial; convenio colectivo; compensación de gastos; días de libre disposición.

Recibido: 14-03-2025 / Aceptado: 14-03-2025 / Publicado (en avance): 01-04-2025

Cómo citar: Trillo Párraga, F. J. (2025). Trabajo a distancia: ¿ha cambiado algo después de la Ley 10/2021 para algunas empresas? Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional 62/2024, de 3 de junio. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 486, 191-200. <https://doi.org/10.51302/rtss.2025.24407>

Telecommuting: has anything changed after Law 10/2021 for some companies?

Commentary on National Court Judgment 62/2024, 3 June

Francisco José Trillo Párraga

Senior Lecturer in Labour and Social Security Law.

University of Castilla-La Mancha (Spain)

FcoJose.Trillo@uclm.es | <https://orcid.org/0000-0002-3218-3222>

Abstract

The factual basis of this judicial ruling lies in the regulation of remote work, specifically in the regulatory transition that occurred between the COVID-19 pandemic and the regulation given to this contractual modality under Law 10/2021, of July 9. The legal analysis focuses its attention on the unilateral modification of the individual agreement between the parties of the remote work contract regarding the establishment of the percentage and distribution between in-person and remote work time, as well as the compensation of economic expenses compensated in the case by equivalent rest periods.

Keywords: collective action; remote work; voluntary work; individual remote work agreement; distribution of remote and in-person work time; collective bargaining; expense compensation; days off.

Received: 14-03-2025 / Accepted: 14-03-2025 / Published (preview): 01-04-2025

Citation: Trillo Párraga, F. J. (2025). Telecommuting: has anything changed after Law 10/2021 for some companies? Commentary on National Court Judgment 62/2024, 3 June. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 486, 191-200. <https://doi.org/10.51302/rtss.2025.24407>

1. Marco jurídico

El marco jurídico sobre el que interviene la Sentencia de la Audiencia Nacional –SAN– 62/2024, de 3 de junio, se llena de contenido a partir de los artículos 7, 8 y 12 de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (LTD), en relación con el artículo 41 del XVIII Convenio colectivo estatal de empresas de consultoría, tecnologías de la información y estudios de mercado y de la opinión pública (Boletín Oficial del Estado de 26 de julio de 2023) y con las cláusulas 2.^a y 5.^a del acuerdo de trabajo a distancia (ATD).

Desde el punto de vista procesal, aunque no resultan preceptos controvertidos en la sentencia, se señalan los artículos 9, 5 y 67 de la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en relación con lo establecido en los artículos 8.1 y 2 g) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

2. El supuesto de hecho: imposición de la distribución del tiempo de trabajo a distancia e inexistencia de compensación económica de los gastos

La SAN 62/2024, de 3 de junio, constituye la respuesta judicial al conflicto colectivo que afectaba a las personas trabajadoras de la empresa DXC Technology Spain, SA, adscritas a los centros de trabajo de Avilés (878), Madrid (164) y Barcelona (76) sujetas al régimen de trabajo a distancia. DXC forma parte de un grupo de empresas mercantil en el que se encuentran también ES Consultoría y Aplicaciones SLU, ES Field Delivery Spain SL, ES Outsourcing Spain y ES Procesos de Negocio. La empresa rige las relaciones laborales con sus personas empleadas por el XVIII Convenio colectivo estatal de empresas de consultoría y estudios de mercado y opinión pública.

El supuesto de hecho de este pronunciamiento judicial se localiza en la regulación del trabajo a distancia, en la transición normativa que tuvo lugar entre la pandemia por la COVID-19 y la regulación dada a esta modalidad contractual a partir de la LTD. Al respecto, resulta destacable el hecho de que desde la finalización de la situación de pandemia por la COVID-19 en la que las personas trabajadoras prestaron sus servicios a distancia, la empresa implementó un sistema de trabajo flexible a aplicar a partir del 1 de mayo de 2022, habiendo

solicitado los sindicatos con implantación en la empresa la apertura de una mesa de negociación para regular la política y condiciones laborales de las personas que prestan servicios en modalidad de teletrabajo.

En concreto, los sindicatos con implantación en el empresa, CC. OO., UGT y USO, solicitaron a la empresa cumplir con la obligación de formalizar acuerdos individuales de teletrabajo haciendo referencia al porcentaje y distribución de jornada a distancia según lo previsto en el [artículo 7 de la LTD](#), puesto que la empresa, si bien se había pactado una prestación a distancia del 100 % de la jornada de trabajo, había fijado unilateralmente, como cláusula segunda de los acuerdos de teletrabajo, una disponibilidad presencial a requerimiento de esta de un 20 % de la jornada, con el siguiente tenor:

[...] si bien, por necesidades organizativas y de coordinación de proyectos de la Compañía, podrá ser requerida para prestar servicios de forma presencial en el centro de trabajo al que se encuentra formalmente adscrita y le será comunicada por la Compañía al inicio de cada mes o con un preaviso de 7 días naturales. Tal posibilidad de prestar servicios de manera presencial no podrá superar el 20 % de la jornada laboral mensual de la Persona Trabajadora y este 20 % no será acumulable para los restantes meses siguientes.

Del mismo modo, los sindicatos mencionados entendieron que la entrega por parte de la empresa de los medios de trabajo necesarios para el desarrollo de la prestación laboral, ordenador, teclado y ratón no constituye el cumplimiento del derecho de la plantilla a percibir la compensación económica prevista a estos efectos en el artículo 41 del convenio colectivo de aplicación ([XVIII Convenio colectivo estatal de empresas de consultoría y estudios de mercado y opinión pública](#)), máxime cuando el uso de estos medios de trabajo se limita por parte de la empresa al estricto desarrollo de la actividad profesional, no pudiéndose emplear para fines personales. En este sentido, la empresa ha manifestado que la compensación económica se lleva a cabo a través de días de libre disposición, estableciéndose en 2 días de libre disposición al año, siendo para el año 2023 de 1 día dadas las fechas en las que se formalizó el ATD. A ojos de la empresa, con esta compensación de tiempo de descanso retribuido entendía cumplida la obligación de pagar los gastos generados a las personas trabajadoras como consecuencia de la realización de su prestación laboral a distancia.

Con carácter previo a la interposición del conflicto colectivo en el que se solicita la nulidad de las cláusulas 2.ª y 5.ª del ATD y el abono con efectos retroactivos de la compensación económica, cabe destacar cómo la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social (ITSS) instó a la empresa a negociar estas materias con la representación de las personas trabajadoras, finalizando estas tratativas sin acuerdo en julio de 2023. Esta falta de acuerdo motivó que en octubre de 2023 se requiriese a la empresa, por parte de la ITSS, la realización de los preceptivos acuerdos individuales donde se introdujo la regulación señalada

supra. A estos efectos, la empresa procedió a remitir a las personas trabajadoras el modelo descrito de trabajo a distancia, que de forma individual deberían suscribir quienes quisieran acogerse a dicho sistema, que incluye las cláusulas que ahora se impugnan.

3. Voluntariedad del trabajo a distancia y bilateralidad en la fijación de sus condiciones laborales como aspectos claves del fallo

La regulación jurídica del trabajo a distancia se articula sobre dos ejes basilares estrechamente relacionados entre sí como son: por un lado, la voluntariedad y, por otro, la bilateralidad en el establecimiento de las condiciones de trabajo que acompañan la prestación concreta del trabajo a distancia. Ambos ejes se relacionan entre sí formando casi una unidad en la que la voluntariedad de la prestación del trabajo a distancia no puede entenderse sin la imprescindible concurrencia de la bilateralidad en la determinación de las condiciones de trabajo que acompañan a esta modalidad contractual.

La [SAN 62/2024, de 3 de junio](#), interviene precisamente sobre estos dos pilares de la articulación jurídica del trabajo a distancia al analizar la cláusula 2.ª del ATD en relación tanto con la aplicación de la norma heterónoma, [Ley 10/2021](#), como de aquella autónoma colectiva, artículo 41 del [XVIII Convenio colectivo estatal de empresas de consultoría y estudios de mercado y opinión pública](#).

En efecto, el pronunciamiento de la Audiencia Nacional en su análisis sobre la legalidad de la cláusula 2.ª del ATD, aquella que preveía que la empresa podrá exigir por necesidades organizativas o de coordinación de proyectos el trabajo presencial de la persona en un porcentaje no superior al 20 % de su jornada laboral mensual, constituye una manifiesta ilegalidad por cuanto la citada cláusula se aparta del contenido de lo dispuesto en el [artículo 1 de la LTD](#) al entender posible la empresa la fijación unilateral de este porcentaje de trabajo presencial. Y ello, en relación con la previsión normativa contenida en el [artículo 8.1 de la LTD](#) por la cual la modificación de las condiciones establecidas en el ATD, incluido el porcentaje de presencialidad, deberá ser objeto de acuerdo entre la empresa y la persona trabajadora, formalizándose por escrito con carácter previo a su aplicación. Esto es, la fijación del porcentaje de prestación de servicios a distancia es un elemento esencial del contrato que, por tanto, no puede ser fijado y/o alterado de forma unilateral por parte del sujeto empresarial. La comprensión de la esencialidad de la cantidad de tiempo prestado a distancia aparece reforzada, además, por la obligación legal de comunicar a la representación de las personas trabajadoras cualquier modificación que tenga lugar en este ámbito.

Resulta incontrovertido, pues, que los sujetos empresariales a partir de la entrada en vigor de la [Ley 10/2021, de 9 de julio](#), han de consensuar inicialmente el porcentaje y distribución entre trabajo presencial y trabajo a distancia, formando parte esta materia del con-

tenido obligatorio de todo ATD ex [artículo 7 d\) de la LTD](#), y procediendo, en su caso, a su modificación conforme a través del concurso de las voluntades del sujeto empresarial y de la persona trabajadora. Cualquier fórmula de modificación del pacto individual entre las partes del contrato de trabajo a distancia que se aparte de la bilateralidad en el establecimiento del porcentaje y distribución entre los tiempos de presencialidad y de trabajo a distancia resultará nula por vulnerar el principio de voluntariedad que rige esta modalidad contractual. Es así como la Audiencia Nacional no encuentra excesivas dificultades en calificar como nula la cláusula 2.^a del ATD por cuanto este extremo de la prestación laboral se prevé de forma unilateral. Circunstancia esta que, por otra parte, ya se había resuelto en pronunciamientos previos como la SAN 117/2022, de 12 de septiembre.

En lo atinente al examen jurídico de la cláusula 5.^a del acuerdo individual de trabajo a distancia en relación con la reivindicación realizada por la representación de las personas trabajadoras del derecho de la plantilla a percibir la compensación económica establecida en el artículo 41 del [convenio sectorial de referencia](#), así como al abono de los atrasos desde abril del año 2023, fecha en que fue aprobado el convenio sectorial de aplicación, la Audiencia Nacional advierte una confusión indeseada por el ordenamiento jurídico consistente en entender cumplida la compensación económica derivada del desarrollo del trabajo a distancia a través de una compensación con días de libre disposición. De esta manera la regulación en la que se afirma que:

[l]a persona trabajadora y la compañía acuerdan expresamente que la compensación prevista en la regulación colectiva para el trabajo a distancia se realice mediante tiempo de descanso retribuido, estableciéndose la misma en dos días de libre disposición al año, siendo este año 2023 de un día dadas las fechas de formalización del presente acuerdo,

no resulta ajustada a derecho. O lo que es lo mismo, la compensación en tiempo de descanso retribuido a la persona trabajadora no exime al sujeto empresarial de sufragar o compensar adecuadamente el desarrollo del trabajo flexible a distancia. Y, por tanto, el sujeto empresarial tiene pendiente esta compensación económica derivada del concreto desarrollo del trabajo a distancia.

El artículo 41 del [XVIII Convenio colectivo estatal de empresas de consultoría y estudios de mercado y opinión pública](#) estableció que:

En materia de abono y compensación de gastos, tal y como establece el artículo 12 de Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, las personas trabajadoras que se encuentren prestando servicios de trabajo a distancia de forma regular, entendiéndose por trabajo a distancia regular el definido en el artículo 1 de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, percibirán en concepto de com-

pensación de gastos la cantidad 17 € brutos mensuales. Esta cantidad, de resultar aplicable, se abonará a partir de la fecha de la firma del convenio colectivo, sin efectos retroactivos.

Además, la compensación de los gastos queda referida a personas trabajadoras a jornada completa que desarrollen el 100 % de su jornada de trabajo en régimen de trabajo a distancia, por lo que aquellas otras situaciones de trabajo a distancia a tiempo parcial y/o con porcentajes inferiores de trabajo a distancia percibirán una cantidad resarcitoria del gasto proporcional a la jornada parcial y/o al porcentaje de trabajo a distancia pactado. Incluso, si la empresa ya tuviera regulada la compensación de los gastos por acuerdo individual o colectivo con carácter previo a la entrada en vigor del convenio colectivo de aplicación, este deberá en todo caso respetar los acuerdos preexistentes, siempre que la cuantía fuese igual o superior al importe previsto con anterioridad. Esta cantidad fija un mínimo que deberá pagarse obligatoriamente, siendo posible su mejora mediante acuerdo colectivo o por decisión unilateral de la empresa.

La interpretación literal del artículo 41 del [convenio colectivo de aplicación](#) no deja demasiado espacio a la posibilidad de compensar de otro modo los gastos derivados de la prestación de trabajo a distancia, menos aún con la alternativa de tiempos de descanso como consecuencia de la naturaleza de la compensación de gastos y del tiempo de descanso equivalente. Mientras la compensación de gastos presenta una naturaleza extrasalarial, el tiempo de descanso equivalente constituye una fórmula de compensación en relación con conceptos de naturaleza salarial como sucede de forma evidente con la posibilidad de acudir a este mecanismo en el caso de realización de trabajo extraordinario. Además, como refuerzo a este argumento jurídico, que no aparece expresamente en el fallo de la Audiencia Nacional, la compensación de gastos no es susceptible de compensación ni absorción en este caso, dada la diferente naturaleza jurídica extrasalarial y salarial que posee, por un lado, la compensación de los gastos y, por otro, la compensación con tiempo de descanso equivalente. Repárese en que esta cantidad de dinero compensa a la persona trabajadora por todos los conceptos de gastos vinculados al desarrollo de trabajo a distancia (suministros, agua, utilización de espacios, etc.) y únicamente se abonará a las personas que presten servicios bajo esta modalidad con carácter regular de conformidad con lo establecido actualmente en los artículos 1 y 2 de la LTD.

La [SAN 62/2024, de 3 de junio](#), además de motivar jurídicamente la imposibilidad de entender compensados los gastos derivados de la prestación laboral a distancia con la disponibilidad de días de descanso, ofrece una explicación detallada de la naturaleza jurídica de los días de libre disposición previstos en el acuerdo alcanzado entre la empresa y el sindicato UGT, que no es otro que hacer más atractiva la flexibilidad que consiente el trabajo a distancia para que, de esta manera, las personas trabajadoras acepten voluntariamente este ofrecimiento empresarial. El acuerdo alcanzado con UGT reconoce esos días de libre disposición a quienes trabajan a distancia, pero en ningún caso como con-

traprestación a los gastos de este modo de trabajar, por lo que estos días de libre disposición no tiene efectos liberatorios de la obligación empresarial de restituir los gastos ocasionados como consecuencia del desarrollo del trabajo a distancia. En este mismo sentido, se había pronunciado la Audiencia Nacional en las Sentencias [44/2022](#) y [144/2022](#), afirmando el carácter legal imperativo de la obligación de asunción por la empresa de los gastos generados por el trabajo a distancia conforme a lo establecido en el [artículo 7 b\) de la LTD](#). Es así, con indicación ulterior a la SAN dictada en el proceso 287/2024, cómo la [SAN 62/2024](#) dispone que la compensación por tiempo no sustituye a la compensación por gastos, declarando la nulidad de la citada cláusula 5.^a del ATD y, por tanto, el derecho de las personas trabajadoras a recibir la compensación de los gastos dejada de percibir desde abril del año 2023.

4. Valoración crítica

Cuatro años después de la regulación vigente del trabajo a distancia por la [Ley 10/2021](#) se asiste a conflictos jurídicos como los que motivan la [SAN 62/2024](#) en la que trasluce una concepción empresarial autoritaria de este no acorde con el ordenamiento jurídico, en la que además predomina exclusivamente el criterio del ahorro de costes como dinámica relacional entre el sujeto empresarial y las personas trabajadoras cuya prestación laboral se produce a distancia como expresa en el caso objeto de comentario la interpretación realizada por el sujeto empresarial en relación con la compensación de gastos. Este tipo de concepción empresarial no hace lugar, de este modo, a los antecedentes y a la relevancia del trabajo a distancia que, como se sabe, encuentra sus orígenes normativos en el [Acuerdo marco europeo sobre el teletrabajo suscrito el 16 de julio de 2002 por UNICE/UEAPME, CEEP y CES](#) y que fue asumido en el ordenamiento jurídico español por el [Acuerdo interconfederal para la negociación colectiva en el año 2003](#).

Cabe destacar como valoración crítica que la normativa sobre el teletrabajo, primero, y del trabajo a distancia, después, consideran que este constituye un genuino y específico contrato de trabajo, de subespecie lo califica la propia [LTD](#), que va más allá del simple establecimiento de determinadas condiciones para la prestación del servicio retribuido por cuenta ajena del [artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores](#). De ahí que la construcción dogmática del trabajo a distancia aparezca vinculada, tanto en sus antecedentes como en la [LTD](#), al requisito imprescindible de la voluntariedad de las partes, que consiste no solo en la doble libertad de ofrecer (sujeto empresarial) y aceptar (persona trabajadora) trabajo a distancia en el momento de suscribir el contrato de trabajo ([art. 5 LTD](#)), sino también en momentos sucesivos de desarrollo de la relación laboral de cara a posibles modificaciones ([art. 8 LTD](#)) y, por supuesto, para resolver el trabajo a distancia ([art. 5.3 LTD](#)). La comprensión del requisito de la voluntariedad bilateral entronca directamente con la articulación de las fuentes prevista en la normativa vigente, en la que se recupera como primordial fuente de las obligaciones la voluntad de la persona trabajadora y del sujeto empresarial, ocupan-

do la negociación colectiva un protagonismo consistente en asegurar la correcta manifestación de la voluntad de las partes del contrato de trabajo y en el que la ley desempeña una función de garantía de la igualdad de trato de las personas trabajadoras a distancia respecto de aquellas presenciales a la vez que procedimentaliza la regulación desde el punto de vista del reparto competencial entre el convenio colectivo y la autonomía individual de las partes del contrato de trabajo.

En efecto, la [LTD](#) prevé, por un lado, que los convenios o acuerdos colectivos podrán establecer la identificación de los puestos de trabajo y funciones susceptibles de ser realizados a través del trabajo a distancia con la finalidad de asegurar el desarrollo posible del trabajo a distancia en el seno de una actividad productiva concreta; las condiciones de acceso y el desarrollo de la actividad laboral mediante esta modalidad, la duración máxima del trabajo a distancia, los contenidos adicionales en el ATD; una jornada mínima presencial, el ejercicio de la reversibilidad al trabajo presencial, un porcentaje o periodo de referencia inferiores a los fijados en la [LTD](#) a los efectos de calificar como «regular» esta modalidad de ejecución de la actividad laboral, un porcentaje de trabajo presencial de los contratos formativos diferente, siempre que no se celebren con menores de edad, y las posibles circunstancias extraordinarias de modulación del derecho a la desconexión.

Por otro lado, la norma heterónoma ex [artículo 7 de la LTD](#) reserva a la autonomía de la voluntad de las partes del contrato de trabajo a distancia, como contenido mínimo obligatorio del ATD, entre otros la enumeración de los gastos que pudiera tener la persona trabajadora por el hecho de prestar servicios a distancia, así como forma de cuantificación de la compensación que obligatoriamente debe abonar la empresa y momento y forma para realizar la misma, que se corresponderá, de existir, con la previsión recogida en el convenio o acuerdo colectivo de aplicación; el horario de trabajo de la persona trabajadora y dentro de él, en su caso, reglas de disponibilidad; el porcentaje y distribución entre trabajo presencial y trabajo a distancia; el centro de trabajo de la empresa al que queda adscrita la persona trabajadora a distancia; el lugar de trabajo a distancia elegido por la persona trabajadora para el desarrollo del trabajo a distancia; la duración de plazos de preaviso para el ejercicio de las situaciones de reversibilidad; los medios de control empresarial de la actividad; la duración del ATD.

En definitiva, se asiste a una reformulación de la articulación de las fuentes de regulación del trabajo por cuenta ajena (a distancia) que bien podría servir de ejemplo para las relaciones laborales presenciales, donde la ley desarrolla una función, como se recordaba *supra*, que impide un trato desigualitario entre las personas trabajadoras por el mero hecho de desarrollar su prestación laboral de modo presencial, además de asignar competencias regulatorias tanto al convenio colectivo como a la autonomía individual de las partes. De modo tal que el convenio colectivo ha de asegurar unas reglas mínimas para que el trabajo a distancia se desarrolle desde el punto de vista de sus condiciones de trabajo en circunstancias que permitan adaptar este lo más posible a las necesidades tanto de los

sujetos empresariales como de las personas trabajadoras. Esta articulación de las fuentes de regulación operada por la [LTD](#) resulta novedosa y moderna respecto a la regulación del trabajo por cuenta ajena presencial al concentrarse en alcanzar una voluntariedad bilateral que comprende el acceso al trabajo a distancia, la fijación de las condiciones laborales y de ejecución de la prestación laboral de este, así como las reglas de resolución.

Un ejemplo de legislación moderna de las relaciones laborales que pone coto a las expresiones autoritarias de la voluntad unilateral de los sujetos empresariales, tan extendida en el ámbito del trabajo por cuenta ajena presencial, y que, como en el caso de la [SAN 62/2024](#) objeto de este comentario, impide a aquellos modificar unilateralmente condiciones de trabajo como la distribución del tiempo de trabajo.

Irrelevancia del origen de la pensión de incapacidad permanente –enfermedad común o accidente no laboral– en el acceso al derecho del complemento por mínimos

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Supremo 1007/2024, de 10 de julio**

Francisco Javier Fernández Orrico

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad Miguel Hernández de Elche (España)

orrico@umh.es | <https://orcid.org/0000-0003-4184-6160>

Extracto

La cuestión objeto de litigio en la Sentencia del Tribunal Supremo 1007/2024, de 10 de julio, es la de si la beneficiaria menor de 60 años de una pensión de incapacidad permanente total, derivada de accidente no laboral, puede causar derecho al complemento por mínimos, al igual que si procediera de enfermedad común, aun cumpliendo con las condiciones del artículo 59 de la Ley general de la Seguridad Social establecidas para causar derecho al citado complemento. Sobre esta cuestión la resolución final de la sentencia del Tribunal Supremo, mediante una interpretación teleológica, aclara la ampliación del derecho al complemento por mínimos a los beneficiarios de una incapacidad permanente total derivada de accidente no laboral menores de 60 años.

Palabras clave: incapacidad permanente total; complemento por mínimos; enfermedad común; accidente no laboral; contingencia; naturaleza asistencial.

Recibido: 07-04-2025 / Aceptado: 07-04-2025 / Publicado (en avance): 29-04-2025

Cómo citar: Fernández Orrico, F. J. (2025). Irrelevancia del origen de la pensión de incapacidad permanente –enfermedad común o accidente no laboral– en el acceso al derecho del complemento por mínimos. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 1007/2024, de 10 de julio. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 486, 201-210. <https://doi.org/10.51302/rtss.2025.24441>

Irrelevance of the source of the permanent disability pension (common illness or non-occupational accident) in accessing the right to a minimum wage supplement

Commentary on Supreme Court Ruling 1007/2024, of July 10

Francisco Javier Fernández Orrico

Professor of Labour and Social Security Law.

Miguel Hernández University of Elche (Spain)

orrico@umh.es | <https://orcid.org/0000-0003-4184-6160>

Abstract

The question at issue in Supreme Court Judgment 1007/2024, dated July 10, is whether a beneficiary under 60 years of a total permanent incapacity pension, resulting from a non-occupational accident, may be entitled to minimum supplement, as if it were a common illness, while complying with the conditions of Article 59 of the General Social Security Law established in order to entitle to the above-mentioned supplement. On this issue, the final resolution of the Supreme Court, by means of a teleological interpretation, clarifies the extension of the right to minimum allowance to beneficiaries of total permanent disability resulting from non-occupational accidents under 60 years.

Keywords: permanent total disability; minimum benefit supplement; common illness; non-occupational accident; contingency; healthcare nature.

Received: 07-04-2025 / Accepted: 07-04-2025 / Published (preview): 29-04-2025

Citation: Fernández Orrico, F. J. (2025). Irrelevance of the source of the permanent disability pension (common illness or non-occupational accident) in accessing the right to a minimum wage supplement. Commentary on Supreme Court Ruling 1007/2024, of July 10. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 486, 201-210. <https://doi.org/10.51302/rtss.2025.24441>

1. Marco jurídico

El complemento por mínimos es la cuantía económica de naturaleza asistencial que otorga el Estado, cuya finalidad es la de proporcionar un incremento al importe de la correspondiente pensión contributiva (jubilación, incapacidad permanente, viudedad, orfandad, en favor de familiares) por considerarse insuficiente para llevar una vida digna.

En efecto, las prestaciones contributivas de Seguridad Social, entre las que se encuentran las pensiones, se determinan fundamentalmente en función de dos parámetros. Por un lado, la base reguladora, que se calcula a partir de las bases de cotización que se presentaron en periodos anteriores y que, a su vez, se calcularon teniendo en cuenta las retribuciones percibidas por los trabajadores dados de alta en el régimen general o en cualquiera de los regímenes especiales del sistema de la Seguridad Social. En el caso de los trabajadores por cuenta propia, las bases de cotización eran libremente elegidas con algunas excepciones hasta 2024. A partir de entonces, aunque transitoriamente, la base también se elige, pero de forma más limitada en función del tramo de ingresos obtenidos en el año correspondiente¹. El otro parámetro es el porcentaje, que se determina en función del periodo de tiempo de cotización establecido y que se aplica a la correspondiente base de cotización, dando como resultado el importe de la pensión correspondiente, tanto para trabajadores por cuenta ajena como para trabajadores por cuenta propia.

La figura del complemento por mínimos resulta peculiar porque sin tener naturaleza de prestación económica contributiva, siempre va unida a alguna pensión contributiva de Seguridad Social. De modo que viene a ser una especie de simbiosis, porque su razón de ser es la previa existencia de una pensión, ya sea de jubilación, incapacidad permanente, gran invalidez, viudedad, orfandad o en favor de familiares, a la que se adhiere para mejorarla. Este complemento garantiza a sus beneficiarios una prestación económica mínima, para el caso en que, una vez realizado el cálculo de la pensión correspondiente, resulte un importe inferior al mínimo establecido, lo que se conoce como pensión mínima. Para beneficiarse de ese complemento se atiende a determinadas circunstancias del pensionista, en particular, su nivel de ingresos económicos, sus circunstancias familiares, así como la residencia en España.

¹ Este cambio en el criterio de cotización de los trabajadores autónomos se establece por Real Decreto-Ley (RDL) 13/2022, de 26 de julio, por el que se establece un nuevo sistema de cotización para los trabajadores por cuenta propia o autónomos y se mejora la protección por cese de actividad.

Con carácter general, el régimen jurídico del complemento por mínimos se contiene en el [artículo 59 de la Ley general de la Seguridad Social](#) (LGSS). Básicamente, se tiene derecho a él cuando los beneficiarios de pensiones contributivas no perciben rendimientos del trabajo, del capital, de actividades económicas, de régimen de atribución de rentas y ganancias patrimoniales, según el concepto establecido en el impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF), o que, percibiéndolos (excluidos los gastos deducibles según el mencionado impuesto), no excedan de la cuantía que anualmente establezca la correspondiente ley de presupuestos generales del Estado². En esos casos, tendrán derecho a percibir los complementos necesarios para alcanzar la cuantía mínima de las pensiones³, siempre que residan en territorio español. A este respecto, se entiende que el beneficiario tiene su residencia habitual en España aun cuando haya tenido estancias en el extranjero, siempre que estas no superen los 90 días naturales a lo largo de cada año natural, o cuando la ausencia del territorio español esté motivada por causas de enfermedad debidamente justificadas⁴.

Con respecto a la cuantía del complemento, cabe señalar que no puede superar la establecida en cada ejercicio para las pensiones no contributivas de jubilación e invalidez. Y, en el caso de que el pensionista tenga cónyuge a cargo, el importe de tales complementos tiene como límite el establecido cada año para la pensión no contributiva incrementado en un 70 %, para las unidades económicas en las que concurren dos beneficiarios con derecho a pensión ([art. 59.4 LGSS](#))⁵.

A todo ello, conviene adelantar de cara al comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 1007/2024 que, en la regulación del complemento por mínimos, no se contempla el origen de la contingencia de la que pudiera proceder la correspondiente pensión como circunstancia relevante de la que dependa el derecho al complemento o el importe del mismo. Es decir, a la vista de la normativa, básicamente la LGSS, resulta irrelevante que se trate de enfermedad común (EC) o accidente no laboral (ANL), de cara a causar derecho al complemento por mínimos. Obviamente, si eso es así, tampoco debería distinguirse, a los efectos de causar derecho al complemento por mínimos, su calificación como contingencia profesional o como contingencia común.

² Para el ejercicio 2025, los límites establecidos de ingresos para poder acceder al complemento por mínimos son de 9.193 euros al año cuando no exista cónyuge a cargo, y de 10.723 euros al año cuando exista cónyuge a cargo ([anexo I RDL 1/2025, de 28 de enero](#), por el que se aprueban medidas urgentes en materia económica, de transporte, de Seguridad Social, y para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad).

³ Las cuantías mínimas de las pensiones contributivas de la Seguridad Social establecidas para 2025 se contienen en el [anexo I del RDL 1/2025](#).

⁴ Con respecto al requisito de residencia a efectos de acceder o mantener el derecho al complemento por mínimos, puede consultarse el [artículo 51 de la LGSS](#).

⁵ Se trata de la normativa que establece el importe de las pensiones no contributivas cuando existen 2 o más beneficiarios que forman parte de una unidad económica de convivencia, como establece el [artículo 364.1 a\) de la LGSS](#).

El anterior recordatorio no es óbice para acometer el comentario de la [STS 1007/2024](#), que tiene por objeto, precisamente, un supuesto en el que se dilucida si el origen de una pensión de incapacidad permanente total (IPT) derivada de ANL en lugar de EC podría ser un impedimento de cara a percibir el complemento por mínimos.

2. Historia del supuesto concreto

Se presenta recurso de casación ante el Tribunal Supremo (TS) por el letrado del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) cuestionando el reconocimiento del derecho al complemento a mínimos de un beneficiario de IPT por derivar de ANL, para menores de 60 años con cónyuge a cargo, en lugar del supuesto previsto en el [artículo 196.2 de la LGSS](#), que deriva de EC.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña⁶ confirmó la sentencia de instancia que había estimado la demanda formulada por el beneficiario, condenando al INSS a abonarle el complemento por mínimos de la prestación de IPT derivada de ANL. La sala argumenta, después de transcribir el contenido de los artículos [59](#) y [139.2](#) de la LGSS, con cita de la [STS de 22 de noviembre de 2005 –rec. 5031/2004–](#), que, siendo la finalidad del complemento por mínimos la de garantizar al beneficiario unos ingresos mínimos para evitar así toda situación de pobreza, esta teleología es válida tanto si la contingencia común lo es por EC como si lo es por ANL. Sin embargo, el fiscal informa de que la doctrina correcta se encuentra en la sentencia referencial, pues si bien se trata en todo caso de contingencias comunes, existen diferencias en orden a causar derecho a la prestación solicitada, ya que los requisitos de acceso son distintos, porque el [artículo 196.2 de la LGSS](#)⁷ solo contempla el complemento respecto de la EC y no del ANL y mientras en este no se exige acreditar ningún tipo de cotización ([art. 165.4 LGSS](#)), en los supuestos de EC se requiere un periodo mínimo de cotización, siendo asimismo diferente el cálculo de la base reguladora, como prevé el [artículo 197 de la LGSS](#).

La entidad gestora eligió de contraste la STSJ de Andalucía/Granada de 6 de febrero de 2020 –rec. 1043/2019–, que confirmó la sentencia de instancia en la que se desestimó el derecho del actor a percibir complemento por mínimos de la prestación de IPT derivada de ANL. La sentencia mantenía que el [artículo 196.2 de la LGSS](#) solo se refiere al supuesto

⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Cataluña de 28 de mayo de 2021 (rec. 698/2021).

⁷ El [artículo 196.2 párrafo tercero de la LGSS](#) establece:

La cuantía de la pensión de incapacidad permanente total derivada de enfermedad común no podrá resultar inferior al importe mínimo fijado anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para la pensión de incapacidad permanente total derivada de enfermedad común de titulares menores de sesenta años con cónyuge no a cargo.

de la EC y aunque en ambos casos se trate de contingencias comunes, los requisitos de acceso son distintos, especialmente respecto a la cotización, que es una condición no exigida en caso de ANL. Y por eso, la sala entiende que no pueden extenderse los efectos de la norma más allá de su tenor literal.

En ambos casos a los trabajadores se les reconoce la prestación por IPT derivada de ANL, siendo su pretensión coincidente: solicitud del complemento por mínimos. En la sentencia recurrida la sala de suplicación declara el derecho del beneficiario a percibirlo porque considera que el [artículo 196.2 de la LGSS](#) engloba tanto supuestos de EC como de ANL, mientras que la sentencia de contraste alcanza la solución contraria por considerar, atendido el tenor literal del precepto, que no puede hacerse una interpretación extensiva del mismo, pues, aun cuando en los dos se trata de contingencias comunes, los requisitos de acceso, y en particular los de cotización, son diferentes. Por ello, se entiende superado el presupuesto de contradicción del [artículo 219 de la Ley reguladora de la jurisdicción social](#) al concurrir las identidades esenciales entre ambos supuestos.

Con base en tales razonamientos, denuncia el INSS que la sentencia infringe lo dispuesto en el [artículo 196.2 de la LGSS](#). Reseña también la dicción de su [artículo 59](#), y pone en relación ambos preceptos con lo dispuesto en el Real Decreto (RD) [1079/2017, de 29 de diciembre](#), en el [RDL 28/2018, de 28 de diciembre](#), y en el [RDL 8/2019, de 8 de marzo](#), que en su anexo 1 establecen una cuantía mínima de la pensión de IPT «derivada de enfermedad común menor de sesenta años». Colige de su interpretación que no cabe la inclusión ni la aplicación analógica en materia de mínimos en los supuestos de titulares de IPT menores de 60 años derivada de ANL por venir determinado en la norma exclusivamente para los supuestos derivados de EC.

3. Claves de la doctrina judicial

Partiendo de la normativa que afecta al supuesto concreto, el TS se fija en el [artículo 196.2 de la LGSS](#), así como en el [RD 1079/2017, de 29 de diciembre](#), sobre revalorización de pensiones de clases pasivas, de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2018, en cuyo anexo I, sobre cuantías de pensiones y prestaciones públicas aplicables en 2018, se disponían los complementos por mínimos en el supuesto de IPT derivada de EC menor de 60 años. De manera similar lo especificó el [RDL 28/2018, de 28 de diciembre](#), para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social laboral y de empleo, también en su anexo I, en ese caso para 2019: complementos por mínimos, IPT, derivada de EC menor de 60 años. Finalmente, el [RDL 8/2019, de 8 de marzo](#), de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo, destinaba su [artículo 3](#) –cuantías mínimas de las pensiones de IPT– a tal regulación, estableciendo que durante el año 2019 las cuantías mínimas de las pensiones de IPT derivada de EC para menores de 60 años del

sistema de la Seguridad Social, en su modalidad contributiva, quedan fijadas en los importes que señalaba, detallando precisamente el supuesto de IPT derivada de EC menor de 60 años. Y en su punto 2, que «La financiación de esta medida se realizará mediante una mayor transferencia del Estado a la Seguridad Social en el concepto de aportación del Estado para complementos a mínimos».

Una primera aproximación –señala el TS– a los textos legales transcritos desde su literalidad permitiría apreciar que en la fijación de tales complementos se parte de una situación de IPT derivada de EC, y no de ANL cuando el beneficiario sea menor de 60 años. Abundaría en esa tesis la consideración de otros preceptos que refieren las diferencias en los requisitos de acceso –cotización no exigible en el supuesto de ANL ([art. 195.1 LGSS](#))–, en el cálculo de bases reguladoras –[art. 7 Decreto 1646/1972, de 23 de junio](#), para la aplicación de la Ley 24/1972, de 21 de junio, en materia de prestaciones del régimen general de la Seguridad Social: «La base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente, derivadas de ANL, será el cociente que resulte de dividir por 28 la suma de las bases de cotización del interesado durante un período ininterrumpido de 24 meses, elegido por el beneficiario dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión»–, o prestaciones correlativas, en tanto que podrían abocar al entendimiento de que ese tratamiento especial y la ausencia de mención en aquel [artículo 196.2 de la LGSS](#) vedarían el acceso al complemento a mínimos cuando el origen de la contingencia hubiere sido un ANL.

Asimismo, el TS analiza el contenido del [artículo 59 de la LGSS](#), atinente a los complementos para pensiones inferiores a la mínima, infiriendo de la misma que el derecho a percibir los complementos necesarios para alcanzar la cuantía mínima de las pensiones, en las condiciones que se determinen, por quienes ostenten la condición de beneficiarios de pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social, que no perciban rendimientos del trabajo, del capital o de actividades económicas y ganancias patrimoniales, de acuerdo con el concepto establecido para dichas rentas en el IRPF, o que, percibiéndolos, no excedan de la cuantía que anualmente establezca la correspondiente ley de presupuestos generales del Estado. Y precisa que los correlativos textos presupuestarios contemplan igualmente la misma referencia a los pensionistas del sistema de la Seguridad Social, en su modalidad contributiva.

El TS señala a la vista del mencionado precepto, y quizá sea este el argumento de mayor peso, que no se contempla exclusión alguna de aquellos supuestos en los que se trata de titulares de IPT menores de 60 años derivada de ANL. La condición subjetiva se circunscribe a ser beneficiario de pensión contributiva del sistema.

Aprovecha el Alto Tribunal para recordar la naturaleza y el objeto de los complementos por mínimos. Entre otras muchas, en la [STS de 9 de febrero de 2024 \(rec. 4108/2020\)](#) plasmó la fundamentación contenida en la de [22 de abril de 2010 \(rec. 1726/2009\)](#):

a) el «complemento a mínimos» es el importe suplementario de las pensiones generadas por las cotizaciones de los interesados, a fin de alcanzar la «cuantía mínima» de las pensiones, no respondiendo al objetivo –propio de la prestación mejorada– de sustituir una renta, sino al asistencial de paliar una situación de necesidad; b) su reconocimiento no atiende a los parámetros de la pensión [alta, carencia, cotizaciones...], sino exclusivamente a la referida falta de ingresos económicos; c) la propia denominación –«complementos»– pone de manifiesto que no tienen sustantividad propia, sino la accesoria de acompañantes de la pensión que suplementan; d) conforme al art. 86.2.b) LGSS, tienen «naturaleza no contributiva» y su financiación habrá de hacerse con aportaciones del Estado al Presupuesto de la Seguridad Social [siquiera con la larga moratoria prevista por la DT Cuarta LGSS, tras la redacción de la Ley 24/2001, de 27/Diciembre]; e) existen innegables analogías con las previsiones establecidas para las pensiones no contributivas [fecha de extinción; obligación de comunicar variaciones sustanciales...]; y f) a diferencia de toda pensión en modalidad contributiva, la concurrencia de los requisitos no se exige en una exclusiva fecha [la del «hecho causante»], sino que han de acreditarse año tras año.

Por todo ello, la conclusión a la que llega el TS es la de que los «complementos a mínimos» son prestaciones de naturaleza eminentemente asistencial y complementaria de las pensiones contributivas, respecto de las que mantiene una clara autonomía (conceptual y jurídica), siquiera guarden con ella íntima conexión genética y funcional.

Con respecto a la finalidad de los complementos, la sala subrayaba lo que a este respecto declaró la [STS de 7 de febrero de 2023 \(rec. 2950/2019\)](#), con remisión a los antecedentes (SSTS de [22 de noviembre de 2005, rec. 5031/2004](#) y de [21 de marzo de 2006, rec. 5090/2004](#)):

En un estado definido constitucionalmente como social y democrático, tal complemento de prestación debe garantizar unos ingresos suficientes, por bajo de los cuales se está en situación legal de pobreza, a toda persona que dedicó su vida al trabajo, ocurrida la contingencia que lo separa de la actividad. Esta finalidad resulta evidente del texto [del artículo] 50 de la LGSS, cuando ordena computar a los efectos de alcanzar ese límite las cantidades percibidas como rentas del capital o del trabajo personal, supuestos en los que la norma se refiere a cantidades percibidas y no a cantidades devengadas [...] No se puede olvidar que el artículo 41 CE obliga a la Seguridad Social a garantizar la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad.

En idéntica situación de vulnerabilidad pueden encontrarse un beneficiario de una IPT derivada de EC que quien lo es de una IPT dimanante de un ANL. Ambos supuestos se incardinan en el mismo tronco común de contingencias comunes, como contrapuestas a las profesionales, y las particularidades en la cotización o en las bases reguladoras no alcan-

zan a excepcionar la regla establecida en aquel [artículo 59 de la LGSS](#). Regla que ninguna salvedad ni diferenciación integra desde el plano de las eventuales clases de contingencias comunes.

Tampoco la remisión operada en el transcrito [artículo 196.2 de la LGSS](#) al importe mínimo fijado anualmente en la ley de presupuestos generales del Estado –para la pensión de IPT derivada de EC de titulares menores de 60 años con cónyuge no a cargo– cabe interpretarla como la erradicación o una prohibición de acceso al complemento de la prestación cuando se trate de una pensión de IPT derivada de ANL, sino un simple reenvío en orden a fijar el límite y la cuantía de la pensión.

Concluye el TS afirmando que:

El beneficiario de una pensión contributiva (IPT) tendrá derecho a los complementos necesarios para alcanzar la cuantía mínima de la pensión, cuando reúne los requisitos de residencia, económicos y de incompatibilidad estatuidos en el art. 59 LGSS, sin que el origen de ANL de la contingencia de la que aquella dimana enerve la condición de beneficiario ni el derecho al complemento a mínimos.

4. Transcendencia de la doctrina establecida más allá del caso

Tiene todo el sentido el resultado de la [STS 1007/2024](#), por diversas razones. Una de ellas radica en que, tratándose de dos contingencias comunes (ANL y EC), si, como vemos, con carácter general, el legislador ha privilegiado la regulación del ANL respecto a la enfermedad, y esto se manifiesta, por un lado, en que no se exige periodo previo de cotización para causar derecho a la pensión de incapacidad permanente y, por otro, en que la determinación de la base reguladora también resulta generalmente más beneficiosa que si procede de EC, no tendría lógica que después de establecer unos requisitos más favorables para el beneficiario de IPT derivada de ANL, ya sea mayor o menor de 60 años de edad, se le cerraran las puertas al derecho del complemento por mínimos, cuando su situación de ingresos económicos y familiar fuera equivalente o incluso inferior a la derivada de EC.

Creo además que el matiz diferenciador entre los requisitos exigidos en las pensiones derivadas de EC y ANL, así como la forma de determinar el importe económico de cada una de ellas, como sucede en el caso de la [presente sentencia](#), es también irrelevante. Y ello, porque la normativa de cada pensión es independiente de la regulación del complemento por mínimos. Y si la normativa del complemento no alude al origen de la contingencia, no se debería presumir que solo se accede al complemento en caso de EC. Otra cosa es que el [artículo 196.2 de la LGSS](#) lo establezca específicamente en el caso de la EC, pero la realidad es que no se niega en ningún caso el acceso al complemento por mínimos derivado de ANL, ni en la normativa de la pensión de IPT ni en la regulación establecida para causar derecho al complemento por mínimos.

Poco más se puede añadir a las argumentaciones vertidas por la [STS 1007/2024](#). Si acaso, reforzar la idea de la irrelevancia acerca del origen de la contingencia, en el caso del derecho al complemento por mínimos, cuando se trata de la IPT de beneficiarios menores de 60 años, pese a que tanto el [artículo 196.2 de la LGSS](#) como los sucesivos anexos anuales que vienen actualizando las cuantías mínimas de las pensiones se ciñan a la contingencia de EC⁸. Por eso, creo que esta doctrina jurisprudencial es coherente con la irrelevancia del origen de la contingencia en cualquier otro grado de incapacidad permanente, y, obviamente también respecto a los complementos por mínimos de otras pensiones contributivas, como las de viudedad, orfandad o en favor de familiares. Porque lo que realmente importa, y ese es el objetivo del complemento por mínimos, como incremento económico asistencial, es el de atender a la situación objetiva de insuficiencia de recursos suficientes para llevar una vida digna.

En consecuencia, y a la vista de las anteriores reflexiones, considero coherente con la normativa vigente la resolución final de la [STS 1007/2024](#), que aclara con una adecuada interpretación teleológica la ampliación del derecho al complemento por mínimos de los beneficiarios de una IPT derivada de ANL que son menores de 60 años.

⁸ Se ha detectado otra incongruencia en la normativa, pues mientras en el [artículo 196.2 de la LGSS](#) se alude al derecho al complemento por mínimos en caso de EC de titulares menores de 60 años con cónyuge a cargo, sin embargo, esta última circunstancia familiar no aparece en los sucesivos anexos anuales que contienen las cuantías mínimas establecidas.

Cosas de casa que (algunos) «hombres-jueces» se empeñan en enseñar a las mujeres: ¿mansplaining para conciliar corresponsablemente?

A propósito de la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias/Las Palmas 359/2025, de 27 de febrero**

Cristóbal Molina Navarrete

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Jaén (España)

cmolina@ujaen.es | <https://orcid.org/0000-0001-8830-6941>

Extracto

El derecho a la adaptación del trabajo por razones de conciliación de la vida laboral y familiar ex artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores y ex artículo 9 de la Directiva 2019/1158, expresión, a su vez, de un principio jurídico más general, también ínsito en el derecho social de la Unión Europea, de adaptación del trabajo por razones de gestión flexible favorables a la persona, sigue generando importantes controversias en el seno de las empresas, judicializadas con gran frecuencia. Este comentario analiza críticamente una sentencia que, dictada por un tribunal solo de hombres, condiciona el juicio de ponderación entre las necesidades de conciliación y las organizativas empresariales al deber de repartir obligatoriamente entre la pareja sus obligaciones de cuidar, en clave de corresponsabilidad, con lo que un derecho individual muta en otro de la unidad familiar, invadiendo la vida privada de la trabajadora, protegida ex artículo 18 de la Constitución española en relación con el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Palabras clave: adaptación razonable; derechos de conciliación; corresponsabilidad; *mansplaining*; igualdad; no discriminación; perspectiva de género.

Recibido: 06-04-2025 / Aceptado: 08-04-2025 / Publicado (en avance): 24-04-2025

Cómo citar: Molina Navarrete, C. (2025). Cosas de casa que (algunos) «hombres jueces» se empeñan en enseñar a las mujeres: ¿mansplaining para conciliar responsablemente? A propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias/Las Palmas 359/2025, de 27 de febrero. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 486, 211-223. <https://doi.org/10.51302/rts.2025.24439>

Household matters that (some) 'male-judge' types insist on teaching women: Mansplaining for co-responsible conciliation?

Regarding the Ruling of the High Court of Justice of the Canary Islands/Las Palmas 359/2025, dated February 27th

Cristóbal Molina Navarrete

Professor of Labour and Social Security Law.

University of Jaén (Spain)

cmolina@ujaen.es | <https://orcid.org/0000-0001-8830-6941>

Abstract

The right to work adaptation for reasons of work-life balance under Article 34.8 of the Workers' Statute and Article 9 of Directive 2019/1158 is a concretization of the more general legal principle, also inherent in European Union social law, of work adaptation for reasons of flexible management favorable to the worker. Despite having a long tradition in Spanish law, this balancing act continues to generate significant controversies within companies, increasing judicial litigation. This commentary critically analyzes a judgment that such balancing conditions act between the needs of work-life balance and business organizational needs on the couple's obligation to share caregiving tasks, based on mandatory co-responsibility. Therefore, overstepping its bounds, the Court transforms an individual right into one of the family units, thereby also invading the worker's private life, protected under Article 18 of the Spanish Constitution in conjunction with Article 8 of the European Convention on Human Rights.

Keywords: reasonable work accommodation; conciliation rights; co-responsibility; mansplaining; equality; non-discrimination; gender perspective.

Received: 06-04-2025 / Accepted: 08-04-2025 / Published (preview): 24-04-2025

Citation: Molina Navarrete, C. (2025). Household matters that (some) 'male-judge' types insist on teaching women: Mansplaining for co-responsible conciliation? Regarding the Ruling of the High Court of Justice of the Canary Islands/Las Palmas 359/2025, dated February 27th. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 486, 211-223. <https://doi.org/10.51302/rtss.2025.24439>

Los hombres me explican cosas a mí y a otras mujeres, independientemente de que sepan o no de qué están hablando. Algunos hombres. [...]. Es la arrogancia [...] la que sumerge en el silencio a las mujeres [...]. Es la que nos educa en la inseguridad y en la autolimitación de la misma manera que ejercita el infundado exceso de confianza de los hombres.

«"Los hombres me explican cosas": del "mansplaining" al asesinato en nueve ensayos»
(presentación del libro de Rebecca Solnit: *Los hombres me explican cosas*, 2017)

1. Marco normativo multinivel: el principio-derecho de adaptación razonable del trabajo por razones de conciliación como garantía del derecho de la Unión

Expresión ya de un principio jurídico-social general, el relativo al derecho (para la persona) y deber (para las empresas) de adaptación razonable del trabajo a las razones sociales más imperiosas de la persona trabajadora (por ejemplo, [art. 52 a\) del Estatuto de los Trabajadores \[ET\]](#) en relación con el [art. 25 de la Ley de prevención de riesgos laborales](#) –Sentencia del Tribunal Supremo [\[STS\] 94/2025, de 4 de febrero](#)–; [art. 49.1 e\)](#) –futura letra n)– del ET en relación con el [art. 40.2 del Texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social](#) –Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea [\[STJUE\] de 18 de enero de 2024, asunto C-631/22, *Ca Na Negreta*](#), y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia [\[STSJ\] de Galicia 155/2025, de 15 de enero](#)–), según un paradigma nuevo de gestión de la diversidad en clave de flexibilidad bidireccional (no solo favor empresa, también pro o favor persona), el [artículo 34.8 del ET](#) gana presencia en el desarrollo diario del mundo del trabajo. De ahí que sea objeto de atención continuada, legislativa (por ejemplo, Real Decreto-Ley [\[RDL\] 5/2023, de 28 de junio](#)), judicial y doctrinalmente. Naturalmente, uno de los «costes» a pagar por tan elevada transcendencia es el de la incertidumbre y la conflictividad crecientes.

Justamente, las tribulaciones, audacias (por ejemplo, uso de la cláusula pasarela) y pendencias por las que atraviesa la transposición de la [Directiva \(UE\) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio](#), relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de progenitores y cuidadores (deroga la [Directiva 2010/18/UE del Consejo](#)), en parte superada internamente (por ejemplo, permiso de paternidad –solo 10 días en la norma comunitaria, 16 semanas en la española y con perspectivas de ampliación a 20 semanas conforme se anuncia legislativamente, sin que se pueda olvidar que serán 26 en el caso de ser el padre el que encabece, aunque sea menos frecuente, una familia monoparental–, –últimamente Sentencia del Tribunal Constitucional [STC] 57/2025, de 10 de marzo–), en parte pendiente (por ejemplo, retribución o cobertura prestacional social, al menos parcial, del permiso parental nuevo ex [art. 48 bis ET](#)), no concurren para el derecho a la adaptación razonable del trabajo por razones de conciliación ex [artículo 34.8 del ET](#). La previsión a tal fin en el artículo 9 (formas de trabajo flexible) de la [directiva](#) lleva tiempo en nuestro orden jurídico, aunque con diversos redactados, cuyas graves deficiencias originales han ido progresivamente corrigiéndose, mereciendo (si se prescinde de la faceta del conflicto de intereses que encierra principalmente, más que propiamente de pugna entre razones e intereses jurídicos, que lo haría más propio de un procedimiento de solución autónoma o extrajudicial que de un proceso judicial ex [art. 139 de la Ley reguladora de la jurisdicción social](#) –LRJS–) una valoración relativamente positiva. Así sucedería, primero, por el [RDL 6/2019, de 1 de marzo](#) (medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato entre mujeres y hombres en el empleo) y por el citado [RDL 5/2023](#).

A diferencia de lo que está sucediendo con la cuestión de los permisos relativos a la conciliación de la vida laboral y familiar, que han conocido posteriores reformas después de este último real decreto-ley (por ejemplo, [RDL 2/2024, de 21 de mayo](#)), ofreciendo una imagen tan innovadora como incierta y abigarrada de esta materia (sobre todo del [art. 37 ET](#) –objeto de numerosas sentencias dictadas en conflicto colectivo; por ejemplo, [Sentencia de la Audiencia Nacional 15/2025, de 31 de enero](#): si el sujeto causante de los permisos ex [art. 37.3 b\) del ET](#) es un familiar, no cabe exigir a la persona trabajadora probar convivencia, sí en caso de no ser familiar, incidiendo en la perspectiva de género; o la [STS 191/2025, de 12 de marzo](#)–), el [artículo 34.8 del ET](#) se mantiene en lo sustancial con el mismo contenido que antes de estos cambios. En esencia, el derecho a la adaptación razonable se concretaría, [como propuse ya en 2007](#), mediante su –debido– análisis con «mirada de mujer», en la obligación de la empresa de abrir un proceso de negociación de buena fe sobre la propuesta realizada por la persona trabajadora para atender sus «necesidades de conciliación», sin perjudicar al tiempo, desproporcionadamente, las «necesidades organizativas o productivas» de la empresa. Ciertamente, ahora este procedimiento negocial no puede ser superior a 15 días (antes de la última reforma era de 30 días) y las razones de conciliación (trabajo o carga de cuidar) se han ampliado (antes solo para la atención a hijos/as menores de 12 años, ahora también para mayores de esa edad, así como para otras personas dependientes que convivan con la persona trabajadora).

Que la clave de bóveda de todo el derecho de adaptación razonable no residiría en modo alguno en la atribución de un derecho subjetivo incondicionado a una unilateral novación por razones de conciliación, sino en una negociación de buena fe a tal fin, viene refrendado por la exigencia legal a la empresa de realizar contrapropuestas, esto es, el deber de realizar propuestas alternativas que posibiliten, sin dificultar, las necesidades de conciliación de la persona trabajadora. Debiendo, en todo caso, justificar de manera suficiente, incluso reforzada (STC 3/2007, de 15 de enero) la decisión empresarial tomada (sea la propuesta alternativa, sea la negativa a aceptar la solicitada por suponer una carga organizativa desproporcionada). Paradójicamente, a mi juicio, mientras que el artículo 37.6 del ET, tras la reforma de 2023, sí prevé la obligación empresarial de ofrecer un plan alternativo cuando haya varias personas trabajadoras en una empresa que disfruten de una reducción de jornada (o –la nociva, en clave de género– excedencia por el cuidado de hijos/as), no sucede lo mismo cuando esta misma situación se produzca respecto de varias personas trabajadoras de una misma empresa que gocen de jornadas adaptadas por razones de conciliación ex artículo 34.8 del ET.

No obstante, y si bien es conocida la rigidez formalista (absolutamente injustificada en clave constitucional e injustificable en clave comunitaria) de la jurisprudencia (por ejemplo, la STS 983/2023, de 21 de noviembre, rechaza un ejercicio del derecho a cambiar de turno si no se sigue la vía adaptativa del art. 34.8, sino la vía de la reducción de jornada ex art. 37 ET), entiendo que cabría considerar esta regla de los planes alternativos para facilitar el disfrute de todas las personas, sin que se genere un conflicto de suma cero entre unas y otras. Conviene recordar –lo hará, como veremos, la sentencia comentada aquí– que el derecho a ejercer efectivamente el derecho subjetivo a la conciliación interactúa no solo con la libertad de empresa ex artículo 38 del ET, sino con derechos de terceras personas, como otras compañeras y compañeros, que también merecen ser ponderados a la hora de delimitar el alcance de aquel mediante el pretendido acuerdo conciliatorio, de buena fe y ajeno a todo uso irrazonable. Un imperativo de «justo equilibrio» o de proporcionalidad que, en última instancia, no es sino una concreción *ius social* del principio civil de inexigibilidad de las obligaciones de imposible o muy gravoso (oneroso) cumplimiento.

También sorprendentemente, a diferencia de lo previsto en el ámbito del modelo de conciliación basado en la reducción de jornada, que sí explicita la necesidad de que todo el régimen aplicativo se fundamente en la promoción de la corresponsabilidad (por ejemplo, art. 37.6 ET), el artículo 34.8 del ET no lo explicita, más allá, lógicamente, de reconocer un derecho individual, por tanto, de titularidad indistinta para el padre y la madre (progenitores). Ni que decir tiene que este derecho de adaptación razonable conciliatoria está edificado, al igual que el resto de los derechos y garantías de conciliación, sobre el imperativo de la corresponsabilidad, como refleja la exposición de motivos del RDL 5/2023. Aunque no se refleja expresamente tampoco en la directiva, esta presupone la configuración de todas sus medidas con perspectiva de corresponsabilidad, inherente al canon de género, pues, de otro modo, tales derechos perpetuarían los tóxicos estereotipos de distribución sexista de los tiempos de trabajo, productivo (mercado) y reproductivo (cuidados).

En suma, el diseño y aplicación del derecho de adaptación flexible razonable ex [artículo 34.8 del ET](#) solo puede ser corresponsablemente, si quiere ser efectivo, facilitando que las mujeres conserven su empleo íntegramente, sin reducciones (de jornada y salario) ni otros perjuicios en la carrera profesional (y de seguro social), que fomentan derechos de ausencia parcial en vez de derechos de presencia plena, al tiempo que alientan que los hombres también tengan presencia importante en el trabajo de cuidar, corrigiendo progresivamente sus ausencias a tal fin. La perspectiva de género es aquí evidente, pese a no ser ni explicitada siempre ni bien entendida por la jurisprudencia en este ámbito. Otra cosa muy diferente es, sin embargo, utilizar la necesidad de corresponsabilidad en título habilitante para que la decisión judicial conciliatoria mute el derecho de individual en dual o de pareja y la conveniencia de la corresponsabilidad en obligación impuesta a cada pareja por el tribunal, por encima del modelo de autodeterminación razonable del derecho de adaptación por razones de conciliación de la vida laboral y familiar, con clara injerencia, además, en los derechos de protección de la vida privada (art. 8 [Convenio Europeo de Derechos Humanos](#) –CEDH–) y de datos personales ([art. 18.4 Constitución española](#) –CE–).

2. Relato de hechos: las circunstancias fácticas para fijar la norma del caso

El caso afecta a una trabajadora que presta servicios profesionales como reponedora de una conocida cadena canaria de supermercados (Dinosol), ubicada en Ingenio, con la siguiente jornada: de lunes a domingo de 04:30 a 12:50, con libranza los viernes y domingos. El 14 de junio de 2024 solicita el cambio para atender al cuidado de sus dos hijos menores de edad (8 y 2 años), pasando a prestar servicios de lunes a viernes, de 07:00 a 15:00 horas. Se esgrimía el [artículo 34.8 del ET](#) y se razonaba que no podía contar ni con la ayuda de sus padres ni con los de su pareja durante la ausencia, porque tienen sus propias obligaciones laborales.

El 5 de agosto de 2024 la empresa responde con una contrapropuesta alternativa:

- Una jornada laboral completa, en turno nocturno de 04:00 a 12:20 horas y las libranzas semanales de 48 horas.
- Jornada completa, como ayudante de dependienta-caja de 08:00 a 16:20 horas, excepto 4 tardes al mes en función de las necesidades organizativas y con las libranzas semanales de 48 horas.
- Jornada laboral a 20 horas, en el turno fijo de mañana, en una vacante de las tiendas que pudieran estar disponibles.

En el centro de trabajo hay:

- 8 cajas y 9 cajeros/as. 2 de las personas de caja tienen horario fijo de mañana por conciliación de la vida familiar, las 7 restantes tienen turno rotatorio de mañana y de tarde.
- 5 personas reponedoras, todas con horario de madrugada.

El «otro progenitor» (conocido como el padre) de los menores tiene horario de lunes a viernes de 05:30 horas (de la madrugada) a 13:30 horas (del mediodía).

La trabajadora no considera adecuada la propuesta empresarial y presenta demanda judicial, correspondiéndole al Juzgado de lo Social n.º 10 de Las Palmas (al frente del cual está un juez). La sentencia de instancia social desestima la pretensión, tras analizar los horarios y disponibilidad de ambos progenitores, porque considera que un turno de mañana de 08:00 a 16:20 horas, de lunes a domingo, con la realización de 4 tardes al mes según necesidades organizativas y con libranzas semanales de 48 horas ofrece a la trabajadora la posibilidad de conciliar su vida laboral y familiar de manera efectiva. Máxime dado que el padre tiene un horario de 5:30 a 13:30 horas, pues la madre puede llevar a los niños al colegio de mañana y el padre recogerlos y atenderlos de tarde, al tiempo que la madre puede coparticipar en las actividades vespertinas al finalizar su jornada laboral (16:30), salvo las 4 tardes al mes en que tendría que trabajar. La petición de libranza en fines de semana no se justifica porque el padre no trabaja, por lo que en tales periodos el otro progenitor puede atenderlos, haciéndose efectivo así un modelo de conciliación auténtica corresponsable.

Disconforme con esta sentencia, la defensa de la trabajadora presenta un recurso de suplicación. En este se argumenta que se ha acreditado la necesidad de conciliación, pues convive con dos menores que, fuera de su horario escolar, precisan un cuidado que, de no adaptarse de otro modo la jornada laboral, no podría atenderse sin contar con la ayuda de una tercera persona. Tercera persona que no puede ser ni el padre ni los abuelos, pues trabajan también y, en todo caso, las circunstancias profesionales y las personales del padre no serían relevantes al fin de aplicar el [artículo 34.8 del ET](#).

El pretendido exceso de personal en el turno de mañana no sería causa organizativa suficiente que haga imposible o muy gravosa la pretensión de la trabajadora, siendo preciso expresar las razones concretas por las que en atención al volumen del personal de la empresa, las características del servicio que presta, la afluencia de clientes en determinadas franjas u otras circunstancias acrediten un perjuicio empresarial desproporcionado.

3. Claves de la doctrina judicial de suplicación: el juicio de conciliación debe incluir el margen de disponibilidad del «otro progenitor» (el padre)

La sala (compuesta en el caso por 3 hombres-magistrados) desestimará el recurso. Asumiendo el juicio ponderativo realizado por la sentencia del hombre-juez de instancia social, considera la adaptación solicitada irrazonable. En apretada síntesis, dos serían los planos de razonamiento de la sala canaria para alcanzar esta conclusión. El primero más general, a modo de presupuestos generales que deben inspirar el juicio de ponderación exigido [ex artículo 34.8 del ET](#); el segundo más concreto, vinculado al caso. En el plano general, la sala asume, teóricamente, la prevalencia del derecho social de la persona trabajadora frente a los intereses económico-empresariales en el debido juicio ponderativo entre ambos, debiendo las empresas aportar razones de índole organizativa reforzadas para vencer esa prioridad. Ahora bien, el ejercicio de este derecho también es sometido a una condición especial, y particularmente intensa, dada la magnitud de la pretensión de quien exige novar su jornada en contra de las facultades organizativas de la empresa.

Esta condición la sala canaria la extrae (más bien crea) a partir del límite general de la buena fe ([art. 7 Código Civil –CC–](#)) y se concreta en una suerte de deber de diligencia informativa cualificada de la buena trabajadora conciliadora, en virtud del cual se obliga a comunicar (garantía de transparencia integral –también personal–) toda información relevante para

[...] la identificación del derecho, la graduación de su preferencia y su reconocimiento y efectividad frente a la organización empresarial, entre otra, la relativa a la condición de madre, padre y la relación de cuidados cuya satisfacción se pretende [...] en particular aquellas que configuraran un mejor derecho frente a hipotéticos afectados [...]. Información que se ha de extender no solo a las circunstancias personales o familiares de la persona solicitante, sino también a las del otro progenitor en lógico intento de alcanzar un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares, la corresponsabilidad.

Así se desprendería del marco normativo multinivel, donde la corresponsabilidad es el pilar principal en torno al que se construye hoy, y de la doctrina constitucional (SSTC [26/2011, de 14 de marzo](#), y [119/2021, de 31 de mayo](#)). En consecuencia, en este conflicto de derechos, su judicialización exige componer una solución de justo equilibrio. A tal fin, de un lado, la empresa debe probar las dificultades organizativas que su reconocimiento puede causar a la empresa (prueba del perjuicio organizativo o/y económico excesivo). De otro, a la persona trabajadora le corresponderá probar la necesidad real del cambio propuesto, atendiendo no solo a sus circunstancias sociolaborales, también a las de su pareja. Invoca la [STS 310/2023, de 26 de abril](#), según la cual (FJ Cuarto): «[...] de conformidad con la jurisprudencia constitucional, han de ponderarse las circunstancias personales y familiares, así como la situación laboral del otro progenitor».

En el plano del juicio ponderativo concreto para crear la norma del caso conocido y resuelto en suplicación, la sala (de 3 hombres-magistrados) canaria diseña un modelo diferente de conciliación al propuesto por la trabajadora, que considera más razonable, en línea con lo afirmado por la sentencia (del juez) de instancia: si en vez de atender solo a la situación sociolaboral de la trabajadora demandante se atendiera a la de ambos, no habría problema para conciliar corresponsablemente, porque las ausencias de la madre cubren las presencias del padre. De este modo, «la necesidad se encontraría colmada y el interés de los menores protegido».

En cambio, el modelo de conciliación propuesto por la trabajadora implicaría:

[...] un desequilibrio significativo en la organización de los turnos. Se produciría un incremento del número de cajeros con turno fijo de mañana que pasaría a ser tres, pues dos de ellos disfrutaban de un turno fijo de mañana por necesidades de conciliación, con lo cual los siete cajeros restantes tendrían que hacer una mayor rotación en el turno de tarde para cubrir los 9 cajeros del centro de trabajo [...].

En suma, para esta doctrina de la sala de suplicación social canaria:

- 1) Ni existiría una necesidad razonable de conciliación de la vida laboral y familiar de la trabajadora, porque la nueva jornada ofertada alternativamente por parte de la empresa satisface sus necesidades familiares, si se tiene en cuenta también la situación sociolaboral de su pareja.
- 2) Ni sería proporcionada la dificultad organizativa para la empresa que crearía de seguirse la nueva jornada y el nuevo horario (el ansiado turno fijo de mañana de lunes a viernes) propuesto por la trabajadora, pues se haría más difícil organizar el turno de tarde.

4. Transcendencia más allá del caso: razones críticas de una doctrina perniciosa para el derecho de las mujeres a la adaptación razonable

Pese a que la sala sigue el método de la «norma del caso concreto», apelando a un juicio de ponderación conciliatoria supuesto a supuesto, de modo que la solución de uno no prejuzgue la de otros, la realidad es que busca lanzar un «mensaje a navegantes» más general: la razonabilidad de las propuestas de adaptación de jornada-horario por razones de conciliación debe evaluarse atendiendo a un reparto insustituible del trabajo de cuidar entre la madre y el padre. De hecho, previas decisiones a la aquí comentada (por ejemplo, [STSJ de Canarias/Las Palmas de 24 de abril de 2024, rec. 1561/2023](#) –con un bien fundado voto particular de su, hoy, presidenta–) y otras posteriores (por ejemplo, [STSJ de Canarias/Las](#)

[Palmas 600/2025, de 11 de abril](#) –en este caso la persona peticionaria es el padre, y también cuenta con el voto particular de la presidenta– alcanzan el mismo resultado desestimatorio de la adaptación pretendida. A tal fin, quienes soliciten tal derecho, normalmente aún las mujeres, tendrían un especial deber de transparencia, trasunto de la buena fe, de cómo se organizan en el seno de la pareja para trabajar y cuidar, para que el tribunal pueda decidir si realmente hay corresponsabilidad o no, imponiéndola en caso contrario, so pena de rechazar, de no aceptarse el modelo diseñado judicialmente (a menudo por tribunales compuestos por hombres, única o mayoritariamente), la razonabilidad de la propuesta realizada, mayoritariamente por mujeres.

Pues bien, así entendida, mi juicio no puede ser sino muy crítico con esta doctrina judicial, que entiendo no se ajusta ni al derecho legislado multinivel que rige esta cuestión ni tampoco, pese a lo que afirma, a la jurisprudencia constitucional al respecto, mucho más difusa y equívoca de lo que dicen la sala canaria e incluso la Sala IV del Tribunal Supremo.

De forma relativamente sucinta, las razones jurídicas sobre las que debe construirse, en mi opinión, la crítica de esta doctrina judicial, merecedora de revocación casacional o, en su caso, constitucional, incluso por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y/o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, son las siguientes:

1) La falacia de que la doctrina constitucional es inequívoca en la exigencia de un juicio de ponderación de las necesidades de conciliación y de las organizativas que condicionen la razonabilidad a un reparto obligatorio de tareas en la pareja.

Un primer argumento sorprendente de la doctrina mayoritaria –de momento– de la sala canaria es su afirmación de estar actuando por imperativo constitucional, de manera que no habría modo razonable alguno de asumir una posición distinta, aunque quisieran, porque ello sería «contradecir postulados constitucionales sin soporte argumentativo para ello» (FJ 2). El argumento no puede producir mayor perplejidad, a mi juicio, porque es completamente falaz. Una primera prueba de ello es que otros tribunales superiores, ante la misma cuestión, rechazan que la razonabilidad de una adaptación de jornada por razones de conciliación, tratándose de un derecho individual, aún no absoluto, pase de forma necesaria por contemplar un reparto obligatorio de las tareas de cuidar con el otro progenitor (el padre, normalmente), salvo que ambos trabajen en la misma empresa.

Sería el caso de la sala social gallega (por ejemplo, [STSJ de Galicia 4497/2020, de 6 de noviembre](#), con fallo revocatorio de la sentencia de instancia –cierto que en el marco del [art. 37.6 ET](#), derecho de adaptación conciliadora parcialmente diverso al [art. 34.8 ET](#)– y [STSJ de Galicia 1941/2023, de 17 de abril](#) –en este caso por la vía del [art. 34.8 ET](#), si bien hay concurrencia igualmente de reducción de jornada de la trabajadora–). También de la [STSJ de Madrid 950/2020, de 17 de diciembre](#), aunque fue revocada por la –muy crítica– [STS 1095/2024, de 12 de septiembre](#), si bien, en este caso, la revocación no se debió

a este aspecto, pues el Tribunal Supremo asumió la doctrina de suplicación social de la necesidad de conciliar y la corrección de la sentencia de suplicación en este punto, si bien consideró que la empresa sí hizo un esfuerzo razonable de acreditación de las dificultades organizativas, por lo que no habría vulneración de la legalidad constitucional (derecho a la no discriminación), sino tan solo de la legalidad ordinaria (arts. 34.8 ET y 139 LRJS), por lo que no procedía indemnización adicional ex artículo 183 de la LRJS.

Una segunda prueba de la, cuando menos, mayor equivocidad en este aspecto de la doctrina constitucional de la señalada por la mayoría de la sala canaria es no solo que se excluye referencia alguna a un eventual «juicio de corresponsabilidad obligatoria» en la STC 3/2017, de 15 de marzo, sino que se descarta expresamente en el Auto del Tribunal Constitucional (ATC) 1/2009, de 12 de enero, que viene a completar, en fase de ejecución, lo afirmado en aquella. Así:

En relación con la distribución de la carga probatoria es de señalar que valorar las circunstancias concurrentes desde la perspectiva de la trabajadora no implica que esta tenga que aportar prueba alguna referida a eventuales circunstancias específicas dentro de su esfera íntima, personal o familiar, que puedan justificar una forma determinada de proceder a la reducción de su jornada. Tal perspectiva de análisis es, por lo pronto, ajena a la regulación legal de la institución y, desde luego, a lo resuelto en nuestra Sentencia (FJ Sexto, párr. 4.º).

Más explícita esta exclusión, imposible. Tampoco se recoge en la STC 24/2011, de 14 de marzo, que remite a la doctrina de la STC 3/2007, si bien llega a resultado contrario por entender que no concurren las mismas circunstancias. Sí está, en cambio, en la STC 26/2011, de 14 de marzo (FJ 6), en virtud de la cual:

En relación con las circunstancias familiares [...] resultaba necesario tener en cuenta el número de hijos del recurrente, su edad y situación escolar, en su caso, así como la situación laboral de su cónyuge [...] Asimismo, era necesario valorar si la organización del trabajo mediante turnos [...] permitía alteraciones [...] sin poner el funcionamiento [...] en dificultades organizativas lo suficientemente importantes como para excluir[las].

Finalmente, como he reseñado en un artículo reciente en esta revista, la STC 153/2021 no tiene por objeto una denegación de reducción de jornada, pues ya estaba concedida, pero será considerada perjudicial por la trabajadora, descartando el perjuicio el TC sobre la base de una visión restrictiva del perjuicio de género, y la STC 119/2021, de 31 de mayo, estima el amparo de la trabajadora. Y, cierto, aunque incluye «la situación laboral del padre» (FJ 4), pone énfasis en otros, como la no disponibilidad de servicios públicos de guardería los fines de semana, hasta el punto de reprobar al órgano judicial la falta de valoración de todos en la exigible dimensión constitucional prevalente.

2) La prueba de corresponsabilidad obligada contradice el derecho legislado multinivel, porque muta un derecho individual en otro de titularidad compartida por la unidad familiar y añade una carga probatoria que no se contempla ni en el artículo 34.8 del ET ni en el artículo 9 de la [directiva](#) ni en el deber de buena fe ex [artículo 7 del CC](#).

Justamente, la [STC 3/2007](#) y su complementario [ATC 1/2009](#) (que tanto el Tribunal Supremo como los tribunales superiores de justicia silencian), recuerda que la ponderación constitucional no debe significar ir más allá de lo requerido por la ley, sino, al contrario, flexibilizar lo exigido legalmente para garantizar la prevalencia de los intereses constitucionales en juego (igualdad, infancia, etc.). En esta clave, tanto la norma estatal como la comunitaria configuran el derecho de adaptación razonable por razones de conciliación de titularidad individual, no de la unidad familiar o de pareja, sin que tampoco aparezca una carga adicional probatoria de transparencia del modo de organización de la vida en pareja a efectos del cuidado *ex bona fide*, porque este límite solo juega aquí en su dimensión subjetiva (que la propuesta no resulte abusiva o de mala fe –descartado por la propia sala social canaria–); no puede desplegarse en su faceta objetiva o integradora de deberes de protección a favor de las razones de la empresa. En este caso, la interpretación crearía un obstáculo, en vez de remover los eventuales legales y *de facto*, al derecho carente de toda razonabilidad ex [artículo 14](#) en relación con los artículos [9.2](#) y [10](#) de la CE, también en perspectiva de género.

Conviene tener en cuenta, al respecto, que la sala canaria prescinde de valorar que se trata de 2 niños muy pequeños y de la existencia o no de aulas de acogida a las 8 de la mañana, lo que resultaría determinante. En cambio, prescinde de exigir un plus de prueba respecto del eventual perjuicio para la empresa de la propuesta más allá de las dificultades organizativas, inherentes, por definición, y de su impacto en otras personas de la plantilla. Pero el derecho es individual y tutela, como garantía de derechos de máximo rango (derechos fundamentales), una decisión de autoorganización de la mujer en interés propio y de los menores a cuidar, sin integrar la protección de intereses ajenos.

3) La inclusión de pruebas relativas al modo de funcionamiento de la vida privada constituye una injerencia injustificada ex artículo 8 del [CEDH](#) y [artículo 18 de la CE](#).

También en línea con el [ATC 1/2009](#) (corolario imprescindible de la [STC 3/2007](#)) hay que poner de relieve que los datos relativos a la organización de vida familiar chocan de raíz con el derecho a la vida privada ex artículo 8 del [CEDH](#) en relación con el [artículo 18 de la CE](#). Por lo tanto, traerlos de forma reforzada al debate procesal y su condicionalidad estricta para decidir la existencia o no de una necesidad de conciliación puede suponer una injerencia indebida en este ámbito de derechos fundamentales, agravándose el impacto derivado para la igualdad de trato.

No podemos ir más allá en el análisis de esta interesante, aunque a mi juicio errada, doctrina judicial, uno de los temas fascinantes para la comprensión de nuevos modelos o paradigmas, y sus resistencias, de las relaciones de trabajo en nuestro tiempo en clave de

gestión del conflicto trabajo-familia (en que su dimensión laboral estricta, dejando de lado su dimensión de salud psicosocial, hoy especialmente oportuna en el trigésimo aniversario de la Ley de prevención de riesgos laborales). Tan solo nos queda recordar que, aun siendo loable el intento de la sala de favorecer la corresponsabilidad, el modo en que se lleva a cabo resulta no solo contrario a la ley y al derecho, sino contraproducente para el objetivo buscado. La negativa a la pretensión de la trabajadora, primando las razones organizativas aportadas por la empresa, sobre la base de dificultades organizativas, no de imposibilidad o de una significativa onerosidad, como es exigible constitucionalmente, lejos de abonar la mejor corresponsabilidad creará un factor de presión más en la trabajadora. Esta, con una alta probabilidad, se verá forzada bien a hacer un *break* (parada) en su trabajo para conciliar, atendidos los persistentes estereotipos de género en este ámbito, bien a la reducción de jornada, mutando la voluntad legal, constitucional y europea de reforzar los derechos de presencia plena de la trabajadora en el trabajo, compatibilizándolo con la actividad de mercado, en derechos de ausencia, perpetuando las deficiencias al respecto que, paradójicamente, se dice querer corregir.

Y, todo ello, a menudo, a través de decisiones judiciales en las que, como la glosada, son los hombres-magistrados, con escasa práctica conciliadora –como el resto de los varones–, los que enseñan cómo las mujeres, que llevan siglos obligadas a conciliar, deben organizarse «mejor» a tales fines. Siempre con el debido respeto y la admiración debida al fundamental trabajo de la sala de juzgar, es difícil en este caso, y en otros, dejar de traer a colación la visión de la autora (Rebecca Solnit) con la que se abrió esta glosa y su crítica denominada con el neologismo «*mansplaining*». Con él se da nombre a una extendida práctica masculina de querer enseñar a las mujeres cosas de las que, por múltiples razones, ellas saben mucho más, con el resultado, claramente estigmatizante, de infravalorar las opiniones, propuestas y demandas de las mujeres, desplazadas por el mayor valor «auto-reconocido» a las de los hombres. De ahí, la proliferación de decisiones de impronta paternalista, pretendidamente corresponsable, que ahondan, en cambio, la inequidad de género.

De la escuela al foro: ¿sigue vivo el legado del graduado social?

La visión anticipada del derecho del trabajo de José Gascón y Marín

José Blas Fernández Sánchez

Presidente del Consejo Andaluz de Colegios Oficiales de Graduados Sociales.

Presidente del Colegio Oficial de Graduados Sociales de Cádiz y Ceuta.

Presidente de Honor del Consejo General de Graduados Sociales de España

blas.fernandez@joseblasfernandez.com

En el año en que se conmemora el centenario de la creación de las escuelas sociales y, por ende, del nacimiento de la profesión de graduado/a social, este espacio se abre al análisis, la reflexión crítica y el diálogo constructivo sobre el papel de este colectivo en la configuración del derecho del trabajo y de la seguridad social.

Desde su origen en 1925, esta figura profesional ha sido clave en la defensa de la justicia social, actuando como puente entre el mundo jurídico y la realidad laboral. Hoy, un siglo después, nos preguntamos cómo se proyecta ese legado en los nuevos escenarios del trabajo y qué desafíos afronta como profesión en un contexto de transformación económica, tecnológica y normativa.

En este contexto, hemos tenido el privilegio de acceder a documentos históricos que nos conectan con los orígenes doctrinales y formativos de nuestra profesión. Entre ellos, destaca la lección inaugural del curso 1950-51 de la Escuela Social de Madrid, pronunciada por el profesor José Gascón y Marín, bajo el título «La evolución del derecho del trabajo».

Se trata de una intervención de extraordinario valor, tanto por la claridad de su análisis como por la visión anticipada que ofrece sobre el futuro del derecho del trabajo y su papel central en la justicia social. A lo largo de su intervención, Gascón traza una línea evolutiva que nos ayuda a comprender no solo el marco jurídico de su tiempo, sino también los desafíos que siguen siendo actuales en pleno siglo XXI.

De la policía industrial a la construcción del derecho social

El profesor comienza recordando cómo las primeras regulaciones laborales nacen como normas de «policía industrial», dirigidas más al control del funcionamiento de las fábricas que a la protección efectiva de los trabajadores. Sin embargo, estas normas acabarían dando paso a una rama autónoma del derecho: el derecho del trabajo, concebido ya no como apéndice del derecho civil o administrativo, sino como un cuerpo normativo con identidad propia, con una función eminentemente social.

Una expansión en dos direcciones: geográfica y sustantiva

Uno de los grandes aciertos del análisis de Gascón reside en señalar que entre 1900 y 1950 el derecho del trabajo se expandió en dos direcciones: en extensión territorial –países que antes carecían de normativa laboral comenzaron a desarrollarla– y en intensidad jurídica, incorporando no solo la regulación del contrato de trabajo, sino también políticas públicas, sistemas de previsión social y derechos colectivos.

Esa doble evolución ha sido, sin duda, uno de los pilares sobre los que se ha levantado la labor de los graduados sociales, que desde su origen hemos sido intermediarios entre el ordenamiento jurídico y la realidad social de los trabajadores y empresarios.

Coordinación, no subordinación

Gascón, con aguda sensibilidad social, plantea una cuestión esencial: ¿seguimos regulando desde la subordinación o caminamos hacia una coordinación entre las partes del proceso productivo? El derecho del trabajo ya no puede entenderse como un sistema tutelar centrado únicamente en la debilidad del trabajador, sino como un marco de relaciones equilibradas en el seno de la empresa y la sociedad. Una afirmación que anticipa debates tan actuales como la gobernanza participativa o la codeterminación.

La dimensión internacional del derecho del trabajo

Otro de los aspectos más visionarios de su intervención es la atención que presta al papel de las instituciones internacionales, en particular a la [Organización Internacional del Trabajo](#) (OIT) y a su origen en la parte XIII del Tratado de Versalles. La [Declaración de Filadelfia \(1944\)](#) marcaría, según Gascón, un antes y un después: ya no se trata solo de regular jornadas y salarios, sino de fomentar el pleno empleo, la dignidad en el trabajo y el desarrollo integral de la persona.

El debate de fondo: ¿es anticapitalista el derecho del trabajo?

Una reflexión especialmente interesante que lanza Gascón es si el derecho del trabajo puede considerarse una legislación anticapitalista. Su respuesta es clara: no se trata de atacar el capital como factor de producción, sino de corregir los desequilibrios del sistema capitalista. Distingue con precisión entre capital y capitalismo, y defiende un derecho que coordine, no que confronte. Una idea perfectamente alineada con la doctrina social de la Iglesia y con las bases morales que inspiraron el Fuero del Trabajo en la época franquista.

Nuevos sujetos, nuevos escenarios

En su análisis, el profesor Gascón también se detiene en la evolución subjetiva del derecho del trabajo. El trabajador ya no es solo el obrero manual de la fábrica: el empleado intelectual, el técnico, el autónomo, el trabajador a domicilio o el personal administrativo entran progresivamente en el ámbito de protección jurídica. Esta ampliación, que hoy damos por sentada, fue una conquista progresiva que aún seguimos perfeccionando desde la profesión.

La sindicalización y los convenios colectivos

El tratamiento que realiza Gascón sobre el sindicalismo y los convenios colectivos es de una lucidez admirable. Describe la transición desde el contrato individual a la concertación colectiva, anticipando las dificultades que surgirían al otorgar fuerza de ley a convenios firmados entre partes no siempre representativas de la totalidad. Y defiende, con firmeza, la necesidad de que el Estado regule sin negar la libertad de asociación, pero sí garantizando su ejercicio ordenado y responsable.

La consolidación de la jurisdicción laboral

En otro pasaje de su intervención, Gascón se detiene en la evolución de la jurisdicción laboral, desde los jueces ordinarios hasta la creación de la Magistratura de Trabajo y la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Destaca que esta jurisdicción no puede aplicarse con el mismo rigor formalista que el derecho civil o mercantil, pues su misión protectora exige una interpretación favorable al trabajador. Una afirmación que compartimos desde los colegios de graduados sociales, firmes defensores de una justicia laboral especializada, cercana y garantista.

Seguridad Social: de la beneficencia al derecho

Uno de los puntos más brillantes de la ponencia es su explicación del tránsito «de la beneficencia al derecho». La previsión social, antaño concebida como un gesto caritativo, pasa a ser un derecho subjetivo exigible, sostenido por un sistema de seguros públicos obligatorios y universales. Cita expresamente el modelo de Beveridge y anticipa con claridad lo que hoy conocemos como Seguridad Social.

Un legado de vigencia permanente

A más de siete décadas de aquella intervención, las palabras del profesor Gascón y Marín conservan plena actualidad. Su análisis es el de un jurista riguroso, pero también el de un humanista convencido de que el derecho del trabajo debe ser el instrumento de la justicia social.

En este año en el que conmemoramos el centenario de nuestra profesión, recuperar este texto es también un homenaje a los valores que inspiraron el nacimiento de las escuelas sociales en 1925: la dignidad del trabajo, la protección del débil, la búsqueda del equilibrio y la cohesión social.

Desde el Consejo Andaluz de Colegios Oficiales de Graduados Sociales y desde el Colegio de Cádiz y Ceuta, invitamos a todos los profesionales a redescubrir este legado, a leer con detenimiento esta lección inaugural y a seguir construyendo, con responsabilidad y compromiso, el derecho del trabajo del siglo XXI.

Cómo citar: Fernández Sánchez, J. B. (2025). De la escuela al foro: ¿sigue vivo el legado del graduado social? La visión anticipada del derecho del trabajo de José Gascón y Marín. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 486, 224-227. <https://doi.org/10.51302/rtss.2025.24433>